

# **DIREITOS HUMANOS MULTICULTURAIS ENTRE O UNIVERSALISMO E O RELATIVISMO: A DINÂMICA DE RECONHECIMENTO DAS POPULAÇÕES TRADICIONAIS NO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

**Enzo Bello\***

**Ricardo Nery Falbo\*\***

## **RESUMO**

Os direitos humanos são definidos historicamente segundo forma de pensar o Direito que reúne a igualdade que fundamenta a universalidade do Direito e a diferença de culturas específicas que fundamenta o relativismo. As populações tradicionais, tais como os povos indígenas e os quilombolas, figuram como sujeitos ativos e passivos numa dinâmica de auto-reconhecimento e de alter-reconhecimento. Seus interesses são positivados pelo Estado e no espaço normativo da Constituição na forma de direitos humanos multiculturais com a participação da sociedade civil e das instituições estatais. A positivação dos direitos multiculturais está diretamente relacionada à reconfiguração dos Estados nacionais para Estados pluriculturais. A partir das contribuições teóricas da Sociologia e da Antropologia, o presente trabalho almeja apresentar e analisar a dinâmica de reconhecimento dos interesses das populações tradicionais no contexto do constitucionalismo latinoamericano, considerando as experiências de Brasil, Bolívia e Equador, de modo a se identificar os tipos de relações entre os titulares dos direitos humanos e as instituições que os garantem e promovem (Judiciário e Ministério Público).

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos humanos; multiculturalismo; universalismo; relativismo; populações tradicionais; constitucionalismo latinoamericano.

## **MULTICULTURAL HUMAN RIGHTS BETWEEN UNIVERSALISM AND RELATIVISM: THE DYNAMICS OF TRADITIONAL PEOPLES RECOGNITION IN LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM**

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), Professor do Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS) e Assessor do Procurador-Geral da República.

\*\* Pós-Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Paris 2, Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ) e Professor Adjunto das Faculdades de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

## **ABSTRACT**

Human rights are historically defined according to the equality that underlies the universality of law and the difference in specific cultures that underlies relativism. Traditional peoples, such as indigenous peoples and quilombolas, are considered both as active and passive subjects in processes of self-recognition and alter-recognition. Their interests are recognized in law by the State in accordance with the Constitution as multicultural human rights with the participation of civil society and state institutions. The recognition in law of multicultural rights is directly related to the reconfiguration of States national into multicultural States. Dealing with the theoretical contributions from Sociology and Anthropology, this paper intends to present and analyze the dynamics of recognition in the case of traditional peoples interests, in the context of Latin American constitutionalism. It is considered Brasil, Bolivia e Equador experiences, in way to identify the kinds of relationships between human rights subjects and the institutions that guarantee and promote it (Courts and Public Minister).

**KEYWORDS:** human rights, multiculturalism, universalism, relativism, traditional peoples, latin american constitutionalism.

## **1. Introdução**

Do século XVI ao século XVIII, período de formação e consolidação dos estados nacionais europeus, a universalização dos direitos humanos estivera ancorada no ideal iluminista da igualdade e na concepção de homem como ser individual. Individualmente, todo homem fora considerado liberto das configurações histórico-sociais específicas. O homem abstrato era, assim, o destinatário dos direitos, humanos ou não. Assim concebido, ele definia o princípio e o fim de toda nação.

Nos séculos XIX e XX, com o declínio dos impérios e com o desenvolvimento dos nacionalismos na Europa, a especificação dos direitos humanos se fundamentara na ideologia multiculturalista das diferenças específicas e na concepção de homem como ser social. Socialmente, todo homem fora considerado em função de sua língua, arte, religião, costumes. O homem concreto era, assim, coletivamente ligado à sua cultura. Assim definido, ele constituía o novo fundamento e fim de toda nação.

A despeito do caráter esquemático desta abordagem, a universalização e a especificação dos direitos humanos são processos histórico-sociais referidos aos avanços e às

crises da modernidade, à descoberta de civilizações e mundos novos. No plano do pensamento, estes processos se mostraram histórica e mutuamente excludentes, com a prevalência alternada ora de um ora de outro, ou se reconheceram furtivamente assimiláveis uns aos outros.

Os séculos XX e XXI foram – e têm sido – tão inovadores quanto paradoxais. De um lado, eles criticaram o nacionalismo europeu, e também o universalismo; de outro lado, eles afirmaram o respeito, a dignidade e o valor de todos os povos e culturas, e também o relativismo. O resgate da perspectiva universalista, referido ao ideal igualdade, ocorrera de forma associada à renovação do relativismo, associado à ideia de proteção das culturas específicas. Daí a definição dos direitos humanos como direito (universal) à diferença (específica).

Assim, a relativização do universalismo e do relativismo permite pensar os direitos humanos no século XXI como direitos multiculturais. Expressando a relação que articula o universal e o abstrato com o particular e o concreto, fundamentados respectivamente na igualdade e nas diferenças, estes direitos estão frequentemente referidos a grupos socioculturais distintos e diversos que procuram afirmar-se de forma identitária uns em relação aos outros.

Essa realidade é teoricamente perspectivada neste trabalho segundo abordagem antropológica. O relativismo cultural expressa a ‘depreciação da cultura e do pensamento ocidentais’ (GEERTZ, 2000). O anti-relativismo afirma que ‘nenhuma diferença tem dignidade’ (GEERTZ, 2000). O problema da relação entre “relativismo” e “anti-relativismo” é o mesmo problema da relação entre as categorias teóricas e práticas “diferença” e “igualdade”. O caráter problemático das mesmas reside no fato de que elas são tratadas e vivenciadas como rupturas práticas e teóricas que terminam por fundamentar relações de poder que segregam e discriminam no campo da elaboração e da efetivação dos direitos, humanos ou não.

Ainda do ponto de vista da teoria antropológica, “a ideia de direitos humanos é amplamente aceita” (TURNER, 1993). E esta ideia permite fundamentar a hipótese de direitos humanos multiculturais no campo do direito constitucional e na vida dos povos tradicionais. Partindo da ideia de que os seres humanos são ontologicamente frágeis, em razão da doença, do envelhecimento, da morte, esta perspectiva permite afirmar a dependência do homem quanto às instituições da sociedade moderna, tais como o Estado e o Direito. Decorre desta abordagem a problematização da crítica sociológica clássica ao conceito "direitos humanos" como sendo caracterizado pela “ausência de fundamentação

ontológica” (TURNER, 1993: 162-190), fato esse que impediria a universalização de sua concepção teórica. Afinal, do ponto de vista da concepção marxista, por exemplo, os direitos humanos constituiriam fonte de “legitimação das iniquidades” (MARX, s/d: 37) da sociedade capitalista.

Do ponto de vista teórico, o objetivo deste trabalho é analisar as ambiguidades e contradições que estão na base das concepções que sustentam o direito à diferença.

Assim, apresentam-se as seguintes hipóteses para pensar os direitos humanos na atualidade, em articulação com o multiculturalismo: os direitos humanos são definidos historicamente segundo forma de pensar o direito que reúne a igualdade que fundamenta a universalidade do direito e a diferença de culturas específicas que fundamenta o relativismo. Tendo em vista a necessidade do seu complemento com a sua relação com a Constituição e o Direito Constitucional, a esta hipótese soma-se outra: as relações entre os homens e as instituições produzem reflexos mútuos, na medida em que as políticas de reconhecimento se manifestam enquanto formulação de novos direitos de titularidade dos homens e como modificação do perfil estrutural e finalístico das instituições, como, por exemplo, ocorre na consagração de direitos multiculturais e de Estados Pluriculturais.

