XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

ANA MARIA D´ÁVILA LOPES

KARYNA BATISTA SPOSATO

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional dos direitos humanos[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Vladimir Oliveira da Silveira, Ana Maria D´Ávila Lopes, Karyna Batista Sposato – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-043-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional. 3. Direitos humanos. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Apresentação

A obra Direito Internacional dos Direitos Humanos é fruto do intenso debate ocorrido no Grupo de Trabalho (GT) de Direito Internacional dos Direitos Humanos realizado no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI em Aracajú, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, o qual focou suas atenções na temática Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio". Este tema norteou as análises e os debates realizados no Grupo de Trabalho, cujos artigos, unindo qualidade e pluralidade, são agora publicados para permitir a maior divulgação, difusão e desenvolvimento dos estudos contemporâneos dessa disciplina jurídica. Por uma questão didática, estes artigos foram divididos em eixos temáticos:

O primeiro trabalha o Direito Internacional do Meio Ambiente, compreendendo os seguintes artigos: Liziane Paixao Silva Oliveira e Luíz Ricardo Santana de Araújo Júnior tratam dos aspectos da proteção ambiental no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982. Já Alexsandra Gato Rodrigues analisa o Caso Belo Monte e mundialização da justiça e suas práticas para a consolidação de um sistema de justiça em âmbito doméstico e internacional dos direitos humanos.

O segundo eixo trabalha da Universalidade dos Direitos Humanos no qual Gilmar Antonio Bedin e Juliana Bedin Grando com prioridade investigam a universalidade dos direitos humanos e o seu percurso no século XX. Monique Fernandes Santos Matos trabalha a jurisprudência da Corte EDH em relação aos direitos sociais buscando verificar se tal corte internacional contribui para a expansão harmônica destes direitos no cenário europeu, identificando ainda os principais instrumentos interpretativos e linhas de argumentação. Por sua vez Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso e Bruno Marques Teixeira respondem se os direitos humanos seriam valores mínimos a serem trabalhados por toda a sociedade internacional ou se eles permitem as peculiaridades de uma cultura.

A terceira linha apresenta o controle de Convencionalidade e a Jurisdição Internacional iniciando-se com os artigos de Alexsandro Rahbani Aragão Feijó que analisa a relação entre o Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade, e a influência recíproca entre a hierarquia desses tratados, o modo de operacionalização desse controle e os efeitos produzidos por ele. O artigo de Eliana Maria De Souza Franco Teixeira e Luna Maria Araujo Freitas apresenta uma proposta analítica do instituto internacional de

controle de convencionalidade, a partir da ideia de que o mesmo seria potencial ferramenta de aplicação prática do discurso jus cogens perante as jurisdições internacional e nacional.

O quarto grande eixo traz para debate os Direitos Humanos e identidade. Kátia Ribeiro de Oliveira e Juventino de Castro Aguado procuraram a fluidez moderna da cultura, da economia no sentido da interdependência dos povos. Flademir Jeronimo Belinati Martins investiga os reflexos do Sistema Internacional de Proteção de Direitos Humanos na Reaquisição da Nacionalidade pelo Brasileiro Nato que a perdeu. Guilherme Vinseiro Martins e Joao Lucas Cavalcanti Lembi sistematizam as garantias processuais dos migrantes no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, abordando os limites das prerrogativas estatais em confronto com os direitos daqueles que se encontram em seu território ilegalmente. Ainda nessa temática Patricia Fernandes Bega e Yasa Rochelle Santos de Araujo fazem um reflexão e demonstram os desafios das políticas públicas de apoio aos refugiados no Brasil. Mercia Cardoso de Souza e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima demonstram o flagelo humano, que é o tráfico de pessoas para exploração sexual por meio do caso Rantsev Versus Chipre e Rússia. Ynes da Silva Félix e Karine Luize Loro refletem acerca dos Tratados Internacionais e de Direitos Humanos no enfrentamento ao tráfico de pessoas. Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Olga Maria B Aguiar De Oliveira por fim respondem como, dentro do Sistema Interamericano de Proteção, os direitos humanos passaram a incluir a diversidade sexual como uma categoria digna de tutela internacional.

No quinto ponto tratou-se do novo constitucionalismo colonial. Juliane dos Santos Ramos Souza tece uma crítica quanto ao modelo liberal tradicional de direitos humanos sob a ótica do novo constitucionalismo latino-americano. Flávia de Ávila apresenta breves linhas sobre o desenvolvimento da colonização Europeia em territórios Latino-americanos e o processo de dominação e aniquilamento e pelo não reconhecimento de direitos dos povos originários. Já Bianka Adamatti investiga em que medida o direito internacional dos direitos humanos se constitui como resposta às causas e às consequências destes fenômenos, na medida em que consagra, como princípios centrais, a igual dignidade dos seres humanos e a não-discriminação.

Para o sexto eixo sobre Direitos Humanos e Justiça de Transição foram reservados os seguintes artigos: Alexandre Bucci e Queila Rocha Carmona dos Santos analisam o direito à memória e o direito à verdade, ambos, considerados expressões de direitos humanos. Emerson Francisco de Assis discute a conversação transconstitucional eventualmente estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a validade da Lei de Anistia brasileira (Lei Federal n.º 6.683/1979).

No sétimo eixo tratou-se da liberdade de expressão no âmbito internacional. José Vagner de Farias e Jorge Bheron Rocha abordam os aspectos Jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente à Liberdade de Imprensa. Gabriela Soldano Garcez apresenta o interculturalismo pela mídia na atual realidade da globalização, abordando seu conceito e diferenças com o multiculturalismo e a informação como instrumento de Educação Intercultural.

O oitavo Eixo abordou Direitos Humanos e democracia. Nele Elenise Felzke Schonardie e Renata Maciel trataram do fundamento e evolução histórica dos direitos humanos, desde a época da Revolução Americana e Revolução Francesa, destacando a democracia como forma fundamental de concretização dos direitos humanos. Thaís Guedes Alcoforado de Moraes e Bruna Dias Coimbra questionaram se a caracterização jurídica do estupro como arma de guerra é suficiente para abarcar toda a complexidade do conflito ou se termina por obscurecer a situação de profunda desigualdade de gêneros e violência generalizada. Marcos Paulo Andrade Bianchini analisou o Programa Mais Médicos e os médicos cubanos sobre o prisma dos Tratados de Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais da Constituição da República de 1988. Amanda Querino dos Santos Barbosa e Mercia Miranda Vasconcellos Cunha refletiram sob a ótica da Filosofia da Libertação, acerca do consenso que paira sobre a proteção internacional dos direitos humanos em que entendem que o problema de efetivação não decorre de fundamentação, mas sim de proteção e de efetividade dos direitos consagrados e protegidos. Roberta Amanajas monteiro e Heloisa Marques Gimenez fizeram uma crítica sobre o modelo de democracia fundada na racionalidade européia, na qual a concepção de sujeito, fundamenta-se a no particularismo de homem europeu, em que o Outro, o índio está excluído da concepção de sujeito de direitos e da participação política.

Por fim o nono eixo tratou das Comunidades Tradicionais. Rodrigo Portela Gomes trabalha os impactos do Ahe estreito sob a comunidade quilombola Periperi a partir da Convenção 169 da OIT. Marilene Gomes Durães e Henrique Flausino Siqueira avaliaram um caso emblemático de expropriação do conhecimento tradicional que ocorreu nas comunidades remanescentes de quilombos do Sapê do Norte, no Estado do Espírito Santo. E Rui Decio Martins versou sobre atualidade da preocupação sobre a relação entre os direitos humanos e o uso da energia nuclear na obra de Jacques Ellul.

