



O novo constitucionalismo latino-americano: direitos humanos, pluralismo e direito indígena

Thiago Rafael Burckhart¹

Resumo

Tomando em consideração as inovações trazidas no âmbito constitucional latino-americano, especialmente no que toca à garantia de direitos historicamente negados e/ou negligenciados a grandes parcelas da população, este texto objetiva analisar a insurgência do direito indígena no novo constitucionalismo latino-americano, percorrendo a análise do pluralismo e sua relação com o direito. Pautando-se numa abordagem interdisciplinar, este texto fornece subsídios para uma discussão acerca desse novo movimento social, político e jurídico que surge na América Latina e sua contribuição para o patrimônio comum do constitucionalismo democrático.

Palavras-Chave: Novo constitucionalismo latino-americano; Pluralismo; Direito indígena; Direitos humanos; Cidadania.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano: derechos humanos, pluralismo y derecho indígena

Resumen

Tomando en consideración las innovaciones en el plano constitucional latinoamericano, especialmente respecto a la garantía de derechos históricamente negados a grande parcela de la población, este texto objetiva analizar la insurgencia del derecho indígena en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, desde la análisis del pluralismo y su relación con el derecho. Desde un abordaje interdisciplinar, el artículo presenta subsidios para una discusión de este nuevo movimiento social, político y jurídico que ocurre en América Latina y su contribución para el patrimonio común del constitucionalismo democrático.

Palabras Llave: Nuevo constitucionalismo latinoamericano; Pluralismo; Derecho indígena; Derechos humanos; Ciudadanía.

¹ Acadêmico de Direito da Fundação Universidade Regional de Blumenau, FURB. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo, Internacionalização e Cooperação Internacional (CONSTINTER - FURB). Pesquisador do grupo de pesquisa Direitos fundamentais, cidadania e novos direitos (FURB). Pesquisador e Monitor no projeto "O patrimônio Comum do Constitucionalismo Democrático e a contribuição da América Latina" na FURB em parceria com a Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Realizou pesquisa no projeto Rede Guarani/Serra Geral (2012-2014). Possui formação continuada em Desenvolvimento Regional pelo Programa de Educação Superior para o Desenvolvimento Regional (PROESDE - FURB) realizado em conjunto com o Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional (PPGDR - FURB). Membro da Associação de pesquisa, produção cultural e promoção dos Direitos Humanos Imaginar o Brasil. Email: thiago.burckhart@outlook.com

The new latin american Constitutionalism: human rights, pluralism and indigenous rights

Summary

Taking in consideration the innovations brought by the new constitutions of Latin America, especially regarding the guarantee of rights historically denied and/or neglected for big part of the citizens, this text aims to examine the insurgency of indigenous right in the “new” Latin American constitutionalism, by the analysis of pluralism and its relation with law and rights. Basing in an interdisciplinary approach, this text provides subsidies to the discussion along this new social, political and legal movement that emerges in Latin America and its contribution to the common heritage of democratic constitutionalism.

Keywords: New latin-american constitutionalism; Pluralism; Indigenous rights; Human rights; Citizenship.

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 integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra.

(ECUADOR, [2008], p. 14).

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

(BOLÍVIA, [2009], p. 7).

Introdução

A segunda metade do século XX, conhecida como A Era dos Direitos na definição clássica de Norberto Bobbio (1990), foi caracterizada pelo reconhecimento, no plano internacional, dos direitos humanos e pela criação de instituições, órgãos e mecanismos internacionais responsáveis pela proteção e tutela desses direitos. Nesse contexto, foram promulgados diversos documentos internacionais que buscaram tutelar os direitos dos povos indígenas, como a Convenção 107 e 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), nos

respectivos anos de 1957 e 1989 (OIT, 1957; 1989), e a Declaração da Organização das Nações Unidas (ONU) dos Direitos dos Povos Indígenas, promulgada em 2007 (ONU, 2008).

Nessa perspectiva, que reconhece direitos historicamente negados e negligenciados aos povos e nações ancestrais da América Latina, as recentes Constituições do Equador e da Bolívia (ECUADOR, [2008]; BOLÍVIA [2009]) trazem significativas transformações e inovações ao direito constitucional contemporâneo, com a inserção neste âmbito de direitos ligados ao reconhecimento e proteção das culturas indígenas, à valorização do multiculturalismo e das relações interculturais, ao reconhecimento da filosofia do “*buen-vivir*” e a compreensão da natureza como sujeito de direitos. Essas inovações contemplam a cosmovisão indígena predominantes nesses países, e contribuem para a afirmação e construção da identidade constitucional plural desses povos.

