



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

VICTÓRIA GIRÃO CAVALCANTE

**A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA MULHERES INDÍGENAS: UMA
ABORDAGEM SOB A PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO NO ESTADO
DE DIREITO**

**FORTALEZA
2025**

VICTÓRIA GIRÃO CAVALCANTE

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA MULHERES INDÍGENAS: UMA ABORDAGEM
SOB A PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO NO ESTADO DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. William Paiva Marques
Júnior.

FORTALEZA

2025

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C364v Cavalcante, Victória Girão.

A violência de gênero contra mulheres indígenas : uma abordagem sob a perspectiva do pluralismo jurídico no Estado de Direito / Victória Girão Cavalcante. – 2025.
117 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2025.

Orientação: Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior.

1. Violência de gênero. 2. Povos indígenas. 3. Mulheres indígenas. 4. Pluralismo jurídico. 5. Estado de Direito. I. Título.

CDD 340

VICTÓRIA GIRÃO CAVALCANTE

A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA MULHERES INDÍGENAS: UMA ABORDAGEM
SOB A PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO NO ESTADO DE DIREITO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 21/07/2025.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof.^a Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof.^a Esp. Phazzira Matos do Amaral
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Carmen Girão e Paulino Cavalcante.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Ceará (UFC), assim como às professoras e aos professores da Faculdade de Direito e das demais instituições que me receberam, pela dedicação e pelos ensinamentos, os quais são determinantes para a realização dessa pesquisa. Agradeço, especialmente, à Universidade Federal de Roraima (UFRR), onde estudei por alguns meses, em 2020, antes de me mudar definitivamente para Fortaleza – embora nada seja definitivo.

Ao Professor Dr. William Paiva Marques Júnior, pela dedicada orientação, paciência, conselhos e conhecimentos compartilhados. Gostaria de agradecê-lo, em especial, pelo trabalho desenvolvido no Centro de Estudos em Direito Constitucional (CEDIC), Projeto de Pesquisa e Extensão da Universidade Federal do Ceará, no qual li muitos livros e artigos científicos, sobre os mais variados assuntos, debati com o professor e os colegas, conheci outras experiências e perspectivas e ampliei minha visão de mundo. Incontestavelmente, nossas reuniões, às terças-feiras, contribuíram de maneira significativa para essa pesquisa.

À Prof.^a Ma. Fernanda Cláudia Araújo da Silva e À Prof.^a Esp. Phazzira Matos do Amaral, por aceitarem compor a banca examinadora e colaborarem com os seus valiosos conhecimentos e observações.

Aos meus pais, Carmen Girão e Paulino Cavalcante, pelo amor incondicional, carinho e apoio durante toda a minha vida e, particularmente, durante a elaboração dessa pesquisa, quando necessitei de maior acolhimento e atenção diante de tantas dúvidas, incertezas e questionamentos. Gostaria de agradecê-los, igualmente, pelo incentivo aos estudos e à leitura e pelas discussões jurídicas, políticas e sociológicas, que mudam a minha vida todos os dias. Sem as inspirações diárias que eu recebo, essa pesquisa não teria sido possível.

Ao meu cachorro, Kant (*in memoriam*), o qual, além de muito inteligente, me ensinou imensamente sobre a amizade, a parceria e o amor, me deixando marcas visíveis e invisíveis como recordações de nossos momentos.

Aos meus amigos, espalhados por Boa Vista, Fortaleza e Manaus, pela amizade, companheirismo e experiências compartilhadas. Agradeço, principalmente, aos amigos que conheci na Faculdade de Direito: Lylian Vidal, pelo carinho, risadas e conversas; Maurício Mayckon, pelas discussões literárias e artísticas e trocas de conhecimento; Cezário Diógenes, Levi Salvador e Walber Andrade, por tornarem esses últimos anos mais leves.

Agradeço profundamente a todos que, de alguma forma, contribuíram para a concretização desse trabalho.

“Todo presente é o desenlace de milhares de histórias e também é o começo de milhares mais. Aqui estamos, como diria Teofrasto, no ápice do relógio de areia, onde todas as coisas que foram se transformam em todas as coisas que serão.”
(William Ospina, *O país da canela*)

RESUMO

No decorrer do processo histórico-cultural, violaram-se sistematicamente os direitos individuais e coletivos dos povos indígenas, retirando-lhes o controle sobre suas terras, territórios e recursos naturais e modificando as suas estruturas sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas. Nessa conjuntura, obstou-se o exercício autônomo dos sistemas jurídicos indígenas, uma vez que o Estado de Direito concentra em si todos os poderes, em detrimento da pluralidade de ordens normativas em um mesmo espaço geopolítico. As mulheres indígenas são significativamente mais vulneráveis a atos de violência, marginalização e exclusão social, política e econômica, com base na intersecção entre gênero, raça, etnia e classe. No entanto, a ordem jurídica estatal mostra-se insuficiente para a prevenção, a repressão e a reparação de violações aos seus direitos, devido a obstáculos que restringem o acesso à justiça. Diante disso, nada obstante o reconhecimento dos direitos específicos dos povos indígenas na ordem jurídica nacional e internacional, os sistemas de justiça não asseguram o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais das mulheres indígenas. Nessa perspectiva, objetiva-se discutir a possibilidade de construção de uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero, por meio do diálogo entre a pluralidade de ordens normativas, de modo a coibir a violência contra mulheres indígenas, conforme suas demandas, experiências e cosmovisões. Com essa finalidade, utiliza-se o método qualitativo para a abordagem do problema. Quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa descritiva e exploratória, com a utilização de ampla revisão bibliográfica.

Palavras-chave: violência de gênero; povos indígenas; mulheres indígenas; pluralismo jurídico; Estado de Direito.

ABSTRACT

In the course of the historical-cultural process, the individual and collective rights of indigenous peoples have been systematically violated, taking away their control over their lands, territories and natural resources and modifying their social, cultural, political, legal and economic structures. At this juncture, the autonomous exercise of indigenous legal systems has been prevented, since the rule of law concentrates all powers in itself, to the detriment of the plurality of normative orders in the same geopolitical space. Indigenous women are significantly more vulnerable to acts of violence, marginalization, and social, political, and economic exclusion based on the intersection between gender, race, ethnicity, and class. However, the state legal system is insufficient to prevent, repress and redress violations of their rights due to obstacles that restrict access to justice. Therefore, notwithstanding the recognition of the specific rights of indigenous peoples in the national and international legal order, the justice systems do not ensure the full exercise of the fundamental rights and freedoms of indigenous women. In this perspective, the objective is to discuss the possibility of building an intercultural justice with a gender perspective, through dialogue between the plurality of normative orders, in order to curb violence against indigenous women, according to their demands, experiences and worldviews. For this purpose, the qualitative method is used to approach the problem. As for the objectives, it is a descriptive and exploratory research, with the use of extensive literature review.

Keywords: gender-based violence; indigenous peoples; indigenous women; legal pluralism; rule of law.

RÉSUMÉ

Au cours du processus historique et culturel, les droits individuels et collectifs des peuples autochtones ont été systématiquement violés en leur enlevant le contrôle de leurs terres, territoires et ressources naturelles et en modifiant leurs structures sociales, culturelles, politiques, juridiques et économiques. Dans cette conjoncture, on a empêché l'exercice autonome des systèmes juridiques indigènes, puisque l'État de droit concentre en lui tous les pouvoirs, au détriment de la pluralité des ordres normatifs dans un même espace géopolitique. Les femmes autochtones sont nettement plus vulnérables aux actes de violence, à la marginalisation et à l'exclusion sociale, politique et économique en raison de l'intersection entre le sexe, la race, l'origine ethnique et la classe. Cependant, l'ordre juridique de l'État s'avère insuffisant pour la prévention, la répression et la réparation des violations de leurs droits, en raison d'obstacles qui restreignent l'accès à la justice. Par conséquent, nonobstant la reconnaissance des droits spécifiques des peuples autochtones dans l'ordre juridique national et international, les systèmes de justice n'assurent pas le plein exercice des droits et libertés fondamentaux des femmes autochtones. Dans cette perspective, l'objectif est de discuter la possibilité de construire une justice interculturelle et avec une perspective de genre, par le dialogue entre la pluralité des ordres normatifs, afin de freiner la violence contre les femmes indigènes, selon leurs demandes, expériences et cosmovisions. À cette fin, la méthode qualitative est utilisée pour aborder le problème. Quant aux objectifs, il s'agit d'une recherche descriptive et exploratoire, avec l'utilisation d'une vaste révision bibliographique.

Mots-clés : violence basée sur le genre ; peuples autochtones ; femmes indigènes ; pluralisme juridique ; État de droit.

RESUMEN

En el curso del proceso histórico-cultural, se violaron sistemáticamente los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas, quitándoles el control sobre sus tierras, territorios y recursos naturales y modificando sus estructuras sociales, culturales, políticas, jurídicas y económicas. En esta coyuntura, se opuso el ejercicio autónomo de los sistemas jurídicos indígenas, una vez que el Estado de derecho concentra en sí mismo todos los poderes, en detrimento de la pluralidad de órdenes normativas en un mismo espacio geopolítico. Las mujeres indígenas son significativamente más vulnerables a actos de violencia, marginación y exclusión social, política y económica, sobre la base de la intersección entre género, raza, etnia y clase. Sin embargo, el ordenamiento jurídico estatal se muestra insuficiente para la prevención, la represión y la reparación de violaciones a sus derechos, debido a obstáculos que restringen el acceso a la justicia. Ante esto, a pesar del reconocimiento de los derechos específicos de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico nacional e internacional, los sistemas de justicia no aseguran el pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las mujeres indígenas. En esta perspectiva, se pretende discutir la posibilidad de construir una justicia intercultural y con perspectiva de género, a través del diálogo entre la pluralidad de órdenes normativas, para frenar la violencia contra las mujeres indígenas, según sus demandas, experiencias y cosmovisiones. Con este fin, se utiliza el método cualitativo para abordar el problema. En cuanto a los objetivos, se trata de una investigación descriptiva y exploratoria, con la utilización de amplia revisión bibliográfica.

Palabras clave: violencia de género; pueblos indígenas; mujeres indígenas; pluralismo jurídico; Estado de derecho.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A CONSOLIDAÇÃO DO MONISMO JURÍDICO NA FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO.....	14
2.1 Do Estado Legislativo ao Estado Constitucional de Direito.....	26
2.2 Crise do Estado de Direito: a emergência do pluralismo jurídico nas sociedades contemporâneas.....	35
3 OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.....	42
3.1 O reconhecimento do pluralismo jurídico no constitucionalismo latino-americano....	52
3.2 Os povos indígenas na ordem jurídico-constitucional brasileira.....	62
4 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA MULHERES INDÍGENAS SOB A PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO.....	70
4.1 As organizações sociais nas demandas de gênero.....	76
4.2 O acesso à justiça por mulheres indígenas.....	82
4.3 O constitucionalismo dialógico e multinível para a construção de uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero.....	89
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	100
REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

No decorrer do processo histórico-cultural, violaram-se sistematicamente os direitos individuais e coletivos dos povos indígenas, por meio da violência, da discriminação e da exclusão social, política e econômica. Nessa conjuntura, as relações coloniais retiraram-lhes o controle sobre suas terras, territórios e recursos naturais, assim como modificaram as suas estruturas sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas. Por conseguinte, obstou-se o exercício autônomo dos sistemas jurídicos indígenas, uma vez que, dentre os elementos componentes do Estado de Direito, se encontra o monismo jurídico. Com efeito, em seu processo de formação, o Estado concentra em si todos os poderes, detendo o monopólio sobre a elaboração de normas jurídicas, em detrimento dos centros autônomos de produção normativa e de resolução de controvérsias que coexistiam em um mesmo espaço geopolítico.

As mulheres indígenas são significativamente mais vulneráveis a atos de violência, marginalização e exclusão social, política e econômica, com base na intersecção entre gênero, raça, etnia e classe. No entanto, a ordem jurídica estatal mostra-se insuficiente para a prevenção, a repressão e a reparação de violações aos seus direitos, devido a obstáculos sociais, culturais, linguísticos, econômicos e geográficos que restringem o acesso à justiça. Diante disso, embora os direitos específicos dos povos indígenas sejam reconhecidos em tratados internacionais de direitos humanos e em constituições nacionais, notadamente nos países latino-americanos, os sistemas de justiça não asseguram o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais das mulheres indígenas. Nessa perspectiva, objetiva-se discutir a possibilidade de construção de uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero, por meio do diálogo entre a pluralidade de ordens normativas, de modo a coibir a violência contra mulheres indígenas, conforme suas demandas, experiências e cosmovisões.

Dessa maneira, a relevância dessa pesquisa, academicamente, reside na formulação de novas proposições teóricas sobre o problema apresentado e no preenchimento de uma lacuna na literatura brasileira sobre os direitos individuais das mulheres indígenas, ao analisar a relação entre Estado de Direito, pluralismo jurídico e violência de gênero. Socialmente, pode-se contribuir para o desenvolvimento de atos normativos e de políticas públicas, assim como para a atividade de interpretação e aplicação do direito, considerando as expressões culturais dos povos originários na efetivação dos direitos e liberdades fundamentais das mulheres indígenas. Sob essa óptica, visa-se, primordialmente, auxiliar na promoção e

proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, sob uma perspectiva intercultural e de gênero. Com essa finalidade, utiliza-se o método qualitativo para a abordagem do problema. Quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa descritiva e exploratória, com a utilização de ampla revisão bibliográfica.

Inicialmente, aborda-se o processo de formação do Estado moderno, com a consolidação do monismo jurídico na cultura jurídica europeia, em detrimento da pluralidade de ordens normativas durante o período medieval. Nesse contexto, discorre-se sobre os movimentos constitucionais, os quais estabeleceram a ordenação da comunidade política, por meio da restrição ao exercício do poder e da proteção aos direitos e liberdades fundamentais, e contribuíram para a composição do Estado de Direito no século XIX. Ainda, discute-se a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, explicitando os respectivos elementos caracterizadores, assim como a crise desencadeada a partir da segunda metade do século XX, em razão de mudanças sociais, políticas e econômicas, as quais resultaram na emergência do pluralismo jurídico nas sociedades contemporâneas.

Em seguida, no contexto do Estado Constitucional de Direito, analisa-se o fenômeno do Neoconstitucionalismo, com proeminência dos textos constitucionais latino-americanos. Nesse sentido, expõem-se as características desse movimento, a fim de descrever a abertura constitucional a valores morais, proporcionando a valorização da diversidade cultural, étnica e linguística, a proteção dos direitos e liberdades fundamentais de grupos marginalizados e o reconhecimento de ordens normativas não estatais. Além disso, ressaltam-se os ciclos de reformas constitucionais na América Latina, que dispõem sobre os direitos específicos dos povos indígenas, especialmente o exercício autônomo de seus sistemas jurídicos. Diante disso, destacam-se criticamente as disposições da Constituição Federal de 1988 sobre os direitos dos povos originários, assim como o entendimento jurisprudencial sobre as ordens jurídicas indígenas.

Finalmente, examina-se a violência contra mulheres indígenas, com base na interseccionalidade. Nesse sentido, apresenta-se a sua condição de vulnerabilidade a diferentes modalidades de violência, causadas por agentes estatais e não estatais, assim como pessoas indígenas e não indígenas, devido ao sistema colonial-moderno de gênero. Além disso, enfatiza-se a atuação de organizações de mulheres indígenas, as quais elaboram um discurso de gênero próprio e reivindicam seus direitos e liberdades fundamentais, como o acesso à justiça. Em vista disso, analisam-se os obstáculos ao pleno exercício desse direito nos sistemas de justiça indígenas e estatal, assim como a necessidade de construção de uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero. Dessa maneira, investiga-se a jurisprudência

da Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacando a emergência do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina para a consolidação da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos, por meio de um constitucionalismo dialógico e multinível.

2 A CONSOLIDAÇÃO DO MONISMO JURÍDICO NA FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO

A independência dos países latino-americanos, no século XIX, resultou em um processo de constitucionalismo liberal-individualista, proveniente da tradição jurídica europeia, com a predominância do monismo jurídico, ou seja, o reconhecimento de um único sistema jurídico em um mesmo espaço geopolítico (Fajardo, 2011, p. 139). Nessa concepção, o Estado soberano detém o monopólio sobre a produção de normas jurídicas, expressando a vontade popular por meio de órgãos estatais representativos, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico. No entanto, a existência de centros autônomos de poder normativo e de resolução de conflitos, que coexistem com o sistema jurídico lógico-formal, demanda o reconhecimento de fontes do Direito não estatais, as quais regulam efetivamente as relações socioeconômicas, mormente no contexto de integração social, econômica e cultural decorrente da globalização (Hespanha, 2019, p. 23-24).

Nessa conjuntura, apresenta-se o desenvolvimento do monismo jurídico na cultura jurídica europeia, durante o processo de formação do Estado moderno. Na Europa Ocidental, entre os séculos V e XV, predominava o sistema feudalista, caracterizado pela sociedade estamental, pelas relações sociais de servidão, pela economia agrária e autossuficiente e pela descentralização político-administrativa. Além disso, havia uma multiplicidade de ordens normativas, com fundamento na hierarquia social. “Ainda que se conceba o Direito Medieval como uma estrutura difusa, assistemática e pluralista”, uma vez que os grupos sociais eram regidos por normas jurídicas próprias, “não se pode minimizar o caráter supletivo e doutrinário do Direito Canônico, do Direito Visigótico e, essencialmente, do Direito Romano.” (Wolkmer, 2001, p. 27-28).

Assim, constata-se que, na Idade Média, havia uma pluralidade de centros autônomos de poder, com funções políticas, administrativas e judiciais. Posteriormente, entre os séculos XI e XV, crises econômicas, políticas e sociais contribuíram para a dissolução do sistema feudal e para o desenvolvimento progressivo do modo de produção capitalista. Por conseguinte, houve o crescimento das relações comerciais com base monetária, a ascensão socioeconômica da classe social burguesa, a elaboração da ideologia liberal-individualista e a constituição dos Estados modernos. Desse modo, a ordem jurídica adequou-se às condições socioeconômicas emergentes, por meio do desenvolvimento do monismo jurídico, atribuindo

ao ente estatal a legitimidade exclusiva para a produção de normas jurídicas (Wolkmer, 2001, p. 28-30). Nesse cenário, em relação à forma de organização do poder:

Trata-se da moderna organização estatal de poder, revestida pelo monopólio da força soberana, da centralização, da secularização e da burocracia administrativa. Nesse aspecto, assiste inteira razão a Marx quando pondera que a nascente burguesia necessitava de forte autoridade central que protegesse seus bens, favorecesse seu progresso material e resguardasse sua sobrevivência como classe dominante, reconhecendo o caráter imperioso dessa autoridade. Para tanto, ensina Marx, a burguesia “(...) suprime cada vez mais a dispersão dos meios de produção, da propriedade e da população. Aglomerou as populações, centralizou os meios de produção e concentrou a propriedade em poucas mãos. A consequência necessária dessas transformações foi a centralização política. Províncias independentes, apenas ligadas por débeis laços federativos, possuindo interesses, leis, governos e tarifas aduaneiras diferentes, foram reunidas em uma só nação, com um só governo, uma só lei, um interesse nacional de classe, uma só barreira alfandegária”. É necessário destacar, na passagem da estrutura pluralista, policêntrica e complexa “dos senhorios de origem feudal” para uma instância “territorial concentrada, unitária e exclusiva”, todo um processo de racionalização da gestão do poder, decorrente das “condições históricas materiais” e da secularização utilitária que desloca o controle sócio-político da Igreja para a autoridade laica soberana. Naturalmente, essa transposição evidencia, para a nova cultura política, que o Estado corporifica o “projeto ‘racional’ da humanidade em torno do próprio destino terreno: o contrato social, que assinala simbolicamente a passagem do Estado de natureza ao Estado civil, não é mais do que a tomada de consciência por parte do homem dos condicionamentos naturais a que está sujeita sua vida em sociedade e das capacidades de que dispõe para controlar, organizar, gerir e utilizar esses condicionamentos para sua sobrevivência (...).” (Wolkmer, 2001, p. 40-41)

Portanto, na Idade Média, não existia um sistema jurídico unitário e lógico-formal, uma vez que cada segmento da sociedade estabelecia um ordenamento jurídico próprio. Em decorrência disso, o direito pré-moderno pode ser considerado um fenômeno social (Bobbio, 1995, p. 27). No entanto, com a criação do Estado moderno, para a organização e a manutenção das condições materiais que permitem o desenvolvimento do modo de produção capitalista e satisfazem as pretensões individuais da classe social burguesa, elaborou-se um sistema jurídico assentado no monismo jurídico, com a finalidade reproduzir as estruturas sociais, políticas e econômicas do capitalismo emergente, em detrimento das práticas jurídicas pluralistas que se manifestavam no meio social (Wolkmer, 2001, p. 44-46). Sob essa perspectiva, ressaltam-se os princípios da estatalidade, da unicidade, do positivismo e da racionalidade, sobre os quais se fundamenta o monismo jurídico ocidental.

Conforme o princípio da estatalidade, compete exclusivamente ao Estado a produção das normas jurídicas, no exercício do poder soberano, resultando na unificação do direito em determinado espaço geopolítico, na primazia da lei sobre as demais normas jurídicas e, por conseguinte, na exclusão das práticas normativas pluralistas (Wolkmer, 2001, p. 60). Nada obstante se admitam outras fontes do Direito – como a analogia, os costumes, os princípios

gerais de direito, a doutrina e a jurisprudência – exige-se o reconhecimento expresso do ente estatal acerca de sua juridicidade para que elas possam ser impostas coercitivamente (Hespanha, 2019, p. 23). Ademais, segundo o princípio da unicidade, o direito consiste em um único sistema jurídico, constituído de regras de condutas caracterizadas pela generalidade, pela abstração e pela impessoalidade, com a finalidade de regular as relações socioeconômicas em determinada circunstância espaço-temporal (Wolkmer, 2001, p. 61). Nesse entendimento, somente o direito estatal dispõe de legitimidade e validade, enquanto manifestação da vontade popular, expressa por meio de órgãos estatais representativos, desconsiderando a existência de centros autônomos de produção normativa (Hespanha, 2019, p. 23-24). “Constrói-se, assim, a segurança, a hierarquia e a certeza de um arcabouço de normatividade dogmática fundado no plano lógico da completude e de que só existe um Direito, o Direito Positivo do Estado.” (Wolkmer, 2001, p. 61).

Consoante o princípio da positivação, todo o direito se reduz ao direito positivo, ou seja, ao conjunto de normas jurídicas elaboradas pelo ente estatal – com base em critérios formais de validade – e dotadas de coercitividade. Nesse sentido, a positividade jurídica relaciona-se com a criação de um ordenamento jurídico sistemático, coerente e completo, com a centralização do poder e com a instituição de órgãos e entidades estatais que garantem o cumprimento das obrigações definidas em lei, supostamente neutras e universais (Wolkmer, 2001, p. 62). Finalmente, de acordo com o princípio da racionalidade, as normas jurídicas decorrem de um procedimento formal previamente estabelecido na ordem jurídica. Dessa maneira, a racionalidade formal assegura a coerência, a previsibilidade e a estabilidade do direito, independentemente de seu conteúdo substancial. Sob essa óptica, no processo de racialização jurídica, predominante no Estado de Direito do século XIX – principalmente no *Rechtstaat* alemão – identifica-se “a legitimidade com a legalidade, o exercício do poder com um estatuto legal-racional, a estatização das fontes jurídicas com a segurança, a impessoalidade com um sistema de dominação burguesa acabado” (Wolkmer, 2001, p. 64-65).

Nessa perspectiva, enquanto no sistema feudal o direito era considerado um fenômeno social, decorrente de uma pluralidade de práticas normativas da sociedade civil, o Estado moderno se baseia na concentração de poderes e, por conseguinte, assume o monopólio da produção de normas jurídicas. Assim, compete-lhe exclusivamente definir as normas jurídicas, direta ou indiretamente, por meio da lei ou do reconhecimento expresso e do controle de outras fontes do Direito. Dessa maneira, além de desconsiderar as normas consuetudinárias enquanto direito posto pela sociedade civil, a constituição do Estado moderno ocasionou a redução do direito ao direito positivo, subtraindo o direito natural dessa

condição. Com efeito, enquanto na doutrina jusnaturalista “direito natural e direito positivo eram ambos qualificados como direito na mesma acepção do termo”, o juspositivismo “nasce quando ‘direito positivo’ e ‘direito natural’ não são mais considerados direito no mesmo sentido, mas o direito positivo passa a ser considerado como direito em sentido próprio” (Bobbio, 1995, p. 26-27).

Entre os séculos XVI e XVII, com o advento do capitalismo mercantil e do absolutismo, a produção normativa sujeita-se exclusivamente ao poder soberano, com a criação de normas gerais, abstratas e impessoais, as quais asseguram as pretensões das classes sociais dominantes e ocultam as desigualdades socioeconômicas (Wolkmer, 2001, p. 49-50). De fato, os Estados absolutistas instauraram o exército permanente, a burocracia racional e centralizada, o sistema tributário nacional, a ordem jurídica unitária e o início de um mercado unificado, com o domínio político-econômico da aristocracia feudal (Anderson, 2004, p. 17). Desse modo, o desenvolvimento da economia mercantil e a decadência do feudalismo promoveram mudanças na forma de organização do poder, a fim de perpetuar a dominação da aristocracia feudal e manter as relações de classe. Segundo Anderson (2004, p. 19), devido à “comutação generalizada das obrigações, transformadas em rendas monetárias, a unidade celular de opressão política e econômica do campesinato foi gravemente debilitada e ameaçada de dissociação”. Nesse sentido, visto que o crescimento do comércio em base monetária e o trabalho livre e assalariado ameaçavam o poder da classe dominante, houve a transferência “da coerção político-legal no sentido ascendente, em direção a uma cúpula centralizada e militarizada — o Estado absolutista.” Assim, a concentração de poderes resultou na ampliação das prerrogativas do soberano, ao qual caberia manter a exploração e a dominação das massas rurais e urbanas.

Nesse período, em substituição ao direito consuetudinário feudal, houve a assimilação do Direito Romano e a criação de um sistema jurídico unitário, atendendo aos interesses da aristocracia e da burguesia em ascensão. Com efeito, o crescimento das atividades comerciais motivou a reintrodução de conceitos clássicos de Direito Civil – como a propriedade privada absoluta – e o desenvolvimento do Direito Comercial, Societário e Marítimo (Anderson, 2004, p. 24-27). Dessa maneira, na origem do Estado moderno, houve a redução do direito ao direito estatal, considerado a manifestação da vontade exclusiva do poder soberano (Wolkmer, 2001, p. 50-51). A centralização político-administrativa e o monopólio sobre a produção normativa permitiram a manutenção do poder da aristocracia rural e o enriquecimento da burguesia, em decorrência da natureza do capitalismo mercantil, que não necessitava de uma produção de massa e, por conseguinte, não demandava “uma ruptura radical com a ordem

agrária feudal que ainda englobava a ampla maioria da população (o futuro mercado de trabalho e de consumo do capitalismo industrial)” (Anderson, 2004, p. 39-40).

A partir do século XVIII, especialmente, sucedem-se movimentos constitucionais com a finalidade precípua de ordenar a comunidade política, estabelecendo limites ao exercício do poder e declarando direitos e liberdades fundamentais, com fundamento em correntes políticas, filosóficas e jurídicas. Desde o princípio, o constitucionalismo pretende restringir os poderes públicos e solidificar as esferas de autonomia dos indivíduos, com mecanismos de garantia inscritos no ordenamento jurídico. No entanto, embora esses movimentos preponderem a partir das revoluções burguesas, no constitucionalismo antigo existiam meios de restrição ao exercício do poder absoluto e de consolidação da unidade política (Canotilho, 2003, p. 51-52; Fioravanti, 2014, p. 9). Assim, segundo Canotilho (2003, p. 52), havia um “conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num *tempo longo* – desde os fins da Idade Média até o século XVIII”. Nesse contexto, elaboram-se as constituições modernas:

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nesta carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*. Este conceito de constituição converteu-se progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental, a ponto de se ter já chamado “conceito ocidental de constituição” [...]. (Canotilho, 2003, p. 52)

Nessa linha, as constituições modernas consistem na ordenação jurídico-política da comunidade, visando à contenção dos poderes públicos e ao reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais. Contudo, nada obstante essas características elementares, cada modelo de constitucionalismo apresenta suas particularidades, de modo que as constituições podem ser definidas, em sentido histórico, como o “conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social” (Canotilho, 2003, p. 53). Assim, mostra-se primordial analisar os modelos historicista, individualista e estatalista, propostos por Fioravanti (2000), os quais, em desenvolvimento, sobretudo, a partir do século XVII, constituem os fundamentos dos direitos e liberdades.

O modelo historicista situa-se na Idade Média, mormente na Inglaterra, quando se desenvolve na cultura jurídica europeia a restrição ao poder político de *imperium* – como a administração da justiça, a imposição de tributos e o comando do exército. Nessa abordagem, destacam-se as liberdades *civis* ou negativas, consubstanciadas no binômio *liberty and property*, que consistem na capacidade de agir, em um âmbito delimitado e autônomo, sem interferências arbitrárias do poder público. Ainda que não houvesse um poder soberano que exercesse o monopólio sobre as funções de *imperium* e sobre a produção de normas jurídicas em determinado território, tendo em vista a divisão do poder político entre o monarca e os senhores feudais, verifica-se uma proteção jurídica aos direitos e liberdades *civis*. Assim, existia um direito objetivo, decorrente dos costumes e da natureza das coisas, que atribuía direitos e deveres aos indivíduos enquanto membros de uma estrutura corporativa. A partir do século XIII, as relações políticas na sociedade estamental passaram a ser organizadas por meio de contratos de dominação (*Herrschaftsverträge*), como a Magna Carta, de 1215, os quais possibilitam a tutela dos direitos adquiridos, pelo transcurso do tempo e do uso, principalmente de natureza patrimonial (Canotilho, 2003, p. 55; Fioravanti, 2000, p. 26-30).

Nesse contexto, conforme a interpretação historicista, durante a Idade Média se originou a concepção de liberdade como autonomia e segurança. Entretanto, os direitos e liberdades não eram assegurados aos indivíduos singularmente considerados, mas de acordo com o estamento ao qual pertenciam. Além disso, os sujeitos estavam submetidos a uma ordem natural, não se admitindo a modificação das estruturas sociais, culturais e políticas, o que contraria a dimensão positiva da liberdade, consistente na livre manifestação da vontade. Nada obstante, o modelo historicista contribuiu para o constitucionalismo moderno, particularmente em razão do constitucionalismo inglês, o qual representou a transição progressiva entre a Idade Média e a Idade Moderna (Fioravanti, 2000, p. 30-31).

Na Inglaterra, os direitos individuais, tutelados pela jurisprudência e pelas normas consuetudinárias, estavam indisponíveis ao poder público, diferenciando o regime político-constitucional inglês dos regimes absolutistas da Europa Continental. Nesse sentido, a Magna Carta, de 1215, restringe o exercício do poder político ao assegurar que os indivíduos não podem ser privados arbitrariamente de sua liberdade pessoal e de seus bens, antecipando a garantia constitucional do devido processo legal. Ademais, as leis do país – *the law of the land* – devem ser interpretadas e elaboradas pelos juízes, os quais produzem o direito comum inglês – *common law* (Fioravanti, 2000, p. 32-34).

A proteção aos direitos e liberdades ampliou-se a partir do século XVII. Com efeito, a Revolução Gloriosa, entre 1688 e 1689, consolidou a representação e a soberania parlamentar,

com a composição de um governo moderado e equilibrado pelas forças políticas e sociais – qual sejam, Lordes, Comuns e Monarquia – a fim de evitar o exercício arbitrário do poder e a violação aos direitos e liberdades civis. Em vista disso, no constitucionalismo inglês não se exerce o poder constituinte, dado que a forma de governo decorre das tradições históricas, em vez da vontade dos indivíduos de instaurar uma nova ordem política (Canotilho, 2003, p. 55-56; Fioravanti, 2000, p. 32-35).

Nesse contexto, embora a supremacia política do parlamento confira aos legisladores a possibilidade de elaborar normas jurídicas sobre qualquer matéria, a observância aos direitos e liberdades fundamentais veda a elaboração de atos normativos arbitrários. Além disso, nesse período, criaram-se documentos constitucionais que circunscrevem os poderes do monarca e os transferem ao parlamento, como a *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; e o *Bill of Rights*, de 1689 (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 74-75). Portanto, no constitucionalismo inglês, predominam os direitos e liberdades civis, nada obstante se assegurem subsidiariamente as liberdades políticas, a fim de controlar os representantes, manter o equilíbrio parlamentar e assegurar os direitos adquiridos (Fioravanti, 2000, p. 35).

