

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro* (Brasil)

A perspectiva pachamama da constituição brasileira. A interseccionalidade entre a ordem constitucional brasileira e o direito internacional dos direitos humanos**

RESUMO

A perspectiva Pachamama, mãe natureza, que reconhece a natureza e os povos indígenas como sujeitos de direitos, pode ser adotada em perspectiva transconstitucional para proporcionar a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano. Apesar da Constituição brasileira não adotar referida perspectiva expressamente, existe a possibilidade de reconhecê-la a partir da tese do transconstitucionalismo, que proporciona o diálogo e o entrelaçamento entre ordens jurídicas diferentes, em diversos níveis. Com base nessas premissas, o artigo tem como objetivo geral analisar a perspectiva Pachamama da Constituição Brasileira de 1988 e a abordagem específica entre a relação de ordens jurídicas diversas no âmbito internacional, interamericano e as ordens estatais diversas, com a finalidade de afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 é Pachamama. Optou-se pelo método dedutivo, com a técnica de documentação indireta e procedimento de análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação.

Palavras-chave: Pachamama; transconstitucionalismo; relação entre ordens jurídicas diversas.

* Coordenadora da Cátedra Jean Monnet da Universidade Federal de Uberlândia. Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFU. Docente de Direito Ambiental e de Biodireito do Curso de Direito da UFU. crmloureiro@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0471-5711>.

** O artigo foi escrito no âmbito da Cátedra Jean Monnet, da Universidade Federal de Uberlândia, coordenada pela profa. Claudia Loureiro.

The Pachamama Perspective of the Brazilian Constitution. The intersectionality between Brazil's constitutional order and International Human Rights Law

ABSTRACT

The Pachamama, mother nature, perspective, which recognizes nature and indigenous peoples as rights-holders, can be adopted from a transconstitutional perspective to provide the ecologically balanced environment with protection as a human right. Although the Brazilian Constitution does not expressly adopt this perspective, it is possible to recognize it through the thesis of transconstitutionalism, which provides for dialogue and interweaving between different legal orders at different levels. Based on these premises, the general objective of this article is to analyze the Pachamama perspective in Brazil's 1988 Constitution and to specifically address the relationship between different legal orders in the international, inter-American, and state spheres, in order to affirm that the Brazilian Constitution of 1988 is Pachamama. The deductive method was chosen, along with the technique of indirect documentation and the procedure of analyzing doctrine, jurisprudence, and legislation.

Keywords: Pachamama; transconstitutionalism; relationship between different legal orders.

Die Perspektive der Pachamama in der brasilianischen Verfassung. Intersektionalität zwischen der brasilianischen Verfassungsordnung und dem internationalen Recht der Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG

Die Perspektive der Pachamama, der Mutter Natur, in der Natur und indigene Völker als Rechtssubjekte anerkannt werden, kann aus einer transkonstitutionalistischen Betrachtungsweise übertragen werden, um einer ökologisch ausgewogenen Umwelt wie einem Menschen Schutz zu gewähren. Obwohl die brasilianische Verfassung diese Perspektive nicht ausdrücklich übernimmt, besteht die Möglichkeit, sie auf der Basis einer transkonstitutionalistischen Grundauffassung zu erkennen, die den Dialog und die Verflechtung unterschiedlicher Rechtsordnungen auf mehreren Ebenen anstrebt. Auf der Basis dieser Prämissen beabsichtigt der Artikel vor allem, die brasilianische Verfassung von 1988 zu analysieren und insbesondere auf das Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Rechtsordnungen auf der internationalen und interamerikanischen Ebene sowie den einzelnen staatlichen Ordnungen einzugehen, um bekräftigen zu können, dass die brasilianische Verfassung von 1988 die Perspektive der Pachamama wiedergibt. In methodischer Hinsicht fiel die Wahl auf einen deduktiven Ansatz sowie die Technik der indirekten Dokumentation und eine Analyse der Doktrin, Rechtsprechung und Gesetzgebung.

Schlüsselwörter: Pachamama; Transkonstitutionalismus; Verhältnis unterschiedlicher Rechtsordnungen zueinander.

Introdução

A relação entre ordens jurídicas diversas representa um grande desafio para a comunidade internacional, apesar de ser uma realidade inexorável diante da complexidade das relações jurídicas travadas no contexto nacional, internacional, transnacional, supranacional e global.

A interseccionalidade entre ordens jurídicas diversas pode ser o caminho para a solução dos problemas que dizem respeito aos direitos fundamentais ainda não sistematizados de forma clara e precisa nos ordenamentos jurídicos estatais, podendo suprir eventuais lacunas existentes em determinada ordem jurídica.

A propósito da aparente lacuna constitucional, a Constituição brasileira, a princípio, não comporta a perspectiva Pachamama, mãe natureza, que diz respeito à consideração da natureza, dos povos indígenas e dos povos originários como sujeitos de direitos na ordem jurídica, com capacidade para exercerem os seus direitos subjetivos perante o seu próprio Estado, inclusive.

Diante da aparente lacuna apontada, o entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas pode ser a solução para a falta de previsão expressa da perspectiva Pachamama na Constituição Brasileira de 1988. Desse modo, a relação entre a ordem jurídica brasileira e as ordens jurídicas boliviana, peruana e equatoriana, que consideram a perspectiva da mãe natureza em suas constituições, corroboram os fundamentos para afirmar que a Carta Magna brasileira é Pachamama.

Nesse contexto, o objetivo geral do artigo é analisar se a Constituição Brasileira comporta o ideal Pachamama. Por sua vez, o objetivo específico é analisar as diversas possibilidades de interseccionalidade entre ordens jurídicas diferentes: no âmbito estatal, no âmbito estatal e internacional, entre as ordens nacionais e a ordem supranacional, entre a ordem jurídica nacional e a internacional, entre a ordem jurídica nacional e a transnacional, dentre outras.

Optou-se pelo método dedutivo, com a técnica de documentação indireta e procedimento de análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência, considerando-se as seguintes premissas: a Constituição brasileira é aberta e dialoga com o direito internacional; o Brasil sujeita-se ao regime interamericano; existe a relação entre a ordem jurídica brasileira e outras ordens jurídicas estatais. Referidas premissas destinam-se a corroborar a ideia de que existem fundamentos para se afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 também é Pachamama.

A relevância do tema se justifica pela importância da perspectiva Pachamama no Brasil, que abriga a maior extensão da Amazônia, bem como pelas violações aos direitos humanos dos povos indígenas registradas recentemente no Brasil, como a prática do garimpo ilegal e o desmatamento, dentre outras violações.

A incidência da perspectiva Pachamama na ordem jurídica brasileira é extremamente importante pois auxilia o Brasil a defender o meio ambiente, objeto que se revela como de interesse da humanidade, hodiernamente.

A finalidade do artigo, portanto, é delinear os fundamentos para se afirmar que a Constituição Brasileira também é Pachamama a partir da relação entre ordens jurídicas diversas.