Boa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Ana Maria DÁvila Lopes - Unifor

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato UFS

Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira - Uninove

DIREITOS HUMANOS E RESISTÊNCIA À DOMINAÇÃO COLONIAL: PRESSUPOSTOS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DOS POVOS ORIGINÁRIOS

HUMAN RIGHTS AND RESISTANCE TO COLONIAL DOMINATION: ASSUMPTIONS OF THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND THE PERFORMANCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES

Flávia de Ávila

Resumo

O presente artigo tem como objetivo apresentar, de acordo com método histórico-comparativo e com utilização da análise de conteúdo, breves linhas sobre o desenvolvimento da colonização europeia em territórios latino-americanos e o processo de dominação e aniquilamento que, por séculos, foi responsável pelo não reconhecimento de direitos dos povos originários. Também apresenta pressupostos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, que propõe que o direito e a política sejam desatrelados de heranças europeias colonizadoras com o reconhecimento do Estado plurinacional e da identidade política e jurídica dos povos originários. Por fim, o artigo se propõe a ilustrar, por meio da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, recentes decisões que reiteram estas dinâmicas sociais.

Palavras-chave: Povos originários; novo constitucionalismo latino-americano; corte interamericana direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to present, according to historical-comparative method and using content analysis, short lines on the development of European colonization in Latin American territories and the process of domination and annihilation that for centuries was responsible not to recognize the rights of indigenous peoples. It also presents assumptions of the New Latin American Constitutionalism, which proposes that the law and politics must be unleashed of the colonizing European heritage with the recognition of the multinational state and political and legal identity of indigenous peoples. Finally, the article aims to illustrate, through the work of the Inter-American Court of Human Rights, recent decisions that confirm these social dynamics.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indigenous peoples rights; new latin-america constitutionalism; inter-american court of human rights

1. Introdução

O Direito, como produto social, é produzido de maneira autoritária em sociedades nas quais tanto a educação quanto o exercício da cidadania não tornam efetiva a participação crítica dos cidadãos, pelo livre exercício de sua racionalidade e autonomia (MARÇAL, 2013). Esta é a realidade do Estado brasileiro, responsável pela instituição do Estado Democrático de Direito neste território, que, mesmo depois da edição da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), ainda não permite que práticas emancipatórias ocorram no âmbito de seus poderes instituídos. Isto, porque, conforme enfatiza Marçal, o *Colonialismo* português deixou marcas socioculturais profundas no país, que se impregnaram na tradição jurídica brasileira e ainda hoje são "[...] responsáveis pela escassa participação cidadã no processo de efetivação do Estado Democrático de Direito no Brasil" (p. 9).

Neste sentido, o presente artigo tem como tema o reconhecimento do direito dos povos originários no âmbito dos Direitos Humanos, principalmente por intermédio de pressupostos teóricos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os povos originários, em virtude da herança colonizadora, ainda hoje se encontram à margem das práticas de cidadania e do exercício dos Direitos Humanos e não encontram muitas vezes possibilidades de reivindicação de seus direitos.

Para conduzir o tema proposto, utiliza-se do método histórico-comparativo e da análise de conteúdo para traçar, em breves linhas, o desenvolvimento da colonização europeia em territórios latino-americanos e o processo de denominação e aniquilamento que, por séculos, foi responsável pelo não reconhecimento de direitos dos povos originários e pela sua desconsideração por grande parte da sociedade brasileira. Segundo o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, para que haja o reconhecimento de tais direitos, é necessário que se reconfigure o Estado, para que este se torne jurídica e politicamente plurinacional. Assim, esse texto, além de trazer uma análise sobre fatos históricos referentes à colonização, objetiva esclarecer os principais conceitos e as perspectivas do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, ilustradas por pressupostos teóricos e por decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação a casos envolvendo povos originários.

A justificativa do trabalho ora apresentado converge para dois aspectos fundamentais, os de sua validade e oportunidade. A validade, definida pelos termos da significância acadêmica da pesquisa, é explicada pela necessidade de que seja fomentado o debate acadêmico sobre a dinâmica social acerca da temática proposta. Do mesmo modo, o problema, que se refere à necessidade de superação de pressupostos dominantes da

colonização europeia em relação aos direitos dos povos originários, pressupõe investigação historicamente contextualizada e propositalmente concebida a fim de evidenciar eventos e fenômenos fundamentais para o entendimento da questão.

A oportunidade para o feitio deste estudo resulta da relevância que tema, configurado pelo problema, pode importar para a atualidade. Cada vez mais se faz imperioso resguardar o direito de se proteger no âmbito da sociedade brasileira os que se encontram em situação desfavorável no que diz respeito ao exercício da cidadania. Trata-se, portanto, de uma maneira de se entender o porquê desta minoria ainda se encontrar marginalizada e de fomentar sua emancipação. Neste sentido, o estudo que aqui se delineia torna-se um instrumento de descrição, apuração e análise dos fatos do passado e do presente, com vistas ao aprimoramento do futuro.

2. Considerações sobre a colonização na América Latina

Durante a colonização, no início do séc. XVI, os costumes e cultura locais dos povos originários latino-americanos ou foram ignorados ou se tornaram instrumento para a dominação e a exploração através de ostensivas manobras de manipulação. Algumas teorias se desenvolveram na Espanha, baseadas no *neoescolatismo*, procuraram defender conjecturas relacionadas a direitos inerentes aos *indígenas*, sem que se levassem em consideração os valores defendidos pelos povos originários. Deste modo, os parâmetros teológicos, baseados nos entendimentos da Patrística e da Escolástica, foram responsáveis pela formulação de teorias fundamentadas no Direito Divino e no Direito Natural, que tinham como objetivo o reconhecimento de algumas prerrogativas aos povos originários que lhes permitissem ser catequizados na religião cristã.

Os teólogos neoescolásticos espanhóis como Francisco de Vitoria se destacaram neste âmbito. Francisco de Vitoria (1483-1546), dominicano e professor em Salamanca de 1526 a 1544, introduziu a *Summa theologica* de Tomás de Aquino como texto básico dos estudos de Salamanca, após ter entrado em contato com a mesma no convento dominicano em Paris, no qual foi estudante de 1506 a 1523, e de ter sido professor em Sorbonne e no Colégio Santiago de Paris (SCOTT, 2000, p. 71; DELGADO, 2009, p. xvii). Em Paris, teve contato com diferentes correntes filosóficas, a exemplo do humanismo, do nominalismo de Ockham e do tomismo, que estão refletidos em sua obra (DELGADO, 2009, p. xvi). Ao seguir o sistema tomista em seu magistério, deu novo impulso ao pensamento Escolástico, o qual deu origem à chamada *Escola de Salamanca*. Beuchot (1994, p. 61) acredita que Vitoria, com base nos

Direitos Naturais, mostra em sua obra importante valorização da dignidade do homem. Como fundamento para esta afirmação, Beuchot entende que Vitoria recebeu da Escolástica a apreciação da dignidade do homem como imagem e semelhança de Deus. Portanto, de sua parte humanista advém outra avaliação da dignidade do homem, iniciada por Tomás de Aquino, relativa ao lugar que o ser humano ocupa no cosmos (p. 67-68). Contudo, para Vitoria os aspectos tanto de modernidade quanto de dignidade conhecem limites, visto que não impediriam a presença de missões cristãs nas Américas, no sentido de haver um mandato missionário (*potestas spiritualis)*, inclusive a título de pretexto para suposta guerra justa em prol de sua concreta realização (SCHMITT, 2006, p. 102-119).

Na América espanhola, as *encomiendas* se constituíram em forma cruel de exploração, responsável por dizimar não só vidas humanas, mas parte da cultura dos povos originários. Deste modo, nas primeiras décadas da consolidação do imperialismo espanhol iniciou-se um sistema de exploração laboral, aculturação forçada e evangelização obrigatória da população da ilha Hispaniola e de demais ilhas antilhanas, que foi aplicado em todo o território sob a dominação espanhola. O sistema foi iniciado em 1503, por meio de uma provisão real, principalmente em relação aos povos dos impérios Inca e Asteca para a ocupação espanhola, tornando-se o principal instrumento da aculturação forçada e de evangelização obrigatória.

A *encomienda* foi uma instituição socioeconômica espanhola comparável à servidão europeia, pela qual um grupo de indivíduos deveria retribuir com trabalho, espécie ou outro meio, ou desfrute de um bem ou de um serviço. Haveria uma relação de dependência na qual o considerado mais fraco ou descapacitado seria, em tese, protegido pelo mais forte desde que prometesse fidelidade e entrega de determinados bens e serviços. Na América espanhola, a catequese e a proteção dos *índios*, tidos pelas autoridades espanholas como incapazes de condução dos desígnios necessários para a salvação de suas almas, seriam trocadas por seu trabalho e pela coleta de tributos, podendo envolver a entrega de roupas, grãos, metais preciosos e animais de criação (BRUIT, 1995, p. 27-28).