Enquanto no modelo historicista os direitos e liberdades fundamentam-se nas tradições medievais, o modelo individualista representa a ruptura com a ordem feudal e a eliminação da sociedade estamental, de modo que o Estado moderno passa a exercer o monopólio sobre as funções de *imperium* e sobre a produção de normas jurídicas, assim como o indivíduo se converte em sujeito de direitos. Nesse sentido, o constitucionalismo francês corresponde ao paradigma do modelo individualista, em virtude da elaboração de uma ordem liberal-individualista que removeu os privilégios estamentais e reconheceu os direitos e liberdades fundamentais, mediante, por exemplo, o Código Civil de 1804 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (Fioravanti, 2000, p. 35-37).

A formação do direito moderno, no entanto, depende não somente do desmantelamento do sistema feudal, mas igualmente da construção de uma associação política que assegure efetivamente os direitos e liberdades, por meio de um contrato social celebrado entre os indivíduos. Nessa perspectiva, Thomas Hobbes, na obra *Leviatã* (1651), expressou a natureza artificial do poder político ao considerar que os indivíduos abandonam consensualmente o estado de natureza – caracterizado como uma guerra ininterrupta de todos contra todos – e renunciam a parcela de seus direitos em favor de um poder soberano comum, com a finalidade de manter a ordem política e de garantir os direitos e liberdades fundamentais. Desse modo, a preservação da ordem política e, por conseguinte, o exercício dos direitos fundamentais dependem da submissão absoluta de todas as pessoas ao poder

soberano (Fioravanti, 2000, p. 38-39; 2014, p. 31-32). Sob essa perspectiva, o reconhecimento de direitos naturais e imprescritíveis e a construção de uma associação política, decorrente da manifestação de vontade dos indivíduos, possibilitaram a elaboração das constituições modernas, nas quais estão previstas a ordenação jurídico-política da comunidade e a tutela dos direitos e liberdades fundamentais (Canotilho, 2003, p. 58).

Efetivamente, segundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, toda associação política tem o intuito de preservar os direitos naturais e imprescritíveis dos cidadãos – como a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão – cujo exercício pode ser limitado pela lei. Dessa maneira, na concepção individualista, entende-se que os direitos e liberdades civis são preexistentes ao Estado, ao qual cabe exclusivamente reconhecê-los e protegê-los. Assim, somente a lei, enquanto expressão da vontade geral, caracterizada pela generalidade, pela abstração e pela impessoalidade e considerada a máxima fonte do direito, pode impor proibições e obrigações aos particulares, de modo que a restrição aos direitos e liberdades fundamentais pelos órgãos judiciais e administrativos requer um fundamento legal. Nessa perspectiva, o modelo individualista presume a liberdade dos indivíduos, os quais podem agir livremente na consecução de seus objetivos, desde que não prejudiquem os direitos e liberdades dos demais membros da comunidade. Por conseguinte, veda-se ao legislador estabelecer restrições com base no progresso, no bem comum ou na justiça social, visto que cada pessoa tem valor em si, independentemente da função social desempenhada, evitando, dessa forma, uma sobreposição do ente estatal aos indivíduos (Fioravanti, 2000, p. 39-41). Sob essa óptica, apresenta-se o entendimento de Bobbio (2004, p. 56-58) em relação ao conceito individualista:

Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; ou melhor, para citar o famoso artigo 2º da *Declaração* de 1789, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem “é o objetivo de toda associação política”. Nessa inversão da relação entre indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever. Em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro os deveres, depois os direitos. A mesma inversão ocorre com relação à finalidade do Estado, a qual, para o organicismo, é a *concordia ciceroniana* (a *omónoia* dos gregos), ou seja, a luta contra as facções que, dilacerando o corpo político, o matam; e, para o individualismo, é o crescimento do indivíduo, tanto quanto possível livre de condicionamentos externos. O mesmo ocorre com relação ao tema da justiça: numa concepção orgânica, a definição mais apropriada do justo é a platônica, para a qual cada uma das partes de que é composto o corpo social deve desempenhar a função que lhe é própria; na concepção individualista, ao contrário, justo é que cada um seja tratado de modo que possa satisfazer as próprias necessidades e atingir os próprios fins, antes de mais nada a felicidade, que é um fim individual por excelência. [...] No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado

absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.

Nessa abordagem, desenvolve-se o conceito de poder constituinte, enquanto poder originário e autônomo pertencente a uma sociedade de indivíduos politicamente ativos – a nação ou o povo – que organiza uma nova forma de associação política e institui os poderes constituídos. Em decorrência do exercício desse poder, originam-se as constituições modernas, que devem garantir os direitos naturais e imprescritíveis dos cidadãos e limitar o exercício do poder político. Além disso, reconhecem-se os direitos e liberdades políticos ou positivos, como o direito ao voto, que confere aos cidadãos a possibilidade de participar dos processos decisórios, por meio de seus representantes. Dessa maneira, direciona-se a atuação dos poderes constituídos, os quais são considerados intérpretes da vontade geral e, portanto, devem proceder em conformidade com a vontade do poder constituinte originário – expressa no contrato social (Fioravanti, 2000, p. 41-46).

No modelo estatalista, o Estado representa a condição de existência dos direitos e liberdades. Com efeito, enquanto na concepção individualista uma sociedade de indivíduos politicamente ativos instaura uma nova ordem política, por meio de um contrato social, para a tutela de seus direitos naturais e inalienáveis, a doutrina estatalista retoma o pensamento de Thomas Hobbes para explicar que, considerando a situação de guerra ininterrupta que caracteriza o estado de natureza, não existe nenhuma sociedade composta por sujeitos titulares de direitos que seja preexistente ao Estado. Desse modo, a ordenação da comunidade política e a titularidade de situações jurídicas subjetivas decorrem das normas jurídicas elaboradas exclusivamente pelo ente estatal (Fioravanti, 2000, p. 46-48).

Nessa concepção, o Estado origina-se da vontade dos indivíduos, por meio de um pacto social, ou seja, um ato de subordinação unilateral, inegociável, irreversível e total ao poder soberano. Assim, conforme o modelo estatalista, o poder constituinte não se exerce mediante um contrato, de natureza privada, no qual estariam representadas pretensões pessoais e divergentes e seriam concedidas vantagens recíprocas, comprometendo a estabilidade e a unidade política do ente estatal. Dessa maneira, o poder constituinte trata-se de uma decisão política fundante, isenta de juízos de oportunidade ou conveniência sobre o melhor modo de tutela, tendo em vista que os sujeitos no estado de natureza necessitam de uma ordem política organizada para titularizar os direitos e liberdades fundamentais. Após a submissão ao poder soberano, compõe-se uma sociedade de indivíduos politicamente ativos – o povo ou a nação – representada unitariamente pelo Estado. Assim sendo, o exercício de

direitos políticos não constitui um direito originário de determinar a atuação dos poderes públicos, mas somente designa os agentes que devem expressar a vontade estatal por meio da elaboração de normas jurídicas (Fioravanti, 2000, p. 48-52).

As revoluções burguesas modificaram a cultura jurídica moderna, uma vez que determinaram a consolidação do Estado como modelo de unidade política e do indivíduo como sujeito de direitos, com o reconhecimento de direitos civis e políticos. Nesse sentido, a Revolução Francesa, entre 1789 e 1799, com a finalidade de romper com a sociedade estamental do Antigo Regime, combinou as doutrinas individualista e estatalista, afirmando os direitos naturais e imprescritíveis dos cidadãos, a primazia da lei, enquanto expressão da soberania nacional, e a onipotência do legislador como intérprete da vontade geral, nos termos rousseauianos (Fioravanti, 2000, p. 55-58). Em vista disso, a sociedade de indivíduos politicamente ativos – o povo ou a nação, titular do poder constituinte – não participa dos movimentos revolucionários para demandar unicamente a proteção aos direitos e liberdades civis em face do poder público, mas principalmente para erigir uma nova ordem político-social, com fundamento nos ideais de igualdade, liberdade e fraternidade. Desse modo, elege-se um sistema jurídico-constitucional no qual a lei geral e abstrata, expressão da vontade geral, assume a posição de máxima fonte do direito (Fioravanti, 2000, p. 58-64; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 76).

Em decorrência disso, inaugura-se uma ordem jurídica legicentrista, na qual os direitos e liberdades, apesar de serem preexistentes ao Estado, somente podem ser exercidos por meio da lei (Fioravanti, 2000, p. 62). Nada obstante o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, disponha que a “sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, não se elaborou um texto constitucional rígido para a garantia dos direitos e liberdades em face do poder normativo estatal. Assim, a Constituição tornou-se meramente uma proclamação político-ideológica, não vinculando materialmente os poderes públicos nem prevendo um controle de constitucionalidade. Além disso, prevalecia o Código Civil, que regulava as relações entre particulares de acordo com os interesses liberal-burgueses, conferindo maior proteção à propriedade privada e à autonomia da vontade, assim como os juízes aplicavam a lei conforme um raciocínio lógico-dedutivo, mediante a estrita subsunção dos fatos à norma (Fioravanti, 2000, p. 73-74; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 77).

A Revolução Francesa consolidou a autonomia e a onipotência do legislador, enquanto representante da vontade geral, cabendo-lhe a produção de normas jurídicas de maneira exclusiva, em ruptura com a concepção historicista pela qual os direitos e liberdades são

tutelados pela jurisprudência e pelas normas consuetudinárias. Desse modo, a Constituição resume-se ao estabelecimento de normas de organização do poder, de distribuição de competências e de produção normativa, com a previsão de critérios formais de validade, assim como se submete ao arbítrio do legislador, que pode modificá-la conforme a vontade da maioria (Julios-Campuzano, 2009, p. 14-16). Por conseguinte, a ausência de força normativa compromete a proteção efetiva aos direitos e liberdades fundamentais. Desse modo, considera-se que o constitucionalismo moderno, enquanto técnica específica de limitação do poder com finalidade de garantia, decorre da Revolução Americana de 1776, a qual conciliou os modelos individualista e historicista (Fioravanti, 2000, p. 77).

Conforme mencionado anteriormente, o constitucionalismo francês rompeu com o Antigo Regime e instaurou uma ordem liberal-individualista assentada no indivíduo enquanto sujeito de direitos, não comportando a doutrina historicista pela qual os direitos e liberdades se fundamentam nas tradições históricas. Nesse contexto, inaugurou-se um sistema político-social no qual a lei geral e abstrata, considerada expressão da vontade geral e máxima fonte do direito, assegura os direitos e liberdades individuais, assim como o legislador representa a unidade do povo ou nação. Por outro lado, a Revolução Americana, de 1776, não tinha a finalidade de eliminar uma sociedade estamental. Com efeito, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América decorreu, dentre outras razões, da ausência de representação política no parlamento inglês e da imposição unilateral de tributos aos colonos estadunidenses, cujas reivindicações sintetizam-se no princípio *no taxation without representation*. Assim, defendia-se que a tributação deveria ser consentida pelos colonos, por meio de suas assembleias representativas, tendo em vista que a metrópole britânica não poderia interferir arbitrariamente sobre a liberdade pessoal e o patrimônio dos súditos, conforme o binômio *liberty and property*, próprio do constitucionalismo inglês (Fioravanti, 2000, p. 78-80).

Nesse entendimento, enquanto a Revolução Francesa consolidou um novo sistema político-social, a Revolução Americana restringiu o poder normativo estatal, por desconfiar das presumidas virtudes dos legisladores, em razão do despotismo do parlamento inglês. Dessa maneira, uma vez que não houve a destruição de uma ordem estamental, a independência estadunidense manteve a tradição inglesa de proteção aos direitos e liberdades naturais, particularmente a liberdade e a propriedade privada, conforme se observa na Declaração de Independência de 1776 (Fioravanti, 2000, p. 78-83; 2014, p. 39). Contudo, adaptou-se o *common law* inglês às necessidades da comunidade política, visto que a “extensão do território, a liberdade de culto, a inadaptabilidade de institutos jurídicos feudais

à nova organização social, somadas ao fato de a Inglaterra não ter aplicado, de forma uniforme e centralizadora, seu sistema de dominação às colônias americanas” determinaram a diferenciação do sistema jurídico estadunidense (Ranieri, 2023, p. 292).

No constitucionalismo estadunidense, a Constituição representa uma lei fundamental rígida e escrita, compreendendo os direitos e liberdades individuais e os princípios fundamentais da comunidade política, os quais são oponíveis aos poderes públicos. Assim, em dissonância com a doutrina estatalista, nesse movimento constitucional não se reconhecem a onipotência e a autonomia do legislador, enquanto representante da vontade geral, de modo que as leis que violarem a Constituição podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário, por meio do controle difuso de constitucionalidade – *judicial review*. Com efeito, o texto constitucional estipula um sistema de freios e contrapesos – *checks and balances* – pelo qual os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem autonomamente suas funções, mas dispõem de mecanismos de controle mútuo, evitando a concentração de poderes e assegurando a atuação em conformidade com o ordenamento jurídico (Canotilho, 2003, p. 59-60; Fioravanti, 2000, p. 83-92).

Nessa perspectiva, restringem-se os poderes públicos para a tutela dos direitos e liberdades individuais, mediante uma norma jurídica hierarquicamente superior, e estabelece-se uma ordem política assentada no princípio do governo limitado com fins de garantia. Sob essa óptica, verifica-se que o conceito de poder constituinte associa-se ao de rigidez constitucional, de maneira que o povo soberano decide sobre a lei suprema da comunidade política, instituindo normas constitucionais rígidas com o propósito de obstar o exercício arbitrário do poder e, por conseguinte, garantir a observância aos direitos e garantias fundamentais (Canotilho, 2003, p. 59; Fioravanti, 2000, p. 90-92). Em relação ao constitucionalismo estadunidense, segundo Ranieri (2023, p. 292-293):

O *Rule of Law* americano é tributário da forte convicção individualista de John Locke, na qual o Estado é, por natureza, inconfiável. Assim sendo, o culto à lei representa um instrumento poderoso contra os potenciais perigos que advêm da atuação do Estado, além de meio de proteção do indivíduo – e de sua propriedade – contra as diversas correntes políticas que transitam no Estado e se expressam no Legislativo. É por essa razão que, mesmo sendo a lei a expressão da soberania popular, o poder do Congresso em relação aos direitos fundamentais é bastante atenuado, de forma a prevenir eventuais ameaças das maiorias em relação às liberdades fundamentais. Logo, a despeito da certeza de o direito ser um valor necessário, ele é insuficiente à garantia das liberdades. Desde o início da colonização americana, a igualdade jurídica dos indivíduos constituiu uma das mais importantes características da nova sociedade que se formava, juntamente com a defesa das liberdades individuais e o consentimento popular, características essas que serão consagradas na Declaração de Independência de 1776. A ideologia por detrás das instituições políticas e jurídicas conformadas posteriormente na Constituição de 1787 não é outra senão a de que os governos são

instituídos pelos homens para a salvaguarda dos direitos naturais, sendo direito dos homens alterá-los ou aboli-los todas as vezes que se tornassem destrutivos, como preconizava John Locke no *Segundo tratado sobre o governo civil*. A soberania popular, portanto, tinha, ela própria, a natureza de direito natural, assim como a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

Em vista disso, nota-se que o Estado moderno exerce o monopólio sobre a produção de normas jurídicas, por meio de leis ou outras fontes do Direito expressamente reconhecidas pelo ordenamento jurídico estatal, excluindo a pluralidade de práticas normativas existentes na sociedade civil. Nesse contexto, os movimentos constitucionais efetuaram a ordenação jurídico-política da comunidade, moderando o exercício do poder e protegendo os direitos e liberdades fundamentais, de acordo com as doutrinas historicista, individualista e estatalista, as quais se manifestam isolada ou cumulativamente. Assim sendo, consoante Fioravanti (2000, p. 94-97), as revoluções burguesas modificaram o constitucionalismo moderno ao criarem dois modelos fundamentais de Constituição, qual sejam, como *norma diretiva fundamental* e como *norma fundamental de garantia*. Na primeira, determina-se um projeto comum para o futuro da comunidade política, definindo metas e diretrizes que orientam a atuação do Estado na consecução de determinados objetivos, como a construção de uma sociedade mais justa. Por outro lado, na segunda, garantem-se os direitos e liberdades individuais e restringe-se a intervenção do poder público na ordem socioeconômica, permitindo que cada indivíduo atue de acordo com os seus próprios fins.

2.1 Do Estado Legislativo ao Estado Constitucional de Direito

O Estado de Direito, em sentido amplo, corresponde a uma forma de organização estatal caracterizada pela limitação jurídica dos poderes públicos, com a finalidade de proteger os direitos e liberdades fundamentais, podendo se estruturar sob diferentes formatos, de acordo com o contexto sociopolítico no qual se insere, desde que sejam mantidos os seus elementos essenciais (Ranieri, 2023, p. 261-264). Em sentido estrito, a expressão compreende a subordinação dos poderes públicos a leis gerais e abstratas e o exercício do controle de legalidade ou de constitucionalidade das leis e atos normativos (Ranieri, 2023, p. 268). A consolidação do Estado de Direito decorre de experiências jurídico-constitucionais, como o *Rule of Law* britânico e estadunidense, o *Rechtsstaat* alemão e o *État legal* francês, que condicionam a legitimidade do exercício do poder a aspectos formais e, mormente desde a segunda metade do século XX, a aspectos materiais (Ranieri, 2023, p. 257).

Nessa perspectiva, Ferrajoli (1995, p. 856; 2001, p. 31) classifica o Estado de Direito em sentido amplo, débil ou formal e em sentido estrito, forte ou substancial. No primeiro caso, refere-se a qualquer ordenamento jurídico no qual o exercício do poder decorre da lei, devendo ser desempenhado segundo as formas e os procedimentos por ela definidos. Esse conceito corresponde ao *Rechtsstaat* alemão e aos demais entes estatais, ainda que autoritários ou totalitários, nos quais a lei constitui a fonte do poder e estabelece as formas de seu exercício. Com efeito, segundo esse entendimento, qualquer ente estatal que disponha de um sistema jurídico pode ser qualificado como Estado de Direito, nada obstante as normas jurídicas se desvinculem de critérios substanciais (Zagrebelsky, 2016, p. 22-23).

Sob essa óptica estritamente formal, asseverava-se que os regimes totalitários do século XX seriam a restauração do Estado de Direito, após o declínio dos regimes liberais, em razão do processo de democratização. Desse modo, com base no princípio da legalidade, esses regimes aplicariam eficazmente as normas jurídicas às relações socioeconômicas e manteriam a ordem e a coesão social, que supostamente haviam sido subvertidas – ou seja, os Estados totalitários não constituiriam a ruptura da ordem jurídica, mas o apogeu do princípio da legalidade, em conformidade com as formulações teóricas do Estado de Direito do século XIX. Contudo, a lei era utilizada como instrumento de controle e repressão, em detrimento dos direitos e liberdades fundamentais (Zagrebelsky, 2016, p. 22-23). Em contrapartida, no segundo caso, o Estado de Direito em sentido estrito, forte ou substancial relaciona-se aos ordenamentos jurídicos nos quais os poderes públicos sujeitam-se a normas gerais e abstratas. Assim, recebem essa qualificação os entes estatais nos quais as normas constitucionais vinculam formal e materialmente os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais devem observar os princípios constitucionais, como a separação de poderes e o respeito aos direitos e garantias fundamentais (Ferrajoli, 1995, p. 856; 2001, p. 31).

Segundo o autor, essas concepções correspondem, respectivamente, ao “*modelo paleo-juspositivista*” do *Estado Legal*, resultante do monopólio estatal sobre a produção de normas jurídicas, e ao “*modelo neo-juspositivista*” do *Estado Constitucional*, predominante na cultura jurídica ocidental após a dissolução dos regimes totalitários e caracterizado pela rigidez constitucional e pelo controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (Ferrajoli, 2001, p. 31). Dessa maneira, na contemporaneidade, o Estado de Direito, sob o aspecto formal, define-se pelo princípio da legalidade, consoante o qual os poderes públicos subordinam-se a normas gerais e abstratas que estabelecem as formas de seu exercício. Por conseguinte, com a finalidade de assegurar a observância ao ordenamento jurídico, criam-se mecanismos jurídicos e administrativos para o exercício do controle de legitimidade de seus

atos. Sob o aspecto material, as constituições organizam os poderes públicos visando à concretização dos direitos fundamentais, por meio de normas constitucionais que vedam as restrições indevidas aos direitos individuais e orientam a atuação estatal na promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como garantem aos cidadãos a possibilidade de requerer uma tutela jurisdicional (Ferrajoli, 1995, p. 856-857).

No século XIX, a estrutura do Estado de Direito correspondia a um Estado Legislativo, cujas principais formulações teóricas contribuíram para o desenvolvimento do *Rechtsstaat* alemão, o qual tinha o objetivo de inibir o exercício arbitrário do poder, assegurando a liberdade econômica e a autonomia individual, particularmente em relação à produção e à circulação de bens. Nesse contexto, elaboraram-se normas jurídicas que atribuíam direitos e obrigações ao ente estatal, o qual deveria atuar em conformidade com determinados fins, respeitando a separação de poderes e os direitos e liberdades fundamentais. Assim, tanto os poderes públicos, quanto a sociedade civil submetiam-se a leis gerais e abstratas (Ranieri, 2023, p. 298). Portanto, o regime liberal-individualista não se desvinculava completamente de critérios substanciais, relativos às funções e aos fins do Estado (Zagrebelsky, 2016, p. 23).

O Estado Legislativo do século XIX caracterizava-se pelo princípio da legalidade enquanto norma de reconhecimento da validade do direito, independentemente de valorações axiológicas. No direito medieval, não havia um sistema jurídico unitário e lógico-formal, mas uma pluralidade de ordens normativas criadas por cada agrupamento social, os quais não detinham o monopólio sobre a produção normativa. Nessa conjuntura, as normas jurídicas decorriam de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, assim como a sua validade dependia de critérios substanciais. Com efeito, a doutrina do jusnaturalismo considera determinados valores para o reconhecimento da validade das normas jurídicas, como a justiça, a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. Entretanto, a partir da monopolização da produção normativa pelo Estado, a validade do direito passou a depender da elaboração das normas jurídicas por uma autoridade com competência normativa, conforme os procedimentos formais estabelecidos na ordem jurídica (Ferrajoli, 2001, p. 32; Julios-Campuzano, 2009, p. 10).

Além disso, enquanto no direito pré-moderno a ciência jurídica era normativa, na modernidade se converteu em uma ciência cognoscitiva (Ferrajoli, 2001, p. 32). Sob essa óptica, o juspositivismo modificou a ciência jurídica ao examinar o direito como um conjunto de fatos que devem ser estudados de acordo com os métodos das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais, excluindo a valoração do objeto de conhecimento. De fato, a ciência separa

os *juízos de fato* dos *juízos de valor*, uma vez que este tem a finalidade de influir no convencimento de outrem, enquanto aquele visa conhecer objetivamente a realidade e comunicar os resultados obtidos. Dessa maneira, em oposição ao subjetivismo dos juízos de valor, “o cientista moderno renuncia a ser pôr diante da realidade com uma atitude moralista ou metafísica, abandona a concepção teleológica (finalista) da natureza (segundo a qual a natureza deve ser compreendida como pré-ordenada por Deus a um certo fim)” e analisa o objeto de estudo com base na experiência empírica (Bobbio, 1995, p. 135-136).

Nesse sentido, no juspositivismo, estuda-se o direito como *é*, não como *deve ser*. Assim, a ciência jurídica torna-se descriptiva e axiologicamente neutra, ou seja, descreve objetivamente como o direito se apresenta na realidade histórico-social, sem a emissão de juízos de valor sobre o conteúdo das normas jurídicas. Dessa maneira, desassociam-se os conceitos de *validade* e de *valor*, ou seja, as normas jurídicas são válidas se emanarem da autoridade com competência normativa, de acordo com a forma e os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico, independentemente de seu conteúdo axiológico (Bobbio, 1995, p. 136-137; Julios-Campuzano, 2009, p. 10). Consoante Bobbio (1995, p. 138), a distinção entre *validade* e *valor* corresponde àquela entre *juízo de fato* e *juízo de valor*, uma vez que a constatação sobre a validade do direito tem a finalidade de transmitir uma informação aos cidadãos, aos agentes públicos, entre outros. Por outro lado, a afirmação sobre a justiça ou a injustiça do direito exerce uma influência sobre a conduta dos indivíduos, estimulando, respectivamente, a observância ou a inobservância às normas jurídicas.

Relativamente aos direitos e liberdades fundamentais, o Estado de Direito do século XIX opõe-se aos modelos constitucionais provenientes das revoluções burguesas, os quais consistem na *norma diretiva fundamental* e na *norma fundamental de garantia*. Em primeiro lugar, critica-se o poder constituinte atribuído ao povo soberano, que pode modificar o texto constitucional ilimitadamente, estabelecendo um direcionamento para toda a comunidade política de acordo com a vontade geral. Nesse sentido, o liberalismo europeu demanda um governo limitado e equilibrado, com a finalidade de obstar a ingerência arbitrária dos poderes públicos sobre a liberdade pessoal e o patrimônio e de assegurar uma esfera de autonomia para a consecução de interesses particulares (Fioravanti, 2000, p. 98-99). Além de reduzir a autonomia da sociedade civil, entende-se que a Constituição como *norma diretiva fundamental* compromete a estabilidade dos poderes constituídos, uma vez que o exercício ilimitado do poder constituinte submete o ente estatal aos desígnios individuais ou coletivos. Em segundo lugar, critica-se a Constituição como *norma fundamental de garantia*, na qual os poderes públicos são meramente um instrumento de garantia dos direitos e liberdades,

podendo os cidadãos atuar livremente na obtenção de seus interesses privados. Com efeito, embora salvaguarde a liberdade pessoal, o Estado não pode se submeter aos interesses particulares, deixando de exercer suas funções (Fioravanti, 2000, p. 101-102).

Sob essa óptica, o Estado de Direito tem a finalidade de conter o dirigismo dos poderes públicos sobre a sociedade civil, assim como de proteger a associação política dos interesses particulares ou coletivos. Desse modo, comprehende-se que a Constituição e as instituições políticas decorrem das tradições históricas de determinada nação – e não da manifestação de vontade do povo soberano, como no constitucionalismo francês, no qual a sociedade de indivíduos politicamente ativos, titular do poder constituinte, determina as características elementares da ordem político-constitucional. Assim, uma vez que os poderes públicos são historicamente determinados, não podem ser modificados ilimitadamente pelos cidadãos (Fioravanti, 2000, p. 103-106). Em decorrência dessa recusa ao poder constituinte atribuído ao povo, o qual poderia exercer o controle sobre as instituições políticas, de acordo com os seus interesses pessoais, e promover uma situação de instabilidade social e política, as constituições europeias do século XIX costumam ser flexíveis e destituídas de um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos – distanciando-se do constitucionalismo estadunidense, no qual a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade tutelam os direitos e liberdades fundamentais em face do arbítrio dos poderes públicos. Logo, não se admite a supremacia da Constituição, seja como *norma diretiva fundamental*, seja como *norma fundamental de garantia*, e a lei assume a categoria de máxima fonte do direito (Fioravanti, 2000, p. 107-108).

As bases teóricas do Estado de Direito não atribuem o poder originário e ilimitado de instaurar uma nova ordem político-social a nenhum sujeito prévio, como o monarca absolutista ou o povo, uma vez que as instituições políticas se submeteriam a essa vontade soberana, impedindo a unidade e a estabilidade política reclamadas pela ideologia liberal. Nesse sentido, confere-se ao Estado moderno o monopólio sobre a soberania política, o qual desempenha suas funções independentemente de interesses particulares que conduzam a atuação dos poderes públicos. Além disso, para consolidar a autoridade do Estado soberano, o pensamento jurídico europeu fundamenta os direitos e liberdades individuais nas normas jurídicas elaboradas exclusivamente pelo ente estatal. Desse modo, o Direito reduz-se ao direito positivo, com a exclusão do direito natural. Com efeito, nega-se que a associação política resulte de um contrato social, celebrado pela sociedade de indivíduos politicamente ativos, com o objetivo de proteger os direitos naturais e inalienáveis dos cidadãos, em

contraposição ao individualismo e ao contratualismo do modelo político-constitucional francês (Fioravanti, 2000, p. 115-118).

Nesse contexto, os direitos e liberdades, compreendidos como *direitos públicos subjetivos*, constituem um ato de autolimitação da soberania estatal. No século XIX, publicistas alemães desenvolveram a teoria da personalidade jurídica do Estado. O “Estado-pessoa”, titular de direitos e deveres, submete-se ao ordenamento jurídico, estabelece relações jurídicas com os particulares e pode ser responsabilizado judicialmente por violações aos direitos individuais (Dallari, 2016, p. 125-126; Zagrebelsky, 2016, p. 47-48). Assim, de modo a limitar o arbítrio dos poderes públicos, a Administração Pública obedece ao princípio da legalidade. Em contrapartida, o “Estado-ordenamento”, representado pelo Poder Legislativo, elabora o direito positivo e, portanto, não se sujeita à lei. Dessa forma, em consonância com o modelo estatalista, os direitos e liberdades fundamentam-se nas normas jurídicas criadas pelo ente estatal, as quais asseguram a liberdade pessoal e o patrimônio dos indivíduos e subordinam a Administração Pública a leis gerais e abstratas. Por conseguinte, os direitos reduzem-se a uma mera reserva legal, podendo ser restringidos ou eliminados de acordo com o regime político corrente, tendo em vista a ausência de força normativa das normas constitucionais (Zagrebelsky, 2016, p. 48-50).

Sob essa perspectiva, na ordem jurídica, o Estado Legalista caracteriza-se pelo juspositivismo, pelo princípio da legalidade, pela primazia da lei sobre as demais fontes do Direito e pela onipotência do legislador, cujas funções políticas são exercidas majoritariamente pela burguesia, em um sistema eleitoral censitário (Julios-Campuzano, 2009, p. 11). Ausentes a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, a Constituição torna-se um “marco jurídico eminentemente procedural”, com o estabelecimento de normas sobre a organização dos poderes públicos, a distribuição de competências e os procedimentos de produção normativa, de acordo com critérios formais de validade. Dessa maneira, conforme ressaltado anteriormente, a validade das normas jurídicas requer o cumprimento à forma e aos procedimentos constantes do ordenamento jurídico, independentemente de seu conteúdo substancial. Portanto, o constitucionalismo do século XIX determina os elementos estruturantes da comunidade política, tratando-se de um “constitucionalismo das *regras do jogo*, dos limites que não podem ser ultrapassados, dos direitos que não podem ser transgredidos, um constitucionalismo *de mínimos* que estabelece um marco de convivência baseado na autonomia dos indivíduos nas esferas social e política” (Julios-Campuzano, 2009, p. 14-16).

No século XIX, a Constituição, conquanto lei fundamental da comunidade política, trata-se de uma norma de direito público que vincula formalmente os órgãos e entidades estatais, definindo competências e procedimentos, mas não incide diretamente sobre as relações particulares. Por conseguinte, as normas constitucionais carecem de força normativa, uma vez que a sua eficácia depende de intermediação legislativa (Julios-Campuzano, 2009, p. 16-17). Nesse sentido, segundo Hesse (1991, p. 14-16), as normas constitucionais são determinadas por condições históricas, sociais, políticas e econômicas e, ao mesmo tempo, conformam a realidade política e social. Assim, a “Constituição jurídica” e a “Constituição real” relacionam-se mutuamente, de modo que as normas constitucionais somente ordenam efetivamente a comunidade política se estiverem vinculadas a essas condições. Em relação à força normativa da Constituição, de acordo com o referido autor:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As *possibilidades*, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*). A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar “a força que reside na natureza das coisas”, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influí e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Esses limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder no mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio [...]. Em determinada medida, reside aqui a relativa verdade da conhecida tese de Carl Schmitt segundo a qual o estado de necessidade configura ponto essencial para a caracterização da força normativa da Constituição. Importante, todavia, não é verificar, exatamente durante o estado de necessidade, a superioridade dos fatos sobre o significado secundário do elemento normativo, mas, sim, constatar, nesse momento, a superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas. (Hesse, 1991, p. 24-25)

A supremacia da lei e a onipotência do legislador retiram a força normativa das Constituições do Estado de Direito oitocentista, uma vez que a efetivação das normas constitucionais subordina-se ao arbítrio do legislador, enquanto representante da vontade da maioria, ao qual compete definir de que modo se concretizam as prescrições normativas. Em razão disso, os textos constitucionais não ordenam diretamente a comunidade política, dependendo da lei para produzir efeitos nas relações sociais e econômicas (Julios-Campuzano, 2009, p. 16-18). No entanto, devido ao sistema eleitoral censitário, a lei expressa os interesses políticos e econômicos da burguesia liberal, suprimindo a participação dos demais segmentos sociais nas decisões políticas. Por conseguinte, a unidade e a coerência do ordenamento jurídico são determinadas pelo monopólio da classe social dominante sobre o poder político, a qual concretiza seus princípios e valores por meio do sistema jurídico-constitucional (Zagrebelsky, 2016, p. 31-32).