1. A interseccionalidade entre o ordenamento jurídico brasileiro e o internacional em perspectiva ecológica

A ordem jurídica internacional, a interamericana e outras ordens jurídicas estatais contemplam normas e decisões compatíveis com a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Considera-se, em primeiro lugar, a relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e a ordem jurídica internacional, em especial no que tange à proteção ao meio ambiente.

O capítulo analisa a relação existente entre os parágrafos 1º e 2º do artigo 5 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o regime jurídico decorrente dos dispositivos legais mencionados, e a ordem jurídica internacional.

O parágrafo 2º do artigo 5 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que “os direitos e as garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.¹ Referido dispositivo estabelece a abertura do sistema constitucional brasileiro ao direito internacional ao apontar que a natureza jurídica das normas oriundas dos tratados internacionais de direitos humanos é de norma materialmente constitucional, ou seja, não estão inseridas formalmente na Constituição mas tem conteúdo de norma constitucional.

Por sua vez, o parágrafo 1º do artigo 5 da Constituição Federal de 1988 é o fundamento do regime jurídico dos direitos fundamentais e estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.²

Assim, os dois dispositivos legais se entrelaçam no sentido de conferir eficácia e efetividade aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, bem como no sentido de abranger as normas de direitos humanos previstas nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, no mínimo, como normas materialmente constitucionais.³

¹ Cf. parágrafo 2º do artigo 5 da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

² Cf. parágrafo 1º do artigo 5 da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

³ Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012).

O parágrafo 2º do artigo 5 da Carta Magna brasileira refere-se aos direitos fundamentais, uma vez que decorre do parágrafo 1º, raciocínio que permite afirmar que as normas de direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte também são normas fundamentais e, portanto, são normas de aplicação imediata.

Logo, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil no âmbito do ordenamento jurídico internacional são normas constitucionais de aplicabilidade imediata, não necessitando de procedimento interno para que gerem efeitos imediatos, uma vez que decorrem do parágrafo 1º do artigo 5 da Constituição.⁴

A visão ora explanada também tem respaldo na abertura que o parágrafo 2º do artigo 5 da Constituição estabelece com o direito internacional dos direitos humanos ao dialogar com as normas de direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais. É oportuno salientar que a abertura ora mencionada tem respaldo na tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Haberle, na tese do Estado Constitucional Cooperativo,⁵ do mesmo autor.

Se as normas de direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, e, se as normas decorrentes de direitos humanos previstas nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte decorrem dos direitos fundamentais, ambas são de aplicabilidade imediata, o que torna desnecessário qualquer procedimento interno para a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos.

A propósito do tema, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 estabelece o processo legislativo necessário para que um País possa ser parte de um tratado internacional.⁶ Os artigos 6 ao 18 do documento regulam como os Estados devem proceder para fazer parte de um tratado internacional, no sistema do direito internacional. Logo, se o Brasil foi devidamente representado pelo órgão imbuído de competência pela Constituição para celebrar ou assinar ou ratificar o tratado, de acordo com o procedimento adequado, está sujeito a sua força obrigatória, no âmbito internacional, a princípio.

A respeito do tema, Cançado Trindade ensina que:

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que Brasil é parte, os direitos fundamentais neles

⁴ Cf. parágrafo 2º do artigo 5 da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm.

⁵ Peter Haberle, *O estado constitucional cooperativo* (Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

⁶ Cf. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.

garantidos, consoante os artigos 50 (2) e 50 (1) da Constituição Brasileira de 1988, passam a integrar direta o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.⁷

Se o dispositivo constitucional em apreço tiver sua interpretação conjugada com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, considerando-se, ainda, que os direitos fundamentais são normas de aplicação imediata, pode-se afirmar que referidos tratados, ratificados pelo Brasil, não necessitam de nenhum procedimento interno que lhes confira eficácia.

A compreensão a respeito da relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o direito internacional, acima explicitada, pode ser utilizada para compreender como a perspectiva ecológica dos direitos humanos incide sobre o direito brasileiro a partir da análise das Resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança e pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, além de outros documentos emitidos por sistemas regionais, como será explanado a seguir.

No âmbito global, a Organização das Nações Unidas, pelo Conselho de Direitos Humanos, em 8 de outubro de 2021, adotou a Resolução A/HRC/48/13 (ONU, 2021) reconhecendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e o dever de devida diligência dos Estados para adotarem as medidas necessárias à proteção do meio ambiente. Um dos aspectos mais relevantes da Resolução em apreço é a possibilidade de proteção autônoma do direito ao meio ambiente, o que pode reforçar a litigância deste direito no âmbito nacional e internacional.

Por sua vez, em 28 de julho de 2022, a Assembleia Geral das Nações Unidas emitiu a Resolução A/RES/76/300 (ONU, 2022), também sobre o direito humano ao meio ambiente limpo, sadio e sustentável, no mesmo sentido da mencionada Resolução do Conselho de Direitos Humanos.

Apesar de não serem vinculantes, as Resoluções desencadeiam um movimento para que os Estados reconheçam o direito ao meio ambiente como direito humano em suas Constituições nacionais e para que as Organizações Internacionais também o façam em Tratados Internacionais regionais.

O reconhecimento do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é consequência dos diversos movimentos sociais desencadeados na comunidade internacional para a proteção ao meio ambiente e acontece num momento crucial, de perda considerável da biodiversidade do Planeta Terra e após a COP 26, Conferência que ressaltou a necessidade de ações imediatas no sentido de conter o aquecimento global.

As Resoluções em análise ainda refletem a emergência de se adotar medidas para conter a escalada da sociedade catastrófica que se instalou na comunidade

⁷ Antônio Augusto Cançado Trindade, “A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”, *Arquivos do Ministério da Justiça* 46, n.º 182 (1993): 30-31.

internacional como decorrência da era do antropoceno, com o superdesenvolvimento e com a acumulação de riqueza na porção rica do mundo.

Os documentos ainda refletem a necessidade de buscar meios para frear os efeitos negativos da sociedade de risco, proporcionando o compartilhamento dos riscos globais gerados pelas mudanças climáticas por toda a comunidade internacional.

A postura do Organização das Nações Unidas também é uma resposta aos movimentos sociais desencadeados com a finalidade de se construir um documento internacional, com força vinculante a todos os Estados, para proteção ao meio ambiente em escala global, a exemplo do Pacto Global para o Meio Ambiente.⁸

Referidas medidas também refletem a emergência das medidas que devem ser adotadas para conter os efeitos transnacionais das mudanças climáticas através da união dos Estados em cooperação internacional, como consequência do princípio da solidariedade, refletindo o redesenho das fronteiras entre Norte e Sul Global e ressaltando a responsabilidade dos países ricos em reverter os riscos que criaram para a humanidade com a sua atuação inadequada em relação ao meio ambiente.

Todo o arcabouço jurídico internacional que se destina a proteger o meio ambiente, considerado direito humano, tem aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de qualquer ato legislativo interno para a sua incorporação.