Nesse sentido, as novas tendências do constitucionalismo latino-americano propõem a construção de um novo paradigma social pautado na pluralidade étnica, social, política, econômica e cultural. Esse novo processo lançou bases para o debate sobre a refundação do Estado na América Latina² e se origina no âmbito dos novos movimentos sociais que se afirmaram nesses países nas décadas finais do século XX e no início do século XXI.

Este estudo tem por objetivo analisar as inovações trazidas pelo novo constitucionalismo latino-americano numa perspectiva interdisciplinar; realizar um contraponto entre as diferentes concepções de pluralismo e sua relação com o Direito, bem como evidenciar os direitos indígenas previstos nas recentes constituições latino-americanas, fornecendo subsídios para uma reflexão acerca deste novo paradigma insurgente.

O texto divide-se em quatro partes: 1. O novo constitucionalismo latino-americano: análise interdisciplinar; 2. As heterogêneas concepções de pluralismo e sua relação com o Direito; 3. O direito indígena nas recentes constituições; e 4. O novo constitucionalismo e o pensamento crítico.

1 O novo constitucionalismo latino-americano: uma análise interdisciplinar

A história político-constitucional latino-americana desde o seu início é marcada por ambiguidades, evoluções positivas e retrocessos significativos. Como evidencia Antônio Carlos Wolkmer (2011) após os respectivos processos de independência dos Estados na região não houve significativas rupturas de ordem social, econômica e política.

2 Para aprofundamento, consultar Santos (2010) e Melo, (2011).

Durante o século XX, três marcos históricos influenciaram diretamente o constitucionalismo democrático contemporâneo, abrindo a estrada para a projeção internacional, tendencialmente universal, dos princípios que até então caracterizavam apenas algumas específicas áreas geopolíticas: o fim da Segunda Guerra Mundial (1945); a criação das ONU, em 1946; e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Esses marcos deram ensejo à afirmação universal da dignidade humana e à positivação, tanto no plano internacional como no plano constitucional dos Estados democráticos, de direitos de ordem individual, e também social e coletiva, acompanhando o desenvolvimento das heterogêneas sociedades. A partir de então, a abertura do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e do constitucionalismo democrático a novos direitos e novos sujeitos de direitos pode ser lida como o resultado do empenho dos governos e as articulações das lutas dos movimentos sociais para dar projeção jurídica aos valores emblemáticos da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. É nesse sentido que se consolidou, na doutrina, a teoria da evolução dos direitos em gerações ou dimensões, em consonância com a trilha traçada por Norberto Bobbio (1990).

Entretanto, nas últimas décadas do século passado, a maioria dos países latino-americanos vivia ainda sob a égide de governos ditatoriais, de base militar, que desrespeitaram direitos humanos básicos, e aprofundaram as desigualdades sociais e a violência estrutural já existentes.

Naquele contexto, como resposta aos horrores vividos nos governos autoritários, a luta pelos direitos humanos e instituições democráticas ganha força e conquista a transição política, promovendo reformas e promulgando novas Constituições já nas décadas de 1980 e 1990, que marcam a passagem para Estados pautados na democratização, cidadania, pluralidade, participação social na vida política, na tolerância e na descentralização do poder.

Mas, é sobretudo nos últimos anos que o constitucionalismo latino-americano entra em uma nova fase, impulsionado pelas Constituições andinas: Venezuela (1999), Equador (2008), Bolívia (1999) (VENEZUELA, (1999); ECUADOR, [2008]; BOLÍVIA [2009]). Essas Constituições são mais amplas, detalhadas e complexas³, e remetem a suas respectivas realidade sociocultural, trazendo inovações interessantes para o constitucionalismo democrático, especialmente no Equador e Bolívia, com a afirmação do paradigma do bem-viver, defendido pelos povos indígenas e fundamentado no modelo comunitário, que permite

3 A Constituição da Bolívia possui 411 artigos e a Constituição do Equador possui 444 artigos.

a reconstrução da identidade cultural e da herança ancestral (AUGUSTIN; WOLKMER e WOLKMER, 2012).