Com efeito, a estabilidade do sistema jurídico e, portanto, a certeza e a previsibilidade do direito são elementos primordiais para o liberalismo europeu oitocentista, cujos princípios e valores se manifestam por meio da lei, caracterizada pela generalidade e pela abstração. Desse modo, a lei prevalece sobre as demais fontes do Direito, incluindo os textos constitucionais, os quais são desprovidos de mecanismos formais ou materiais que tornem o processo de reforma constitucional mais complexo. Assim, a primazia da lei e a onipotência do legislador não se submetem a princípios e valores estabelecidos em um ato normativo hierarquicamente superior. Outrossim, nesse período, no constitucionalismo europeu-continental, não se admite o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, uma vez que comprometeria a certeza e a previsibilidade do direito (Fioravanti, 2000, p. 124; Zagrebelsky, 2016, p. 29-31).

Sob essa óptica, o constitucionalismo liberal-burguês circunscreve a atuação dos poderes públicos, evitando a interferência arbitrária sobre os direitos e liberdades fundamentais, particularmente a liberdade pessoal e o patrimônio. Nesse sentido, impõe-se ao Estado um dever de abstenção, ou seja, o ente estatal não deve regular a ordem social e econômica, na qual particulares formalmente iguais atuam na consecução de seus interesses. Contudo, as desigualdades socioeconômicas inviabilizam o pleno exercício dos direitos e liberdades, uma vez que a ausência de condições materiais indispensáveis para uma vida digna impede a autodeterminação dos indivíduos. Além disso, os direitos políticos são reconhecidos somente à classe social hegemônica, de modo que a lei, considerada máxima fonte do direito, não exprime as necessidades da maioria da população (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 80-81).

Entre os séculos XIX e XX, o desenvolvimento do capitalismo liberal e a expansão das disparidades socioeconômicas tornaram premente a construção de um constitucionalismo social, com a intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas e o reconhecimento expresso de direitos sociais. Nesse sentido, a fim de viabilizar a liberdade e a igualdade substancial, compete ao Estado a elaboração de políticas sociais e a disponibilização de prestações materiais aos cidadãos, consistentes em bens e serviços públicos. Ademais, cabe ao ente estatal não somente se abster de restringir os direitos individuais, mas igualmente defendê-los em face de terceiros e proporcionar as condições materiais mínimas para o seu exercício, o qual, no entanto, se condiciona ao cumprimento de uma função social. Em decorrência do aumento das reivindicações sociais, a produção normativa se ampliou expressivamente no curso do século XX, resultando no rompimento do monopólio do Poder Legislativo sobre a criação de normas jurídicas e, portanto, na modificação das funções tradicionalmente atribuídas aos poderes estatais (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 82-85).

Nesse período, especialmente nos países que adotam o sistema jurídico romano-germânico, as Constituições eram consideradas uma mera proclamação político-ideológica, cujas normas organizam os poderes públicos, distribuem competências e definem o procedimento de produção normativa, sob uma perspectiva meramente formal. Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, as violações sistemáticas aos direitos humanos motivaram a elaboração de textos constitucionais que garantissem efetivamente os direitos e liberdades fundamentais. Desse modo, no Estado Constitucional de Direito, as Constituições ocupam o ápice do ordenamento jurídico e correspondem ao fundamento de validade das demais normas jurídicas, as quais devem estar em conformidade com os preceitos constitucionais. Assim, a validade das leis e atos normativos subordina-se não somente aos procedimentos formais estabelecidos na ordem jurídica, como também aos valores e princípios constitucionais, assegurados por mecanismos de controle judicial de constitucionalidade. Por conseguinte ao reconhecimento da jurisdição constitucional, nota-se o aumento do protagonismo do Poder Judiciário, sobretudo das Cortes Constitucionais, na concretização dos direitos e liberdades fundamentais, com decisões que constantemente prevalecem sobre as deliberações políticas dos órgãos representativos (Ferrajoli, 2001, p. 34; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 86-88).

Consoante Ferrajoli (2001, p. 35), a submissão da lei aos princípios e valores constitucionais, para além da validade das normas jurídicas, acrescenta um conteúdo substancial ao regime democrático. Nesse sentido, entende-se que os direitos constitucionalmente reconhecidos impõem vedações e obrigações aos poderes estatais,

incluindo o Poder Legislativo, de modo a obstaculizar a vontade de eventuais maiorias eleitorais. Essas disposições constitucionais asseguram os direitos fundamentais em face de atos arbitrários dos poderes públicos, que poderiam, na ausência de um constitucionalismo rígido, corromper a democracia e a ordem jurídica. De fato, na contemporaneidade, as Constituições limitam os poderes públicos com fins de garantia, assim como direcionam a comunidade política, mediante a previsão de direitos econômicos, sociais e culturais e de princípios e normas programáticas, para a promoção do bem-estar social e a redução das desigualdades socioeconômicas – unindo as características elementares da *norma fundamental de garantia* e da *norma diretiva fundamental*. Dessa forma, os textos constitucionais representam um “projeto coletivo de transformação social”, uma vez que visam modificar a realidade social, política e econômica, de acordo com um conjunto de princípios e valores considerados superiores na hierarquia normativa (Julios-Campuzano, 2009, p. 29).

2.2 Crise do Estado de Direito: a emergência do pluralismo jurídico nas sociedades contemporâneas

O Estado de Direito iniciou um processo de crise a partir da segunda metade do século XX, em decorrência de transformações sociais, políticas e econômicas, como a globalização, os conflitos armados, os desastres humanitários e as mudanças climáticas. Nada obstante o Estado se mantenha preeminente nas relações internacionais, verifica-se nas últimas décadas a relativização da soberania estatal, de modo que o ente estatal deixou de concentrar em si todos os poderes sobre os quais se estruturou – como o monopólio sobre a produção normativa, a administração da justiça, a imposição de tributos e o uso legítimo da força. Nesse contexto, as políticas nacionais mostram-se ineficientes na resolução de problemas regionais e globais e, ocasionalmente, os governos submetem-se aos poderes políticos e econômicos, resultando no exaurimento da democracia e da ordem jurídica (Ferrajoli, 2023, p. 45-47; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 88). Além disso, destacam-se no cenário atual a inflação legislativa, em detrimento da unidade e da coerência do ordenamento jurídico, e a pluralidade de ordens normativas e de centros de decisão em um mesmo espaço geopolítico (Ferrajoli, 2001, p. 36).

Efetivamente, a globalização relativizou a soberania estatal e a supremacia constitucional, uma vez que as relações sociais, políticas e econômicas excedem o território nacional e, por conseguinte, diminuem a capacidade de regulação pelo Estado. Ademais, os organismos internacionais exercem, em conjunto com as potências político-econômicas e as corporações multinacionais, uma influência sobre as decisões internas. A título de

exemplificação, menciona-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual se desenvolveu notadamente após a Segunda Guerra Mundial e determinou a criação de atos normativos, assim como órgãos e mecanismos de fiscalização e monitoramento, que estatuem um parâmetro mínimo de proteção desses direitos. Dessa maneira, os Estados assumem obrigações internacionais em matéria de direitos humanos e, por consequência, devem ser responsabilizados no caso de omissão ou deficiência da jurisdição doméstica, não podendo se eximir de sua responsabilidade internacional com base na soberania nacional ou nas normas constitucionais (Piovesan, 2025a, p. 131; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 88-91).

Ainda, as relações comerciais internacionais são disciplinadas pela *lex mercatoria*, que constitui um ordenamento jurídico independente dos Estados, com regras e princípios decorrentes de contratos comerciais, de decisões dos tribunais arbitrais e de organizações internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio (OMC). Em razão da globalização econômica, os Estados conformam o direito interno aos ditames do mercado internacional, mediante, por exemplo, a flexibilização da legislação trabalhista e ambiental e a desoneração tributária, a fim de atrair corporações multinacionais e investimentos estrangeiros (Hespanha, 2019, p. 78-79; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 92). Em vista disso, Ferrajoli (2023, p. 46-47) reconhece uma inversão na relação entre os entes estatais e o mercado, consistente na submissão dos poderes políticos aos poderes econômicos e na mitigação da intervenção estatal na ordem socioeconômica, em virtude da “assimetria entre o caráter global dos mercados e o caráter local dos poderes públicos e jurídicos dos Estados”. Desse modo, os países – principalmente aqueles do Sul Global – sujeitam-se aos anseios das potências político-econômicas, das empresas multinacionais e das organizações internacionais, em detrimento do regime democrático e do Estado de Direito, visto que as decisões mais significativas são tomadas por instâncias desprovidas de representação popular, de vinculação normativa e de observância aos direitos e liberdades fundamentais consagrados na ordem jurídico-constitucional.

O Estado de Direito consiste essencialmente na limitação ao exercício dos poderes públicos nacionais, os quais, conforme o modelo oitocentista, devem abster-se de interferir na ordem socioeconômica, para a garantia dos direitos e liberdades fundamentais. Nesse sentido, “apenas o Estado e a política seriam o lugar do poder e justificaria a submissão ao direito, isto é, a regras e a controles. A sociedade civil e o mercado seriam [...] o reino das liberdades, que se trataria, sobretudo, de proteger contra os abusos e os excessos dos poderes públicos” (Ferrajoli, 2023, p. 67). Por conseguinte, o ordenamento jurídico estatal – baseado no monismo jurídico – não se adaptou de maneira eficiente às mudanças sociais, políticas e

econômicas decorrentes do processo de globalização, mediante, por exemplo, o estabelecimento de proibições e obrigações aos poderes transnacionais, de natureza pública e privada, com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais. Assim, ampliam-se os problemas regionais e globais – acentuados pela integração econômica mundial – como a desigualdade socioeconômica, a emergência climática, os conflitos armados e a violação sistemática aos direitos humanos (Ferrajoli, 2023, p. 48-50). Em relação à submissão do Estado de Direito aos poderes econômicos dominantes, segundo Ferrajoli (2023, p. 76-77):

A exaltação (econômica liberal) como liberdades isentas de limites e controles dos direitos-poderes de autonomia privada resolveu-se, assim, em uma espécie de absolutismo dos poderes econômicos do mercado, análogo e paralelo ao absolutismo dos poderes políticos das maiorias gerado pela análoga concepção (populista) da representação política como expressão orgânica da vontade popular. É, pois, inevitável que, dos dois absolutismos, é aquele dos poderes e dos interesses econômicos que está destinado a prevalecer. Mas é com a globalização da economia que os poderes econômicos puderam triunfar sobre a política e afirmam-se como poderes soberanos e selvagens, sobrecarregando as limitações de fato a eles impostas por mais de um século de lutas sociais e de progresso democrático. [...] por causa da assimetria entre o caráter supranacional da economia e das finanças e o caráter ainda prevalentemente estatal tanto da política quanto do direito, não apenas falharam, mas também foram fragilizados, os limites e os controles que as políticas e o direito dos Estados nacionais são capazes de impor aos grandes poderes econômicos e financeiros globais, mas inverteu-se, literalmente, a relação entre política e economia: não é mais a política que governa a economia, mas são os poderes econômicos e financeiros das grandes empresas multinacionais que governam as forças políticas, ditando-lhes regras, limites e freios como condições para os seus investimentos e submetendo os Estados a avaliações de confiabilidade financeira.

Nessa perspectiva, no constitucionalismo contemporâneo, constata-se uma pluralidade de centros autônomos de produção normativa e de resolução de conflitos em um mesmo espaço geopolítico, relativizando a soberania do Estado de Direito. Assim, ao monopólio estatal sobre a produção de normas jurídicas, contrapõe-se uma sociedade global – complexa, dinâmica e heterogênea – que regula diretamente os processos sociais e econômicos, resultando na sobreposição de ordenamentos jurídicos e na concorrência com o direito estatal (Ferrajoli, 2001, p. 36; Hespanha, 2019, p. 24). Dessa maneira, enquanto o sistema jurídico-constitucional do Estado de Direito representasse a identidade e a vontade comum do povo – dotado de homogeneidade cultural e política e, portanto, submetido a mecanismos de supressão das diferenças individuais e de opressão das minorias – o processo de integração social, econômica e cultural, ao nível mundial, demonstrou a existência de uma multiplicidade de agrupamentos sociais que possuem características distintas e constituem uma relação de interdependência (Ferrajoli, 2023, p. 38-40; Hespanha, 2019, p. 25). Em vista disso, Hespanha (2019, p. 30-31) destaca os elementos centrais do pluralismo jurídico na contemporaneidade:

1. O direito oficial ou do Estado (leis, regulamentos oficiais), bem como a sua realização oficial (justiça oficial), constituiriam modalidades periféricas (ou marginais) e subordinadas de realização da ordem social [*the law in the books*, para usar uma expressão tradicional], muito diferentes daquela constelação de normas – de várias origens e com diferentes graus de intensidade (“de força”) – que efetiva e primordialmente regem uma sociedade [*law in action, everyday life law*]. 2. A mobilidade do mundo de hoje não daria aos processos estaduais de criação de direito tempo para acompanhar os ritmos das mudanças e da complexificação das sociedades, pelo que o direito do Estado estaria condenado a chegar sempre atrasado em relação aos estados de coisas a regular. 3. A globalização (sobretudo dos negócios, mas não apenas essa) apontaria forçosamente para uma ordem jurídica supranacional, tendencialmente global. 4. O desajustamento e a lentidão do direito (e da justiça) estaduais corroeria a sua aceitabilidade pelas pessoas, que progressivamente os considerariam como alheios à vida, impostos à sociedade de forma autoritária e artificial, dando a impressão de serem, por isso, menos legítimos do que os mecanismos de regulação que funcionam autónoma e automaticamente. 5. Os mecanismos de resolução de conflitos escolhidos por compromisso entre as partes interessadas seriam os mais idóneos para uma solução justa dos litígios, tanto mais quanto menor fosse a sua regulação por normas imperativas do Estado. 6. A doutrina ou dogmática jurídica, elaborada pelos juristas com base no modelo de um direito estadual, raramente se adequaria bem a este novo direito fraco ligado ao Estado, pois os princípios que orientavam esses saberes tinham justamente como axioma a ligação indissolúvel entre Estado e Direito; a alternativa desejável seria uma nova doutrina, baseada em *standards* prudenciais muito autónomos e apenas dependentes da particular visão do mundo dos juristas.

Assim, no processo de globalização, as relações socioeconômicas regem-se por ordens normativas elaboradas por atores não estatais, com a imposição de direitos e obrigações, criando uma ordem jurídica supranacional que coexiste com o ordenamento jurídico estatal. Entretanto, nada obstante o Estado de Direito não expresse a vontade popular de maneira uniforme, considerando a heterogeneidade da composição social, os procedimentos de produção normativa pelos órgãos representativos são estabelecidos para assegurar a participação democrática nas decisões políticas e a transparência dos poderes públicos. Sob essa óptica, questiona-se a legitimidade democrática das ordens normativas não estatais, as quais podem representar majoritariamente pretensões setoriais (Hespanha, 2019, p. 29). Diante disso, ressalta-se o fenômeno da inflação legislativa, que compromete a estabilidade do ordenamento jurídico, assim como a unidade e a coerência do direito.

A multiplicação de sujeitos não estatais com a capacidade de influenciar os processos decisórios – como organizações internacionais, empresas, sindicatos, partidos políticos, povos originários e comunidades tradicionais, associações civis, entre outros – promove a formação de leis que representam os seus interesses particulares. Nesse sentido, as normas jurídicas elaboradas pelos órgãos estatais representativos podem ser direcionadas a determinados grupos, conforme as suas demandas sociais, políticas e econômicas, em detrimento das características de generalidade, abstração e impessoalidade da lei. Por conseguinte, essas

normas exprimem uma pluralidade de pretensões setoriais – eventualmente contraditórias e inconciliáveis – e tornam-se obscuras para os destinatários, ampliando a discricionariedade do Poder Judiciário na atividade de interpretação e aplicação do direito e a criação jurisprudencial, administrativa e consuetudinária da ordem jurídica. Desse modo, o princípio da legalidade, enquanto norma de reconhecimento da validade do direito, entra em processo de crise, uma vez que as normas jurídicas decorrem de uma pluralidade de fontes normativas (Ferrajoli, 2001, p. 36; Zagrebelsky, 2016, p. 37-39).

A crise do princípio da legalidade significa que a lei, considerada a expressão da vontade popular, por meio de seus representantes democraticamente eleitos, de acordo com o procedimento estabelecido na ordem jurídica, não disciplina adequadamente as relações sociais e econômicas do mundo globalizado, que se desenvolvem de maneira complexa e dinâmica (Binenbojm, 2014, p. 131-133). Além da inflação legislativa, a qual obsta a estabilidade do ordenamento jurídico requerida pela ideologia liberal, apontam-se outros motivos para o declínio da lei em sentido formal, como a primazia da Constituição sobre as demais normas do ordenamento jurídico. Segundo Canotilho (2003, p. 840), “*a precedência e a prevalência da Constituição substituem a precedência e a reserva vertical da lei.* Por outras palavras: a reserva vertical de constituição substitui a reserva vertical de lei”. Assim, as normas constitucionais vinculam diretamente a atuação administrativa, independentemente de mediação legislativa, permitindo uma “*legalidade sem lei*”. Em decorrência disso, a Administração Pública emite um conjunto de atos normativos infraconstitucionais – como medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos autônomos – para a resolução de questões de natureza técnica, para as quais o processo legislativo não se mostra suficientemente célere e eficiente (Binenbojm, 2014, p. 138-140). Ademais, em contraposição ao ideal de onipotência e autonomia do legislador – característica do Estado Legislativo de Direito – e ao princípio da separação de poderes, o Poder Executivo interfere no processo legislativo, direta ou indiretamente, por meio do exercício de sua competência normativa ou da composição de coalizões parlamentares. Desse modo, a restrição ao exercício dos poderes públicos, por intermédio da lei, condiciona-se ao juízo de oportunidade e conveniência da própria Administração Pública (Binenbojm, 2014, p. 140-142).

Nessa conjuntura, o ordenamento jurídico estatal, além de exprimir a pluralidade social e política do Estado de Direito contemporâneo, concorre com outras ordens normativas que regulam autonomamente determinados processos sociais, políticos e econômicos, comprometendo a unidade e a coerência do direito. Assim sendo, consoante Zagrebelsky (2016, p. 39-40), os princípios e valores constitucionais asseguram a unidade do direito, nada

obstante a sobreposição e a concorrência entre ordens normativas, visto que representam um consenso sobre os elementos estruturantes da comunidade política. Em sentido semelhante, Bobbio (2004, p. 26-28) considera que os princípios e valores constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, fundamentam-se no consenso acerca de sua validade. Dessa maneira, esse sistema de valores torna-se “universal, não em princípio, mas *de fato*, na medida em que o consenso sobre sua validade e sua capacidade de reger os destinos da comunidade futura de todos os homens foi explicitamente declarado”.

Sob essa óptica, para dispor de legitimidade democrática, as práticas normativas pluralistas devem observar o conjunto de princípios e valores consagrados na ordem constitucional, os quais são reconhecidos pela generalidade da comunidade política. No entanto, para além de consensos sociais, deve-se assegurar a participação de cidadãos e entidades representativas – direta ou indiretamente interessadas – nos processos decisórios, de modo que as normas jurídicas não expressem somente as pretensões de determinados setores da sociedade, ainda que cumpram o sistema de valores expressamente reconhecido (Hespanha, 2019, p. 34-35). Assim, a pluralidade de ordens normativas deve se submeter ao controle democrático, ou seja, a elaboração de normas jurídicas deve ser precedida de um espaço comunicativo, no qual se assegurem a universalidade, a inclusão, a igualdade substantiva, as regras procedimentais, a transparência e a boa-fé (Hespanha, 2019, p. 197). Nesse sentido, conforme Hespanha (2019, p. 198-199):

[...] o bom processo de produção das normas (de legiferação) residia em procurar que ele exprimisse – embora por forma indireta e mediatisada – a vontade mais consensual dos cidadãos. E, na verdade, o processo legislativo, pela sua natureza dialógica e orientada para um acordo maioritário, fomentava a produção de normas tidas como adequadas às diversas expectativas existentes na sociedade. Este objetivo mantém-se, constituindo a ideia orientadora dos critérios que o processo de formação de consensos normativos comunitários tem que cumprir: o processo de elaboração de normas deve obrigar a ouvir todos os interessados, a dialogar com eles e, finalmente, a co-deliberar. Isto implica: 1. ouvir *todos*, e não apenas os que estão integrados no universo eleitoral; isto remete para a promoção das formas de democracia mais complexa, em que as opiniões relevantes não são apenas as dos indivíduos isolados, mas também as dos agregados comunitários que são portadores de interesses relevantes; 2. ouvir por processos mais ricos de informação boa (direta, empenhada) do que o sufrágio; daí o interesse atual pela democracia participativa (ou por complementos participativos da democracia representativa, cujos exemplos se multiplicam); e 3. treinar o ouvido para ouvir todos, nos vários dialetos em que os interesses se exprimem, não circunscrevendo o diálogo aos que entendem a linguagem tecnocrática (dos economistas, dos gestores, dos juristas); 4. promover uma política inclusiva de diálogo, tomando atitudesativas – no sentido de tornar audíveis – as mensagens das maiorias ou minorias silenciosas (v.g., dos “espaços subalternos”).

Além da legitimidade democrática, aborda-se o reconhecimento da pluralidade de ordens normativas pelo direito estatal. No contexto de integração social, econômica e cultural,

constata-se a existência de ordenamentos jurídicos não estatais que regulam efetivamente as relações socioeconômicas, independentemente de reconhecimento expresso pelos poderes públicos. Essas normas jurídicas dispõem de coercibilidade, retirando o monopólio estatal sobre o uso legítimo da força, uma vez que o atributo da coerção pode consistir no emprego de violência física, psicológica, moral, patrimonial, entre outros (Hespanha, 2019, p. 54). Sob essa perspectiva, o direito não decorre somente de procedimentos formais de manifestação da vontade popular, por meio dos órgãos estatais representativos, mas também de “um consenso comunitário inclusivo, reflexivo e estabilizador”. Logo, em cada comunidade política, pode-se “determinar (i) que normas são nela consensualmente reconhecidas como estipulando o que é direito e (ii) a que instâncias ou instituições atribui ela, também consensualmente, a legitimidade para levar a cabo esse reconhecimento do direito” (Hespanha, 2019, p. 98-99).

3 OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O Neoconstitucionalismo trata-se de um fenômeno do Estado Constitucional de Direito, referente ao conjunto de textos constitucionais elaborados após a Segunda Guerra Mundial, especialmente a partir da década de 1970, com predominância na Europa Continental e na América Latina. Essas Constituições não somente estabelecem normas sobre a organização dos poderes públicos, a distribuição de competências e os procedimentos de produção normativa, mas igualmente contêm normas substanciais, que restringem os poderes públicos para a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, assim como orientam a atuação estatal, de acordo com determinados fins e objetivos. A título de exemplificação, a Constituição Espanhola (1978), a Constituição Brasileira (1988) e a Constituição Colombiana (1991) são representantes do Neoconstitucionalismo (Carbonell, 2009, p. 9-10). Desse modo, promove-se um *constitucionalismo dos direitos*, ou seja, a incorporação de normas de conteúdo material – como valores, princípios, direitos e diretrizes – aos textos constitucionais, asseguradas por mecanismos de rigidez constitucional e de controle jurisdicional de constitucionalidade. Assim, conjugam-se os modelos constitucionais decorrentes das revoluções burguesas, qual sejam, a *norma diretiva fundamental* e a *norma fundamental de garantia*, com a consagração dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (Marques Júnior, 2016, p. 257; Sanchís, 2004, p. 48-49).

No Estado Constitucional, consoante Guastini (2001, p. 153 e seg.), o ordenamento jurídico encontra-se impregnado pelas normas constitucionais, conformando tanto os poderes públicos, quanto as relações sociais. Nesse sentido, o ordenamento jurídico deve cumprir as seguintes condições para ser considerado constitucionalizado: (I) rigidez constitucional; (II) garantia jurisdicional; (III) força vinculante; (IV) “sobreinterpretação” dos preceitos constitucionais; (V) aplicação direta das normas constitucionais; (VI) interpretação dos atos infraconstitucionais conforme à Constituição; e (VII) influência sobre as relações políticas. Desse modo, as Constituições não se reduzem a uma mera proclamação político-ideológica, com normas que se submetem ao arbítrio do legislador. No Neoconstitucionalismo, os textos constitucionais correspondem a normas jurídicas autênticas, as quais regulam diretamente as relações sociais, políticas e econômicas, independentemente de intermediação legislativa. Além disso, as Constituições – enquanto expressão da soberania popular – são superiores na hierarquia normativa, de maneira que quaisquer leis ou atos normativos que violem os

preceitos constitucionais devem ser invalidados, não podendo criar direitos ou obrigações (Sanchís, 2013, p. 25-26; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 26).

Sob essa óptica, a supremacia constitucional necessita de mecanismos de rigidez constitucional e de controle jurisdicional de constitucionalidade, assim como demanda uma cultura constitucional, ou seja, a vontade de cumprir os princípios e valores constitucionais por parte dos sujeitos políticos, econômicos e sociais (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 26). De fato, segundo Hesse (1991, p. 19), a força normativa da Constituição não depende unicamente da conformação das normas constitucionais a uma realidade político-social, de modo a ordenar efetivamente as relações sociais, políticas e econômicas, mas também da vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*), ou seja, o comprometimento dos poderes políticos e da sociedade civil de orientar o seu comportamento de acordo com os preceitos constitucionais, independentemente de interesses particulares. Assim, em relação a esse aspecto sociológico:

Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcariamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo. (Hesse, 1991, p. 19-20)

A rigidez constitucional requer um processo legislativo especial para a alteração dos textos constitucionais, com maior complexidade em relação aos atos infraconstitucionais, assegurando a estabilidade dos direitos fundamentais e da organização político-administrativa do Estado em face dos poderes constituídos (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 56-57). Assim, consoante Hesse (1991, p. 22), enfraquece a força normativa da Constituição a modificação constante das normas constitucionais “sob a alegação de suposta e inarredável necessidade

política. Cada reforma constitucional expressa a idéia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente". Dessa maneira, além de um procedimento que dificulte o exercício do poder de reforma, as Constituições preveem cláusulas de intangibilidade, de modo que o núcleo essencial dos princípios constitucionais torna-se insuscetível de ser modificado por emendas constitucionais (Sanchís, 2013, p. 30; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 58).

Ademais, a rigidez constitucional pressupõe o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, a fim de assegurar a supremacia da Constituição. Na maioria dos Estados da Europa Continental, adota-se o controle concentrado de constitucionalidade, pelo qual se atribui exclusivamente a uma Corte Constitucional a invalidação em abstrato de leis e atos normativos que contrariem as normas constitucionais, desempenhando as suas funções institucionais como um "legislador negativo". Em contrapartida, no controle difuso de constitucionalidade, qualquer órgão judicial tem competência para afastar a aplicação de uma lei ou ato normativo no julgamento de um caso concreto. Assim, o Neoconstitucionalismo destaca-se pela expansão da jurisdição constitucional, desde a segunda metade do século XX, com a finalidade de proteger o regime democrático, os direitos e liberdades fundamentais e as minorias políticas e sociais (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 31-33).

No exercício do controle de constitucionalidade, os órgãos do Poder Judiciário podem aplicar diretamente os direitos e liberdades fundamentais, independentemente de interposição legislativa (Sanchís, 2013, p. 28). Com efeito, no Estado Constitucional de Direito, as normas constitucionais são normas jurídicas autênticas, incidindo diretamente sobre as relações sociais, políticas e econômicas, incluindo as relações jurídicas de natureza privada. Dessa maneira, uma vez que as normas jurídicas são dotadas de imperatividade, compete aos juízes aplicá-las na resolução de controvérsias, à míngua de regulamentação pelo legislador ordinário, de modo a assegurar o cumprimento das disposições constitucionais. Além disso, em decorrência da supremacia constitucional, essas normas orientam os operadores jurídicos na atividade de interpretação e de aplicação dos atos infraconstitucionais, os quais devem ser compatíveis com os preceitos constitucionais, sob uma perspectiva formal e material (Barroso, 2005, p. 6; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 361-363). Assim, consoante Marques Júnior (2019, p. 175), no Neoconstitucionalismo, submetem-se à jurisdição as "decisões políticas fundantes da soberania popular", constituindo o "elo entre o elemento político e as questões jurídicas plasmadas na legitimação democrática. Não basta uma Constituição formal [...] se a normatização jurídica não se encontra materialmente constitucional".

Nessa conjuntura, as disposições constitucionais não disciplinam somente as relações entre os poderes públicos, com a definição de competências e procedimentos, mas irradiam sobre o ordenamento jurídico e, por conseguinte, modificam a interpretação e a aplicação de todos os ramos do direito. Efetivamente, o conjunto de valores, princípios e direitos fundamentais – incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais – determina o conteúdo substancial dos textos constitucionais, que regulam uma variedade de matérias, como a ordem econômica e financeira, o meio ambiente e os direitos dos povos indígenas (Sanchís, 2013, p. 28; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 202). Ainda, o emprego da interpretação extensiva – ou “sobreinterpretação” – pelo Poder Judiciário amplia o alcance dos preceitos constitucionais para casos não expressamente previstos na ordem jurídica. Desse modo, em decorrência da força normativa da Constituição, todas as relações jurídicas submetem-se aos princípios e valores constitucionais, assim como quaisquer leis ou atos normativos podem ser objeto de controle de constitucionalidade (Guastini, 2001, p. 159-160).

A moderada densidade semântica de normas constitucionais, como os princípios e as cláusulas gerais, aumentou o protagonismo do Poder Judiciário na resolução de controvérsias e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais. De acordo com Souza Neto e Sarmento (2014, p. 363), uma vez que “a interpretação envolve simultaneamente uma dimensão cognitiva e declaratória, e outra volitiva e constitutiva, o teor aberto das normas constitucionais tende a reforçar a importância da segunda, em detrimento da primeira”. Assim, a vagueza e a indeterminação dos preceitos constitucionais permitem a atuação dos órgãos judiciais não somente como “legisladores negativos”, por meio da declaração de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, mas também como criadores do direito. Desse modo, visto que a solução para determinadas questões jurídicas não se encontra no enunciado normativo, cabe ao intérprete definir o sentido e o alcance das normas, conforme as particularidades do caso concreto, mediante a formulação de juízos de valor. Portanto, a mera subsunção dos fatos às regras jurídicas mostra-se insuficiente diante da necessidade de integração do ordenamento jurídico (Barroso, 2005, p. 9-10).

Ademais, a colisão entre normas constitucionais – tanto princípios, quanto direitos – possibilitou o desenvolvimento da ponderação, assim como o emprego do princípio da proporcionalidade nas decisões judiciais. Não se utilizando os critérios tradicionais de solução de antinomias jurídicas entre normas constitucionais originárias, na técnica da ponderação, o intérprete “fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, [...] procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional” (Barroso, 2005, p.

11). Além disso, para garantir a legitimidade e a racionalidade dos pronunciamentos judiciais diante da atividade criativa dos juízes, sobretudo em sociedades plurais e heterogêneas, o intérprete deve basear-se em normas constitucionais ou legais, recorrer a uma fundamentação jurídica que possa ser aplicada a casos análogos e considerar as consequências práticas da decisão. Nesse contexto, criaram-se teorias da argumentação jurídica que introduzem valores morais aos processos de interpretação e de aplicação do direito, em detrimento do formalismo jurídico (Barroso, 2005, p. 11; Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 203).

Com efeito, o formalismo jurídico pressupõe que a solução para os problemas jurídicos encontra-se no ordenamento jurídico e, por conseguinte, cabe aos juízes a estrita subsunção dos fatos à norma, por meio de um raciocínio lógico-dedutivo. No entanto, notadamente a partir da segunda metade do século XX, comprehende-se que o sistema jurídico não contempla integralmente as respostas para as questões jurídicas, devendo o intérprete se utilizar de elementos extrajurídicos para a resolução das controvérsias. Nessa conjuntura, o pós-positivismo corresponde ao marco filosófico do Neoconstitucionalismo, no qual o Direito aproxima-se da Moral, assim como de diversos ramos do conhecimento. Em vista disso, a interpretação jurídica aproxima-se da Filosofia Moral, “em busca da justiça e de outros valores”, da Filosofia Política, “em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum”, e das Ciências Sociais Aplicadas, como a Economia, a Psicologia e a Sociologia (Barroso, 2020, p. 307).