Partindo da concepção de que inexiste teoria científica como pura abstração, a tematização dos direitos humanos multiculturais terá por objeto empírico a institucionalização dos direitos humanos no constitucionalismo latinoamericano. Em certo descompasso com as recentes experiências constitucionais de Bolívia e Equador, a Constituição Federal de 1988, sob influência da perspectiva democrática e pluralista, reconhece a obrigação do Estado de garantir a proteção das “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. O empírico aqui dirá respeito a normas constitucionais referentes aos direitos humanos e ao possível contexto das populações tradicionais, abordando-se a sua proteção constitucional e tutela pelas instituições estatais (Judiciário e Ministério Público).

Do ponto de vista metodológico, o caminho traçado para ser percorrido, e que estrutura este trabalho, é constituído de três etapas que definem as regras do método adotadas. A primeira diz respeito à realidade teórica dos direitos humanos no âmbito da sociologia tradicional e da antropologia filosófica. Os direitos humanos são problematizados quanto à definição de seu conceito universal fundamentado na ontologia humana. Ela tem por objetivo analisar a ontologia humana como condição de efetivação dos direitos humanos em contextos histórico-sociais e socioculturais determinados. A segunda problematiza a realidade da diferença no campo da antropologia tanto tradicional como renovada. Ela procura alcançar

dois objetivos específicos, porém complementares. Primeiro: analisar o “relativismo” e o “anti-relativismo” como categorias teóricas e práticas que permitem pensar e explicar a efetivação dos direitos humanos com base na diferença e na igualdade num mundo global e que se globaliza. Segundo: pensar a materialização do reconhecimento político-cultural na forma dos direitos à diferença e à diversidade. A terceira etapa consiste em estabelecer as relações entre as categorias “direitos humanos” e “multiculturalismo” no plano prático do Direito. De forma específica, será enfatizado o reconhecimento pelos textos constitucionais de interesses historicamente reivindicados e por grupos sociais na forma de direitos fundamentais.

## **2. Contextualização da categoria “direitos humanos” no campo das ciências sociais**

O debate teórico contemporâneo sobre as diversas formas de existência e de manifestação do direito, referido a configurações histórico-sociais determinadas, tem produzido modos de pensar os direitos humanos quanto ao seu papel e à sua efetivação nas sociedades democráticas tradicionais, principalmente naquelas onde a democracia constitui processo político e social em curso ou apenas deflagrado. A questão do papel dos direitos humanos permite sejam eles pensados como meio para a realização de fins específicos; a da sua efetivação repõe o problema de serem os direitos humanos considerados como objetivos a serem realizados.

A visão instrumental ou finalística acerca dos direitos humanos, quer quanto a meios quer quanto a fins, permite pensar duas questões inseparáveis, nos campos prático e teórico, que definem os direitos humanos como saber-ação.

A primeira questão diz respeito às esferas de exercício e efetivação dos direitos humanos, o que importa a sua proteção, por exemplo, no nível da atuação de juízes e tribunais, nacionais ou internacionais. Considerando especificamente as decisões judiciais nacionais sobre conflitos em matéria de direitos humanos, a segunda questão constitui a hipótese teórica que articula tipo específico de relação entre a sociedade e o Judiciário. A especificidade desta relação, quanto à sua dimensão mais radical, permite pensar a sociedade de forma independente de seus poderes tradicionais, democráticos ou não, na efetivação de seus direitos, humanos ou não, e o Judiciário como instância ou espaço público de um novo tipo de poder capaz de operar os instrumentos de proteção e efetivação dos direitos humanos. Esta seria a hipótese de “um novo estado de natureza” (GARAPON, 1999: 226-234).

Do ponto de vista teórico, tal hipótese permite problematizar a configuração da

sociedade e do estado – e do Judiciário – no século XXI em termos de despolitização da sociedade e de politização do Judiciário. À despolitização da sociedade corresponderia a politização do judiciário. No entanto, a compreensão e a aceitação desta hipótese radical dependem da condição fundamental quanto à definição dos direitos humanos, que parecem desempenhar papel contraditório de mediador entre a sociedade e o Judiciário na construção de um novo contrato social.

Daí a importância da problematização dos direitos humanos. Num primeiro momento, ela se inscreve no campo de sua própria definição teórico-científica. Assim, a classificação dos direitos humanos, quanto à sua natureza doutrinária de cunho pragmático e quanto à sua repercussão no campo jurídico-político, não dispensa nem a problematização científica nem a reflexão epistemológica desta categoria de direitos quanto à definição de seu conceito.

Esta tarefa reúne dimensões tanto teóricas quanto práticas. Do ponto de vista histórico e sob o influxo de conjunturas ideológicas imediatas, toda prática produz intuições e representações acerca dos direitos humanos. As práticas definem as visões que os agentes constroem e possuem dos direitos humanos em campos históricos e sociais específicos em que tais direitos são construídos. E nestes campos eles são dotados de sentidos e papéis próprios, como, por exemplo, o campo dos movimentos sociais de defesa de direitos humanos particulares ou as instâncias jurisdicionais de competência originária ou recursal na concretização destes mesmos direitos.

Considerando a modernidade e suas rupturas clássicas, o conhecimento teórico dos direitos humanos, referidos à realidade fenomênica plural, distinta e diversa, é tradicionalmente produzido na chave da dicotomia que distingue e separa conhecimento científico e reflexão filosófica, ciência e senso comum. O resultado que daí decorre é a retirada formal dos direitos humanos do campo das investigações científicas (do Direito, da História, da Sociologia, da Política) e a sua inscrição no campo dos trabalhos filosóficos. Pesquisados quanto à preocupação com a sua fundamentação, os direitos humanos são frequentemente associados ao senso comum e à ideologia.

Donde a oposição da preocupação de natureza filosófica com os fundamentos à preocupação científica com as definições abstratas. E de acordo com a estrutura da ciência na epistemologia materialista contemporânea, a ruptura quanto às formas de conhecimento – com a conseqüente emancipação da ciência em relação ao que não é ciência – é definida pelo “corte epistemológico” (BACHELARD, 1983: 16), condição de produção e de reprodução da ciência segundo o paradigma da modernidade.

A Sociologia clássica é cética quanto à ideia de direitos humanos. Para ela, "homem" e "humanidade" não são categorias universais. O corpo é uma construção social e toda cultura é relativa. Segundo tais concepções, a Sociologia não concebe o humano como categoria capaz de ser aplicada de forma independente de contexto histórico-social e sociocultural. Isto significa que a Sociologia rejeita a ideia do que seja humano como metaconceito. Para ela, o humano é construído historicamente e socialmente e, portanto, é variável.

Do ponto de vista sociológico, considerando o marxismo em sua tradição utilitarista, os direitos humanos são considerados como produto da sociedade ocidental moderna (individualista, egoísta e possessiva). Não passam por procedimento de "legitimação das iniquidades" (MARX, s/d: 37). da sociedade capitalista. A crítica à ideia de direitos universais – e, portanto, aos direitos humanos – pode também ser encontrada na Sociologia do Direito de Durkheim e Weber. Para o sociólogo francês, o individualismo, o egoísmo e o fim das instituições e das coletividades tradicionais ameaçavam a solidariedade social nas sociedades modernas, sendo a separação entre as atividades econômicas e morais "a causa principal da instabilidade" (DURKHEIM, 1977: 51-59) nestas sociedades. Para Weber, a autoridade racional-legal produzia "legitimação social nas sociedades modernas" (WEBER, 1982: 128-141). O cumprimento do direito dependia da sua percepção social quanto à autoridade pública encarregada de sua elaboração.