2. A interseccionalidade entre a ordem jurídica brasileira e o direito interamericano

2.1. O regime jurídico interamericano de proteção ao meio ambiente

A relação entre ordens jurídicas diversas também pode se dar entre a ordem constitucional brasileira e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), em especial, para o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos destinados à proteção do meio ambiente no Brasil, de acordo com os *standards* construídos a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse contexto regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2017, emitiu o Parecer Consultivo n.º 23/2017⁹ sobre a intrínseca relação entre meio ambiente e direitos humanos, que teve grande influência dos movimentos sociais transnacionais no sentido da promoção do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Referido Parecer Consultivo pontuou que o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição para o exercício de outros direitos humanos, postura

⁸ Cf. documento <https://globalpactenvironment.org/uploads/PT.pdf>.

⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Opinião Consultiva* n.º 23/2017.

que também abre os caminhos para a judicialização autônoma do direito ao meio ambiente no Sistema Interamericano a partir do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) de 1969.

Além disso, o Parecer em análise também ressaltou que vários direitos fundamentais requerem uma pré-condição necessária para o seu exercício, a qualidade mínima de meio ambiente. A relação entre a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos constam da Declaração de Estocolmo que prevê que o desenvolvimento econômico e social é indispensável para o meio ambiente. Referida ideia também reflete a Agenda 2030 que prevê que o alcance dos direitos humanos depende do desenvolvimento econômico, social e ambiental.¹⁰

Há uma relação de interdependência entre direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente. Nesse aspecto, o direito ao meio ambiente sadio, previsto no artigo 11 do Protocolo da San Salvador, enfatiza que toda pessoa tem o direito ao meio ambiente sadio e a contar com serviços básicos, devendo os Estados promoverem a proteção, a preservação e o melhoramento do meio ambiente.

Referido direito também está inserido no contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Essas normas também encontram abrigo na Carta da OEA, na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem de 1948 e nos direitos que derivam de uma interpretação da Convenção de acordo com seu artigo 29.

Ademais, o direito ao meio ambiente também pode ser entendido como um direito que tem conotação individual e coletiva. No âmbito individual, o desrespeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado gera consequências para a vida das pessoas de forma direta ou indireta, no direito à saúde, no direito à vida e em outros aspectos. Em sua conotação coletiva, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental para a existência da humanidade, de interesse universal e direito das atuais e das futuras gerações.

A obrigação de prevenir danos ao meio ambiente está relacionada à obrigação de devida diligência internacional de não causar ou permitir que causem danos ao meio ambiente, sendo o princípio da prevenção parte do Direito Internacional consuetudinário. A obrigação de prevenção surge quando há o risco de dano significativo ao meio ambiente e, para a Corte, este reflete o dano à vida ou à integridade pessoal, e os Estados devem tomar todas as medidas para prevenir referido dano ao meio ambiente, dentro e fora de seu território.

Nesse sentido, o princípio da precaução também representa uma ferramenta importante para a proteção ao meio ambiente, uma vez que visa a adoção de medidas eficazes para evitar o dano irreversível quando não se tem certeza científica dos impactos negativos que uma atividade ou empreendimento possa causar ao meio ambiente.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva* n.º 23/2017, pars. 56-70.

Como decorrência do dever de diligência, os Estados devem realizar todas as medidas necessárias para adaptar o seu ordenamento jurídico à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos consignada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Outro aspecto relevante que ficou ressaltado no Parecer Consultivo em estudo foi a amplitude e o significado do termo jurisdição, artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e sua relação com a proteção ao meio ambiente, o que tem intrínseca relação com a tese do redesenho das fronteiras apresentada neste trabalho.

O artigo 1.1. da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabelece que os Estados devem respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e garantir o livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sob sua jurisdição, o que tradicionalmente ocorre quando a pessoa está sob o território de um Estado, mas há desdobramentos a respeito do conceito de jurisdição que precisam ser analisados.¹¹

As violações de direitos humanos podem acarretar em responsabilidade de um Estado sempre que a pessoa se encontrar sob sua jurisdição, e a submissão de uma pessoa a jurisdição de um Estado não significa que deva estar exatamente no território de determinado Estado, pois este poderá exercer a sua jurisdição sobre pessoas que não estejam sob seu território, uma vez que o exercício da jurisdição de um Estado pode ultrapassar suas fronteiras.

Em conformidade com as normas de interpretação dos tratados, assim como normas específicas da CADH, o sentido do termo jurisdição, interpretado de boa-fé e tendo em conta o contexto, fim e propósito da Convenção, não está limitado ao conceito de território nacional, mas abarca um conceito mais amplo que inclui certas formas de exercício da jurisdição fora do território do Estado, o que se coaduna com a tese do redesenho das fronteiras.

O mesmo dispositivo legal também prevê que os direitos humanos são inerentes a todo ser humano e não se baseiam na cidadania. Os Estados são obrigados a respeitar os direitos de todas as pessoas, dentro e fora de seu território, bem como daquelas pessoas que estão no território de outro Estado, mas sujeitas ao controle de seus agentes.

Da mesma forma, o artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 é claro ao estabelecer que o termo jurisdição deve ser interpretado de boa-fé, tendo em conta o contexto, objeto e fim da CADH.

O termo jurisdição abrange toda pessoa que está no território de um Estado e que também se encontre sob sua jurisdição, o que confere ampla margem de proteção aos direitos reconhecidos na CADH. A jurisdição do artigo 1.1. da Convenção não está sujeita ao território de um Estado, mas também abarca condutas extraterritoriais dos Estados que constituam exercício de sua jurisdição, o que pode se caracterizar quando, por exemplo, um Estado exerce efetivo controle sobre as pessoas.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva* n.º 23/2017.

O cumprimento de obrigações extraterritoriais pelos Estados, no marco de regimes especiais de proteção ambiental, pode constituir exercício de jurisdição sob o crivo da CADH, uma vez que as obrigações dos Estados, frente aos danos fronteiriços, podem acarretar o exercício de sua jurisdição além de seu território, pois, a jurisdição de um Estado, com base na CADH, não depende da conduta estatal em uma zona geográfica delimitada.

No sentido da interpretação atual do conceito de jurisdição, as obrigações ambientais oriundas de regimes especiais de direitos humanos consideram que as condutas praticadas pelo Estados sejam consideradas exercício de sua jurisdição.

A discussão a respeito da amplitude do conceito de jurisdição conduz a outra importante reflexão, que o Parecer não deixou de abordar, e que se refere às obrigações dos Estados frente aos danos fronteiriços.¹²

Conforme já foi ressaltado, a jurisdição de um Estado não está limitada ao seu espaço territorial. O termo jurisdição de um Estado, de acordo com as obrigações decorrentes da CADH e das condutas extraterritoriais, também pode abarcar as atividades de um Estado que causem efeitos fora de seu território, como as violações ao meio ambiente que causam danos transfronteiriços, a contaminação do ar, da água que cruzam facilmente as fronteiras.