A teoria da interpretação jurídica consagra a centralidade constitucional, a normatividade dos princípios, as colisões entre normas constitucionais, a técnica da ponderação e a argumentação jurídica, de modo a solucionar os problemas de uma sociedade marcadamente complexa. Dessa maneira, as normas jurídicas devem ser interpretadas e aplicadas em conformidade com a Constituição, mormente os princípios e valores constitucionais – como a justiça, a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana – aos quais se atribui eficácia normativa (Barroso, 2020, p. 308-309). Nada obstante a recusa ao formalismo jurídico, o pós-positivismo não concede plena discricionariedade aos intérpretes, os quais devem fundamentar suas decisões em normas constitucionais ou legais. No entanto, entende-se que a racionalidade prática não comprehende somente o que “possa ser logicamente deduzido de normas jurídicas, ou empiricamente comprovado por meio da experimentação, mas também o que resultar de uma deliberação fundada em argumentos razoáveis, a propósito do que é justo ou correto fazer”, particularmente em casos difíceis (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 402).

Nessa perspectiva, o pós-positivismo contribuiu para a introdução de um conteúdo moral às atividades de interpretação e de aplicação do direito, sem recorrer aos valores metafísicos ou religiosos que caracterizam o jusnaturalismo (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 201). Desse modo, o pós-positivismo relaciona-se com o Neoconstitucionalismo, uma vez que as constituições contemporâneas são consideradas um “sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (Barroso, 2020, p. 318). Com efeito, o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos faz-se essencial para a inclusão de valores morais no ordenamento jurídico e para a concretização dos direitos e liberdades fundamentais, dado que um sistema jurídico-constitucional composto exclusivamente por regras “não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional” (Canotilho, 2003, p. 1162).

A abertura constitucional admite o reconhecimento do pluralismo social, cultural, linguístico, político, jurídico e econômico, assim como a adaptação informal das normas constitucionais às mudanças que se operam nas relações socioeconômicas, principalmente no contexto de globalização (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 389). Outrossim, expande-se o rol de direitos fundamentais, expressa ou implicitamente reconhecidos nas constituições contemporâneas, e recepcionam-se os tratados e convenções internacionais de direitos humanos. A título de exemplificação, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 determina que os direitos e garantias expressamente previstos na ordem constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios jurídicos adotados, ou dos tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil (Ramos, 2023, p. 75). Desse modo, o constitucionalismo pluralista e aberto permite a valorização da diversidade cultural, étnica e linguística, a proteção aos direitos de grupos minoritários, como as mulheres, os povos indígenas e os afrodescendentes, e o reconhecimento de ordens normativas não estatais.

O pluralismo jurídico manifesta-se de modo relativamente independente em relação aos Estados soberanos. No entanto, muitos ordenamentos jurídicos estatais reconhecem expressamente práticas normativas pluralistas, como os direitos humanos e – notadamente nos países latino-americanos – o direito próprio dos povos indígenas. Com efeito, a maioria dos Estados da América Latina ratificaram a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Povos Indígenas e Tribais, de 1989, assim como outros tratados internacionais de direitos humanos, simultaneamente a reformas constitucionais que ampliaram os direitos específicos dos povos indígenas na ordem jurídica interna,

reconhecendo, em diferentes graus, o pluralismo social, cultural, linguístico, político, jurídico e econômico (Fajardo, 2011, p. 142-144). Essas medidas ocorreram no cenário de elaboração de normas jurídicas e formulação de políticas públicas, com a reivindicação de movimentos indígenas e o apoio de organizações sociais e instituições multilaterais de desenvolvimento, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Mundial, a fim de criar um constitucionalismo pluricultural ou multicultural que efetivamente assegure aos povos indígenas o exercício de direitos individuais e coletivos (Sieder, 2011, p. 306-307).

A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais trata-se do único tratado internacional em vigor que protege especificamente os direitos dos povos indígenas (Ramos, 2023, p. 288), reconhecendo as suas aspirações a assumir o controle de suas próprias instituições, suas formas de vida e seu modelo de desenvolvimento econômico, assim como manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, no âmbito dos Estados onde habitam. Além disso, reafirma-se a universalidade dos direitos humanos ao declarar que os povos indígenas, tanto homens quanto mulheres, devem exercer plenamente os direitos e liberdades fundamentais, à míngua de obstáculos e de discriminação (art. 3º). Nesse sentido, os Estados devem adotar medidas especiais para proteger as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados, com a sua participação e cooperação (art. 4º).

Outrossim, reconhece-se aos povos indígenas o direito de conservar seus próprios costumes e instituições, desde que se compatibilizem com os direitos e liberdades fundamentais consagrados na ordem constitucional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, devendo ser criados procedimentos para a resolução de eventuais colisões entre as ordens normativas. Assim, a título de exemplificação, diante de infrações penais cometidas pelos membros das comunidades indígenas, cabe ao ente estatal respeitar as sanções aplicadas pelos povos indígenas, de acordo com seus costumes e tradições, exceto se houver uma incompatibilidade com os direitos e liberdades estabelecidos na ordem jurídica interna e internacional (arts. 8º e 9º). Desse modo, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho reconhece o direito consuetudinário indígena e os seus próprios instrumentos de repressão a infrações penais, desde que estejam em conformidade com os direitos humanos e os direitos fundamentais (Fajardo, 2011, p. 144).

Por sua vez, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2007,

trata-se de um instrumento jurídico de *soft law*¹. A ausência de um tratado específico, no âmbito da Organização das Nações Unidas, para a proteção dos direitos humanos dos povos indígenas “reflete as dificuldades na obtenção de um consenso entre Estados acerca do alcance dos direitos dos povos indígenas, particularmente quanto ao direito à terra e ao princípio da autodeterminação” (Piovesan, 2025a, p. 244). Sob essa óptica, embora as disposições não vinculem juridicamente os Estados, podem auxiliar na interpretação de normas jurídicas vinculantes, como os tratados internacionais de direitos humanos, e na elaboração de atos normativos e de políticas públicas nos âmbitos nacional e internacional (Ramos, 2023, p. 292-293; Portela, 2024, p. 958).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas reconhece aos povos originários o direito, a título individual ou coletivo, ao pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (art. 1º). Ademais, assegura-se o direito à autodeterminação, cabendo aos povos indígenas determinar livremente sua condição política e buscar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Em decorrência disso, os povos originários têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas aos seus assuntos internos e locais, assim como à disposição dos meios para financiar suas funções autônomas (arts. 3º e 4º). Ainda, garantem-se a preservação e o fortalecimento de suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, assim como a participação plena na vida política, econômica, social e cultural do Estado (art. 5º).

Nessa perspectiva, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas reconhece o direito à autonomia e à autodeterminação, o qual se divide em território, governo e jurisdição. De acordo com esse entendimento, cabe aos povos originários a manutenção, a organização e a promoção de “seus próprios sistemas de edição de normas, educação, saúde, moradia, cultura, meios de informação e solução de conflitos, entre outros” (Ramos, 2023, p. 293). Portanto, os povos indígenas podem escolher sua forma de governo e

¹ As normas internacionais de *soft law*, em oposição ao *hard law*, correspondem a normas jurídicas não vinculantes. Nesse sentido: “O *soft law* vem servindo, por exemplo, como modelo para a elaboração de tratados e de leis internas, como parâmetro interpretativo, como pauta de políticas públicas e de ação da sociedade civil e como reforço da argumentação para operadores do direito. Diplomas de *soft law* são verdadeiras referências em determinadas matérias, como a Declaração e o Programa de Ação de Viena, a Declaração das Nações Unidas para os Direitos dos Povos Indígenas, a Agenda 21, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e as Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos). É também inegável a relevância política das regras de *soft law*. É importante destacar também que a própria jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros vem mencionando alguns desses documentos, fundamentando decisões em seus termos ou determinando sua aplicação.” (PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 82.)

exercer funções normativas e jurisdicionais em seus territórios, definindo os assuntos políticos, jurídicos, econômicos, sociais, culturais e linguísticos (Sieder, 2011, p. 310).

Em complementaridade ao Sistema Global, o Sistema Regional de Proteção Internacional dos Direitos Humanos, na África, na América e na Europa, auxilia na promoção e no respeito aos direitos humanos em âmbito regional (Ramos, 2023, p. 351-353). Além de instrumentos jurídicos gerais, os quais recaem sobre todas as pessoas, indistintamente, no Sistema Interamericano existem atos com destinatários específicos, como a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2016. Nesse caso, trata-se de um instrumento jurídico de *soft law*, de modo que suas normas carecem de vinculatividade, mas podem orientar a interpretação de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, em matéria de direitos dos povos indígenas (Ramos, 2023, p. 407).

A Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu art. 6º, versa sobre a titularidade de direitos coletivos indispensáveis para a existência, o bem-estar e o desenvolvimento integral dos povos indígenas. Dessa maneira, cabe aos Estados reconhecer e respeitar o seu direito à ação coletiva; a seus sistemas ou instituições jurídicos, sociais, políticos e econômicos; às próprias culturas; a professar e praticar suas crenças espirituais; a usar suas próprias línguas e idiomas; e a suas terras, territórios e recursos naturais. Além disso, os entes estatais devem proporcionar os meios para a coexistência dos direitos e sistemas jurídicos indígenas e estatal, com a participação ampla e efetiva dos povos originários.

Ademais, o art. 22 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas reconhece a jurisdição indígena, atribuindo aos povos originários o direito de promover, desenvolver e manter seus costumes ou sistemas jurídicos, se estiverem de acordo com as normas internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, o direito e os sistemas jurídicos indígenas devem ser reconhecidos e observados pelo ordenamento jurídico nacional, regional e internacional. Assim, admite-se a coexistência de uma pluralidade de ordens normativas dentro de um mesmo espaço sociopolítico, desde que estejam em conformidade com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, devendo os entes estatais respeitar os sistemas jurídicos indígenas.

Nessa conjuntura, destaca-se que, segundo Viciano Pastor e Dalmau (2010, p. 17-20), o *Neoconstitucionalismo* não se trata de uma Teoria da Constituição, mas de uma Teoria do Direito, uma vez que analisa somente a dimensão jurídica dos textos constitucionais. Em contrapartida, o enfoque do *Novo Constitucionalismo Latino-Americano* recai sobre a

legitimidade democrática das Constituições, ou seja, a expressão da soberania popular – titular do poder constituinte – nos textos constitucionais, tratando-se, assim, de uma Teoria da Constituição. Dessa maneira, defende-se que o conteúdo das normas constitucionais deve estar em conformidade com a sua fundamentação democrática, mediante a previsão de instrumentos de participação direta nos processos decisórios; direitos e liberdades fundamentais, incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais; mecanismos de controle de constitucionalidade que admitam a propositura por cidadãos; assim como regras que limitem não somente os poderes públicos, mas também os poderes econômicos, sociais e culturais dominantes. Na América Latina, conforme os autores, são representativos do Novo Constitucionalismo as Constituições da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009), as quais resultam diretamente de reivindicações da sociedade civil, no contexto de execução de políticas neoliberais.²

Nessa perspectiva, consoante Marques Júnior (2016, p. 264-265), o Novo Constitucionalismo Latino-Americano exerce uma influência sobre a Teoria do Poder Constituinte, em razão do “reconhecimento de várias ordens jurídicas, sob a égide da Constituição, esta entendida também como forma de redistribuição do poder e de releitura da manifestação do poder constituinte”, assim como da “exigência que as reformas constitucionais passem pela participação popular, o que fortaleceria e legitimaria o poder constituinte por meio do poder constituído”. Com efeito, o Novo Constitucionalismo Latino-Americano estabelece mecanismos para a participação ativa dos cidadãos nas decisões

² Há divergências em relação a essa classificação, em decorrência da concentração de poder político no Poder Executivo nesses sistemas jurídico-constitucionais. Nesse entendimento: “O fortalecimento e a consolidação das ainda frágeis instituições nas democracias latino-americanas não devem passar por líderes personalistas carismáticos, caso contrário, estar-se-iam reavivando o populismo e a autocracia. O caminho correto a ser seguido é outro: mediante a participação madura e ativa dos cidadãos, com instituições fortalecidas, legítimas, transparentes e eficazes; com a existência de um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, com lideranças democráticas e uma sólida estrutura cívica. [...] As iniciativas de fortalecimento do protagonismo popular, por meio da incorporação de mecanismos de democracia direta e autogestão no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, são usurpadas pela predominância do Executivo como elemento recorrente na tradição política do País, caracterizada pelo hiperpresidencialismo e, em especial, nos casos equatoriano, boliviano e venezuelano pelo personalismo, nas figuras de Rafael Correa, Evo Morales e Hugo Chávez. A herança econômica de décadas de inflação galopante com políticas legitimadas para combatê-la provocou um desmantelamento do Estado, produzindo um desarranjo na vida da camada mais pobre da população latino-americana. As reformas adotadas pelo Estado como estabilização monetária, interferência do Estado e certos mecanismos da política, economia e adoção de programas sociais norteados por critérios de eficiência, priorizaram os setores mais pobres da população. Por outro lado, o modelo estatizante de nacionalismo arraigado com o Estado assumindo o protagonismo no setor econômico, mobilizando apoio popular com política assistencialista, asfixiou o Estado que empreendeu um regime destinado à perpetuação no poder político-econômico.” (MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **A integração, o meio ambiente e a democracia na América do Sul:** o significado do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e da democracia participativa para a construção da UNASUL. 2016. 403 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016. p. 253. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/23819>. Acesso em: 07 jun. 2025.)

políticas, com a inclusão de grupos sociais, étnicos e raciais historicamente excluídos dos processos decisórios, como as mulheres, os povos indígenas e os afrodescendentes. Assim, por exemplo, reconhece-se a autonomia dos sistemas jurídicos indígenas, a fim de criar uma democracia participativa e inclusiva, rompendo com o modelo jurídico de matriz europeia (Marques Júnior, 2016, p. 263-265; 2019, p. 169).

No contexto brasileiro, considera-se que a Constituição Federal de 1988 não representa o Novo Constitucionalismo Latino-Americanano, em decorrência da reduzida legitimidade democrática do processo constituinte, ocorrido entre 1987 e 1988. Além disso, no texto constitucional, estão ausentes determinados elementos caracterizadores desse movimento, como o reconhecimento expresso do “Estado plurinacional” ou “pluriétnico”, do pluralismo jurídico e dos direitos da natureza (Marques Júnior, 2019, p. 171-172). No entanto, observa-se uma contribuição do Novo Constitucionalismo Latino-Americanano para a ordem jurídico-constitucional brasileira, consistente na “aproximação entre o constitucionalismo e a democracia por meio do aprofundamento do modelo participativo, constituindo novas bases para a relação simbiônica (e por vezes conflituosa) entre o Direito e a Política” e na modificação das instituições estatais, com base na diversidade étnica, social e cultural da comunidade política (Marques Júnior, 2016, p. 269).

3.1 O reconhecimento do pluralismo jurídico no constitucionalismo latino-americano

O reconhecimento do pluralismo jurídico nos Estados da América Latina pressupõe o rompimento com o modelo jurídico europeu. No século XIX, a independência dos países latino-americanos não modificou substancialmente as suas estruturas sociais, culturais, linguísticas, políticas, jurídicas e econômicas, mantendo a preeminência das classes dominantes e expandindo as desigualdades socioeconômicas. Assim, o constitucionalismo latino-americano assumiu o modo de produção capitalista, o modelo liberal-individualista e o juspositivismo oitocentista (Wolkmer; Fagundes, 2011, p. 375-376). Por conseguinte, após a independência política, predominou nos países latino-americanos o monismo jurídico, visto que, dentre os elementos estruturantes do Estado de Direito, não se comprehende a coexistência de ordens normativas em um mesmo espaço geopolítico. Além disso, manteve-se a subordinação dos povos indígenas ao ente estatal, com a formulação de políticas neocoloniais que tinham a finalidade de assimilá-los ou integrá-los socialmente e de expropriar suas terras, territórios e recursos naturais. Sob essa perspectiva, Fajardo (2011, p. 139-141) identifica os seguintes modelos jurídico-constitucionais na América Latina: o *constitutionalismo*

liberal-monista, no século XIX; o *constitucionalismo social-integracionista*, no século XX; e o *constitucionalismo pluralista*, com início na década de 1980.

A partir da segunda metade do século XX, o constitucionalismo pluralista modificou o paradigma do monismo jurídico, por meio do reconhecimento da diversidade cultural, étnica e linguística e dos direitos específicos dos povos indígenas. Conforme a autora, esse modelo constitucional compõe-se de três ciclos de reformas, a saber, o *constitucionalismo multicultural*, de 1982 a 1988; o *constitucionalismo pluricultural*, de 1989 a 2005; e o *constitucionalismo plurinacional*, de 2006 a 2009. Essas reformas decorrem, principalmente, das reivindicações dos povos indígenas pelo reconhecimento de seus direitos individuais e coletivos, da ratificação de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e da crescente judicialização de direitos econômicos, sociais e culturais no Estado Constitucional de Direito. Ainda, ressalta-se que esses modelos constitucionais devem ser interpretados de acordo com os objetivos e os princípios do constitucionalismo pluralista, tendo em vista a existência de contradições – aparentes ou reais – entre as disposições constitucionais, resultantes das condições políticas e econômicas no momento de sua elaboração (Fajardo, 2011, p. 139-141; Sieder, 2011, p. 303-304).

No constitucionalismo multicultural, há o reconhecimento da diversidade étnica, cultural e linguística da comunidade política, assim como dos direitos culturais, linguísticos e territoriais dos povos indígenas, nada obstante a continuidade do monismo jurídico. Nesse sentido, na América do Norte, a Constituição do Canadá (1982) e, na América Central, a Constituição da Guatemala (1985) e da Nicarágua (1987) expressam o multiculturalismo dos respectivos países e atribuem direitos específicos aos povos indígenas. No Brasil, o art. 231 da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre o direito à autodeterminação dos povos indígenas, relativamente à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como reconhece os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Entretanto, considera-se que esse texto constitucional compõe o segundo ciclo de reformas constitucionais, visto que reconhece determinados direitos que constam da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais, de 1989 (Fajardo, 2011, p. 141-142).

No constitucionalismo pluricultural, além de destacarem a diversidade étnica, cultural e linguística, as Constituições apresentam os conceitos de “nação multiétnica” ou “multicultural” e de “Estado pluricultural” e estabelecem novos direitos dos povos indígenas, no contexto da adoção da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, em

1989. Ademais, esses textos constitucionais reconhecem o pluralismo jurídico, uma vez que atribuem funções legislativas e jurisdicionais às autoridades indígenas, as quais devem ser exercidas de acordo com as suas próprias normas e procedimentos. Desse modo, retira-se o monopólio do Estado sobre a produção de normas jurídicas, cabendo aos povos indígenas controlar seus sistemas jurídicos, em conformidade com direitos humanos internacionalmente reconhecidos e com os direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional. A título de exemplificação, as Constituições da Colômbia (1991), do México e do Paraguai (1992), do Peru (1993), da Bolívia e da Argentina (1994), do Equador (1996 e 1998) e da Venezuela (1999) são representativas desse ciclo de reformas constitucionais (Fajardo, 2011, p. 142-143).

O reconhecimento de práticas normativas pluralistas pelos Estados da América Latina, na década de 1990, ocorreu em um contexto de crise do monismo jurídico, relacionado com a globalização da economia monopolista, a execução de políticas neoliberais e o declínio do modelo de bem-estar social. Desse modo, nada obstante a ratificação de tratados e convenções internacionais de direitos humanos e a expansão do catálogo de direitos fundamentais nas reformas constitucionais, não houve a criação de mecanismos institucionais que garantissem o pleno exercício dos direitos específicos dos povos indígenas, em decorrência, principalmente, da contenção da intervenção estatal na ordem socioeconômica e da implementação de políticas de liberalização econômica. Por conseguinte, as instituições políticas e jurídicas estatais não resolveram de maneira eficaz as novas demandas sociais, o aumento dos conflitos coletivos e a intensificação das desigualdades socioeconômicas (Fajardo, 2011, p. 143; Wolkmer, 2001, p. 58-59). Efetivamente, segundo Fajardo (2009, p. 26), “um grande número de corporações transnacionais se instalou em territórios dos povos indígenas com efeitos contraproducentes com relação aos seus novos direitos conquistados”, de modo que, no segundo ciclo, há o “reconhecimento simultâneo de direitos indígenas de um lado, e, de outro, políticas que permitem novas formas de desapropriação territorial indígena”.

Nessa conjuntura, desenvolve-se o conceito de “Estado plurinacional” ou “pluriétnico”, que compõe o terceiro ciclo de reformas constitucionais. De acordo com Tapia (2007, p. 47-48), nos países latino-americanos, as crises fiscais, de representação, de legitimidade e, mormente, de correspondência são determinantes para a recomposição do Estado. Com efeito, as instituições políticas, jurídicas e econômicas estatais baseiam-se na cultura jurídica dominante, de matriz europeia, e representam as pretensões dos poderes sociais e econômicos, em detrimento da pluralidade de povos e culturas. De fato, essa circunstância concretiza-se em medidas neoliberais, como a privatização de serviços públicos,

a desregulamentação e a exploração de recursos naturais em territórios indígenas por corporações transnacionais, inviabilizando o pleno exercício dos direitos conquistados. Desse modo, ainda que representantes da sociedade civil assumam cargos públicos eletivos, mantém-se a ausência de correspondência entre os poderes públicos e a pluralidade de organizações sociais, políticas, jurídicas e econômicas existentes em um mesmo espaço geopolítico (Fajardo, 2011, p. 143; Tapia, 2007, p. 50-52).

Assim sendo, o constitucionalismo plurinacional, desenvolvido nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em 2007, tem a finalidade de reestruturar o Estado de Direito. Nessa perspectiva, reconhece-se não somente a diversidade étnica, cultural e linguística, como também a existência de nações ou nacionalidades originárias com direito à autodeterminação. Desse modo, os povos indígenas são considerados sujeitos políticos coletivos, com competência para redefinir as estruturas estatais e as relações étnico-culturais entre os povos que compõem a comunidade política, reparando a sua ausência nos processos constituintes anteriores e eliminando as políticas assimilação ou integracionistas que os colocaram sob a tutela estatal (Fajardo, 2011, p. 149). Assim, tem-se o objetivo de construir um “Estado plurinacional” ou “pluriétnico” e um modelo de pluralismo jurídico igualitário, com base no diálogo intercultural (Fajardo, 2009, p. 27).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, reconhece aos povos indígenas o direito à autodeterminação. No preâmbulo, assevera-se que os povos indígenas são iguais aos demais povos e, portanto, devem exercer seus direitos em igualdade de condições, de acordo com os direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica internacional (Sánchez, 2009, p. 65). Ainda, reconhece-se “o direito de todos os povos a serem diferentes, a se considerarem diferentes e a serem respeitados como tais”. Desse modo, impõem-se o respeito e a promoção aos direitos dos povos indígenas, os quais decorrem de “suas estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção da vida, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos”, assim como de tratados e convenções internacionais celebrados entre os entes estatais. Nesse entendimento, o art. 3º da Declaração estabelece o direito à autodeterminação, em razão do qual os povos originários “determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”, conforme seus interesses e necessidades. Além disso, de acordo com a Declaração, a Carta das Nações Unidas, de 1945; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e

Culturais, de 1966; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966; assim como a Declaração e o Programa de Ação de Viena, de 1993, igualmente reconhecem esse direito.

No exercício do direito à autodeterminação, os povos indígenas podem se organizar autonomamente em um Estado preexistente ou se separar e criar um Estado independente. Em regra, as organizações indígenas reivindicam o direito à autodeterminação no âmbito dos Estados onde habitam, com a promoção, a manutenção e o desenvolvimento de suas próprias estruturas políticas, jurídicas, econômicas, sociais, culturais e linguísticas, em coexistência democrática com outras nações ou nacionalidades (Grijalva, 2009, p. 116; Sánchez, 2009, p. 65-66). No entanto, entre os movimentos indígenas, a concepção sobre autonomia não se apresenta de maneira uniforme. Assim, existem diferentes posicionamentos sobre os elementos constitutivos da autonomia, os mecanismos que a asseguram, o âmbito territorial de seu exercício e as condições necessárias para a sua concretização. Por exemplo, algumas organizações entendem que a autonomia pode ser exercida isoladamente, enquanto outras demandam uma reestruturação social, cultural, política, econômica, jurídica e territorial do Estado de Direito. Ainda, existem movimentos indígenas que reivindicam a proclamação de uma nova Constituição, com a criação de um “Estado plurinacional” ou “pluriétnico”, em que a autonomia dos povos indígenas se torne uma característica elementar (Sánchez, 2009, p. 66-67). Nessa perspectiva, o discurso sobre a autonomia na América Latina varia de acordo com o contexto sociopolítico de cada país:

Essas variações costumam se articular. Por exemplo, os movimentos indígenas que reclamam a autonomia com todas as suas partes essenciais costumam concebê-la como um regime de autonomia que implica necessariamente em transformações profundas na estrutura do Estado. Ademais, as interpretações dos movimentos indígenas sobre a autonomia não são fixas e podem se modificar de acordo com os processos sociopolíticos nacionais. Ocorre que certos movimentos indígenas, que não consideravam a autonomia como parte de suas reivindicações, conseguem mudar de enfoque em um contexto de transformações políticas nacionais, articulando a exigência da autonomia e a exigência de configurar um Estado plurinacional, como ocorreu na Bolívia. No outro extremo, movimentos indígenas que tinham conseguido construir um projeto autônomo como veículo de transformação da natureza e da estrutura do Estado nacional, mas que não se alinharam às forças políticas nacionais para pressionar pelas mudanças nacionais e alcançar as metas que buscavam, tenderam a se fragmentar e a se recolher aos seus espaços locais e regionais, como aconteceu no México. Mesmo assim, essa situação ainda pode se reverter, e os povos indígenas podem sair do seu confinamento e retomar a iniciativa política. Em todo caso, esses exemplos mostram a incidência de dois fatores centrais na dinâmica dos movimentos pela autonomia: o entorno sociopolítico nacional e as estratégias adotadas pelo movimento indigenista em cada contexto nacional. Esses fatores também influenciam nas mudanças de discurso dos movimentos indígenas a respeito da autonomia. Em um momento de ativação política nacional com impulsos transformadores, o movimento indígena tende a afirmar perante o Estado e a sociedade nacional a demanda do reconhecimento do direito dos seus povos à livre determinação pelo estabelecimento da autonomia. Em outro momento de retração e

declínio no movimento indígena, o discurso tende a se fragmentar e algumas partes do movimento tendem a enfatizar quase de maneira exclusiva a rearticulação interna (de seus povos e comunidades), para fazerem valer sua autonomia ou seu autogoverno sem o reconhecimento do Estado. (Sánchez, 2009, p. 67-68)

No regime de autonomia, assegura-se aos povos indígenas o exercício do direito à autodeterminação no âmbito dos Estados onde habitam. Nesse sentido, as comunidades são consideradas sujeitos políticos coletivos, com capacidade para controlar seus assuntos internos e desenvolver livremente suas estruturas políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, conforme seus usos, costumes e tradições. A autonomia, consoante Sánchez (2009, p. 69 e seg.), compreende o autogoverno, a base territorial, as competências e a participação e representação política nas instituições nacionais. Inicialmente, o autogoverno refere-se à capacidade de os povos indígenas estabelecerem uma forma de governo própria, elegendo suas autoridades, organizando seu modo de vida e administrando seus assuntos internos, de acordo com suas normas, procedimentos e cosmovisões. Além disso, deve-se reconhecer os territórios indígenas como entes autônomos, onde os povos indígenas possam exercer seus direitos e suas competências normativas e jurisdicionais, resultando na reordenação político-territorial do ente estatal (Sánchez, 2009, p. 69-72).

Ademais, a autonomia requer a descentralização político-administrativa e a redistribuição de competências e recursos públicos entre o ente central e os entes autônomos, de modo que os povos indígenas desempenhem efetivamente suas funções. Assim, pode-se atribuir aos povos originários competências normativas, políticas, administrativas, jurisdicionais, orçamentárias, sociais, culturais, educacionais, ambientais, entre outras. Dessa maneira, por meio do reconhecimento de competências e do acesso a recursos públicos, as comunidades não somente preservam sua identidade cultural, como também podem “desenvolver seu potencial criativo e inovador pelo estabelecimento de novas relações com a sociedade nacional e com o Estado reconfigurado em termos de autonomia”, assim como “desenvolver, enriquecer e também modificar o que considerem necessário em seus complexos socioculturais” (Sánchez, 2009, p. 73-74). Por fim, são essenciais a participação e a representação dos povos indígenas nos processos decisórios, em órgãos administrativos, legislativos e judiciais, assegurando o respeito e a promoção aos seus direitos e a tomada de decisões representativas, pluralistas e democráticas. De fato, em decorrência da exclusão dos povos indígenas da comunidade política nacional, os seus direitos, interesses e necessidades são reiteradamente violados ou desconsiderados (Sánchez, 2009, p. 74-75). Portanto, o regime de autonomia mostra-se primordial para a reestruturação do Estado:

Em suma, o regime de autonomia seria uma peça central na configuração de um Estado pluriétnico ou plurinacional. A esse respeito, é preciso distinguir o Estado-nação do Estado plurinacional ou pluriétnico. No tocante à presença de diversos grupos étnicos e nacionais existentes dentro de sua jurisdição, o Estado-nação é aquele que se configura como encarnação de uma só nacionalidade. Portanto, esse tipo de Estado é conformado a partir de uma cultura, uma economia, um direito e um sistema de valores congruentes com a classe dominante da nacionalidade dominante, enquanto nega a diversidade sociocultural existente no país. Também são considerados Estados-nações aqueles que, apesar de reconhecerem certos direitos e proteções aos diversos grupos étnico-nacionais existentes em seu território, não conseguem transformar a configuração monoétnica do Estado. Na atualidade, muitos Estados se consideram multiculturalistas, mas isso não os torna necessariamente Estados pluriétnicos ou plurinacionais. O multiculturalismo tem sido definido como “a lógica cultural do capitalismo multinacional” e como instrumento de domesticação e anulação dos aspectos transformadores contidos nas queixas dos movimentos socioculturais [...]. (Sánchez, 2009, p. 76-77)

Os “Estados plurinacionais” ou “pluriétnicos”, por outro lado, compreendem uma diversidade de grupos étnicos e nacionais, que conformam as estruturas sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas do respectivo ente estatal. As reivindicações de organizações indígenas pela constituição desse modelo decorrem do entendimento de que o Estado de Direito se assentou sobre a violência e a opressão dos povos originários e a expropriação de suas terras, territórios e recursos naturais, com a negação dos direitos dos povos indígenas e a supressão da diversidade étnica, cultural e linguística. No entanto, o pleno exercício do direito à autodeterminação, reconhecido em normas internacionais de direitos humanos, requer a eliminação das relações de subordinação. Assim, de acordo com essas demandas, os entes estatais devem assegurar o regime de autonomia, bem como as pretensões dos povos indígenas de “reconstituírem seus povos (fragmentados pelo processo de dominação), reforçarem suas próprias formas de organização sociopolítica (inter-comunitárias ou macro-comunitárias) e reconfigurarem seus sistemas e instituições”, os quais se distinguem dos elementos estruturantes do Estado de Direito (Sánchez, 2009, p. 77-78).

Nesse contexto, o reconhecimento jurídico da diversidade cultural, étnica e linguística e dos direitos específicos dos povos indígenas mostram-se insuficientes para a construção de um “Estado plurinacional” ou “pluriétnico” se as estruturas estatais não contemplarem a interculturalidade. Desse modo, a plurinacionalidade demanda a ruptura com o modo de produção capitalista e com o modelo liberal-individualista (Sánchez, 2009, p. 78; Tapia, 2010, p. 153). Com efeito, os povos indígenas não se encontram plenamente integrados na economia de mercado, em oposição a determinadas minorias nacionais de países do Norte Global, como o Canadá, a Espanha e a Bélgica, nos quais as diferenças entre as nacionalidades referem-se principalmente aos aspectos históricos, linguísticos e culturais, mas elas estabelecem relações

socioeconômicas entre si. Assim, promove-se o respeito ao pluralismo étnico, linguístico e cultural, mas os sistemas políticos e econômicos são mantidos. Em contrapartida, o processo de produção e distribuição de bens entre os povos indígenas decorre das necessidades das comunidades, sem a finalidade de obtenção de lucro (Sánchez, 2009, p. 80-82).

Sob essa óptica, um “Estado plurinacional” ou “pluriétnico” deve incorporar o pluralismo social, cultural, linguístico, econômico, político e jurídico, assim como os valores e princípios que ordenam as comunidades indígenas, mediante um constitucionalismo pluralista e aberto (Sánchez, 2009, p. 82-83). Nesse sentido, as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) reconhecem determinados direitos sociais que se relacionam com as cosmovisões indígenas, como o direito à água, à segurança alimentar e ao *buen vivir*. Além disso, destaca-se o reconhecimento da *Pachamama* como sujeito de direitos, na Constituição Equatoriana, com a finalidade de promover a conservação ambiental (Fajardo, 2011, p. 149). Efetivamente, ainda que se assegure aos povos indígenas o exercício do poder político na sociedade dominante, as estruturas e instituições provenientes do modelo de Estado de Direito europeu-continental não incluem as demais formas de organização social, econômica, política e jurídica existentes em um mesmo espaço geopolítico. Portanto, faz-se premente a criação de alternativas que suplantem o modo de produção capitalista, o liberalismo econômico, o juspositivismo e a centralização político-administrativa (Tapia, 2007, p. 61-63).