Apesar de as Leis de Burgos[1] pretenderem limitar abusos, restringindo as ações dos *encomenderos*, estas obrigações logo foram desrespeitadas e a *encomienda* se transformou em

[1]Quando as *Leis de Burgos* foram aprovadas, a queda no número dos habitantes originários já se fazia bastante importante na ilha Hispaniola. Segundo os dados trazidos por Simpson (1970, p. 45), dos 500 mil que haviam na chegada dos espanhóis, restavam apenas 29 mil em 1514. Os regulamentos trazidos pelas *Leis de Burgos* eram direcionados para a finalidade religiosa da conquista. De um lado, ordenavam bons tratos, instrução e descanso do trabalho das minas de 40 dias após 5 meses de trabalho, mas também estipulavam a reunião de indivíduos em novos povoados, nos quais deveria haver uma igreja. O sistema das *encomiendas* mexicanas, que seria depois implementada no resto da colônia, não previa o deslocamento da população originária, pois já se havia constado que uma das causas da grande mortalidade, além dos trabalhos forçados e das enfermidades, era derivada do

um sistema de trabalho forçado para os povos originários em favor dos espanhóis. Funcionava por meio da escolha e o deslocamento das pessoas, do deslocamento de suas comunidades e de seu reagrupamento nas chamadas *doctrinas*, sem que se levasse em conta qualquer aspecto de identidade cultural e familiar dos indivíduos. Como os mestiços eram isentos das *encomiendas*, muitos buscaram diluir sua identidade étnica ou tribal, bem como a de seus descendentes, ao procurarem casamento principalmente com espanhóis. As constantes denúncias de maus tratos e a chamada catástrofe demográfica da população originária provocou o desaparecimento gradual das *encomiendas*, que deixaram de existir definitivamente no séc. XVIII, mas antes substituída pelo sistema de escravidão de africanos (SIMPSON, 1982, p. xii).

No Brasil, a desconsideração da cultura *indígena*, que se deu mesmo antes da chegada das primeiras missões religiosas ao país, foi intensificada pela visão dos primeiros missionários, como Nóbrega, para o qual os costumes locais seriam bárbaros, se constituindo em impedimento para que aprendessem a fé cristã. Durante longo tempo, houve muito pouca consideração aos direitos dos povos originários, mesmo depois da independência das colônias.

Nóbrega, chefe da primeira missão portuguesa dos jesuítas ao continente americano, que estudou durante quatro anos em Salamanca para bacharelar-se em Direito Canônico e depois Filosofia em Lisboa, foi ordenado em 1544 como membro da recém-fundada Companhia de Jesus. Depois de ter sido convidado por João III (1502-1557), embarcou para o Brasil na armada de Tomé de Souza em 1549. Trabalhou até seu falecimento na catequese dos povos originários, mas também esteve envolvido no desbravamento das terras brasileiras e na expulsão dos franceses do Brasil (LOPES e MOTA, 2008, p. 141-144). Em suas cartas, Nóbrega descreve os povos originários como detentores de costumes que seriam considerados reprováveis e que sua catequese seria difícil em razão do ódio de cristãos que agiam com violência. Considerava os *índios* como se fossem *tábulas rasas*, nas quais as virtudes necessárias poderiam ser escritas (LOPES; MOTA, 2008, p. 144-147).

De acordo com o *§ 335* do *Diálogo sobre a conversão do gentio* de Nóbrega (1955, p. 234-235), o *índio* deteria as faculdades escolásticas (memória, vontade e intelecto) para ser definido como ser humano. As abominações de seus costumes decorreriam da ignorância e, assim, poderiam ser corrigidas para que o bem se desenvolvesse em sua alma. A providência divina deveria então orientar a conversão dos povos originários, o que fundamentaria a

---

deslocamento forçado dos indivíduos (BRUIT, 1995, p. 27-28; MARTÍNEZ DE SALINAS e PÉRES BUSTAMENTE, 1991).

intervenção em seu modo de vida, tendo em vista sua consequente evangelização (HANSEN, 1998, p. 361). E a razão disso seria a de que, apesar de esses povos compartilharem a natureza humana, sua participação nas leis divinas e naturais seria limitada. Esta foi a base da criação de teorias pelas quais os seres seriam distintos. Desta forma, a participação no Direito Natural, que dependeria do uso da razão, seria também diferenciada, pois os povos originários não teriam, segundo os primeiros missionários, esta capacidade ampliada. Portanto, deveriam ser educados para isto (NÓBREGA, 1955, p. 215-250).

Através da concepção tomista baseada em Aristóteles, Nóbrega, bem como os jesuítas de seu tempo, defenderam a ideia de um princípio unificador, capaz de fazer com que as diferenças e diversidades entre os homens fossem minimizadas (NÓBREGA, 1955, p. 419-420). Esta consistiria em que um poder central, com autoridade para tornar possível a evangelização para todos, a implementasse para complementarmente sanar a debilidade de suas almas. Deste modo, Deus, a causa primeira, por meio da salvação também se tornaria a causa final dos homens (HANSEN, 1998, p. 364).

No caso de Portugal, esta relação se daria através do *Padroado*[2], pois o reino era considerado um *único corpo místico* governado pelo rei, com poderes de submeter seu povo. O soberano, por sua vez, promoveria a ética cristã através da ação educacional. Desta forma, iniciou-se a idealização de uma teoria católica para o exercício do poder: *pactum subjectium*, ou seja, a sujeição a um poder convencionado. Esta viria em oposição à tese protestante de que o poder dos reis decorreria diretamente de Deus (HANSEN, 2000, p. 24-25).

A dominação portuguesa por mais de trezentos anos de história brasileira se fez presente nas mais diversas formas, principalmente em relação à formação da identidade nacional do povo brasileiro. A maioria branca atual da população reflete diretamente a opressão do branco português sobre os demais componentes. Estima-se que mais de 5 milhões de índios tenham habitado o atual território brasileiro. Contudo, a miscigenação ocorrida no início da colonização portuguesa, causada pela primeira imposição do homem branco sobre a *índia*, fez desta mulher "[...] a matriz fundamental, geralmente fecundada pelo branco" (RIBEIRO, 2001, p. 229).

[2]Apesar de remontar ao séc. XIV e aos cavaleiros templários, assim como de sua primeira regulamentação ter sido objeto da bula *Dum diversas*, de 1452, os direitos e deveres do *Padroado* foram explicitados pela bula editada por Paulo III *Aequum reputamus*, de 3 de novembro de 1534. Pelo seu sistema, a Igreja Católica delegou aos monarcas dos reinos de Portugal e de Espanha a construção de igrejas, a nomeação de padres e bispos, desde que aprovados pelo papa. Desta forma, a administração e organização dos bens da Igreja Católica fizeram com que a estrutura político-administrativa dos reinos ibéricos tivesse também uma dimensão religiosa.

3. Aspectos do processo de independência

Os fatores políticos que levaram à independência dos Estados na América Latina se deveram quase exclusivamente às reações da elite local, de origem eminentemente europeia, a acontecimentos derivados de questões políticas e econômicas da Europa. As grandes interferências da Espanha e de Portugal no âmbito da economia das colônias, bem como os exemplos revolucionários do séc. XVIII, como a Revolução Francesa e a independência dos Estados Unidos da América do Norte, nortearam tais acontecimentos. Contudo, o motivo desencadeador se deu com as guerras napoleônicas do início do séc. XIX, mas as consequências foram diferentes para as colônias espanholas e o Brasil. Após a invasão napoleônica à península Ibérica, ocorrida primeiro em Portugal no ano de 1807 e depois na Espanha em 1808, houve o deslocamento da família real portuguesa para os domínios brasileiros, mas o mesmo não ocorreu na Espanha. O rei espanhol foi deposto e Napoleão o substituiu por seu irmão José, o que desencadeou movimentos revolucionários que permitiram a independência dos domínios espanhóis na América.