A prevenção e a regulação da contaminação ambiental transfronteiriça tem sido objeto de acordos bilaterais, regionais e multilaterais para abordar problemas globais de caráter ambiental, tais como camada de ozônio e mudanças climáticas.¹³

A esse respeito, a Corte Internacional de Justiça, no precedente da Fábrica de Chorzow, estabeleceu que os Estados devem zelar para que as atividades realizadas dentro de sua jurisdição não causem danos ao meio ambiente de outros Estados, o que também está previsto na Declaração de Estocolmo e do Rio e na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Assim, as atividades desenvolvidas dentro de um Estado não devem privar o outro Estado da capacidade de oferecer às pessoas sob sua jurisdição o gozo e o desfrute de seus direitos previstos na CADH. Portanto, os Estados têm a obrigação de evitar danos ambientais transfronteiriços.

O exercício da jurisdição por parte do Estado, onde se originaram os danos fronteiriços, faz com que este detenha o controle jurídico sobre as atividades danosas, surgindo a obrigação de impedir que a sua atitude cause um dano transfronteiriço. Logo, se as vítimas estiverem sob a jurisdição do Estado onde se originou o dano, este será responsabilizado.

A obrigação de prevenir danos ambientais transfronteiriços é uma obrigação reconhecida pelo direito internacional ambiental, pelos quais os Estados podem ser responsabilizados por danos significativos causados às pessoas fora de suas fronteiras por atividades originadas em seu território ou sob sua autoridade ou controle efetivo.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva* n.º 23/2017, párs. 95-103.

¹³ Philip Jessup, *Dereito Transnacional* (Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965).

2.2. O regime jurídico interamericano de proteção aos direitos dos povos indígenas: Pachamama e *Buen vivir*

O regime jurídico dos direitos dos povos indígenas no SIDH deve ser analisado sob perspectiva multicultural para que se estabeleça um diálogo com a cultura do bem viver, que ficou consignada nas Constituições da Bolívia, do Equador e do Peru. Além de seguir os critérios do Estado Plurinacional e da Constituição Pachamama, a cultura do bem viver propõe uma epistemologia decolonial, contrária ao eurocentrismo e à colonização, contribuindo para a construção do novo constitucionalismo latino-americano.

Para além dessas questões, a cultura do bem viver chama a atenção para uma reflexão importante a respeito da relação entre antropocentrismo, ecocentrismo e holismo e é sobre esses temas que esse capítulo será desenvolvido.

A era do antropoceno¹⁴ representa o período em que o ser humano foi considerado como a força dominante na Terra, como o destinatário final e senhor absoluto dos recursos naturais existentes no Planeta Terra. Como consequência dessa perspectiva centrada no indivíduo, os problemas econômicos, sociais, políticos e legais tendem a se agravar, o que fará com que a sociedade se veja diante da necessidade de ressignificar a interface entre humanos e meio ambiente. A fim de afastar a perspectiva antropocêntrica dos direitos humanos, para possibilitar a inclusão dos povos indígenas e conferir eficácia à relação entre direitos humanos e meio ambiente.

Nesse aspecto, emerge uma reflexão importante a respeito da consideração da espécie humana como centro do mundo¹⁵, com hegemonia sobre outros seres, comportando-se como se a natureza existisse para suprir as suas necessidades. As ideias defendidas no artigo não propõem que o ser humano seja subjugado, mas sim que haja uma relação harmônica entre o binômio ser humano-meio ambiente. É preciso revisitar a realidade de que o antropocentrismo é a perspectiva filosófica atrás da crise ecológica e encontrar o caminho para a concretização material da proteção ao meio ambiente, ou seja, a intersecção entre antropoceno e ecoceno.

A era da dominação humana precisa ceder espaço para a consideração da natureza como sujeito de direito. A respeito, um passo importante foi dado pelo SIDH ao reconhecer a personalidade jurídica dos povos indígenas, considerando-os como sujeitos de direitos com capacidade jurídica para perseguirem o direito à propriedade coletiva de suas terras e a preservação de sua identidade, de sua cultura e de seu modo de viver, ou melhor, do seu modo de bem viver em harmonia com a natureza.

¹⁴ L. J. Kotzé, “Human rights and the environment in the Anthropocene”, *The Anthropocene Review* 3 (2014): 252-275. [10.1177/2053019614547741](https://doi.org/10.1177/2053019614547741).

¹⁵ Gerard Delanty, “Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno”, *Revista Sociedade e Estado* 2 (2018): 373-388. <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>.

O regime jurídico do SIDH sobre os direitos dos povos indígenas propõe a abertura da Constituição brasileira para a interpretação do ordenamento jurídico interamericano não antropocêntrico, anunciando uma visão harmônica entre antropocentrismo e ecocentrismo, dentro de uma perspectiva holística dos direitos humanos. Logo, a demarcação, a desintrusão e a concessão de títulos de propriedade das terras tradicionais aos povos indígenas revela a visão ecocêntrica dos direitos humanos, com a restrição das atividades econômicas de desenvolvimento para se promover a resiliência ecológica¹⁶, o que contribui para a promoção da humanização do antropoceno, para se adentrar ao ecocentrismo, com ênfase na responsabilidade intergeracional e na responsabilidade do ser humano pelas outras entidades não-humanas existentes na Terra.

As conquistas proporcionadas pela evolução do tema no SIDH podem não ser ideais, mas propõem a revisitação da sociedade de risco delineada por Beck (2009) para promover o aumento da diversidade biológica, a epistemologia decolonial, um diálogo global entre o mundo desenvolvido e o mundo em desenvolvimento.¹⁷

A necessidade de releitura da perspectiva filosófica antropocêntrica é o fundamento da consideração do estado plurinacional com a garantia dos direitos dos povos originários para organizarem a sua vida de acordo com a cosmovisão ancestral, promovendo-se o direito à cultura, à participação política, ao território, à autonomia e à autodeterminação, para a conformação de um estado plurinacional e multiétnico.

O estado plurinacional consolida, portanto, a realidade da Constituição Pachamama no contexto do novo-constitucionalismo latino-americano, que reconhece a natureza como sujeito de direito e promove o equilíbrio e a sobrevivência entre as espécies vivas, efetivando-se o direito à vida.¹⁸ O novo constitucionalismo latino-americano conduz a uma estreita relação entre a natureza e os seres humanos, incluindo-se os indígenas, os camponeses, os afrodescendentes, preservando-se a natureza como fonte principal da vida para viabilizar a sustentabilidade e as políticas de inclusão.

O novo constitucionalismo latino-americano decompõe-se nas perspectivas multicultural, pluricultural e plurinacional, como um constitucionalismo transformador que preconiza um novo paradigma contrário aos parâmetros eurocêtricos do constitucionalismo.

Sendo assim, o Povo Indígena Xucuru é sujeito de direitos, o que lhe confere a capacidade jurídica de pleitear o direito ao seu modo de vida ancestral perante os tribunais internacionais.

¹⁶ Kotzé, “Human rights and the environment in the Anthropocene”, 252-275.

¹⁷ Delanty, “Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita”, 373-388.

¹⁸ Marcos Augusto Maliska e Parcell Dionísio Moreira, “O Caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico”, *Sequência* 77 (2017): 149-176. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017V38n77p149>.