Por outro lado, do ponto de vista teórico-conceitual, os sociólogos têm preferido a categoria "direitos humanos" à categoria "cidadania" em suas pesquisas e trabalhos. Essa preferência se explica pelo fato de que, com a globalização dos sistemas políticos, econômicos e sociais no século XXI, o conceito "cidadania", tradicionalmente associado à noção de Estado nacional, tem sido considerado categoria menos realista e progressista.

Esta mudança sociológica quanto ao estatuto teórico dos direitos humanos não os torna isentos de críticas sistemáticas. Diversas e distintas razões podem ser levantadas. De um lado, sob os auspícios das Nações Unidas, proporcionam às "potências ocidentais intervir no Terceiro Mundo" (DOUZINAS, 2000: 129-141). De outro lado, a crítica ao conceito "direitos humanos" decorre de sua "ausência de fundamentação ontológica" (TURNER, 1993: 162-190) como condição da universalização de sua concepção teórica. Estes argumentos explicam, ainda hoje, a dificuldade de aceitação dos direitos humanos no âmbito das pesquisas e das teorias sociológicas.

Na tradição da antropologia filosófica, com fundamento no pensamento nietzschiano, "a ideia de direitos humanos é amplamente aceita" (TURNER, 1993). Segundo a noção de que os seres humanos não são animais amplamente completos e que são trazidos

prematuramente para o mundo, os homens são ontologicamente definidos como seres frágeis. Afinal, adoecem, envelhecem, morrem. Daí a dependência social do homem em relação às instituições da sociedade moderna, como o Estado e o Direito.

No entanto, essa tradição filosófica particular não deixa de ser menos crítica que a Sociologia clássica. Para ela, a fragilidade definidora da ontologia humana é histórica e culturalmente variável, e as instituições sociais são histórica e socialmente precárias. É o desenvolvimento social, técnico, científico e tecnológico que explica esse quadro que ele próprio compõe. Assim, de protetoras dos seres humanos de sua própria fragilidade, as instituições sociais figuram como ameaças reais ao homem. Afinal, a poluição, os desastres ambientais, as doenças crônicas, as intervenções do Estado e do Direito, tudo isto constitui risco real para os seres humanos.

Desta forma, a fragilidade ontológica do homem e a precariedade sociológica do mundo instauram um tipo de relação dinâmica e circular que define de forma paradoxal a sociedade moderna e suas instituições.

Do ponto de vista histórico, a modernidade produz sua trajetória. Ela se desenvolve, entra em crise e, no seu desenrolar, define também a crise do paradigma da ciência moderna. E com ela, o conhecimento teórico tradicional se renova. A interdisciplinaridade se impõe, como discurso e prática de investigação. No entanto, toda essa mudança ocorre de acordo com a lógica das rupturas modernas e clássicas. E assim os direitos humanos são investigados segundo a distinção entre o que é Direito e o que não é Direito.

Do ponto de vista tradicional, o Direito, a História, a Sociologia e a Política reconhecem para o Direito um mesmo e único estatuto teórico. Como norma de conduta, como prescrição jurídica estatal, o Direito é considerado como instrumento de controle social. E como controle social, o direito é definido como poder que supõe o consenso social que determina o comportamento do outro, colocado na impossibilidade de agir de modo diferente e “definido como desviante na hipótese de assim agir” (FALBO, 2011: 06-07).

Quanto aos direitos humanos, as teorias científicas e filosóficas renovadas não lhes emprestem nem a mesma importância nem lhes concedem o mesmo valor teórico. No entanto, é possível afirmar, ainda que de forma arbitrária e generalizadora, que tais teorias pensam frequentemente os direitos humanos não como verdadeiros direitos, e sim como discurso sobre o Direito ou como “aspiração legítima acerca de direitos” (BOBBIO, 1992: 15-16). E, nesta hipótese, eles são reconhecidos e/ou efetivados como tais em contextos históricos e sociais determinados.

Do ponto de vista de certa tradição histórica, os direitos humanos são objeto de

crítica enquanto discurso sobre o direito que encontra sua fundamentação em declarações políticas universais de direitos, com a consagração em textos constitucionais, ou não, e que por isto se caracterizam pelo “racionalismo e idealismo metafísico.” (BOBBIO, 1992: 01-10). Sem distinguir a prática política que é particular e variável da especulação teórica que se pretende universal e invariável, os direitos humanos enquanto tipo específico de discurso conceberiam a política de forma abstrata.

Por outro lado, é possível afirmar que os direitos humanos fazem parte do debate teórico contemporâneo como expressão de representação social ou visão de mundo ou ideologia. Segundo certa tradição marxista, “ideologia é arma na luta de classes” (BOUDON, 1989: 25-46). Segundo certa tradição não marxista, ideologia é ação simbólica destinada a produzir “efeito de mobilização ou tipo particular de sistema de crenças organizador da vida em sociedade” (BOUDON, 1989).

O ponto de contato entre estas duas definições de ideologia – que permitem assim definir os direitos humanos como ideologia – é que a ideologia não é definida nem como “conhecimento falso” nem como “deformação da realidade” (MARX, ENGELS, 1984: 22). A vantagem destas definições para o debate teórico atual acerca dos direitos humanos é que elas depuram o caráter polêmico que tradicionalmente opõe ideologia e ciência e filosofia e ciência. Como ideologia, os direitos humanos são definidos em razão de sua “função prático-social” (ALTHUSSER, 1965: 238-239). E a esta função prática e social costuma ser associada à ideia de que os direitos são construções e reconstruções históricas dos diversos movimentos sociais, e não o resultado de um ordenamento jurídico ou o efeito de declarações de direitos, como pretende ainda hoje certa corrente doutrinária de estudiosos do Direito, do Direito Constitucional e da Constituição, e também certos setores do Poder Judiciário. Isto significa que a unidade que os direitos humanos conferem à constituição brasileira – fundamento também de decisões do Poder Judiciário – não implica afirmar a dedução dos direitos humanos da constituição.

O debate teórico contemporâneo dificilmente deixa de reconhecer a origem histórica e social, o papel sociopolítico e a visão ideológica acerca dos direitos humanos. Por outro lado, certos interlocutores deste debate afirmam também que o problema atual dos direitos humanos não é quanto à sua justificação ou fundamentação, nem mesmo quanto à sua definição, mas quanto à sua “efetivação ou proteção” (BOBBIO, 1992: 24).

Neste sentido, para além das questões de natureza filosófica e científica, eles reinscreve-se os direitos humanos no campo da política, das relações de poder, das instituições responsáveis por seu reconhecimento e sua garantia. E é esta situação de

inscrição dos direitos humanos no campo da política que permite pensar a sua efetivação segundo o reconhecimento da diversidade referida às características específicas e particulares (étnicas, culturais) dos sujeitos históricos, concretos e reais. Estes sujeitos lutam política e socialmente, organizados em movimentos sociais ou não, pelo reconhecimento de seus direitos fundamentados em suas diferenças específicas e pela garantia destes mesmos direitos, cuja efetivação não prescinde da afirmação e do reconhecimento das mesmas diferenças que os legitimam.

### **3. Contextualização da categoria “multiculturalismo”**

#### **3.1. O problema da diferença ou a diferença como problema**

Os direitos humanos – quanto à sua definição, fundamentação e efetivação – se inscrevem em processo histórico-social de luta política referida ao problema das diferenças e de seu reconhecimento, que caracterizam social e culturalmente indivíduos e grupos de indivíduos. Estas diferenças permitem, ainda, discutir o problema da identidade e os direitos das minorias.