No âmbito econômico, as mudanças efetuadas pela Espanha em sua política colonial, no séc. XVII, possibilitaram o aumento do lucro da elite *criolla* na América, mas ainda limitavam o desenvolvimento econômico em razão de várias restrições ao comércio e à proibição da produção de manufaturas. A burguesia espanhola era detentora das principais atividades coloniais, como a operação portuária. Aos *criollos* era dificultada a ascensão social, pois foram implementadas leis garantidoras de privilégios aos nascidos na Espanha. Assim, cargos políticos e administrativos, além das patentes mais altas do exército e cargos eclesiásticos de maior importância eram indicados pelo rei dentre os espanhóis natos e vetados à elite colonial (RODRÍGUEZ, 1998, p. 19-35).

No âmbito filosófico, as ideias do iluminismo que estavam sendo difundidas na Europa, no decorrer do século XVIII, e que tiveram reflexos na América, influenciaram particularmente a elite colonial, que as adaptou a seus interesses de classe. Ou seja, seriam ideais aplicados à defesa da liberdade frente ao domínio espanhol e à preservação das estruturas produtivas que lhes garantiriam riquezas.

A Espanha, de maneira geral, resistiu aos movimentos de independência, mas se envolveu em guerras civis peninsulares, para as quais os seus recursos materiais e humanos foram direcionados. Os processos de independência significaram a perda de fonte de renda importante, pela interrupção do fornecimento de ouro e outras matérias primas, bem como o

desaparecimento de um importante mercado consumidor, que passou a importar produtos de outros países europeus, principalmente do Reino Unido.

Nos novos países, não houve nenhuma alteração tanto na estrutura administrativa quanto no âmbito social, pois os *criollos*, descendentes dos espanhóis, continuaram ocupando as posições mais altas da sociedade, constituindo-se a elite dos mesmos. Mestiços, pardos, membros dos povos originários e escravos negros eram discriminados e não tinham direito à ascensão social. Assim, o movimento de independência causou fragmentação de uma colônia em vários Estados, que contou com a participação popular, mas sob a liderança *criolla*, que tinha o domínio das forças militares e que, via de regra, adotara a forma republicana de governo, com exceção do México, inicialmente em regime de monarquia. O desaparecimento do monopólio comercial protecionista causou o empobrecimento de muitas regiões da América Latina, que não tinham como competir com os produtos industrializados europeus e da indústria norte-americana emergente.

O processo de independência brasileira, diferente da dos demais países latino-americanos, foi desencadeado pela vinda da família real portuguesa para o Brasil. A sede da monarquia portuguesa foi transferida para o Brasil pela Convenção Secreta entre o Príncipe Regente D. João VI (1767-1826) e Jorge III (1738-1820), Rei do Reino Unido, em 22 de outubro de 1807 (AMARAL; BONAVIDES, 1996, p. 199). A chegada da família real representou mudança no panorama político do território, mas não no modo de produção colonial do Brasil.

Os portugueses haviam sido os pioneiros da agricultura em grande escala na América, que se utilizava do trabalho escravo. Os escravos, submetidos a condições extenuantes de trabalhos, eram entendidos como bens passíveis de apropriação pelos senhores brancos. Eram os verdadeiros motores da economia baseada em antigas plantações de cana-de-açúcar, que continuavam a ter certa importância no Recôncavo baiano, em Pernambuco, na baixada fluminense e em partes de São Paulo. Seu labor também era usado na cultura do algodão do nordeste, na pecuária do Rio Grande do Sul, bem como na agricultura de subsistência de Minas Gerais, onde as antigas e decadentes minas de ouro e diamantes tinham originalmente atraído o braço escravo para a região. Nas cidades brasileiras, os escravos eram utilizados como criados domésticos ou como *negros de ganho*, alugados pelos seus donos para trabalharem como estivadores, carregadores, portuários, pedreiros, carpinteiros, etc. Não só pessoas físicas detinham a posse de escravos, mas também o Estado e a Igreja, que costumavam aplicar seu uso em obras públicas e na construção de mosteiros, conventos e hospitais.

Todos estes dados formavam o retrato econômico e social do trabalho no Brasil antes da chegada da família real na Colônia: uma sociedade basicamente agrária, constituída nos moldes coloniais portugueses como grande fornecedora de matérias primas para o mercado internacional. Contudo, providências foram tomadas pelas necessidades de permanência da família real no Brasil, que iniciaram transformação na paisagem urbana brasileira, principalmente no Rio de Janeiro. Em 1º de abril de 1808, o Príncipe D. João, regente da Coroa Portuguesa no reinado de sua mãe, D. Maria I (1734-1816), no Palácio do Rio de Janeiro, autorizou o estabelecimento de qualquer gênero de manufaturas que anteriormente eram proibidas, para que se pudesse promover a riqueza do território (AMARAL; BONAVIDES, 1996, p. 208).

A transferência da Corte portuguesa para o Brasil, em 1808, lançou as bases para a emancipação política da colônia brasileira em relação à metrópole portuguesa. Diferentemente das demais colônias europeias na América, que romperam violentamente seus laços de subordinação, o Brasil, como sede da monarquia, iniciou seu processo de emancipação colonial pela própria ação governamental que se mostrou eficiente para livrar o Reino português da dominação francesa, mas com reflexos então imprevisíveis para a Coroa portuguesa. Segundo Prado Júnior (1994, p. 47), foram "[...] abolidas, uma atrás das outras, as velhas engrenagens da administração colonial, e substituídas por outras já de uma nação soberana".

Enquanto a presença da família real abriu novas possibilidades para o território brasileiro, a Revolução liberal do Porto, ocorrida em 1820, obrigou a volta de D. João VI a Portugal, o que forçou o retorno do *pacto colonial*. A elite colonial brasileira, dividida entre liberais e conservadores, descontente com estes acontecimentos e alarmada com a possibilidade de recolonização, influenciou o príncipe Pedro de Alcântara, que havia permanecido no Brasil, a declarar a independência. O príncipe, que concordava com as teorias mais conservadoras, deu ao novo Estado os contornos necessários para a manutenção do poder segundo a vontade das camadas dominantes. Após a Independência, em 1822, os privilégios que eram concedidos apenas ao Reino Unido foram estendidos a todos os países, inviabilizando, mais uma vez, a possibilidade de industrialização do Brasil.

Apesar de certas diferenças entre os países da América Latina no âmbito do Direito e da Política, como a adoção da monarquia no México em dois períodos (de julho de 1822 a março de 1823 e de 1864 a 1867) e no Brasil (de 1822 a 1889), Carpizo (2005, p. 955-956) identifica, desde a formação destes países, identidades jurídicas similares, que se basearam no direito europeu e norte-americano. No âmbito do Direito Civil, Comercial e Processual, as

metrópoles continuaram a exercer grande influência, pois formavam o arcabouço legal conhecido por todos e utilizado durante séculos de dominação colonial.

4. O desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano

Segundo Carpizo (2005, p. 955-956), as ideias políticas foram inspiradas, na maioria dos casos, no iluminismo francês bem como na Constituição dos Estados Unidos. No caso dos países que se tornaram independentes do Espanha, a Constituição de Cádiz de 1812, que havia sido concebida em ideais do liberalismo, foi a influência determinante no âmbito de suas constituições, responsável por introduzir as noções de soberania popular, independência, direitos e liberdades, bem como pela divisão dos poderes, representação popular e limites do exercício do poder. A presença de 63 deputados das colônias, que ainda não haviam declarado independência nas Cortes constituintes de Cádiz, foi determinante para que a influência do documento se consolidasse.

Apesar de ter curta vigência, pois se deu apenas até o ano de 1814, o texto produzido pela Constituição de Cádiz influenciou diretamente o constitucionalismo espanhol, português e latino-americano. No caso português, inspirou a elaboração da Revolução dos Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822, realizada após a volta de D. João VI a Portugal (BALUSTEIN, 1993, p. 25-26).