Assim, o constitucionalismo plurinacional fundamenta-se no reconhecimento jurídico da diversidade étnica, cultural e linguística, na igual dignidade entre os povos e as culturas, na interculturalidade e no pluralismo jurídico, resultando na modificação das estruturas estatais. Com essa finalidade, as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) reconhecem o pluralismo jurídico, asseguram o exercício do direito e dos sistemas jurídicos indígenas, de acordo com os seus princípios, valores, normas e procedimentos, e atribuem competências normativas e jurisdicionais às autoridades indígenas. Dessa maneira, a jurisdição indígena exerce-se com autonomia em relação à jurisdição estatal, no entanto, se submete ao controle jurisdicional de constitucionalidade (Fajardo, 2011, p. 150-152). Na Bolívia, por exemplo, a criação do Tribunal Constitucional Plurinacional, composto por representantes dos sistemas de justiça indígenas e estatal, tem o objetivo de verificar a conformidade dos atos infraconstitucionais com os direitos fundamentais e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, a partir de um diálogo intercultural (Fajardo, 2011, p. 154). De acordo com Grijalva (2009, p. 119-120), o constitucionalismo plurinacional e intercultural deve ser dialógico, concretizante e garantista:

Ele é dialógico porque requer a comunicação e a deliberação permanentes para se familiarizar com o entendimento do outro, do diferente. O nível constitucional, no que diz respeito aos direitos das nacionalidades e povos indígenas, deve operar em termos interculturais. Assim, por exemplo, os tribunais constitucionais, os parlamentos, as instituições públicas, incluindo as de defesa dos direitos humanos, devem se converter em verdadeiros foros interculturais, fundamentos e expressões institucionais sólidas da unidade real de um país, e não de sua unificação com base na opressão e na discriminação. Ele é concretizante porque deve buscar soluções específicas e, ao mesmo tempo, consistentes para situações individuais e complexas. Por sua vez, tais soluções devem derivar em decisões generalizáveis para situações comparáveis. Para alcançar esse encontro entre a norma e a realidade social e cultural, a interpretação constitucional deve ser, ela mesma, intercultural e interdisciplinar. O intérprete constitucional deve recorrer a um diálogo que lhe permita entender o ponto de vista de uma cultura distinta, e, para isso, deve escutar os envolvidos enquanto se vale dos conceitos e da indagação empírica das ciências sociais, em especial da Antropologia Jurídica. Nesse sentido, também há o diálogo de saberes. Um exemplo de tal situação é o do devido processo. Ainda que esta seja uma noção jurídica, não pode ser entendida de forma idêntica em qualquer cultura. Um povo indígena pode ter um devido processo muito distinto daquele da cultura hegemônica e assegurar, igualmente, o direito de defesa e a indagação sobre a verdade. Outro exemplo é o do direito à igualdade entre homens e mulheres, que deve ser entendido sempre em cada contexto cultural. E assim também acontece com noções como a do trato cruel, desumano e degradante [...]. Ele é garantista porque essas soluções que surgem da deliberação em torno de problemas e soluções concretas devem ter como marco a compressão (*sic*) e vigência intercultural dos valores constitucionais institucionalizados nos direitos humanos. Como consequência, os direitos constitucionais só podem ser entendidos como inherentemente complementares e de igual hierarquia. Direitos constitucionais como os de identidade individual e livre desenvolvimento da personalidade, religião, consciência ou expressão adquirem uma nova dimensão, posto que os indivíduos incluídos só podem exercer tais direitos em relação ao próprio direito e à própria cultura, que operam como suas condições prévias. Por sua vez, esse direito à própria cultura não pode ser absolutizado ao ponto de desconhecer os mínimos ou núcleos essenciais interculturalmente definidos dos demais direitos constitucionais. Em outras palavras, o direito à identidade e à diferença cultural deve estar inserido no marco dos direitos humanos à medida que este vão sendo definidos pelo Estado plurinacional.

O pleno exercício dos sistemas jurídicos indígenas mostra-se comprometido, entretanto, por oposições políticas, de caráter conservador, que influíram nos processos constituintes. De acordo com Fajardo (2011, p. 150), nos textos constitucionais, concorrem normas jurídicas pluralistas e abertas – como o pluralismo jurídico, a autonomia dos povos indígenas e a representação paritária da jurisdição indígena e estatal nos poderes públicos – e normas restritivas. A título de exemplificação, a definição de competências materiais, pessoais e territoriais para o exercício da jurisdição indígena restringe a autonomia dos povos originários, uma vez que, desse modo, as autoridades somente são dotadas de competência para a resolução de controvérsias internas, ou seja, entre os membros das comunidades e no âmbito de seus territórios. Por conseguinte, os conflitos entre indígenas e não indígenas, ou em territórios não oficialmente demarcados, são dirimidos pela jurisdição estatal (Fajardo, 2011, p. 153-154; Grijalva, 2009, p. 129).

Além disso, Tapia (2010, p. 156-158) critica o princípio da hierarquia constitucional, pelo qual a Constituição prevalece sobre as demais normas do ordenamento jurídico, as quais devem estar em conformidade com as disposições constitucionais. A hierarquia normativa, segundo o autor, mantém a superioridade do direito estatal sobre o direito próprio dos povos indígenas, o qual deve se conformar aos elementos organizadores do Estado de Direito. Assim, nada obstante o reconhecimento do pluralismo jurídico, o sistema jurídico lógico-formal e as instituições políticas, jurídicas e econômicas do Estado de Direito predominam sobre as práticas normativas pluralistas, de modo que os povos indígenas podem se organizar autonomamente, desde que suas estruturas políticas, jurídicas, econômicas, sociais, culturais e linguísticas sejam compatíveis com as normas constitucionais.

Nesse sentido, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas determinam que os sistemas jurídicos indígenas observem os direitos fundamentais estabelecidos na ordem constitucional e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, o que pode ocasionar uma colisão entre as ordens normativas indígenas e estatal. Em razão disso, mostra-se relevante uma conciliação entre o direito interno e o direito próprio dos povos indígenas, com base em um diálogo intercultural. Assim, Neves (2009, p. 216-217) propõe um transconstitucionalismo unilateral de tolerância e de aprendizado para a resolução dos conflitos entre as ordens jurídicas:

Um outro lado do transconstitucionalismo aponta para a relação problemática entre as ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado. Evidentemente, nesse caso, trata-se de ordens arcaicas que não dispõem de princípios ou regras secundárias de organização e, por conseguinte, não se enquadram no modelo reflexivo do constitucionalismo. A rigor, elas não admitem problemas jurídico-constitucionais de direitos humanos e de limitação jurídica do poder. Ordens normativas dessa espécie [...] exigem, quando entram em colisão com as instituições da ordem jurídica constitucional de um Estado, um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e, em certa medida, de aprendizado. Essa forma de transconstitucionalismo impõe-se porque – embora as referidas ordens jurídicas, em muitas de suas normas e práticas, afastem-se sensivelmente do modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial – a simples outorga unilateral de “direitos humanos” aos seus membros é contrária ao transconstitucionalismo. Medidas nessa direção tendem a ter consequências destrutivas sobre mentes e corpos, sendo contrárias ao próprio conceito de direitos humanos [...]. Nesse contexto, há um paradoxo do transconstitucionalismo, pois ele se envolve em conversações constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo. Mas essa situação é resultante da necessidade intrínseca ao transconstitucionalismo de não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um diálogo construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente “diferentes”, baseadas milenarmente no território do respectivo Estado. Nesse contexto, embora limitado, o transconstitucionalismo não

perde o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa da sociedade mundial do presente.

A fim de solucionar os conflitos entre as ordens normativas e de prevenir e reprimir as violações aos direitos humanos, as Constituições da Colômbia (art. 246), do Peru (art. 149), do Equador (art. 171) e da Bolívia (art. 192, III) determinam a criação, por meio de lei, de mecanismos de coordenação e cooperação, estabelecendo uma relação horizontal entre os sistemas jurídicos indígenas e estatal (Fajardo, 2011, p. 148). Além disso, a Constituição da Bolívia (art. 197, I) institui o Tribunal Constitucional Plurinacional, composto de representantes das jurisdições indígenas e estatal, para o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, de modo a garantir os direitos e liberdades fundamentais sob uma perspectiva intercultural, incluindo as cosmovisões indígenas (Fajardo, 2011, p. 152). Esses dispositivos estão em conformidade com o art. 8º da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais, o qual determina a utilização de meios de solução de conflitos na eventualidade de os costumes e instituições dos povos indígenas serem inconciliáveis com os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Sob essa óptica, a autonomia da jurisdição indígena não pode ser exercida de maneira absoluta, em detrimento dos direitos fundamentais estabelecidos na ordem constitucional e dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, nada obstante existam entendimentos em sentido contrário. De qualquer modo, as normas jurídicas estatais não podem ser impostas unilateralmente, sob pena de violação aos direitos coletivos dos povos indígenas. Com efeito, segundo Neves (2009, p. 224-225), a “simples criminalização das práticas indígenas, em nome da defesa do direito à vida, pode ser vista [...] como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas”, em decorrência da multiplicidade de cosmovisões, incluindo a compreensão sobre os direitos fundamentais. Por conseguinte, mostra-se primordial um diálogo intercultural entre as ordens normativas, com a utilização de meios de solução de conflitos que garantam a participação e a representação efetiva das comunidades indígenas nos processos decisórios.

3.2 Os povos indígenas na ordem jurídico-constitucional brasileira

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve o reconhecimento da supremacia constitucional, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova interpretação jurídica, no marco do pós-positivismo. Assim, iniciou-se o processo de constitucionalização do ordenamento jurídico, pelo qual as

disposições constitucionais irradiam sobre toda a ordem jurídica, principalmente por meio da atividade de interpretação e de aplicação do direito. Em decorrência disso, entende-se que as normas constitucionais incidem diretamente sobre as relações sociais, políticas e econômicas, independentemente de intermediação legislativa, ampliando o protagonismo do Poder Judiciário – notadamente do Supremo Tribunal Federal (STF) – na concretização dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, as leis e atos normativos que violarem o texto constitucional devem ser invalidadas, mediante o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade, assim como as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição (Barroso, 2005, p. 42).

No contexto de redemocratização, a Constituição Federal estabelece um conjunto de princípios, valores e direitos fundamentais, com a finalidade de modificar as relações sociais, políticas e econômicas e, assim, construir uma sociedade livre, justa e solidária, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Desse modo, além de direitos individuais, políticos e sociais, asseguram-se os direitos difusos e coletivos, como a autodeterminação dos povos nas relações internacionais (art. 4º, III), o patrimônio cultural (arts. 215 e 216) e o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225). A fim de garantir os direitos e liberdades fundamentais, o texto constitucional consagra a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II), a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º) e a abertura do catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, § 2º), assim como institui mecanismos de rigidez constitucional, remédios constitucionais e ações de controle de constitucionalidade. Ademais, protegem-se especificamente os direitos de grupos minoritários, como as mulheres, os povos indígenas e os afrodescendentes, e reconhece-se a diversidade étnico-cultural da sociedade brasileira. Em vista disso, ressalta-se que a Constituição Federal resulta da multiplicidade de atores sociais e políticos que participaram da Assembleia Nacional Constituinte, entre 1987 e 1988 (Souza Neto; Sarmento, 2014, p. 170-173).

Com efeito, a Constituição Federal dispõe sobre os direitos dos povos indígenas, reconhecendo, no art. 231, a “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. As disposições constitucionais do Capítulo VIII (“Dos Índios”) referem-se, em sua maioria, às terras, territórios e recursos naturais, particularmente em relação aos atos de ocupação, domínio, posse e exploração. Ademais, o art. 216 reconhece como “patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”,

dentre os quais se compreendem “as formas de expressão” e “os modos de criar, fazer e viver”. No tocante ao direito à educação, o art. 210, § 2º, confere às comunidades indígenas o direito de utilizar “suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. Além disso, por meio do Decreto n. 5.051/2004, houve a incorporação da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Povos Indígenas e Tribais, de 1989, ao ordenamento jurídico interno (Barcellos, 2019, p. 177).

Nessa perspectiva, na Constituição Federal, não se procedeu ao reconhecimento expresso da autonomia dos povos indígenas, nem do direito e dos sistemas jurídicos indígenas. Ainda, não houve uma mudança substancial na organização político-administrativa brasileira, com a inclusão do pluralismo social, cultural, linguístico, econômico, político e jurídico nas instituições e estruturas estatais, assim como dos valores e princípios que ordenam as sociedades indígenas. Desse modo, no limiar no constitucionalismo pluricultural, admite-se a diversidade étnica, cultural e linguística da sociedade brasileira e atribuem-se direitos específicos aos povos indígenas, mas o texto constitucional não tem como finalidade a recomposição do Estado de Direito, com a construção de um “Estado plurinacional” ou “pluriétnico”, fundamentado na igual dignidade entre os povos e as culturas, na interculturalidade e no pluralismo jurídico. Assim, a Constituição Federal reconhece as diferenças culturais, étnicas e linguísticas em um mesmo espaço geopolítico, mas negligencia as diferenças sociais, políticas, jurídicas e econômicas, mantendo a exploração capitalista sobre as terras, territórios e recursos naturais (Verdum, 2009, p. 94-96).

Após a promulgação da Constituição Federal, reduziram-se as políticas integracionistas ou assimilaçãonistas. No entanto, o direito à autodeterminação dos povos indígenas não se encontra expressamente estabelecido no texto constitucional, obstaculizando o exercício da autonomia ou do autogoverno, a atribuição de competências normativas e jurisdicionais às autoridades indígenas, o reconhecimento dos territórios indígenas como entes autônomos, a participação e a representação política indígena nos poderes públicos, entre outros (Verdum, 2009, p. 97). As expressões “organização social, costumes [...] e tradições”, “formas de expressão” e “modos de criar, fazer e viver” admitem o reconhecimento do pluralismo jurídico, por meio da atividade de interpretação e de aplicação do direito, uma vez que a ordem constitucional trata-se de um sistema aberto de princípios e regras, com a finalidade de concretizar os direitos e liberdades fundamentais. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, na Petição n. 3.388/RR, que versa sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, concluiu que “a Constituição não atribuiu qualquer validade ou eficácia a normatividades de origem indígena, devendo prevalecer em qualquer

caso as normas de origem estatal, com clara predominância [...] das iniciativas da União” (Barcellos, 2019, p. 177). Destaca-se, assim, o pronunciamento da Corte Constitucional:

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCEIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 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. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-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”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. 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. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS “POVO”, “PAÍS”, “TERRITÓRIO”, “PÁTRIA” OU “NAÇÃO” INDÍGENA. 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”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. 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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet n. 3.388/RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 19/03/2009. Publicado no DJe em 01/07/2010, grifou-se)

Nessa conjuntura, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, somente o direito estatal incide sobre as terras indígenas, em detrimento das ordens normativas indígenas. Além disso, uma vez que a Constituição Federal menciona as “terras tradicionalmente ocupadas” e não se refere expressamente aos “territórios indígenas”, os quais são, respectivamente, uma *categoria sociocultural* e uma *categoria jurídico-política*, sobre a qual poderia recair uma ordem jurídica independente, não se reconhece a existência de territórios indígenas enquanto entes autônomos no Brasil. Em paralelo, declara-se que os povos indígenas não constituem nações ou nacionalidades originárias na ordem jurídica internacional. Dessa maneira, em contraste com outros países latino-americanos, que reconhecem o caráter “plurinacional” ou “pluriétnico” do Estado, assim como a pluralidade de ordens normativas existentes em um mesmo espaço geopolítico, o “Judiciário brasileiro parece combinar supremacia constitucional com o monismo jurídico de tal modo que uma concepção estadocêntrica continua sendo a lógica principal que orienta o funcionamento da ordem jurídica brasileira” (Barcellos, 2019, p. 180). Em decorrência disso, ainda que a Constituição Federal valorize a diversidade cultural, étnica e linguística e respeite os direitos específicos dos povos indígenas, a organização político-administrativa brasileira representa uma única cultura e etnia, em inobservância à Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais e à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Nada obstante o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, na Apelação Criminal n. 0090.10.000302-0, reconheceu a jurisdição indígena e manteve a decisão proferida no juízo de primeiro grau, a qual declarou a ausência do *ius puniendi* estatal, com base no princípio *non bis in idem*, segundo o qual uma pessoa não pode ser submetida a julgamento ou punição mais de uma vez pelo mesmo fato. No caso, o réu, denunciado pelo crime de homicídio qualificado, havia sido condenado pela própria comunidade indígena e estava cumprindo a pena, de acordo com as normas e procedimentos consuetudinários (Cardoso; Conci, 2019, p. 566-568). No pronunciamento do juízo *ad quem*, mencionaram-se normas jurídicas internas e internacionais para o afastamento da jurisdição estatal, como a Constituição Federal, o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) – interpretado e aplicado em conformidade com os princípios e valores constitucionais – e a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais, assim como sistemas jurídicos de outros países, em matéria de autodeterminação dos povos indígenas. Sob essa óptica, transcreve-se a ementa da decisão judicial:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA.APELO MINISTERIAL DESPROVIDO. - Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva (*sic*) penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado. - A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indígena indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem. - O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte. - Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF. - Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do jus puniendi de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil. - Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Apelação Criminal n. 0090.10.000302-0. Câmara Única. Relator: Des. Mauro Campello. Julgado em 18/12/2015. Publicado no DJe em 17/02/2016, grifou-se)

Além disso, diante da colisão entre ordens normativas, na Ação Civil Pública n. 000212-80.2013.5.11.0051, conciliou-se o direito dos profissionais de saúde indígena a condições adequadas de saúde, higiene e segurança no ambiente laboral com o direito dos povos indígenas aos usos, costumes e tradições, nos quais se incluem os sistemas jurídicos indígenas. Dessa maneira, por meio de uma audiência pública, as partes assumiram determinadas obrigações, resultando na flexibilização da legislação trabalhista, de modo a se compatibilizar com o direito próprio dos povos indígenas, com fundamento em normas jurídicas internas e internacionais (Cavalcante Filho, 2025, p. 102). De fato, na sentença de homologação, mencionaram-se a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, assim como a Constituição Federal, o Estatuto do Índio, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Nesse

contexto, ressalta-se, ainda, que a realização de uma audiência pública viabiliza a participação ativa dos cidadãos nos processos judiciais, mormente em casos relacionados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, auxiliando na resolução de controvérsias e consagrando a democracia participativa e o processo judicial cooperativo (Cavalcante Filho, 2025, p. 108-110). Em relação à colisão entre ordens normativas, pontua-se que:

[...] a resposta à tensão entre a ordem jurídica trabalhista de tutela da saúde dos trabalhadores que laboram nas terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas – local de trabalho – especialmente dos profissionais de equipes multidisciplinares de saúde indígena, contratados pelo regime celetista para execução de ações em saúde indígena nas áreas de abrangência dos Distritos Sanitários Indígenas, e a ordem jurídica própria dos povos indígenas de proteção à organização social, costumes, crenças e tradições passa, inevitavelmente, pela flexibilização da ordem jurídica trabalhista, por meio da aplicação subsidiária nas terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, exceto naquilo em que for incompatível com o ordem jurídica indígena, ensejando, portanto, em uma adaptação material frente ao Direito próprio dos povos indígenas, sobrevindo o reconhecimento definitivo da autonomia indígena como um novo modelo associado de produção normativa [...]. Nessa perspectiva, além da reconfiguração da formulação da concepção na esfera do direito constitucional latino-americano, mostra-se urgente o repúdio no plano fático, da envelhecida ideia de integração dos povos indígenas à sociedade dominante, recompondo-se em favor da real possibilidade de garantia do direito à diferença. Nesse sentido, desponta a concepção de jusdiversidade indígena, principalmente enquanto mecanismo de impedimento da imposição da ordem jurídica estatal – a da ordem dos mais fortes – à ordem jurídica indígena, protegendo, por assim dizer, o direito à autonomia coletiva em oposição ao direito à autonomia individual. Mostrou-se indispensável perceber que a história assenta em segundo plano a ordem social dos povos indígenas, o que levou à ocultação da cultura desses povos, ao aniquilamento de suas práticas e da restrição da afirmação de seus atos. A organização social dos povos indígenas [...] deve ser respeitada em todas as suas extensões e, de maneira especial, o seu Direito próprio, como decorrência dos usos, costumes e tradições, enfim, a reafirmação do direito à autodeterminação. (Cavalcante Filho, 2025, p. 417-420)

O reconhecimento das ordens normativas indígenas depreende-se de uma interpretação aberta e pluralista da Constituição Federal e do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, relembre-se que, conforme o art. 8º da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais, os povos indígenas têm o “direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”. Além disso, o art. 9º estabelece que devem “ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros”. Em ambos os casos, a incidência do direito estatal sobre os povos indígenas deve considerar seu direito consuetudinário. Ainda, o art. 5º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas dispõe que os “povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas,

jurídicas, econômicas, sociais e culturais”. Finalmente, outros atos internacionais asseguram o direito à identidade cultural, como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, de 2003; e a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005 (Cardoso; Conci, 2019, p. 569-571).

Em vista disso, dentre os elementos componentes da identidade cultural dos povos indígenas, encontram-se os sistemas jurídicos, os quais devem ser respeitados e promovidos pelo Estado, com fundamento na plurinacionalidade e na interculturalidade. De fato, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, em 17 de junho de 2005 – um *leading case* em matéria de proteção dos direitos dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos – mostra-se “indispensável que os Estados concedam uma proteção efetiva que leve em consideração suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes”. Sob essa óptica, o reconhecimento da pluralidade de ordens normativas decorre tanto da Constituição Federal de 1988, quanto do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, faz-se primordial um diálogo entre cortes, qual sejam, o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com a finalidade de garantir efetivamente os direitos e liberdades dos povos indígenas (Ramos, 2023, p. 1090). Com efeito, a valorização da diversidade étnica, social e cultural da sociedade brasileira mostra-se insuficiente, “impondo-se a necessidade de garantir suas diferenças como condição de existência de uma ordem jurídica acorde com o direito doméstico e o direito internacional dos direitos humanos, ao mesmo tempo que se promova a interpretação intercultural das normas jurídicas” (Cardoso; Conci, 2019, p. 571-572).

4 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO CONTRA MULHERES INDÍGENAS SOB A PERSPECTIVA DO PLURALISMO JURÍDICO

A ausência de reconhecimento expresso dos sistemas jurídicos indígenas prejudica não somente os direitos coletivos dos povos indígenas, mas também os direitos individuais de mulheres indígenas. Nessa perspectiva, segundo o art. 3º da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais, os povos indígenas devem exercer plenamente os direitos e liberdades fundamentais, à míngua de obstáculos ou de discriminação, em igualdade de condições entre mulheres e homens. Ademais, consoante o art. 22 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, compete aos Estados a adoção de medidas, em conjunto “com os povos indígenas, para assegurar que as mulheres e as crianças indígenas desfrutem de proteção e de garantias plenas contra todas as formas de violência e de discriminação”. Ainda, o art. 44 dispõe que todos os direitos e liberdades fundamentais reconhecidos na Declaração são igualmente assegurados às mulheres e aos homens indígenas. Em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, as Constituições dos países latino-americanos atribuem direitos específicos aos grupos étnico-sociais historicamente excluídos dos processos decisórios, como as mulheres, os povos indígenas e os afrodescendentes, conferindo legitimidade democrática aos textos constitucionais (Marques Júnior, 2019, p. 185).

Relativamente aos direitos das mulheres e meninas indígenas, destacam-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989, assim como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), de 1994, a qual incorporou os direitos das mulheres ao *corpus iuris* do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Enquanto a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher promove a igualdade entre homens e mulheres, por meio de mudanças nos padrões socioculturais e eliminação de estereótipos de gênero e de obstáculos ao exercício de direitos e liberdades, o enfoque da Convenção de Belém do Pará recai sobre a prevenção, a punição e a erradicação de todas as formas de violência contra a mulher (Piovesan; Danese, 2022, p. 41-42).

A violência contra a mulher, consoante o art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, consiste em “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à

mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada". Essa definição, de acordo com o art. 2º, compreende a violência física, sexual e psicológica ocorrida no ambiente doméstico, familiar ou em qualquer outra relação interpessoal; na comunidade e cometida por qualquer pessoa; e perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra. Ainda, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos adiciona a violência obstétrica, espiritual e cultural às modalidades de violência contra a mulher, em violação tanto aos direitos individuais das mulheres indígenas, quanto aos direitos coletivos dos povos originários. No entanto, a aplicação da ordem jurídica estatal mostra-se improfícua no sentido de reprimir a violência de gênero, em razão da discriminação estrutural e institucional à qual as mulheres indígenas estão submetidas. Com efeito, obstáculos sociais, culturais, linguísticos, econômicos e geográficos restringem o acesso à justiça, assim como a políticas públicas nos âmbitos social e econômico (OEA, 2017, p. 59-61).

Nada obstante a proteção de normas jurídicas nacionais e internacionais, as mulheres indígenas são particularmente suscetíveis a atos de discriminação, marginalização e exclusão social, política e econômica, com base na intersecção entre gênero, raça, etnia e classe socioeconômica (OEA, 2017, p. 61). A título de exemplificação, de acordo com a Organização das Nações Unidas (2015, p. 13), as mulheres indígenas são significativamente mais vulneráveis a serem vítimas de estupro em comparação com mulheres não indígenas. Assim, estima-se que mais de uma em cada três mulheres indígenas são estupradas ao longo de suas vidas. No Brasil (2019), conforme os dados do Sistema de Informações sobre Agravos de Notificação (SINAN), do Ministério da Saúde, entre 2007 e 2017, houve 13.589 casos registrados de violência contra indígenas, dentre os quais 60% (8.221) haviam sido praticados contra mulheres. Além disso, os atos de violência – física, sexual, psicológica e moral – ocorreram majoritariamente no ambiente doméstico, representando 72% (5.180) das notificações, tendo sido perpetrados por parceiros íntimos das vítimas em aproximadamente $\frac{1}{3}$ dos casos registrados, os quais abrangem companheiros e ex-companheiros.

Assim, as mulheres indígenas são submetidas à violência de gênero, inclusive, no interior de suas comunidades, em decorrência da estrutura patriarcal que restringe o exercício de seus direitos e liberdades fundamentais. Segundo Lugones (2007, p. 186), o capitalismo eurocêntrico e global e o colonialismo introduziram o sistema de gênero colonial-moderno nas sociedades colonizadas, destruindo as suas estruturas sociais, culturais, espirituais e econômicas. A fim de explicar esse sistema, aborda-se o conceito de "colonialidade de poder" de Quijano (2005, p. 117-119), segundo o qual o colonialismo criou uma classificação social da população mundial com base na raça, ou seja, as supostas diferenças na composição

biológica de conquistadores e conquistados naturalizaram as relações coloniais de dominação. Dessa maneira, a “raça converteu-se no primeiro critério fundamental para a distribuição da população mundial nos níveis, lugares e papéis na estrutura de poder da nova sociedade. Em outras palavras, no modo básico de classificação social universal da população mundial”. Em decorrência dessa classificação racial, formaram-se novas identidades sociais – como indígenas, negros e mestiços – e geoculturais – como Europa e América.

Com a expansão colonial, o sistema de poder expressa-se em todas as relações sociais, tanto materiais, quanto intersubjetivas. Nesse sentido, de acordo com Quijano (2005, p. 123), “no controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, está a empresa capitalista; no controle do sexo, de seus recursos e produtos, a família burguesa; no controle da autoridade, seus recursos e produtos, o Estado-nação; no controle da intersubjetividade, o eurocentrismo”. Sob essa perspectiva, Lugones (2007, p. 196) amplia a concepção de “colonialidade de poder” para incluir a imposição colonial de um sistema de gênero binário e hierárquico às sociedades colonizadas, com a consequente subordinação das mulheres racializadas em todos os âmbitos de suas vidas. Com efeito, segundo Oyéwùmí (2021, p. 69), o gênero não correspondia a um princípio de organização das sociedades iorubás no período pré-colonial. A existência de categorias sociais dicotômicas e hierárquicas – “mulheres” e “homens” – trata-se de uma construção social, a qual decorre da percepção de diferenças biológicas entre os seres humanos e, de fato, predomina na organização das sociedades ocidentais. No entanto, nas sociedades pré-coloniais, as “categorias sociais ‘homens’ e ‘mulheres’ eram inexistentes e, portanto, nenhum sistema de gênero esteve em vigor”. Assim, a partir da dominação colonial, a introdução de um sistema de gênero resultou na opressão de mulheres racializadas, com base na intersecção entre raça e gênero:

A imposição do sistema de Estado europeu, com suas máquinas legais e burocráticas, é o legado mais duradouro do domínio colonial europeu na África. O sistema internacional de Estado-Nação como o conhecemos hoje é um tributo à expansão das tradições europeias de governança e organização econômica. Uma tradição que foi exportada para a África durante esse período foi a exclusão de mulheres da recém-criada esfera pública colonial [...]. Embora homens e mulheres africanos, como povos conquistados, tenham sido excluídos dos escalões mais altos das estruturas coloniais do Estado, os homens estavam representados nos níveis mais baixos do governo. O sistema de governo indireto introduzido pelo governo colonial britânico reconheceu a autoridade do chefe masculino no nível local, mas não reconheceu a existência de chefes fêmeas. Portanto, as mulheres foram efetivamente excluídas de todas as estruturas coloniais do Estado [...]. O próprio processo pelo qual as fêmeas foram categorizadas e reduzidas a “mulheres” as tornou inelegíveis para papéis de liderança. A base dessa exclusão foi a sua biologia, um processo que foi um novo desenvolvimento na sociedade iorubá. O surgimento da mulher como categoria identificável, definida por sua anatomia e subordinada aos homens em todas as situações, resultou, em parte, da imposição de um Estado colonial patriarcal. Para

as fêmeas, a colonização era um duplo processo de inferiorização racial e subordinação de gênero. (Oyēwùmí, 2021, p. 188-189)

Em oposição a esse entendimento, Segato (2021, p. 99) defende a existência de relações de gênero em determinadas sociedades pré-coloniais, as quais constituíam um sistema patriarcal de baixa intensidade. De acordo com a autora, nas comunidades indígenas, existia uma hierarquia de gênero, ocupada – no sentido colonial-moderno – por “mulheres” e “homens”, aos quais se atribuíam diferentes espaços, papéis sociais e responsabilidades. Assim, construía-se uma noção de masculinidade, cabendo ao indivíduo “demonstrar que possui toda a variedade de poderes – físico, marcial, sexual, político, intelectual, econômico e moral – que lhe permitia o reconhecimento como um sujeito masculino”. No entanto, antes da dominação colonial, as mulheres indígenas exerciam uma influência sobre as decisões nos espaços públicos e participavam das estruturas sociais e políticas de suas respectivas comunidades. Além disso, os povos indígenas não assumiam uma estrutura binária e heteronormativa, admitindo identidades de gênero não normativas e relações homoafetivas (Segato, 2021, p. 100-103). Por exemplo, a expressão *two-spirit people* compreende um conjunto de identidades de gênero “assentes em dualidades e complementaridades – como no caso do povo diné (navajo), que chegava a contemplar quatro géneros diferentes onde a mesma pessoa podia transitar com fluidez ao longo da sua vida” (Dorronsoro, 2019, p. 385).

