

**MARINA CORRÊA DE ALMEIDA**

**O PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA :  
UMA TEORIA PARA A DESCOLONIZAÇÃO DO DIREITO DEMONSTRADA NA  
EXPERIÊNCIA INDÍGENA**

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

**Orientador: Professor Doutor Antonio Carlos Wolkmer**

**Florianópolis (SC), dezembro de 2009**

## **Resumo**

Este Trabalho tem por objetivo demonstrar que a percepção da crise e esgotamento do modelo jurídico liberal-individualista - que não oferece resposta satisfatória aos reclamos políticos e sociais das sociedades latino-americanas - obriga a busca de novos padrões normativos que possam melhor solucionar as demandas específicas advindas da produção e concentração do capital, das profundas contradições sociais e da permanente crise institucional, além das ineficazes modalidades de controle e aplicação da Justiça. Buscou-se também firmar o entendimento de que os Estados latino-americanos, por sua formação colonial, possuem uma diversidade étnica e cultural que acabou por produzir Nações com especificidades que necessitam serem relevadas na formação de seus sistemas jurídicos. Para tanto, primeiramente fez-se um recorrido pela teoria constitucionalista que, em sua última etapa trouxe para os países da América Latina princípios básicos de Direitos Humanos, coerentes com o discurso individualista-liberal que só em parte satisfazem os reclamos desses Povos. Posteriormente, buscou-se entender as políticas estatais que, através do Direito oficial positivado, principalmente da Constituição Federal, imputaram uma proteção de tipo paternalista aos grupamentos indígenas de seus países: implantaram sistemas de assistência ao índio, teorizaram sobre a necessidade de reservar espaço para a sobrevivência desses povos. Porém, pouco fizeram de realmente efetivo para melhorar a realidade latino-americana indígena dos últimos tempos. Até que passou-se a analisar as recentes Cartas Magna dos países latino-americanos que passaram a reconhecer o pluralismo jurídico, demonstrando a tentativa em adaptar o sistema jurídico às contingências histórico-periférica de seus países, dominados por uma tradição centralizadora, autoritária e dependente. O presente trabalho, portanto, procura demonstrar que, em sociedades instáveis e conflituosas do capitalismo periférico uma formulação política e teórica do Direito perpassa pela legitimidade do Pluralismo Jurídico, calcado nas privações dos sujeitos coletivos, no caso os povos originários da América Latina.

**Palavras-chave: pluralismo jurídico - direito indígena – constitucionalismo - descolonização**

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1 – PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA – NATUREZA E RECONHECIMENTO.....</b>	<b>5</b>
1.1 Revisão teórico-metodológica do Pluralismo.....	5
1.2 A temática do Pluralismo Jurídico em questão.....	12
1.3 O Pluralismo étnico e cultural dos países latino-americanos.....	21
1.4 O reconhecimento do Pluralismo Jurídico pelos Estados latino-americanos.....	26
<b>CAPÍTULO 2 - CONSTITUCIONALISMO E DIREITO INDÍGENA.....</b>	<b>35</b>
2.1 Aspectos do Constitucionalismo na tradição ocidental.....	35
2.2 Povos Indígenas e seus sistemas jurídicos.....	42
2.3 Direito Indígena X Direito Estatal Positivo.....	49
2.4 O reconhecimento Constitucional da legalidade e jurisdição indígena.....	54
<b>CAPÍTULO 3 - RECONHECIMENTO DO PLURALISMO E DA JURISDIÇÃO INDÍGENA EM PAÍSES DA AMÉRICA LATINA.....</b>	<b>62</b>
3.1 O Pluralismo jurídico na experiência do México.....	62
3.2 O Pluralismo Jurídico na experiência da Colômbia.....	77
3.3 O Pluralismo Jurídico na experiência da Bolívia.....	91
3.4 O Pluralismo Jurídico na experiência do Brasil.....	106
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>120</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>127</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>135</b>
(Trechos principais das Constituições recentes do México, Colômbia, Bolívia e Brasil)	

## **Introdução**

Nas sociedades periféricas do capitalismo como são as dos países da América Latina, nota-se que a crise de legalidade monista atinge a eficácia no âmbito da Justiça. Essa crise no Judiciário condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional, ainda colonizada, constituída sobre a racionalidade do dogmatismo positivista e firmada em procedimentos formais que, querendo-se neutros, são incapazes de acompanhar as transformações sociais e a própria especificidade desses países.

O problema que se verifica, então, é o fato de o Judiciário estar configurado em uma cultura jurídica incapaz de entender essa sociedade nas suas especificidades, bem como de solucionar os conflitos inerentes à ela, somando-se ainda a dificuldade de se discutir com profundidade a verdadeira democratização do Direito, que ainda pertence ao Estado. A partir desse quadro, o que se nota são parcelas da comunidade marginalizada – e aqui faremos referência principalmente às comunidades indígenas – que utilizam mecanismos “não-oficiais” de resolução de conflitos, o que nos leva a reconhecer a incapacidade da Justiça oficial do Estado em absorver as permanentes e crescentes demandas sociais, surgindo assim a necessidade de se apresentar uma alternativa para o Direito latino-americano.

Para tanto se delineará a existência de um Pluralismo Jurídico, fundado em práticas sociais participativas produzidas de forma democrático-comunitária, que legitimam normatividades extra-estatais, em razão da sua eficácia em atender as demandas sociais. Desde já se quer destacar que o intento aqui não é apenas afirmar que as sociedades latino-americanas possuem uma pluralidade de ordenamentos jurídicos que se combinam e são capazes de influenciar-se reciprocamente, mas até que ponto essa pluralidade jurídica é capaz de emancipar o Direito.

Neste sentido, os Estados latino-americanos possuem uma diversidade étnica e cultural que acabou por produzir Nações com especificidades que necessitam serem relevadas na formação de seus sistemas jurídicos. No entanto, a formação social, política e principalmente econômica é profundamente influenciada pelo nosso histórico de

colonização. Neste mesmo sentido a massificação do pensamento de uma minoria, doravante denominada classe dominante, faz das aparências realidade e, dessa forma, mascara o verdadeiro sentido da produção jurídica como mecanismo inerente ao sistema de acumulação capitalista.

O quadro, então, que se esboça, é de profunda dependência do povo latino-americano ao projeto capitalista ocidental. A independência fictícia desses países e a doutrina da modernização para o desenvolvimento acabam agravando a situação, ao fazer com que o povo não se reconheça como latino-americano e, conseqüentemente, seja enquadrado em todas as formas de dominação eurocêntricas. É justamente neste sentido que se formam os sistemas jurídicos dos países latinos-americanos, altamente influenciados pelos paradigmas europeus e norte-americanos – a famosa doutrina da Lei e Ordem – que primam pela segurança da propriedade privada.

Por conseguinte, as Constituições que se firmaram nesses países após os processos de democratização muito pouco tiveram de verdadeiramente nacional – a grande maioria acabou como cópia direta de partes da Constituição de países europeus e dos Estados Unidos e indiretos da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Reconhecendo que o sistema jurídico é parte fundamental da organização de nossa sociedade, cumpre agora buscar, ou melhor, injetar nesse sistema elementos capazes de proporcionar a grande massa populacional meios de condução de suas vidas de forma mais independente. O momento é propício pois a consciência dessa necessidade de se pensar o Estado a partir de dentro aflora cada vez mais e alguns países já reformaram suas Constituições. Reconhecer o pluralismo étnico e cultural do povo dentro dessa norma superior é começar a propiciar condições para a emancipação do Direito na América Latina.

É neste sentido que se tem a necessidade de constatar a realidade que é a presença dos povos indígenas. Presença esta que se sempre foi marcada por exploração, exclusão e discriminação, também o foi por suas lutas e pela resistência como cultura de um povo.

Ademais, a modernidade foi criando cada vez mais espaço para estes grupos se expressarem, sobretudo dentro da América Latina, pois em alguns países conformam grandes parcelas da população; e também para exporem suas demandas, já que a consciência desta marginalidade em que o sistema capitalista os coloca vai se fortalecendo,

até passarem a perceber que há muito tempo não conseguem determinar suas vidas de modo simétrico com os demais da sociedade.

Um dos enfoques a que esta demanda diz respeito é, sem dúvida, o jurídico, desde sua demanda pelo próprio reconhecimento das comunidades indígenas perante o Estado de Direito – que tem se dado em algumas Constituições de Estado latino-americanos - até a busca por livre determinação, que logre constituir uma convivência em grau de não-subordinação com os demais corpos sociais do Estado.

O presente trabalho, portanto, pretende demonstrar que a dependência jurídica dos países periféricos ao ordenamento normativo capitalista global é basilar para a colonização da América Latina. O problema central enfocado decorre desta dependência, visto que a própria estrutura jurídica propicia o surgimento e/ou a continuidade de práticas alternativas, que levam a formação de uma normatividade extra-estatal, que é pluralista sobretudo pelo caráter multicultural dos países latino-americanos. Somente através dessas práticas o Direito torna-se capaz de cumprir com suas funções sociais e, em última instância, poderá propiciar a emancipação jurídica da América Latina.

Para trabalhar todas estas perspectivas foi utilizado o método dedutivo, partindo-se da teoria de base (marco teórico) do pluralismo jurídico proposto por Antonio Carlos Wolkmer, até se chegar à percepção de como a pluralidade jurídica reconhecida por algumas Constituições latino-americanas se afastam ou se aproximam da teoria analisada. Para tanto, foi preterido o estudo bibliográfico sobre a temática e, inclusive a saída de campo para a Bolívia realizada de abril de 2007 a junho de 2007 teve por objetivo conhecer o vasto acervo teórico produzido recentemente sobre o assunto, em razão dos trabalhos da Assembléia Constituinte boliviana.

O trabalho se desenvolveu em três capítulos; primeiramente analisou-se o Pluralismo Jurídico, seu desenvolvimento teórico ocidental e posteriormente a teoria pluralista desenvolvida por Wolkmer, que reputa-se apropriada para o debate jurídico latino-americano. Neste momento fez-se necessário também demonstrar a especificidade da América Latina a qual se reportou constantemente, trazendo à luz a pluralidade étnica e cultural da sociedade e, além disso, verificar se os Estados latino-americanos contemplaram dita pluralidade em seu ordenamento jurídico.

O segundo capítulo foi marcado pela discussão do próprio sistema normativo implementado na América Latina, trazendo à baila alguns aspectos constitucionais e sua influência sobre as normatividades alternativas produzidas, sobretudo no seio das comunidades indígenas. Ao final buscou-se compreender a inclusão do pluralismo jurídico nas Constituições latino-americanas, sua amplitude e seus limites diante do Direito oficial estatal.

Por fim, e marcando o terceiro capítulo, a pretensão foi analisar mais detidamente o processo histórico de alguns países latino-americanos que levaram ao reconhecimento do pluralismo jurídico em suas Constituições, buscando verificar a eficácia de tal reconhecimento. Fez-se também um recorrido pelo histórico brasileiro por se entender pertinente analisar as razões pelas quais o reconhecimento do pluralismo jurídico não é hoje uma questão em pauta Constitucional.

Tendo em mente que a convicção do povo de sua identidade latino-americana será capaz de proporcionar a emancipação dos países latino-americanos da dependência e a transformação essencial das estruturas que direcionam o modo de vida da população é que se desenvolveu o presente trabalho.

# 1. PLURALISMO JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA: NATUREZA E RECONHECIMENTO

## 1.1 Revisão teórico-metodológica do Pluralismo

A evolução histórico-política da América Latina, desde a sua colonização pela metrópole europeia, foi fundamentalmente caracterizada pela imposição da cultura jurídica ocidental, que se tem demonstrado insuficiente para cumprir o papel a que o Direito se propõe, qual seja, o de ser um procedimento regrado capaz de prevenir e resolver litígios dentro de um grupo social; no caso da América Latina, devido a suas especificidades.

O modelo aqui implantado, que considera o Direito apenas o sistema jurídico oficial, surge paralelamente ao nascimento do Estado moderno na Europa do século XVI, no contexto da economia capitalista, da hegemonia social burguesa e dos fundamentos da ideologia do liberalismo; e se acentua com a formação dos Estados-Nação e com a expansão do capitalismo nos países periféricos do sistema. Disso se extrai que este sistema jurídico não existe autonomamente, mas surge justamente para dar condições ao desenvolvimento da sociedade liberal individual e, conseqüentemente, ao avanço do capitalismo.<sup>1</sup>

Este Direito atribui ao Estado o monopólio exclusivo da produção de normas jurídicas, fazendo deste o único o legitimado para regular as relações sociais que existem e as que forem surgindo neste contexto. O Direito, então, se revela não só como a produção de uma dada classe social, mas também como fundamento essencial para a centralização do poder desta burguesia, que busca adequar aos seus interesses uma ordem estatal capaz de oferecer-lhes a legitimação de que necessitam<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1994. p. 39

<sup>2</sup> Idem. p.41

Para tanto, o Estado têm o domínio sobre a produção legislativa, formulando normas de caráter geral e abstrato, objetivando o controle amplo das relações sociais. Este sistema é denominado Direito Positivo, através dele as normas possuem validade não por responderem aos anseios ou serem aceitas e aplicadas espontaneamente pela sociedade, mas por serem produzidas e exercidas em conformidade com os mecanismos oficiais, revestidos de coação punitiva, através do poder público.<sup>3</sup> Santi Romano, citado Vicente Cabedo Mallol, ao tratar do monismo jurídico em um de seus livros, nos explica de maneira muito clara esta concepção positivista:

*[...] sería el Estado, según esta tesis, quien les imprimira carácter jurídico, bien de manera directa al constituirlos, o simplemente por reconocerlos; y cuando tal reconocimiento no se diera – caso de las instituciones hostiles al Estado o simplemente contrarias a los principios básicos de su derecho – habría que considerar antijurídicas tales instituciones, no sólo en relación con el Estado, lo cual es natural, sino antijurídicas en sí y por sí; no habría mas ordenamientos jurídicos auténticos que el ordenamiento estatal y el interestatal; todos los demás serían como pertencias de áquel , mediatas o inmediatas, partes integrantes de su sistema o, como máximo, satélites suyos. El derecho sería sólo una fuerza o voluntad que irradiaría del Estado – en la comunidad de los distintos Estados – y nada más que de él.<sup>4</sup>*

Soma-se a essa produção legislativa exclusiva do Estado o fato de também ser dele o monopólio dos julgamentos, pois além de criar leis, obriga-se a aplicar e assegurar obediência a elas, inclusive limitando-se, ele mesmo, ao disposto neste ordenamento positivado, oficializando, deste modo, o Estado de Direito. Dessa forma, o Direito estatal faz com que o Estado dialeticamente oficialize seu poder pela eficácia e pela validade oferecida pelo Direito. Este, por sua vez, adquire força no respaldo proporcionado pelo Estado.<sup>5</sup>

Além disso, o Direito aqui imposto constitui-se um sistema rígido de normas jurídicas integradas pelo princípio da Unidade, em que toda sociedade têm apenas um único Direito, produzido por instituições reconhecidas ou oficializadas pelo Estado, que fica, a partir de então, reduzido à ordem vigente; e pela racionalidade da vida social, estritamente

---

<sup>3</sup> Idem, p. 42.

<sup>4</sup> MALLOL, Vicente Cabedo. *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. Valencia: Editorial UPV. 2004. p. 14.

<sup>5</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Op. Cit. p. 51.

vinculada à estatalidade, à burocracia e ao formalismo legal.<sup>6</sup> Sobre o tema da racionalidade, Trazegnies, citado por Mallol, afirma, com propriedade:

*En el plan jurídico, esta racionalidad se traduce en la creación de un Derecho Nacional y, presuponiendo que la razón es universal porque es parte de la naturaleza humana, se llega, con Kant, incluso al convencimiento de que es posible un Derecho Universal (...).*<sup>7</sup>

O problema, por conseguinte, que a sociedade enfrenta com esse ordenamento normativo enquanto produção jurídica de uma estrutura unitária é a ocultação do comprometimento desse Direito aos interesses de uma classe, que se dá, como já mencionado, através das características de generalização, abstração e impessoalidade das normas, que mascaram as condições materiais e sociais concretas da realidade latino-americana, com a sua pretensa neutralidade. Assim, De La Torre de Rangel, citado por Wolkmer, bem esclarece:

Ao estabelecer uma norma igual e um igual tratamento para uns e outros, o Direito Positivo Capitalista, em nome da igualdade abstrata de todos os homens, consagra na realidade as desigualdades concretas<sup>8</sup>.

Ao identificar o Direito com a lei positivada pelo Estado, este enfrenta um segundo problema, da minimalização, para não dizer a exclusão, das múltiplas manifestações de exteriorização normativa dentro de um mesmo grupo social, o chamado Pluralismo Jurídico, que será tratado com maior ênfase a partir de agora.

O Pluralismo Jurídico foi bem definido por Raquel Yrigoyen:

*(...) la existencia simultanea - dentro del mismo espacio de un Estado - de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales.*<sup>9</sup>

O Pluralismo se verifica em todos os Estados latino-americanos, como se verá mais adiante. Por hora, é suficiente afirmar que o pluralismo jurídico permeia todas as sociedades que vivem em situação colonial, dentro de uma formação capitalista; em

---

<sup>6</sup> Idem. p. 57

<sup>7</sup>In : MALLOL, Vicente Cabedo.2004. p. 21.

<sup>8</sup>In: WOLKMER, Antonio Carlos. Op.cit. p. 43.

<sup>9</sup>YRIGOYEN FEJARDO, Raquel Z. In: JUMPA, Antonio Peña (coord); MALLOL, Vicente C.; BÁRCENAS, Francisco López. *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima: Ed. PUC. 2002. p. 64.

sociedades cultural e etnicamente plurais, em suma, em sociedades complexas e naquelas que vivem em período de transformação.<sup>10</sup>

Esta é a razão pela qual entende-se que a ordem jurídica estatal não é a única, ela somente se coloca acima das ordens jurídicas infra-estatais, rejeitando-as, sem, contudo, conseguir eliminá-las, pois elas continuam existindo e sendo produzidas diariamente a par desta rejeição; ou absorvendo-as conforme sua necessidade.

Diante deste quadro é que se vê absolutamente necessária a revisitação do tema do pluralismo jurídico, com o intuito de resgatar a importância de uma visão pluralista do Direito. Esta temática atravessou todo o século XIX e XX como uma reação à redução do Direito ao Direito Estatal, confirmando a idéia de que este ordenamento estava longe de ser o único instrumento normativo na vida social e nem sequer poderia ser considerado o mais importante. Diversos foram os autores que trataram do tema durante este tempo, com idéias bastante distintas, mas que sempre convergiam para a negação do Estado como fonte exclusiva do Direito.

É Savigny, logo no início do século XIX, quem começa a delinear os estudos sobre a legislação vigente na Europa, ao afirmar que “a moderna legislação e a moderna ciência jurídica são o resultado da evolução do direito e de sua progressiva complexidade, que expropria o povo de sua capacidade comunitária e espontânea de criação de normas, para colocá-las nas mãos de uma classe de pessoas especializadas”.<sup>11</sup>

Em fins do século XIX, o principal propagador do pluralismo jurídico foi o alemão Otto Von Gierke, que advogava pela preservação das instituições alemãs, reforçando, deste modo, que a fonte verdadeira do Direito não é o Estado, mas a atividade humana. Sendo assim, “o Estado e o Direito só possuem personalidade na medida em que a coletividade tem capacidade própria de querer e de agir, colocando a ordem estatal e a vida jurídica em dimensões autônomas da vida social”.<sup>12</sup>

Foi, porém, com Eugen Ehrlich que foi apontada, pela primeira vez, a coexistência de uma diversidade de ordenamentos dentro de uma mesma estrutura social. Este concebeu o Direito como produto espontâneo da sociedade, para além do Direito institucionalizado preparado para regular conflitos. Cada associação humana seria a

---

<sup>10</sup> MALLOL, Vicente Cabedo. 2004. p. 12.

<sup>11</sup> In: CÁRCOVA, Carlos María. *A Opacidade do Direito*. São Paulo: Ltr. 1998. p. 65

<sup>12</sup> In: WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit. p. 172.

criadora, portanto, de sua própria ordem jurídica interna, não se comprometendo em observar qualquer outro ordenamento, podendo, ou não, haver influência, desde que recíproca. Esta ordem jurídica criada internamente foi chamada por Ehrlich de “Direito Vivo”, afirmando que “a eficácia desses Direitos que tem plena independência do Estado, repousa em sanções não formalizadas institucionalmente, ou seja, na sugestão, na pressão e na própria força coativa que emana das associações organizadas”.<sup>13</sup>

Reforçando as idéias de Ehrlich, Georges Gurvitch, já no século XX, confirma através de dados da realidade social e da história que “a maioria dos acontecimentos mais importantes da história do direito (...) ocorreram de maneira independente das proposições abstratas do direito e foram, durante muito tempo, ignorados pela lei do Estado, que só os reconheceram com muito atraso”.<sup>14</sup> Para este autor, cada grupo possui uma estrutura que é capaz de formular uma ordem jurídica autônoma, para regular sua vida social interna. As demais ordens jurídicas podem, no máximo, se limitarem reciprocamente e sob um plano de igualdade. Por essa razão, sua concepção é considerada antiestatal, e por enfatizar o “Direito social”, no qual predominam valores de solidariedade e de justiça distributiva, em detrimento do “Direito interindividual”, em que predomina a justiça comutativa, Gurvitch pode ser identificado como o responsável pelo impulso da doutrina pluralista no século XX.<sup>15</sup>

Outro autor de destaque é Henry Levy-Brüll, que realizou estudos empíricos com o objetivo de defender a realidade pluralista do direito. Para ele, “um simples repasse da vida social, permite comprovar que há prescrições jurídicas que não são impostas pela autoridade pública”.<sup>16</sup> Para tanto, deteve-se, sobretudo, nas normas de natureza religiosa e de organizações internacionais. Porém, mesmo constatando empiricamente o pluralismo nestes espaços, idealizava a unificação progressiva do Direito.

Jean Carbonnier, tentando também explicar o pluralismo, defendia que existe um conjunto de fenômenos normativos que têm, em comum, a competição com a ordem jurídica estatal. Para exemplificar, cita o fenômeno da “aculturação”, que pode ser verificado na ordem jurídica da América Latina colonial, quando uma cultura estrangeira é

---

<sup>13</sup> In: WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit. p. 177.

<sup>14</sup> In: CÁRCOVA, Carlos María. Op. cit. p. 67.

<sup>15</sup> In: WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit. P. 177

<sup>16</sup> In: CÁRCOVA, Carlos María. Op. cit. p. 68.

inserta em uma cultura autóctone. Segundo Carbonnier, até individualmente é possível constatar o pluralismo, quando há conflito entre dois ordenamentos na consciência individual, chamado pela teologia de “objeção de consciência”. Por fim, observou o fenômeno pluralista quando verificou que algumas normas, derogadas pelo Direito Estatal, continuam sendo utilizadas de forma mais eficaz do que as criadas para substituí-las ou anulá-las. Seu estudo foi de significativa importância para o desenvolvimento da teoria do pluralismo jurídico pois chegou a conclusão que “a) o direito é maior que a norma de direito, b) o direito é menor que o conjunto de relações entre os homens”.<sup>17</sup>

O pluralismo alcança uma elaboração mais consistente com as idéias de Santi Romano, que identificava o Direito como instituição, contrapondo-se ao normativismo positivista. Para ele, somente a força institucional era capaz de imprimir juridicidade às normas. Sua principal contribuição foi reconhecer que o “Estado tem uma tendência irresistível de absorver os demais ordenamentos, mas (...) acima do estado há uma tendência igualmente irresistível da sociedade de gerar sempre novos ordenamentos, pelo que fica sempre fora do Estado uma margem mais ou menos ampla de socialidade não controlada”.<sup>18</sup> Embora exaltasse a ordem jurídica internacional e privilegiasse o Estado em relação aos demais corpos sociais, suas proposições foram de extrema relevância para o prosseguimento dos estudos sobre o tema.

Nas três últimas décadas, quando as conseqüências negativas do capitalismo se exteriorizam e a qualidade de vida é cada vez menos associada ao desenvolvimento pleno deste modo de produção, gerando a ilegitimidade dos órgãos estatais – que passa “de intervencionista a regulador, de promotor de políticas sociais ao Estado das medidas compensatórias”<sup>19</sup> – além da crescente valorização dos pequenos universos sociais (associações, localidade, família)<sup>20</sup>, é que aparecem novos autores ocupando-se do pluralismo jurídico, reavaliando e articulando novas propostas. Nesse rol destacam-se L. Pospisil, Sally Falk Moore, Jonh Griffiths e o expressivo Boaventura de Sousa Santos.

Pospisil define o Direito como um conjunto institucionalizado de princípios de controle social, formulados geralmente por uma autoridade respeitada no seio da

---

<sup>17</sup> Idem. p. 69-70.