Nessa perspectiva, a refundação do Estado, se dá sobre novas bases, que atribuem um valor fundamental à biodiversidade e à sociodiversidade, 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, seja para as políticas públicas e para a redefinição das relações sociais no âmbito de um novo paradigma de sustentabilidade socioambiental. Pela primeira vez na história da América Latina, uma grande inovação para a teoria constitucional, se inclui parte dos princípios da cosmovisão indígena, que concebe os recursos e a própria estrutura social como bens comuns, expressões da Pachamama (MELO, 2013).

Nessas Constituições também são previstas novas formas de poder popular e de *accountability* social⁴, que empoderam também os povos e comunidades indígenas, pois, como observa Fajardo (2006), “o povo indígena quer controle sobre suas instituições sociais, políticas e culturais”. Dessa forma, respondendo a essa demanda social por controle democrático do exercício do poder, nasce o *poder ciudadano* na Venezuela, o *controle social* na Bolívia e o *quinto poder* no Equador. Esses novos poderes superam a tradicional tripartição dos poderes pensada por Montesquieu (1994), garantindo à sociedade a possibilidade de ratificação, via referendo, dos atos praticados pela classe política, permitindo a todo cidadão ter uma participação ativa na prática política estatal.

Nesse contexto, a cidadania e a democracia passam a ser concebidas de modo amplo – naquela concepção alargada⁵ que engloba a identidade cultural, a inclusão social e a participação política – adotando novos perfis, novas maneiras não totalmente correspondentes à perspectiva moderna tradicional: superando-a, e indo ao encontro da necessidade de uma nova práxis jurídico-constitucional jurídica, preocupada com a complexidade e com a emancipação social.

Nesse sentido, partindo da análise da subjetividade, cidadania e emancipação realizada por Santos (1999), que dão ensejo à teoria dos novos movimentos sociais, pode-se afirmar que

4 Como observa Robl Filho (2013), “estruturalmente, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa física ou jurídica que recebeu uma atribuição ou delegação de poderes prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política e/ou juridicamente pelas suas atividades”. Nesse sentido, entende-se por *accountability* social o controle por parte do povo das ações de seus governantes, bem como a sua possibilidade de interferência e deslegitimação.

5 Para aprofundamentos, consultar: Melo (2010).

o movimento político, jurídico e social do novo constitucionalismo latino-americano preocupa-se com essa tríplice dimensão, superando a lógica da democracia essencialmente representativa e combatendo aos “excessos de regulação da modernidade” (SANTOS, 1999), ao mesmo tempo em que se afasta das tendências hegemônicas da ordem global⁶, abrindo-se à cooperação e solidariedade transnacional, mas afirmando a soberania em âmbitos estratégicos e fundamentais: como a soberania alimentar e energética.

2 As heterogêneas concepções de pluralismo e suas relações com o Direito

Numa perspectiva histórica, partindo da análise de documentos jurídicos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia, (FRANÇA, [1789]/2008; VIRGÍNIA [1776]/1909), pode-se afirmar que estes, apesar de imbuídos de uma conotação liberal-burguesa representam em seus respectivos tempos uma abordagem humanista e democrática acerca das necessidades e interesses desses povos em suas épocas.

Nesse contexto, pensando no âmbito do constitucionalismo democrático, pode-se afirmar que este nasce com uma configuração e uma vocação universalista, em virtude de sua raiz humanista (ONIDA, 2008; MELO, 2013).

Entretanto, mediante aquisições evolutivas, o constitucionalismo passou por reinvenções e reinterpretções em seu percurso pela modernidade. Com o nascimento do constitucionalismo social, cujos marcos constitucionais são a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, o conceito de emancipação, pluralidade, de integração social e política muda devido à insurgência de novas necessidades sociais, deflagrando-se no nascimento de processos políticos e jurídicos por parte da sociedade e dos governantes, conferindo novos contornos ao Estado. A afirmação de novos sujeitos na cena política (trabalhadores, minorias, mulheres, ambientalistas, pacifistas, homossexuais, portadores de necessidade especiais, e assim por diante), a articulação das suas lutas, reivindicações, conquistas, e o reconhecimento à projeção jurídica de demandas específicas gerou novos direitos, enriquecendo o patrimônio do constitucionalismo democrático: que cresce em complexidade e pluralidade, ao menos do ponto de vista formal. Contudo, é importante sempre lembrar que se trata de uma história de avanços e retrocessos em torno da cidadania e

6 Sobre a hegemonia das regras de mercado no contexto dos processos de globalização e seu impacto nefasto sobre a cidadania e os deficits social, democrático e de juridicidade e legitimidade, consultar Amirante (2008).

que nem sempre as evoluções formais foram acompanhadas pela efetividade dos direitos e pelo acesso material aos bens tutelados.