Considerando as novidades e os paradoxos que caracterizaram o século XX e ainda caracterizam o século XXI – o universalismo e o nacionalismo europeu foram criticados na mesma medida em que afirmados o relativismo, o respeito, a dignidade e o valor de todos os povos e culturas –, é possível asseverar que a universalização e a especificação dos direitos humanos são processos histórico-sociais referidos aos avanços e às crises da modernidade, à descoberta de civilizações e mundos novos. Neste contexto as diferenças foram e têm sido historicamente consideradas na mesma medida que a igualdade fundamentou (e ainda fundamenta) os ideais, as práticas e as instituições (jurídicas e políticas) das sociedades democráticas ou que ainda se democratizam.

Daí a formulação teórica segundo a qual os direitos humanos são definidos historicamente como forma de pensar o Direito que reúne a igualdade que fundamenta a universalidade do direito e a diferença de culturas específicas que abaliza o relativismo. Desta forma, nem a igualdade absoluta e a abstração que sustentam o monoculturalismo, nem a diferença radical e o contexto histórico que fundamentam o multiculturalismo. Afinal, se o relativismo cultural expressa a ‘depreciação da cultura e do pensamento ocidentais’ (GEERTZ, 2000), o anti-relativismo afirma que ‘nenhuma diferença tem dignidade’ (GEERTZ, 2000).

A relativização do universalismo e o não radicalismo do relativismo permitem pensar os direitos humanos no século XXI como direitos multiculturais e, conseqüentemente, repensar a esfera pública tradicional e suas instituições e organizações, como o Poder Judiciário. O resgate da perspectiva universalista e a renovação do relativismo legitimam o pensamento contemporâneo dos direitos humanos fundamentado na ideia do direito à diferença e no seu exercício referido ao plano da igualdade.

Esta hipótese permite pensar o problema da diferença referido aos direitos humanos em termos distintos: o da ‘criatividade humana’ (GEERTZ, 2000), quanto à sua produção ou destruição; o do ‘espaço social’ (SEMPRINI, 1999), quanto à sua organização ou desagregação; o do ‘espaço público’ (FRASER, 2011; TAYLOR, 1994), quanto à crítica à democracia real; o da ‘objetividade e universalidade do conhecimento’ (LÉVY-STRAUSS, 1976), quanto à distinção e a relação entre ciência e mito; ou ainda em termos da ‘estatalidade e coação jurídica’ (SANTOS, 2001), na produção do Direito e na resolução de conflitos.

Qualquer seja o campo de reflexão sobre os direitos humanos – cultural, social, político, cognitivo, jurídico –, o problema da diferença, que é também o problema da igualdade, constitui unidade de análise historicamente “naturalizada” no século XXI. Tanto a diferença quanto a igualdade definem sociológica e antropológicamente o problema que está na raiz também do reconhecimento e da efetivação dos direitos, humanos ou não, em termos jurídicos e políticos: o etnocentrismo.

“Visão de mundo na qual o centro de tudo é o próprio grupo a que o indivíduo pertence; tomando-o por base, são escalonados e avaliados todos os outros grupos” ou “o ponto de vista de cada um deve preferir seu próprio modo de vida a todos os outros” são definições de etnocentrismo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 1986: 437) fundamentadas na identificação do indivíduo com a cultura do grupo a que pertence e no reconhecimento por parte do indivíduo de que os padrões culturais de seu grupo são o melhor e o mais correto modo de pensar e de agir. Qualquer uma destas definições revela o problema das diferenças dos indivíduos e dos grupos aos quais pertencem em dois planos: o das diferenças dentro dos grupos e o das diferenças entre os grupos.

Se o outro, individual ou coletivamente, possui ‘dignidade própria’ quanto às suas diferenças específicas (sociais e econômicas, jurídicas e políticas, culturais e religiosas) e quanto ao “domínio do meio natural *adaptado e relativo às suas necessidades*” (CLASTRES, 1978: 133), o problema do etnocentrismo – que “não é ruim em si” (GEERTZ, 2001: 69), e de seu futuro –, diz respeito à questão de seu controle, com fundamento na incapacidade de os povos e as culturas se libertarem de suas histórias, instituições e vivências e no fato da

consciência da impossibilidade de produção de consenso universal entre os distintos e diversos grupos. Que o etnocentrismo não seja inscrito e que não fundamente as relações de poder que venham a instaurar relações de dominação e de opressão que oponham minorias e majorias quanto a seus direitos. Esta é a hipótese, a condição e o contexto em que o problema das diferenças passa a definir o problema dos direitos (políticos e sociais) das minorias em relação à maioria.

Nestes termos, o problema das diferenças sociais e culturais deixa de ser abordado na chave das dicotomias modernas que opõem o relativismo ao etnocentrismo e o anti-relativismo ao relativismo. Afinal, as rupturas clássicas produzem definições absolutistas e absolutizadas com repercussão no pensamento e na política, na moral e na ética, na estética e na ciência.

Assim, por exemplo, “o resultado disso é que o relativismo (...) é identificado com o niilismo” (GEERTZ, 2000: 48). E com as consequências indesejáveis que lhe são atribuídas e com o medo que ele inspira. Ao impossibilitar a crítica às atividades e às obras humanas, do ponto de vista intra e intercultural, o relativismo desumaniza o homem e o incapacita para a interação comunicativa. Por outro lado, a tentativa moderna de enfrentamento das consequências atribuídas ao relativismo – e ao medo decorrente da realidade que é diferente e diversa, descontínua e singular – responde pela restauração do “conceito de ‘Natureza Humana’ independente do contexto como um baluarte contra o relativismo, e a tentativa de reinstaurar igualmente um conceito similar daquela outra velha amiga, ‘A Mente Humana’” (GEERTZ, 2000: 54). E aqui o anti-relativismo procede contra toda diferença que ameace o absolutismo e o pensamento universal.

Da mesma maneira, a crítica ao etnocentrismo constitui o fundamento de doutrinas, teorias e ideologias relativistas. E a crítica se volta contra o tratamento “dos diferentes estados onde se encontram as sociedades, tanto antigas quanto distantes, como estágios ou etapas de um desenvolvimento único, que, partindo de um mesmo ponto, deve fazer com que elas convirjam todas para o mesmo objetivo” (LÉVI-STRAUSS, 1961: 23-24). Aqui o relativismo procede contra o evolucionismo histórico que não considera as necessidades específicas dos grupos sociais e que trata estes mesmos grupos como embriões retardatários em relação às sociedades que se julgam superiores.

Neste sentido, do ponto de vista da tradição moderna, “relativismo” e “anti-relativismo” são conceitos e realidades que traduzem o problema da relação entre categorias teóricas e práticas na explicação e organização da vida em sociedade, tais como “diferença” e “igualdade”, “particular” e “geral”, “concreto” e “abstrato”, “real” e “ideal”.

A relação problemática entre tais categorias reside no fato de que elas são apreendidas e abordadas segundo rupturas ontológicas que fundamentam na modernidade relações políticas de dominação com repercussão no campo jurídico da elaboração e efetivação dos direitos, humanos ou não. E do ponto de vista epistemológico, quanto a tradições intelectuais e concepções teórico-doutrinárias que elas fundamentam, tais oposições e rupturas clássicas revelam posturas e atitudes radicais que descrevem o mundo e suas instituições segundo o monoculturalismo ou o multiculturalismo. Isto é, de acordo com o desprezo ou o apreço pelos fatores culturais e simbólicos que caracterizam a vida social dos indivíduos e dos grupos de indivíduos.