<sup>18</sup> Idem. p. 71

<sup>19</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura. *Conflito e Transformação social: Uma paisagem das Justiças em Moçambique*. Porto: Edições Afrontamento. ed.844, 2003. p.30

comunidade. Disto retira os principais atributos para reconhecer um sistema como jurídico: a autoridade, a intenção de aplicação universal, a obrigatoriedade e a sanção<sup>21</sup>. Sendo assim, a sociedade seria composta por um conjunto de grupos produtores de Direitos, organizados de forma hierárquica, em que o que separa o Direito estatal dos demais ordenamentos jurídicos seria apenas o critério hierárquico e não razões qualitativas.<sup>22</sup> Já para Sally Falk Moore, “*el pluralismo expresa las interrelaciones entre los espacios sociales, los cuales son semiautónomos porque se hallan, en parte, sujetos a vínculos externos, especialmente al Derecho estatal*”.<sup>23</sup>

Enquanto isso, Griffiths entende o pluralismo de duas formas, um é o autorizado pelo Estado e outro é que vive à margem do ordenamento estatal. O Estado, em contraposição, reveste-se de duas defesas, ou tenta eliminá-lo, impondo seu Direito e não permitindo normatividade ou jurisdição alguma à margem dele, ou reconhece algumas manifestações de sistemas jurídicos alternativos, estabelecendo critérios para sua aplicação e colocando-se sempre subordinados ao Direito Estatal, este caracterizado de pluralismo legal débil.<sup>24</sup>

Nos deteremos às idéias de Boaventura de Souza Santos por acreditarmos que sua revisão das principais teses teóricas e empíricas sobre o tema possibilita um conceito ampliado do que ele denomina Pluralismo Legal. Para ele, a pluralidade de Direitos ganha espaço nas relações capitalistas, envolvendo além de práticas sociais, mecanismos de poder, instituições, conflitos sociais; compondo o que ele chama de “contextos estruturais”, existindo pluralismo jurídico sempre que coexistam, em um mesmo espaço social, mais de uma ordem jurídica.<sup>25</sup> Porém, não se trata apenas de conceber os sistemas jurídicos como entidades separadas que vigoram num mesmo espaço sócio-político, para Boaventura “*se trata de concebir esos diferentes espacios legales superpuestos, interpretándose y confundidos tanto en nuestras mentes como en nuestras acciones*”<sup>26</sup>. Ao analisar a estrutura jurídica em Moçambique, foi enfático ao destacar que

---

<sup>20</sup> ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2003.p. 169

<sup>21</sup>MALLOL, Vicente Cabedo. 2004. p.16.

<sup>22</sup> In: WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit. p. 183

<sup>23</sup>MALLOL, Vicente Cabedo. 2004. p. 18.

<sup>24</sup>Idem.p. 19

<sup>25</sup> In: WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit. p. 194.

<sup>26</sup>MALLOL, Vicente Cabedo. *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. p.20.

“nas sociedades atuais a pluralidade de ordens jurídicas em presença é maior e são muito mais densas as articulações entre elas”<sup>27</sup>.

O que se tem observado, contudo, é que embora o Direito esteja estritamente vinculado com a legitimação do poder do Estado, sustentando as desigualdades sócio-econômicas e produzindo um modelo de “democracia”, o debate em torno da produção e legitimação do Direito não tem merecido atenção. Entender que existem sistemas jurídicos que operam num mesmo espaço social pode levar a expandir o conceito de Direito, possibilitando a reavaliação das relações sociais de poder para além dos limites traçados pela teoria monista convencional, revelando as fontes de opressão e emancipação promovidas pelo Direito. Segundo Boaventura, “a pluralidade jurídica [ao denunciar a ocultação ideológica] pode revelar algumas faces ocultas da opressão e, ao mesmo tempo, pode abrir campos de prática emancipatória”.<sup>28</sup> Para tanto, é fundamental que o conceito de pluralidade jurídica permita conhecer a capacidade emancipatória do Direito para os povos da América Latina.

## **1.2 A temática do Pluralismo Jurídico em questão**

Apesar de o paradigma normativo do Estado moderno pressupor que só há um Direito, este emanado do Estado, que é um Estado centralizador; a realidade nos mostra que, pelo contrário, as sociedades comportam vários sistemas normativos que não estão vinculados ao Direito Estatal e, muitas vezes, no cotidiano, são observados nas relações sociais dentro dos diversos grupos diferenciados existentes. Os estudos sobre o pluralismo jurídico, por conseguinte, se antes se centravam, sobretudo nas sociedades coloniais e pós-coloniais, agora avançam em direção às sociedades modernas, principalmente do capitalismo periférico, já que se tornou visível que também as sociedades contemporâneas são juridicamente plurais.

---

<sup>27</sup>SOUZA SANTOS, Boaventura. 2003. p. 49

<sup>28</sup>Idem. p. 60.

O reaparecimento do tema pluralismo na sociedade, segundo Germán Palácio, citado por Mallol, se deve - além da crise do paradigma monista que não responde de forma satisfatória aos reclamos da sociedade, como já exposto no item anterior – a quatro novos fatores pelo autor enumerados, quais sejam:

*a) a la crisis del modelo fordista-keynesiano y la globalización de la acumulación por la especialización flexible (se genera una variada gama de formas de producción); b) el surgimiento de bloques geo-económico-políticos, en particular ao desarrollo del neoamericanismo (la reconstrucción de la hegemonia de los Estados Unidos); c) las transformaciones – y el debilitamiento – de los Estados nacionales latinoamericanos, la implantación de políticas neoliberales y los procesos de descentralización y recuperación de lo local; y d) los efectos del declive del trabajador de masa y los nuevos movimientos sociales*<sup>29</sup>.

Nota-se, portanto, que o capitalismo pôde finalmente impor um modelo global de desenvolvimento inteiramente criado para satisfazer as necessidades de acumulação do sistema.

Para Boaventura, nos termos deste modelo, além da economia ser de mercado, as relações dentro de uma sociedade passam a se reduzir a interações mercantis. É na direção deste modelo, sofrendo o impacto produzido por ele, que a sociedade civil se reorganiza e passa, segundo Boaventura a se subdividir em três segmentos, o da sociedade civil secundária, diretamente produzida pelo Estado para abarcar, sob a forma privada, os interesses que antes eram direcionados a organização pública; o da sociedade civil extraterritorial, composta essencialmente por ONG's estrangeiras e seu contingente que se impõem sob a forma de solidariedade internacional; e, por fim, o da sociedade dita “não-civil” composta pela comunidade local, que se organiza de forma diferente do restante da sociedade<sup>30</sup>.

A partir dessa nova composição da sociedade nota-se que cada um deles possui sua própria normatividade e racionalidade jurídica, que se articulam de forma muito mais densa quando há uma maior ocorrência de conflitos e tensões entre as diferentes

---

<sup>29</sup>MALLOL, Vicente Cabedo. 2004. p. 11

<sup>30</sup>SOUSA SANTOS, Boaventura.2003. p. 75

ordens normativas e, ao mesmo tempo, há uma maior abertura e permeabilidade das mesmas à influências mútuas<sup>31</sup>. Isso significa dizer que os cidadãos e seu grupo social organizam sua realidade não só segundo o direito estatal oficial, mas também segundo o Direito consuetudinário, comunitário, local e global, de uma forma combinada.

Assim, esse novo modelo de desenvolvimento sócio-econômico trouxe consigo, transformações inclusive para o estudo da pluralidade no Direito, que se antes se centrava na mera identificação e reconhecimento de ordens jurídicas locais coexistindo num mesmo espaço com o Direito estatal oficial, agora tenta compreender também o surgimento das ordens supra-nacionais que interferem visivelmente tanto quanto as demais nas relações sociais. Boaventura, neste sentido, reforça essa idéia quando afirma que “(...) a principal força motriz da transformação do Estado e do seu direito é a intensificação das práticas transnacionais e das interações globais”<sup>32</sup>

Neste sentido, cabe aqui reafirmar que, com tamanhas transformações no seio das sociedades, o pluralismo jurídico não deve levar a uma “desorganização axiológica, social e jurídica, como uma mera justaposição do diferente”.<sup>33</sup> O que se busca com ele é articular a diferença como meio de encontrar uma integração que não tente homogeneizar as diversas ordens normativas sob o ponto de vista exclusivo do Direito estatal. O pluralismo jurídico que nos interessa, segundo Antonio Carlos Wolkmer, está comprometido com a participação de novos sujeitos, com a efetiva satisfação das necessidades humanas e com o processo verdadeiramente democrático, descentralizado, participativo e emancipatório.<sup>34</sup>

Para tanto, este novo modelo jurídico nos obriga a discutir as fontes, os fundamentos e o objeto do Direito. E é o desenvolvimento deste pluralismo jurídico, de caráter comunitário-participativo, proposto pelo citado autor, que melhor se adequa a realidade latino-americana.

No intuito de contextualizar e sintetizar este Pluralismo jurídico é que trataremos, a partir de agora, de seus fundamentos que, para Wolkmer, podem ser divididos

---

<sup>31</sup>Idem, p 76.

<sup>32</sup> Idem, p. 58

<sup>33</sup>WOLMER, Antonio Carlos.Op. cit. p. 209

<sup>34</sup> Idem. p. 209

em duas categorias básicas: os fundamentos de efetividade material, responsáveis pelo conteúdo deste novo paradigma; e os de efetividade formal, responsáveis por sua ordenação e procedimento.<sup>35</sup>

A efetividade material está intimamente ligada aos sujeitos coletivos, ou seja, aos novos atores sociais, e também à estrutura da satisfação das necessidades, responsável pela legitimação da ação destes sujeitos. Os novos atores sociais não podem mais serem entendidos de maneira universal, onde os sujeitos são individuais e soberanos, formulação que é compatível com a noção liberal de sujeitos, que exercem o controle e a manipulação dos meios de produção e distribuição de renda; mas, devem ser explicados dentro do espaço comunitário, composto por uma diversidade concreta de sujeitos, que participam e modificam o processo histórico-social.<sup>36</sup>

Segundo Wolkmer, “trata-se da retomada e ampliação de um conceito de sujeito, fortemente associado a uma tradição revolucionária de lutas e resistências (...)”.<sup>37</sup> Neste campo, as noções de Enrique Dussel sobre “povo” passam a ser de fundamental importância no quadro latino-americano. Essa denominação, segundo Dussel, só faz sentido quando as ações dos cidadãos de um mesmo espaço social, frente à sua condição de opressão, se unificam com intenção de transformar essa realidade:

De fato, para E. Dussel, o novo sujeito ativo do processo emancipatório não é mais a classe, mas o ‘povo’ enquanto massa dominada, alienada e reprimida. O ‘povo’ é categoria mais concreta que tem a vantagem de melhor retratar a práxis do contingente humano explorado de um sistema político-econômico, mais precisamente o bloco comunitário dos oprimidos de uma Nação.<sup>38</sup>

Para a realidade latino-americana, o antigo sujeito pode ser representado pelos senhores das oligarquias agrárias, pela burguesia nacional emergente, pelos diretores e presidentes das filiais multinacionais, que aos poucos devem ser substituídos por atores sociais novos; estes se articulam em conjunto em torno da verdadeira identidade latino-americana de capacidade emancipatória – e por isso são considerados sujeitos coletivos de direito -, como os camponeses sem-terra, os emigrantes da área rural, os trabalhadores superexplorados das cidades, as populações indígenas constantemente ameaçadas, as

---

<sup>35</sup> Idem.p. 209

<sup>36</sup> Idem. p. 211

<sup>37</sup> Idem, p. 212

<sup>38</sup> Idem, p. 212

minorias étnicas, e todos os demais discriminados que formam a grande parcela da população, pois se o Direito não representar seus reais interesses carecerá sempre de legitimidade social<sup>39</sup>.

Estes novos sujeitos estão ligados pela busca de dignidade, participação e satisfação urgente de suas necessidades essenciais. E é este aglomerado de necessidades que justifica e legitima a ação dos novos atores sociais; por isso, podem ser consideradas como o segundo elemento de efetividade material na construção do novo paradigma para o Direito. O que aqui se descreve como necessidades, segundo nosso autor, é vontade consciente que impele o comportamento humano a adquirir bens considerados essenciais e que inclui necessidades existenciais, de subsistência e culturais. Além disso, esse conjunto varia de acordo com o espaço social onde o sujeito está inserido, envolvendo um processo de socialização profundamente marcado por escolhas de modo de vida e por valores como liberdade e justiça.<sup>40</sup>

Agnes Geller, ao fazer um detalhado estudo sobre os diferentes tipos de necessidades, a partir de uma interpretação dos trabalhos de Marx, é claro ao afirmar que “as condições econômicas geradas pelo Capitalismo impedem a satisfação das necessidades essenciais, determinando um sistema de falsas necessidades, sedimentadas basicamente na divisão do trabalho, nas leis do mercado e na valorização do capital”<sup>41</sup>. Desse modo, a sociedade capitalista acaba por provocar não só a alienação, mas também uma ‘consciência da alienação’ que produz necessidades ligadas à sociedade do trabalho, mas que não podem ser satisfeitas neste sistema. São as denominadas ‘necessidades radicais’ que, segundo Geller, são as únicas que podem ser fatores de superação da sociedade capitalista; através desta consciência adquirida, superando a alienação.<sup>42</sup>

Tornam-se de extrema relevância seus estudos porquanto afirmam que somente uma sociedade insatisfeita, que tenha desejos de se auto determinar e atuar, é capaz de comprometer-se com a realização das necessidades que se estruturam em reivindicações de conteúdo social, político e cultural, dando a esta sociedade capacidade

---

<sup>39</sup>Idem. p. 215

<sup>40</sup> Idem.. p.217

<sup>41</sup> In: Idem, p.219.

<sup>42</sup> Idem. p. 219

emancipadora que, por conseguinte, a legitima a produzir o próprio Direito<sup>43</sup>. É neste sentido que sua teoria se encaixa aos países periféricos da América Latina, pois apesar de ainda carecerem de satisfação de suas necessidades básicas de sobrevivência por sua condição dentro do sistema capitalista, ainda assim não é possível excluir as demais contingências que devem ser igualmente satisfeitas, sobretudo aquelas que impulsionam os novos atores a reivindicarem a defesa dos direitos já adquiridos e que os fazem afirmar cotidianamente a necessidade de novos direitos.<sup>44</sup>

Para além dos elementos materiais que fundamentam o novo paradigma, são de extrema relevância alguns fundamentos de efetividade formal que irão ordenar o novo Direito, quais sejam, a reordenação do espaço público, a ética da alteridade e a racionalidade emancipatória<sup>45</sup>.

A reordenação do espaço público está vinculada a uma política democrática que consiga, além de organizar, representar a sociedade, de forma descentralizada e participativa. A. Touraine, citado por Norbert Rouland em seu livro, expressa muito a que tipo de democracia nos referimos quando salienta que “a democracia representativa se fortalece sempre e simultaneamente por uma forte descentralização do poder e por um regime plebiscitário, pela existência de grupos conscientes e organizados”.<sup>46</sup> Dessa forma, somente a livre escolha dos representantes não basta para a efetiva democracia, é necessário que os eleitores sejam representáveis, e que exista uma organização autônoma dos atores sociais acima das escolhas políticas. Dessa perspectiva é que se diz que a democracia é fraca na América Latina, pois o Estado controla, e muitas vezes também constitui os atores sociais, que não tem existência autônoma.<sup>47</sup>

Neste sentido, Wolkmer também contribui quando enfatiza que “toda e qualquer proposta de transformação e organização urbano-industrial de massa no espaço público periférico e dependente passa, hoje, necessariamente por políticas democráticas assentadas na descentralização, participação e controle das bases”.<sup>48</sup> Assim, para que seja

---

<sup>43</sup>Idem. p.221

<sup>44</sup> Idem. p. 222

<sup>45</sup> Idem. p. 222

<sup>46</sup> ROULAND, Norbert. 1998. p. 215-216.

<sup>47</sup> Idem. p. 216

<sup>48</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit. p. 226

possível o desenvolvimento da verdadeira democracia, a participativa, é necessário ter como objetivos principais a descentralização administrativa e o controle do poder e de recursos pelo povo, que deve exercer a autogestão local. Para tanto, torna-se de fundamental importância o resgate das atividades em comunidade, a participação e o controle popular de uma gestão política descentralizada<sup>49</sup>.

Wolkmer, ao citar alguns atores que tratam do tema da democracia participativa ou de base, dá alguns exemplos do que deveria ser desenvolvido no seio das sociedades periféricas, com o intuito de se concretizar este tipo de democracia. Assim cita Pedro Jacobbi, para quem é de absoluta importância a existência de organizações populares na esfera pública local e a ocupação estratégica de cargos ou funções em âmbito distrital e municipal por sujeitos envolvidos com as causas comunitárias. Já Dalmo Dallari enfatiza a necessidade da participação do povo no planejamento administrativo, seja para aprovar as propostas de orçamento, nos órgãos consultivos, nos órgãos colegiados do Judiciário, seja no exercício de um poder de controle que facilite o direito à informação.<sup>50</sup>

Pensar nesta alternativa é entender o espaço público como legitimador de novos atores sociais, tornando-os capazes de implementar suas necessidades fundamentais e, dessa forma, tornarem-se aptos a produzirem seu próprio Direito<sup>51</sup>. Na mesma direção, com o objetivo de concretizar a efetividade formal e tornar possível o pluralismo jurídico do qual tratamos, faz-se necessário formular uma nova ordem de valores éticos, que comprometam o pluralismo jurídico, pois é explícito que a crise do paradigma monista vem obviamente acompanhada de novas idéias e práticas valorativas.

Segundo Wolkmer:

(...) a crise do ethos valorativo vivenciada pelas formas de vida da sociedade contemporânea de massas tem sua razão de ser na profunda perda de identidade cultural, na desumanização das relações sócio-políticas, no individualismo irracionalista e egoísta, na ausência de padrões comunitários e democráticos, senão ainda na constante ameaça de destruição da humanidade e de seu meio ambiente.<sup>52</sup>

Portanto, essa crise valorativa pela qual a sociedade moderna passa nos leva a buscar um novo e alternativo universo valorativo. Segundo nosso autor, quem melhor

---

<sup>49</sup> Idem. p. 226-227

<sup>50</sup> Idem, p. 229-230.

<sup>51</sup> Idem. p. 230

tratou do tema foi Jürgen Habermas, com sua teoria da racionalidade comunicativa, buscando uma saída para a crise da ética moderna propondo valores que levem a independência dos sujeitos sociais<sup>53</sup>.

Esta nova racionalidade é descrita por Habermas como prático-comunicativa, designando aquelas interações sociais para as quais o uso da linguagem orientado para o entendimento assume o papel de coordenação da ação. A racionalidade então já não é uma faculdade abstrata, inerente ao indivíduo isolado como nos queria fazer crer a teoria liberal-individualista; é, senão, um procedimento argumentativo pelo qual dois ou mais sujeitos concordam sobre questões relacionadas a verdade, justiça e autenticidade.<sup>54</sup>

Porém, para que esta nova ética - pautada em três princípios fundamentais: princípio de justiça, princípio de solidariedade e do bem comum - seja realmente emancipadora e pilar de uma nova proposta para o Direito dos países periféricos é necessário que ela tome em conta as condições histórico-materiais dessas sociedades e mostre-se como expressão de valores próprios destas sociedades, tornando-se – como classifica nosso autor – uma “ética concreta da alteridade”, que traduz valores emergentes das próprias lutas, conflitos, interesses e necessidades desse povo. Esclarece Wolkmer:

(...) Admite-se, assim, que a ética concreta da alteridade tem um cunho libertário, pois, por estar inserida nas práticas sociais e delas ser produto, pode perfeitamente se materializar como instrumento pedagógico que melhor se adapta aos intentos de conscientização e transformação das nações dependentes do Capitalismo periférico, bem como das lutas de libertação e emancipação nacional dos povos oprimidos.<sup>55</sup>

Para tanto, abandonar as categorias teóricas eurocêntricas e tratar os processos de conhecimento desenvolvidos na América Latina, assim como utilizar a situação histórica e a estrutura social econômica concreta desta periferia do sistema, tornou-se de suma relevância para o presente processo de transformação valorativa da sociedade.

(...) o desafio está em transgredir o convencional e buscar valores emergentes (a nível de pensamento, da sensibilidade, e da ação

---

<sup>52</sup> Idem, p. 233 - 234

<sup>53</sup> Idem. p. 235

<sup>54</sup> MALLOL, Vicente Cabedo. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. p. 22

<sup>55</sup> In: WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit. p. 240

comportamental), provenientes de práticas sociais emancipatórias e das lutas reivindicatórias por necessidades transformadas em direitos.<sup>56</sup>

Em compasso com a ética da alteridade, está a racionalidade, como pilar final enquanto efetividade formal do novo paradigma. Este deve ser de caráter emancipatório, que não nasce de fundamentos universais, mas de interesses e necessidades dos sujeitos em permanente interação. Segundo Mallol, a modernidade consegue aceitar a diversidade e reconhecer, portanto, o pluralismo jurídico que uma racionalidade emancipadora busca.<sup>57</sup> É a razão dialogada a que alude Habermas a que permitirá, sem perder a heterogeneidade, que se articulem as diferenças, buscando nesse mesmo tempo uma unidade e uma integração do diferente, superando o falso dilema do universalismo versus particularismo cultural.<sup>58</sup>

Portanto, é somente diante de uma racionalidade que nasce da vida concreta que se é capaz de buscar uma razão livre e emancipadora. De acordo com Wolkmer:

(...) Trata-se de construir uma racionalidade como expressão de uma identidade cultural enquanto exigência e afirmação da liberdade, emancipação e autodeterminação. Todo o esforço para a autenticidade de uma cultura periférica emancipadora incide na elaboração de uma racionalidade emancipatória própria – distinta e diferentemente dos processos alcançados pelo racionalismo colonizador da modernidade ocidental -, fundada numa razão liberta, cuja realidade não provenha da razão, mas cuja razão derive da realidade.<sup>59</sup>

É dessa forma que o novo paradigma para o Direito conseguirá lançar suas bases sobre a realidade latino-americana, pois tratará de respeitar a articulação das diversas identidades culturais, o processo histórico que aqui se deu e as condições de sua estrutura social, política e econômica concretas como periferia do sistema capitalista.

### **1.3 O Pluralismo étnico e cultural dos países latino-americanos**

---

<sup>56</sup>WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit. p. 244

<sup>57</sup>MALLOL, Vicente Cabedo. Op. cit. p. 22

<sup>58</sup>MALLOL, Vicente Cabedo. Op. cit. p. 22

<sup>59</sup>WOLKMER, Antonio Carlos. Op. cit. p. 253

Do ponto de vista pluralista, os princípios e regras éticas não estão dados de forma absoluta ou transcendental a toda cultura, nem muito menos se encontram em um ponto de convergência racional, e sim são o resultado de interações constantes entre os membros de uma cultura ou de diferentes culturas<sup>60</sup>.

Neste sentido, falar de pluralismo jurídico se justifica porquanto existem diversas culturas com identidade e racionalidade própria e que reconhecem a ordem, a segurança, a igualdade e a justiça desde um ponto de vista específico. É o denominado multiculturalismo, realidade empírica, característica antiga e permanente dos Estados nacionais, sobretudo na América Latina.

Os Estados nacionais latino-americanos, surgidos das colônias luso-hispânicas no início do século XIX, têm, em sua maioria, abundantes populações indígenas, de diferentes línguas e distintas formas de organização social e política. A este multiculturalismo se pode agregar, ao menos num primeiro momento, grupos mestiços e a população afrodescendente, fruto do projeto colonial baseado na escravidão. Além disso, em muitos países, como Brasil e Argentina, chegaram do pós-guerra alemães, poloneses, italianos, japoneses, entre outros imigrantes.

Porquanto todas as culturas tenham contribuído de alguma forma para a pluralidade étnica dos países latino-americanos, as populações indígenas foram as que menos se enquadraram ao modelo liberal individualista dos novos Estados nacionais. Por esta razão, as políticas liberais do século XIX tentaram se não exterminá-los, incorporá-los de maneira violenta. A conclusão que se chega é que estes povos conseguiram sobreviver a todo um período colonial e pós-colonial; se houve aculturação, é certo, também que houve resistência e organização e é por isso que estes povos serão centrais para o presente trabalho.

Há que se lembrar que a categoria “índio” foi criada pelo colonizador e faz referência necessariamente à relação colonial. O índio surge com o estabelecimento da ordem colonial européia na América; antes não há índios, mas povos diversos com suas identidades próprias. O índio é criado pelo europeu, porque a atuação colonial perante o resto do mundo, segundo Batalla, exige a definição do colonizado como diferente e inferior

---

<sup>60</sup>OLIVÉ, Leon. *Multiculturalismo y pluralismo*. Ciudad de México: Ed. Paidós Mexicana S.a. 1999. p. 68

(de uma perspectiva racial, cultural, intelectual, religiosa, etc)<sup>61</sup>. Com base na categoria “índio”, o colonizador racionaliza e justifica a dominação e sua posição de privilégio, transformando a conquista ideologicamente em empreendimento redentor e civilizador.

Apesar de serem os censos escassos e incompletos, baseando-se em critérios distintos em cada país, estima-se que na América Latina, os grupos indígenas somem 8% da população regional. São 35 milhões de pessoas, conformando 400 grupos lingüísticos diferentes<sup>62</sup>. Estes censos tratam de reafirmar as populações indígenas como minorias apesar de que, por exemplo, no caso da Bolívia, a população indígena, de acordo com o censo de 2001<sup>63</sup>, era de aproximadamente 3.142.637 pessoas, o equivalente a 62% da população nacional de 15 anos de idade ou mais. O importante a destacar é que os povos indígenas foram e são excluídos e marginalizados em âmbito nacional sem considerar a porcentagem que representam. Atualmente se reconhecem 35 diferentes povos indígenas na região boliviana, nem por isso estes grupos deixaram de ser tratados como minorias perante o Estado nacional liberal-individualista, até a chegada de um indígena a chefia de Estado.

No Brasil, o Censo 2000 revelou que 0,4% da população do Brasil é de indígenas, num total de 701.462 indivíduos. Do Censo de 1991 para o recente, a população de índios cresceu 138% no país. O número surpreendeu líderes de movimentos indígenas cuja expectativa era de que os índios seriam 400 mil no ano 2000. Para eles, a principal razão para esse aumento é a organização do movimento indígena, tendo os próprios índios como protagonistas do processo, e levando os próprios indivíduos, que antes se sentiam minimizados por sua condição, a se auto reconhecerem como indígenas<sup>64</sup>.