Mirando as novas tendências na América Latina, observa-se um implemento constitucional que “consiste no reconhecimento jurídico e na tutela da diversidade e do pluralismo que caracterizam essas sociedades multifacetadas, mestiças e multiétnicas, que em muitos casos constituem efetivamente exemplos de Estados Plurinacionais” (MELO, 2011, p.145-146).

Esse novo caráter pluralista manifesta-se já no preâmbulo das Constituições da Bolívia e Equador, que são reconhecidos como Estados Plurinacionais, superando a concepção de Estado-Nação, ou seja, de uma “unificação político-cultural” (TAPIA, 2007, p. 5), e assumindo o Estado para uma pluralidade de nações, povos, coletividades. Essa nova configuração revisita criticamente um dos pilares da história do Estado constitucional na região latino-americana, tradicionalmente concebido como Estado-nação e imposto pelo colonialismo interino, como um projeto de homogeneização cultural e desconhecimento da pluralidade cultural (TAPIA, 2007, p. 7), com base na nacionalização unificante e centralizadora.

Nesse novo contexto, o Estado não pode ser concebido como uma instância superior à própria sociedade mas, sobretudo, como “um conjunto de relações sociais, e não somente de instituições, no conjunto de normas e aparatos de administrações do monopólio do poder” (TAPIA, 2007, p. 2). Assim, o Estado adquire uma característica de correspondência com a realidade social e com a insurgência de novas demandas sociais⁷.

Pensando nos novos delineamentos do pluralismo constitucionalmente protegido, valorizado e promovido, especialmente no que toca ao Equador e à Bolívia, também há de se evidenciar que a grande maioria da população desses Estados é formada por indígenas e que em virtude disso o reconhecimento da pluralidade étnica representa, no nível antropológico e social, o reconhecimento de sua cultura, de suas tradições e crenças e de sua emancipação nessa nova ordem jurídica amplamente plural.

Além disso, na elaboração dos novos textos constitucionais, é de imensa importância evidenciar que estes foram realizados mediante Assembleias Nacionais Constituintes participativas, com a oitiva de grande parte da sociedade e o não esquecimento dos grupos

7 Como observa Luis Tapia, um grande problema que caracteriza as instituições políticas latino-americanas e, que se evidenciou de maneira clara na história boliviana, é a falta de “*correspondencia entre las instituciones políticas del Estado y la diversidad de pueblos y culturas*”. A lógica do Estado plurinacional visa assumir uma nova realidade para essa questão, diversificando as formas de participação social e correspondendo às necessidades insurgentes (TAPIA, 2007, p. 1).

menos favorecidos. Estas Cartas estão claramente comprometidas com o processo de descolonização da cultura jurídica, por meio da valorização da diversidade étnica, social, cultural, política e econômica, estruturando um novo paradigma de sociedade e de governo, bem como um novo paradigma de pluralismo, nas sinergias entre Estado e sociedade civil organizada, entre cidadania, democracia, coletividades e comunidade, dando ênfase à relação dialógica entre igualdade e diversidade.

3 O direito indígena nas recentes constituições

As novas constituições latino-americanas abordam os direitos indígenas pautadas na perspectiva da solidariedade intercultural. Entretanto, há de se compreender o percurso histórico realizado até a consolidação desse paradigma. Em uma breve análise da história das políticas indígenas na América Latina, em específico na região Andina, Manuel Marzal (1986, p. 43) observa que a expressão políticas indígenas serviu para denotar “os diferentes projetos dos vencedores integrarem os vencidos dentro da sociedade, que nasce após a conquista”.

Nessa mesma direção, Boaventura de Sousa Santos trata do epistemicídio que acompanhou a expansão europeia no seu violento delírio colonizador:

O genocídio que pontuou tantas vezes a expansão europeia foi também um epistemicídio: eliminaram-se povos estranhos porque tinham formas de conhecimento estranhos e eliminaram-se formas de conhecimento estranho porque eram sustentadas por práticas sociais e povos estranhos. Mas o epistemicídio foi muito mais vasto que o genocídio porque ocorreu sempre que se pretendeu subalternizar, subordinar, marginalizar, ou ilegalizar práticas e grupos sociais que podiam constituir uma ameaça à expansão capitalista ou, durante boa parte do nosso século, à expansão comunista (neste domínio tão moderna quanto a capitalista); e também porque ocorreu tanto no espaço periférico, extra-europeu e extra-norte-americano do sistema mundial, como no espaço central europeu e norte-americano, contra os trabalhadores, os índios, os negros, as mulheres e as minorias em geral (étnicas, religiosas, sexuais) (SANTOS, 1999, p. 328).