Ademais, percebe-se, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a tentativa de desenvolver um pensamento decolonial que transcende a colonialidade do poder¹⁹ revisitando as estruturas de poder anteriormente constituídas de forma hierarquizada entre o mundo que coloniza e o mundo que é colonizado. O estado plurinacional e a consolidação do novo constitucionalismo latino-americano são uma forma de luta pelo reconhecimento²⁰ dos sujeitos excluídos da participação política para possibilitar a criação de uma epistemologia revolucionária inclusiva.

O novo constitucionalismo latino-americano tem seu fundamento no paradigma ecocêntrico sem excluir a importante posição do ser humano, ou seja, do aspecto antropocêntrico. Propõe, portanto, harmonização entre as perspectivas e a humanização do antropoceno, no sentido de incluir no contexto político, social, econômico e cultural os povos indígenas. A visão holística é a essência do novo constitucionalismo latino-americano, uma vez que o homem não pode ser considerado de maneira apartada da natureza.²¹

Considera a natureza como sujeito de direitos, tem no pluralismo social e cultural a emergência de outras formas de saber, viver e conviver com o meio ambiente. Tudo no contexto do multiculturalismo.

Pode-se afirmar que são pressupostos do novo constitucionalismo latino-americano: a) a perspectiva do bem viver, que propõe o giro ecocêntrico com a superação do modelo antropocêntrico; b) o reconhecimento dos direitos pachamama, com a constitucionalização do direito do bem viver; c) o reconhecimento jurídico da subjetividade dos direitos da natureza; c) a visão holística do bem viver, com a inclusão da dimensão multicultural da convivência entre os homens; d) a democracia inclusiva; e) a legitimidade de outras normatividades; e) o estado plurinacional; e, por fim, f) a nova relação entre o homem e a natureza.

Nesse sentido, o novo constitucionalismo latino-americano só pode ser consolidado no contexto da perspectiva multicultural. É importante ressaltar que o multiculturalismo pode ser compreendido como a persecução de novas relações de cidadania democrática, inspirada e motivada pelos ideais dos direitos humanos, que vai além da boa celebração da diversidade etnocultural e inclui novos modelos de exercício da cidadania.²²

¹⁹ Anibal Quijano, “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”, em *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. (Buenos Aires: Clacso, 2005), 117-142.

²⁰ Axel Honneth, *Luta pelo reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa (São Paulo: Editora 34, 2003).

²¹ Maliska e Moreira, “O Caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008”, 149-176.

²² Will Kymlicka, “Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro. Interfaces Brasil/Canadá”, *Revista Brasileira de Estudos Canadenses* 14 (2014): 123 – 174. <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/interfaces/article/view/6788>.

Esses novos modelos de exercício da cidadania enfatizam a participação política; a relação holística entre os direitos humanos e as liberdades individuais, de um lado, e o respeito às culturas tradicionais, de outro; o reconhecimento das identidades culturais ancestrais e a mistura cultural.²³

Pode-se afirmar que a luta pelo reconhecimento dos povos indígenas concentra-se na terceira onda do multiculturalismo, que preconiza os direitos das minorias, de modo que as diferenças sejam compreendidas no contexto dos direitos humanos, com a finalidade de reorganizar antigas relações não democráticas de hierarquia e de exclusão, para o enfrentamento das desigualdades que persistem após a abolição de formas de discriminação.

A inserção dos povos indígenas é uma medida que promove o princípio da não-discriminação com a possibilidade de acesso destes à participação política, às oportunidades econômicas e com a formulação de políticas afirmativas inclusivas.

Pode-se afirmar que, na verdade, o termo mais adequado, atualmente, seria pós-multiculturalismo, uma vez que a visão tradicional do multiculturalismo de mera convivência com diferentes culturas, transmudou-se para a inserção de novas relações e formas de exercício da cidadania dos povos outrora marginalizados pela colonização e pelo pensamento eurocentrado.

2.3. Controle de convencionalidade como instituto jurídico conformador da relação entre a ordem jurídica brasileira e o direito interamericano

O controle de convencionalidade foi instituído no Brasil após a Emenda Constitucional 45/2004 que, ao introduzir o parágrafo 3º ao artigo 5 da Constituição Federal de 1988, conferiu a natureza jurídica de norma formalmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, se aprovados com o quórum qualificado.²⁴

Com a alteração perpetrada pela Emenda Constitucional em questão, verificou-se a necessidade de compatibilização vertical das leis ou dos atos normativos do Poder Público com a Constituição Federal e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, através do controle de convencionalidade.

A propósito do tema, interessante notar que Gonzalo Aguilar Cavallo define o controle de convencionalidade como o ato de controle que o juiz nacional efetua para estabelecer a conformidade da norma interna com a norma internacional, bem

²³ Kymlicka, "Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro", 123-174.

²⁴ Cf. Artigo 5, parágrafo 3º, CF/88: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

como com os tratados internacionais perante os quais o Estado se obrigou.²⁵ Pelo controle de convencionalidade, portanto, os tratados internacionais de direitos humanos material ou formalmente constitucionais podem ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico interno.

A afirmação abrange tanto os tratados internacionais de direitos humanos quanto os tratados internacionais comuns. Entretanto, cada um deles objeto de controle de convencionalidade de acordo com a sua força normativa, abrangência e amplitude.

Os tratados internacionais de direitos humanos, sejam norma material ou formalmente constitucional, servem de parâmetro para o controle de convencionalidade. Por outro lado, os tratados internacionais comuns, por serem normas supralegais, que estão acima das normas infraconstitucionais e abaixo da Constituição, funcionam como paradigma para o controle de legalidade.²⁶

Referida necessidade de dupla compatibilização vertical implica afirmar que as normas infraconstitucionais devem ser submetidas a dois níveis de aprovação, da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos. Logo, a lei interna infraconstitucional compatível com a Constituição pode ser vigente, mas, se for incompatível com tratados internacionais de direitos humanos será inválida, ou seja, a lei vigente, produzida de acordo com as regras do direito interno, pode não ser válida se não respeitar os tratados internacionais de direitos humanos.²⁷

Se a norma não passar pela compatibilidade vertical com os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo que seja vigente e compatível com o texto constitucional, não terá validade no plano interno, devendo ser rejeitada pelo Poder Judiciário, no caso concreto.

Além disso, é preciso ressaltar que o critério acima não é o único a ser considerado para a hermenêutica internacional. A interpretação das normas de direito internacional de direitos humanos também deve se pautar pelo diálogo das fontes, bem como pela aplicação dos metaprincípios *pro homine*, com a aplicação da norma mais favorável ao ser humano.²⁸

²⁵ Gonzalo Aguilar Cavallo, “El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV* 9 (2013): 721-754.

²⁶ A ideia de que os tratados internacionais de direitos humanos estão acima da Constituição no sistema piramidal ficou ressaltada no julgamento do RHC n.º 79.785 pelo Supremo Tribunal Federal, com voto do Ministro Sepúlveda Pertence, em 29/03/2000, bem como com o voto do Ministro Gilmar Mendes, em 22/11/2006, no RE n.º 466.343-1/SP, quando ficou decidido que não há mais a prisão civil do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária em garantia, o que resultou na Súmula Vinculante n.º 25 do Supremo Tribunal Federal.