No Chile, são 10% da população chilena; já na Colômbia, país de grande diversidade étnica, são 80 grupos indígenas, somando mais ou menos 700 mil pessoas concentradas no Oriente, Cauca, Guajira, Amazônia, Pacífico e Orinoquia. No México,

---

<sup>61</sup>BATALLA, Guillermo Bonfil. In: SANTOS, Silvio Coelho. *Povos indígenas e a constituinte*. Florianópolis: Ed. UFSC/Movimento. 1989. p.51

<sup>62</sup>BELLO, Álvaro. *Etnicidad y ciudadanía em América Latina: la acción colectiva de los pueblos indígenas* Santiago de Chile: CEPAL, 2004. p.51

<sup>63</sup>ROJAS, Edwin. *La demanda autonômica em Bolívia*. In: Subversión. Ano 1. Nº 1º. Cochabamba: Centro Gandhi. 2006. p.53-54.

<sup>64</sup>POPULAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL. Instituto Sócioambiental: online. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/populacao-indigena-no-brasil>>. Acessado em: 11.05.09

para finalizar com os exemplos, a população indígena é de aproximadamente 140 mil pessoas<sup>65</sup>.

Cada um desses grupos conformam unidades em tese cultural e socialmente autônomas. Essas unidades podem ser chamadas de Nações, porém são frágeis demograficamente e não tem condições de subsistirem enquanto unidades políticas independentes dentro do sistema capitalista conformado mundialmente, fazendo dessa dependência para com o Estado uma realidade<sup>66</sup>.

Além disso, já não é mais possível compreender os povos indígenas como um ator homogêneo, carente de diferenças internas quando, na realidade, o que há é um conjunto de povos, grupos e atores diferenciados por culturas, línguas e formas de vida distintas. Veja-se, por exemplo, que há diferenças entre os grupos indígenas da América. As sociedades indígenas pré-colombianas (maias, astecas e incas) encontravam-se em um grau de desenvolvimento material diferente e muito mais complexo, do que os indígenas da América do Norte e América do Sul. Porém, também encontraremos muitas semelhanças, no que se diz respeito à produção econômica para sobrevivência e à organização política-social.

São diferenciados também pelas formas com que foram incorporados aos Estados nacionais e as distintas repostas que deram a esta incorporação. A sociedade nacional sempre se aproveitou do potencial representado pelas sociedades indígenas para realizar seus projetos de expansão, seja na forma de utilização da força de trabalho de seus membros, seja explorando os recursos naturais que estão sob seu domínio, reafirmando pura e simplesmente o processo de dominação colonial. Outrossim, os países latino-americanos se conceituam como única Nação, desconhecendo a existência de cerca de centenas de povos que lograram sobreviver no espaço territorial controlado pelo Estado<sup>67</sup>.

Com efeito, os grupos que não foram exterminados ou absorvidos pelos processos “civilizatórios” passaram a formar parte de um setor da sociedade nacional cuja condição de subordinação responde a um processo combinado de formas de exclusão e exploração, mas onde a cultura tem um papel central. Neste sentido, nos afirma Bello:

---

<sup>65</sup> BELLO, Álvaro. 2004. p.51

<sup>66</sup>SANTOS, Silvio Coelho (org). *O índio perante o Direito*. Florianópolis: Ed. UFSC. 1992. p. 15-16

<sup>67</sup>Idem. p. 15-16

*(...) por lo general, los movimientos indígenas responden a una lógica en que esta involucrada la opresión que ejercen los grupos dominantes de una sociedad que ha utilizado las diferencias culturales para excluir a quienes se considera inferiores; la categoría indio refleja esto en tanto conjunto de percepciones y representaciones negativas, lo que determina las formas y métodos de exclusión de los indígenas.<sup>68</sup>*

Cultura segundo um conceito antropológico, são ações, objetos e expressões significativas construídas e compreendidas dentro de um contexto sócio-histórico, através dos quais os sujeitos produzem, transmitem e recebem tais formas simbólicas, e através dos quais condicionam sua identidade<sup>69</sup>.

A identidade étnica, então, tem papel fundamental nas ações indígenas, visto que constitui um conjunto de repertórios culturais interiorizados e valorizados por meio dos quais estes novos atores sociais se reconhecem entre si, demarcam suas fronteiras e se distinguem dos demais atores dentro de um espaço histórico específico<sup>70</sup>.

*Existe un nivel de movilidad, e incluso de instrumentalidad de la identidad, en la medida en que los sujetos comparten y viven otros niveles de identidad (individual, de clase, de género y otras) y en la medida en que las identidades dependen de manera permanente de los distintos contextos sociales en que se desenvuelven.<sup>71</sup>*

A identidade étnica forma parte de um âmbito politizado da vida social indígena quando dá sentido a sua ação coletiva e as suas relações com o Estado e com o resto da sociedade, mas que também se associa com a vida cotidiana e as práticas sociais de cada sujeito. Segundo Bello<sup>72</sup>, *las identidades no solo son un estandarte o una estrategia instrumental enarbolada, sino también formas de comprender y organizar la realidad.*

Percebe-se, dessa forma, um arranjo de símbolos culturais nos discursos dos povos indígenas dentro de suas ações coletivas. Esses símbolos operam como emblema da identidade e são utilizados como meio de controle do antagonismo entre os diferentes grupos. Tais símbolos são organizados intencionalmente, como forma de comunicação e registro, permitindo ordenar reflexivamente as ações coletivas, sobretudo, reforçando a identidade indígena dentro do marco da chamada luta por reconhecimento da diferença, em oposição a política de integração estatal das minorias<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup>BELLO, Álvaro. 2004. p.128

<sup>69</sup> Idem. p.33

<sup>70</sup> Idem. p.31

<sup>71</sup> Idem. p.32

<sup>72</sup> Idem. p.15

<sup>73</sup> Idem. p. 16

Neste âmbito é que podemos falar de movimento indígena, entendendo-os não só pelo que são, senão também pelo que fazem e dizem, ou seja, por suas formas de ações coletivas como sujeitos sociais dentro dos Estados nacionais, operando através da politização de suas identidades culturais, que se constroem em meio a ação política, negociação com o Estado e a necessidade de visibilidade pública na sociedade. Esta dinâmica é também chamada de etnicidade<sup>74</sup>.

Durante os últimos anos ocorreu uma mudança nas representações sociais que compunham os Estados-Nação, cuja solidez inquebrantável acabou em uma crise de legitimidade, que obrigou a sociedade a reavaliar e criar novas formas de organização e convivência social.

É neste contexto que surgem as lutas dos grupos indígenas, caracterizadas por um conjunto de demandas e práticas políticas que apelam ao aprofundamento da democracia e à participação, com o rompimento do clientelismo e, sobretudo, buscando reconhecimento de seus direitos econômicos, sociais e culturais dentro do marco dos Estados nacionais.

Um exemplo claro dessas intenções ficou marcado durante o seminário “Povos Indígenas, Constituições e Estados Plurinacionais”, realizado em La Paz, Bolívia, em janeiro de 2008. Na declaração final do evento, realizado pela Coordenadora Andina de Organizações Indígenas (CAOI), organização criada em julho de 2007, os participantes ratificam sua decisão:

Os Povos Indígenas decidem integrar o Abya Yala [América], para reconstruir nossos Povos, lutando pela inclusão e a construção de Estados Plurinacionais e Sociedades Interculturais, com novos governos que reconheçam nossos territórios e direitos coletivos e implementem políticas públicas, saberes e democracias interculturais, tendo como princípio para as sociedades a Unidade na Diversidade, e a construção de sociedades alternativas sobre a base das propostas dos Povos Indígenas.<sup>75</sup>

Compareceram ao seminário representantes dos povos Aymara, Quéchuas, Poqra, Mapuche, Kichwa, Pemón, Miskitu, Guarani, Ayoreo e Chiquitano, provenientes da Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Argentina (formadores, com o Chile, da CAOI), Venezuela, Nicarágua, Honduras e Paraguai. O Brasil esteve representado pela

---

<sup>74</sup>Idem. p. 9

<sup>75</sup>OJEDO, Igor. *ALAI: América Latina en Movimiento*. Povos Indígenas se unem por Estados Plurinacionais. Disponível em: <<http://alainet.org/active/21711&lang=es>>. Acessado em 11.05.2009.

Coordenadora de Organizações Indígenas da Bacia Amazônica (COICA) e através do Conselho Indigenista Missionário (Cimi)<sup>76</sup>.

Talvez o mais importante a se destacar é que os movimentos indígenas demandam não só a restituição de seus bens materiais, como o direito a gozar de suas terras e recursos naturais, senão também autonomia territorial, autodeterminação, direito a expressar e manter sua identidade coletiva, educação bilíngüe intercultural, reconhecimento constitucional como povos indígenas e participação política<sup>77</sup>.

O foco é a viabilização de sociedades baseadas em novos paradigmas, que levem em conta as percepções de mundo dos diversos povos originários da região, excluídos da participação política desde a chegada de espanhóis e portugueses à região. Eles exigem não serem mais vistos como folclore, e sim como sujeitos, verdadeiros atores políticos<sup>78</sup>.

#### **1.4 O reconhecimento do Pluralismo Jurídico pelos Estados latino-americanos**

A partir deste contexto pluriétnico e multicultural pode-se perceber que as demandas indígenas não são apenas o reflexo de uma tentativa romântica de cultuar o passado e a tradição, mas, antes disso, uma luta por reconhecimento de direitos dentro de um esquema de globalização que permanentemente fere seu direito coletivo à diferença.

É o que exprime a ação coletiva indígena quando apela *desde la cultura y la identidad, a transformación de fondo como eliminacion del carácter monolítico del Estado y el reconocimiento formal y normativo del carácter multicultural y pluriétnico de la sociedad*<sup>79</sup>.

Por esta via, a ação coletiva tem como meta a transformação das relações de poder e das formas excludentes de organização do Estado e da sociedade nacional (nota-se claramente essa preocupação na Bolívia, Guatemala e México) e a busca por controlar seus recursos próprios (ação constante no Brasil, Chile, Panamá e Venezuela).

---

<sup>76</sup> Idem. p. 13

<sup>77</sup> Idem. p.14

<sup>78</sup> BELLO. Álvaro. *Op. cit.*, p. 18

<sup>79</sup> Idem. p.40

E foi impulsionado também por estas ações fundamentadas do movimento indígena organizado que o Estado liberal foi buscar a readequação de seus institutos, sobretudo no âmbito Jurídico, com o fim de absorver tais demandas sem, contudo, alterar as suas bases modernas, de caráter liberal.

Num primeiro momento, de consolidação dos Estado-nação, já no século XIX, a ideologia liberal impediu um verdadeiro processo de integração social baseado no reconhecimento da diversidade cultural como característica positiva da América Latina. A ideologia progressista impera nesta região, trazendo agora na bagagem a dicotomia moderno (pólo este legitimado) – tradicional (pólo estagnado). Segundo Bello<sup>80</sup>:

*(...) las ideas de progreso y orden descartan a las economías indígenas como formas económicas válidas, porque el objetivo de la modernización es la centralización y homogeneización de las formas económicas, basadas en el mercado exclusivo y excluyente de organización económica global.*

Assim, a economia indígena passou de produtiva à subsistência e o caráter de estagnação ficou comprovado com a falta de investimentos por parte do Estado neste tipo de economia, impedindo desta forma a sua evolução como força produtiva.

E assim é que no início do século XX, profundamente marcado pelas primeiras reformas agrárias - que, a par da intenção de melhor distribuir terras, acabou se convertendo em uma forma mais de dominação - que os grupos indígenas passam a se relacionar com o Estado, sobretudo quando se retiraram do poder coletivo indígena seus recursos naturais e os repassaram à propriedade pública estatal. Estas reformas, portanto, demarcaram ainda mais o lugar subordinado e terminal das economias indígenas.

Este processo acaba levando milhares de famílias indígenas, originárias do campo, para a cidade. O processo migratório fez com que durante muito tempo se acreditasse que a cidade levaria à morte cultural destas famílias, sobretudo pela forte discriminação a qual seriam submetidas, já que passaram a compor o quadro de mão-de-obra urbana não qualificada.

Conjugando da idéia de que o migrante romperia com sua comunidade e se integraria ao cenário não-indígena o Estado, através de ações políticas, buscou a estratégia

---

<sup>80</sup>Idem. p.48

indigenista de integração pela intervenção estatal. Bello, aqui contribui quando afirma: *en este sentido, el propósito del indigenismo de Estado era cambiar la situación y condicion del indígena por la vía de políticas y programas que los sacarían de su atraso y su refugio en la tradición, el parroquialismo y ignorância*<sup>81</sup>.

A maior expressão do indigenismo como política de Estado se deu no México, durante o período de 1940 a 1960, após o 1º Congresso Indigenista Interamericano, fortemente marcado pela busca de propostas de meios de proteção ao índio através de sua integração e assimilação ao Estado. Assim, novas propostas políticas são lançadas, principalmente com a chegada ao poder de governos populistas. Para ficar com apenas um exemplo, na área da educação, a ideologia oficial do Estado trata de reescrever a história e obrigar a alfabetização em língua oficial, impondo às comunidades (...) *estratégias de desarrollo y visiones contrapuestas a sus intereses, realidades y demandas específicas*.<sup>82</sup>

Durante todo este período indigenista, de profundo caráter paternalista tanto por parte dos Estados como também de estudiosos que contribuíram para tal, nota-se que a ação coletiva indígena não deixa de existir, ao contrário, resiste através de uma adaptação contínua, reelaborando suas tradições em contextos diferentes e por diversas vezes hostil, conservando sua cosmovisão ou inconsciente coletivo comum. Dessa forma, se novas políticas públicas apareceram, igualmente surgiram novos projetos próprios. Isto se explica porque na maioria das vezes é unicamente através das políticas públicas que estes grupos sociais se relacionam com o Estado.

É o que demonstra a nova realidade indígena urbana:

*(...) la formación de barriadas, poblaciones o pueblos jóvenes de México DF, Bogotá, Santiago o Lima, donde se han formado verdaderos barrios indígenas que dan cabida a sucesivas oleadas de nuevos inmigrantes y constituyen redes formales y informales, organización vecinales, culturales, políticas y productivas cuyo núcleo articulado es un sentido de pertenencia o identidad colectiva*<sup>83</sup>.

A migração indígena implicou, portanto, em constituir novas formas de apropriação do espaço, criando novas dinâmicas sócio-culturais, apelando à transformação

---

<sup>81</sup> Idem.p.68

<sup>82</sup> Idem.. p.69

<sup>83</sup> Idem. p.56

dos espaços urbanos em lugares de multiculturalismo e fazendo também com que as diversas etnias se conhecessem e se articulassem. É o que demonstra o surgimento a partir do ano 2000, na Venezuela do Conselho Nacional Índio de Venezuela (CONIVE); na Bolívia da “*Confederación Indígena del Oriente, Chaco y Amazonía Boliviano*” (CIDOB), do Movimiento Nacional Campesino Indígena (MNCI); no México do Movimento Indígena Popular (Puebla), e no Brasil da COIAB - Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira, entre muitos outros que foram surgindo conforme demandava a política de seu país.

Nesta fase se iniciam os debates acerca do pluralismo jurídico como condição para a democracia de Estados pluriétnicos e multiculturais, nos quais os países latino-americanos se enquadram sem dificuldade. É o que demonstra Oscar Correias, citado por Mallol, ao afirmar que *nuestro concepto de democracia debe incluir el pluralismo jurídico de manera que no será democrático un Estado que desconoce o combate sistemas alternativos también democráticos*.<sup>84</sup>

É importante destacar que reconhecer o Pluralismo Jurídico não significa unicamente reconhecer os direitos pleiteados pelos movimentos indígenas organizados. Para falar de um verdadeiro pluralismo jurídico (...) *debe reconocerse, por um lado, el derecho consuetudinario indígena y, por otro, el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, sobre la base de este derecho, por las propias autoridades indígenas*<sup>85</sup>; ou seja, o reconhecimento do pluralismo jurídico perpassa não somente pelo reconhecimento da pluriétnicidade e multiculturalidade latino-americana, senão também pelo reconhecimento de um Direito criado dentro das comunidades indígenas, de caráter consuetudinário e, ao mesmo tempo, através do reconhecimento da autoridade indígena para resolução de conflitos.

Mallol enfatiza com clareza que (...) *en aquellos Estados que reconocen el Derecho indígena, pero que no permite el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales no existe um auténtico pluralismo jurídico*<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> CORREAS, Oscar. In: JUMPA, Antonio Peña (coord); MALLOL, Vicente C.; BÁRCENAS, Francisco López. 2002. p.68

<sup>85</sup> Idem. p.95

<sup>86</sup> Idem. p. 95.

Com esta base, podemos dividir os Estados latino-americanos de acordo com o reconhecimento em maior ou menor grau do pluralismo jurídico, em três níveis, a saber:

1º) os Estados que não reconhecem os sistemas jurídicos indígenas (estados monistas e etnocêntricos); 2º) os Estados que aceitam os costumes jurídicos indígenas perante os juízos estatais, mas não permitem que as autoridades indígenas exerçam funções jurisdicionais e 3º) os Estados que reconhecem tanto o Direito como a própria jurisdição indígena.<sup>87</sup>

Para assim diferenciá-los, é mister recorrer a Constituição, lei maior dos Estados de Direito, de cada um desses países.

No primeiro grupo de Estados, estão os que não fazem referência alguma em suas Cartas Magna ao pluralismo étnico e cultural de seus países, quanto mais o de aspecto jurídico, tais como Panamá, Chile, Costa Rica, Argentina e Brasil. Sem embargo, isto não significa que não haja legislação específica sobre a matéria, o que certamente nos obriga a crer que, mesmo com resistência, o Estado não pôde deixar de se posicionar perante o assunto, visto que não se pode ignorar a pluriétnicidade e multiculturalidade de seu povo e nem tampouco a resistência dos movimentos indígenas atuantes em cada um desses países.

E assim é que o Panamá se torna o primeiro Estado latino-americano a reconhecer a autonomia indígena, logo após a Revolução de Tules, protagonizada pelos indígenas kunas, em 1925. A promulgação da Lei nº 16, em 1953 acaba por criar a primeira comarca indígena do Panamá, denominada Comarca San Blas, porém mais conhecida como Comarca Kuna Yala<sup>88</sup>. No território desta comarca se assenta o povo indígena kuna, repartido em 49 comunidades, cujo órgão máximo de decisão política é o Congresso Geral Kuna e dentro desta comarca as autoridades indígenas administram autonomamente a Justiça.

Do mesmo modo, em 1983, foi promulgada a lei nº 22 que criou a Comarca Emberá, território onde se encontram os indígenas emberá-waunana. Em seu artigo 11, reconhece às autoridades indígenas a faculdade de conhecer e sancionar os atos que naturalmente não se encontrarem na legislação punitiva estatal<sup>89</sup>.

No Chile, onde as tentativas de assimilação foram bastante eficazes, principalmente através da repartição das reduções indígenas, delegando propriedades privadas aos índios individualmente; com o Decreto lei nº2568 de 1979; o fim das ditaduras

---

<sup>87</sup> Idem. p.96

<sup>88</sup> Idem. p.153

militares traz a esperança de reconhecimento. Assim, em princípios dos anos 90, quando o governo democrático de Patrício Aylwin cria a Comissão Especial dos Povos Indígenas (CEPI), através da articulação com organizações e representantes indígenas, é criada a Lei nº 19.253, que passa a reconhecer o Direito consuetudinário indígena de forma limitada, não reconhecendo sua capacidade jurisdicional.<sup>90</sup>

O Brasil, a par de não reconhecer o pluralismo cultural de seu povo em sua Constituição Federal de 1988, dita social, ainda assim não pôde deixar de fazer referência e de assegurar alguns direitos aos povos indígenas em sua Carta Magna. No capítulo VIII, artigo 231, reconhece ao índio “(...)sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam(...)”<sup>91</sup>.

Além disso, em 1973 cria o Estatuto do índio (Lei nº 6.001) e passa a afirmar que as infrações cometidas pelos indígenas terão a pena atenuada, de acordo com seu grau de integração e estas serão cumpridas nas proximidades de seu território indígena. Ao permitir a aplicação de sanções pelas autoridades indígenas e de acordo com suas próprias instituições, desde que não fossem estas revestidas de caráter cruel, restando proibida a pena de morte (artigo 53 da referida lei), esta lei, ainda que informalmente, reconhece o pluralismo jurídico representado pelo sistema jurídico dos povos indígenas do país.

Já no segundo grupo, têm-se os Estados que aceitam o Direito Consuetudinário indígena, porém não reconhecem sua capacidade de jurisdição. São países como Paraguai e Guatemala.

O Paraguai, composto de uma grande maioria indígena guarani, viu seu povo ser dizimado e aculturado gradativamente durante os 35 anos de ditadura de Straussner. Foi somente com o golpe militar que a Constituição paraguaia, em 1992, passou a reconhecer expressamente a existência de povos indígenas no país, sobretudo com a ratificação do Convênio nº 169 da OIT (organização internacional do trabalho)<sup>92</sup>, do qual trataremos mais adiante.

---

<sup>89</sup> Idem. p.156

<sup>90</sup> Idem.p.159

<sup>91</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: OLIVEIRA, Jose Carlos (org.) *8 em 1 acadêmico*. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz. 2005.p.693

<sup>92</sup> JUMPA, Antonio Peña (coord); MALLOL, Vicente C.; BÁRCENAS, Francisco López. 2002.p.112

Esta Constituição, em seu artigo 63, reconhece o Direito Indígena, ou seja, são considerados os costumes e cosmovisões jurídicas dos indígenas perante a jurisdição, que continuará sendo privativa do Estado.

Guatemala foi o país que primeiro abordou a questão étnica e regulou os direitos indígenas em sua Constituição, no ano de 1945. Porém, com a intervenção norte-americana, em 1954, os indígenas vêem seus projetos esvaírem-se por afetarem interesses monopolísticos, sobretudo da United Fruit Company<sup>93</sup>.

A atual Constituição, aprovada em 1986 e reformada em 1993 retoma a questão indígena e em seu artigo 58 reconhece direitos étnicos aos grupos indígenas. Porém a repressão a estes grupos não mudou quase nada, até que em 1990 a Unidade Revolucionária Guatemalteca, depois de anos de combate com o Estado, acaba firmando uma série de acordos que se referiam a Identidade e Direitos dos povos indígenas.

Segundo Juan E. Mendez e Ian Chambes, ambos citados por Mallol, (...) *el Estado Guatemalteco se comprometió a reconocer y respetar las instituciones y prácticas tradicionales así como las formas de organización social y las formas de resolución de conflictos inherentes a los pueblos indígenas*<sup>94</sup>. Além disso, se reconheceria o Direito Indígena e se contemplaria a possibilidade dos próprios indígenas resolverem sobre a base de sua normatividade os seus conflitos internos.

Em 1998, em cumprimento a estes acordos o Congresso aprovou uma série de reformas constitucionais que posteriormente deveriam ser submetidas a consulta popular. Porém a consulta, que acabou ocorrendo em 1999, restou inexitosa e a Constituição continua não fazendo referência à jurisdição indígena.

No terceiro grupo de Estados que reconhecem o pluralismo jurídico com maior amplitude em sua Constituição, estão países como México, Colômbia, Bolívia, Peru, Equador e Venezuela.

Colômbia foi a primeira dentre os Estados latino-americanos a reconhecer em sua Constituição de 1991, a jurisdição indígena; no artigo 4º reconhece o pluralismo étnico e cultural da Nação e no artigo 246 as faculdades que tem as autoridades indígenas de exercer sua própria jurisdição de acordo com seu próprio Direito.

---

<sup>93</sup>Idem.p.141

<sup>94</sup> MENDEZ, Juan E; CHAMBERS, Ian. In: JUMPA, Antonio Peña (coord); MALLOL, Vicente C.; BÁRCENAS, Francisco López. 2002., p.144

Isto se deve primeiramente a não ser a população indígena tão significativa (apenas 2% da população colombiana) e também, segundo Herinaldy Gómez a (...) *la debilidad del Estado, la crisis de la justicia, pero sobretudo a las formas de existência y resistência india, de indentidad e interculutralidad que han possibilitado la coexistência paralela, simultanea o alternativa de derechos infraestatales*<sup>95</sup>.

No Peru, o direito a jurisdição indígena se encontra demarcado no artigo 149 de sua Constituição de 1993, estabelecendo como limite a este exercício a aprovação de uma lei de coordenação entre tal jurisdição e a estatal, além da não violação aos direitos humanos.

O grande problema que os grupos indígenas enfrentam com esta redação constitucional é que unicamente contemplam conflitos que se produzirem entre indígenas dentro de sua comunidade específica e se esquecem que a realidade é muito mais ampla<sup>96</sup>.

Já a Venezuela reconheceu pela primeira vez em toda sua história, com a aprovação do referendun em 1999, em sua nova Constituição, o pluralismo étnico e cultural de sua sociedade, sobretudo em seus artigos 121 (direito a manter e desenvolver sua identidade étnica e cultural), 123 (garante direito a promoção de práticas econômicas próprias) e 260, que reconhece a jurisdição indígena. A dificuldade em exercer esta jurisdição se encontra aqui e, como visto, em grande parte das Constituições destacadas, na limitação deste exercício à compatibilidade com a Constituição, a lei e a ordem pública<sup>97</sup>.

A ampliação da cidadania sobre a base do respeito à diversidade, ao multiculturalismo, a pluralidade étnica e sobre o reconhecimento de direitos coletivos é uma exigência e um ideal, pois mediante estes princípios, exigidos pelos povos indígenas na maioria dos países da região, é que será possível a reavaliação de concepções até agora vigente em matéria de direitos humanos, sem deixar de lado a possibilidade de redesenhar o Estado, os currículos educativos, a administração da Justiça e, inclusive, as estratégias produtivas<sup>98</sup>.