Pode-se destacar, seguindo as observações de Raquel Fajardo (2006, p. 11), três grandes momentos na história político-constitucional dos indígenas na América Latina. Primeiro o modelo segregacionista, que se relaciona com o período de colonização destes povos, quando foi perpetrada uma violenta redução física e subordinação política destes ao governo central, sem haver direito à cidadania. Segundo, o modelo propriamente liberal-assimilacionista, que tem por expoente a Constituição da Venezuela de 1811, garantindo o direito de cidadania aos indígenas, com base em princípios como a isonomia, mas não reconhecendo a cultura desses povos. O terceiro grande momento consiste no modelo

constitucional missioneiro civilizador, que mantém vigência durante todo o século XX, objetivando não mais manter os indígenas segregados, mas civilizá-los, constituindo o que se conhece hodiernamente de nação indígena.

Pensando na perspectiva do pluralismo pautado na solidariedade intercultural, observa-se um novo momento histórico político-constitucional na América Latina, que começa a ganhar espaço a partir dos anos 1980, com os processos de redemocratização política. Neste âmbito, o direito à diferença e à igualdade são assegurados nos textos constitucionais e os direitos dos povos indígenas são reconhecidos em grande parte das Constituições. Mas, é especialmente nas Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, que o pluralismo e a diversidade passam a ser expressão da riqueza caracterizadora dos Estados plurinacionais, enaltecidos como bens comuns das comunidades e coletividades, garantia de perspectivas mais amplas para a vida social em harmonia com a natureza, Pachamama⁸. Nestas Constituições a cosmovisão indígena e a perspectiva do bem viver (*buenvivir* ou *sumakkawsay*) assume uma posição protagonista que marca uma expressa ruptura com a história anterior das instituições em vigor desde a conquista.

A *Constitución de la República de Ecuador* (ECUADOR, 2008) logo em seu preâmbulo propõe a refundação do Estado em uma nova forma de convivência cidadã, coloca o povo como herdeiro de lutas sociais de libertação frente a todas as formas de dominação e colonialismo, reconhecendo a diversidade e as raízes milenares de povos distintos que habitam o Equador:

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 integración latinoamericana – sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra (ECUADOR, 2008).

Já no preâmbulo também se observa o ambicioso projeto de harmonizar a dignidade humana com as prerrogativas da natureza, alçando, portanto, os direitos humanos a um novo patamar, no paradigma do bem viver.

⁸ *Pachamama* do [quíchua](#) *Pacha*, "[universo](#)", "[mundo](#)", "tempo", "lugar", e *Mama*, "mãe", "[Mãe Terra](#)", é a [de idade](#) máxima dos [Andes peruanos](#), [bolivianos](#), do noroeste [argentino](#) e do extremo norte do [Chile](#). Vários autores consideram *Pachamama* como um a divindade relacionada com a terra, a fertilidade, a mãe, o feminino (DICCIONARIO DE MITOS Y LEYENDAS, [2013?]).

Em relação ao Direito indígena, a Constituição é analítica e detalhada, e abre um capítulo⁹ para relatar esses direitos, que se encontram mais precisamente no artigo 57 *caput* e incisos 1 a 21. Garante-se que pactos, convênios, acordos internacionais que tratem sobre Direitos Humanos surtam efeitos em território equatoriano também aos povos indígenas (art. 57, *caput*). É garantida a propriedade imprescritível de suas terras (inc. 4), bem como a consulta prévia sobre planos e programas de exploração e comercialização de recursos não renováveis que se encontram em suas terras e que possam afetá-los (inc. 7), como também a consulta prévia de medidas legislativas que possam afetá-los (inc. 17).

É garantida a manutenção, desenvolvimento e fortalecimento livre de sua identidade, sem racismo ou qualquer tipo de discriminação (inc. 1 e 2), bem como a conservação e desenvolvimento de suas próprias formas de convivência e organização social (inc. 9); a manutenção, proteção e desenvolvimento de seus conhecimentos coletivos, suas ciências, tecnologias e saberes ancestrais (inc. 12); sua educação intercultural e bilíngue (inc. 14); e a proteção de seus conhecimentos coletivos, sua ciência, tecnologia e saberes ancestrais (inc. 12) – o que pode exprimir a concepção de proteção à propriedade intelectual.