### **3.2. A materialização do reconhecimento político-cultural na forma dos direitos à diferença e à diversidade**

No final do século XX ganharam fôlego nas discussões sobre direitos humanos e cidadania tópicos como o multiculturalismo e o cosmopolitismo, muitas vezes deixando-se de considerar a dimensão socioeconômica dos problemas enfrentados e focalizando-se as atenções estritamente em bandeiras antes desconsideradas – como a etnicidade, a sexualidade e a ecologia. Tal conjuntura é resultado da proeminência e do conseqüente grau de especialização atribuídos no plano teórico aos direitos de cidadania, que passam a representar um espaço de disputas entre uns que os concebem como instrumento de regulação social e outros que os compreendem como uma espécie de última trincheira a ser ocupada para apostas na emancipação social.

Nessa segunda compreensão, mesmo fora do âmbito da tradição do pensamento socialista, verifica-se a ascensão de determinadas concepções da cidadania e apropriações dos direitos humanos que visam a retomar a busca pela emancipação social.

Caracterizando o panorama da teoria e da prática política do século XXI, acima delineado, como permeado por “conflitos pós-socialistas” e pautado pela “luta pelo reconhecimento”, Nancy Fraser afirma ser errôneo desconsiderar que o pano de fundo social e econômico das reivindicações por políticas culturais e identitárias permanece o mesmo de antes do colapso do socialismo real, marcado unicamente por extremas e crescentes desigualdades materiais.

Fraser (2002: 01-11) compreende que uma concepção adequada para as teorias da justiça e da cidadania na atualidade – que abarca, inclusive, a perspectiva da globalização – exige uma conjugação da dimensão do reconhecimento com a da redistribuição. Com base

nessa premissa, Fraser (2001: 246) apresenta uma proposta de teoria crítica do reconhecimento, que “*identifique e defenda apenas versões da política cultural da diferença que possa ser coerentemente combinada com a política social de igualdade*”<sup>1</sup>.

Em sentido semelhante, ao desenvolver sua proposta de um “multiculturalismo emancipatório e progressista”, Boaventura de Sousa Santos compreende os direitos de cidadania como categoria central para a promoção da diferença e da diversidade cultural. O sociólogo português pugna por uma cidadania multicultural, que em seu entender consiste em um “*espaço privilegiado de luta pela articulação e potencialização mútuas do reconhecimento e da redistribuição*” (SANTOS; NUNES, 2003: 43)<sup>2</sup>.

Elemento comum às propostas de Fraser e Santos, a afirmação de um direito à diferença e um direito à diversidade (DENNINGER, 2000) representa tarefa imprescindível para a concretização da igualdade material em uma nova dimensão, coerente com as demandas sociais dos últimos tempos. Ao contrário do que comumente se imagina, o antônimo de igualdade é desigualdade, e não diferença. Nessa linha, trata-se de conjugar as diferentes culturas e visões de mundo por meio de um pluralismo político e cultural que busque promover a igualdade na medida das diferenças.

Por seu turno, desenvolvendo uma forte crítica ao universalismo típico da concepção liberal de cidadania, Iris Marion Young (1996: 99-126) rejeita esse modelo clássico e propõe a adoção de uma “cidadania diferenciada”. Esta deve ser pautada pela necessidade de se conferir uma proteção específica a grupos sociais minoritários, marginalizados pelos processos políticos e sociais universalizantes, que não os contemplaram com os direitos clássicos meramente formais. Aliás, segundo a autora, estes geraram efeitos homogeneizantes que muitas vezes mitigaram, ou até mesmo suprimiram, identidades coletivas de minorias dotadas do mesmo *status* de cidadania das maiorias opressoras.

A proposição de Young se materializa com o reconhecimento de direitos especiais a integrantes desses grupos, que podem variar em cada contexto histórico, social e cultural

---

1 Com essa sua proposta de “teoria crítica do reconhecimento”, Nancy Fraser estabeleceu um profundo debate com Axel Honneth sobre a viabilidade e os meios de se conjugarem as dimensões da redistribuição e do reconhecimento, bem como os resultados que se poderia obter com tal articulação. Uma compilação dos textos dos autores foi publicada como livro: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or Recognition?** A political-philosophical exchange. London/New York: Verso, 2003. Ainda sobre o tema, veja-se: HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003; e, no Brasil, CITTADINO, Gisele. 'Invisibilidade', Estado de Direito e Política de Reconhecimento. In: Id. *et alli* (Orgs). **Perspectivas atuais da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 153-166.

2 Outra contribuição relevante em termos de uma “cidadania multicultural” foi desenvolvida em KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Oxford: Oxford Univ. Press, 1996. O autor apresenta uma versão ampliada da perspectiva liberal da cidadania.

específico. Desta forma, viabiliza-se a formação de um espaço público heterogêneo e plural, no qual sejam valorizados a participação política e o civismo republicano, o que implica necessariamente em uma concepção de democracia participativa.

Já na concepção de Will Kymlicka e Wayne Norman, a conjuntura contemporânea demanda uma compreensão dos direitos humanos nos termos de uma cidadania responsável. Nessa formulação, consideram-se imprescindíveis elementos como: a incorporação das demandas por identidade e diferença; o reconhecimento da importância do multiculturalismo; e a promoção do pluralismo cultural, inclusive abarcando-se a proposta de “cidadania diferenciada” de Iris Marion Young.

#### **4. Relações entre multiculturalismo e direitos humanos**

Após a apresentação dos debates teóricos sobre as categorias “direitos humanos” e “multiculturalismo”, cumpre agora passar ao exame das suas interfaces no plano prático do Direito, que envolve o reconhecimento pelos textos constitucionais de interesses historicamente reivindicados e por grupos sociais na forma de direitos fundamentais.

Serão aqui apresentadas as repercussões da transmutação do direito à igualdade em direito à diferença (DENNINGER, 2000) no contexto do constitucionalismo latino-americano, Brasil, Bolívia e Equador, de modo a se explorar as modificações ocorridas nas instituições políticas e jurídicas em razão do reconhecimento e da efetivação dos direitos multiculturais, notadamente com o advento do chamado Estado pluricultural ou plurinacional.

A Constituição Federal de 1988 manteve a classificação tradicional do constitucionalismo europeu (direitos civis, políticos e sociais) e agregou alguns direitos difusos (relativos ao meio ambiente e aos consumidores), reconhecendo a teoria das gerações de direitos (BOBBIO, 1992).

Na tutela estatal dos interesses das minorias étnicas, destaca-se a proteção estatal da cultura indígena, cuja competência legislativa para a disciplina ficou prevista privativamente à União Federal (art. 22, XIV), que deverá se pautar nos seguintes parâmetros:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

No seu capítulo VIII, a CF/88 conferiu tratamento específico aos índios, reconhecendo-lhes “direitos originários” sobre suas “terras tradicionalmente ocupadas” (art. 231), consideradas inalienáveis e indisponíveis (§4º), a serem utilizadas em regime de posse permanente (§2º), com direito a usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes, garantida sua participação nos resultados da lavra dos recursos energéticos (§3º).

Quanto aos espaços relativos aos povos indígenas, o ordenamento jurídico brasileiro utiliza a noção de “terras”, para manter a titularidade estatal desses locais. Este tema será aprofundado adiante, na abordagem do caso Raposa Serra do Sol.

O artigo 20, XI, da CF/88 dispõe que essas “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” são bens da União Federal. Conseqüentemente, é da competência do Congresso Nacional (art. 49, XVI): “*autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais*”. O art. 176, *caput* e §1º, prevê que os recursos minerais existentes nas terras indígenas pertencem à União, que poderá conceder sua exploração à iniciativa privada, desde que estabelecidas condições específicas.