Diante de tal quadro latino-americano faz-se mister reconhecer que em muitos países as medidas jurídicas implementadas, mais que buscar resolver os problemas,

---

<sup>95</sup>GOMÉZ, Herinaldy..In: JUMPA, Antonio Peña (coord); MALLOL, Vicente C.; BÁRCENAS, Francisco López. 2002. p.97

<sup>96</sup> Idem, p.101.

<sup>97</sup> Idem. p.102

constituem um eixo colateral que procura melhorar a eficiência do Estado; tarefa necessária, porém insuficiente para lograr a descolonização do Direito<sup>99</sup>.

Para o objetivo presente, o reconhecimento dos Direitos dos povos indígenas devem expressar-se não só no papel, mas em práticas concretas, visando respeito a formas de vida distintas da hegemônica.

---

<sup>98</sup> Idem, p.24.

<sup>99</sup> BELLO. Idem, p.23-24.

## 2. CONSTITUCIONALISMO E DIREITO INDÍGENA

### 2.1 Aspectos do Constitucionalismo na tradição ocidental

Não é possível avaliar a pertinência de uma nova teoria do direito sem verificar a sincronia que deve existir entre as transformações dos conceitos e o contexto onde estão inseridos. É por essa razão que agora se faz necessária a revisitação do Constitucionalismo, desde a criação da teoria constitucional, perpassando pela imposição deste novo modelo aos países recém “emancipados” das metrópoles, até a crise da modernidade e a busca por um novo modelo de constitucionalismo contemporâneo, que busca abarcar as recentes lutas dos novos atores sociais pelo reconhecimento de seus sistemas jurídicos.

Segundo Bartolomé Clavero<sup>100</sup>, se com algo se inaugura o tempo constitucional, resulta de um suposto que se choca com a maioria dos pressupostos de todas as culturas anteriores e pode ser definido como a concepção de indivíduo como sujeito de direito por natureza própria. Concepção que tem início em solo britânico, em meados do século XVII, com as idéias de John Locke.

Locke sustenta sua filosofia dos direitos naturais nas seguintes formulações: a possibilidade de conhecer os direitos naturais por meio da razão a partir da experiência sensível (a lei universal natural seria inteligível para todas as criaturas racionais); visão antropocêntrica, na qual o ser humano está desvinculado da ordem divina; o contrato social, que serve como instrumento de constituição do poder e caracterizador de sua legitimidade, limitando inclusive a relação com cada indivíduo; a percepção de que os homens nascem livres e iguais em direitos, e na defesa do direito a propriedade, entendida como apropriação da natureza através do trabalho<sup>101</sup>.

Temos então um novo princípio de direito que, se possui caráter individual, terá que se propagar de forma universal - conquanto configure a esfera do direito natural à liberdade - para todos os indivíduos cuja percepção racional ultrapasse a esfera do

---

<sup>1</sup> CLAVERO. Bartolomé. *Derecho Indígena y cultura constitucional em América Latina*. 1ª ed. México D.F: Siglo Veinteuno Editores. 1994.p. 20

<sup>101</sup> PECES-BARBA MARTINEZ.Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*.Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 48-54.

misticismo, e agora só para estes, que serão os considerados sujeitos de direito. É o que afirma Clavero quando expõe que *en la própria concepción del constitucionalismo puede encerrarse un privación tal, dicho efecto de exclusión de una parte de la humanidad respecto a unos principios que se predicán como universales y que realmente se tienen por tales*<sup>102</sup>.

Diante deste novo princípio, os indivíduos deveriam constituir um governo civil, que teria por escopo garantir o direito individual natural, ficando assentado assim que o governo não seria fruto da renúncia dos direitos naturais dos indivíduos, mas antes o direito subjetivo de cada um de, através do seu livre convencimento, e do consentimento geral, delegar poder político que, dialeticamente, legitimaria tal direito natural.

De outro lado e buscando dar legitimidade ao governo civil, surgem as idéias de Jean Jacques Rousseau na França. Suas idéias são ricas e complexas e tiveram papel fundamental para a estrutura política e cultural da época. Ao contrário de Locke - que acreditava que existiam direitos naturais preexistentes e que legitimariam o governo civil -, este partiu da premissa central do contratualismo clássico, em que a distinção entre estado de natureza e sociedade civil é pressuposta e deduzida pela razão<sup>103</sup>.

Segundo este autor, o que o homem perde com o contrato social é a sua liberdade e o direito ilimitado provenientes do direito natural e, como ser racional, passa a uma situação de liberdade civil, substituindo em sua conduta a justiça do instinto por uma moralidade de que antes carecia<sup>104</sup>. Apesar das diferenças sobre a concepção de contrato destes autores, ambos conformariam a nova teoria constitucional, coexistindo num mesmo plano as duas formas de conceber a relação entre Estado e sociedade civil.

O debate político constitucional passa a construir uma síntese desses projetos distintos, na busca de segurança e previsibilidade jurídica, o que o transformará em uma poderosa técnica de controle social. Touraine, citado por Capellari, por exemplo, consagra essa síntese, ao afirmar que a democracia, entendida como a defesa da livre escolha dos governantes pelos governados, impõe não só uma anterioridade dos atores

---

<sup>102</sup> CLAVERO. Op. Cit. P. 21

<sup>103</sup> CAPELLARI. Eduardo. *A crise da modernidade e a Constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2004. p.37

<sup>104</sup> ROUSSEAU. Jean Jackes. *O contrato social. Princípios de Direito Político*. Tradução Antonio P. Machado. Rio de Janeiro: Edioouro. 1989. p.25

sociais em relação ao poder político, mas a idéia de que o homem tem direitos morais que poderão ser opostos ao Estado<sup>105</sup>.

Por ora o importante a ressaltar é que os postulados liberais estão diretamente vinculados à necessidade de seu tempo. Ao resguardar uma esfera privada mínima em relação ao domínio público está-se constituindo também as bases do capitalismo como ordem econômica. Idéia que é de suma relevância para o processo que começa a se esboçar na América Latina, já que era necessário legitimar a ocupação, sem, contudo, encerrar as possibilidades na colonização.

É o que vamos perceber em Locke, sobretudo em sua obra Segundo Tratado sobre o governo civil<sup>106</sup>, quando este afirma que:

*Si no hay cultivo ni cosecha, ni la ocupación efectiva sirve para generar derechos; otros usos no valen; esa parte de la tierra, este continente de América, aunque esté poblado puede todavía considerarse vacante, a disposición del primer colono que llegue y se establezca. El aborigen que no se atenga a estos conceptos, a tal cultura, no tiene ningún derecho.*

A negação do direito do colonizado começa com a afirmação do direito do colonizador, negação que é, em realidade, do próprio direito coletivo e concretização do direito individual. Locke, nesta obra mencionada, concebe antes de tudo o direito de propriedade como o direito que o indivíduo goza de dispor sobre si mesmo, com liberdade radical. E a propriedade sobre as coisas da natureza também seria a liberdade de disposição do indivíduo, não apenas sobre si mesmo, senão sobre toda a natureza, a ocupando e nela trabalhando<sup>107</sup>.

Dessa forma, a concepção de propriedade privada, que reforça também as idéias revolucionárias de Lutero e do protestantismo, em que o indivíduo é livre e igual em direitos, podendo apropriar-se da natureza através do trabalho, é direito subjetivo individual que acabará por constituir o direito objetivo social. Segundo Clavero, (...) *el orden de la sociedad habrá que responder a la facultad del individuo.*<sup>108</sup>

Assim, as idéias de Locke com relação à propriedade privada também começaram a impulsionar, desde a Inglaterra, o movimento de descolonização dos povos da América pelas metrópoles Portugal e Espanha, haja vista as terras ainda se encontrarem

---

<sup>105</sup> CAPELLARI. Op. cit. p.41

<sup>106</sup> LOCKE, Jonh. In: CLAVERO, Bartolomé. Op.cit. p. 22

<sup>107</sup> CLAVERO. Op.cit. p. 21

ociosas e a necessidade de produção e exploração de matéria-prima para a crescente população européia. Ao mesmo tempo tal idéia acaba por legitimar paralelamente a expulsão dos moradores destas terras, os já chamados índios:

*Aquí estaba en América la posibilidad de ocupación y trabajo de la tierra, que produjera ante todo propiedad, el derecho mismo, que el hombre así colonizase las tierras vacantes de América, un territorio que puede considerarse jurídicamente vacío porque no está poblado de individuos que respondan a los requerimientos de la propia concepción, a una ocupación y explotación de la tierra que produzca ante todo derechos, y derecho antes que nada individuales.<sup>109</sup>*

Percebe-se assim o surgimento de uma nova cultura, a cultura constitucional, que mesmo durante o século XVIII já se identificava pelo nome de Constituição. Cultura esta que, se transborda a ciência do direito, a afeta profundamente, pois assenta definitivamente a idéia de direito individual, identificado com o direito a propriedade privada a partir de então.

Firmadas a idéia liberal de individualismo e a idéia de governo civil, o constitucionalismo ganha definitivamente caráter universal, em detrimento a todas as outras formas de organização social existentes e a par delas, conjugando a esta nova teoria a segurança jurídica de que o sistema capitalista em avanço necessitava. “O Ocidente obedece a uma tradição unitária e costuma pôr sua confiança no direito para reger as relações sociais: por isso os direitos oficiais firmam nele sua preeminência, até mesmo seu exclusivismo”.<sup>110</sup>

Assim aparece a idéia do positivismo jurídico, como processo de racionalização formal em oposição à racionalização substantiva, que se verifica no confronto entre a necessidade de segurança - preconizadas pela ordem capitalista que avança - e as demandas de justiça material, de que são portadores no capitalismo avançado os movimentos das classes negativamente favorecidas, descontentes com a burguesa equivalência das noções de justiça e igualdade jurídica formal<sup>111</sup>.

O direito, então, torna-se técnico, estruturando-se em torno de um aparato lógico-racional desprovido de toda discussão acerca de seu conteúdo e, portanto,

---

<sup>108</sup> Idem. p.22.

<sup>109</sup> LOCKE. Op.cit. p.22

<sup>110</sup> ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes Editora.2003. p.194

<sup>111</sup> CAPELLARI. Op. cit. p.46

transformável a qualquer momento, segundo fins lógico-formais. O processo de autonomização do direito alcança seu grau mais elevado com Hans Kelsen, quando este elabora a Teoria Pura do Direito, procurando delimitar o objeto da ciência do Direito, excluindo todos os elementos que pertencessem a outras ciências, como o psicológico e o sociológico. Para ele, o Direito é a ordenação da vida humana, que se estrutura através de normas que se constituem por comandos submetidos à lógica do dever-ser<sup>112</sup>. O fundamento das normas estaria na própria ordem do sistema, ou seja, em outra norma, chamada por ele de norma fundamental. Esta norma fundamental é a necessidade lógica de autonomizar o direito, separando-o da esfera da moral e da política:

As normas jurídicas não são válidas por terem elas próprias, ou a norma básica, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto-evidente. Elas não são válidas por causa de um atrativo que lhes é inerente. As normas jurídicas podem ter qualquer conteúdo. Não existe nenhum tipo de conduta humana que não possa, por causa da sua natureza, ser transformado em um dever jurídico correspondendo a um direito jurídico. A validade de uma norma não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso. A norma fundamental de uma ordem jurídica é a regra postulada como definitiva, de acordo com a qual as normas dessa ordem são estabelecidas e anuladas, de acordo com a qual elas recebem e perdem sua validade.<sup>113</sup>

Segundo Kelsen, a Constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional, compreendida não em seu sentido formal, ou seja, como documento solene cuja modificação só poderia ocorrer com observância a algumas normas especiais, dificultando a modificação dessas normas; mas sim em seu sentido material, como regras que regulam a criação de outras normas jurídicas<sup>114</sup>.

Com o surgimento dos Estado-Nação na Europa, a Constituição passa a ser a norma máxima e o reflexo da soberania de cada país; Constituição esta que vai recolher e depurar toda a discussão narrada acima sobre liberdade individual, propriedade privada e governo civil. Para o reconhecimento da independência dos países latino-americanos pelos países ditos desenvolvidos, fez-se necessária a importação do modelo de Estado-nação e todo o aparato necessário a sua garantia, sobretudo a cultura constitucional.

---

<sup>112</sup> KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes Editora. 2000.p.166

<sup>113</sup> Idem.

O sistema constitucional implantado na América Latina buscou, inicialmente, suprimir, ainda que não em todos os seus aspectos, qualquer traço que pudesse ter ligação direta com o direito colonial e, para tanto, primeiramente tratou de abstrair os povos originários desta região e, principalmente, sua cultura diferenciada, sobretudo no que tange a organização social destes povos. Clavero, neste sentido entende com muita propriedade que, *el problema no es sólo que los códigos respondan a supuestos culturales limitados de una minoría, sino que ello no obste para que se establezcan como derecho exclusivo de toda la sociedad, como derecho así radical y absolutamente discriminatório.*<sup>115</sup>

Entretanto, a realidade do século XIX e do início do século XX abre espaço para que sejam questionadas as pretensões do positivismo, o caráter ideológico do Estado como detentor da razão universal e, sobretudo, a igualdade formal perante a lei. As necessidades materiais da população diante do avanço da acumulação capitalista - em detrimento das condições de vida dos trabalhadores - escancara a ficção, e as Revoluções aparecem como consequência do desenvolvimento dialético da história.

Surge, a partir de então, a necessidade de mudança do perfil do Estado, que se antes assumia uma postura negativa, limitado a proteger direitos, no sentido de não interferir na liberdade individual dos cidadãos e em seu direito de propriedade; agora assumirá outro papel, de promotor de políticas públicas que atendam as demandas sociais, como educação, saúde, previdência e trabalho, articulando as instituições capazes de suprir tais demandas.

A constitucionalização dos direitos sociais acontece após a Segunda Guerra Mundial, como crítica ao positivismo jurídico kelseniano, que não logrou enfrentar o nazi-fascismo na Europa e a burocracia autoritária na América Latina. Com o Estado social, os grupos e os indivíduos começaram a exigir ações positivas dos governos para alcançarem uma igualdade real, o que contrasta com os indivíduos abstratos e com o próprio

---

<sup>114</sup> Idem, p.182.

<sup>115</sup> CLAVERO. 1994.p.41

constitucionalismo liberal clássico<sup>116</sup>.

Em meados do século XX, com a inserção dos direitos fundamentais - consolidados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 - nas Constituições da América Latina, imaginou-se que o projeto almejado pelos indivíduos, de concretização da igualdade real, estivesse finalmente legitimado. Porém, o se percebeu que as Constituições, mais do que versarem sobre conteúdos substanciais e programáticos, transformaram-se num corpo de procedimentos para fazer funcionar toda a maquinaria estatal, a serviço de uma elite que atende aos interesses do capitalismo em fase avançada. Assim, ficou patente que “por baixo do manto do constitucionalismo contemporâneo se escondeu legalmente a reprodução do capital e do capitalismo, do colonialismo em todas as suas formas, a consolidação do patriarcalismo, uma tecnologia de subjetivação do cidadão (...)”<sup>117</sup>.

E é neste ponto que se enfrenta a contradição, pois, quando o direito do Estado se diz fundamentado na soberania do povo, abstraindo-se a diferença social, a instrução ou a riqueza; quando proclama a igualdade e a liberdade, não traz mecanismos de acesso das pessoas comuns aos projetos políticos, deixando estes espaços reservados aos cidadãos de elite. É o que também afirma Capellari, ao denunciar que:

Portanto, o debate filosófico estruturado em torno do projeto da Modernidade repercute sobre o Constitucionalismo na medida em que se torna aguda a denúncia de que o direito moderno acabou, após uma longa jornada articulada em torno de uma expectativa de normatividade emancipatória, por tornar-se refém de uma concepção positivista que o restringe ao papel de regulação social e manutenção do status quo.<sup>118</sup>

É neste momento, então, que se percebe a crise de legitimidade do direito monista positivado e é a partir desta constatação que os atores sociais (dentre eles os movimentos indígenas) começam a se rearticular em busca de uma nova efetivação de direitos, de um novo corpo normativo capaz de atender as reais necessidades destes sujeitos

---

<sup>116</sup>GRIJALVA, Augustín. *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.117.

<sup>117</sup>VARGAS, Idón Moisés Chivi. *Os caminhos da descolonização na América Latina – os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia*. 2009. In VERDUM, Ricardo (org.). 2009. p.156

<sup>118</sup>CAPELLARI. Op.cit.p.75

que, na América Latina, assim como em todos os países ditos subdesenvolvidos, são cotidianamente olvidadas.

Nem os suportes liberais clássicos, nem o constitucionalismo keynesiano ou o neoliberalismo, nem sua versão transnacionalizada da constituição para a União Européia puderam dar resposta a esse esgotamento discursivo e político, estamos em um novo tempo.<sup>119</sup>

Em resposta a crise, entre 1987 e 2001, grande parte dos países latino-americanos adotaram o caminho do constitucionalismo multicultural, incorporando referências ao caráter pluricultural ou multiétnico das sociedades nacionais e o reconhecimento, em maior ou menor grau, de direitos especiais para os integrantes das populações indígenas.<sup>120</sup>

Contudo, o simples reconhecimento da pluralidade não levou a uma reforma das instituições estatais que fosse capaz de dar nova forma à produção jurídica e à jurisdição nacional o que, segundo Wilhelmi, “ficaram longe de serem definitivamente superados da dissociação entre a realidade formal (Estado nacional com base numa sociedade homogênea) e factual (base multicultural e existência de um pluralismo jurídico de fato)”<sup>121</sup>.

A discussão que se enfrenta atualmente perpassa pela necessidade de não apenas reconhecer o caráter multicultural ou pluriétnico da sociedade, mas sim em conferir à sociedade ferramentas capazes de modificar as instituições de forma que a especificidade da sociedade latino-americana reflita de forma emancipatória e seja capaz de comportar uma nova relação entre os atores sociais.<sup>122</sup>

## 2.2 Povos Indígenas e seus sistemas jurídicos

A contextualização histórica do Estado moderno perante as normatividades extra-estatais nos permite afirmar que sempre foi estratégia deste, com o fim de assegurar

---

<sup>119</sup> VARGAS, Idón Miosés Chivi. In: VERDUM, Ricardo (org.) 2009. p.156

<sup>120</sup> WILHELMI, Marco Aparício. *Possibilidades e Limites do Constitucionalismo Pluralista – Direitos e Sujeitos na Constituição Equatoriana de 2008*. In: VERDUM, Ricardo (org.).2009.. p.139.

<sup>121</sup> Idem. p. 140

<sup>122</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura. In: MALLOL, Vicente C. 2004 .p. 19

sua soberania, tratar o Direito positivo emanado de suas instâncias oficializadas como o único sistema jurídico existente dentro do território determinado onde se conformava a Nação, dando a qualquer outro ordenamento, tratamento inferior. O Direito positivo converteu-se, dentro dessa nova conformação de Estados-Nação, em peça chave do poder estatal para ir aos poucos retirando o que havia de particularidades em um povo, sobretudo com o fim de assegurar sua hegemonia.

Quando se trata então de direitos formulados dentro das comunidades indígenas, o tratamento costumou ser de caráter pejorativo, já que por muito tempo estes foram tratados como selvagens, atrasados e, por essa razão, fez-se necessário o processo de aculturação mediante políticas assimilacionistas e, posteriormente, de integração a sociedade hegemônica e ao “progresso”. Neste sentido, Raquel Yrigoyen é enfática ao compreender o uso da expressão 'consuetudinário' como pejorativo quando se trata de direitos indígenas:

*En términos valorativos, por lo general, el uso del concepto 'costumbre' va asociado a una subvaloración de los indígenas, a los que busca sujetar a tutela y control. En términos políticos, se propone la represión o criminalización de prácticas indígenas que están en contra de la ley (contra legem).<sup>123</sup>*

Na realidade, o adjetivo consuetudinário não se emprega tanto para descrever o caráter tradicional ou repetitivo dos sistemas jurídicos indígenas, mas sim para colocá-lo em posição de subordinação política perante o Direito estatal. Mesmo assim, analisando o perfil da normatividade jurídica indígena, não é possível dimensioná-la à margem de sua consuetudinarietà, visto que o direito indígena se origina no costume, como repetição de uma série de práticas que se arraigam na consciência coletiva. Contudo, é importante ressaltar que, com a imposição do direito positivista hegemônico, não foi possível que este direito permanecesse estático - característica do direito consuetudinário -, sendo obrigado a reinterpretar-se ao longo do tempo e se adequar as novas necessidades que foram surgindo para os grupos em questão, até como forma de sobrevivência da própria normatividade.

É o que diz Durand Alcántara, para quem os processos sociais pelos quais os povos indígenas passam permitem constatar que seus sistemas jurídicos existem como

---

<sup>123</sup>YRIGOYEN, Raquel. In: MALLOL, Vicente C. 2004. p. 60

fenômenos concretos, constituindo um dos aspectos mais relevantes na regulação da reprodução social destes povos, cujos fundamentos se radicam em sua cultura, que está embasada em referentes distintos dos ocidentais<sup>124</sup>.

Pode-se perceber que entre os povos indígenas não existe uma separação nítida entre direito e moral, entre o ético e o jurídico, em alguns casos inclusive vinculando a moral, o religioso-místico e o propriamente jurídico em seus costumes. Entende González Galván, citado por Mallol, o direito indígena como a prática dos povos em conceber uma ordem em que eles mesmos estão incluídos, juntamente com a natureza, não como indivíduos e sim como coletividade, e numa relação de igualdade entre todos os seres da natureza, não estabelecendo o mesmo grau de superioridade que o positivismo relega ao ser humano. A função do direito seria, dessa forma, manter a harmonia entre todos os elementos da natureza, restabelecendo-a quando necessário.<sup>125</sup>

Para a tradição ocidental é difícil pensar no ser humano como ser frágil e dependente da sociedade, como um entre milhões de outros seres existentes na natureza. A cultura indígena não percebe o ser humano como ser isolado de outros subsistemas e nem muitos menos como seres centrais no universo. E é desta visão que se deriva o caráter coletivista do direito indígena que, precisamente por essa razão, dá ao direito caráter de sistema jurídico, como nos explica a própria Confederação Nacional Indígena do Equador – CONAIE<sup>126</sup>:

*Para nosotros los indios, el Derecho Indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de la justicia, en los sistemas de rehabilitación, que garantizan el convivir armónico.*

Ainda que não se possa generalizar a normatividade indígena como sendo a mesma para todos os povos em questão, é importante ressaltar que há algumas

---

<sup>124</sup> ALCÁNTARA. Durand. In: MALLOL, Vicente C. 2004. p. 66

<sup>125</sup> MALLOL. Op. cit. p.47

<sup>126</sup> CONFEDERACIÓN NACIONAL DEL INDÍGENAS DE EQUADOR. *Órgano de Difusión de la Confederación Nacional Indígenas del Ecuador*. Disponível em: <[http://www.conaie.org/es/ge\\_comunicados/comunicado.html](http://www.conaie.org/es/ge_comunicados/comunicado.html)>. Acessado em 01.09.09

características que conformam um núcleo com o qual é possível estabelecer a relação de especificidade que estes sistemas possuem.

Para Durand Alcántara, o direito indígena é múltiplo, no sentido de que não existe um único povo indígena, nem tampouco um único Direito, podendo inclusive haver divergências nos costumes mesmo dentro de um mesmo grupo étnico; é complexo, por não se configurar em bloco harmônico com uma única identidade, dando a ele caráter mais dinâmico. Dependendo do grau de aculturação que sofreram os diferentes povos, é possível que coexistam outros tipos de identidades afora a identificação com o grupo a que pertencem, por exemplo, quando os jovens indígenas vão trabalhar nas cidades, ou quando as mulheres indígenas passam a reivindicar outros papéis dentro da comunidade.<sup>127</sup>

Além disso, é contraditório, no que diz respeito a sua relação e contato direto com o Direito Positivo estatal; histórico, no sentido de que não é estático, evoluindo a medida em que necessita adaptar-se a novas realidades e; por último, é recíproco, visto que os valores solidários e comunitários formam o núcleo duro da cosmovisão dos povos indígenas<sup>128</sup>.

Este mesmo autor também traz uma classificação sistemática, prolixa e não exaustiva das normas que integram o direito consuetudinário indígena, dividindo-as em seis frentes de regulação, a saber:

*1) las que surgen de las relacioness de propiedad, (...); II) las que se refieren al parentesco, (...); III) las de tradición oral que corresponden a la socializacion del grupo, (...); IV) las que conciernen en su acatamiento a las autoridades tradicionles, (...); V) las que se fincan en la experiencia del indígena y (...) el conjunto de disposiciones que procidimentalmente reconocen un posible desacato a la normatividad planteada<sup>129</sup>.*

Entretanto, apesar de que se tem por certo que os povos indígenas contam com um sistema jurídico, muitos estudiosos buscam confirmar essa característica do ordenamento indígena. Esse exercício é próprio da cultura ocidental, que se desenvolveu através da racionalização do controle social e criou uma forma de exercê-lo. Nem todos os povos desenvolveram as mesmas formas de organização social. Assim, quando se propõe o

---

<sup>127</sup>ALCÁNTARA, Durand. In: MALLOL, Vicente C. 2004 p. 49

<sup>128</sup>Idem. p. 50

<sup>129</sup>Idem. p. 65.

reconhecimento das diferenças culturais, se deve trilhar um caminho diverso da imposição da evolução do direito da mesma forma como se desenvolveu o direito estatal.