Garante-se a todos a proteção da biodiversidade (inc. 8); a preservação de seu patrimônio cultural (inc. 13); e a manutenção de sua representatividade política (inc. 16). O Estado incentivará o uso de vestimentas, símbolos e emblemas que os identifiquem como povo (inc. 19); manterá e desenvolverá contatos e relações de cooperação com outros povos, visando a maior integração entre os países vizinhos (inc. 18); e garante o respeito à dignidade de cada cidadão, bem como seu direito de se comunicar por meios que lhes são convenientes, criando seus meios de comunicação em seus próprios idiomas.

A *Constitución Política del Estado de Bolívia* (BOLÍVIA, 2009), por sua vez, estabelece em seu preâmbulo que o Estado é baseado no respeito recíproco e na igualdade, pautado nos princípios da soberania, dignidade, solidariedade, harmonia e equidade, com respeito à pluralidade econômica, social, política, jurídica e cultural. Deixando no passado o Estado colonial, republicano e neoliberal e constituindo um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, o preâmbulo declara:

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anti colonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra

⁹ Na Constituição equatoriana os direitos indígenas estão positivados no “*Capítulo cuarto: Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades*”, entre os artigos 53 e 60.

y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado (BOLIVIA, 2009).

A Constituição boliviana abre um amplo rol de direitos indígenas, positivando direitos voltados a tutelar a originalidade campesina, o domínio sobre seu território, sua livre determinação e autonomia. Um dado quantitativo expressivo da atenção dada a estas temáticas se revela no fato de que a Constituição boliviana menciona 131 vezes a palavra indígena em todo seu texto.

Há um capítulo específico voltado ao Direito indígena¹⁰ que assegura o respeito à sua identidade cultural e sua própria cosmovisão (inc. 2); à livre determinação e territorialidade (inc. 4), bem como à titulação coletiva sobre terras e territórios que habitam (inc. 6); também se encontra expressamente garantido o incentivo de meios de comunicação próprios em suas línguas específicas (inc. 8).

É garantida uma educação intracultural, intercultural, plurilíngue nos sistemas educativos (inc. 12); e a proteção da propriedade intelectual coletiva de seus saberes, ciência e conhecimento (inc. 11). Os saberes e conhecimentos tradicionais, a medicina tradicional, os idiomas indígenas, seus rituais, seus símbolos e vestimentas devem ser valorizados, respeitados e promovidos (inc. 9). É garantido viver em um meio ambiente sadio, com manejo e aproveitamento adequado dos ecossistemas (inc. 10).

A gestão territorial indígena autônoma e o uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais são direitos dos indígenas (inc. 17); é garantida a consulta prévia mediante procedimentos apropriados, cada vez que se planejem medidas legislativas ou administrativas suscetíveis a afetá-los (inc. 15); e a participação dos indígenas nos órgãos e instituições estatais (inc. 18).

Ao final desta breve análise, pode-se perceber que tanto a Constituição equatoriana, quanto a boliviana avançam significativamente no âmbito do Direito Indígena, garantindo direitos constitucionais negados há séculos pelo autoritarismo e conservadorismo presentes na cultura política do continente. É diante da perspectiva de emancipação que se desenvolve o novo constitucionalismo latino-americano, garantindo na ordem jurídica a pluralidade presente na sociedade.

4 O novo constitucionalismo e o pensamento crítico

10 “Capítulo Cuarto – Derechos de las Naciones y Pueblos Originarios Campesinos”.

Apesar do inegável avanço no plano do dever-ser tanto da Constituição do Equador, quanto da Bolívia, são diversos os desafios que essa nova dogmática jurídica trará à teoria constitucional e à política nestes países. Luigi Ferrajoli (1999) afirma que os direitos necessitam de garantias para serem efetivados, e este será o grande desafio para o novo constitucionalismo latino-americano, ou seja, criar métodos e mecanismos para pôr efetivamente em prática dos direitos constitucionalmente positivados.