A imposição de um sistema colonial-moderno de gênero reestrutura as relações sociais nas comunidades indígenas. Com efeito, aprofunda-se a ordem hierárquica entre mulheres e homens e converte-se a dualidade em binarismo, por meio da expansão do espaço público e da privatização do espaço doméstico (Segato, 2021, p. 101-102). Nesse contexto, as mulheres indígenas são confinadas ao ambiente doméstico e perdem o poder político e social, assim como a possibilidade de participar ativamente dos processos decisórios. Além disso, com o processo de privatização do ambiente doméstico, rompem-se os vínculos de solidariedade e de colaboração entre as mulheres, os quais eram essenciais nas atividades produtivas, reprodutivas e culturais. Por conseguinte, amplia-se a violência de gênero, uma vez que, com o “surgimento da grade de uma episteme universal moderna e suas instituições (Estado, política, direitos e ciência), a cena doméstica e as mulheres que a habitam tornam-se sobras marginais fora das questões de interesse geral e importância universal” (Segato, 2021, p. 104-107). Em relação às modificações na hierarquia de gênero nas comunidades indígenas:

As tarefas dos homens incluíram, ancestralmente, deliberar nos espaços comuns da aldeia, participar de expedições de caça, contatar aldeias e povos próximos ou remotos, e tanto travar guerra quanto fazer as pazes com eles. É por isso que, do

ponto de vista da aldeia, os administradores coloniais, tanto no exterior como no território nacional, são entidades com as quais os homens negociam, fazem acordos, fazem guerras e, mais recentemente, de quem obtêm recursos e direitos que podem ser reivindicados nesta época de política identitária. A posição tribal masculina ancestral é transformada por meio de seu papel de interlocutor das agências poderosas que produzem e reproduzem a colonialidade. Era com os homens que os colonizadores guerreavam e faziam pactos, e é com os homens que o moderno Estado colonial também o faz. Segundo Gautier, a escolha de transformar os homens em interlocutores privilegiados foi intencional e no interesse da colonização: “a colonização envolveu uma perda radical de poder político para as mulheres, onde quer que este existisse, ao passo que os colonizadores negociavam com certas estruturas masculinas, ou as inventavam, com o objetivo de fazer aliados”. Os colonizadores também promoveram a “domesticação” das mulheres: um distanciamento e uma sujeição que facilitaram o empreendimento colonial. A posição masculina torna-se, assim, sub-repticiamente deslocada, sendo transmutada e promovida a um status superior próprio de uma estrutura exógena. É fortalecida por um acesso privilegiado a recursos e conhecimentos sobre o mundo de poder, mas essas mudanças são disfarçadas pela permanência da nomenclatura anterior. Ocorre uma ruptura e reconstituição da ordem de gênero que mantém os antigos nomes, signos e rituais de gênero, mas confere um novo conteúdo a cada posição. Os homens voltam para a aldeia alegando que são o que sempre foram, mas na verdade estão operando de acordo com um novo código [...]. Paralelamente à superinflação do papel dos homens na aldeia, esses homens também são emasculados perante o mundo branco, o que os coloca sob estresse e relativiza sua posição masculina, submetendo-os ao domínio do colonizador. Isso desencadeia a violência, porque oprime os homens na cena colonial e os empodera sobremaneira na aldeia, obrigando-os a exibir sua capacidade de controle na aldeia, para restaurar a masculinidade que foi afrontada lá fora. Isso vale para todo o universo da masculinidade racializada, rebaixada pela ordem colonial à condição subordinada de não branura. (Segato, 2021, p. 104-106)

Nessa conjuntura, o sistema dual das comunidades indígenas pré-coloniais diferencia-se do sistema colonial-moderno binário. De acordo com Segato (2021, p. 108-109), nas sociedades pré-coloniais, manifestava-se uma dualidade hierárquica, na qual “ambos os termos constitutivos são dotados de plenitude ontológica e política, apesar de sua desigualdade. Não há dualidade no mundo moderno, apenas binarismo”. Desse modo, na estrutura dual, nada obstante a ordem hierárquica, existe uma relação de complementaridade entre os elementos constitutivos. Por outro lado, na estrutura binária, expressa-se uma relação de suplementaridade, em que o suplemento torna-se um mero acessório do elemento principal. Assim, um dos termos representa o padrão universal ao qual o “outro” deve se adequar, em detrimento de suas características individuais. No sistema colonial-moderno de gênero, “apenas os sujeitos – individuais ou coletivos – que foram filtrados, processados e transformados nos termos universais da esfera ‘neutra’ podem adquirir voz política. Tudo o que não pode ser convertido de acordo com essa grade torna-se excesso”.

A dualidade do sistema de gênero das sociedades pré-coloniais proporciona a multiplicidade. Assim, os elementos são ontológica e politicamente completos, com suas próprias normas, regras de convivência e vinculações para as atividades produtivas,

reprodutivas e culturais (Segato, 2021, p. 109-110). Nesse sistema, o “outro” não representa um problema que precisa ser solucionado por meio da conversão ao padrão universal. No entanto, com a “transformação da dualidade – uma variante do ‘múltiplo’ – no binarismo do ‘um’ – universal, canônico e ‘neutro’ – e seus outros – resto, sobra, anomalia, margem” – se institui um sistema de gênero inflexível, que retira das mulheres a possibilidade de influir nos processos políticos e rompe os seus vínculos de solidariedade e de colaboração, reduzindo o controle comunitário sobre o ambiente doméstico (Segato, 2021, p. 112-115). De fato, essas relações de reciprocidade inibem “que qualquer desigualdade dentro de sistemas duais com diferenças internas acabe por criar discriminações, prejuízos ou, caso surjam, serem mitigados, compensando as desigualdades e prevenindo o aparecimento de violências” (Dorronsoro, 2019, p. 383). A introdução do sistema colonial-moderno de gênero restringe, ainda, as reivindicações pelos direitos das mulheres indígenas, uma vez que se presume que a dominação masculina decorre das tradições históricas de suas respectivas comunidades:

O mais importante a ser notado aqui é o seguinte: *nesse contexto de mudança, as nomenclaturas são preservadas e uma ilusão ocorre – há a falsa impressão de que a velha ordem continua, com nomes, formalidades e rituais que parecem perdurar, mas essa ordem agora é governada por uma matriz diferente.* Essa é uma transição sutil e velada. Uma falta de clareza sobre as mudanças ocorridas faz com que as mulheres se submetam aos homens, sem saber como responder à sua frequente afirmação de que “sempre fomos assim”. Dessa maneira, nasce uma forma insidiosa de manipulação. Os homens argumentam que, se a hierarquia de gênero for modificada, sua luta pela continuidade como povo será prejudicada, porque sua identidade como forma de capital político, cultural e simbólico será prejudicada. Danificar a identidade enfraqueceria, portanto, as demandas de seu povo por territórios, recursos e por direitos como recursos. No entanto, na realidade, a colonização aumentou o distanciamento hierárquico na aldeia, agravando a desigualdade e elevando a posição dos que estão no poder: velhos, caciques e homens em geral. Como expliquei, embora seja verdade que a hierarquia sempre existiu, e também é verdade que as relações de gênero envolviam poder e prestígio desiguais, essas desigualdades aumentaram como resultado da intervenção do Estado colonial e da introdução da comunidade na ordem colonial-moderna. *Uma mutação ocorre sob o manto da continuidade aparente [...].* Em suma, quando pensamos que universalizar a cidadania significa substituir a hierarquia de homens e mulheres por uma relação estritamente igualitária, estamos de fato tentando resolver os males da modernidade com soluções modernas. O Estado oferece com uma mão o que já roubou com a outra. Em contraste com a fórmula “diferente, mas igual” do ativismo moderno, o mundo indígena orienta-se pela fórmula “desigual, mas diferente”, de difícil entendimento para nós. A fórmula indígena postula um mundo de múltiplos porque o outro – diferente e até inferior – não constitui um problema a ser resolvido, uma vez que não há imperativo de comensurabilidade no mundo-aldeia. (Segato, 2021, p. 115-116)

Sob essa perspectiva, a dominação colonial resultou na modificação da organização social e das instituições dos povos indígenas, com o controle sobre as atividades produtivas e reprodutivas, as relações conjugais, de parentesco e de filiação e a sexualidade, notadamente de mulheres indígenas (Dorronsoro, 2019, p. 383-384). Por conseguinte, as mulheres

indígenas estão submetidas a diferentes modalidades de violência, perpetradas por agentes estatais e não estatais, assim como pessoas indígenas e não indígenas, no contexto de violência doméstica e familiar, militarização e conflitos armados em territórios indígenas, privação de liberdade, execução de projetos de desenvolvimento, investimento e extração de recursos naturais em territórios indígenas³, entre outros (OEA, 2017, p. 64), de acordo com a localização das terras, territórios e recursos naturais e com os interesses políticos e econômicos que recaem sobre essas regiões (Segato, 2021, p. 129).

Nesse contexto, comprehende-se a violência de gênero contra mulheres indígenas sob uma perspectiva de intersecção entre gênero, raça, etnia e condições socioeconômicas, como resultado da dominação colonial (OEA, 2017, p. 61). Dessa maneira, um conjunto de elementos, como o racismo, o sexism, a pobreza e a discriminação estrutural e institucional, assim como a violação aos direitos coletivos dos povos indígenas, em decorrência da exploração de terras, territórios e recursos naturais, amplia o estado de vulnerabilidade das mulheres indígenas a atos de violência. Assim, essas mulheres não exercem plenamente seus direitos individuais, políticos, econômicos, sociais e culturais, considerando, por exemplo, a dificuldade de acesso à justiça e aos serviços de saúde e educação e a exclusão social, política e econômica nas estruturas estatais. Por conseguinte, em muitos casos, constata-se a ausência de uma responsabilização adequada por violações aos direitos de mulheres indígenas, demonstrando a necessidade de construção de uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero (OEA, 2017, p. 11-12).

4.1 As organizações sociais nas demandas de gênero

As organizações sociais defendem o exercício do direito próprio dos povos indígenas, enquanto conjunto de valores, princípios e regras que regem as suas estruturas sociais, culturais, espirituais, políticas, jurídicas e econômicas, em relação às quais se sobrepueram

³ A título de exemplificação, a exploração de terras, territórios e recursos naturais na Terra Indígena Yanomami, nos Estados do Amazonas e de Roraima, expõe os povos originários a uma maior vulnerabilidade social, particularmente as mulheres e meninas indígenas, as quais são sujeitas à exploração sexual: “[...] a invasão contemporânea do território Yanomami em razão da atividade ilegal do garimpo causou (i) sérios danos ao meio ambiente, assim como (ii) à estrutura social indígena, tanto em razão da imposição do trabalho forçado e degradante aos jovens por meio de sutis estratégias, quanto em razão da imoral exploração sexual de meninas e mulheres indígenas e, ainda, (iii) à saúde do povo Yanomami. Extrai-se da história, nessa contextura, a dominação dos recursos naturais e a subjugação das comunidades indígenas aos interesses do capital, mediante práticas de aculturação e trabalho compulsório, ensejando consequências contemporâneas nos corpos e mentes dos povos indígenas, a desestruturação das comunidades e do corpo social indígenas, a fragmentação dos usos, costumes e tradições.” (CAVALCANTE FILHO, Raimundo Paulino. **Direito do Trabalho versus Direito Próprio dos Povos Indígenas**: duas ordens normativas em colisão. São Paulo: Dialética, 2025. p. 341.)

os ordenamentos jurídicos estatais no decorrer do processo histórico. Nesse contexto, os colonizadores submeteram os povos indígenas ao seu código de conduta, além de negarem-lhes a qualidade de sujeitos de direito. Em razão disso, a ordem jurídica estatal reflete a discriminação e a exclusão social, política e econômica dos povos originários e de outros grupos marginalizados. Assim, demanda-se o reconhecimento dos homens e mulheres indígenas como sujeitos de direito, sob uma perspectiva individual e coletiva, assim como a transformação das estruturas sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas do Estado de Direito. Dessa maneira, mediante suas reivindicações, as sociedades indígenas pretendem existir “individual e coletivamente no direito próprio e perante o direito alheio” (Dorronsoro, 2019, p. 374-375).

As mulheres indígenas, além de exigirem o reconhecimento dos direitos individuais e coletivos dos povos indígenas, apontaram, principalmente a partir da década de 1980, que a sua identidade de gênero aprofunda a discriminação e as desigualdades socioeconômicas às quais estão submetidas na qualidade de indígenas. Essas mulheres compartilham reivindicações com os membros de suas respectivas comunidades, como a identidade étnico-cultural e os direitos originários sobre as terras, territórios e recursos naturais, mas a violência as atinge de maneira diferenciada e específica. Assim, os homens e as mulheres indígenas não somente estão subordinados à discriminação e à exclusão social, política e econômica, como também, no interior de muitas comunidades, as mulheres dispõem de menores possibilidades e oportunidades em relação aos homens, devido às relações de gênero introduzidas pela dominação colonial (Dorronsoro, 2019, p. 377-379).

A violência de gênero contra as mulheres indígenas ocorre em um contexto de submissão dos governos – especialmente aqueles do Sul Global – aos poderes políticos e econômicos, de exploração de terras, territórios e recursos naturais por potências político-econômicas e corporações multinacionais, em detrimento dos direitos individuais e coletivos dos povos originários, e, simultaneamente, de reconhecimento dos direitos humanos e execução de políticas públicas nas comunidades indígenas (Segato, 2021, p. 128). Apesar dessa contradição – embora Segato (2021, p. 128-129) considere que esses elementos não constituem um antagonismo, mas são “facetas de um processo coetâneo e complementar: a colonização econômica e a colonização pelo discurso dos direitos e da esfera pública” – as mulheres indígenas recorrem aos direitos humanos e organizam-se em movimentos sociais para a construção de um discurso de gênero que contenha especificamente as suas demandas, realidades e cosmovisões (Sierra, 2008, p. 17).

As organizações de mulheres indígenas articulam-se para discutir a violência de gênero, repensando as questões de gênero sob a perspectiva do pluralismo étnico-cultural. Assim, diante do racismo, da exclusão social, política e econômica e da discriminação estrutural e institucional, as mulheres indígenas demandam o pleno exercício do direito próprio dos povos indígenas e, simultaneamente, questionam os usos e costumes de suas respectivas comunidades, com a finalidade de reestruturar os sistemas de justiça indígenas. Dessa maneira, assim como o Estado utiliza o discurso dos direitos humanos e, especificamente, dos direitos das mulheres para restringir o exercício da jurisdição indígena, uma vez que os sistemas de justiça indígenas poderiam refletir a estrutura patriarcal das respectivas comunidades, as mulheres indígenas discutem a responsabilidade estatal na violação aos seus direitos e liberdades. Com efeito, a ausência de prestações materiais e imateriais indispensáveis obsta que as mulheres indígenas vivam com dignidade no interior de suas comunidades (Sierra, 2008, p. 16-17).

Nessa conjuntura, em contraposição ao feminismo eurocêntrico, o qual compreende que os sistemas de gênero são universais e se desenvolvem de maneira uniforme em todas as sociedades, reduzindo a influência do colonialismo sobre as relações de gênero, assim como “defende a superioridade moral autodeclarada das mulheres europeias e europeizadas, autorizando-as a intervir com sua missão ‘moral’ civilizadora, modernizadora e colonial” (Segato, 2021, p. 98-99), as demandas das mulheres indígenas consideram a diversidade étnico-cultural dos povos originários, de modo a construir um discurso próprio sobre as questões de gênero. Contudo, nada obstante a promoção dos direitos específicos das mulheres indígenas não se desvincule das reivindicações pelos direitos coletivos dos povos indígenas, verifica-se uma resistência a esses movimentos sociais por homens e lideranças indígenas, sob o argumento de que as demandas de gênero resultam na fragmentação interna das comunidades e na introdução de conceitos externos aos sistemas jurídicos indígenas, como a equidade de gênero (Sierra, 2008, p. 17-19).

Assim, a resistência ao combate à violência de gênero, assim como às demandas pelo aumento de participação das mulheres indígenas nas estruturas sociais, políticas e econômicas, decorre do pensamento de que essas reivindicações, por contestarem as relações de gênero das comunidades indígenas, comprometem as expressões culturais e as disputas pelo reconhecimento dos direitos coletivos desses povos. Além disso, quando essas mulheres têm o dever de resguardar o cumprimento das práticas culturais, uma vez consideradas guardiãs, garantes ou transmissoras dos conhecimentos tradicionais, ampliam-se os obstáculos para as suas demandas de gênero. No entanto, a identidade cultural não se trata de um

elemento permanente e imutável, visto que as tradições, os usos e os costumes podem ser reinventados por colonizadores e colonizados (Dorronsoro, 2019, p. 380-381). Efetivamente, tanto o direito estatal, quanto o direito indígena, desenvolvem-se, no decurso do tempo, em relação uns aos outros e em relação ao direito internacional, originando sistemas jurídicos híbridos (Sieder, 2016, p. 1129). Nesse sentido, de acordo com Segato (2021, p. 92-93):

[...] os costumes podem mudar e, de fato, mudam constantemente. A permanência de um povo não depende da repetição de certas práticas ou da fixação de certas ideias; logo, podemos nos livrar dessas amarras quanto à noção de identidade e reformulá-las em conexão com a ideia de povo como um vetor histórico. Um povo é um coletivo que se percebe advindo de um passado comum e dirigindo-se a um futuro comum, é uma trama que não dispensa conflitos de interesses e antagonismos de sensibilidades éticas e posições políticas, mas que compartilha uma história. Essa perspectiva leva-nos a substituir a expressão “uma cultura” pela expressão “um povo”, sendo este o sujeito vivo de uma história particular em meio a articulações e trocas que projetam uma inter-historicidade mais do que uma interculturalidade. O que identifica esse sujeito coletivo, esse povo, não é uma herança cultural estável com conteúdos fixos, mas sim a autopercepção de seus membros quanto à partilha de um passado comum e um futuro comum, apesar das dissidências e dos conflitos internos. O que é um povo, afinal? Um povo é o projeto de uma história compartilhada. Quando a história que se ia tecendo coletivamente – como a trama de uma tapeçaria em que os fios convergem e divergem para criar figuras – é interrompida pela força de uma intervenção externa, esse sujeito coletivo tentará retomar os fios, fazer pequenos nós, suturar a memória e seguir. Nesse caso, deve ocorrer o que pode ser chamado de restituição da história a um povo, ou seja, restituição da capacidade do povo de tecer seu próprio caminho histórico, retomando o traçado das figuras interrompidas, tecendo-as até o presente e projetando-as no futuro.

Nessa conjuntura, as mulheres indígenas reinventam o direito próprio dos povos indígenas, assim como reclamam o acesso ao sistema de justiça estatal, sob uma perspectiva intercultural e de gênero. Com efeito, as “mulheres estão especialmente preocupadas em como a prática da sua justiça ancestral lhes pode ser útil para defender os seus direitos e, sobretudo, que a sua prática favoreça uma justiça equitativa no seio das comunidades”, exigindo o acesso à justiça e a modificação de normas jurídicas, órgãos e instituições que não atendam às suas demandas, tanto nos sistemas de justiça indígenas, quanto no estatal (Dorronsoro, 2019, p. 386-387). Assim, reúnem-se em instâncias nacionais, regionais e internacionais, participandoativamente dos processos políticos, defendendo seus direitos e liberdades fundamentais e aprimorando as capacidades e lideranças femininas:

Em todo o caso, as mulheres indígenas, além de participarem juntamente com os homens indígenas nos processos de criação de legislação a nível estatal, regional e internacional, também avançam com coordenações para poderem reivindicar, desenvolver e exercer os direitos que lhes são próprios como mulheres. O ECMIA funciona desde 1993, gerando um espaço próprio de troca para as mulheres indígenas de Abya Yala partilharem experiências e procurarem soluções conjuntas para os seus problemas através de processos e eventos regionais de formação e capacitação, de

modo que seja dada mais visibilidade e voz às mulheres indígenas dentro das instâncias internacionais. Participam em debates sobre as diferentes temáticas que as afetam como mulheres indígenas, individual e coletivamente, em espaços como a OEA, a ONU e, dentro dela, conseguiram uma menção e um espaço próprio na convenção da CEDAW. O FIMI nasceu em 1995 durante a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, organizada pelas Nações Unidas em Pequim, como uma rede de mulheres indígenas que trabalham para articular as agendas, fortalecer a unidade, desenvolver capacidades de liderança e defesa, aumentar a participação nos processos de tomada de decisão a nível internacional e avançar nos direitos humanos das mulheres indígenas. Juntamente com elas, a RMIB, criada em 1998 no contexto da CDB, e outros instrumentos internacionais, tem um trabalho centrado no meio ambiente, em que procura enfatizar o papel vital que as mulheres indígenas desempenham na proteção do meio ambiente e promover e garantir a sua participação ativa em todos os fóruns relevantes sobre o meio ambiente a nível internacional, onde os povos indígenas continuam a estar infrarrepresentados. (Dorronsoro, 2019, p. 385-386)

Dessa maneira, as organizações de mulheres indígenas – como o Enlace Continental de Mulheres Indígenas da América (ECMIA), o Fórum Internacional de Mulheres Indígenas (FIMI) e a Rede de Mulheres Indígenas sobre Biodiversidade (RMIB) – são determinantes para a proteção e a promoção dos direitos dos povos indígenas e, especificamente, das mulheres indígenas, com base na diversidade étnico-cultural. Além disso, as demandas de gênero das mulheres indígenas são reconhecidas no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), repercutindo nos meios de comunicação, nas organizações não governamentais e nas políticas públicas dos Estados, as quais devem incluir os direitos das mulheres indígenas (Sierra, 2008, p. 17-19). Com efeito, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (CEDAW) entende que os direitos das mulheres e meninas indígenas decorre da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assim como de outros atos internacionais específicos para a proteção dos direitos dos povos indígenas, como a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Sob essa óptica, os instrumentos jurídicos internacionais protegem e promovem os direitos humanos das mulheres indígenas enquanto membros de suas comunidades e enquanto indivíduos (CEDAW, 2022, p. 5).

Outrossim, com fundamento na Convenção sobre os Direitos das Crianças, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher estipula que os Estados têm a obrigação de proteger especificamente as meninas indígenas contra todas as formas de discriminação e violência. Nesse entendimento, reconhece-se o *status* de meninas indígenas como mulheres em desenvolvimento, exigindo dos entes estatais uma atuação em conformidade com os seus interesses e necessidades e uma adaptação dos procedimentos e serviços governamentais à sua idade, desenvolvimento, capacidades e condições. Ainda, determina-se que a Convenção

sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher seja interpretada de acordo com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, no âmbito da Organização das Nações Unidas, na qual os Estados concordam em promover a equidade de gênero e o empoderamento feminino. Igualmente, a Declaração e Plataforma de Ação de Pequim, de 1995, e outros tratados internacionais de direitos humanos estabelecem disposições relevantes para os direitos das mulheres e meninas indígenas (CEDAW, 2022, p. 6).

Nessa perspectiva, as mulheres indígenas mobilizam-se para demandar o reconhecimento dos direitos individuais e coletivos dos povos indígenas, assim como para transformar os usos e costumes de suas respectivas comunidades, incluindo os sistemas de justiça. Em regra, as oposições ao direito indígena desconsideram a discriminação estrutural e institucional que as mulheres indígenas enfrentam no acesso à justiça estatal, com base na intersecção entre gênero, raça, etnia e classe social. Desse modo, nada obstante ambos os sistemas de justiça reproduzam a estrutura colonial-moderna de gênero, as mulheres indígenas recorrem prioritariamente ao direito consuetudinário para a resolução de conflitos. Efetivamente, o recurso ao direito estatal ocorre, mormente, nos casos de graves violações aos direitos humanos ou de impossibilidade de acesso aos sistemas de justiça indígenas (Sieder, 2016, p. 1128-1131). Além disso, muitas mulheres não denunciam os atos de violência no interior de suas comunidades por lealdade aos povos aos quais pertencem, sob o argumento de que as demandas de gênero poderiam secionar a coesão das sociedades e, por conseguinte, prejudicar as reivindicações pelos direitos coletivos. Em razão disso, a “luta ocorre a partir de dentro da comunidade, embora atravessada, como sempre, pelo mundo ao redor” (Segato, 2021, p. 117).

Em vista disso, os movimentos sociais adotam um conjunto de estratégias para a promoção e a proteção dos direitos dos povos indígenas, assim como dos direitos individuais de mulheres indígenas, a partir do interior das comunidades. Desse modo, recorre-se de maneira crítica ao discurso dos direitos humanos para reinventar as estruturas sociais, políticas, jurídicas e econômicas, incluindo os sistemas de justiça indígenas e estatal. Assim, os povos indígenas não utilizam “uma única estratégia onde podem ter mais opções, conscientes da necessidade que a luta política [...] tem de estabelecer e fortalecer alianças”, inclusive com organizações não indígenas, e “de usar o campo de batalha legal de maneira paralela, simultânea ou posterior à luta política” (Dorronsoro, 2019, p. 389-390). No entendimento de Flores (2009, p. 19), os próprios direitos humanos são resultantes de processos institucionais e sociais que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, indivíduos, grupos e organizações sociais têm a

possibilidade de construir uma ação política com o objetivo de assegurar a todos, de maneira igualitária, as condições materiais e imateriais indispensáveis para uma vida digna, de acordo com os seus interesses e necessidades.

4.2 O acesso à justiça por mulheres indígenas

No âmbito das organizações sociais, reivindicam-se não somente os direitos individuais das mulheres indígenas, mas também os direitos coletivos dos povos indígenas, incluindo a manutenção e o desenvolvimento de seus próprios sistemas de justiça. Simultaneamente, discutem-se os usos e costumes das comunidades, com a finalidade de modificar as estruturas sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas, fundamentadas no sistema colonial-moderno de gênero, assegurando a proteção aos direitos e liberdades fundamentais e a participação ativa das mulheres nas instituições comunitárias. A elaboração de um discurso de gênero sob a perspectiva da diversidade étnico-cultural ocorre em órgãos e instituições nacionais, regionais e internacionais, de acordo com os interesses, as experiências e as cosmovisões das mulheres e meninas indígenas. Contudo, não se mostrando suficiente a jurisdição indígena, demanda-se o acesso à justiça estatal, com base na interculturalidade e na perspectiva de gênero, de modo que as mulheres indígenas possam exercer efetivamente os seus direitos e liberdades fundamentais, à míngua de discriminação ou de violência (Dorronsoro, 2019, p. 386-387; Sierra, 2008, p. 24-25).

Em consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, muitos países protegem os direitos específicos das mulheres, assegurando-lhes o direito de acesso à justiça. No Brasil, por exemplo, houve a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres em 1984. Em seu art. 3º, confere-se aos Estados o dever de executar “em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher”, a fim de garantir às mulheres o exercício dos direitos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com os homens. Em seguida, o art. 5º, I, da Constituição Federal de 1988 reconheceu a igualdade formal entre mulheres e homens, repercutindo na elaboração do Código Civil de 2002. Dessa maneira, os princípios e valores constitucionais ordenam as relações jurídicas de natureza privada, de modo a assegurar a proteção aos direitos e liberdades fundamentais, notadamente nas relações conjugais e familiares. Por conseguinte, “praticamente todas as formas de desigualdade

estabelecidas e reproduzidas pelo costume estão ausentes da lei, extinguindo-se a sua inscrição nos códigos que orientam as decisões judiciais” (Segato, 2025, p. 179).

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, incorporou-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, por meio do Decreto n. 1.973/1996, assim como o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, mediante o Decreto n. 4.316/2002, os quais estabelecem sistemas de monitoramento do cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos entes estatais (Segato, 2025, p. 181). Além disso, dentre os instrumentos jurídicos internos, destaca-se a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), que estabelece mecanismos para reprimir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, determina a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e estipula medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Desse modo, o art. 2º dispõe que toda mulher, independentemente de suas qualidades pessoais, “goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”. Ainda, segundo o art. 3º, a família, a sociedade e o poder público devem assegurar às mulheres as condições necessárias para o efetivo exercício de seus direitos, dentre os quais se encontra o direito de acesso à justiça.

O direito de acesso à justiça consiste na faculdade de requerer uma tutela jurisdicional diante de uma lesão ou ameaça de lesão a direito. Dessa maneira, concretiza-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e assegura-se a efetivação dos demais direitos (Ramos, 2023, p. 919). De acordo com a Recomendação Geral n. 33 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, existem seis componentes inter-relacionados e indispensáveis para garantir o acesso das mulheres à justiça, quais sejam, a justiciabilidade, a disponibilidade, a acessibilidade, a boa qualidade, a provisão de remédios para as vítimas e a prestação de contas dos sistemas de justiça. Esses elementos aplicam-se às mulheres e meninas indígenas, sob uma perspectiva interseccional e intercultural, de acordo com as condições sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas de cada ente estatal (CEDAW, 2015, p. 6; 2022, p. 10). Nesse sentido:

- a) Justiciabilidade requer o acesso irrestrito das mulheres à justiça, bem como a capacidade e o empoderamento para reivindicar seus direitos estabelecidos na Convenção enquanto titulares desses direitos; b) Disponibilidade exige o estabelecimento de tribunais, órgãos quase judiciais ou outros por todo o Estado parte, em áreas urbanas, rurais e remotas, bem como sua manutenção e financiamento; c)

Acessibilidade requer que todos os sistemas de justiça, tanto formais como quase judiciais, sejam seguros, econômica e fisicamente acessíveis às mulheres, e sejam adaptados e apropriados às suas necessidades, incluindo as mulheres que enfrentam formas interseccionais ou compostas de discriminação; d) Boa qualidade dos sistemas de justiça requer que todos os componentes do sistema se ajustem aos estândares internacionais de competência, eficiência, independência e imparcialidades e proporcionem, em tempo oportuno, remédios apropriados e efetivos que levem à resolução de disputas sustentável e sensível a gênero para todas as mulheres. Requer também que os sistemas de justiça sejam contextualizados, dinâmicos, participativos, abertos a medidas práticas inovadoras, sensíveis a gênero, e levem em consideração as crescentes demandas por justiça pelas mulheres; e) Provisão de remédios requer que os sistemas de justiça ofereçam às mulheres proteção viável e reparação significativa por quaisquer danos que elas possam sofrer [...]; e f) Prestação de contas dos sistemas de justiça é assegurada através do monitoramento para garantir que funcionem em conformidade com os princípios de justiciabilidade, disponibilidade, acessibilidade, boa qualidade e provisão de remédios. A prestação de contas dos sistemas de justiça também se refere ao monitoramento das ações dos profissionais do sistema de justiça e de sua responsabilidade jurídica nos casos em que eles violam a lei. (CEDAW, 2015, p. 6)

Em conformidade com esses elementos componentes, deve-se garantir o direito de acesso à justiça em todos os sistemas jurídicos, estatais e não estatais (CEDAW, 2015, p. 3). Entretanto, quanto instrumentos jurídicos nacionais e internacionais assegurem às mulheres indígenas o pleno exercício de seus direitos e liberdades fundamentais, o direito de acesso à justiça mostra-se comprometido tanto nos sistemas de justiça indígenas, quanto no estatal, devido a obstáculos culturais, linguísticos, econômicos e geográficos. Com efeito, nas sociedades indígenas, as estruturas sociais, políticas e jurídicas são compostas majoritariamente por homens e restringem a participação ativa das mulheres nos processos decisórios, com base no sistema colonial-moderno de gênero (OEA, 2017, p. 93-94). Além disso, nos Estados onde se reconhece a pluralidade de ordens normativas, definem-se competências materiais, pessoais e territoriais para o exercício da jurisdição indígena, impedindo, por exemplo, a persecução penal de acusados que não sejam membros das comunidades ou que não tenham praticado os atos de violência no âmbito dos territórios indígenas (Dorronsoro, 2019, p. 387).

Por outro lado, em decorrência do racismo, da marginalização e da exclusão social, política e econômica aos quais os povos indígenas estão submetidos, o sistema de justiça estatal não assegura efetivamente às mulheres indígenas o direito de acesso à justiça, inviabilizando a tutela jurisdicional de seus direitos e liberdades fundamentais. Ainda, os procedimentos administrativos e judiciais mostram-se inadequados, sob a perspectiva física, econômica, social e cultural (CEDAW, 2015, p. 3). Nessa conjuntura, dentre os obstáculos ao acesso à justiça, incluem-se a distância geográfica dos territórios indígenas em relação aos órgãos do sistema de justiça; a exiguidade de informações amplamente divulgadas – em

línguas indígenas – sobre os direitos, as políticas públicas e as medidas processuais; a ausência de intérpretes nos procedimentos administrativos e judiciais; a inexistência de meios de obtenção de prova culturalmente adequados; o desconhecimento dos operadores do direito sobre os direitos individuais e coletivos dos povos indígenas e, especificamente, das mulheres indígenas; a prática de atos discriminatórios por profissionais do sistema de justiça; os elevados custos processuais; a ausência de assistência jurídica gratuita; e a dificuldade de acesso a serviços de saúde, especialmente nos casos de violência física e sexual (OEA, 2017, p. 95-98; CEDAW, 2022, p. 11).

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu um conjunto de decisões relativas às garantias judiciais dos povos indígenas, assegurando-lhes o direito de acesso à justiça e ao devido processo legal. Assim, no *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, julgado em 27 de junho de 2012, enfatizou-se que, nos termos do art. 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, os Estados têm o dever de estabelecer normativamente recursos efetivos, direcionados aos juízes ou tribunais competentes, que salvaguardem todas as pessoas que se submetem à sua jurisdição “contra atos que violem seus direitos fundamentais ou que impliquem a determinação dos direitos e obrigações dessas pessoas, bem como assegurar sua devida aplicação”. Ainda, cabe aos entes estatais assegurar os meios de execução dos pronunciamentos judiciais, proferidos pelas autoridades competentes, a fim de tutelar efetivamente os direitos humanos. Na proteção judicial dos direitos dos povos indígenas, consideram-se “suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, bem como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes”, com a finalidade de proporcionar uma tutela jurisdicional culturalmente adequada.