Alguns autores como Luis Alberto Padilla e Flavio Rojas, ambos da Guatemala, assim como Ana Teresa Revilla, peruana e Carlos Simmonds, representante colombiano, chegam a comparar e subdividir a normatividade indígena nos diversos ramos do direito positivo, como forma de assegurar a característica de sistema jurídico a estes ordenamentos. Todos eles chegam à conclusão de que é possível relacionar as normas dos diversos povos indígenas com: o direito penal – no que se refere a tipicidade, por exemplo, condutas contra o patrimônio econômico coletivo -; o direito civil – como por exemplo, questões relativas ao acesso aos recursos, família e propriedade da terra -; o direito administrativo – como quando estabelecem autoridades e relação entre as diversas entidades – e; o direito processual – ao estabelecerem um sistema múltiplo de resolução de conflitos, como por exemplo, autoridades permanentes, sistema mágico-religioso, sistema de compensação.<sup>130</sup>

A intenção de verificar se os povos indígenas contam ou não com um sistema jurídico é, portanto, política, já que sob muitos aspectos, está absolutamente claro que a normatividade indígena é um sistema jurídico.

Para tanto, costuma-se fazer comparações com a Teoria Geral do Direito, de caráter extremamente positivista e com profundas veias ocidentais, encerrando, dessa forma, o debate acerca da característica de sistema jurídico que os direitos indígenas revelam. A finalidade é reivindicar o reconhecimento da pluralidade jurídica, situando em um mesmo nível os direitos indígenas e o direito estatal, estabelecendo os argumentos que expliquem a adequação destes sistemas de direito e a sua viabilidade no mundo atual.

Neste contexto, são as idéias de Herbert Hart as que melhor podem ser utilizadas para se analisar sob o ponto de vista do direito positivo o sistema jurídico indígena. Para este teórico, a observação das práticas sociais de grande parte dos Estados permite afirmar que os sistemas jurídicos são, fundamentalmente, um sistema de regras que, em oposição aos usos e costumes, supõe a obrigatoriedade da conduta ordenada e a

---

<sup>130</sup>In: MALLOL, Vicente C.2004. p.70

possibilidade de se fazer uso da força física para que se obtenha o cumprimento da obrigação<sup>131</sup>.

Afora as regras que estabelecem direitos e obrigações, chamadas por Hart de regras primárias, o que dá aos sistemas característica de jurídicos ou pré-jurídicos são as chamadas regras secundárias. As regras secundárias incluem regras de reconhecimento, que estabelecem quais regras seriam propriamente jurídicas, diferenciando das regras morais e usos sociais; regras de alteração, que determinam o procedimento através do qual se criam, modificam e derrogam as regras jurídicas e as autoridades competentes e; regras de adjudicação, que determinam os procedimentos através dos quais vão ser aplicadas as regras jurídicas para os casos concretos e também quais serão as autoridades competentes para tal<sup>132</sup>.

A ausência destes três tipos de regras levariam a falta de certeza, ao caráter estático e a insuficiente coerção do sistema, deixando de ser propriamente jurídico. Ao analisar o ordenamento aguaruna, Francisco Ballón, citado por Mallo<sup>133</sup>, deparou-se com o mesmo conjunto de regras secundárias, já que toda a população aguaruna reconhece suas próprias normas primárias, sendo notória as alterações feitas às mesmas normas em razão do transcorrer do tempo, além de ser possível reconhecer meios de controle social, ainda que não institucionalizados da forma como é o poder no direito ocidental, mas que tem as mesmas características das regras de adjudicação descritas por Hart.

Assim, é possível confirmar, ainda que de forma bastante generalizada, que a normatividade indígena, vista sob o ponto de vista comparativo com o direito estatal, possui, ao contrário do que se predicou, segurança jurídica e dinamismo para se adequar as necessidades que vão surgindo, além de controle jurisdicional, que seriam, segundo a Teoria Geral do Direito, conceitos básicos para se enquadrar um ordenamento como sistema jurídico.

Além disso, se partirmos das idéias de Kelsen<sup>134</sup> sobre sistema jurídico que, segundo ele, só é válido e existe quando é eficaz - relativo ao cumprimento dos objetivos da

---

<sup>131</sup>BOTERO. Esther Sánchez. SIERRA. Isabel Cristina Jaramillo. *La jurisdicción Especial Indígena*. 1ªed. Bogotá: Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos. 2000.p.147

<sup>132</sup>KIRALY, Cesar. *O guarda-chuva de regras: um ensaio sobre a filosofia de Herbert Hart*. São Paulo: Giz editorial. 2008. p. 85 e 86.

<sup>133</sup>MALLOL, Vicente C.Op.cit. p.62

<sup>134</sup>Idem. P. 62

norma –, e só o é quando suas normas são efetivas – relativo ao cumprimento das próprias normas –, então temos que, no âmbito do direito indígena, suas normas são reconhecidas por seus membros e cumpridas mediante não necessariamente controle institucionalizado, mas sim através de acordos, crenças e o chamado controle difuso, realizado por toda comunidade, o que faz deste direito válido, eficaz e, portanto, um verdadeiro sistema jurídico. É o que afirma Alcántara:

*Si partimos de la lógica jurídica india que reconoce a toda costumbre legal como obligatoria, para una determinada comunidad, en el sentido de validez, eficacia y aplicabilidad, entonces, la costumbre jurídica india se coloca en el rango de derecho – aplicable y eficaz – en los márgenes de la territorialidad étnica que ésta regula y con las especificidades socioculturales que competen a los pueblos indios<sup>135</sup>.*

Com base no reconhecimento da complexidade dos povos indígenas e na realidade multiétnica e pluricultural dos países latino-americanos, se faz extremamente necessária a compreensão dos distintos conteúdos de direito que coexistem em um mesmo território nacional, para o exercício pleno da justiça. A partir daí pode-se identificar a proporção de negação que foi dada a estes conteúdos e a possibilidade de transição a um reconhecimento que não termine sendo apenas formal. “Antes de rechaçar estas normatividades como sistemas jurídicos, é necessário compreendê-las, não para provar que existem, mas sim para valorizar o que representam no seio das sociedades onde estão inseridas”<sup>136</sup>.

Os povos indígenas contam com uma sistemática normativa diferente e com mecanismos de coerção social que tendem a assegurar que as formas de vida e valores de cada povo permaneçam com o decorrer do tempo. Quando se reconhece aos povos o direito de que exerçam o poder jurídico, tanto de produzir como de executar normas deve-se ter claro que a intenção é, além de reconhecer, proteger a existência destes mecanismos que permitem a sobrevivência destes povos como povos diversos. Converter o reconhecimento em exigência de que os povos indígenas possuam sistemas jurídicos clássicos e permeados por formas institucionalizadas de resolução de conflitos, implicaria em não somente

---

<sup>135</sup>Idem. p. 66

<sup>136</sup>BOTERO. Esther Sánchez. SIERRA. Isabel Cristina Jaramillo. 2000. p.59

desconhecer suas organizações, mas levaria ao que se pretende evitar: o etnocídio, a aniquilação da diferença e a assimilação por imposição<sup>137</sup>.

### 2.3 Direito Indígena X Direito Estatal Positivo

Como se depreende do item anterior, o direito indígena pode ser considerado um sistema jurídico, mesmo quando o analisamos a partir da Teoria Geral do Direito - construída para melhor compreensão e apropriação do Direito Positivo pelos Estados de Direito -, e dos conceitos de Hart sobre sistema jurídico, regras primárias e secundárias. Isso porque, para Hart, diferentemente de Kelsen, o que interessa e é capaz de conferir validade a um sistema jurídico não é o processo de criação normativa em si, mas a observância desta normatividade por toda a sociedade à qual está inserida e a existência de órgãos comunitários encarregados de aplicá-las<sup>138</sup>.

Para o realismo jurídico, portanto, uma norma existe quando é vigente, ou seja, *cuando determinados actos se materializan sobre la base de su contenido y si la mayoría del grupo social se ajusta a ella, entonces además de existente, es válida*<sup>139</sup>.

Sendo assim, o que atribui valor jurídico às normas consuetudinárias indígenas é o fato de serem respeitadas pelos membros da comunidade e aplicadas pelos órgãos encarregados de compartilhar justiça ao decidir situações de conflito, independente da forma como estas normas se objetivam e se cumprem. Isso tendo em vista que o Direito não pode ser considerado apenas um fenômeno jurisdicional, por mais que nos casos de conflito suas normas sejam mais necessárias e sua operação mais visível. Deve-se entender o Direito como fenômeno humano, como manifestação comunitária espontânea e como “veículo positivo para conformação do entendimento comunitário”<sup>140</sup>.

Destarte, segundo o Convênio nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, um povo indígena só pode ser reconhecido como tal se conserva suas próprias

---

<sup>137</sup> Idem. p.147

<sup>138</sup> BÁRCENAS, Francisco Lopéz. In: JUMPA, Antonio Peña (coord.). *Constituciones, Derecho Y Justicia en los pueblos indígenas de América Latina*. Lima: Editorial PUC.2002.. p. 191

<sup>139</sup> Idem. p.191

<sup>140</sup> Idem. p.196

instituições, ou pelo menos parte delas<sup>141</sup>. Dessa forma, o Direito Indígena pode ser considerado um conjunto de normas jurídicas não escritas, de caráter consuetudinário, que os povos e comunidades reconhecem como válidos, o utilizam para regular seus atos públicos, e as autoridades o aplicam para resolução de seus conflitos.

Resta saber, então, qual é a eficácia de ditos sistemas normativos, pois ainda segundo a Teoria Geral do Direito, um sistema jurídico só existe quando é eficaz, ou seja, deve-se comprovar que as normas consuetudinárias indígenas continuam vigentes hoje em dia, sendo obedecidas e observadas por cada um dos membros da comunidade. Diante desta dúvida, surgiram dois enfoques para tratar o assunto: o romântico e o cético<sup>142</sup>.

Segundo o primeiro enfoque, a vida cotidiana nas comunidades indígenas está regulada por preceitos justos e ancestrais, capaz de manter uma ordem alheia ao Direito estatal da Nação correspondente. Já os cétricos consideram que a prática jurídica se existe, é um vestígio de um Direito antigo e remanescente da Justiça imposta no regime colonial e que, dada a pouca relevância dos assuntos que podem ser resolvidos pelas próprias autoridades indígenas, o sistema jurídico indígena não existe como tal, persistindo apenas uns poucos costumes jurídicos.

Para Mallol<sup>143</sup>, ambos os enfoques pecam por não compreenderem que o contato entre os povos indígenas, seus sistemas jurídicos, com o sistema jurídico estatal, ainda que tal contato esteja marcado por uma clara postura de hegemonia deste último; foi capaz de conduzir, por um lado, a reinterpretação, adaptação e uso da normatividade estatal pelas comunidades indígenas e, por outro lado, à própria transformação do Direito Indígena, o que, contudo, não o retira da categoria de Direito válido e eficaz.

Luis Alberto Padilla, citado por Mallol<sup>144</sup>, afirma que estas transformações podem ser positivas, quando contribuem para o próprio desenvolvimento da identidade indígena e permitem que estes povos recebam a proteção dos direitos humanos conferida aos sujeitos individuais; ou negativa, quando marcam o processo de aculturação que ocorreu ao longo da história e que acabou por provocar, muitas vezes, o isolamento das práticas jurídicas indígenas.

---

<sup>141</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convênio 169*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/consea/Static/documentos/.../conv\\_169.pdf](http://www.planalto.gov.br/consea/Static/documentos/.../conv_169.pdf)>. Acessado em 02.10.09

<sup>142</sup> MALLOL, Vicente C. In: JUMPA, Antonio Peña (coord.). 2002. p. 75

<sup>143</sup> Idem. p. 53

Esta constatação, como já afirmado anteriormente, não significa que certos elementos do Direito Indígena, ou o que se pode chamar essência da normatividade indígena, intrinsecamente ligadas à própria identidade destes povos, se perderam com o passar do tempo. O certo é que alguns preceitos se mantêm imutáveis, sendo inclusive coincidentes em diversos grupos indígenas, como eixos comuns, tais como a visão cosmológica – estabelecendo a estreita ligação entre os indígenas e a natureza, sobretudo com a terra – e valores como a solidariedade e reciprocidade, configurando o caráter comunitário o núcleo destes sistemas jurídicos.<sup>145</sup>

Este núcleo pode ser confirmado no grau relativamente alto de socialização existente em diversas comunidades indígenas. Como nos exemplifica Leo Gabriel e Gilberto Lopez y Ribas<sup>146</sup>, atentos às comunidades indígenas do México, visto que o ritmo de vida está estreitamente vinculado à natureza, os homens e mulheres dependem muito mais dos fenômenos naturais, fazendo com que a vida política também se oriente por uma cosmovisão amplamente aceita e conhecida por toda a comunidade. Sendo assim, a convocatória de assembléias e reuniões cerimoniais se faz de acordo, por exemplo, com o ciclo da lua, das chuvas e da seca, referentes importantes para se convocarem discussões coletivas.

O mesmo se dá com as eleições das autoridades, que se revezam periodicamente, atentos aos fenômenos naturais e, ao contrário do que se dá na representatividade ocidental, os integrantes das comunidades não se furtam das decisões de interesse coletivo, participando mais diretamente, conhecendo melhor a organização de sua própria comunidade e os direitos garantidos por essa normatividade própria.

Contudo, como afirma Hamel, também citado por Mallo<sup>147</sup>, não é possível compreender o Direito dos povos indígenas senão em relação com o Direito hegemônico estatal, já que, na realidade, não existem espaços isolados de práticas jurídicas indígenas culturalmente puras; estes dois sistemas interagem, conformando entre eles elos comunicantes. É por essa razão que não se pode deixar de lado a frequência com que a

---

<sup>144</sup> Idem. p. 52

<sup>145</sup> Idem. p. 52

<sup>146</sup> GABRIEL, Leo e LOPEZ Y RIBAS, Gilberto(coords). *Autonomías indígenas en América Latina: Nuevas formas de convivencia política*. 1ª ed. México D.F: Plaza y Valdez SA. 2005. p.24

<sup>147</sup> Idem. p. 77

normatividade indígena se elabora e se modifica em função de sua relação com o Direito estatal, combinando resistência e adaptação.

Ou como afirma Ester Sanchez Botero<sup>148</sup>:

*Desde otra perspectiva, lo que manifiestan los pueblos indígenas son estrategias de manejo multiple, que les permitan acceder y utilizar varios ordenamientos normativos según las necesidades, para regular diversos aspectos frente a los cuales los comportamientos se diferencian.*

É evidente, portanto, que o sistema normativo estatal é utilizado pela população indígena como forma alternativa, sobretudo quando já não há recursos internos de coação ao cumprimento das normas consuetudinárias. Ao mesmo tempo, os indígenas recorrem a seu próprio sistema normativo como tática para retirar do regime jurídico nacional alguns assuntos que consideram ser de sua competência exclusiva, ou que podem ser mais bem protegidos à margem do regime estatal<sup>149</sup>.

Outro ponto de contato entre os dois sistemas é verificado quando, durante os procedimentos jurisdicionais estatais dos quais façam parte indivíduos indígenas, estes recorrem a normatividade própria para reforçar suas pretensões ou, principalmente em processos penais, para que seja considerada sua identidade, dando possibilidade à busca por penas alternativas.

Há que se reforçar também a influência dos direitos humanos na normatividade indígena, já que muitas comunidades incorporaram a máxima jurídica do direito à vida e, apesar de manter a norma consuetudinária, já não aplicam as penas às quais o não cumprimento de dita normatividade estavam sujeitas.

Além disso, há que se lembrar que sempre e quando a lei estatal e o direito oficial sejam capazes de garantir minimamente a sobrevivência destas comunidades, serão observadas e utilizadas pelos próprios indígenas, como garantia de respeito à existência indígena em território nacional. O critério utilizado para a observância ou não do direito oficial estatal é de oportunidade e conveniência, principalmente na consecução de suas

---

<sup>148</sup> BOTERO. Ester Sanchez. *Oficialización y Legalización de los derechos propios de los pueblos indígenas de Colombia mediante una jurisdicción especial*. Mimeo.s/d. Fls. 03

<sup>149</sup> MALLOL, Vicente C2004. p. 79

demandas, interesses e direitos, apesar de também estarem cientes da enorme desvantagem que enfrentam frente ao aparato estatal, como por exemplo, a subordinação linguística<sup>150</sup>.

Segundo Silvio Coelho dos Santos<sup>151</sup>, em situações em que seja necessário reorientar, em favor dos índios, as decisões burocráticas, autoritárias ou enfrentar situações de espoliação e esbulhamento de bens, torna-se extremamente viável a utilização máxima do direito criado e imposto pela sociedade dominante. Anthony Seeger, citado por Santos<sup>152</sup>, ao deparar-se com a luta pela terra, afirmou que “(...) a tendência, recentemente identificável é a do desenvolvimento de uma noção de propriedade de território contra os brancos, pensada a partir de um código jurídico imposto (e transgredido) pelos próprios brancos”.

Para Iturralde<sup>153</sup>, o uso combinado da normatividade indígena com a lei estatal se dá conforme a necessidade, ou de se buscar o consenso, possibilitando o acordo entre as partes – utilização da normatividade indígena -, ou se o que se pretende é pressionar o sujeito à determinada obrigação, ou em casos de conflito, utilizando inclusive como ameaça, a Justiça estatal.

Afora estas questões, há que se ter em conta o grau de aculturação de determinados povos indígenas, que já não são mais capazes de resolver todo tipo de conflitos baseados apenas em sua própria normatividade e coercitividade. Algumas comunidades somente resolvem internamente conflitos menores, como os delitos contra a propriedade ou o cumprimento de determinados costumes comunitários, denunciando às autoridades estatais os delitos que entendem mais graves como, por exemplo, os homicídios. Nestes casos, pode ocorrer inclusive a combinação da sanção interna com a estatal, dando assim a idéia de maior segurança jurídica aos membros da comunidade<sup>154</sup>.

Quando, então, fala-se de Direito indígena em inter-relação com o Direito estatal, está-se querendo fazer referência a um campo de dinâmicas autônomas, que surgem da construção de novos parâmetros quando do contato entre os grupos indígenas e a sociedade como um todo.

---

<sup>150</sup>Idem. p.81

<sup>151</sup> SANTOS, Silvio Coelho (org). *O índio perante o Direito*. Florianópolis: Ed. UFSC. 1982.p.17

<sup>152</sup> In: SANTOS, Silvio Coelho. 1982. p. 23

<sup>153</sup>In: MALLOL, Vicente C. 2004. p. 84

<sup>154</sup>BOTERO, Esther Sanchez. Op. cit. fls. 06

Este processo de construção implica em abertura, apropriação e metabolização de outras realidades, expulsando o indesejável. Dessa forma, torna-se possível conferir ao sistema normativo interno o status de instituição de Direito<sup>155</sup>.

Com o passar do tempo e a contínua resistência dos atores indígenas que, como vimos, nas últimas décadas apareceram reivindicando suas demandas nacional e internacionalmente, através de uma variedade de movimentos indígenas, o próprio Direito estatal foi obrigado a refletir e inclusive trazer o manejo destes conflitos para o interior de sua própria normatividade. Isso quer dizer que o Direito estatal acaba forçado a integrar e tolerar outras formas de organização e normatividade.

A passagem de um pluralismo jurídico de fato a um pluralismo jurídico legal – constitucional e oficial - manifesta-se não somente no reconhecimento desta realidade, mas sim na valorização dos sistemas jurídicos indígenas como verdadeiros sistemas de Direito.

#### **2.4 O reconhecimento Constitucional da legalidade e jurisdição indígena**

A falta de respeito com o pluralismo cultural e legal fez parte da condição de subordinação política dos povos e comunidades indígenas, o que facilitou a exploração, sobretudo econômica, dos mesmos. Historicamente, dita falta de reconhecimento se traduziu em uma variedade de formas de marginalização e repressão da diferença, incluindo a ilegalidade dos sistemas normativos indígenas, a criminalização de práticas culturais distintas aos referentes do direito oficial, além de repressão de autoridades indígenas e comunais que administram a justiça de acordo com normas, valores e princípios próprios.<sup>156</sup>

Entretanto, durante a última década, uma série de países latino-americanos fizeram mudanças substanciais em suas Cartas Constitucionais para acercar a institucionalidade legal com a realidade plural de seus países, sobretudo em atenção às demandas indígenas.

---

<sup>155</sup>Idem. Fls. 07

<sup>156</sup>FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *El reconocimiento constitucional del pluralismo legal en Peru. Hacia una interpretación comprensiva del Convenio 169 y la Constitución*. In: GARCIA, Manoel Calvo (coord.).

Como visto no primeiro capítulo, podem-se dividir os países que, de alguma forma, contemplaram o pluralismo étnico cultural em suas Constituições em três grupos distintos: o dos países que em suas Constituições não fazem referência à pluralidade étnica de seu povo – ainda que não puderam se furtar a legislar sobre o assunto -; o dos países que, se brindam à pluralidade, não o fazem de forma ampla e, por fim, o dos países que além de reconhecerem a pluralidade em suas Constituições, também se esforçam por reconhecer o direito e a jurisdição indígenas.

Com este reconhecimento se pratica uma mudança transcendental no princípio constitucional de igualdade perante a lei, que deixa de ter seu fundamento na uniformidade, entendendo-se que, para ser efetiva a igualdade de todos, é necessário o reconhecimento do direito à diferença. Nos dizeres de Magdalena Gómez, citada por Mallol<sup>157</sup>, *se trata de que en circunstancias similares se aplique la misma norma, pero eso no significa que no deban o no puedan existir normas que regulen derechos diferentes en atención a la pluriculturalidad.*

Não se pode considerar o reconhecimento Constitucional do direito indígena sem se observar a pressão internacional, impulsionada também pelos próprios movimentos sociais indígenas, que – em prol da extensão dos Direitos Humanos a todos os povos do mundo – foi fator chave para o início da consolidação do pluralismo na América Latina. Neste sentido, há que se destacar o papel da Organização Internacional do Trabalho que formulou o Convenio 169, adotando nova política sobre povos indígenas e tribais e a recente Declaração Universal das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas.

O Convênio, firmado em 1989, tratou de reconhecer aos povos indígenas sua própria identidade e de respeitá-la, criando mecanismos de participação e de consulta em todos os assuntos que lhes atingem diretamente. Fez uma revisão e modificou o antigo Convênio 107, que foi a primeira normatividade internacional sobre os povos indígenas. O texto do Convênio 169 se distancia consideravelmente das posições indigenistas, abraçando importantes reivindicações de todos os povos indígenas.

Não obstante, omite conceitos como autodeterminação ou autonomia, limitando-se a menção de alguns direitos sociais e culturais com especial referência étnica.

---

Identities Culturales y Derechos Humanos. Dykinson: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.2002. p.230

<sup>157</sup>MALLOL, Vicente Cabedo. 2004. p. 90

Ademais, ao referir-se aos indígenas os denominam povos, porém esclarecendo - evitando que se possa invocar um direito a livre determinação – que tal denominação não pode ser entendida, para fins deste Convenio, tal e como se entende dentro do Direito Internacional.<sup>158</sup>

Os países que ratificaram tal Convênio (México, Colômbia, Bolívia, Costa Rica, Paraguai, Peru, Honduras, Guatemala, Equador, Argentina, Brasil e Venezuela) deveriam reformar e adaptar a legislação e a Constituição nacional para cumprir com as disposições encerradas neste Convênio, que reconhece uma ampla gama de direitos coletivos aos povos indígenas, como por exemplo, o direito a propriedade e posse de terras que tradicionalmente ocupam (artigo 14, item 1), ou o direito a decidir suas próprias prioridades no que se refere ao processo de desenvolvimento (artigo 7º, item 1)<sup>159</sup>.

O importante a ressaltar é que o Convênio 169, sobretudo em seus artigos 8º, 9º e 10, possibilitou aos Estados estabelecerem novas relações entre o direito consuetudinário indígena e o sistema jurídico estatal, estabelecendo a forma e os limites de reconhecimento do direito e jurisdição indígena. Segundo Mallol<sup>160</sup>, este reconhecimento se estabelece em três níveis: “no reconhecimento da originalidade, por quanto o direito indígena existe como sistema jurídico original dos povos indígenas; no reconhecimento da complementaridade, posto que o direito indígena convive com o direito estatal e; no reconhecimento das contradições, ao prescrever que o direito e a jurisdição indígena serão respeitados na medida em que não resultem incompatíveis com os direitos humanos”.

Os limites estabelecidos para o direito e jurisdição indígenas estão bem explícitos no artigo 8º, item 2<sup>161</sup>:

*Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres y instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.*

---

<sup>158</sup>LÓPEZ, Erika Liliana López. *La demanda indígena de autonomía en México: La pertinencia del Pluralismo Jurídico*. Teses para obtener el grado de maestra de Derecho. México D.F: UNAM. 2006. p. 151, 152.

<sup>159</sup>ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convênio 169*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/consea/Static/documentos/.../conv\\_169.pdf](http://www.planalto.gov.br/consea/Static/documentos/.../conv_169.pdf)> . Acessado em 13.10.2009

<sup>160</sup>MALLOL, Vicente C. 2004.p.95

<sup>161</sup> Idem. p.94

Desta alínea surge uma primeira crítica ao pluralismo que o Convênio 169 foi capaz de proporcionar aos países latino-americanos. É o que considera Carlos Frederico Marés, citado também por Mallo<sup>162</sup>, ao afirmar que “os sistemas jurídicos nacionais, e inclusive o Convênio 169 da OIT, consideram que a aplicação das regras indígenas (...) é somente uma fonte secundária do direito estatal, tolerada quando a lei for omissa ou desnecessária. Isso quer dizer que os Estados chegam a admitir que existe um direito próprio dos povos indígenas, porém inferior, pois deve ser limitado pelos direitos fundamentais, pelo sistema jurídico nacional e pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, isso equivale a dizer que estes direitos não gozam de autonomia frente ao direito oficial”.

Contudo, o Convênio 169 é especialmente importante já que cria verdadeiras obrigações jurídicas para os Estados que o ratificam. Apesar de não ser norma vinculante, converteu-se em norma moral e politicamente obrigatória para os países multiculturais, reticentes com a pluriculturalidade de seu povo.