A Constituição de Cádiz (ESPANHA, 1812), um dos primeiros diplomas constitucionais do mundo, foi resultado tanto do movimento de resistência à ocupação napoleônica da Espanha, que havia imposto uma constituição à população, quanto da limitação do poder real absolutista. Seus 384 artigos continham disposições como a soberania popular (art. 3º), a legitimidade dinástica de Fernando VII como chefe de Estado espanhol (art. 14), a separação de poderes, a independência e inamovibilidade de juízes (art. 252), bem como a inviolabilidade dos deputados no exercício do mandato (art. 128). Apesar de refletir os ideais liberais e iluministas, também espelhava os preconceitos próprios de sua época, como a impossibilidade de exercício de Direitos Políticos para os povos originários e os mestiços americanos (art. 29).

No caso do Brasil, somente com a Primeira República houve o coroamento do liberalismo, no país contra o sistema de prerrogativas absolutistas traçado pela presença do Poder Moderador na Constituição de 1824[3]. Desta forma, a distribuição de competências na

[3] Segundo o art. 98 da Constituição de 1824, o poder moderador seria a chave da organização política do Brasil, delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante. Sua

Constituição de 1891 consistiu em tentativa de neutralizar o poder pessoal dos governantes e distanciar, tanto quanto possível, o Estado da Sociedade. A autonomia das antigas províncias expandiu-se ao grau de descentralização capaz de consolidar a ideia de federação importada do sistema norte-americano, presente na maioria dos países latino-americanos (AMARAL; BONAVIDES, 1996, p. 249-250).

Mesmo com estas diferenças, Carpizo (2005, p. 956) identifica o senso de unidade ou coesão no constitucionalismo que se desenvolveu ao longo do século XIX e XX nos países da América Latina. Como exemplo, cita os ideais integracionistas, que existiram no continente, desde a formação da Grã-Colômbia. Na América Latina, seria possível identificar alguma forma de unidade, desde que respeitando as diversidades. Os costumes comuns, a facilidade de comunicação e as tradições políticas e jurídicas similares teriam tornado possíveis as afinidades no continente. Deste modo, mesmo com todos os antagonismos que existiram durante os séculos de independência dos Estados Latino-americanos, as tentativas de aproximação foram constantes e hoje estão refletidas em várias organizações internacionais das quais são membros, bem como de iniciativas comuns, como o redimensionamento constitucional dos Estados em um movimento chamado *novo constitucionalismo latino-americano*.

No entender de Baldi (2009), o modelo constitucional latino-americano foi construído a partir da múltipla equivalência *Estado, território, nação e língua nacional*, que reflete teoria constitucional, baseada em valores europeus, monorreligiosa e monolinguística. Invariavelmente, esta concepção se refletiu nas relações da sociedade civil e na formação da nacionalidade dos Estados. A elite econômica, que, de maneira geral é herdeira da cultura dos colonizadores, tende a considerar a concepção europeia de organização estatal como imutável e inquestionável. Contudo, Baldi (2009) verifica uma crise de representação democrática na estrutura institucional dos países latino-americanos, que costumam ignorar reivindicações de grupos minoritários, como no caso dos povos originários.

5. Referenciais teóricos do novo constitucionalismo latino-americano

Deste modo, Souza Santos (2010) defende a refundação do Estado na América Latina a partir de uma visão epistemológica diferenciada, a que denomina *do sul*. Para tanto, além de vários outros pressupostos, Souza Santos (p. 28-29) entende que deveria haver a superação do

função seria a de velar pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos (BRAZIL, 1824).

colonialismo, pois o mesmo não teria acabado com a independência dos países, ocorridas nos sécs. XIX e XX. A dificuldade de se imaginar conjunturas políticas e econômicas alternativas a dos europeus residiria, no entender de Souza Santos, prova de que o colonialismo não acabou, se mantendo vivo na estrutura da sociedade latino-americana. A luta progressista dos movimentos sociais que pretendem mudanças só lograria frutos quando o grande abismo entre teoria e prática deixasse de existir.

Baldi (2009) recorda que o constitucionalismo clássico ficou paralisado na fórmula de Abraham Lincoln (1809-1865) de que todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido. Contudo, o forte protagonismo das sociedades indígenas e de outros movimentos sociais teriam sido responsáveis pela mudança dos princípios ético-morais da sociedade de países como Bolívia e Equador, em que há grande esforço das autoridades para reconhecimento da diversidade própria de uma sociedade tanto pluralista quanto plurinacional. Como exemplo, a denominada *jurisdição indígena*, que foi referenciada na Convenção 169 da OIT[4] e acolhida pelas Constituições da Bolívia[5] e do Equador[6], bem como esboçada na Constituição da Colômbia de 1991[7].

Segundo Viciano Pastor e Martinez Dalmau (2010), do Centro de Estudos Políticos e Sociais (CEPS), de Valência, que foram assessores de Assembleias Constituintes das Constituições boliviana, equatoriana e venezuelana, o *novo constitucionalismo latino-americano* refere-se a uma evolução das teorias constitucionais europeias do séc. XVIII. Tais países refletiriam em seus textos constitucionais realidades próprias, mas sob denominadores comuns, principalmente no campo da participação, da economia e da efetiva vigência dos direitos para todos.

---

[4]A Convenção n. 169, sobre povos indígenas e tribais, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1989, revê a Convenção nº 107. É o instrumento internacional vinculante mais antigo que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais no mundo. Depois de quase 20 anos de sua aprovação, tem influenciado os Estados na implementação dos direitos reconhecidos aos povos originários, nas mais diversas matérias, tais como o direito de autonomia e controle de suas próprias instituições, formas de vida e desenvolvimento econômico, propriedade da terra e de recursos naturais, tratamento penal e assédio sexual (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011).

[5] A palavra indígena aparece 130 vezes no texto constitucional boliviano. Como exemplo, pode-se citar o art. 202, contido no Cap. VI, sobre o Tribunal Constitucional Plurinacional. O art. 202 define as atribuições da corte e seu § 8º prevê consultas às autoridades indígenas sobre a aplicação das suas normas em um caso concreto (ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2009).

[6]Na Constituição do Equador, o Cap. IV é todo dedicado à função judicial e justiça indígena (REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008, p. 95-107).

[7]Segundo o art. 7º da Constituição da Colombia, "El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana". A Constituição também reconheceu o direito de eleição ao Senado da República de um número adicional de senadores escolhidos por comunidades indígenas (art. 171), bem como fez modificações na estrutura da administração da justiça, pela qual o legislador infraconstitucional foi autorizado a implementar jurisdição especial dos povos indígenas (art. 246) (REPÚBLICA DE COLOMBIA, 1991).

Segundo o texto *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano* (VICIANO PASTOR; MARÍNEZ DALMAU, 2010), dos autores supramencionados, apesar das diversidades entre os Estados, o movimento possui características peculiares, como a da ruptura do sistema constitucional anterior, com o aparecimento de novas instituições e a extinção de velhos modelos de exercício de poder, remodelando-se o sentido da própria Constituição. E isto somente poderia ser feito por meio da *ruptura democrática* e através de textos simbólicos que procurassem enfatizar os pontos negativos do passado e apontar o rumo para o futuro (p. 27-28). O conteúdo inovador do Direito exigiria linguagem igualmente diferenciada, contudo acessível, que trouxesse princípios interpretativos e vinculativos aos tribunais constitucionais (p. 29).

O modelo de reforma constitucional deveria ser mais rígido, dependente de novo processo constituinte originário, para que as mudanças oportunistas não interrompessem o processo de transformação do Estado (VICIANO PASTOR; MARÍNEZ DALMAU, 2010, p. 32-33). Para tanto, seria necessário que haver a recomposição dos instrumentos de relação entre o exercício da soberania popular e o governo, mediante a intensificação da democracia participativa, que controlasse o poder constituído de acordo com novas formas de participação vinculante (p. 34)[8]. Como exemplo, enfatizam medidas constitucionais bastante complexas da Venezuela e da Bolívia, pensadas para aumentar a participação popular, como o art. 230 e seguintes, da Constituição venezuelana, que estipulam mecanismos de coordenação de políticas fiscais e monetárias, e o art. 194 da Constituição boliviana, que estabelece a eleição por sufrágio dos membros do *Consejo de la Magistratura* e do *Tribunal Constitucional Plurinacional* (p. 30-31).