Após mais de 20 anos da promulgação da CF/88, houve poucas mudanças significativas tanto no plano legislativo – persistindo em vigor o defasado Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) –, como nas estruturas e práticas político-administrativas quanto à implementação dos direitos indígenas (VERDUM, 2010: 115).

Ainda há uma grande diferença entre o tratamento constitucional brasileiro conferido aos direitos indígenas e o modelo de “cidadania indígena” previsto pela ordenação internacional (Convenção 169 da OIT de 1989 e Declaração da ONU de 2007), que denota o reconhecimento de direitos relativos a:

(a) autonomía de decisión; (b) autogobierno y control sobre los territorios y los recursos naturales en ellos existentes; (c) derecho a representación política en las instancias de poder legislativo del Estado; y (d) protagonismo en la formulación y control sobre las llamadas políticas públicas de los Estados en que están insertos por fuerza del proceso de colonización iniciado en la región al final del siglo XV, (...). (VERDUM, 2010: 115-116) .

O Estado brasileiro persiste com caráter monocultural e nacional (VERDUM, 2010: 123), sem abrir espaço para as concepções do pluralismo jurídico e do Estado pluricultural e plurinacional. O chamado “indigenismo brasileiro”, que nasceu da tradição sertanista, no início do século XX, possui a mesma contradição interna do indigenismo mexicano: “*postular el relativismo cultural, al mismo tiempo que ambiciona la meta de 'incluir a los indios' en la sociedad nacional*”, o que caracteriza um “*discurso ideológico relativista encubriendo una práctica integracionista*” (VERDUM, 2010: 117).

Por seu turno, os grupos remanescentes das comunidades dos quilombos, conhecidos como quilombolas, têm seus direitos culturais e de propriedade assegurados, respectivamente, nos artigos 215 da CF/88 e no artigo 68 do Ato das Disposições Transitórias. Em geral, tais direitos mesclam-se no plano da efetivação, quando promovidas as medidas pelo Estado para a emissão de títulos de propriedade sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Apesar de este mister caber ao Poder Executivo, verifica-se uma crescente judicialização dos conflitos fundiários envolvendo os quilombolas e a União Federal (SARMENTO, 2010).

A propósito, ressalta-se que a CF/88 manteve o sistema de jurisdição única (estatal/nacional), sem aderir ao pluralismo jurídico, nos planos normativo e institucional. A única menção à expressão “pluralismo” consta no artigo 1º, V (“pluralismo político”), como um dos fundamentos da república, e no artigo 206, III (“pluralismo de idéias”), como um dos princípios do ensino no Brasil.

A título ilustrativo, a tutela judicial dos “indígenas” ocorre apenas perante a Justiça Federal (art. 109, XI), seja através do Ministério Público Federal (art. 129, V), seja pelos próprios índios, individual ou coletivamente:

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

Ou seja, diante da inexistência de qualquer órgão jurisdicional especializado na sua matéria, os indígenas devem ingressar na jurisdição ordinária (estatal), que não contém membros que representem aquela coletividade.

A respeito dos direitos indígenas, recentemente foi julgado no Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup> o caso conhecido como Raposa Serra do Sol (Pet. nº 3.388/RR), relativo à demarcação de terras indígenas na Amazônia. O órgão plenário da Corte decidiu, por dez votos a um, pela constitucionalidade da demarcação de terras indígenas realizada pelo poder público. Destacam-se os seguintes argumentos, pois articulados com os temas aqui aventados:

**5. (...) 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. (...) 5.2. Todas as "terras indígenas" são um bem público federal** (inciso XI do art. 20 da CF), (...) as unidades federadas pós-

---

3 Vale ressaltar que, em sede de controle difuso de constitucionalidade, o STF reiteradamente aprecia este tipo de matéria nos procedimentos especiais da Suspensão de Liminar e da Suspensão de Segurança, geralmente envolvendo conflitos entre particulares e a FUNAI, esta representando as comunidades indígenas. No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, aguarda julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, que tem por objeto o Decreto presidencial nº 4.887/03, que regulamenta o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas.

Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". (...).

6. (...) **Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).**

7. (...) Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. **A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". (...) Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional.** Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a **Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente.** Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "**nacionalidade**" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao **Brasil por inteiro.**

8. (...) **Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, (...).**

9. (...) Os **arts. 231 e 232** da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a **igualdade civil-moral de minorias**, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. (...) No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a **aculturação** de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. (...) **Relações interétnicas** de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. **Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.**

11. (...) **Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia.** Donde (...) o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, (...) O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008) (grifou-se e sublinhou-se)

Em síntese, o STF agiu de forma bastante restritiva em relação aos direitos dos povos indígenas, reforçando a primazia conferida pela CF/88 ao Estado, corporificado pela União Federal, em detrimento da autonomia daquele grupo étnico de cidadãos.

Inseridas no âmbito do denominado novo constitucionalismo latinoamericano, as novas Constituições da Bolívia (2007) e do Equador (2008), viabilizadas por intensas mobilizações populares, enfatizam a questão étnica e promovem a ideia de refundação do Estado, calcada na harmonia das diversas culturas sob o pálio de um Estado plurinacional ou pluricultural:

En las últimas décadas, con la conquista de los espacios constituyentes por los pueblos indígenas, las constituciones ya no solo son el escenario donde se define las relaciones entre los estados y los pueblos indígenas desde un poder ajeno, sino que se han constituido, así mismas, en escenarios de la refundación de tales relaciones y de los estados mismos (FAJARDO, 2010, p. 10).

No capítulo 7º (artigos 290 a 297) é destrinchado o princípio da “autonomía indígena originaria campesina”, sendo os mais representativos os artigos 290 e 291, que tratam, respectivamente, do autogoverno e dos territórios indígenas:

**Art. 290.** La autonomía indígena originaria campesina es la expresión del derecho al autogobierno como ejercicio de la autodeterminación de las naciones y los pueblos indígena originarios, y las comunidades campesinas, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.

**Art. 291.**

I. La conformación de entidades territoriales indígena originario campesinas autónomas se basa en la consolidación de sus territorios ancestrales, y en la voluntad de su población, expresada en consulta, conforme a sus normas y procedimientos propios, de acuerdo a la Constitución y a la ley.

II. El autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a las atribuciones y competencias propias, en armonía con la Constitución y la ley.

Para a regulamentação desses dispositivos constitucionais, o Parlamento boliviano promulgou, em julho de 2010, cinco “leis de autonomias”.

A Constituição de 2007 prevê – em seu art. 142, título V – como titulares dos direitos e deveres de cidadania as mulheres e os homens que tenham a nacionalidade boliviana.

No seu título II, há um catálogo de direitos dividido em sete capítulos: (i) disposições gerais; (ii) direitos fundamentalíssimos; (iii) direitos civis e políticos; (iv) direitos das nações e povos indígenas originários campesinos; (v) direitos sociais e econômicos; (vi) educação, interculturalidade e direitos culturais; e (vii) comunicação social.

São três as novidades que mais merecem destaque:

(i) a afirmação da interdependência e indivisibilidade dos direitos de cidadania e a negação expressa do modelo do constitucionalismo liberal das gerações de direitos:

**Art. 13**

I. Los **derechos** reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, **interdependientes, indivisibles** y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución **no** determina **jerarquía** alguna **ni superioridad** de unos derechos sobre otros. (grifou-se)

(ii) a utilização da inédita categoria de direitos fundamentalíssimos; e

(iii) o reconhecimento dos direitos das nações e povos indígenas originários camponeses, numa perspectiva de “transversalização” (FAJARDO, 2010: 47).