O último passo dado em direito internacional foi a criação da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (2007), que reforça e amplia o horizonte de direitos dos povos indígenas, fundando-os na igual dignidade dos povos e o direito de determinar livremente seu destino. Embora se trate formalmente de uma declaração e, portanto, não sujeita à ratificação, inclui uma cláusula para que os estados tornem efetivas as disposições deste instrumento.

A Declaração, por seu conteúdo, constitui um novo parâmetro internacional em direitos dos povos indígenas. De certa forma, a Declaração é um ponto de chegada, porque sintetiza os avanços realizados no direito internacional dos direitos dos povos indígenas, aprofunda e amplia direitos que estão no Convênio 169 da OIT, recolhe os princípios desenvolvidos na jurisprudência da Corte Interamericana, e incorpora demandas indígenas. Além disso, é um ponto de partida, porque sua efetividade depende do compromisso dos estados e do sistema das Nações Unidas<sup>163</sup>.

Portanto, ainda que com limitações, os projetos internacionais constituem um passo importante para os povos indígenas no terreno da legitimação e reconhecimento

---

<sup>162</sup>MALLOL, Vicente C. p.95

<sup>163</sup>LÓPEZ, Erica Liliana L. 2006. p.153

de seus direitos, servindo de base para as sucessivas reformas constitucionais que, em matéria indígena, vão tomando corpo na América Latina.<sup>164</sup>

O reconhecimento da legalidade e jurisdição indígena é um fenômeno recente e, ao mesmo tempo, crescente, visto que todos os países que reformaram suas Constituições nas últimas décadas não deixaram de incluir uma nova gama de direitos, de trato coletivo, os direitos indígenas. Esta reforma responde à dinâmica do que se tem denominado “dupla transição”: por um lado caminhando ao neoliberalismo, ou melhor, à economia globalizada e, por outro, buscando a democracia. Deste modo, como aponta Willem Assies e Hans Gundermen<sup>165</sup>, enquanto por um lado as reformas constitucionais e de Estado respondem às exigências e orientações de mecanismos multilaterais, por outro lado não podem desconsiderar as diversas expectativas da população local, gerada no processo de transição democrática. É justamente no marco da transição democrática que os Estados começam a reconhecer a diversidade étnica e cultural presente em seus territórios.

O grande entrave que encontra este reconhecimento é o tratamento meramente formal dado ao pluralismo, devido à forte resistência política, sobretudo pelo modo como este está inserido nas Constituições latino-americanas. Nota-se, por exemplo, em grande parte dessas Cartas, o uso verbal no futuro, querendo referir-se à situações presentes. Além disso, quase todos os artigos fazem referência a uma lei a ser criada para coordenação entre o direito estatal e o direito indígena. Como afirma Clavero<sup>166</sup>:

*Por ahí parece que anda una clave de aplazamiento o incluso de suspensión de derechos indígenas reconocidos (...) La efectividad de un registro queda diferida para el futuro, para un futuro mediado, entre otros elementos, por la ley, incluso con el sinsentido de considerarse derechos humanos los derechos indígenas (...) Derechos indígenas como el derecho a la cultura propia puede logicamente entenderse como derechos humanos. Lo que no tiene sentido es que unas constituciones que procedan al reconocimiento de dicha equivalência teoricamente para reforzar unos derechos, los indíegnas por humanos, los dejen diferidos y encomienden la determinación a la eventualidad de la ley.*

Diante desta forma de reconhecimento, cabe agora delinear sinteticamente o que as novas Constituições latino-americanas têm de inovadoras. Foram instituídos o

---

164 Idem. p. 157

165 ASSIES, Willem e GUNDERMEN, Hans (eds). Movimientos Indígenas y Gobiernos Locales en America Latina. San Pedro de Atacama: IIAM, 2007. p14.

direito individual a identidade diferenciada e o direito coletivo das diferentes culturas, povos indígenas e grupos étnicos, que deverão ser respeitados e receberão proteção estatal. Pelos verbos utilizados – reconhecer e proteger – o Estado não só admite a existência da diversidade étnica, senão que se obriga a protegê-la.

Quanto à natureza destes direitos, cabe remarcar que se trata de direito coletivo, por quanto fazem referência ou afetam a uma coletividade, aos povos e grupos étnicos. Segundo Stavenhagen, citado por Mallo<sup>167</sup> *pueden ser considerados derechos humanos específicos próprios de categorías específicas de la población (...) los derechos humanos básicos no pueden ser plenamente disfrutados, ejercidos y protegidos si no se protegen simultaneamente los derechos colectivos.*

Segundo Marco Aparício, revisado por Mallo<sup>168</sup>, os principais direitos coletivos demandados pelos povos indígenas e de diversas formas contemplados nas Constituições da América Latina, podem ser divididos em quatro frentes: direito ao território, direito a cultura, direito ao desenvolvimento da identidade étnica e direito a autodeterminação.

Quando se fala em autodeterminação a partir de um enfoque jurídico, está-se incluindo o reconhecimento dos sistemas jurídicos de cada povo indígena e do direito ao livre exercício da função jurisdicional conforme o mesmo por parte das próprias autoridades indígenas. Este reconhecimento do próprio pluralismo jurídico, como visto, não figura em todas as Constituições reformadas recentemente e, quando figuram, estabelecem-se maiores ou menores restrições e limites ao exercício jurisdicional.

Colômbia, Paraguai, Bolívia, Peru, Equador, Venezuela e México são os países que, de algum modo, procedem ao reconhecimento constitucional da jurisdição e autoridades indígenas, visto que as comunidades indígenas destes países lograram manter em seu seio formas próprias de resolução de conflitos. Analisando cada uma destas Constituições, em especial a do México e a da Venezuela, percebe-se que a jurisdição própria é tratada de forma alternativa ou suplementar, geralmente ficando submetidas a instâncias superiores não indígenas e tampouco multiculturais.

---

166 CLAVERO, Bartolomé. Derechos Indígenas y Constituciones latinoamericanas. In: BERRAONDO, Miguel (coord). Pueblos Indígenas y derechos humanos. Universidad de Deusto: Instituto de Derechos Humanos. p.330.

<sup>167</sup> MALLOL, Vicente C. 2004. p.103

A proposta inserta nestas Cartas Maiores é que haverá necessidade de uma lei que realize a tarefa constitucional de compatibilizar e coordenar as jurisdições indígenas. Isso ocorre, segundo Clavero<sup>169</sup>, porque não há autonomia política que possa permitir a consideração desta possibilidade de concorrência na coordenação, ficando, portanto, a cargo da lei estatal compatibilizar a atuação das distintas esferas jurisdicionais.

A lei que deverá coordenar a zona de interseção entre o direito indígena e o direito estatal não foi todavia implementada em nenhum destes países, o que tem dificultado sobremaneira a atuação das autoridades indígenas na resolução de conflitos. É o que acontece, por exemplo, no Peru, onde apesar das mudanças legais a favor do pluralismo, muitas autoridades comunitárias indígenas continuam sendo perseguidas penalmente por supostos delitos de usurpação de função, contra a liberdade individual, coações, sedição, entre outros, por aplicar a justiça própria<sup>170</sup>.

De acordo com Mallol, esta lei de coordenação deverá harmonizar a ordem estatal e sua legislação com os sistemas internos dos povos indígenas. Esta idéia exclui de antemão a intenção de regulamentar a própria jurisdição indígena, ou pressionar para que a própria comunidade o faça, pois é algo que pertence ao âmbito da autonomia interna de cada comunidade. Nos dizeres de Gladys Germana, citada pelo próprio autor:

*Es decir, darles herramientas a los jueces de la republica para que la justicia pueda ser realmente una fuente de harmonía, tanto para los pueblos indígenas como para los vecinos con los cuales conviven.*<sup>171</sup>

Quanto ao conteúdo da lei, é também Mallol<sup>172</sup> quem nos apresenta quais devem ser os principais temas abordados. Segundo o autor, dever-se-ia estabelecer as bases para determinação de quem será a competência na solução de conflitos que envolvam indígenas, bem como determinar resoluções para possíveis conflitos de competência entre a jurisdição estatal e a indígena. Neste aspecto, a Alta Corte Colombiana, na falta da lei, tem se esmerado por levar em consideração não somente o foro territorial para estabelecer a competência, mas, sobretudo o foro pessoal na resolução de conflitos.

Outro tema basilar pra referida lei seria a determinação de limites mínimos em matéria de direitos humanos que deverão ser observados pela jurisdição indígena.

---

<sup>168</sup> Idem. p. 101

<sup>169</sup> CLAVERO, Bartolomé. s/d . p.303

<sup>170</sup> FAJARDO, Raquel. In: GARCIA, Manoel Calvo (coord.). 2002. p. 231

<sup>171</sup> MALLOL, Vicente C. 2004. p.129

Porém, a definição e interpretação dos direitos humanos não podem ficar nas mãos de uma única orientação cultural, nem de único aparato institucional, pelo perigo de se estar violentando o direito a diversidade e o reconhecimento do pluralismo.

Pactuando com as idéias de Boaventura Santos sobre racionalidade emancipatória dialogada como passo para a incorporação destes limites na lei de coordenação, é que o autor nos afirma que os direitos humanos devem ser objeto de um amplo debate e diálogo intercultural entre os povos indígenas e a cultura ocidental. Somente através do consenso sobre tais limites é que será possível fixar mínimos intangíveis nas leis de coordenação.<sup>173</sup>

O último aspecto que não deverá ser esquecido por esta lei é o do reconhecimento das decisões tomadas no seio da jurisdição indígena sem que se estabeleçam novos requisitos que, na prática, possam significar em desconhecimento da efetividade jurisdicional indígena ou que coloquem tal jurisdição em grau de instância inferior. Por esta razão, o uso das palavras ratificação ou homologação deverão ser evitados por parte das instâncias oficiais<sup>174</sup>.

Mallol entende que as decisões indígenas, com o único fim de que possam repercutir e terem eficácia fora da comunidade de origem, podem ser reconhecidas pela jurisdição estatal, mediante um mero trâmite formal, em que se comprovaria que a decisão em concreto e transitada em julgado foi ditada por uma autoridade indígena no exercício de sua função jurisdicional.<sup>175</sup>

A vigência efetiva do reconhecimento da jurisdição especial e dos direitos indígenas está inserta em um novo marco maior que é o da construção de Estados Pluriculturais. Construção que implica em um novo modelo de redistribuição de poder, de descentralização, de se redesenhar a relação do Estado com os povos indígenas, de se implementar a consulta e participação cidadã para o manejo da coisa pública, enfim, de um novo modelo de democracia.

Diante de todos esses aspectos do reconhecimento do Pluralismo Jurídico pelos Estados latino-americanos através de suas Constituições, convém agora analisarmos

---

<sup>172</sup> Idem. p. 133-134

<sup>173</sup> Idem. p. 135

<sup>174</sup> FAJARDO, Raquel Y. In: GARCÍA, Manoel Calvo (coord). Op. cit. p. 246

<sup>175</sup> MALLOL, Vicente C. 2004. p. 141

mais detidamente a experiência de alguns países diante deste novo contexto. Para tanto, nos deteremos a discorrer sobre a evolução constitucional e o ressurgimento dos movimentos indígenas no México, Colômbia, Bolívia e Brasil.

### 3. RECONHECIMENTO DO PLURALISMO E DA JURISDIÇÃO INDÍGENA EM PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

#### 3.1 O Pluralismo jurídico na experiência do México

Após fazer uma análise do Pluralismo Jurídico que se pretende para a descolonização do Direito na América Latina, um repasse pelas raízes do constitucionalismo que levaram à construção da teoria geral monista do direito e seu esgotamento como sistema válido e eficaz para os Estados latino-americanos, até chegar ao reconhecimento da multiculturalidade dos povos que esta parte da Terra habitam e à forma como as Constituições destas Nações aportaram tal reconhecimento, cumpre agora demonstrar como este longo processo foi e está sendo construído em alguns países.

Primeiramente, cabe salientar que, no México, o colonialismo europeu não foi capaz de submeter inteiramente os grupos indígenas, que se mantiveram autônomos por um largo período de tempo. Os únicos povos indígenas realmente dominados foram os extintos, ou seja, os que pertenciam e já haviam sido conquistados pelos povos asteca e maia. Estes foram submetidos e reduzidos em “povoados indígenas”<sup>176</sup>, que constituirão o eixo para a condição indígena posterior.

Através da criação desses povoados, a Coroa subordinava os grupos indígenas com a cobrança de inúmeros encargos, como tributos, trabalho forçado e, ainda, aplicava sanções especiais, baixo um regime legal diferenciado que, a par de submeter, protegia as terras indígenas da invasão de colonos, além de permitir a existência de autoridades indígenas e até o pluralismo legal, desde que subordinado as leis da Coroa<sup>177</sup>.

Com os povos que não lograram conquistar, a metrópole espanhola decidiu realizar inúmeros acordos, com o intuito de manter relações de paz e comércio durante o período colonial. Assim, entre o século XVII e fins do século XVIII, enquanto alguns povos indígenas eram reduzidos e sofriam o peso dos tributos e dos trabalhos forçados,

---

<sup>176</sup> FEJARDO, Raquel Yrigoyen. *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena em las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*. In: BERRAONDO, Miguel (coord.) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Deusto: Instituto de Derechos Humanos. s/d. p.539

<sup>177</sup> Idem. p.540

outros povos resistentes firmavam tratados com a Coroa, estes buscando assegurar tratamento respeitoso e reciprocidade.

É Clavero quem exemplifica melhor o conteúdo de tais tratados. Segundo o autor, Espanha e as Nações indígenas que se localizavam perto da fronteira com o que hoje é os Estados Unidos firmaram diversos tratados relativos à garantia das fronteiras. Tais povos indígenas, como os Cherokee, trataram de requisitar dos Ministros Espanhóis a fixação permanente destas fronteiras, para evitar futuros conflitos. Porém, quando Espanha começa firmar tratados sobre fronteiras com os Estados Unidos, já em vésperas da independência do México, o faz como se tais grupos ali não existissem, não delimitando espaços intermediários entre as fronteiras mexicanas e estadunidenses, reduzindo tais tratados em simples recurso para evitar guerras com as nações indígenas, sem nenhum compromisso substancial com estes povos.<sup>178</sup>

Quando da independência mexicana, este novo país preferiu a herança das fronteiras estabelecidas entre Espanha e Estados Unidos do que adentrar em diálogo com os povos indígenas ali viventes. Enquanto isso, as nações indígenas resistentes continuavam buscando um sistema que, se os integrassem, não os submetessem ou reduzissem. A idéia inicial de tais tratados, na visão das diversas comunidades indígenas<sup>179</sup> era manter a pluralidade confederativa, de forma que as decisões sobre segurança e conservação das comunidades ficassem baseadas no diálogo e na reciprocidade. Contudo, o México independente optou por não manter relações recíprocas com ditas comunidades, fixando-as absolutamente dentro do território nacional.

Em dois séculos do chamado México Independente ou republicano (1810 a 2009), as relações dos povos indígenas com o Estado passaram por três etapas distintas<sup>180</sup>:

Logo da independência, o primeiro período, que vai de 1810 a 1917, é denominado por Mallol de “etapa negra”, pois é a fase de maior usurpação das terras e territórios indígenas e também do genocídio de milhares de pessoas pertencentes a estes grupos. Com a privatização de terras, o liberalismo foi capaz de destruir mais comunidades indígenas do que três séculos de colonização.

---

<sup>178</sup> CLAVERO, Bartolomé. Derechos Indígenas y Constituciones Latinoamericanas. In: BERRAONDO, Miguel (coord.) .Op.cit.. p.315

<sup>179</sup> In: CLAVERO, Bartolomé. Op. Cit. p.315

A primeira Constituição efetiva do México independente, de 1824, estabelece a Nação mexicana como Estado Federativo, copiando a técnica norte-americana. Porém, as nações indígenas não formavam e tampouco constituíam nenhuma destas federações, que eram formadas apenas onde uma minoria não-indígena fosse capaz de tomar frente da administração estatal. Onde somente havia população indígena continuava sendo território sujeito diretamente aos ditames federais, e o Estado recorria a tratados, mais como forma de penetrar, dominar e domesticar os povos indígenas do que com o sentido buscado pela comunidade ali presente.

Em 1857 o federalismo ganha forças em uma nova Constituição que, de uma vez por todas, trata a questão indígena como própria de cada país independente e os assuntos internacionais como exclusivos de cada Estado-Nação. A única alusão feita aos povos indígenas nesta Constituição diz respeito aos estados da federação que não poderão, de nenhuma forma, celebrar acordos ou tratados com outros Estados, a não ser quando o assunto for celebrar coalizão para guerra ofensiva ou defensiva contra interesses *bárbaros*<sup>181</sup>.

Os grupos políticos dominantes, então, retiram toda a autonomia implicitamente concedida aos povos indígenas durante a colônia, sobretudo no que diz respeito à administração da justiça e da comunidade; o princípio da igualdade, difundido amplamente aos novos países independentes, protege o cidadão como indivíduo, mas não a comunidade indígena como coletividade. Estas novas condições forçam ainda mais a resistência indígena a manter seus costumes e a transmiti-los oralmente de geração em geração.

A segunda etapa, de 1917 a 1992, é marcada pela explícita intenção de “mexicanizar” os índios, de aculturação e assimilação da cultura dominante. É o período indigenista, e o que se busca é a unidade nacional através da homogeneização. Indigenismo aqui entendido como a forma de percepção do índio pelo não índio, através da tentativa de integrá-lo à comunidade obrigando-o a assimilar a cultura dominante e, conseqüentemente,

---

180 MALLOL, Vicente Cabedo. *Constitucionalismo y Derecho Indígena em América Latina*. Valencia: UPV.2004.p.187

<sup>181</sup> CLAVERO. Bartolomé. *Op.cit*.p.316

afastá-lo da cosmovisão indígena e de sua identidade coletiva<sup>182</sup>. Foi um período marcado pela idéia de que os índios necessitavam proteção por serem incapazes de se autodeterminar e autogovernar. Contudo, a política indigenista não consegue proteger os povos da exploração econômica e nem da manipulação eleitoral.

A Constituição de 1917, também chamada de “revolucionária”, continuou a tendência de ignorar a presença indígena em território mexicano, preservando o fundamento de igualdade jurídica que inspirou a Constituição de 1857. Sem embargo, a política frente os povos indígenas foi obrigada a se modificar: com a sensação constante de que o país vizinho do norte pudesse invadir seu território. Diferentemente dos regimes liberais do século XIX, de tendência estrangeirista, o governo buscou um novo projeto de identidade nacional, firmando novos valores que dessem um caráter de unidade e o distinguisse dos demais países. Por isso, volta-se a valorar a cultura indígena como componente indispensável da cultura nacional. Porém somente na medida em que não obstasse o desenvolvimento do país. Segundo Andrade<sup>183</sup>, *en una forma un tanto curiosa, el nacionalismo revolucionario exaltó la tradición cultural india, pero sólo para amalgamarla a una idea superior, la del pueblo mexicano.*

O início do apogeu da era indigenista no México é marcado pelo primeiro Congresso Indigenista Interamericano, em 1940, que acabou por influenciar toda a política indigenista na América Latina. A partir deste momento, todos os Estados teriam como obrigação integrar os povos indígenas à sociedade nacional. Os principais eixos abordados neste congresso, apesar de não ter força vinculante para os Estados signatários dos acordos, foram, entre outros, a proposta de reparo e proteção das terras indígenas contra o latifúndio, a criação de sistemas básicos de saúde nas regiões indígenas, o respeito e fomento dos valores culturais “positivos” dos grupos étnicos, além de criar planos de estudo dos diversos grupos étnicos da região, e a adoção de política educativa para os indígenas, através da língua nacional<sup>184</sup>.

O resultado mais importante deste congresso foi a criação do Instituto Interamericano Indigenista, que deveria cooperar com a também recém criada Comissão

---

<sup>182</sup> ANDRADE, Orlando Aragón. *Indigenismo, Movimientos y Derechos Indígenas en México – La reforma del artículo 4º constitucional de 1992*. Morelia, Michoacán, México: UMSNH. 2007. p.38

<sup>183</sup> ANDRADE, Orlando Aragón. *Op.cit.* p.39

<sup>184</sup> *Idem.* p. 48

Permanente dos Congressos Indigenistas Interamericanos, solicitando, produzindo e organizando informações acerca de todas as comunidades indígenas, transformando-se em instituição capacitadora, principalmente através da pesquisa, de pessoas que pudessem se envolver na problemática indígena<sup>185</sup>.

Em 1948 é criado o Instituto Nacional Indigenista, com a intenção de coordenar as políticas para integração dos povos indígenas à sociedade nacional. Através de Centros de Coordenação Indigenista, e de seus técnicos bilíngües, o governo adentrou nas comunidades e pôde aplicar projetos assimilacionistas de educação, saúde, comunicação e agricultura.

O grande entrave que a política indigenista encontrou foi tentar conciliar a idéia de proteção à cultura indígena com a tentativa de integrá-las a “cultura nacional”. Buscava-se a justiça social, dando às etnias oportunidade de melhorar sua qualidade de vida conquanto abandonassem a maioria de suas práticas culturais.

A última etapa, que começa em 1992 e ainda está em curso, contempla uma fase de relações mais complexas entre as diversas etnias e o Estado mexicano, que não é mais unilateral, do Estado para as populações indígenas, visto que estes começaram a responder as tentativas de aculturação com organização e manifestações por outras demandas, afetadas, sobretudo, pelo novo processo de globalização econômica, que traz consigo uma série de novos convênios e tratados multilaterais que afetam o cotidiano indígena. Por fim, o levantamento do Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN) influenciou sobremaneira os estudos e articulações políticas no que diz respeito aos povos indígenas.

Há que se fazer uma análise um pouco mais detida acerca do “ressurgimento” do movimento indígena nos Estados latino-americanos e, mais precisamente, no México. O início do que se diz ressurgimento do movimento indígena é, por todos os estudiosos, marcado pela globalização ascendente, a partir do início dos anos 70. Vários são os fatores que levam ao reaparecimento da pauta indígena, sobretudo a integração global da economia e as reformas geradas por ela no seio dos Estados nacionais, o processo crescente de acumulação capitalista e a influência constante das organizações internacionais nestes Estados.

---

<sup>185</sup>

Idem. p.50

Como consequência do novo fluxo de informação e comunicação, as comunidades indígenas se obrigaram a criar ou recriar um discurso acerca de sua própria identidade. Na primeira metade do século XX estavam os grupos indígenas em relativo isolamento, razão pela qual não se fazia necessário elaborar um discurso identitário. Contudo, já em fins do século XX e início do século XXI, os grupos indígenas se encontraram imersos em uma etapa de interação social crescente que tornou imprescindível a reelaboração de seus discursos sobre identidade.

Isso se mostra patente quando, pelas mesmas razões neoliberalistas, o Estado não responde às demandas indígenas e este espaço acaba sendo preenchido por novos atores sociais, como ONG's, grupos de defesa dos direitos humanos e grupos evangélicos, fazendo com que os indígenas passassem a interagir mais dentro de uma nova realidade social. Após este novo contato, os indígenas passam a se organizar com finalidades diversas, surgindo desse processo muitas organizações indígenas contestatórias<sup>186</sup>.

No México, a crise econômica e política do início dos anos 70 contribuiu para a derrubada da política indigenista e a ascensão do movimento indígena. As primeiras mobilizações foram marcadas pela união com o campesinato mexicano demandando terras. Segundo María Consuelo Mejía Piñeros, citada por Andrade:

*(...) el significado que adquiere esta demanda para las comunidades indígenas es en esencial el de recuperar un espacio vital al que está indisolublemente ligada la reproducción de su cultura, como única forma de seguir desarrollando los elementos que conforman su especificidad<sup>187</sup>.*

A lei agrária promulgada em 1970 aprofundou a crise no campo, ao acobertar os latifúndios existentes e preservar uma série de privilégios aos grandes produtores rurais, levando ao êxodo rural. Sem embargo, os migrantes, antes que abandonarem suas práticas culturais e se desligarem de suas comunidades de origem, recriaram e fortaleceram suas tradições e vínculo com a comunidade natal.

Tal crise aprofundou também o problema de legitimidade do governo federal. Assim, como forma de manutenção do status quo, os governistas trataram de realizar uma abertura política, abrindo inclusive espaços de discussão para a problemática indígena, com a intenção de manejar o incipiente interesse político indígena e, ao mesmo tempo, dar impressão de estar se abrindo a uma nova postura democrática. Foi por meio

---

186 ANDRADE, Orlando Aragon. Op.cit. p 81.

187 Idem. p. 89

desta iniciativa do governo federal que surgiram as primeiras grandes organizações indígenas no país e, em 1975 realizou-se o I Congresso Nacional dos Povos Indígenas que terminou com a publicação da Carta de Pátzcuaro reconhecendo, pela primeira vez e ainda apenas formalmente, o pluralismo cultural do país. Esta carta é de extrema relevância porquanto cria o Conselho Nacional dos Povos Indígenas (CNPI), devendo funcionar como mediador do diálogo entre as diversas comunidades indígenas – pois tinha uma suposta representação nacional – e o governo federal<sup>188</sup>.

Desta época em diante começam a surgir outros movimentos indígenas de grande repercussão como Aliança Nacional de Professores Indígenas Bilingues (ANPIBAC), que tinha como proposta mais importante compartilhar a educação dos jovens indígenas para dar a possibilidade da tomada de consciência da realidade social em que vivem<sup>189</sup>.

Afora estas organizações que surgiram do contato com os órgãos oficiais do governo, aparecem também diversas organizações indígenas independentes. Em 1980 se realizou em Oaxaca o Primeiro Encontro das Organizações Indígenas Independentes, onde os diversos grupos decidiram por se desligarem do governo ou de qualquer partido político, articulando, sobretudo, para a recuperação de terras, territórios indígenas e recursos naturais.