Para Viciano Pastor e Martinez Dalmau (2010, p. 35-37), a carta de direitos deveria ser extensiva, com a incorporação de tratados internacionais sobre Direitos Humanos nos textos constitucionais, principalmente para garantir o direito dos povos marginalizados e para equalizar a distribuição de riquezas e rendas. No entender de Baldi (2011), este catálogo de direitos romperia tanto com a noção geracional quanto a universal baseada em valores eurocêntricos. Por meio da expressão *buenvivir*, contida na Constituição do Equador, não só o direito de pessoas e de grupos prioritários, como de jovens, idosos e gestantes, seriam reconhecidos, mas também de comunidades, povos e nações. Além disto, estariam protegidos

[8] Segundo os exemplos trazidos por Viciano Pastor e Martinez Dalmau (2010, p. 34), a Constituição colombiana de 1991 denomina a aproximação do poder soberano com o governo de "[...] formas de participación democrática" (Título I, Cap. 1), e a do Equador de 1998 de "[...] gobierno participativo" (art. 1). Na Venezuela e na Bolívia é chamada de democracia participativa (preâmbulo e arts. 6, 18, 55, 62, etc. da Constituição venezuelana de 1999, e art. 11 da Constituição boliviana de 2009). No Equador, sua constituição de 2008 lhe dá a alcunha de "[...] participación en democracia" (Título IV, Cap. 1º, Seção 3).

os direitos de participação, de liberdade, da natureza e de proteção. Baldi (2009) ainda salienta que, por estas medidas reforçarem os direitos econômicos, sociais e culturais, diferentemente de constituições europeias, que sempre enfatizaram os direitos civis e políticos, a teoria dos Direitos Humanos seria redimensionada para abarcar novos pressupostos, reformuladores das características de universalidade e interdependência que teorias *universalistas* atribuem aos Direitos Humanos.

O controle concentrado de constitucionalidade prevaleceria sobre o controle difuso, como instrumento consolidador da democracia, visto que o controle constitucional seria feito diretamente por intermédio dos princípios constitucionais. Finalmente, no âmbito internacional, o *novo constitucionalismo* permitiria uma dinâmica integradora e diferenciada da econômica, compromissada com a integração dos povos no sentido de que, desta maneira, desenvolveriam um conceito recuperado de soberania (VICIANO PASTOR; MARÍNEZ DALMAU, 2010, p. 38).

Transformações dos sistemas constitucionais latino-americanos, que estão ocorrendo em menor ou maior grau em vários países, desde as quedas das ditaduras e a redemocratização de seus governos, têm sido cada vez mais profundas. A edição de novas constituições (a exemplo da brasileira em 1988, colombiana em 1991, equatoriana em 1998 e 2008, bem como peruana em 1993, venezuelana em 1999 e boliviana em 2009) e as reformas constituintes (como as argentina em 1994, costarriquenha em 1989 e mexicana em 1992) parece corroborar as afirmações de que, pelo menos em teoria, há o surgimento de um novo conceito de unidade nacional, bem como de incremento à participação popular, dentre outras preocupações.

Segundo Barros (2012, p. 252), na Bolívia se propõe a criação de um modelo organizacional diferenciado, no qual os povos originários, antes relegados à margem da participação política real, tenham seus direitos reconhecidos por meio de sua inclusão como grupo étnico-social na gestão democrática do Estado. De acordo com o preâmbulo do texto da Carta Constitucional boliviana, de 2009, que instituiu o Estado Plurinacional, a realidade étnica boliviana foi reconhecida como formada por povos distintos, aos quais o Estado teria sido conformado.

O racismo vivido desde a época colonial na Bolívia, por sua vez, deveria ser combatido, pois, somente através do respeito às diferentes comunidades e á diversidade econômica, cultural e social dos povos, a plurinacionalidade poderia ser constituída. O texto constitucional do preâmbulo também acolhe a igualdade, a justa divisão do bem social, no que foi intitulado Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, constituído para a

efetivação real da democracia (art. 1º). No entender de Barros, seu fundamento constitucional seria o princípio da autodeterminação dos povos (art. 2º), exercido não no sentido de uniformização de apenas um povo boliviano, mas de vários povos no mesmo país (art. 3º).

Conforme atesta Barros (2012, p. 265), das constatações que podem ser percebidas na História da Bolívia, ocorreram formas exercidas no passado para a uniformização de todos em um só povo, mas que, na verdade, se constituíram maneiras ou de eliminar parte dos seus contingentes étnicos ou de anular seus postulados culturais. Então, o reconhecimento dos povos originários como legítimos detentores de participação política teria sido a forma encontrada para a realização do diálogo entre os diferentes povos, ao invés da dominação de um ou alguns em relação aos outros.

Para Magalhães (2009), a lógica democrática exercida no dito *Estado Democrático de Direito*, que teria como fundamento um suposto *contrato social* ou qualquer outro pacto uniformizador, costuma eliminar a cultura dos povos originários e considerar que os mesmos teriam concordado espontaneamente em se *aculturar*. Assim, teriam assumido como seus os pressupostos do Direito de Família ou do Direito de Propriedade, herdados das construções próprias do Direito europeu. Textualmente, Magalhães (2009) entende que:

> A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato de que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico, pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente.

Esta poderia ser uma alternativa viável, no entender de Baldi (2009), para a teoria constitucional clássica, que ainda reluta no reconhecimento do pluralismo jurídico e da possibilidade de autodeterminação jurisdicional das comunidades indígenas, com receio de separatismo. Com a mudança de enfoque na teoria constitucional, o reconhecimento da diversidade cultural, étnica, religiosa, linguística e social ocorreria da preocupação em se promover, por meio da educação[9], os saberes dos diferentes povos. Esta *descolonização do saber* implicaria também na descentralização do Estado e na reconstituição de sua jurisdição.

Neste sentido, James Anaya (2004) defende a autodeterminação dos povos originários de maneira em que o diálogo positivista dominado pelo Estado seja substituído por princípios

[9] Segundo Baldi (2011) no caso da Bolívia, este processo é chamado de descolonização, e no caso do Equador, tem o nome de processo intercultural. A Constituição colombiana de 1991, por sua vez, reconheceu de forma limitada a diversidade cultural, mas as decisões da Corte Constitucional da Colômbia tem sido bastante avançadas.

mais inclusivos, que levem em consideração o direito das comunidades no âmbito jurídico dos Estados. Portanto, não há um questionamento da soberania do Estado, como nos argumentos que se referem a nações indígenas independentes (ou conforme dito por Anaya, primeiras nações). Contudo, Anaya (2004) reconhece a limitação desta soberania ante a realidade multicultural e plúrima em territórios nos quais os povos originários estão presentes, que devem ser reconhecidas tanto pelo direito doméstico quanto pelo direito internacional. Infelizmente, no âmbito do direito internacional os avanços têm sido modestos. Enquanto as teorias concebidas no âmbito do pensamento europeu facilitaram a colonização dos povos originários e a apropriação suas terras, os direitos humanos pouco têm se desenvolvido para que as comunidades possam sobreviver e determinar seu desenvolvimento.

6. A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Os casos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sobre causas envolvendo povos originários, têm tido papel determinante tanto para a mudança da postura dos Estados quanto no sentido de que a própria atuação da CorteIDH venha se tornando de fundamental importância para o surgimento do emergente conceito de *Estado plurinacional*. É importante ressaltar que a CorteIDH é o único órgão jurisdicional internacional com jurisdição sobre casos que envolvem extração de recursos de terras tradicionais de povos originários. A indústria extrativista, que explora recursos naturais, bem como a exploração imobiliária, têm ameaçado cada vez mais as já restritas áreas onde vivem diversas comunidades, tanto no Brasil quanto em outros países latino-americanos.

Segundo os §§ 39 a 57 do informe do relator especial sobre a situação dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais dos *indígenas* da antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU (STAVENHAGEN, 2002, p. 15-19), a matéria central discutida perante a CorteIDH normalmente versa sobre os direitos de uso e conservação da terra. O primeiro grande caso a abordar o assunto foi contra a Nicarágua, denominado *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001b), no qual se abordou a demarcação das terras dos povos originários da Comunidad Awas Tingni.