No *Caso dos Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname*, julgado em 15 de novembro de 2015, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que os recursos judiciais ou administrativos devem ser interpretados e aplicados de modo a garantir os direitos humanos dos povos indígenas, de acordo com determinados critérios. Dessa forma, os Estados devem reconhecer a personalidade jurídica coletiva dos povos indígenas, assim como a personalidade jurídica individual de seus membros, outorgando-lhes a capacidade jurídica para iniciar processos judiciais ou administrativos, individual ou coletivamente, em conformidade com seus usos e costumes. Além disso, deve-se garantir o direito de acesso à justiça às vítimas de violações de direitos humanos, sem discriminação e conforme o devido processo legal, por meio do estabelecimento de medidas especiais que eliminem os referidos obstáculos, como a disponibilização de intérpretes e de assistência técnico-jurídica, a facilitação no acesso físico

aos órgãos judiciais e administrativos e a participação efetiva das partes durante o trâmite processual, sem a realização de esforços desmedidos ou exagerados, em razão da distância geográfica ou dos custos processuais. Outrossim, a proteção aos direitos humanos dos povos indígenas deve ser culturalmente adequada, assim como deve respeitar os mecanismos internos de resolução de controvérsias, desde que estejam em conformidade com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Relativamente aos direitos das mulheres indígenas, os casos *Fernández Ortega e outros Vs. México* e *Rosendo Cantú e outra Vs. México*, julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente, em 30 e 31 de agosto de 2010, são litígios paradigmáticos. A título de exemplificação, no caso de Rosendo Cantú, reconheceu-se a responsabilidade internacional do Estado mexicano pela violência sexual e pela tortura cometidas por membros das Forças Armadas contra uma adolescente indígena, em razão da ausência de diligência nas investigações e na punição dos agressores e da inexistência de reparação à vítima e aos seus familiares. Na decisão, ressaltou-se a dificuldade que as pessoas indígenas, notadamente as mulheres indígenas, encontram no acesso à justiça e aos serviços de saúde. De fato, a vítima caminhou por várias horas para receber assistência médica e para denunciar a violência sexual, mas não recebeu um atendimento médico oportuno e especializado após a comunicação sobre a ocorrência do crime, nem uma atenção integral das autoridades, na qualidade de mulher e de menor. Ainda, uma vez que não se disponibilizou um intérprete durante os procedimentos legais, a vítima recorreu ao seu marido para relatar os fatos, em detrimento da qualidade do conteúdo e da confidencialidade da denúncia.

Sob essa óptica, as mulheres indígenas são mais vulneráveis a atos de violência, notadamente a violência sexual, assim como não exercem efetivamente o direito de acesso à justiça, devido a condições sociais, culturais, econômicas e geográficas. Além disso, os Estados malogram em adaptar os processos administrativos e judiciais às necessidades, experiências e cosmovisões das mulheres indígenas, com base na interculturalidade e na perspectiva de gênero. Dessa maneira, com a finalidade de prevenir, sancionar e reparar a violência de gênero, deve-se incorporar a diversidade étnica, cultural e linguística dos povos indígenas ao sistema de justiça estatal, modificando os procedimentos de acordo com as especificidades das sociedades indígenas, especialmente nos casos de violência sexual (OEA, 2017, p. 101-103). Assim, a fim de criar uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução n. 492/2023, instituiu o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Ademais, na Resolução n. 454/2022, estabeleceram-se diretrizes e procedimentos para efetivar o direito de acesso à

justiça de pessoas e povos indígenas, regidas pelo diálogo interétnico e intercultural, pelo reconhecimento da organização social e das formas próprias de cada sociedade indígena para resolução de conflitos e pelo direito à autodeterminação, dentre outros princípios.

O diálogo interétnico e intercultural, de acordo com o art. 5º da Resolução n. 454/2022 do Conselho Nacional de Justiça, consiste “em instrumentos de aproximação entre a atuação dos órgãos que integram o Sistema de Justiça, especialmente os órgãos do Poder Judiciário, com as diferentes culturas e as variadas formas de compreensão da justiça e dos direitos”, mediante a inclusão “de rotinas e procedimentos diferenciados para atender as especificidades socioculturais desses povos”. Outrossim, conforme o art. 13, durante a instrução processual, deve-se “compatibilizar as regras processuais com as normas que dizem respeito à organização social, à cultura, aos usos e costumes e à tradição dos povos indígenas”, valorizando o pluralismo étnico-cultural na resolução de controvérsias. Ainda, no âmbito da jurisdição criminal e infracional, o Conselho Nacional de Justiça editou, respectivamente, a Resolução n. 287/2019 e a Resolução n. 524/2023, de modo a considerar a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas nos processos judiciais.

A valorização da diversidade étnica, cultural e linguística dos povos indígenas nos processos administrativos e judiciais deve compreender uma abordagem multidisciplinar, na qual se incluem intérpretes, tradutores, antropólogos, psicólogos, profissionais da saúde, entre outros, de modo a constituir procedimentos culturalmente adequados. Por exemplo, devem ser adotados meios de obtenção de prova que considerem os usos e costumes das mulheres indígenas, mormente nos casos de violência sexual (OEA, 2017, p. 104). Nesse sentido, o art. 3º, IV e V, da Resolução n. 454/2022 do Conselho Nacional de Justiça determina aos órgãos do Poder Judiciário o dever de “assegurar ao indígena que assim se identifique completa compreensão dos atos processuais, mediante a nomeação de intérprete, escolhido preferencialmente dentre os membros de sua comunidade”, assim como “viabilizar, quando necessária, a realização de perícias antropológicas, as quais devem respeitar as peculiaridades do processo intercultural”. Além disso, os Estados devem promover a capacitação dos operadores do direito, oportunizando um julgamento intercultural e com perspectiva de gênero (OEA, 2017, p. 102).

As perícias antropológicas são essenciais para as reparações às vítimas de violência, as quais podem ser concedidas tanto para as mulheres indígenas, quanto para os povos aos quais elas pertencem, inclusive nas hipóteses de violência sexual, devido aos danos causados às comunidades (Dorronsoro, 2019, p. 388). Assim, nos casos *Fernández Ortega e outros Vs. México* e *Rosendo Cantú e outra Vs. México*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos

considerou o pertencimento das mulheres a uma comunidade indígena e a sua especial condição de vulnerabilidade para definir a extensão das medidas compensatórias, sob uma perspectiva intercultural e de gênero (OEA, 2017, p. 106). Entretanto, as reparações não devem somente restituir a situação ao estado anterior, uma vez que as vítimas são membros de grupos historicamente marginalizados, devendo ser implementadas medidas que eliminem a discriminação estrutural e institucional contra os povos indígenas. Dessa maneira, entende-se que a exclusão social, política e econômica dos povos indígenas e, particularmente, das mulheres indígenas contribui para a violência de gênero, de modo que reformas institucionais e legais podem transformar as práticas, comportamentos e estereótipos das autoridades e da sociedade e, por conseguinte, combater eficazmente os atos de violência (OEA, 2017, p. 109-111). Nesse contexto, o acesso à justiça estatal pelas mulheres indígenas não representa uma contradição com o exercício autônomo do direito e dos sistemas de justiça indígenas:

[...] como fazer uso dos direitos conferidos pelo Estado sem fomentar uma dependência crescente de um Estado permanentemente colonizador? Afinal, o projeto histórico do Estado não pode coincidir com o projeto de restauração e proteção da autonomia comunal e do tecido comunitário. É contraditório afirmar que as comunidades têm direito à autonomia e, ao mesmo tempo, afirmar que os grupos vulneráveis dessas comunidades devem contar com o Estado e suas leis para se defenderem quando forem prejudicados. O fato é que o Estado oferece com uma mão o que já roubou com a outra em seu percurso rumo à ordem colonial-moderna da cidadania individual. O Estado provê uma lei que protege as mulheres de uma violência que, de início, não teria sido possível se as instituições tradicionais e os laços comunitários que as protegiam não tivessem sido destruídos. O advento da modernidade introduz o antídoto para o veneno que ela mesma inocula. O Estado moderno das repúblicas latino-americanas é herdeiro direto da administração ultramarina e, portanto, seu objetivo permanente é colonizar e intervir. O Estado enfraquece a autonomia, perturba a vida institucional, dilacera o tecido comunitário e cria dependência; com uma mão, oferece a versão da modernidade baseada no discurso igualitário crítico, enquanto, com a outra, já introduziu uma versão de modernidade baseada na razão instrumental capitalista liberal e no racismo que sujeita homens não brancos à emasculação. (Segato, 2021, p. 89-90)

Diante disso, consoante Segato (2021, p. 93), o ente estatal, nada obstante a existência de uma “relação colonial permanente com os territórios que administra, [...] em vez impor sua própria lei, deveria restaurar a jurisdição da comunidade, promover laços comunitários e garantir a deliberação interna”, permitindo que os povos indígenas assumam o controle sobre seus próprios projetos de vida. Assim, em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter seus próprios sistemas de justiça, os quais devem ser respeitados pelos entes estatais. Contudo, o reconhecimento da jurisdição indígena não exime os Estados de assegurar-lhes o direito de acesso à justiça estatal

e o devido processo legal, sem discriminação ou obstáculos. Desse modo, o sistema de justiça estatal deve contemplar o pluralismo étnico-cultural da comunidade política, assim como criar mecanismos que respeitem e promovam o direito próprio dos povos indígenas, estabelecendo uma relação de coordenação entre as jurisdições (OEA, 2017, p. 111-113).

Os sistemas de justiça indígenas possibilitam o exercício do direito de acesso à justiça por membros das comunidades indígenas, especialmente as mulheres indígenas, considerando as condições sociais, culturais, linguísticas, econômicas e geográficas que restringem o seu acesso aos órgãos e instituições estatais. Além disso, podem proporcionar uma abordagem culturalmente adequada para a prevenção, a repressão e a reparação da violência de gênero, desde que observem os direitos fundamentais e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Dessa maneira, compete aos Estados reconhecer a jurisdição indígena e estabelecer um diálogo intercultural e com perspectiva de gênero, a fim de garantir os direitos e liberdades das mulheres indígenas, de acordo com seus interesses, necessidades e cosmovisões. Por conseguinte, com o reconhecimento da coexistência harmônica de ordens normativas diversas, as mulheres indígenas têm a possibilidade de reivindicar seus direitos nos sistemas jurídicos indígenas e estatal (OEA, 2017, p. 112-114). Com efeito, em uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero, o recurso aos usos e costumes não obsta a utilização de normas jurídicas nacionais e internacionais para combater a violência de gênero (Sierra, 2008, p. 25).

4.3 O constitucionalismo dialógico e multinível para a construção de uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, estabelece a universalidade dos direitos humanos, decorrentes da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o art. 1º determina que todos “os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Dessa maneira, compõe-se um parâmetro internacional mínimo de proteção dos direitos humanos, repercutindo nas ordens jurídicas nacionais e promovendo a elaboração de outros atos internacionais em matéria de direitos humanos (Piovesan, 2025a, p. 161-164). Sob essa óptica, segundo Ramos (2024, p. 195) o Direito Internacional dos Direitos Humanos enfrenta o desafio de “criar, por meio de tratados e costumes internacionais, um rol amplo de direitos e um grupo de órgãos judiciais ou quase judiciais que, por sua vez, determinarão interpretações *comuns* dos mais importantes temas das *heterogêneas* sociedades humanas”. Assim sendo,

discute-se a concepção de universalidade dos direitos humanos, tendo em vista as diferenças entre os povos e as culturas.

No entendimento do relativismo cultural, a compreensão sobre a justiça e os direitos relaciona-se às estruturas sociais, culturais, espirituais, políticas, jurídicas e econômicas de cada agrupamento social. Desse modo, os padrões morais decorrem do contexto histórico-cultural de cada sociedade, não se admitindo a criação de uma moral universal. Por conseguinte, a universalidade dos direitos humanos corresponde a uma imposição dos valores morais ocidentais, em detrimento da diversidade cultural da humanidade. No entanto, de acordo com a doutrina universalista, o relativismo cultural exime os Estados de responder internacionalmente por violações aos direitos humanos, sob o argumento da identidade cultural. Conforme esse pensamento, uma vez que os direitos humanos fundamentam-se no valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, as violações ao “mínimo ético irredutível” resultam no descumprimento de obrigações internacionais, independentemente dos elementos culturais da comunidade política (Piovesan, 2025a, p. 166-168).

A discussão entre o universalismo e o relativismo cultural desenvolve-se a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, mas somente a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, consagra a universalidade dos direitos humanos, devido ao seu reconhecimento pela integralidade dos Estados soberanos. Assim, conforme o art. 5º desse diploma internacional, os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, de modo que, ainda que se considerem as particularidades nacionais e regionais e o contexto histórico, cultural e religioso, cabe aos Estados, independentemente de suas estruturas políticas, econômicas e culturais, promover e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais. Entretanto, o consenso entre os Estados soberanos não conclui definitivamente o debate, uma vez que a existência de direitos humanos universais não se resume ao reconhecimento jurídico de direitos, mas comprehende, outrossim, a interpretação do conteúdo e a aplicação aos casos concretos (Ramos, 2024, p. 196-198).

Nessa linha, o universalismo dos direitos humanos reconhece que cada ser humano dota-se de uma dignidade e um valor intrínseco, independentemente de suas qualidades pessoais ou escolhas existenciais. Assim sendo, a condição humana torna-se o pressuposto para a dignidade e a titularidade de direitos. Por outro lado, conforme o relativismo cultural, a construção de uma moral, assim como de um direito universal, mostra-se obstada pelo pluralismo cultural. Com efeito, os direitos humanos podem ser compreendidos sob uma perspectiva cultural e a-histórica. No entanto, não dispõem de absoluta relatividade, visto que, apesar de constituírem uma determinada cultura, podem ser incorporados por outras, mediante

um diálogo intercultural. Em vista disso, entende-se que os direitos humanos são universalizáveis, uma vez que, quanto decorram do contexto histórico-cultural de cada sociedade – tanto como conceito, quanto em relação ao seu conteúdo – podem “transcender aos limites do espaço e do tempo” (Marques Júnior, 2024, p. 9).

A fim de superar a dicotomia entre universalismo e relativismo cultural, de modo a assegurar efetivamente os direitos e liberdades fundamentais, propõe-se um diálogo intercultural, “primeiramente, um diálogo interno no qual determinada cultura possa debater sua visão de dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos; depois, um diálogo externo, igualitário e baseado na reciprocidade, no qual as diversas concepções possam convergir” (Ramos, 2024, p. 213). Nesse contexto, a interculturalidade refere-se a uma modalidade de gestão da diversidade cultural existente nas sociedades contemporâneas, com base na aprendizagem mútua, no diálogo intercultural e na interação positiva entre pessoas de diferentes culturas. Assim, contrapõe-se ao assimilacionismo, ao relativismo cultural e, ainda, ao multiculturalismo. Com efeito, para além da mera coexistência de diferentes culturas em um mesmo espaço geopolítico, a interculturalidade promove a relação, a comunicação e o intercâmbio de conhecimentos, valores e tradições, em igualdade de condições, construindo um respeito mútuo e uma compreensão de outras realidades, experiências e cosmovisões. Desse modo, trata-se de um processo dinâmico e contínuo que inclui tanto a sociedade civil, quanto o ente estatal (Martínez; Ángeles-Hernandez, 2025, p. 259-262).

Nessa perspectiva, por meio do diálogo intercultural, promove-se uma relação simétrica e dialógica entre os diferentes povos e culturas, com a finalidade de obter o respeito, a equidade e a troca recíproca entre os agrupamentos sociais que coexistem em um mesmo espaço geopolítico. Na América Latina, o diálogo intercultural desenvolve-se precipuamente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mormente em relação aos direitos dos povos originários, como resultado de reivindicações dos movimentos sociais (Martínez; Ángeles-Hernandez, 2025, p. 264-265). Dessa maneira, as decisões judiciais reconhecem, compreendem e consideram as expressões culturais dos povos indígenas na resolução de controvérsias, incorporando as suas normas, costumes e tradições e estabelecendo um diálogo entre as ordens normativas locais, regionais e global. Assim, com o reconhecimento da diversidade cultural, criam-se parâmetros internacionais mínimos de proteção dos direitos específicos dos povos indígenas, conforme suas demandas, realidades e cosmovisões (Martínez; Ángeles-Hernandez, 2025, p. 276-278; Piovesan, 2025a, p. 172).

Na atividade de interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considera o titular dos

direitos humanos em seu contexto sociocultural, ou seja, enquanto membro de uma comunidade indígena (Martínez; Ángeles-Hernandez, 2025, p. 281). Dessa maneira, em casos relacionados aos direitos dos povos indígenas, ressalta-se a diversidade cultural, a fim de assegurar efetivamente os direitos e liberdades. A título de exemplificação, no *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, julgado em 17 de junho de 2005, decidiu-se que os Estados, na interpretação e na aplicação da ordem jurídica interna, devem considerar “as características próprias que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral e que conformam sua identidade cultural. O mesmo raciocínio deve aplicar a Corte [...] para apreciar o alcance e o conteúdo dos artigos da Convenção Americana”. Ainda, os Estados devem outorgar-lhes “uma proteção efetiva que leve em consideração suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes”. Em outra decisão, no *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, julgado em 27 de junho de 2012, destacou-se a identidade cultural dos povos indígenas para assegurar-lhes o direito ao consentimento prévio, livre e informado:

[...] a Corte reconheceu que “[a]o se desconhecer o direito ancestral das comunidades indígenas sobre seus territórios, poderiam ser afetados outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e de seus membros”. Uma vez que o gozo e o exercício efetivos do direito à propriedade comunal sobre “a terra garante que os membros das comunidades indígenas conservem seu patrimônio”, os Estados devem respeitar essa especial relação para assegurar sua sobrevivência social, cultural e econômica. Também foi reconhecida a estreita vinculação do território com as tradições, costumes, línguas, artes, rituais, conhecimentos e outros aspectos da identidade dos povos indígenas, salientando que “[e]m função de seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração esse patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros das comunidades e grupos indígenas”. 213. **Segundo o princípio da não discriminação, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, o reconhecimento do direito à identidade cultural é ingrediente e via de interpretação transversal para conceber, respeitar e garantir o gozo e o exercício dos direito (sic) humanos dos povos e comunidades indígenas protegidos pela Convenção e, segundo seu artigo 29.b), também pelos ordenamentos jurídicos internos.** 214. A esse respeito, o princípio 22 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento reconhece que: “[o]s povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável”. 215. Dois instrumentos internacionais têm particular relevância no reconhecimento do direito à identidade cultural dos povos indígenas: a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Vários instrumentos internacionais da UNESCO também desenvolvem o conteúdo do direito à cultura e à identidade cultural. Por sua vez, tanto a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em casos em que se alegava a violação dos artigos 17.2 e 17.3 da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, como o Comitê PIDESC e, em alguma

medida, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em casos relacionados a minorias, referiram-se ao direito à identidade cultural e à dimensão coletiva da vida cultural das comunidades e povos nativos, indígenas, tribais e minoritários. 217. A Corte considera que o direito à identidade cultural é um direito fundamental e de natureza coletiva das comunidades indígenas, que deve ser respeitado numa sociedade multicultural, pluralista e democrática. Isso implica a obrigação dos Estados de garantir aos povos indígenas que sejam devidamente consultados sobre assuntos que influenciam, ou podem influenciar, sua vida cultural e social, de acordo com seus valores, usos, costumes e formas de organização. Nesse sentido, a Convenção nº 169 da OIT reconhece as aspirações dos povos indígenas de “assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Sentença de 27 de junho de 2012 (Mérito e Reparações), grifou-se)

Nessa conjuntura, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece parâmetros internacionais mínimos de proteção dos direitos dos povos indígenas, com base na interculturalidade, em consonância com o reconhecimento da diversidade étnica, cultural e linguística nas Constituições latino-americanas, assim como do direito e dos sistemas jurídicos indígenas (Martínez; Ángeles-Hernandez, 2025, p. 278). As reformas constitucionais, desde a década de 1980, têm a finalidade de modificar a ordem política e social da América Latina, promovendo as condições materiais e imateriais indispensáveis para a consolidação da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos e rompendo com as desigualdades socioeconômicas e a exclusão social, política e econômica de grupos minoritários, como os povos indígenas, as mulheres e os afrodescendentes. Com efeito, a desigualdade torna-se “particularmente profunda, persistente e delicada quando grupos inteiros de pessoas não podem participar dos grandes sistemas sociais, ou seja, dos sistemas educacional, econômico e político, e, inclusive, não podem sequer participar do sistema legal” (Von Bogdandy, 2015, p. 19-20).

Nesse sentido, o constitucionalismo transformador tem o objetivo de assegurar o cumprimento, de maneira gradual, das promessas essenciais dos textos constitucionais latino-americanos, por meio da supraestatalidade, da atuação judicial e do pluralismo dialógico entre as ordens normativas. Desse modo, desenvolve-se o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, ou seja, um *corpus iuris* comum latino-americano, em matéria de democracia, Estado de Direito e direitos humanos, composto pelos tratados internacionais de direitos humanos – como a Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, e, principalmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 – pelos textos constitucionais nacionais

e pelos pronunciamentos dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e das Cortes Constitucionais (Mello, 2019, p. 255-257).

A supraestatalidade refere-se ao processo de abertura dos sistemas jurídicos dos países latino-americanos ao direito internacional, com a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao ordenamento jurídico interno, na qualidade de normas supraconstitucionais, constitucionais ou supralegais. Por conseguinte, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos torna-se o núcleo normativo do *Ius Constitutionale Commune*, de modo a concretizar as disposições constitucionais e, assim, modificar a ordem sociopolítica na América Latina (Von Bogdandy, 2015, p. 42; Mello, 2019, p. 257). Ademais, o exercício da função jurisdicional mostra-se primordial no constitucionalismo transformador, de modo que os Estados constituem ou fortalecem órgãos judiciais para a implementação dos novos projetos constitucionais (Von Bogdandy, 2015, p. 35). Nesse sentido, as instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos criam parâmetros internacionais mínimos de proteção dos direitos humanos, os quais devem ser executados pelo Poder Judiciário de cada Estado. Efetivamente, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos produzem “efeitos subjetivos, de *res judicata*, para as partes do caso, com eficácia direta e imediata”, assim como “um efeito objetivo, de *res interpretata*, que constitui standard interpretativo mínimo da Convenção Americana, componente do *corpus iuris* interamericano, com dever de observância *prima facie* pelos demais Estados” (Mello, 2019, p. 259). Em relação ao pluralismo dialógico, entende-se que:

Normalmente, três fenômenos distintos são descritos com o pluralismo. No direito constitucional, é um conceito antigo que denota uma sociedade na qual os diferentes grupos que a compõem enfrentam-se uns aos outros em processos públicos e democráticos, relativos a uma ampla gama de valores, interesses e formas de vida. Em segundo lugar, refere-se a normas que não são parte do ordenamento jurídico estatal, mas que regem as relações sociais de certos grupos. O terceiro fenômeno refere-se à interação entre os diversos regimes legais, sobretudo a relação aberta entre o direito constitucional estatal, o direito da União Europeia e o direito europeu em matéria de direitos humanos. Os três aspectos e fenômenos podem ser encontrados no *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, porém a interação é muito mais marcante nessa região. Mais uma vez, a exclusão é o fator mais relevante para explicar essa particularidade. Para construir uma sociedade verdadeiramente pluralista na região, é indispensável buscar a inclusão da população indígena e afrodescendente, ou seja, conceder-lhes espaço nas instituições estatais e reconhecer que são grupos com valores e interesses específicos. Isso alude igualmente ao segundo aspecto do pluralismo, como muitas vezes esses grupos têm uma ordem normativa própria e particular. A verdadeira inclusão exige uma participação que abranja suas ordens normativas. (Von Bogdandy, 2015, p. 45-46)

Nessa perspectiva, o pluralismo dialógico refere-se a uma modalidade de interação e diálogo entre as ordens normativas e de resolução de conflitos (Von Bogdandy, 2015, p. 45).

Em sentido vertical, exige-se que as Cortes Constitucionais, na atividade de interpretação e de aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos e dos demais tratados internacionais de direitos humanos, considerem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a questão sob apreciação judicial. Paralelamente, esse órgão judicial deve considerar o entendimento das Cortes Constitucionais em seus pronunciamentos, conferindo legitimidade democrática aos processos decisórios. Em sentido horizontal, estabelece-se um diálogo entre as Cortes Constitucionais dos países latino-americanos. Sob essa óptica, em ambos os casos, os órgãos judiciais internos e internacionais dialogam entre si e realizam um intercâmbio de conhecimentos, perspectivas e experiências sobre determinada matéria. Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considera, em suas decisões, o entendimento de órgãos externos ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (Mello, 2019, p. 258), conforme se observa no julgamento do *Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, de 27 de junho de 2012, nos termos supracitados.

Ademais, as Cortes Constitucionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos dialogam com a sociedade civil, incorporando suas normas, costumes e tradições, com a finalidade de concretizar a democracia, o Estado de Direito e os direitos humanos nas ordens jurídicas internas (Mello, 2019, p. 258). Com efeito, a jurisprudência da Corte Interamericana “depende, por um lado, do pluralismo social, já que muitas de suas tendências paradigmáticas são fruto do litígio estratégico de agrupamentos da sociedade civil. Por outro lado, suas sentenças habitualmente repousam no pluralismo social ou no pluralismo étnico-social”, de modo a incluir os grupos historicamente excluídos dos processos decisórios nas estruturas estatais, em conformidade com seus valores, interesses e demandas (Von Bogdandy, 2015, p. 46-47). Assim, o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina supera a mera estatalidade na efetivação dos direitos humanos e na consolidação da democracia e do Estado de Direito, com o estabelecimento de um constitucionalismo multinível, no qual dialogam a pluralidade de ordens normativas locais, regionais e global – incluindo os sistemas jurídicos indígenas – a fim de transformar a realidade social e política na região (Mello, 2019, p. 259).

Desse modo, o constitucionalismo latino-americano desenvolve um novo paradigma jurídico para a consolidação dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito, reconhecendo a diversidade étnico-cultural do “Estado plurinacional” ou “pluriétnico”. Assim, os textos constitucionais e os tratados internacionais de direitos humanos assumem uma posição superior na hierarquia normativa, com a abertura constitucional aos parâmetros internacionais mínimos de proteção dos direitos humanos. Nesse processo, manifesta-se a

permeabilidade do direito, por meio de um diálogo entre as ordens normativas e os atores sociais, no qual se intercambiam reciprocamente conhecimentos, perspectivas e experiências. Ainda, estabelece-se o denominado *human rights approach* ou *human centered perspective*, o qual comprehende “como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a *lente ex parte populi*, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos”, cabendo ao ente estatal promover a igualdade material e eliminar todas as formas de discriminação (Piovesan, 2025b, p. 359-361).

Nas decisões judiciais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos realiza uma interpretação dinâmica e evolutiva dos tratados internacionais de direitos humanos, protegendo os direitos específicos dos povos indígenas com base na diversidade cultural, principalmente o direito à propriedade comunal, à consulta prévia, livre e informada e à vida digna. Nessa conjuntura, utiliza-se como referência o Direito Internacional dos Direitos Humanos, compreendendo o Sistema Global e os Sistemas Regionais Africano, Europeu e Interamericano, assim como os textos constitucionais latino-americanos e a jurisprudência das Cortes Constitucionais (Piovesan, 2025b, p. 366). Desse modo, por meio de um diálogo intercultural, as expressões culturais dos povos indígenas são reconhecidas, comprehendidas e consideradas para a responsabilização internacional dos Estados latino-americanos por violações aos direitos dos povos indígenas. Adicionalmente, incorpora-se ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos uma perspectiva interseccional, contribuindo para a atividade de interpretação e aplicação de normas jurídicas nacionais e internacionais e para a elaboração de políticas públicas, com a finalidade de assegurar efetivamente os direitos e liberdades de mulheres indígenas (Piovesan; Danese, 2022, p. 47).

Assim, mediante as decisões dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, amplia-se o *corpus iuris* interamericano em matéria de direitos das mulheres por meio da definição de parâmetros mínimos de proteção, os quais são incorporados aos sistemas jurídicos estatais (Piovesan; Danese, 2022, p. 40). Nesse sentido, sob uma perspectiva de gênero, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no *Caso Maria da Penha* (Relatório n. 54/01, Caso 12.051), destacou que as “agressões domésticas contra mulheres são desproporcionadamente maiores do que as que ocorrem contra homens”. Além disso, ressaltou-se que, no Brasil, “havia uma clara discriminação contra as mulheres agredidas, pela ineficácia dos sistemas judiciais brasileiros e sua inadequada aplicação dos preceitos nacionais e internacionais”, inclusive da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, concluindo que a morosidade no presente caso se relaciona com a discriminação concernente ao gênero. Em outra decisão, no *Caso González e outras (“Campo Algodoero”)* Vs. México,

julgado em 16 de novembro de 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou a responsabilização do Estado mexicano pela ausência de medidas preventivas, nada obstante a existência de uma cultura de violência de gênero que ocasionou o desaparecimento e a morte de centenas de mulheres e meninas, assim como pela denegação de justiça e de reparação aos familiares das vítimas (Piovesan; Danese, 2022, p. 42-43).

Ambas as decisões repercutiram sobre os sistemas jurídicos nacionais, visto que, no primeiro caso, se definiu o conceito de violência contra a mulher e a sua relação com a discriminação estrutural e institucional, com base no sistema colonial-moderno de gênero. No segundo caso, estabeleceram-se os pressupostos para a qualificação de “feminicídio”, considerado o “homicídio de mulher por razões de gênero”. Além disso, conforme mencionado anteriormente, nos casos *Fernández Ortega e outros Vs. México* e *Rosendo Cantú e outra Vs. México*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos ressaltou a dificuldade de pessoas indígenas, principalmente de mulheres indígenas, no acesso à justiça e aos serviços de saúde, assim como a necessidade de uma atuação diligente do Estado nas investigações e na punição por atos de violência contra a mulher, destacando a condição de especial vulnerabilidade de mulheres e meninas indígenas.

Dessa maneira, os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por meio da adoção de uma abordagem intercultural e de gênero em suas decisões, estabelecem parâmetros internacionais mínimos de proteção dos direitos das mulheres e, especificamente, das mulheres indígenas, com a finalidade de transformar a realidade social e política dos países latino-americanos, marcados pela discriminação contra os povos indígenas e pela violência de gênero estrutural e institucional (Piovesan; Danese, 2022, p. 47). O constitucionalismo dialógico e multinível possibilita, assim, a interação entre uma pluralidade de ordens normativas e de atores sociais, com o estabelecimento de um diálogo intercultural, de uma aprendizagem e de um intercâmbio recíproco. Por intermédio dessa comunicação, resolvem-se problemas comuns – por exemplo, as desigualdades socioeconômicas e a exclusão social, política e econômica de parcelas da população – mediante a definição de parâmetros protetivos mínimos e de melhores práticas em matéria de promoção da igualdade substancial e de eliminação da discriminação, considerando as especificidades das expressões culturais em cada Estado. Desse modo, a abertura dos sistemas jurídicos permite a consolidação dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito nos países latino-americanos, sob a perspectiva do pluralismo étnico-cultural e da interseccionalidade (Mello, 2019, p. 261-263; Piovesan, 2025b, p. 376).

Diante disso, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu determinados princípios orientadores para os Estados, os quais devem ser concretizados nas medidas de prevenção e repressão às violações de direitos humanos de mulheres indígenas. Inicialmente, segundo o princípio de atores empoderados, as mulheres indígenas devem ser consideradas sujeitos de direito, e não meramente vítimas de violações de direitos humanos. Ainda, conforme o princípio da interseccionalidade, a sobreposição de diferentes formas de discriminação, baseadas, por exemplo, em gênero, raça, etnia e classe social, aprofunda a violência contra mulheres indígenas, de modo que os Estados devem considerar suas necessidades enquanto mulheres e enquanto membros de comunidades indígenas, sob uma perspectiva intercultural e de gênero (OEA, 2017, p. 32-34). Efetivamente, esses componentes se inter-relacionam e requerem, por conseguinte, a execução de medidas que contemplem as especificidades das mulheres indígenas, a fim de promover a igualdade substancial e a eliminação da discriminação (Ramos, 2024, p. 289).

Em seguida, conforme o princípio da autodeterminação, a violação ao direito dos povos indígenas à autodeterminação e ao controle sobre suas terras, territórios e recursos naturais exacerba a discriminação e a violência contra mulheres indígenas, especialmente no contexto de execução de projetos de desenvolvimento, investimento e extração de recursos naturais. Sob essa óptica, o Estado deve, simultaneamente, proteger as mulheres indígenas e assegurar o direito à autodeterminação dos povos originários. Ademais, os princípios da participação ativa e da incorporação de suas perspectivas determinam, respectivamente, que, nos processos decisórios que afetem os direitos das mulheres indígenas, o Estado assegure-lhes a oportunidade de participar ativamente e considere as suas experiências, realidades e cosmovisões, principalmente no que se refere aos seus direitos e às formas de violência e de discriminação às quais estão submetidas (OEA, 2017, p. 34-36).