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del mas débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi (Madrid: Trotta, 1999), p. 20.

²⁸ Cf. Artigo 5, CF. §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

O controle das normas internas deve ser feito pelo controle de constitucionalidade, pelo controle de convencionalidade e pelo controle de legalidade. O primeiro decorre do respeito e da observância à Constituição; o segundo, vislumbra o respeito aos tratados internacionais de direitos humanos e, o último, viabiliza-se por meio da compatibilidade das leis infraconstitucionais com os tratados internacionais comuns.

O artigo 27 da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969 também se relaciona com o controle de convencionalidade uma vez que estabelece que um Estado-Parte não poderá invocar seu direito interno para justificar o inadimplemento do direito internacional.²⁹⁻³⁰

A compatibilização das leis com a Constituição deve ser aferida em relação aos direitos expressos e implícitos na Constituição. Os direitos expressos na Constituição são os direitos e garantias individuais, instituídos como cláusulas pétreas pelo parágrafo 4º do artigo 60, da Constituição de 1988, incluindo os coletivos. Por outro lado, os direitos implícitos na Constituição são os direitos decorrentes, ou seja, que provêm do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

De acordo com o que já foi exposto, o controle de convencionalidade analisa a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos, complementar e coadjuvante ao controle de constitucionalidade, compatibilizando verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.³¹

²⁹ Cf. Artigo 27 da Convenção de Viena sobre Tratados, de 1969: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Brasil, Decreto 678/1992 que promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1962. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Do678.htm.

³⁰ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). *Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts*. Adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session, Rome, 10-11 October 2014), 21. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)036-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)036-e). No mesmo sentido, a título de comparação, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabelece, em seu artigo 2, o dever de devida diligência como um dever decorrente da postura dos Estados, em todas as suas esferas, em realizar e concretizar as obrigações assumidas internacionalmente, a fim de evitar danos irreparáveis às vítimas de supostas violações de direitos humanos. Por isso, pode-se afirmar que as medidas adotadas pelo Comitê de Direitos Humanos são essenciais para evitar ofensas aos direitos humanos e sua observância, por parte dos Estados, reflete o mencionado dever de diligência. Cf. Claudia Loureiro, “A decolonialidade decorrente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma análise da sentença do caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil sobre trabalho escravo contemporâneo”, em *Direito Internacional em Expansão*, vol. XIII (Belo Horizonte: Editora Arraes, 2018), 47-65.

³¹ Nesse sentido, interessante ressaltar que: “The legal grounding of conventionality control is located principally in articles 1.1, 2, and 29 of the ACHR, and in articles 26 and 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Articles 1.1 and 2 of the ACHR outline state duties to develop practices which ensure effective observance of the rights and freedoms enshrined in the pact, thereby requiring that national laws be interpreted in such way as to comply with their obligations to respect and guarantee rights. Article 29 of the ACHR sets out authorities’

A fonte do controle de convencionalidade pode estar no direito constitucional, na jurisprudência nacional ou no direito internacional. Nesse sentido, a fonte será constitucional quando a Constituição de um país contiver previsão a respeito da superioridade hierárquica dos tratados internacionais sobre as normas internas. Por outro lado, a fonte será a jurisprudência quando a jurisprudência nacional consagrar a superioridade dos tratados internacionais. Além disso, o direito internacional será a fonte quando impossibilitar a alegação do direito interno para justificar o descumprimento das obrigações derivadas do direito internacional, bem como na obrigação de um Estado adequar sua ordem jurídica interna ao direito internacional e também na obrigação de um Estado garantir o gozo dos direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais.

Pode-se afirmar que as fontes do controle de convencionalidade são múltiplas e variadas, possibilitando ao intérprete sua utilização para justificar e fundamentar a hermenêutica internacional e o sopesamento das regras para encontrar a solução mais favorável ao ser humano, a fim de alcançar a concretização dos direitos humanos.

A competência para a realização do controle de convencionalidade é dos tribunais nacionais e internacionais. Os órgãos de justiça nacionais realizam o controle de convencionalidade em relação aos tratados internacionais dos quais o Brasil esteja vinculado,³² uma vez que o Poder Judiciário nacional tem o dever de imunizar

duty to enable the enjoyment and exercise of rights established in the ACHR to the fullest extent possible, by effecting the most favorable interpretation of laws for this to occur. Finally, the duty of states to ensure compliance with their obligations under the ACHR are reinforced, in a subordinate manner, by the principles of good faith, effectiveness and pacta sunt servanda, as well as by a judicial ban on drawing on domestic law as a means to justify failure to comply with treaties (in accordance with articles 26 and 27 of the Vienna Convention). Collectively, these aspects provide the legal basis of conventionality control. In my view, article 25 of the ACHR additionally forms part of the legal basis of judicial conventionality control, in that this provision refers to the right to simple, prompt and effective recourse to a competent court or tribunal for “protection” against acts that violate the fundamental rights recognized by the constitution, the laws of the state concerned or by the convention itself. Accordingly, this provision constitutes an integral element of rights, in that it sets out a right to the guarantee of fundamental rights enshrined in the Convention and in national sources.” Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “The constitutionalization of international law in Latin America Conventionality Control. The new doctrine of the Inter American Court of Human Rights”, *ASIL* 109 (2015): 96. <https://www.asil.org/sites/default/files/Ferrer%20Mac-Gregor,%20Conventionality%20Control.pdf>.

³² Ariel E Dulitzky, “An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American of Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal* 50 (2015), 46. https://pdfs.semanticscholar.org/ea98/18063941b4380562578165a59f8e64482e08.pdf?_ga=2.43546981.1317136523.1582293560-137281814.1582293560: “The Court is aware that domestic judges and courts are bound to respect the rule of law, and therefore, they are bound to apply the provisions in force within the legal system. But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State, are also bound by such Convention. This forces them to see that all the effects of the provisions

o Estado contra eventual responsabilização internacional por violação aos direitos humanos. Ao realizar a conformidade do direito nacional com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o juiz nacional se converte em um juiz interamericano de direitos humanos, ou seja, o juiz da convencionalidade com a missão de zelar pelo respeito à primazia dos direitos humanos.

Ainda é importante destacar que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro têm eficácia paralisante, além de derogatória, das demais espécies normativas internas, cabendo ao juiz sopesar as fontes internacionais e internas e escutar o que elas dizem.³³

As normas infraconstitucionais incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos não são válidas, mas continuam vigentes por serem compatíveis com a Constituição. Entretanto, o juiz é obrigado a deixar de aplicar a lei válida contrária a um tratado internacional de direitos humanos, mas vigente de acordo com o sistema constitucional nacional. Para alcançar a justiça da decisão, o magistrado deverá compreender, portanto, a lógica da dupla compatibilidade vertical material. Significa que as fontes internacionais e nacionais devem dialogar entre si para resolver a antinomia entre o tratado e a lei interna.