Nesta particular situação, não tinha havido providências estatais para que os direitos de propriedade fossem assegurados à Comunidade *Mayagna*, bem como não existia efetiva resposta do Estado para suas reclamações, envolvendo a concessão governamental de parte destas terras sem o devido consentimento da comunidade. A Sentença de 31 de agosto de

2001 da CorteIDH (2001b) garantiu o direito de propriedade previsto no §1º do art. 21[10], interpretando-o de acordo com princípios próprios da concepção indígena relativa a terras e à propriedade. Deste modo, a CorteIDH entendeu a propriedade das terras como de caráter comunal, relacionando sua titularidade à comunidade e não a indivíduos, o que inclusive era garantido pela legislação interna da Nicarágua (§§ 143-148) (p. 77-78) . Neste caso, para a CorteIDH, a terra comunal envolve questões mais amplas que o próprio direito de propriedade, pois permite a conservação da cultura de todo um povo e sua transmissão para as gerações futuras (§ 149) (p. 78). A fundamentação da decisão se deu em razão do direito consuetudinário, pelo qual seria possível a concessão de registro de propriedade para a Comunidade *Mayagna* (§ 151) (p. 79) [11].

Em termos de direitos culturais, apesar de a CorteIDH ter decidido sobre aspectos bastante particularizados de povos originários, é possível verificar a preocupação com a garantia de tais direitos, principalmente quando seu desrespeito se reflete na violação de direitos individuais. No caso *Aloeboetoe v. Suriname* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1991), foram analisados os direitos às liberdades e integridades pessoais, bem como à vida de sete pessoas pertencentes a uma comunidade indígena que havia sofrido violações por parte do exército do Suriname. A indenização, fixada conforme o §1º do art. 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos, teve como titulares os filhos, cônjuges e outros parentes das vítimas, todos determinados de acordo com o direito próprio da comunidade, não pelo direito civil do Suriname (§§ 54, 62-64) (p. 14, 16-17). No caso do desaparecimento forçado de Efraín Bámaca Velásquez, na Guatemala (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002), as reparações levaram em consideração a identidade cultural da vítima e do seu grupo familiar, proveniente da cultura maia (§§ 52, 65 b e 81) (p. 24, 29, 35-36) [12].

---

[10] Segundo o Art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos: "Direito à Propriedade Privada §1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. §2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, exceto mediante o pagamento de indenização justa, por razões de utilidade pública ou de interesse social, e nos casos e segundo as formas estabelecidas pela lei. § 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser proibidas pela lei". A partir do caso *Awas Tingni*, este artigo passou a ser interpretado juntamente com as regras interpretativas do art. 29 do mesmo diploma legal, e passou a proteger a propriedade também no âmbito coletivo (MELO, 2006, p. 34).

[11] Outros casos análogos a este se utilizaram da mesma fundamentação em suas decisões, como o *Caso del Pueblo Saramaka. vs. Suriname* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007), o *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005a), o *Caso Yatama vs. Nicarágua* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005b), e o *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006).

[12] Um caso análogo ao *Bácama Velásquez vs. Guatemala* é o *Caso Massacre de Plan de Sánchez* vs. *Guatemala* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2004). Verificou-se o massacre de homens, mulheres e crianças *maia achí* na comunidade Plan de Sánchez. Nesta situação, o grande impacto do ocorrido na

Mais recentemente, em análise ao caso *Sarayaku v. Equador*[13], de 2012, Antkowiak (2014) ressalta a importância de que os direitos dos povos originários sejam definidos além dos critérios relativos à propriedade. Tal direito, que vem sendo estipulado como base para o estabelecimento de garantias sobre as terras dos povos originários, não pode servir de base teórica para o estabelecimento dos direitos dos mesmos em relação à terra ancestral, principalmente em razão da sua sobrevivência e desenvolvimento. Esta abordagem limitada é responsável por tirar a autonomia e a capacidade de mudança endógena, promovida pela própria comunidade. A propriedade também pode sofrer várias interferências tanto do direito doméstico dos Estados quanto do próprio direito internacional, o que não garante a devida proteção do seu modo de vida (contextualizado por Antkowiak como *vida digna*), da sua integridade cultural e da sua autodeterminação.

7. Conclusão

Apesar de haver preocupação com a proteção aos direitos dos povos originários no âmbito internacional, Baldi (2009) chama atenção para um ponto fundamental, o da real efetividade do *novo constitucionalismo* como processo reformulador do Estado em relação aos direitos dos seus cidadãos. Segundo suas palavras: "Resta saber se este processo rico, criador de textos constitucionais inovadores, é suficientemente forte para a transformação da realidade ou servirá apenas para o diagnóstico de uma realidade pós-colonial que necessita ser vencida".

No entender de Wolkmer (2004, p. 40), o *novo constitucionalismo* teria respaldo "[...] no reconhecimento da condição humana da ação que compreende a sua imprevisibilidade e pluralidade e que permite compreender os semelhantes como tais". Desta maneira, sem que houvesse qualquer discriminação ou intolerância às incongruências ou conflitos próprios da natureza, o outro seria valorizado em todas as suas dimensões. Ainda segundo Wolkmer (p. 40):

---

comunidade foi levado em consideração para as reparações, pois a morte dos mais velhos impediu que houvesse o ensinamento da cultura do povo às novas gerações. De outro lado, a grande repressão sofrida pelos sobreviventes fez com que fossem abaladas suas crenças baseadas no conhecimento de seus antepassados (§ 49.12) (p. 58).

[13] O caso, proposto perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 2003, se refere à outorga por parte do Equador de uma permissão a uma empresa petrolífera privada para realizar atividades de investigação e exploração petrolífera no território do povo Kichwa de Sarayaku na década de 1990, sem que houvesse consulta prévia ou consentimento. Foram introduzidos explosivos de alto poder de destruição em vários pontos do território, o que criou situação de risco para a população, impedida de buscar meios para sua subsistência. Foram limitados os direitos a circulação e à manifestação cultural em razão do perigo de explosões (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014).

> "Se pensada a existência num único plano de vivência, será excluída a existência do outro, concebendo-o como causador do caos. Ou se vislumbra a pluralidade da capacidade individual de transmutar-se dentro de uma natureza multíplice, ou perde-se na tentativa de encontrar a universalidade o que não é admissível em uma realidade que se pretenda solidária e emancipatória".

Contudo, há abordagens ligadas ao movimento de emancipação latino-americana de influência europeia, que apelam para a fundamentação do Direito Natural, como no caso da teoria defendida no texto *El Derecho como arma de liberación en América Latina*: *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, de Torre Rangel (2006). Para o autor, o Direito Natural teria dupla função: a de legitimar o sistema estabelecido e a de ser ideológica arma de luta de grupos revolucionários. Como arma de luta, o jusnaturalismo serviria, de um lado, como proposta legitimadora das ações progressistas da sociedade, mas, por outro, depois também poderia mais uma vez ser usado como imposição de dominação pelo grupo vencedor (p. 42-43).

No entender de Torre Rangel (2006, p. 43-46), para que esta contradição não estivesse presente nas lutas emancipatórias latino-americanas, necessário seria aliar o conceito de Direito Natural ao de Justiça, a fim de que o próprio Direito Natural pudesse ser entendido de maneira abstrata e não como instrumento para conhecimento da realidade social. Então, a antiga definição de Direito de Sêneca foi assim aliada por Torre Rangel ao conceito de Justiça, para o qual o objetivo do Direito seria o de dar a cada um o que lhe pertence. Isto, porque os elementos antropológicos inerentes a cada ser humano justificariam o uso da concepção jusnaturalista para fundamentar qualquer regime de Direito, em razão da sua subjetividade, manifesta de maneira dinâmica e não estática. Esta visão, extremamente conservadora, rompe com todas as tentativas do *novo constitucionalismo* de se buscarem, no diálogo e na dinâmica social, parâmetros para a definição e proteção de novos direitos, bem como a constituição de uma sociedade dita plurinacional.