Na esteira do pensamento de Ferrajoli (1999), pode-se afirmar que o Estado liberal do século XVII e XIX conseguiu criar mecanismos para proteger os direitos que formavam o núcleo duro àquela época, isto é, o direito à propriedade e à liberdade. Esses mecanismos permanecem vigentes hodiernamente. Contudo, o Estado Social dos séculos XX e XXI ainda não conseguiu criar mecanismos – sejam jurídicos, políticos ou institucionais – que garantam de modo profícuo a concretização dos direitos sociais e de igualdade. Desse modo, vive-se um desgaste e uma crise do Estado Social. Essa não seria somente uma crise do Estado Social, mas da democracia de modo geral bem como do paradigma moderno, como afirma Santos (2002). Essa crise ocorre, pelo fato de que “existe una divergência abissmal entre norma y realidad, que debe ser colmada o cuando menos reducida em cuanto fuente e legitimación no solo política sino también jurídica de nuestros ordenamentos” (FERRAJOLI, 1999, p. 64).

Pode-se afirmar que foi justamente esse sentimento de crise institucional e paradigmática que deu ensejo ao nascimento do novo constitucionalismo, como um grito daqueles que foram historicamente negligenciados. Assim, a refundação desses Estados sob a base de princípios sólidos da democracia e cidadania pode representar a passagem de um Estado neoliberal para o Estado Social¹¹.

Contudo, apesar desse avanço nos âmbitos nacionais, cabe ressaltar que a dinâmica interestatal internacional ainda continua, a passos firmes, pautada em uma política de cunho neoliberal. A questão que fica é: como driblar a lógica econômica internacional num mundo onde a economia está cada dia mais interconectada em prol da construção de um projeto nacional alternativo, que preze pela democracia, participação comunitária e justiça social? Como fazer isso no contexto latino-americano, que foi nas últimas décadas assolado pelas políticas neoliberais? Como afirma José Francisco Puello-Socarrás (2008, p. 147): “el neoliberalismo desde sus orígenes ha consolidado no sólo una serie de posiciones en torno al manejo de la política económica sino que, adicionalmente, pretende atravesar el conjunto social, bajo un proyecto que tiene claramente pretensiones políticas”.

11 Para aprofundamentos, ver Wolkmer; Fagundes (2013).

Evidentemente, o novo constitucionalismo latino-americano, para além de um movimento meramente jurídico-político, também é um movimento contra-hegemônico, que pretende criar alternativas ao modelo vigente no sistema interestatal hodierno. Pode-se ainda dizer que esses Estados caminham para aquilo que Milton Santos (2001) chamava de uma outra globalização possível, um novo paradigma contra-hegemônico, no qual a saída para a crise é realizada com direitos e não com a perda dos mesmos.

De fato, a consolidação desse novo projeto contra-hegemônico será um desafio para os povos da América Latina, sobretudo no que tange aos recursos financeiros que garantam a efetivação de direitos fundamentais sociais. Entretanto, a América Latina vem se firmando no cenário geopolítico mundial como uma região que deve ser ouvida, compreendida e respeitada por suas idiossincrasias e diversidades. O novo constitucionalismo é um acontecimento jurídico-político que mostra a potencialidade desse povo, marcado pela injustiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa breve análise, foi possível evidenciar as inovações trazidas pelas recentes constituições latino-americanas relativamente ao pluralismo e aos direitos dos povos indígenas, ao reconhecimento e proteção da diversidade étnica, cultural, política, econômica e social, bem como à emergência de uma nova concepção de Estado, o Estado Plurinacional, no paradigma do bem-viver. Nessa perspectiva, é inegável o salto qualitativo do novo modelo constitucional dos últimos anos quando, por meio de lutas sociais, os povos indígenas, bem como outros segmentos historicamente marginalizados, conquistaram direitos negados há séculos.

Com a positivação constitucional desses direitos, de peculiar relevância especialmente na Bolívia e no Equador, o que se procura nesse momento é a sua efetivação, que se dá não só na atividade do judiciário – pois o Direito não vive apenas nos tribunais – mas, sobretudo, mediante a ativação das instituições democráticas e a implementação de políticas públicas do Estado em sinergia com a sociedade civil organizada. Dependerá, portanto, da “vontade de constituição” (HESSE, 1991), ou seja, vontade dos poderes públicos, dos cidadãos e da comunidade, de fazer valer os direitos assegurados, ou melhor, “levá-los a sério” (DWORKIN, 1978).

Sob o ponto de vista do pensamento crítico, pode-se afirmar que o novo constitucionalismo latino-americano é, para além de um movimento jurídico-político, a potencialidade de construção de uma alternativa contra-hegemônica à globalização neoliberal.

Comprometida com a consolidação da democracia, da cidadania e com a efetivação de uma justiça social pautada na igualdade e na liberdade.