Quanto às formas de tutela judicial dos novos direitos fundamentais, a Constituição da Bolívia de 2007 disciplina, em seu artigo 180, o Poder Judiciário, da seguinte forma: (i) Jurisdição ordinária: Tribunal Supremo de Justiça, tribunais departamentais de justiça, tribunais de sentença e juízes; (ii) jurisdição especial (agroambiental e indígena originária camponesa); (iii) Justiça constitucional: tribunal constitucional plurinacional; e (iv) controle administrativo disciplinar de justiça.

Entre os princípios que regem a jurisdição, constam os do pluralismo jurídico, da interculturalidade e da participação cidadã (art. 179).

Nos artigos 191 a 193, do capítulo IV, do referido título III, está disciplinada a denominada “jurisdicción indígena originaria campesina”, que, na forma do art. 180, II, goza de igual hierarquia em relação à jurisdição ordinária.

**Art. 191**

I. Las **naciones y pueblos indígena originario campesinos** ejercerán sus **funciones jurisdiccionales** y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos **propios**.

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida y los derechos establecidos en la presente Constitución. (grifou-se e sublinhou-se)

Outra inovação relevante é a da não submissão da jurisdição indígena ao controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional Plurinacional:

**Art. 192.** La jurisdicción indígena originario campesina conocerá todo tipo de relaciones jurídicas, así como actos y hechos que vulneren bienes jurídicos realizados dentro del ámbito territorial indígena originario campesino. **La jurisdicción indígena originario campesina decidirá en forma definitiva.** Sus decisiones no podrán ser revisadas por la jurisdicción ordinaria ni por la agroambiental y ejecutará sus resoluciones en forma directa. (grifou-se e sublinhou-se)

A Constituição boliviana também prevê a coordenação e a cooperação da jurisdição indígena com a jurisdição ordinária e a especial agroambiental:

**Art. 193**

I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina.

II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo del Estado.

III. El Estado promoverá y fortalecerá el sistema administrativo de la justicia indígena originaria campesina. Una ley determinará los mecanismos de **coordinación y cooperación** entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental. (grifou-se e sublinhou-se)

O Parlamento boliviano ainda não aprovou a referida lei, destinada a articular a jurisdição originária campesina com as demais jurisdições.

Na Constituição equatoriana de 1998 já constavam algumas importantes conquistas normativas como o reconhecimento do Estado como pluricultural e multiétnico. Todavia, as respectivas normas constitucionais careceram de regulamentação legislativa e não tiveram efetividade no plano concreto, de modo a promover algum tipo de avanço institucional. O melhor exemplo desse déficit de eficácia é a justiça indígena, que, embora prevista no texto de 1998, jamais foi implementada pelo legislador infraconstitucional (GRIJALVA, 2010: 159-160).

Já a Constituição de 2008 propõe uma nova forma de convivência cidadã, calcada no princípio do bem-viver (*sumak kawsay*):

#### **PREÁMBULO**

NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador,

#### **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; (...) (grifou-se e sublinhou-se)

Já em seu artigo 1º, a atual Constituição equatoriana consagra o modelo tradicional do Estado constitucional e democrático, porém agregando as novas perspectivas da interculturalidade e plurinacionalidade, para contemplar a maioria indígena:

**Art. 1.** - El Ecuador es un **Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático**, soberano, independiente, unitario, **intercultural, plurinacional** y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. (grifou-se e sublinhou-se)

Institui-se, assim, a figura do Estado intercultural e plurinacional, que, na visão de Augustin Grijalva ilustra um novo constitucionalismo plurinacional:

un **nuevo tipo de constitucionalismo** basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional. El **Estado**

**plurinacional** no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática. (GRIJALVA, 2010: 155) (grifou-se e sublinhou-se)

No que tange ao reconhecimento de novos direitos fundamentais, a Constituição equatoriana de 2008 apresenta três tópicos referenciais: (i) um “*renovado e renovador discurso de los derechos*”; (ii) “*una obstinada determinación de asegurar la efectividad de los derechos*”; e (iii) “*la amplitud de los derechos*” (WILHELMI, 2010: 184).

No art. 6º – capítulo 2º (“Ciudadanas y ciudadanos”) –, o texto de 2008 estabelece como titulares dos direitos de cidadania as mulheres e os homens que tenham a nacionalidade equatoriana, sem prejuízo do seu pertencimento a qualquer das nacionalidades indígenas coexistentes no Estado plurinacional.

No seu título II prevê um extenso e variado catálogo de direitos de cidadania, dividido em nove capítulos: (i) princípios de aplicação dos direitos; (ii) direitos do “bem viver” (*sumak kawsay*); (iii) direitos das pessoas e grupos de atenção prioritária; (iv) direitos das comunidades, povos e nacionalidades; (v) direitos de participação; (vi) direitos de liberdade; (vii) direitos da natureza; (viii) direitos de proteção; e (ix) responsabilidades.

Desse modo, como reconhece Grijalva (2010: 164), a Constituição de 2008 “*elimina las clasificaciones tradicionales de derechos. Lo hace en el propósito de enfatizar el carácter complementario y la igual jerarquía de todos los derechos constitucionales*”. Ao invés da classificação geracional do constitucionalismo europeu em direitos civis, políticos e sociais, é adotada uma divisão temática não hierarquizante (WILHELMI, 2010: 187).

As novidades que mais merecem destaque são:

(i) a previsão de princípios gerais de aplicação dos direitos fundamentais, em especial os princípios da exigibilidade, da plena justiciabilidade, da responsabilidade do Estado por omissões e da não regressividade (WILHELMI, 2010: 186); e

(ii) o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos (art. 10 e capítulo 7º do título II) e a estipulação de um rol de direitos do “bem viver” (*sumak kawsay*) (título VII), que compreende os direitos à água e à alimentação (artigos 12 e 13); ao ambiente são (artigos 14 e 15); à comunicação e à informação (artigos 16 a 20); à cultura e à ciência (artigos 21 a 25); à educação (artigos 26 a 29); à habitação e “vivenda” (artigos 30 e 31); à saúde (art. 32); e ao trabalho e à seguridade social (artigos 33 e 34).

Tem-se a ampliação da titularidade dos direitos de cidadania e uma universalização da capacidade postulatória perante o Judiciário, especialmente a Corte Constitucional (art.

86). Além disso, destaca-se a nova dimensão de direitos coletivos (art. 56), que denota uma lógica contramajoritária da democracia, delimitando patamares de não interferência pelas maiorias. Correlata à chamada cláusula *notwithstanding* – utilizada pela Suprema Corte do Canadá para preservar os direitos das minorias sociais –, essa medida é conhecida no Equador como *mientras tanto*:

mientras no exista un espacio político, llámese Estado o no, en el que participen en pie de igualdad los distintos sujetos, individuales y colectivos, que conforman nuestras diversas sociedades, deben existir frenos, límites a lo decidible por quienes mayor capacidad de influencia tienen. (WILHELMI, 2010: 191)

Quanto às formas de tutela judicial dos novos direitos de cidadania (judicialização nacional ou jurisdição indígena autônoma), a Constituição do Equador de 2008 dispõe – no capítulo 4º do Título IV, “Participación y Organización del Poder” – sobre a função judicial e a justiça indígena, ressaltando no art. 170 que, entre os critérios para o ingresso no Poder Judiciário, consta o da participação cidadã. No art. 171 estão as grandes inovações:

**Art. 171.** - Las autoridades de las **comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas** ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su **derecho propio**, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres.

Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y **que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.**

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas.

**Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad.** La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.” (grifou-se e sublinhou-se)

Desse dispositivo, é possível depreender quatro tópicos relevantes:

1º) o reconhecimento do pluralismo jurídico, quando se permite o exercício das funções jurisdicionais pelos povos indígenas com base em suas tradições e seu “direito próprio”.

2º) a fixação de um limite para o “direito próprio” dos povos indígenas, qual seja, a não contrariedade à Constituição e aos direitos humanos previstos em documentos internacionais ratificados pelo Equador. Neste ponto, há uma crítica da doutrina, que considera haver uma flexibilização demasiada do princípio da autonomia dos povos indígenas, que poderá sucumbir em muitos casos diante de outras normas de caráter “nacional” (GRIJALVA, 2010: 169).

3º) Consequentemente, é prevista a incidência do controle de constitucionalidade, pela Corte Constitucional, sobre as decisões produzidas pela justiça indígena. Além da crítica

anterior, outro problema é o da composição étnica dos julgadores, que dificilmente contará com algum(a) representante dos povos indígenas, diante do disposto no art. 433, 2, da Constituição, que exige o diploma universitário em Direito como requisito para ser membro da Corte Constitucional.

4º) Por fim, a exigência da edição de lei para a fixação dos mecanismos de coordenação e cooperação entre as justiças indígena e estatal – o que ainda não ocorreu –, bem como para disciplinar os possíveis conflitos de interesses entre pessoas integrantes e externas às populações indígenas.

## **5. Conclusões**

Ao longo deste trabalho, buscou-se demonstrar as hipóteses fundamentais apresentadas acerca das relações entre direitos humanos e multiculturalismo na atualidade. Aqueles são definidos historicamente segundo forma de pensar o Direito que reúne a igualdade que fundamenta a universalidade do Direito e a diferença de culturas específicas que fundamenta o relativismo.

Evidencia-se uma forte tendência de materialização dos interesses político-culturais subjacentes aos diversos grupos sociais no espaço normativo da Constituição, em um movimento de mão dupla entre homens e instituições. Simultaneamente, as chamadas políticas de reconhecimento produzem novos direitos humanos e alteram a estrutura das instituições estatais. Assim, tem-se uma relação direta entre a positivação dos direitos multiculturais e a reconfiguração dos Estados nacionais para Estados pluriculturais.

No contexto latino-americano, esse processo é protagonizado pelas chamadas populações tradicionais, que englobam os povos indígenas e os quilombolas. Estes grupos sociais figuram como sujeitos ativos e passivos numa dinâmica auto-reconhecimento e alter-reconhecimento, na medida em que seus interesses são positivados pelo Estado na forma de direitos humanos multiculturais, a partir de dois movimentos: um advindo da sociedade civil e outro proveniente das instituições estatais.

A reflexividade entre esses movimentos é fundamental para um equilíbrio entre o universalismo e o relativismo, de modo que a pauta de reconhecimento não seja conduzida de forma heterônoma pelas instituições estatais (Judiciário e Ministério Público), em detrimento da autonomia dos titulares dos direitos humanos multiculturais, como ainda se verifica no caso brasileiro.

## 6. Referências bibliográficas

ALTHUSSER, L. **Pour Marx**. Paris: Maspero, 1965.

BACHELARD, Gaston. **Epistemologia**. Textos Escolhidos. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1983.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOUDON, Raymond. O que é a ideologia? In: **A Ideologia**. São Paulo: Ática, 1989.

CLASTRES, Pierre. **A Sociedade contra o Estado**. Rio de Janeiro: Francisco, Alves, 1978.

DENNINGER, Erhard. “Security, Diversity, Solidarity” instead of “Freedom, Equality, Fraternity”. In: **Constellations**, Vol. 7, n° 4, Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000.

DOUZINAS, Costas. **The End of Human Rights**. Oxford: Hart, 2000.

DURKHEIM, Emile. **A Divisão do Trabalho Social I**. Portugal: Presença. Brasil: Martins Fontes, 1977.

ETNOCENTRISMO. In: Fundação Getulio Vargas. **Dicionário de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getulio Vargas, 1986, p. 437-438.

FALBO, Ricardo Nery. Sociologia e Direito: Condições de Possibilidades do Projeto Interdisciplinar. In: **RED-Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, Rio de Janeiro, v. 1, jun./dez., 2011, p. 01-18.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. A los veinte años Del Convenio 169 de la OIT: balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica. In: Idem (Ed.). **Pueblos indígenas: constituciones y reformas en América Latina**. Lima: IIDS, 2010, p. 15-80.

FRASER, Nancy. **Qu'est-ce que la justice sociale?** Reconnaissance et redistribution. Paris: La Découverte/Poche, 2005.

\_\_\_\_\_. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. In: **Revista crítica de ciências sociais**, n.º 63, out., 2002, p. 1-11. Disponível na internet em: <http://www.eurozine.com/articles/2003-01-24-fraser-pt.html?filename=article/2003-01-24-fraser-pt>.

\_\_\_\_\_. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista.” In: SOUZA, Jessé. (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed. UnB, 2001, p. 245-282.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia; o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GEERTZ, Clifford. Anti anti-relativismo. In: **Nova Luz sobre a Antropologia**. Rio de

Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

GRIJALVA, Augustin. El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008. In: FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. (Ed.). **Pueblos indígenas: constituciones y reformas en América Latina**. Lima: IIDS, 2010, p. 153-176.

KYMLICKA, Will. **Contemporary political philosophy: an introduction**. Oxford: Clarendon Press, 1990.

\_\_\_\_\_. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Oxford: Oxford Univ. Press, 1996

KYMLICKA, Will; NORMAN, Wayne. El retorno del ciudadano: una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía. In: **AgorA**, Buenos Aires, nº 7, 1997, p. 05-42.

LEEMING, David Adams. Creation Myth. In: **A Dictionary of Creation Myths**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Pensamento Selvagem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1976.

\_\_\_\_\_. **Race et histoire**. Paris: Éditions Gonthier, Unesco, 1961.

MARX, Karl. **A Questão Judaica**. São Paulo: Moraes, s/d.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã (Feuerbach)**. São Paulo: Hucitec, 1984.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: **Lua Nova**, São Paulo, nº 39, 1997, p. 105-124.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: Idem. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. v. 03, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARMENTO, Daniel. Terras Quilombolas e Constituição: a ADI 3.239 e o Decreto 4.887/03. In: Idem. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 275-309.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalisme**. Paris: Puf, 1977.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição nº 3.388/RR**. Pleno, RTJ v. 212, p. 49, 2008.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalisme**. Différence et démocratie. France: Champs/Flammarion, 1994.

TURNER, Bryan S. Outline of a theory of human rights. In: **Citizenship and Social Theory**. London: Routledge, 1993.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHEN, Gabriel. **Weber. Sociologia**. São Paulo: Ática, 1982.

WILHELMI, Marco Aparicio. Posibilidades y límites del constitucionalismo pluralista. Derechos y sujetos en la Constitución ecuatoriana de 2008. In: FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. (Ed.). **Pueblos indígenas: constituciones y reformas en América Latina**. Lima: IIDS, 2010, p. 177-194.

VERDUM, Ricardo. Pueblos indígenas en Brasil: el desafío de la autonomía. In: FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. (Ed.). **Pueblos indígenas: constituciones y reformas en América Latina**. Lima: IIDS, 2010, p. 111-132.