É importante enfatizar que, Marçal (2013) chama a atenção para a presença do ardiloso "[...] *paternalismo simbiótico* entre Estado e governados, largamente difundido e estruturalmente reforçado pelas práticas sociais, econômicas, jurídicas e políticas brasileiras [...]", pelo qual a apatia e o descrédito dos cidadãos são fomentados. Nesta perspectiva, o Estado é encarado como um utópico provedor, do qual tudo se pode esperar em termos de promessas proclamadas, mas não cumpridas e muito menos cobradas. Deste modo, torna-se cômodo ao cidadão simplesmente aguardar, portanto sem exercer seu direito de reivindicação,

por soluções pouco realistas para problemas eminentemente públicos, enquanto a impunidade dos administradores fica sem apuração.

Portanto, a dimensão emancipatória dos Direitos Humanos, que pressupõe o exercício da prática cidadã própria do Estado Democrático de Direito, fica comprometida. A herança cultural e política brasileira desconsidera em grande parte as minorias, tais como os povos originários. Desta maneira, continua Marçal (2013, p. 14), o eminentemente formal Estado Democrático de Direito, instituído no país, acarreta a "[...] *descrença do cidadão* e *mediação providencialista* dos agentes públicos: tanto o cidadão como o agente público conhecem o jogo que estão jogando e acreditam-se ganhadores [...]". E a experiência construída pelo cidadão, que sempre conviveu com práticas e linguagens que refletem esta mentalidade sociocultural, a ele se revela e convence que de nada adiantaria se posicionar ativamente ou se comprometer com atitudes garantidoras da mudança de suas condições desfavoráveis, o que perpetua a anulação da incapacidade de o modelo institucional efetivar direitos. Assim, o tão prolatado Estado Democrático de Direito, que se diz consagrado pela Constituição Cidadã de 1988, torna-se simulacro da real situação do país, que ainda é a dessa retroalimentada e alimentadora simbiose, o que compromete os direitos essenciais de sobrevivência e autodeterminação dos povos originários.

8. Referências Bibliográficas

AMARAL, R.; BONAVIDES, P. **Textos políticos da história do Brasil**. Brasília: Senado Federal, v. I, 1996.

ANAYA, S. J. **Indigenous Peoples in International Law.** 2 ed. Oxford: Oxford, 2004.

ANTKOWIAK, T. M. Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and The Inter-American Court.**University of Pennsylvania Journal of International Law.** Vol. 35. Tomo I. 2014. p. 113-187. Disponível em: <https://www.law.upenn.edu/live/files/2889-antkowiak35upajintll1132013>.

BEUCHOT, M. **Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas**. Barcelona: Anthropos, 1994.

BALDI, C. A. Constitucionalismo mestiço: Constituições latinas desafiam teorias europeias. **Consultor Jurídico**, 2009. Disponivel em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-24/constituicoes-america-sul-alem-teorias-europeias>. Acesso em: 3 abr. 2011.

BALDI, C. A. Novo constitucionalismo latino-americano. **Estado de Direito**, 2011. Disponivel em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano/>. Acesso em: 10 dez. 2011.

BALUSTEIN, A. P. **Constitutions of the world**. Nashville: Wm. S. Hein Publishing, 1993.

BARROS, R. F. D. O Estado plurinacional da Bolívia: um possível modelo democrático de Estado em prol da efetivação dos Direitos Humanos. In: BARROS, R. F. D. (.). **Desafios do Direito na pós-modernidade**. Raleigh: Lulu Publishing, 2012. p. 235-288.

BRUIT, H. H. **Bartolomé de Las Casas e a simulação dos vencidos:** ensaio sobre a conquista hispânica da América. Campinas: UNICAMP, 1995.

BYRNES, M. E. **James K. Polk:** a biographical companion. Santa Bárbara: ABC-CLIO, 2001.

CARPIZO, J. Derecho Constitucional latinoamericano y comparado. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, v. XXXVIII, n. 114, p. 949-989, set./dez. 2005. Disponivel em: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex114/BMD11401.pdf>.

DELGADO, L. F. Estudio preliminar. In: VITORIA, F. D. **La ley**. 2. ed. Madri: Tecnos, 2009. p. xiii-xxxiv.

CONRAD, R. **Os últimos anos de escravatura no Brasil**. Tradução de Fernando de Castro Ferro. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentencia de 4 de diciembre de 1991 (Fondo). **Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam**, 1991. Disponivel em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_11_esp.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C N° 79. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**, 2001b. Disponivel em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Reparaciones y Costas). **Caso Bácama Velásquez vs. Guatemala**, 2002. Disponivel em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentencia de 27 de junio de 2012 (Reparaciones y Costas). **Caso Kichwa de Sarayaku vs. Equador**, 2012. Disponivel em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2011.

ESPANHA. Constitución política de la monarquia española. **Congreso Español**, 1812. Disponivel em: <http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2011.

HANSEN, J. A. A Servidão natural do selvagem e a guerra justa contra o bárbaro. In: NOVAES, A. (.). **A descoberta do homem e do mundo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 347-373.

HANSEN, J. A. A Civilização pela palavra. In: LOPES, E. T.; FARIA FILHO, L. M.; VEIGA, C. G. **500 Anos de Educação no Brasil**. Belo Horizonte: Autentica, 2000. p. 19-41.

KINSBRUNER, J. **Independence in Spanish America:** civil wars, revolutions, and underdevelopment. 2. ed. Albuquerque: UNM Press, 2000.

LOPES, A.; MOTA, C. G. **História do Brasil:** uma interpretação. São Paulo: SENAC, 2008.

MARÇAL, A. C. **Metaprincípios do Estado Democrático de Direito:** um ponto de vista pragmatista. In. MARÇAL, Antonio Cota; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. *Os princípios na construção do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 9-20.

MAGALHÃES, J. L. Q. D. Plurinacionalidade e cosmopolismo: a diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental das metrópoles. **Jus Navigandi**, 2009. Disponivel em: <http://jus.com.br/revista/texto/14564/plurinacionalidade-e-cosmopolitismo-a-diversidade-cultural-das-cidades-e-diversidade-comportamental-nas-metropoles>. Acesso em: 11 abr. 2011.

MIRZA, R. M. **American invasions:** Canada to Afghanistan, 1775 to 2010. [S.l.]: Trafford Publishing, 2010.

NÓBREGA, M. D. Diálogo sobre a conversão do gentio. In: NÓBREGA, M. D.; LEITE, S. **Cartas do Brasil e mais escritos do padre Manuel da Nóbrega**. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1955. p. 215-250.

NÓBREGA, M. D. Se o pai pode vender a seu filho e se hum se pode vender a si mesmo. In: NÓBREGA, M. D.; LEITE, S. **Cartas do Brasil e mais escritos do padre Manuel da Nóbrega**. Coimbra: Biblioteca Central da Universidade de Coimbra, 1955. p. 397-429.

PRADO JÚNIOR, C. **Formação do Brasil Contemporâneo**. 22. ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

PRADO JÚNIOR, C. **Evolução política do Brasil:** colônia e império. 21. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

RIBEIRO, D. **O povo brasileiro:** a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

RODRÍGUEZ, J. E. **The Independence of Spanish America**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

SCOTT, J. B. **The spanish origin of International Law:** Francisco de Vitoria and his Law of Nations. Union: The Lawbook Exchange, 2000.

SCHMITT, C. **The nomos of the earth:** in the international law of the jus publicum europaeum. Tradução de G. L. Ulmen. Nova Iorque: Telos, 2006.

SIMPSON, L. B. **The encomienda in New Spain:** the beginning of spanish Mexico. Berkeley: University of California Press, 1982.

SOUZA SANTOS, B. **Refundación del Estado en América Latina:** perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

STAVENHAGEN, R. Informe del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. In: CONSELHO-ECONÔMICO-E-SOCIAL **E/CN.4/2002/97 Derechos humanos y cuestiones indígenas**. [S.l.]: ONU, 2002.

TORRE RANGEL, A. D. L. **El Derecho como arma de liberación en América Latina:** sociología jurídica y uso alternativo del derecho. 3. ed. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2006.

VICIANO PASTOR, R.; MARÍNEZ DALMAU, R. Presentación: aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE-CONSTITUCIONAL-DEL-ECUADOR-PARA-EL-PERÍODO-DE-TRANSICIÓN **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 9-44.

WOLKMER, A. C. Fundamentação da crítica no pensamento político e jurídico latino-americano. In: WOLKMER, A. C. **Direitos Humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 1-46.