Outra questão não menos importante para a discussão é que a aplicação do controle de convencionalidade influenciou a criação do bloco de convencionalidade que é composto por um conjunto de normas, regras e princípios que podem ser utilizados para a realização desse controle. No caso do Brasil, existe um bloco de convencionalidade que contém os elementos a serem aplicados pelo intérprete da lei ao caso concreto, por exemplo, tratados internacionais de direito humanos, as normas constitucionais, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as decisões da Corte Internacional de Justiça etc.

Todos os critérios constantes do bloco de convencionalidade devem ser analisados e sopesados, no contexto do diálogo das fontes, a fim de que o julgador escute o que as normas do bloco dizem para aplicar a norma que concretiza a dignidade humana, por ser a norma mais favorável à consideração do ser humano como um fim em si mesmo.³⁴

embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. In other words, *the Judiciary must exercise a sort of “conventionality control” between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention*. (Ênfase adicional)

³³ André de Carvalho Ramos, “Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando a sério os direitos humanos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 104 (2009): 241-286.

³⁴ Valério de Oliveira Mazzuoli, “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa Brasileira* 46, n.º 181 (2009): 113-139, <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.

O conceito de bloco de convencionalidade foi abordado no item 26 da sentença do caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México* ao estabelecer que os Estados devem aplicar no plano nacional os direitos humanos previstos nos pactos internacionais, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁵

O Pacto de San José da Costa Rica, em seus artigos 76 e 77, também faz menção ao bloco de convencionalidade quando afirma que os Estados podem criar Protocolos Adicionais que fortaleçam a Convenção, incluindo no sistema de proteção novos direitos e liberdades

Nesse sentido, o Brasil deve adotar todas as medidas necessárias para conformar a sua ordem doméstica com a ordem internacional e, principalmente, com os direitos humanos. Essa obrigação também pode ser compreendida através da tese do Estado Constitucional Cooperativo, de Peter Haberle.

3. O entrelaçamento entre a ordem jurídica brasileira e as constituições da Bolívia, do Equador e do Peru

O entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas pode contribuir para sanar certas lacunas existentes em determinados ordenamentos jurídicos. A exemplo, a Constituição Brasileira de 1988, no que diz respeito a aparente não adoção da perspectiva Pachamama, que não reconhece expressamente a personalidade jurídica dos povos indígenas, nem mesmo confere a qualidade de sujeito de direito à natureza.

A migração de ideias constitucionais entre ordens jurídicas diversas proporciona uma importante conversação entre Estados diversos. Em decorrência da transnacionalidade dos problemas que passam a exigir um diálogo constitucional, o que Neves denomina de transconstitucionalismo, afirmando que isso pode se dar em nível jurisdicional, de modo que as decisões de cortes constitucionais de uns Estados são invocadas pelas cortes de outros Estados.³⁶

Ao fazer essa afirmação, Marcelo Neves³⁷ se apoia na ideia de que o transconstitucionalismo diz respeito às relações entre ordens jurídicas diversas, com a fertilização cruzada, e que as soluções para os problemas constitucionais são encontradas no

³⁵ O tema em apreço é recorrente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos e foi abordado no parágrafo 206 da sentença do caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México* que consignou que os Estados devem aplicar nacionalmente os direitos humanos previstos nos pactos internacionais, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, o Pacto de San José da Costa Rica, em seus artigos 76 e 77 também faz menção ao bloco de convencionalidade quando afirma que os Estados podem criar Protocolos Adicionais que fortaleçam a Convenção, incluindo no sistema de proteção novos direitos e liberdades. Cf. Ferrer Mac-Gregor, “The constitutionalization of international law in Latin America Conventionality Control”, 94.

³⁶ Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo* (São Paulo: Martins Fontes, 2013), 166 e 167.

³⁷ Neves, *Transconstitucionalismo*, 115.

entrelaçamento entre diversas ordens jurídicas. Esse diálogo, a conversação constitucional, é importante para lidar com a fragmentação dos problemas constitucionais da sociedade mundial hodierna, que dizem respeito a problemas de direitos fundamentais e humanos.³⁸

Vislumbra-se a transnacionalidade dos problemas relacionados ao meio ambiente, uma vez que estes ultrapassam as fronteiras dos Estados e, conseqüentemente, demandam a aplicação de ordens jurídicas diversas, de forma interseccional, a fim de se apresentar uma solução. A degradação da Amazônia, que causa danos irreparáveis ao meio ambiente, a partir da contaminação dos rios pela atividade ilícita do garimpo ou os danos decorrentes do desmatamento, não atinge apenas o território brasileiro, mas acarreta conseqüências negativas em outros Estados e para toda a humanidade.

Dessa forma, justifica-se a utilização do diálogo entre ordens jurídicas diversas, a fim de que se encontre uma solução para o problema. Podendo afirmar a relação entre a Constituição brasileira, a do Equador, Bolívia e Peru, uma vez que estas últimas retratam o ideal Pachamama, que não está presente expressamente na Carta Magna brasileira.

O cruzamento entre ordens jurídicas diferentes, no caso, entre ordens constitucionais, revela um diálogo importante para a solução dos problemas constitucionais relacionados ao meio ambiente. Referido entrelaçamento pode se dar em nível jurisdicional, legislativo e político. No âmbito jurisdicional verifica-se a salutar possibilidade de se aplicar uma decisão de uma Corte estrangeira para se decidir uma demanda dentro da jurisdição brasileira.

A esse respeito, destaca-se a decisão da Corte Constitucional Colombiana a respeito do estado inconstitucional de coisas (SU-559, de 6 de novembro de 1997) que foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil, no caso dos presídios, na ADPF 347 MC/DF. Esse diálogo entre Cortes Constitucionais de diferentes ordens jurídicas pode ser utilizado pelo STF brasileiro nos casos relativos ao meio ambiente, a exemplo da decisão do Equador que considerou um rio como sujeito de direito, a fim de protegê-lo contra a degradação ambiental oriunda da construção civil, o que ficou retratado no caso Vilcabamba.³⁹

Ainda no âmbito jurisdicional, destaca-se o caso Urgenda, na Holanda, conhecido como “caso climático”. O caso Urgenda é paradigmático pois retrata o caso de sucesso de litigância pela população, representada pela Fundação Urgenda, que teve como desfecho a determinação para que o Estado reduzisse a emissão de gases de efeito estufa, considerando-se a importância da natureza para o meio ambiente

³⁸ Neves, *Transconstitucionalismo*, 122.

³⁹ Cf. documento disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.

ecologicamente equilibrado, como pressuposto para o exercício dos direitos humanos pelas atuais e futuras gerações.⁴⁰

O entrelaçamento entre ordens jurídicas diferentes também pode se dar entre as Constituições dos Estados, a exemplo da Constituição do Brasil com a Boliviana, que inclui as comunidades indígenas como unidades políticas com poder direto de autonomia e de autogoverno, com direito à participação na formação da vontade estatal. O mesmo diálogo pode se dar entre a Constituição brasileira e a peruana, que entende que as comunidades nativas têm existência legal e que são pessoas jurídicas autônomas em suas organizações.