Conclui-se que, do ponto de vista formal, grandes passos foram dados para o reconhecimento, proteção, valorização e promoção do pluralismo e dos direitos dos povos indígenas. Contudo, será na redução da distância entre texto e contexto (social, político, econômico, cultural) que se decidirá o percurso da longa caminhada para a afirmação dos direitos humanos como projeto de emancipação, de solidariedade intercultural e de justiça socioambiental na América Latina.

Referências

- AMIRANTE, Carlo. *Dalla forma stato alla forma mercato*. Torino: Giappichelli, 2008.
- AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Antonio Carlos; WOLKMER, Maria de Fátima. O novo direito à água no novo constitucionalismo latino-americano. *INTERthesis*, Florianópolis, v. 9, p. 51-69, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi 1990.
- BOLÍVIA. (Constituição 2009). *Constitución política del Estado Plurinacional de Bolivia*. Sucre, [2009]. Disponível em: <http://www.presidencia.gob.bo/documentos/publicaciones/constitucion.pdf>. Acesso em 10 abr. 2015.
- DICCIONARIO DE MITOS Y LEYENDAS, [2013?]. *La Pachamama*. [Buenos Aires, 2013?]. Disponível em: <http://www.cuco.com.ar/pachamama.htm>. Acesso em: 20 out. 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1978.
- ECUADOR. (Constituição 2008). *Constitución del Ecuador*. Quito: Asamblea Constituyente, [2008]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoEcuador.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2015.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena em las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO, Mikel (Coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- FRANÇA. *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo, 2008. ([Paris], 26 ago. 1789). Disponível em: http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf. Acesso em 11 abri. 2015.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)* (trad. Gilmar Ferreira Mendes) Porto Alegre : Fabris, 1991.
- MARZAL, Manuel. *Historia de la antropologia indigenista: Mexico y Perú*. Lima: PUCP, 1986.

- MELO, Milena Petters. Direitos humanos e cidadania. In: LUNARDI, Giovani; SECO, Márcio (Org.). *A fundamentação filosófica dos direitos humanos*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2010. p. 175-217.
- MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, pluralismo e transição democrática na América latina. *Revista da anistia política e justiça de transição*, Brasília, n. 5, p. 140-155, jan.- jun. 2011.
- MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do 'novo' constitucionalismo latino-americano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v.18, n. 1, p. 74-84, jan.-abr., 2013.
- MONTESQUIEU, Charles de Decondant, Baron de. *O Espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 3ª ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ONIDA, Valerio. *La Costituzione ieri e oggi*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- OIT. C107: populações indígenas e tribais. Genebra, 1957. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/conven%C3%A7%C3%B5es/WCMS_235197/lang--pt/index.htm#note. Acesso em: 08 abr. 2015.
- OIT. C169: sobre povos indígenas e tribais. Genebra, 1989. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/conven%C3%A7%C3%B5es/WCMS_236247/lang--pt/index.htm. Acesso em: 08 abr. 2015.
- ONU. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas*. Rio de Janeiro: UNIC, mar. 2008. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 08 abr. 2015.
- PUELLO-SOCARRÁS, José Francisco. *Nueva gramática del neoliberalismo*. Bogotá: CLACSO, 2008.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANTOS, Boaventura Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999.
- SANTOS, Boaventura Sousa. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Editora Cortez, 2002.
- SANTOS, Boaventura Sousa. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Buenos Aires: Antropofagia, 2010.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Editora Record: Rio de Janeiro, 2001.
- TAPIA, Luis. *Una reflexión sobre la idea de Estado Plurinacional*. Buenos Aires: CLACSO, 2007. (Red de bibliotecas virtuales de Ciencias Sociales de América Latina y El Caribe).
- VENEZUELA. (Constituição 1999). Constitución de La Republica Bolivariana de Venezuela. *Gaceta Oficial de La Republica de Venezuela*, Caracas, 30 dic. 1999. Disponível em: <http://www.pgr.gob.ve/dmdocuments/1999/36860.pdf>. Acesso em 11 abr. 2015.
- VIRGÍNIA (EUA). *The Virginia declaration of rights*. Washington: F. N. Thorpe, [1776]/1909. Disponível em: <http://www.dpi.state.nc.us/docs/curriculum/socialstudies/rigorous-ap/us-history/virginia-declaration.pdf>. Acesso em 11 abr. 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2011, Curitiba. *Anais...* Curitiba, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma do Estado Constitucional na América Latina. *Novos Estudos Jurídicos* (Online), v. 18, p. 329-342, 2013.