O importante a ressaltar é que, independente da tendência ideológica de cada Organização, a década de 70 é marcada basicamente por duas demandas indígenas específicas: a agrária, que girava em torno da questão territorial e da melhoria da qualidade de vida; e a cultural, que se buscava o respeito ao trabalho comunitário, a suas línguas, usos e costumes.

Os anos 80 são marcados pela redefinição de suas reivindicações e ampliação de suas frentes de luta. Pode-se resumir esta etapa da mobilização indígena como a etapa de concentração e desenvolvimento das chamadas “estratégias de sobrevivência”<sup>190</sup>, que consistia na criação de projetos alternativos ante a inoperância dos atores governamentais, baseados na apropriação do processo produtivo e na autonomia organizativa. Nesta época surgem também movimentos indígenas de caráter ecologista,

---

<sup>188</sup> Idem. p.93

<sup>189</sup> Idem. p. 99

<sup>190</sup> Idem. p.105

preocupados com a manutenção de seus recursos naturais e atentos as novas demandas internacionais sobre meio ambiente.

Em 1990 acontece no México o II Fórum Internacional sobre Direitos Humanos dos Povos Indígenas, que acabou por criar uma das organizações mais importantes dos últimos tempos, o Conselho Mexicano 500 anos de resistência indígena e popular. Protestar contra as comemorações pelos 500 anos de invasão colonial se converteu em uma importante estratégia para a luta indígena contemporânea, visto que a partir de então houve maior coordenação entre os diversos movimentos indígenas do país, que se articularam a nível local, regional, nacional e internacional.

Mesmo se articulando de forma mais visível e em contestação ao modelo nacional imposto, os diversos grupos indígenas não compartilhavam das mesmas idéias, nem mesmo quando se encerravam em uma única Organização. Isso quer dizer que, apesar de estar mais vinculada, a luta indígena não se encontrava em estrita coesão. Os grupos protagonistas das reivindicações do V centenário estavam muito divididos e foi assim que as organizações indígenas chegaram à discussão da reforma constitucional de 1992.

Para refletir acerca da questão constitucional e para melhor explicá-la, é necessário recordar que o México, em 1990, e atendendo ao chamado internacional por mudança de visão acerca da questão indígena, ratificou o Convênio 169 da OIT, tornando-o lei interna em 1991. Foi a ratificação do Convênio 169, e as recentes reformas constitucionais na América Latina, acrescentando o pluralismo cultural e étnico em suas Constituições, que influenciaram a reforma do artigo 4º, adicionando o parágrafo primeiro, na Constituição Política mexicana, que se deu quase 3 anos depois com a inclusão dos povos indígenas, *in verbis*:

*Artículo 4, párrafo 1º: La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en aquéllos que sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.*

A reforma se processou e foi dirigida pelo Instituto Nacional Indigenista, através da Comissão Nacional de Justiça para os Povos Indígenas, de onde saiu a proposta de acrescentar um primeiro parágrafo ao artigo 4º. Foram realizadas diversas consultas -

organizadas em fóruns para os mais diversos setores sociais e indígenas - a respeito da amplitude do reconhecimento aos povos indígenas, sempre em cima da proposta já elaborada, o que levou a não se discutir profundamente a questão jurídica e constitucional inserta nesta proposta. Por essa razão, as organizações indígenas mais representativas se furtaram a participar, inclusive levando ao Congresso uma proposta alternativa.

De acordo com Magdalena Gómez<sup>191</sup>, o fato de que a discussão ficou centrada na proposta já elaborada refletiu não somente a histórica exclusão da voz e participação direta da população indígena, mas também o escasso interesse demonstrado pela sociedade não-indígena a respeito do assunto, em particular, dos profissionais de direito educados na tradição positivista, que “aderiram irrestritamente à ordem jurídica constitucional homogênea e ao apego aos princípios de igualdade jurídica e generalidade da lei, tornando a discussão mais ideológica e marginal”.

O texto do parágrafo aprovado contém modalidades jurídicas que buscam diminuir seu impacto constitucional; reconhece-se que a nação tem um caráter pluricultural fundado e sustentado na presença originária dos povos indígenas, todavia, em seguida, relega e delega à outra lei a proteção e promoção de tal reconhecimento, quitando força aos direitos que requerem reconhecimento diretamente pela Constituição. Além disso, omite o reconhecimento dos indígenas como sujeitos coletivos de direitos, o direito à autonomia, os direitos políticos e os direitos relativos à administração interna de justiça pelas próprias autoridades indígenas<sup>192</sup>.

Por essa razão, não se passou muito tempo até se ouvirem as primeiras críticas e pedidos por reformas de tal parágrafo, demanda que foi apropriada pelo Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN), quando este surge na cena política nacional em 1994.

Antes de adentrar especificamente às demandas do EZLN e os Acordos logrados, há que se lembrar que outras reformas foram realizadas paralelamente à do parágrafo primeiro do artigo 4º na Constituição mexicana e que, de alguma forma, tiveram

---

<sup>191</sup> GÓMEZ, Magdalena. Em busca de la justicia: análisis del proceso mexicano de reformas en materia indígena (1992 y 2001). In: Primer Congreso Latinoamericano Justicia y Sociedad. Mimeo. s/d. .p. 5 (tradução livre)

<sup>192</sup> Idem. p. 6

influência na questão indígena. Um exemplo claro disso é a reforma do artigo 27 da Constituição, que possibilitou que todas as terras entrassem no mercado, regidas pela lei da oferta e demanda, podendo seus titulares, a partir de então, arrendar, vender, associarem-se, entre outras faculdades.

Após a reforma constitucional de 1992, diversos estados federados modificaram suas Constituições com o objetivo de reconhecer a existência de povos indígenas, como o estado de Chiapas, Querétaro, Hidalgo, San Luís de Potosí, Sonora, Veracruz, Nayarit, Jalisco, Estado do México, Durango, Guerrero, Oaxaca e Chihuahua. Estes dois últimos estados começaram a reformar suas Constituições antes da reforma na Constituição Federal, e pode-se afirmar que são os estados mais avançados na questão do reconhecimento atual dos direitos indígenas, ainda que tal antecipação seja considerada inconstitucional.

O ano de 1994 foi um ano importante para o deslinde da questão indígena, pois em 1º de janeiro ocorre o levantamento armado do EZLN em Chiapas, com o chamamento a todos os explorados da Nação a lutar por trabalho, terra, alimentação, saúde, educação, justiça e democracia<sup>193</sup>.

Sua luta, que se pode dar um seguimento nas mãos de suas seis declarações políticas, se pode expressar com três pensamentos mínimos que vão do local ao global:

- 2 A defesa de direitos coletivos e individuais negados aos povos indígenas mexicanos;
- 3 A construção de um novo modelo de nação que inclua a democracia, a liberdade e a justiça como princípios fundamentais de uma nova forma de fazer política, já que o EZLN entende que (mesmo no atual governo democrático) as categorias de base, os camponeses, muitos de origem ameríndia, ainda não usufruem a liberdade e justiça que a democracia deveria fortalecer. O movimento tem uma orientação marxista e entende conceitos como democracia e liberdade de forma diferente do governo mexicano;
- 4 O tecido de uma rede de resistências e rebeliões no mundo todo em nome da humanidade e contra o neoliberalismo.

---

<sup>193</sup> EXÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERTAÇÃO NACIONAL. *Declaração da Selva de Lacandona*, Disponível em: <[www.ezln.org](http://www.ezln.org)>. Acessado em 23.10.09

O que interessa destacar são os “Compromissos por uma paz digna” em que o EZLN reivindicou autonomia própria para as comunidades indígenas, além da administração da justiça conforme o sistema jurídico de cada povo. Estas duas reivindicações é que vão dar base aos Acordos de San Andrés Larraínzar sobre Direitos e Cultura Indígena, estabelecidos entre o governo federal e o Exército Zapatista, subscritos em fevereiro de 1996<sup>194</sup>.

O momento de maior debate sobre o direito indígena na história do México se deu após a Lei para o Diálogo, a Conciliação e a Paz digna em Chiapas, onde se acordaram as bases para o diálogo e um esquema de mesas temáticas para abordar as causas que deram origem ao conflito armado<sup>195</sup>. Uma das mesas tratou justamente do direito e cultura indígena que se concretizou com os Acordos de San Andres. Tais acordos estão conformados em quatro documentos, a saber<sup>196</sup>:

- 1- Pronunciamento Conjunto que o Governo Federal e o EZLN enviarão às instâncias de debate e decisão nacional, de 16 de janeiro de 1996;
- 2- Propostas conjuntas que o Governo Federal e o EZLN se comprometem a enviar as instâncias de debate e decisão nacional, de 18 de janeiro de 1996;
- 3- Compromissos para Chiapas do Governo de Estado e Federal e o EZLN, de 16 de janeiro de 1996 e;
- 4- Acordo mediante o qual tanto o Governo Federal como o EZLN manifestam sua aceitação aos três documentos anteriores.

Nestes documentos ficava estabelecido o reconhecimento da autonomia e livre determinação dos povos indígenas, além do reconhecimento do direito consuetudinário indígena e a possibilidade de dar aos indígenas efetivo acesso à jurisdição estatal. Com estes documentos se pretendeu que os indígenas pudessem participar da vida nacional ativamente, sobretudo tomando decisões sobre projetos de desenvolvimento. Dessa forma, poderiam desenvolver autonomia, autogoverno, sem, contudo, diminuir a

---

<sup>194</sup> MALLOL. Op. Cit. p.191

<sup>195</sup> GÓMEZ. Magdalena. Op.cit.p.8

<sup>196</sup> EXÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERTAÇÃO NACIONAL *Acordos de San Andrés*. Documentos na íntegra disponível em: <<http://ns.oit.or.cr/mdsanjo/indig/andres.htm>>. Acessado em 23.10.09

soberania estatal e a unidade nacional do Estado mexicano. Em suma, pode-se dizer que estes acordos apontavam ao reconhecimento do pluralismo jurídico em questão.

O problema quem aponta é Magdalena Gómez<sup>197</sup>, quando afirma que para cumprir tais acordos seria imprescindível questionar conceitos e princípios que estão na base da cultura constitucional dominante, como por exemplo, o conceito de sujeitos de direito, território, livre determinação, o que não era intenção e nem foi realizado pelo governo, que de todas as maneiras tentou evitar as verdadeiras reformas constitucionais e tentou inclusive reabrir o diálogo com fim de reinterpretar seu conteúdo.

Neste mesmo período, quando já não parecia possível uma reforma na Constituição de acordo com as bases dos Acordos de San Andres e devido ao escasso interesse do governo federal em aprovar tal reforma, outros grupos se esforçaram e propuseram outras reformas em matéria de direito e cultura indígena. A mais expressiva foi a da Comissão de Concórdia e Pacificação (Cocopa), pois sua proposta estabelecia a necessidade de um prévio acordo entre o Governo Federal e o EZLN, reabrindo as portas que já estavam praticamente fechadas para o diálogo. Tal proposta foi a que mais se acercou às idéias dos referidos acordos, razão pela qual foi rechaçada de antemão pelo Governo Federal, que rebateu apresentando uma proposta de reforma alternativa aos Acordos de San Adres em 1998, que restou impugnada pelo EZLN<sup>198</sup>.

Finalmente, no ano 2000, o presidente Vicente Fox envia ao Senado a proposta formulada pela Cocopa e reformulada pelo governo e, então, o EZLN fixa condições para retomada do diálogo. Contudo, nem mesmo a expressão de vontade de dialogar do EZLN, nem as grandes marchas ocorridas naquele ano, como a marcha da “Cor da Terra”, e muito menos as requisições feitas diretamente ao Congresso pelo Exército Zapatista e por representantes do Congresso Nacional Indígena (CNI) foram levadas em consideração. Assim, tal proposta foi aprovada pelo Congresso Nacional em abril de 2001 e logo remetida, como estabelece o artigo 135 da Constituição mexicana, às Assembléias Legislativas estatais para aprovação, sendo publicada em agosto do mesmo ano<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> GÓMEZ, Magdalena. Op.cit.. p.9

<sup>198</sup> Idem. p.10

<sup>199</sup> Idem. p. 11

Em realidade o que se aprovou foi uma contra proposta a feita pela Cocopa, prevalecendo o critério de não outorgar direitos que pudessem implicar em poder real para os povos indígenas, não reconhecendo a autonomia ainda quando esta está inserida na Constituição.

A reforma constitucional afeta os artigos 1º, 2º, 4º, 18 e 115. O artigo 1º ganha mais dois parágrafos, o primeiro que faz referência ao antigo artigo 2º, sobre a proibição da escravidão, e o parágrafo segundo que reforça a proibição de discriminação.

É o artigo 2º que fixa as bases para a nova regulamentação sobre direitos indígenas; de início reitera que a Nação mexicana é única e indivisível, demonstrando o certo temor de secessão, sem ter em conta de que o mesmo implicaria tão somente em autogoverno local, dentro dos marcos nacionais. Depois reconhece a pluralidade do povo mexicano nas mesmas palavras do parágrafo 1º do artigo 4º reformado em 1992, razão pela qual este parágrafo desaparece. Por fim, define nos parágrafos adicionais, e nos mesmos termos do Convênio 169 da OIT, quem são os povos indígenas, complementando tal definição no parágrafo 4º com o critério de auto identidade. No parágrafo 5º, reconhece o direito à livre determinação, limitada ao caráter de unidade nacional e adiciona as alíneas A e B e uma série de incisos<sup>200</sup>.

Na alínea A, em seus incisos I a VIII concreta o direito à livre determinação, aportando autonomia para os povos indígenas para, por exemplo, decidir suas formas internas de convivência e organização social, ou para aplicar seus próprios sistemas normativos. Já a alínea B, em seus incisos de I a IX, contempla medidas que deverão ser tomadas pelo direito positivo estatal para outorgar igualdade de oportunidade aos indígenas<sup>201</sup>.

Ao artigo 18 é acrescentado um novo parágrafo, o 6º, que aborda a questão da restrição de liberdade que, segundo o parágrafo, deve ser feita sempre o mais próximo de seu domicílio, seja o preso indígena ou não. Enfim, no artigo 115 é acrescentado um inciso, o III, que estabelece que as comunidades indígenas, dentro do âmbito municipal em

---

<sup>200</sup> MALLOL. Op.cit.p.205

<sup>201</sup> Idem. p. 205. A íntegra da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos pode ser encontrada na web em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acessado em 23.10.09

que se localizam podem coordenar-se e associar-se, fazendo referência a necessidade de uma futura lei.

Muitas críticas foram feitas sobre o texto aprovado para esta reforma constitucional; destaca-se, sobretudo, a crítica feita ao modo de reconhecimento dos povos indígenas, como entidade de interesse público, quando deveriam ser reconhecidas como sujeitos de direito coletivo, assim como estava proposto no documento da Cocopa. Dessa forma, longe de reconhecer a personalidade jurídica das comunidades, associada ao patamar de autonomia, acaba expondo as mesmas à possibilidade de intervenção direta e permanente do governo, sempre que este achar afetado o interesse público.

Outra crítica apontada por Mallo<sup>202</sup> se refere ao uso e gozo dos recursos naturais, visto que a reforma elimina a referência ao território, tão necessária a cosmovisão indígena, e cria uma série de limitações ao desfrute dos recursos naturais, que não estão postos como coletivos, apenas se dá aos indígenas a preferência sobre os mesmos. Assim, a comunidade somente poderá desenvolver-se e usufruir os recursos naturais na medida em que a lei estatal considere oportuna.

Contudo, há que se ter em mente que a reforma também contribuiu para a melhoria de alguns aspectos da relação entre o Estado e as comunidades indígenas, como por exemplo, ao incorporar a identificação dos povos indígenas com o critério de auto identidade, ou quando definiu o que deve se entender por comunidades indígenas. Além disso, reconhece a autonomia aos povos indígenas para aplicarem seus próprios sistemas normativos, através da jurisdição local indígena.

Segundo Mallo<sup>203</sup>, somente a Constituição mexicana reconhece a normatividade indígena como sistema jurídico. Isto quer dizer que são reconhecidas tanto as normas materiais como as processuais e, portanto, o pluralismo jurídico no Estado mexicano. Contudo, se esta é uma forma de reconhecimento amplo do pluralismo jurídico, os limites estabelecidos para os indígenas aplicarem seu próprio sistema jurídico são os mais restritivos de todas as Constituições latino-americanas. Assim, o Direito e jurisdição indígena são condicionados não somente pelos direitos humanos, mas também por todos os

---

<sup>202</sup> MALLOL. Op.cit.p.206

<sup>203</sup> Idem, p. 208

princípios gerais insertos na Constituição, pelas garantias individuais e pela dignidade e integridade das mulheres.

Pode-se perceber, portanto, que o pluralismo jurídico reconhecido pela Constituição mexicana ainda não logrou garantir um processo de transformação do Estado, de reavaliação de postura governamental e política e de reformulação de conceitos básicos para operação do Direito. Ainda assim, importa ressaltar o que tal processo, de fato, trouxe para os povos indígenas do México, sobretudo após a irrupção zapatista.

Desde 1994, as comunidades rebeldes se organizaram em *Municipios Autónomos Rebeldes Zapatistas (MAREZ)*, que se sobrepuseram geográfica e politicamente aos municípios constitucionais e eram governadas por um Conselho Autônomo constituído por representantes das comunidades que, de forma paralela a oficial, decidiam sua própria organização jurídica, educativa e de saúde. Como forma de demonstrar resistência, não aceitavam projetos e muito menos verbas governamentais<sup>204</sup>. Em 1995 se fundaram os espaços denominados *Aguascalientes* que, além de serem espaço de diálogo entre os zapatistas e a comunidade nacional e internacional, eram as sedes político-militares, compostos também por um Comitê Clandestino Revolucionário Indígena (CCRI).

Por um momento, as sedes político-militares *Aguascalientes* e os governantes do MAREZ se desentenderam, pois não havia um âmbito de competência específico de cada um, causando grandes problemas de ingerência, sobretudo do CCRI nas decisões dos governantes do MAREZ. No entanto, em 2003, o EZLN, realizou uma série de modificações na organização do espaço de resistência zapatista; seja para reestruturar a forma de luta ou para se estabelecer o diálogo com a comunidade mexicana e a internacional, contudo o mais importante a ressaltar foi a modificação nas estruturas internas de governo.

Inicialmente se realizou uma explícita separação entre os órgãos civis e militares, fazendo desaparecer as sedes *Aguascalientes* e, em seu lugar, surgem os *Caracoles* e as Juntas do Bom Governo (JBG), como estrutura encarregada de observar o “bom governo” nas diversas entidades autônomas zapatistas. Dessa forma, o governo civil ficou

---

<sup>204</sup> LÓPEZ, Op.cit.p. 226

dividido em três níveis autônomos: o regional, exercido pelas JBG, o municipal, desenvolvido pelos Conselhos Autônomos de cada MAREZ e o comunitário, através das comunidades em resistência<sup>205</sup>. Os *Caracoles* são os espaços físicos onde as JBG organizam o governo autônomo.

As JBG se compõem por uma ou duas autoridades provenientes de cada um dos Conselhos Autônomos dos MAREZ da região correspondente, que se revezam a cada 7, 15 ou 30 dias dependendo da região, e basicamente têm como missão: dirimir as disparidades de desenvolvimento autônomo que existem inter-regional, inter-comunitaria e intra-comunitariamente, combater a concentração unipessoal de benefícios e evitar a deterioração dos órgãos de autogoverno. Além disso, as atividades desenvolvidas pelas JBG estão submetidas em cada zona ao controle e vigilância dos Comitês Clandestinos Revolucionário Indígena, a fim de evitar atos de corrupção, intolerância, arbitrariedades e injustiça, sempre objetivando cumprir o princípio máximo do EZLN de “mandar obedecendo”<sup>206</sup>.

Essencialmente, as JBG oferecem assistência gratuita a todos os que a buscam com o objetivo de resolver conflitos, tanto zapatistas como não-zapatistas. O que guia o exercício das Juntas é a normatividade consuetudinária, ou como os insurgentes chamam o “caminho do bom pensamento”<sup>207</sup>. Porém, a aplicação dos costumes não se aplica de maneira estanque e linear; ao contrário, o conteúdo e aplicação de ditos “usos e costumes” se atualiza e modifica de acordo com a necessidade social.

Em relação à aplicação da sanção, o que mais chama atenção é a concepção de que através da educação é possível dar eficácia às normas e garantir a coesão social; assim, se reconhece importância maior ao trabalho informativo e educativo das autoridades. Quanto à resolução dos conflitos, opta-se majoritariamente pela conciliação e mediação; se não é possível lograr resultados através das técnicas anteriores, aplica-se a sanção, que pode ser de duas formas: trabalho comunitário, com a finalidade de fazer o infrator refletir e se reintegrar ao convívio social, e a restituição do dano, sempre que esta seja possível<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> Idem. p.228

<sup>206</sup> Idem. p. 229

<sup>207</sup> Idem, p., 233

<sup>208</sup> Idem. p.235

Portanto, as Juntas do Bom Governo, através de seus delegados, estão empenhadas em respeitar os acordos internos, os sistemas normativos indígenas e em resolver os conflitos que lhes são propostos, mesmo com a freqüente contrapartida do governo Estatal que, apesar de não aceitar, tolerar ou até reprimir as atividades das JBG não puderam impedir a consolidação de sua eficácia fática, nem seu crescimento e muito menos a legitimidade que lhes foi outorgada, inclusive por parte dos que não compõem as filas zapatistas.

### **3.2 O Pluralismo Jurídico na experiência da Colômbia**

Colômbia pode ser considerada a pioneira em reconhecer o pluralismo jurídico em sua Carta Magna. Antes de fazer uma análise da Constituição de 1991, faz-se necessário um breve repasse histórico do constitucionalismo neste país e, ademais, da resistência e mobilização indígena no território militarizado colombiano.

Dado que os povos indígenas que habitavam o atual território colombiano não possuíam registros escritos, o constitucionalismo é contemporâneo à chegada dos espanhóis a este território, quando aplicaram a Constituição espanhola de 1808 e, mais tarde, a Constituição espanhola de 1812. Ambas traziam consigo a influência da Declaração francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que foi traduzida e publicada por Antonio Nariño em Bogotá em 1794 mas que, contudo, não fez parte de forma integral das Constituições colombianas que viriam, sendo introduzida de forma muito lenta somente após a independência<sup>209</sup>.

Durante todo o período colonial, a Igreja foi a instituição mais poderosa, possuía o controle da imprensa, da educação e da alfabetização. Além disso, era a

autoridade decisiva em matéria de moralidade pública e privada. Logo após a independência esta instituição foi perdendo força, mas não o bastante para deixar de ser parte decisiva nas decisões políticas do novo Estado conformado.

Durante a década de 1810, favorecido pelo movimento juntista – experiência de autogoverno na América espanhola, formavam-se juntas que governavam em nome da Coroa -, foram expedidas diversas Constituições em distintas províncias, como as de Cundinamarca (1811, 1812 e 1815), Antioquia (1812 e 1815), Cartagena (1812) e Neiva (1815)<sup>210</sup>, influenciadas, sobretudo, pelo processo de transição de colônia a república. Este processo trouxe consigo uma significativa transformação conceitual, com enormes conseqüências práticas, como por exemplo, em matéria de julgamento, a classificação dos crimes e seus castigos correspondentes, além de desenvolver técnicas de transação civis e comerciais, e a organização dos sistemas educativos. Segundo Urán, *se trato de um cambio radical de la cultura legal hispanoamericana debido al surgimiento gradual (...) de una distinción entre lo público y lo privado*<sup>211</sup>. Diz-se gradual pois, apesar da distinção público-privado começar a fazer parte das diversas Constituições, não saíam do papel, e a sociedade seguia sendo profundamente hierarquizada, segmentada e racista, o que impossibilitava a concepção clara de conceitos como interesse público ou cidadania.

O novo Estado colombiano se constituiu após a Batalha de Boyacá em 1819, quando um exército dirigido por Simon Bolívar venceu os espanhóis e instaurou inicialmente um governo unindo as atuais repúblicas de Venezuela, Equador e Colômbia, formando a chamada *República de la Gran Colômbia*. Neste mesmo ano se promulgou a lei fundamental da Nação independente, resultante da reunião constituinte no Congresso de Angostura, em que Simon Bolívar foi declarado presidente. Este Congresso conformou os princípios que serviram de base à primeira Constituição Republicana, de 1821, definida sobre a base de união dos povos e no governo popular e representativo, conformado pelos poderes legislativo, executivo e judicial, garantindo, dessa forma, a segurança, liberdade, propriedade e igualdade dos cidadãos perante a lei.

---

<sup>209</sup> Enciclopedia Microsoft Encarta Online. *Constitucionalismo colombiano*. Disponível em: <http://mx.encarta.msn.com>. 1997-2009. Acessado em 13.04.08

<sup>210</sup> RESTREPO, Lorenza Correa. *Origen del Constitucionalismo Colombiano: Ponencias del III Seminario Internacional de Teoría General del Derecho*. Colección Memórias Jurídicas nº1. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín. 2006. p.36.

<sup>211</sup> URÁN, Vitor M. Uribe. In: RESTREPO, Lorenza Correa. Op.cit. p.35

Em 1830 foi redigida uma nova Constituição, no chamado *Congreso Admirable*, onde foi limitada a intervenção do executivo no legislativo e se proclamou um governo republicano, popular, representativo, alternado e responsável. Este Congresso foi considerado o último da *Gran Colombia*, pois, após o falecimento de Simon Bolívar, se separaram Venezuela e Equador, já que a unificação do território politicamente não era possível, sobretudo por razão das disputas entre centralistas e federalistas, desconhecendo o poder central<sup>212</sup>.