Adicionalmente, o princípio da indivisibilidade expressa que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. Assim sendo, os direitos civis e políticos estão estreitamente relacionados com os direitos econômicos, sociais e culturais das mulheres indígenas (OEA, 2017, p. 36). Em decorrência disso, reconhece-se que todos os direitos humanos devem receber uma proteção jurídica idêntica, visto que são imprescindíveis para uma vida digna. Nesse sentido, de acordo com Ramos (2024, p. 216-217), a indivisibilidade divide-se em “duas facetas. A primeira implica reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incindível em si. A segunda faceta, mais conhecida, assegura que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos”. Desse modo, compete aos Estados implementar medidas para a prevenção, a redução e a

eliminação das condições materiais e imateriais que originam ou perpetuam a discriminação contra as mulheres indígenas. Por fim, segundo o princípio da dimensão coletiva, os Estados devem considerar as dimensões individual e coletiva dos direitos das mulheres indígenas. Com efeito, a violência de gênero prejudica tanto as mulheres indígenas, quanto os povos aos quais elas pertencem (OEA, 2017, p. 36-38).

Sob essa óptica, no desenvolvimento de normas jurídicas e de políticas públicas, cabe aos Estados adotar uma abordagem multidimensional, de modo a promover e proteger efetivamente os direitos e liberdades das mulheres indígenas. Dessa maneira, deve-se compreender que a violência e a discriminação às quais as mulheres indígenas estão submetidas decorrem de elementos inter-relacionados, com base em gênero, raça, etnia e classe, os quais acentuam as desigualdades socioeconômicas e a exclusão social, política e econômica. Assim, as demandas de gênero vinculam-se estreitamente aos direitos individuais e coletivos dos povos indígenas. Portanto, requer-se a erradicação da discriminação institucional e estrutural contra os povos originários e, especificamente, contra as mulheres indígenas, a qual obsta o pleno exercício de seus direitos, em detrimento da igualdade material e da vedação à discriminação, como forma de construção de uma dignidade feminina das mulheres e meninas indígenas (OEA, 2017, p. 30-31).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do processo de formação do Estado moderno, consolidou-se o monismo jurídico na cultura jurídica europeia. Nesse sentido, o Estado concentra em si todos os poderes e, assim, detém o monopólio sobre a produção de normas jurídicas, conforme os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico, em detrimento dos centros autônomos de produção normativa e de resolução de controvérsias que predominavam na Idade Média, durante a qual cada segmento social era regido por normas jurídicas próprias. Desse modo, estabelece-se um sistema jurídico unitário e lógico-formal, composto por normas jurídicas elaboradas exclusivamente pelo ente estatal e dotadas de coercitividade, a fim de regular todas as relações socioeconômicas e, por conseguinte, assegurar as pretensões das classes sociais dominantes e ocultar as desigualdades socioeconômicas, no contexto de desenvolvimento do modo de produção capitalista.

Em seguida, principalmente a partir do século XVIII, sucedem-se movimentos constitucionais com a finalidade de estabelecer uma ordenação jurídico-política da comunidade, mediante a restrição ao exercício do poder e a proteção aos direitos e liberdades fundamentais, com base nos modelos historicista, individualista e estatalista. As revoluções burguesas – notadamente, a Revolução Gloriosa (1688-1689), a Revolução Francesa (1789-1799) e a Revolução Americana (1776) – modificaram a cultura jurídica europeia ao criarem dois modelos fundamentais de Constituição: como norma diretiva fundamental e como norma fundamental de garantia.

No constitucionalismo francês, instaura-se uma ordem liberal-individualista, caracterizada pela primazia da lei e pela onipotência e autonomia do legislador, de modo que a Constituição reduz-se a uma mera proclamação político-ideológica. Em decorrência disso, considera-se que o constitucionalismo moderno, enquanto técnica específica de limitação do poder com fins de garantia, origina-se na Revolução Americana. Com efeito, no constitucionalismo estadunidense, a Constituição representa uma lei fundamental rígida e escrita, a qual comprehende os direitos e liberdades individuais e os princípios fundamentais da comunidade política e obsta o exercício arbitrário do poder, por meio de mecanismos de rigidez constitucional e de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Em vista disso, a consolidação do Estado de Direito decorre de um conjunto de experiências constitucionais, com a finalidade de restringir os poderes públicos e de proteger os direitos e liberdades fundamentais, podendo se estruturar sob diferentes formatos. No

século XIX, constitui-se um “modelo paleo-juspositivista” do Estado Legal, resultante do monopólio estatal sobre a produção de normas jurídicas, no qual a validade do direito decorre da elaboração de normas jurídicas por uma autoridade com competência normativa, conforme os procedimentos definidos no ordenamento jurídico, independentemente de valorações axiológicas. Assim, o Estado Legalista caracteriza-se pelo juspositivismo, pelo princípio da legalidade, pela primazia da lei e pela onipotência do legislador, não instituindo mecanismos de rigidez constitucional e de controle jurisdicional de constitucionalidade, de modo que os textos constitucionais são destituídos de força normativa e dependem de intermediação legislativa para ordenar efetivamente as relações socioeconômicas.

Nesse contexto, a lei expressa os interesses, princípios e valores das classes sociais dominantes – com a exclusão dos demais agrupamentos sociais dos processos decisórios – e assume a categoria de máxima fonte do direito, não se submetendo a um ato normativo hierarquicamente superior. No entanto, a ampliação das desigualdades sociais e da exclusão social, política e econômica, entre os séculos XIX e XX, determina a construção de um constitucionalismo social, com a intervenção estatal nas relações socioeconômicas e o reconhecimento de direitos econômicos, sociais e culturais, a fim de assegurar efetivamente os direitos e liberdades fundamentais, em contraposição ao absenteísmo do modelo oitocentista.

Após a Segunda Guerra Mundial, institui-se o “modelo neo-juspositivista” do Estado Constitucional, caracterizado pela rigidez constitucional e pelo controle jurisdicional de constitucionalidade. Nesse caso, as Constituições são superiores na hierarquia normativa e correspondem ao fundamento de validade das leis e atos normativos, as quais devem estar conformes aos princípios e valores constitucionais. Desse modo, os textos constitucionais limitam os poderes públicos com fins de garantia, assim como orientam a comunidade política, para a promoção do bem-estar social e a redução das desigualdades socioeconômicas, unindo os componentes elementares da norma fundamental de garantia e da norma diretiva fundamental.

Na segunda metade do século XX, iniciou-se um processo de crise do Estado de Direito, em razão de mudanças sociais, políticas e econômicas. Nessa conjuntura, destaca-se a relativização da soberania estatal – deixando o ente estatal de concentrar em si todos os poderes, como o monopólio sobre a produção normativa e a administração da justiça – assim como a submissão dos governos aos poderes político-econômicos, a inflação legislativa e a pluralidade de ordens normativas em um mesmo espaço geopolítico. Em decorrência da globalização, as relações sociais, políticas e econômicas excedem o território nacional e, por

consequente, diminuem a capacidade de regulação pelo Estado, em conjunto com o aumento da influência de potências político-econômicas, organizações internacionais e corporações multinacionais sobre as decisões internas. Os sistemas jurídicos estatais não se adaptaram adequadamente aos processos de integração mundial e mostraram-se insuficientes para a resolução de problemas regionais e globais, como a crescente desigualdade socioeconômica, a emergência climática, os conflitos armados e a violação sistemática aos direitos humanos, resultando no declínio do princípio da legalidade enquanto norma de reconhecimento da validade do direito.

Nas sociedades contemporâneas, emerge uma pluralidade de centros autônomos de produção normativa e de resolução de conflitos em um mesmo espaço geopolítico, os quais regulam diretamente as relações sociais, políticas e econômicas, independentemente de reconhecimento expresso pelo Estado. Assim, nota-se uma sobreposição de ordens normativas – não produzidas exclusivamente pelo ente estatal – erigindo uma ordem jurídica supranacional que coexiste com o ordenamento jurídico estatal, como a *lex mercatoria* e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Contudo, a fim de dispor de legitimidade democrática, as ordens normativas plurais devem estar em conformidade com os princípios e valores constitucionais, além de assegurar a participação ativa de indivíduos, grupos e organizações sociais nos processos decisórios, por meio de um espaço comunicativo.

No Estado Constitucional de Direito, especialmente a partir da década de 1970, elabora-se um conjunto de textos constitucionais, com predominância na Europa Continental e na América Latina. No Neoconstitucionalismo, incorporam-se normas de conteúdo material aos textos constitucionais, assim como mecanismos de rigidez constitucional e de controle jurisdicional de constitucionalidade, promovendo a consagração dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica. Desse modo, as Constituições são superiores na hierarquia normativa e possuem força normativa, ordenando diretamente as relações sociais, políticas e econômicas e irradiando sobre o ordenamento jurídico, incluindo os vínculos de natureza privada. Assim sendo, todas as relações jurídicas submetem-se aos valores e princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Além disso, a moderada densidade semântica das disposições constitucionais ampliou o protagonismo do Poder Judiciário na proteção do regime democrático, dos direitos e liberdades fundamentais e das minorias políticas e sociais, mediante a atividade de interpretação e de aplicação do direito. Por conseguinte, os órgãos judiciais atuam não somente como “legisladores negativos”, por meio do controle de constitucionalidade, mas também como criadores do direito, notadamente em sociedades plurais, complexas e heterogêneas.

O pós-positivismo corresponde ao marco filosófico do Neoconstitucionalismo. Com efeito, uma vez que o sistema jurídico não comprehende integralmente as respostas para as questões jurídicas, compete ao intérprete adotar elementos extrajurídicos na resolução de controvérsias. Assim, os valores morais são introduzidos ao ordenamento jurídico, em detrimento do formalismo jurídico, de modo a efetivar os direitos e liberdades fundamentais. Em decorrência disso, as Constituições tornam-se sistemas abertos de princípios e regras, admitindo o reconhecimento do pluralismo, assim como a alteração informal de seus preceitos, consoante as mudanças sociais, políticas e econômicas que ocorrem, principalmente, no contexto de globalização. Além disso, expande-se o catálogo de direitos fundamentais e incorporam-se tratados internacionais de direitos humanos, na qualidade de normas supraconstitucionais, constitucionais ou supralegais. Dessa maneira, a abertura constitucional possibilita a valorização da diversidade cultural, étnica e linguística, a proteção dos direitos de grupos minoritários e o reconhecimento de ordens normativas não estatais, como o direito próprio dos povos indígenas.

Na América Latina, desde a segunda metade do século XX, os ciclos de reformas constitucionais dispõem sobre os direitos específicos dos povos indígenas. No constitucionalismo multicultural (1982-1988), reconhece-se a diversidade étnica, cultural e linguística da comunidade política, assim como os direitos culturais, linguísticos e territoriais dos povos indígenas, embora se mantenha o monismo jurídico. Por outro lado, o constitucionalismo pluricultural (1989-2005), além de acrescentar as concepções de “nação multiétnica” ou “multicultural” e de “Estado pluricultural” e estabelecer novos direitos específicos dos povos indígenas, reconhece o pluralismo jurídico, atribuindo funções normativas e jurisdicionais às autoridades indígenas. Entretanto, nada obstante a expansão do catálogo de direitos fundamentais e a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos, a execução de medidas neoliberais e a redução da intervenção estatal sobre a ordem socioeconômica restringiram a criação de mecanismos institucionais que viabilizem o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais.

Nessa conjuntura, no constitucionalismo plurinacional (2006-2009), desenvolve-se o conceito de “Estado plurinacional” ou “pluriétnico”, a fim de recompor o Estado de Direito. Assim, as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, reconhecem a existência de nações ou nacionalidades originárias com direito à autodeterminação, de modo a redefinir as estruturas estatais e as relações étnico-culturais, com base no diálogo intercultural. No exercício do direito à autodeterminação, as sociedades indígenas são consideradas sujeitos

políticos coletivos, com capacidade para administrar seus assuntos internos e desenvolver plenamente suas estruturas sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas, conforme seus usos, costumes e tradições. Sob essa óptica, a autonomia compreende o autogoverno, a base territorial, as competências e a participação e representação política nas instituições nacionais.

As estruturas estatais do “Estado plurinacional” ou “pluriétnico” devem contemplar a interculturalidade, promovendo o pluralismo social, cultural, linguístico, político, jurídico e econômico, assim como os princípios e valores que ordenam as comunidades indígenas, mediante um constitucionalismo pluralista e aberto. Relativamente aos sistemas jurídicos indígenas, determina-se o seu exercício consoante os direitos fundamentais e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Assim, diante de uma colisão entre as ordens normativas, utilizam-se mecanismos de coordenação e cooperação, com base em diálogo intercultural que assegure a participação e a representação efetiva das comunidades indígenas nos processos decisórios, estabelecendo uma relação horizontal entre os sistemas jurídicos. Com efeito, não se admite a imposição unilateral do direito estatal, em violação aos direitos coletivos dos povos indígenas, devendo ser consideradas suas necessidades, experiências e cosmovisões.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os direitos dos povos indígenas, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. No entanto, não houve o reconhecimento expresso do direito à autodeterminação dos povos originários, nem dos sistemas jurídicos indígenas. Além disso, não se realizou uma modificação substancial na organização político-administrativa, mediante a introdução do pluralismo e dos princípios, valores e cosmovisões indígenas nas estruturas estatais, com o objetivo de construir um “Estado plurinacional” ou “pluriétnico”, com base na igual dignidade entre os povos e as culturas, na interculturalidade e no pluralismo jurídico. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal entende que o texto constitucional não confere validade ou eficácia às ordens normativas indígenas, embora a jurisdição indígena tenha sido reconhecida em determinados pronunciamentos judiciais, mediante uma interpretação aberta e pluralista da Constituição Federal e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual reconhece aos povos originários o direito de conservar seus costumes e instituições próprias.

A ausência de reconhecimento expresso dos sistemas jurídicos indígenas inviabiliza o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais dos povos indígenas e, especialmente, das mulheres e meninas indígenas. Nesse sentido, enquanto normas jurídicas nacionais e internacionais assegurem seus direitos, as mulheres indígenas são significativamente mais

vulneráveis a atos de violência, racismo, marginalização e exclusão social, política e econômica, em decorrência da intersecção entre gênero, raça, etnia e classe, dentre outros fatores de discriminação resultantes da dominação colonial. Com efeito, essas mulheres estão submetidas a diferentes modalidades de violência, causadas por agentes estatais e não estatais, assim como pessoas indígenas e não indígenas – inclusive no interior de suas comunidades, devido ao sistema colonial-moderno de gênero imposto às sociedades colonizadas, que resultou na modificação de suas estruturas sociais, culturais e espirituais e, por conseguinte, na subordinação das mulheres racializadas. Desse modo, um conjunto de elementos amplia as suas condições de vulnerabilidade, mostrando-se imprescindível a construção de uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero.

No contexto de exclusão social, política e econômica de grupos minoritários, os movimentos sociais reivindicam os direitos dos povos indígenas, incluindo o exercício autônomo de seus sistemas jurídicos, assim como a remodelação das estruturas sociais, culturais, políticas, jurídicas e econômicas do Estado de Direito. Nessa conjuntura, as mulheres indígenas, além de demandarem o reconhecimento dos direitos individuais e coletivos dos povos indígenas, enquanto membros de suas respectivas comunidades, recorrem aos direitos humanos para a elaboração de um discurso de gênero próprio, que compreenda as suas necessidades, experiências e cosmovisões. Assim, as organizações de mulheres indígenas articulam-se – em ambientes nacionais, regionais e internacionais – para discutir as relações de gênero, sob a perspectiva da diversidade étnico-cultural, a fim de modificar as tradições, usos e costumes de suas comunidades, defender seus direitos e liberdades fundamentais e participar ativamente das estruturas sociais, políticas e econômicas estatais e comunitárias. Dessa maneira, reinventa-se o direito próprio dos povos indígenas e reclama-se o acesso à justiça indígena e estatal, sob uma perspectiva intercultural e de gênero, de modo a assegurar as condições materiais e imateriais essenciais para uma vida digna.

As mulheres indígenas utilizam prioritariamente o direito próprio dos povos indígenas para a resolução de controvérsias, em razão da discriminação estrutural e institucional existente no sistema de justiça estatal, ao qual se recorre mormente nos casos de graves violações aos direitos humanos ou de impossibilidade de acesso à justiça indígena. Em consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, muitos Estados reconhecem às mulheres o exercício dos direitos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com os homens, assegurando-lhes o direito de acesso à justiça, o qual consiste na faculdade de requerer uma prestação jurisdicional diante de uma lesão ou ameaça de lesão a direito. No entanto, nota-se uma violação a esse direito nos sistemas de justiça indígenas e estatal, em

decorrência de obstáculos culturais, linguísticos, econômicos e geográficos. Com efeito, nas sociedades indígenas, as relações colonial-modernas de gênero, assim como a restrição ao exercício da jurisdição indígena, inviabilizam o pleno acesso à justiça.

No sistema de justiça estatal, em razão da discriminação estrutural e institucional, da marginalização e da exclusão social, política e econômica, as mulheres indígenas não exercem efetivamente o direito de acesso à justiça, inviabilizando a tutela jurisdicional de seus direitos e liberdades fundamentais. Ademais, os procedimentos administrativos e judiciais mostram-se inadequados, sob a perspectiva física, econômica, social e cultural. Assim, dentre outros obstáculos, encontram-se a distância geográfica, os custos processuais, a ausência de intérpretes e de assistência jurídica gratuita, a exiguidade de informações em línguas indígenas e o desconhecimento dos profissionais sobre os direitos dos povos indígenas e, particularmente, das mulheres indígenas. Em vista disso, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece aos povos originários o direito de acesso à justiça e ao devido processo legal, assim como determina aos Estados a execução de medidas para a proteção judicial dos direitos dos povos indígenas, considerando a sua identidade cultural, a fim de proporcionar uma prestação jurisdicional culturalmente adequada.

Nessa perspectiva, compete aos entes estatais contemplar a diversidade étnica, cultural e linguística dos povos indígenas no sistema de justiça, adaptando os procedimentos conforme as especificidades socioculturais das comunidades indígenas. Assim, tem-se o objetivo de prevenir, reprimir e reparar a violência de gênero, considerando as necessidades, realidades e cosmovisões das mulheres indígenas, de modo a estabelecer uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero. Além disso, mostra-se primordial a realização de reformas institucionais e legais que modifiquem as práticas, os comportamentos e os estereótipos das autoridades e da sociedade, de modo a eliminar a discriminação estrutural e institucional e a exclusão social, política e econômica das mulheres indígenas e, por conseguinte, combater eficazmente a violência de gênero. Ademais, deve-se assegurar aos povos originários o direito de promover, desenvolver e manter seus próprios sistemas de justiça, desde que respeitem os direitos fundamentais e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, estabelecendo uma relação de coordenação entre as jurisdições. Dessa maneira, o reconhecimento da pluralidade de ordens normativas confere às mulheres indígenas a possibilidade de reivindicar seus direitos nos sistemas de justiça indígenas e estatal.

Nesse contexto, desenvolve-se a concepção de interculturalidade, consistente em uma modalidade de gestão da diversidade cultural, com base na aprendizagem mútua, no diálogo intercultural e na interação positiva entre diferentes povos e culturas, de modo a superar o

debate entre universalismo e relativismo cultural. Assim, promovem-se a relação simétrica, a comunicação e o intercâmbio de conhecimentos, perspectivas e experiências, construindo uma relação de respeito e compreensão recíproca. Na América Latina, realiza-se o diálogo intercultural na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente em relação aos direitos dos povos originários, uma vez que as decisões judiciais reconhecem, compreendem e consideram as suas expressões culturais na resolução de controvérsias, incorporando as suas normas, costumes e tradições e estabelecendo um diálogo entre as ordens normativas locais, regionais e global. Por conseguinte, criam-se parâmetros internacionais mínimos de proteção dos direitos dos povos indígenas, conforme suas demandas, realidades e cosmovisões. Nesse sentido, destaca-se que os Estados devem considerar a identidade cultural dessas sociedades na atividade de interpretação e aplicação do direito, a fim de assegurar o pleno exercício dos direitos e liberdades fundamentais.

O reconhecimento da identidade cultural dos povos originários na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorre simultaneamente aos ciclos de reformas constitucionais na América Latina, os quais pretendem modificar a realidade sociopolítica na região. No constitucionalismo transformador, promovem-se as condições materiais e imateriais essenciais para a consolidação da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos nos países latino-americanos, eliminando as desigualdades socioeconômicas e a exclusão social, política e econômica de grupos minoritários, por meio da supraestatalidade, da atuação judicial e do pluralismo dialógico entre as ordens normativas. Dessa maneira, emerge o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, ou seja, um *corpus iuris* comum latino-americano, constituído pelos tratados internacionais de direitos humanos – especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 – pelos textos constitucionais nacionais e pelas decisões dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e das Cortes Constitucionais. Sob essa óptica, a fim de concretizar a democracia, o Estado de Direito e os direitos humanos, institui-se um constitucionalismo multinível, no qual a pluralidade de ordens normativas locais, regionais e global – incluindo os sistemas jurídicos indígenas – dialogam e intercambiam reciprocamente conhecimentos, perspectivas e experiências.

Adicionalmente ao reconhecimento das expressões culturais dos povos indígenas, inclui-se nas decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos uma perspectiva interseccional, contribuindo para a garantia dos direitos e liberdades das mulheres e, especificamente, das mulheres indígenas. Com efeito, a definição de parâmetros protetivos mínimos e de melhores práticas repercute nos entes estatais, mediante, por exemplo, a

atividade de interpretação e aplicação do direito e a execução de políticas públicas direcionadas para mulheres. Assim, por meio do constitucionalismo dialógico e multinível, resolvem-se problemas comuns nos países latino-americanos, como a violência, a discriminação estrutural e institucional e a exclusão social, política e econômica das mulheres indígenas. Portanto, a abertura dos sistemas jurídicos possibilita a consolidação dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito, construindo uma justiça intercultural e com perspectiva de gênero, na construção de dignidade feminina das mulheres e meninas indígenas.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 171-183, ago. 2019. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/viewIssue/256/pdf_3. Acesso em: 17 jun. 2025.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, [S.I.], v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43618>. Acesso em: 08 jun. 2025.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 287, de 25 de junho de 2019**. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade [...]. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 131/2019, p. 2-3, 2 jul. 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 454, de 22 de abril de 2022**. Estabelece diretrizes e procedimentos para efetivar a garantia do direito ao acesso ao Judiciário de pessoas e povos indígenas. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 98/2022, p. 4-10, 28 abr. 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4514>. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 492, de 17 de março de 2023**. Estabelece, para adoção de Perspectiva de Gênero nos julgamentos em todo o Poder Judiciário, as diretrizes do protocolo aprovado pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria CNJ n. 27/2021 [...]. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 53/2023, p. 2-4, 20 mar. 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4986>. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n. 524, de 27 de setembro de 2023**. Estabelece procedimentos ao tratamento de adolescentes e jovens indígenas no caso de apreensão, de representação em processo de apuração de ato infracional ou de cumprimento de medida socioeducativa [...]. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 229/2023, p. 2-7, 27 set. 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5275>. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 ago. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde indígena**: análise da situação de saúde no SasiSUS. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2019. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_indigena_analise_situacao_sasisus.pdf. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição n. 3.388/RR**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 19 mar. 2009. Brasília, DF. Publicado no DJe em 1 jul. 2010. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180136/false>. Acesso em: 12 jul. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. **Apelação Criminal n. 0090.10.000302-0**. Câmara Única. Relator: Des. Mauro Campello. Julgado em 18 dez. 2015. Publicado no DJe em 17 fev. 2016. Disponível em: <https://diario.tjrr.jus.br/dpj/dpj-20160217.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2025.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. **Teoría del neoconstitucionalismo**: Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2009.

CARDOSO, João Vitor; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Jurisdição indígena e pluralismo jurídico na América Latina: estudo de caso sobre a justiça Waiwai. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 557-575, ago. 2019. Disponível em:

https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/viewIssue/256/pdf_3. Acesso em: 17 jun. 2025.

CAVALCANTE FILHO, Raimundo Paulino. Direito do Trabalho versus Direito Próprio dos Povos Indígenas: duas ordens normativas em colisão. São Paulo: Dialética, 2025.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório n. 54/01, Caso 12.051 (Brasil). Maria da Penha Maia Fernandes. Washington, D.C., 4 abr. 2001. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>. Acesso em: 12 jul. 2025.

COMITÊ SOBRE A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW). General Recommendation No. 39 (2022) on the Rights of Indigenous Women and Girls. Genebra: Organização das Nações Unidas, 31 out. 2022. Disponível em: <https://www.refworld.org/legal/general/cedaw/2022/en/149168>. Acesso em: 24 jun. 2025.

COMITÊ SOBRE A ELIMINAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW). Recomendação Geral n. 33 sobre o acesso das mulheres à justiça. Genebra: Organização das Nações Unidas, 3 ago. 2015. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2016/02/Recomendacao-Geral-n33-Comite-CEDAW.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Sentença de 17 de junho de 2005 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/357a11f7d371f11cba840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Fernández Ortega e outros Vs. México. Sentença de 30 de agosto de 2010 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_por.pdf. Acesso em: 12 jul. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso González e outras (“Campo Algodeiro”) Vs. México. Sentença de 16 de novembro de 2009 (Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acesso em: 12 jul. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Sentença de 27 de junho de 2012 (Mérito e Reparações). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_por.pdf. Acesso em: 12 jul. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Suriname. Sentença de 25 de novembro de 2015 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 12 jul. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Sentença de 31 de agosto de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e

Custas). Disponível em: <https://summa.cejil.org/pt/entity/p4ifjvg9anjkmx6r>. Acesso em: 12 jul. 2025.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DORRONSORO, Begoña. Existindo, resistindo e reexistindo: mulheres indígenas perante os seus direitos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena. (Orgs.). **O pluriverso dos Direitos Humanos**: a diversidade das lutas pela dignidade. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019. p. 373-396.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo. (Org.). **Povos Indígenas**: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 9-62. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20090918_01.pdf#page=91. Acesso em: 10 abr. 2025.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez. (Coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27969.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. **Revista Internacional de Filosofía Política**, [S.l.], n. 17, p. 31-46, 2001. Disponível em: <https://scispace.com/pdf/pasado-y-futuro-del-estado-de-derecho-3urj5m64pj.pdf>. Acesso em: 06 maio 2025.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma constituição da Terra**: a humanidade em uma encruzilhada. Florianópolis: Emais, 2023.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: Experiencias históricas y tendencias actuales. Madrid: Trotta, 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: Apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Trotta, 2000.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FRANÇA. Assembleia Nacional Constituinte. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 12 jul. 2025.

GRIJALVA, Agustín. O Estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo. (Org.). **Povos Indígenas**: Constituições e Reformas Políticas

na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 113-134.
 Disponível em:
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20090918_01.pdf#page=91.
 Acesso em: 10 abr. 2025.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. México: Fontamara, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático: prospectivas do direito no século XXI**. Coimbra: Almedina, 2019.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUGONES, María. Heterosexualism and the Colonial/Modern Gender System. **Hypatia**, [S.I.], v. 22, n. 1, p. 186-209, 2007. Disponível em:
<https://www.cambridge.org/core/journals/hypatia/article/heterosexualism-and-the-colonialmodern-gender-system/FCD059336D5DBAE5F525804AEFAF8DF6>. Acesso em: 26 jun. 2025.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. **A integração, o meio ambiente e a democracia na América do Sul**: o significado do Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e da democracia participativa para a construção da UNASUL. 2016. 403 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufc.br/handle/riufc/23819>. Acesso em: 07 jun. 2025.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos e a busca de sua proteção integral no Texto Constitucional de 1988. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 13., 2024, Montevidéu. **Anais eletrônicos** [...] Florianópolis: CONPEDI, 2024. p. 4-25. Disponível em:
<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/351f5k20/5j864ha5/L983Nc5lj0bovxAY.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2025.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. Transformações contemporâneas na teoria do constitucionalismo: do neoconstitucionalismo ao constitucionalismo global. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2019, Goiânia. **Anais eletrônicos** [...] Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 168-188. Disponível em:
<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/no85g2cd/6e67xl5u/se7SnnCO74q1O2lf.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2025.

MARTÍNEZ, Juan Daniel Oliva; ÁNGELES-HERNÁNDEZ, Elias. Interculturalidad y derechos de pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**, [S.I.], v. 21, n. 41, p. 257-291, maio 2025. Disponível em:
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/19666/20069>. Acesso em: 4 jul. 2025.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitucionale Commune na América Latina tem uma

contribuição a oferecer?. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, ago. 2019. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/issue/viewIssue/256/pdf_3. Acesso em: 17 jun. 2025.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLEIA GERAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Resolução 217 A (III). Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 jul. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE DIREITOS HUMANOS. Declaração e Programa de Ação de Viena. Viena, 25 jun. 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ado%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CONSELHO DE DIREITOS HUMANOS. RELATOR ESPECIAL SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS. Report of the Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, Victoria Tauli Corpuz. Genebra: ONU, 6 ago. 2015. (A/HRC/30/41). Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/848738?v=pdf>. Acesso em: 24 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Nova York: ONU, 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf. Acesso em: 12 jul. 2025.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. ASSEMBLEIA GERAL. Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas: AG/RES.2888 (XLVI-O/16). Santo Domingo, República Dominicana, 15 jun. 2016. Disponível em: https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf. Acesso em: 12 jul. 2025.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Indigenous Women and Their Human Rights in the Americas. Washington, D.C.: CIDH, 17 abr. 2017. (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17). Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/reports/pdfs/indigenouswomen.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2025.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes. Genebra: OIT, 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%A9genas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%20C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2025.

OYEWÙMÍ, Oyèrónké. **A invenção das mulheres:** construindo um sentido africano para os discursos ocidentais de gênero. 1. ed. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.

PIOVESAN, Flávia; DANESE, Paula Monteiro. Impactos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a Igualdade de Gênero nas Américas a partir de uma visão interseccional. In: SOARES, Inês Virgínia *et al.* (Coord.). **Mulheres, direito e protagonismo cultural**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 40-50.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 23. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025a.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2025b.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 16. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2024.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber**: Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-142. Disponível em: https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 26 jun. 2025.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado**: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2023.

SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomia, Estados pluriétnicos e plurinacionais. In: VERDUM, Ricardo. (Org.). **Povos Indígenas**: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 63-90. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20090918_01.pdf#page=91. Acesso em: 10 abr. 2025.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. **Revista Española de Derecho Constitucional**, [S.I.], n. 71, p. 47-72, maio/ago. 2004. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/989905.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2025.

SANCHÍS, Luis Prieto. **El constitucionalismo de los derechos**: Ensayos de filosofía jurídica. Madrid: Trotta, 2013.

SEGATO, Rita. **As estruturas elementares da violência**: Ensaios sobre gênero entre a antropologia, a psicanálise e os direitos humanos. 1. ed. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2025.

SEGATO, Rita. **Crítica da colonialidade em oito ensaios**: e uma antropologia por demanda. 1. ed. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2021.

SIEDER, Rachel. Legal pluralism and Indigenous women's rights in Mexico: The ambiguities of recognition. **NYU Journal of International Law and Politics**, [S.I.], v. 48, n. 4, p.

1125-1150, 2016. Disponível em:
http://nyujilp.org/wp-content/uploads/2010/06/NYU_JILP_48_4_Sieder.pdf. Acesso em: 03 jun. 2025.

SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez. (Coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 303-321. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27969.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2025.

SIERRA, María Teresa. Mujeres indígenas, justicia y derechos: los retos de una justicia intercultural. **Iconos. Revista de Ciencias Sociales**, Quito, n. 31, p. 15-26, maio 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/509/50903102.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2025.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TAPIA, Luis. Consideraciones sobre el Estado Plurinacional. In: VICEPRESIDENCIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA; FUNDACIÓN BOLIVIANA PARA LA DEMOCRACIA MULTIPARTIDARIA (Orgs.). **Descolonización en Bolivia**: Cuatro ejes para comprender el cambio. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia; Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, 2010. p. 135-168. Disponível em: <http://reduii.org/cii/sites/default/files/field/doc/4%20ejes-descolonizaci%C3%B3n-Bolivia.pdf#page=137>. Acesso em: 19 abr. 2025.

TAPIA, Luis. Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. **Osal**, n. 22, p. 47-64, set. 2007. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal22/D22Tapia.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2025.

VERDUM, Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: _____. **Povos Indígenas**: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 91-112. Disponível em: https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20090918_01.pdf#page=91. Acesso em: 10 abr. 2025.

VICIANO PASTOR, Roberto; DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: CORTE CONSTITUCIONAL DE ECUADOR PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1 ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 9-43.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/57594/56160>. Acesso em: 4 jul. 2025.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 16, n. 2, p. 371-408, 2011. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>. Acesso em: 02 fev. 2025.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alga Omega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil:** Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2016.