No mesmo sentido, destaca-se a relação entre a Carta Magna brasileira e a Constituição do Equador, de 2008, que, em seus artigos 71 a 74 atribui à natureza a condição de sujeito de direito, rompendo com a perspectiva antropocêntrica, adotando a filosofia do *buen vivir*.⁴¹

A Constituição Peruana, em seu artigo 149, também considera que as comunidades nativas têm existência legal como pessoas jurídicas, tendo autonomia para promover a sua própria organização, desde que isso não implique em violação aos direitos fundamentais da pessoa.

As constituições boliviana, equatoriana e peruana são orientadas pela plurinacionalidade que, de acordo com Walsh:⁴²

En su forma más básica y dentro del contexto de América del Sur, la plurinacionalidad es un término que reconoce y describe la realidad de un país en la cual pueblos, naciones o nacionalidades indígenas y negras –cuyas raíces predatan el Estado nacional– conviven con blancos y mestizos. En este sentido prácticamente todos los países de la región son países plurinacionales aunque no se reconocen así.

Em sentido oposto a essa realidade Pachamama, o modelo constitucional brasileiro confere reconhecimento e proteção aos direitos originários sobre as terras, mas não estabelece um regime de autonomia institucional. Postura que também se distancia do regime interamericano de proteção aos direitos humanos dos povos indígenas, analisado anteriormente nesse artigo.

De acordo com Walsh, mesmo que o Brasil não se reconheça expressamente como um Estado plurinacional, sua Constituição comporta esta perspectiva.

A tese do transconstitucionalismo, de Marcelo Neves, pode ser usada para sanar referida lacuna, pois propõe o diálogo e o entrelaçamento entre as Constituições

⁴⁰ Cf. documento disponível em: <https://www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/>

⁴¹ Maliska e Moreira, “O Caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico”, 149-176.

⁴² Catherine Walsh, “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, *Tabula Rasa*, 9 (2008), 142. <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>.

acima mencionadas e a ordem jurídica brasileira, com a finalidade de suprir a lacuna pachamama na Constituição brasileira, considerando-se que seu artigo 225 prevê o direito humano de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as atuais e para as futuras gerações.

Considerações finais

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece, em seu artigo 225 o direito das atuais e das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever do Estado e de toda a sociedade agir com a devida diligência no sentido de concretizar o Estado socioambiental de direito aos cidadãos brasileiros e às pessoas que estejam sob a jurisdição do Estado brasileiro.

A Carta Constitucional brasileira também estabelece a abertura para o direito internacional, em seu parágrafo 2º do artigo 5, o que proporciona a relação com os *standards* internacionais de proteção ao meio ambiente, em especial no âmbito global, considerando-se as Resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas que consignam o direito humano ao meio ambiente sadio.

O ordenamento jurídico brasileiro deve se adequar aos *standards* interamericanos de proteção ao meio ambiente, uma vez que o Brasil aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo assim, o regime jurídico de proteção ao meio ambiente e aos direitos humanos dos povos indígenas da CTIDH se aplica ao Brasil, que deve realizar o controle de convencionalidade para se adequar ao paradigma interamericano.

Diante do entrelaçamento da ordem jurídica brasileira com o sistema global de proteção aos direitos humanos, com o sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos; levando-se em consideração a relação interseccional da ordem jurídica brasileira com as Constituições da Bolívia, do Equador e do Peru, com suporte na tese do transconstitucionalismo, pode-se afirmar que existem fundamentos para defender a tese de que a Constituição brasileira também é Pachamama.

O entrelaçamento entre as diversas ordens jurídicas analisadas nesse artigo: internacional, interamericana e entre diferentes ordens jurídicas propicia o reconhecimento da perspectiva Pachamama na ordem jurídica brasileira, a partir da Constituição, uma vez que referida perspectiva decorre dos interesses da humanidade, como uma emergência global que ultrapassa fronteiras e que exige, portanto, soluções globais, regionais e locais entrelaçadas, que ultrapassam a delimitação territorial e jurisdicional de um único Estado, demandando o diálogo entre normas jurídicas diferentes.

Assim, existem fundamentos para se afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 também é Pachamama.

Bibliografía

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- Brasil. Decreto n.º 678/1992. Convenção de Viena sobre Derecho dos Tratados de 1969. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”. *Arquivos do Ministério da Justiça* 46 (1993): 30-31.
- CAVALLO, Gonzalo. “El control de convencionalidad: Análisis en derecho comparado”. *Revista Direito GV* 9 (2013): 721-754.
- CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Povo Xucuru e outros v. Brasil*, 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 23/2017*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>.
- DELANTY, Gerard. “Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno”, *Revista Sociedade e Estado*, 3 (2018): 373-388. <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/o102-6992-se-33-02-00373.pdf>.
- DULITZKY, Ariel E. “An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American of Court of Human Rights”. *Texas International Law Journal* 50 (2015): 46-91. https://pdfs.semanticscholar.org/ea98/18063941b4380562578165a59f8e64482e08.pdf?_ga=2.43546981.1317136523.1582293560-137281814.1582293560.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts*. Adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session, Rome, 10-11 October 2014, 21. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)036-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)036-e).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del mas débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. “Más allá de la soberanía y ciudadanía: um constitucionalismo global”. *Isonomia. Revista de Teoria y Filosofia del Derecho*, 9 (1998): 173-184. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-o/>.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “The constitutionalization of international law in Latin America Conventionality Control. The new doctrine of the Inter American

- Court of Human Rights”. *ASIL* 109 (2015): 93-99. <https://www.asil.org/sites/default/files/Ferrer%20Mac-Gregor,%20Conventionality%20Control.pdf>.
- HABERLE, Peter. *O Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.
- JESSUP, Philip. *Direito Transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.
- KOTZÉ, L. J. “Human rights and the environment in the Anthropocene”. *The Anthropocene Review* 1 (2014): 252-275. doi:10.1177/2053019614547741. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053019614547741>.
- KYMLICKA, Will. “Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro. Interfaces Brasil/Canadá”. *Revista Brasileira de Estudos Canadenses*, 14 (2014): 123-174, 2014. <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/interfaces/article/view/6788>.
- LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. “A decolonialidade decorrente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma análise da sentença do caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil sobre trabalho escravo contemporâneo”, vol. XIII. Em *Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Editora Ar-raes, 2018.
- MALISKA, Marcos Augusto e Dionizio MOREIRA PARCELLI. “O Caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico”. *Sequência* 77 (2017): 149-176. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n77p149>.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa Brasileira*, 181 (2009): 113-139. <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, 2007. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Povos-Ind%C3%ADgenas/declaracao-das-nacoes-unidas-sobre-os-direitos-dos-povos-indigenas.html>.
- QUIJANO, Anibal. “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”. Em *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, pp. 117-142. Buenos Aires: Clacso, 2005. http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf.
- RAMOS, André de Carvalho. “Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando a sério os direitos humanos”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 104 (2009): 241-286.
- SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 76/300. The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, 28 July 2022. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/77/PDF/N2244277.pdf?OpenElement>.
- UNITED NATIONS. HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Resolution 48/13. The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, 8 Octubre 2021. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>.
- WALSH, Catherine. “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”. *Tabula Rasa* 9 (2008): 131-152. <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>.