Logo após a separação entre os Estados, em 1832, foi aprovada a Constituição de Nova Granada, cujas características principais foram a separação de poderes, a responsabilidade dada aos funcionários públicos, e a criação de câmaras provinciais. Contudo, em 1843 é aprovada uma nova Constituição, tida por muitos autores como Monárquica, pois concedia competência de veto nas decisões legislativas ao executivo. Para a preservação da ordem e da paz foram fundados colégios religiosos – regressando os jesuítas espanhóis para tomar frente da educação – sendo entregues vastos territórios da Nação às missões católicas, prejudicando sobremaneira a relativa autonomia indígena<sup>213</sup>.

Dez anos depois, em 1853, em razão da influência da revolução de Paris de 1848, foi produzido um novo ato constitucional, de corte profundamente liberal, ampliando uma gama de direitos e liberdades individuais, além da abertura da Nação ao capital estrangeiro, ampliação das autonomias provinciais, tudo apontando à modernização do país.

Já a Constituição de 1858 flexibilizou o caráter das leis, inclusive da própria Carta Magna, aumentando o poder dos estados federados, divididos em Panamá, Antioquia, Santander, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar e Magdalena. Com exceção dos assuntos como religião, tratados com estados estrangeiros, autorização da escravidão, o impedimento do comércio de armas, a intenção era ampliar o poder confederativo, servindo de base jurídica e política para a Constituição de 1863, quando se estabeleceu os Estados Unidos da Colômbia, que eram autônomos, assim como o governo continuava republicano,

---

<sup>212</sup> VARGAS, Antonio Jose Rivadeneira. *Historia Constitucional de Colômbia, 1510-1978*. Bogotá: Edital Horizontes, 1978. p. 46.

<sup>213</sup> Idem, p. 53.

federal, eletivo, alternativo e responsável, constituindo, dessa forma, uma Constituição federalista por excelência<sup>214</sup>.

Em 1886 a hegemonia liberal cede espaço ao triunfo do movimento regenerador, resultando em uma Constituição que regeria os destinos do país até 1991. Se tratou de uma alternativa totalmente oposta a anterior, pois centralizava o poder executivo, devolvia preeminência à Igreja Católica no manejo da educação, estabelecendo inclusive uma concordata com o Vaticano para estender as missões dentro do território nacional. Concedia amplas faculdades ao executivo, principalmente nos casos de comoção nacional ou guerra. Pode-se afirmar que a ordem pública ficou à mercê do executivo, que rotineiramente produzia decretos sobre todos os assuntos públicos da Nação. Na intenção de adequar tal Constituição às novas situações do século XX, ocorreram inúmeras reformas, como as de 1910, 1918, 1921, 1936, 1958 e 1968, que além de tentar modernizar o aparato estatal, direcionava-se à ampliação do comércio internacional e ao desenvolvimento econômico do país<sup>215</sup>.

Durante os quase 200 anos de vida republicana, as políticas estatais para com as populações indígenas tiveram diferentes expressões, tanto em sua orientação geral como na prática. Segundo Santoyo<sup>216</sup>, as políticas podem ser divididas em três grandes períodos: um, mais breve, produto das guerras de independência, no qual se reconhecia, ainda que formalmente, certos direitos indígenas; um segundo, mais prolongado, que se inicia em meados do século XIX até meados do século XX, caracterizado por uma agressiva política de tomada das terras comunitárias indígenas, sobretudo na região andina e, por fim, o período que se inicia nos anos 70, quando aparecem os movimentos camponeses e, unidos a eles, o movimento indígena.

As populações indígenas da Colômbia, segundo dados oficiais<sup>217</sup>, representam hoje aproximadamente 3,4% da população nacional e é culturalmente diversificada e relativamente dispersa em todos os âmbitos geográficos do país. Essa variedade étnica existia quando da conquista espanhola sendo que os vários anos de contato

---

<sup>214</sup> Idem. p.67

<sup>215</sup> Idem. p 78- 87.

<sup>216</sup> SANTOYO, Myrian Jimeno *Los Indígenas colombianos hoy*. In: Revista Credencial Historia.

Bogotá: Ed. 33. 1992. Publicado no site

<http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/sept1992/sept3.htm>. Acessado em 10.07.09

e imposição de hábitos e comportamentos não foram suficientes para apagar a diversidade étnica no país. Ainda segundo Santoyo<sup>218</sup>, *cada grupo es, en la actualidad, un grupo contemporáneo, con relaciones profundas, a menudo conflictivas, con la sociedad nacional.*

A partir do início da modernização do Estado e de seu ordenamento econômico e administrativo, a situação indígena foi se tornando mais complexa. Uma nova ideologia foi ganhando espaço entre o poder político, que passou a combater o atraso econômico e social das zonas rurais. Os latifundiários eram identificados como causadores da situação de pobreza, carência de terras e submissão, razão pela qual foram perdendo terreno político, sobretudo após o início da política agrária de 1961, que tinha por finalidade criar novas condições no campo, através de uma lei de reforma agrária e uma nova instituição, o Incora, que deveria colocar em marcha dita reforma. É esta nova política que, apesar de ser insuficiente para reestruturar a propriedade rural e a concentração de terras, possibilitou que alguns setores oficiais se abrissem às reivindicações indígenas sobre a legalização de seus territórios<sup>219</sup>.

Assim, a lei de Reforma Agrária tornou possível a titulação de 158 unidades territoriais indígenas, sobretudo nas zonas marginais, como a planície amazônica, através da figura jurídica reserva de terras, medida intermediária entre a propriedade comunitária e a falta de reconhecimento legal. Cabe salientar que, apesar da magnitude dos terrenos de reserva – uma área de mais ou menos 12 milhões de hectares para 128 mil pessoas -, a área encontra-se quase totalmente fora da fronteira agrícola e continuavam sobre a propriedade do Estado<sup>220</sup>.

Desde então é possível observar uma consolidação progressiva, dentro da política estatal indigenista, de uma ideologia de aceitação de direitos especiais para os povos indígenas, principalmente em matéria de terras, educação e programas de saúde. Contudo, pese os reconhecimentos territoriais dos últimos anos, há problemas como a negação da capacidade de decisão indígena acerca dos recursos naturais contidos nestes

---

<sup>217</sup> DANE 2005 Datos Preliminares, Censo Nacional de Población de 2005. Disponível em: [www.dane.gov.co/censo](http://www.dane.gov.co/censo). Acessado em 10.07.09

<sup>218</sup> SANTOYO, Op.cit.

<sup>219</sup> Idem.

<sup>220</sup> Idem

territórios e a falta de soluções eficazes para o assentamento dos camponeses sem terra<sup>221</sup>. Soma-se a isto a militarização do território colombiano após a insurreição das Forças Armadas Revolucionárias de Colômbia (Farc) em 1964, a resposta governista com o exército e o surgimento de grupos paramilitares, como o *Autodefensas Unidas de Colômbia* (AUC).

O efeito do conflito no país hoje é exemplificado em números, visto que há entre três e cinco milhões de desalojados por causa deste conflito interno e da presença de paramilitares. Os desaparecidos superam 40 mil pessoas, e até o presente ano já foram encontradas 2.182 covas, onde se encontraram 2.666 cadáveres<sup>222</sup>.

No ano de 1990 o Diretor do Instituto Indigenista Interamericano, José Matos Mar, citado por Mallol<sup>223</sup>, afirmou que:

*(...) al contrario de lo que se podía suponer y se proponía hace medio siglo, los indios no se han extinguido ni se han transformado para convertirse en parte de una masa indiferenciada de trabajadores en el esquema operativo de las economías modernas. El desarrollo desigual y dependiente del sistema ha creado condiciones para la perpetuación de modos de vida que se refugian y fortalecen en las prácticas de una cultura propia contemporánea, pero diferente a la cultura dominante. Procesos de revitalización étnica y reasunción de identidades, asociados al mercado interno y a los efectos de la crisis, explican esta situación.*

Ao lado do ressurgimento do indígena como ator social reivindicante de direitos, através da reafirmação de sua diversidade e identidade étnica, se viu a crescente inoperância do Estado e o aprofundamento dos conflitos armados no país, que levaram às discussões acerca de uma reforma constitucional. Na Colômbia, os grupos a margem da lei, sejam rebeldes ou instituições comunitárias, sempre buscaram resposta frente às necessidades sociais, sobre as quais o Estado se mostrou incapaz de oferecer uma solução eficaz. Além disso, foram, e ainda o são, os principais gestores de sistemas jurídicos alternativos ao oficial, com um alto poder de coercitividade.

---

<sup>221</sup> Idem.

<sup>222</sup> *Corte Penal Internacional ya tiene plena jurisdicción en Colombia*. Disponível em: <http://www.telesurtv.net/noticias/secciones/nota/60825-NN/corte-penal-internacional-ya-tiene-plena-jurisdiccion-en-colombia>. Acessado em 31.10.09

<sup>223</sup> MALLOL, Vicente Cabedo. *Proposta de desarrollo constitucional y jurisprudencia: Derecho indígena y derechos humanos*. In: Forum II: Indigenous law and human rights. Valencia 1998. Disponível em <http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>. Acessado em 17.07.09

Sendo assim, os mesmos indígenas reivindicantes unidos a um grupo de expertos lograram modificar a Constituição colombiana de modo que esta correspondesse à realidade nacional. Segundo Esther S. Botero<sup>224</sup>, a proposta se expressou em dois princípios básicos: a busca por igualdade real e a proteção das diferenças sócio-culturais da população. Para tanto seria necessário que o Estado se comprometesse a implementar mecanismos para que os excluídos tivessem condições objetivas de aceder a uma vida digna e criasse dispositivos que permitissem a proteção dos distintos modos de existência cultural.

E é assim que em 1991, na Colômbia, se produz uma nova Constituição Política que reconhece finalmente a desigualdade material como fruto da exclusão e a diversidade de referentes culturais compartilhados pelo povo colombiano<sup>225</sup>, dando dimensão conceitual diversa à da Constituição anterior.

Antes de adentrar a nova normatividade produzida diante da realidade social diversa reconhecida, cabe demonstrar as principais modificações de que foram fruto e na qual a nova configuração se produziu. A primeira modificação visível é a da concepção de Estado, que se antes se firmava na igualdade formal perante a lei, caracterizada no chamado Estado de Direito, agora configura um novo Estado que, partindo do reconhecimento de que a desigualdade de direitos pode levar à igualdade real, traduz-se em Estado Social de Direitos<sup>226</sup>, ampliando o papel assistencialista do Estado.

A segunda grande mudança se configura no reconhecimento de um novo sujeito de direito, a par do sujeito individual, ao serem reconhecidos como sujeitos coletivos de direitos as diversas comunidades indígenas, afrocolombianas, entre outras. Esta visão se aproxima da concepção republicana em que o detentor de direitos é a sociedade mesma, não como uma mera aglomeração de sujeitos individuais, mas como uma unidade íntegra. Os povos indígenas, neste sentido, são a expressão deste sujeito de direitos coletivo a que a Constituição de 1991 aspirou distinguir e proteger<sup>227</sup>. Dessa forma, o conjunto de direitos insertos no Título II da Carta Política se estende a todos os nacionais, incluindo as minorias étnicas que, ademais de possuir tais direitos coletivos como

---

<sup>224</sup> BOTERO, Esther Sanchez. *Oficialización y legalización de los derechos propios de los pueblos indígenas de Colombia mediante una jurisdicción especial*. Mimeo. s/d. fls.06

<sup>225</sup> Idem. fls. 07

<sup>226</sup> Idem. fls. 09

integrantes da sociedade colombiana, como, por exemplo, o direito coletivo ao meio ambiente, contaram com uma nova gama de direitos especiais, visto que também se reconhece a diversidade étnica e cultural da Nação.

Esta é outra grande modificação verificada nesta Constituição que, diante das inúmeras e fracassadas tentativas de que os sujeitos nacionais compartilhassem uma única cultura, foi obrigada a reconhecer o diverso e a valorizar tal especificidade, retirando o caráter monocultural impregnado nas Constituições anteriores e passando ao reconhecimento do Estado como Pluriétnico e Multicultural, estabelecendo um amplo catálogo de direitos para os povos indígenas do país, entre eles a faculdade de exercer jurisdição própria de acordo com seus sistemas jurídicos<sup>228</sup>.

Assim, em seu artigo 1º, a Constituição prescreve<sup>229</sup>:

*Art. 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

Dando seguimento, encontra-se o artigo 7º que, de maneira mais precisa, consagra o reconhecimento e a proteção a diversidade étnica e cultural da Nação colombiana. Tal postulado não ficou enunciando somente nestes artigos; no caso das populações indígenas, o reconhecimento da diversidade e da necessidade de sua implementação é visível em outros tantos artigos, como por exemplo, os artigos 8º, 10, 13, 63, 68, 70, 72, entre outros.

O principal artigo desta Constituição que se refere aos povos indígenas é o artigo 246, que reconhece o pluralismo jurídico colombiano na experiência indígena, e merece ser aqui inserto:

*Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá*

---

<sup>227</sup> Idem. fls. 09

<sup>228</sup> MALLOL, Vicente Cabedo. *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*. Valencia: Editorial UPV, 2004. p.144.

<sup>229</sup> COLÔMBIA. Constituição (1991) Constitución Política de Colômbia. Disponível em: <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>. Acessado em 24.09.09

*las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional*<sup>230</sup>.

Segundo Mallo<sup>231</sup>, o objetivo principal deste artigo é reconhecer as funções jurisdicionais exercidas por autoridades indígenas em conformidade com seus sistemas jurídicos, porém bastaria reconhecer unicamente o Direito consuetudinário indígena, como fez a Constituição Mexicana, posto que assim já se estaria incluindo, como qualquer sistema jurídico, tanto as normas primárias como as secundárias. Para o autor, a razão dessa forma de reconhecimento nada mais é do que a tentativa de continuar desvalorizando os sistemas jurídicos indígenas, negando a própria natureza de Direito a estes sistemas, que ainda são vistos como “usos e costumes” apenas.

Para Raquel Yrigoyen<sup>232</sup>, o objeto de reconhecimento é, em realidade, triplo: reconhecimento da normatividade, do sistema institucional ou de autoridades e da jurisdição indígena entendida como função jurisdicional. Neste sentido, o reconhecimento normativo deve ser entendido, devido ao seu caráter dinâmico, no sentido de admitir tanto as normas atualmente vigentes como aquelas que no futuro possam ser criadas ou que suponham uma modificação das que já existem, enfim, o reconhecimento deve ser do direito a autodisposição, ou melhor, de sua capacidade reguladora.

O reconhecimento do sistema institucional consiste em considerar a autoridade indígena apta tanto a julgar, que é a realização do Direito no caso concreto, como também de executar o julgado. Quanto à jurisdição, deve se reconhecer a faculdade de que os assuntos se conheçam segundo as regras de competência do sistema normativo indígena, bem como o reconhecimento da faculdade da autoridade competente resolver o assunto a ela submetido e, inclusive, o poder de usar a força para a execução do julgado<sup>233</sup>.

Segundo a localização constitucional deste preceito (Título VIII *De la rama judicial*), pode-se afirmar que a jurisdição indígena fica enquadrada como estrutura do Estado, não rompendo com o princípio clássico de unicidade jurisdicional. Dessa forma, não são órgãos ordinários ou extraordinários, mas especiais. A própria Lei Estatutária da

---

<sup>230</sup> COLÔMBIA. Constituição (1991). Constitución Política de Colômbia. Disponível em: <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>. Acessado em 24.09.09

<sup>231</sup> MALLOL, Op. Cit. p. 146

<sup>232</sup> FAJARDO, Raquel Yrigoyen. “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino” In: Berraondo, Mikel (coord): Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 537

<sup>233</sup> MALLOL, Op. Cit. p.149

Administração da Justiça, lei nº 270 de 1996, incorpora os juízes de paz e a jurisdição das comunidades indígenas na estrutura geral de organização da Justiça, como integrantes do poder Judicial<sup>234</sup>.

Algumas peculiaridades devem ser destacadas quanto ao reconhecimento desta jurisdição especial. Em primeiro lugar cabe salientar que é uma jurisdição voluntária, ou seja, a Constituição preceituou que as autoridades indígenas “poderão” exercer tal direito. Isto quer dizer que, como direito coletivo, a jurisdição indígena não é denegada quando não se exerce ou não se pode exercer, mas tem valor de coisa julgada quando se exerce<sup>235</sup>. Cabe às próprias comunidades a decisão de se suas autoridades exercerão funções jurisdicionais.

Para tanto, Mallol afirma que dependerá do grau de aculturação da comunidade, bem como do grau de ineficácia da justiça estatal e, ainda, da capacidade de reconstituição ou reformulação da normatividade indígena em contextos concretos, podendo, inclusive, que as autoridades deleguem a função jurisdicional ao Estado quando entenderem necessário.

Outra questão importante a se destacar é a necessidade de dita lei de coordenação para que as autoridades indígenas possam começar a exercer a jurisdição indígena. É a própria Corte Constitucional Colombiana, ao explicar em sua sentença T-606/01<sup>236</sup> a jurisdição indígena, que dissipa a dúvida, ao proclamar que:

*Para la Corte, la jurisdicción indígena está integrada por sus propias autoridades judiciales, la potestad que estas tienen para establecer normas y procedimientos propios, con sujeción de estos a la ley y a la Constitución. Según la jurisprudencia, la jurisdicción indígena no está supeditada a la expedición de la ley previa, pues la Constitución tiene efectos normativos directos. Pero no solamente es la Constitución la que establece esta jurisdicción especial indígena. La OIT en el Convenio 169 (sobre pueblos indígenas y tribales), aprobado en Colombia por la ley 21 de 1991, trae toda una PARTE, denominada “TIERRAS”. En virtud del bloque de constitucionalidad, las citadas normas de los Convenios, y particularmente para el presente caso el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT, se integran con la Carta Fundamental en cuanto dicho Convenio*

---

<sup>234</sup> TOBÓN, Lucia Aberláz. *Justicia de Paz y Derecho Indígena: análisis y propuesta de coordinación*. In: La jurisdicción especial Indígena y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional. Disponível em: <http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf>. 2004. Acessado em: 23.10.09

<sup>235</sup> MALLOL, Op.cit. p. 151

<sup>236</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T 606/01. Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra. Publicado em 27.06.2001. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador>. Acessado em 21.10.09

*contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aún durante los estados de excepción.*

Portanto tem-se que a aplicabilidade da jurisdição indígena é imediata e, além disso, deve ser aplicada a todos os indígenas da comunidade. Isto se deve ao fato de que as autoridades indígenas são consideradas o poder legítimo para aplicar a coação ou qualquer decisão que se adote. Se fosse possível ao indígena preferir a uma outra jurisdição a idéia de segurança jurídica estaria, de antemão, ameaçada<sup>237</sup>. Cabe salientar que autoridades indígenas serão aquelas que correspondam aos distintos povos e comunidades nativas de acordo com seu próprio Direito, como bem estabelece a lei Estatutária de Justiça, lei n°270/1996.

É possível verificar, portanto, que, para além das leis, que como se sabe não são suficientes para concretizar o postulado, e com o fim de proporcionar parâmetros para encaminhar o processo gestado no campo jurídico, foi criada uma Corte independente, encarregada de proteger a Constituição e permitir que seus objetivos sejam concluídos. A Corte Constitucional aparece como potencializadora da mudança e assume o papel de principal protetora e materializadora do novo pacto social<sup>238</sup>.

Com o reconhecimento da jurisdição especial indígena, surgem os possíveis conflitos de competência, fundamentalmente no âmbito penal, entre a jurisdição nacional e a especial indígena; conflito que, enquanto não se aprove uma lei de coordenação tal como prescreve o artigo 246 da Constituição, deve ser resolvido mediante a jurisprudência sentada pela Corte Constitucional<sup>239</sup>.

O problema surge pois a jurisdição indígena não se estende unicamente aos delitos ocorridos dentro de um determinado território indígena e tampouco opera somente quando envolvam indígenas. Assim como a Corte decidiu em suas sentenças, haverá que analisar o caso concreto, sempre levando em consideração dois foros: pessoal e

---

<sup>237</sup> MALLOL, Op.cit.p.152

<sup>238</sup> LOZANO, Luisa Fernanda Garcia. *A jurisprudência indígena da Corte Constitucional colombiana: produto de práticas emancipadoras ou adaptativas?* In: Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina. Ricardo Verdum (Org). Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 197

<sup>239</sup> MALLOL, Vicente Cabedo. *La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos*.Op.cit.

territorial<sup>240</sup>. Isto porque, se está concretizando os princípios do convênio 169 da OIT, e este não faz nenhum tipo de limitação material a jurisdição indígena.

Quanto ao âmbito territorial, a Corte Constitucional estabeleceu um precedente relativamente claro em suas sentenças T-254/94 e T 384/94 y C 039/07<sup>241</sup>, afirmando que o termo território não pode ser considerado somente do ponto de vista do reconhecimento legal, sob a figura de reserva, mas sim toda área ocupada habitualmente pela comunidade indígena. Cabe salientar que a Corte Constitucional muitas vezes prola sentenças contraditórias e, para Lozano<sup>242</sup>, “não é possível assegurar que tais tendências de interpretação sejam respeitadas no futuro”. De qualquer forma, segundo os preceitos do Convênio 169, deve-se entender território da maneira mais ampla possível.

Quanto ao foro pessoal, a própria Constituição não faz referência alguma a este âmbito de competência, cabendo, mais uma vez, a Corte Constitucional se manifestar a respeito. É evidente que se em uma conduta coincidem os elementos pessoal e territorial, ou seja, se um indígena cometer um delito dentro de sua própria comunidade, a jurisdição corresponderá às autoridades indígenas. Porém, a solução se complica quando a infração em que incorre um indígena se produz fora de sua comunidade e, ainda, se a parte ofendida não é membro da mesma comunidade.

Neste sentido, a Corte Constitucional ofereceu na sentença T 496/96<sup>243</sup>, as seguintes vias de conclusão:

*a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer el caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera incidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter*

---

<sup>240</sup> Idem.

<sup>241</sup> MALLOL, Constitucionalismo y Derechos Indígenas em América Latina. Op.cit.p.159

<sup>242</sup> Op. Cit. p.206

<sup>243</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T 496/96. Relator: Carlos Gaviria Diaz. Publicada em 26.09.1996. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador>. Acessado em 21.10.09

*perjudicial del hecho. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.*

*b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus miembros y procedimientos.*

Esta doutrina da Corte, confirmada em outras sentenças, como a T-344/98, atende as circunstâncias do caso concreto, levando em consideração fundamentalmente o grau de isolamento ou integração do indígena, e a cultura da comunidade a que pertence em relação à cultura majoritária. Dessa forma, ficam para trás os anos em que os indígenas eram considerados inimputáveis, como se tivesse diminuída sua capacidade intelectual, pois se um juiz determina que um indígena deve ser devolvido a sua comunidade sem ser julgado ao não conhecer a ilicitude de sua conduta, é por razões de diferenças valorativas, como bem assinala a Corte, e não por causa de uma inferioridade intelecto-volitiva<sup>244</sup>.

Outra doutrina assentada pela Corte em sua sentença T- 496 de 1996, é a de maximização da autonomia das comunidades indígenas e minimização de suas restrições<sup>245</sup>. Esta regra de interpretação é utilizada pela Corte em suas sentenças com objetivo de resolver ações de tutela pleiteadas por cidadãos colombianos indígenas que consideram violados seus direitos fundamentais pela jurisdição especial indígena.

Dita regra supõe que, ao ponderar os interesses que possam conflitar-se em um caso concreto com o interesse de preservação da diversidade étnica da Nação, serão admissíveis somente restrições às autonomias das comunidades quando se cumram as seguintes condições:

*a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v. g. la seguridad interna).*

*b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.*<sup>246</sup>

Esta minimização das restrições nos remete ao problema dos limites da jurisdição especial indígena e, concretamente, ao respeito dos direitos fundamentais.

---

<sup>244</sup> MALLOL, Op.cit.

<sup>245</sup> COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T- 496 de 1996. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>. Acessado em 25.10.09

Tratou-se de estabelecer alguns limites mínimos ao reconhecimento em relação aos povos indígenas, que a Corte denomina de “mínimos aceitáveis”<sup>247</sup>. Tais limites somente se referem a casos quando realmente resulte intolerável por atentar contra os bens mais preciosos ao homem. Nota-se, portanto, que a Corte vem optando por um relativismo cultural moderado<sup>248</sup>.

O magistrado relator de dita sentença, Carlos Gaviria Diaz, ao referir-se aos direitos humanos que podem limitar a jurisdição especial indígena, afirmou que se trata de *derechos acerca de los cuales existe un mayor consenso intercultural extraídos, de una parte, de una observación empírica de lo que en la misma comunidad se respeta invariablemente; pero de otra, de los textos (internacionales de derechos humanos)*.<sup>249</sup>

Segundo a própria Corte, estes direitos sobre os quais existe um maior consenso intercultural são os direitos à vida, à proibição de escravidão e de tortura<sup>250</sup>. Quanto aos direitos a que se refere à própria Constituição tem-se o direito à legalidade dos procedimentos, a tipicidade do delito e a legalidade da pena. Nota-se que a Corte não faz referência ao devido processo legal, deixando de fora como mínimos intangíveis o direito de contraditório e a necessidade de defesa através de advogado.

Pode-se afirmar, portanto, que na falta de uma lei de coordenação entre a jurisdição especial indígena e o sistema jurídico oficial, é a Corte Constitucional quem vêm resolvendo os mais diversos conflitos de competência e, assim, desenvolve doutrina acerca das limitações a jurisdição especial indígena e da tutela dos direitos fundamentais consagrados. Ainda assim, nos últimos anos observou-se uma maior aproximação do Conselho Superior de Justiça e das organizações indígenas, como a Organização Nacional Indígena de Colômbia (ONIC), com objetivo de melhor o acesso dos indígenas à Justiça.

Em março de 2003, por exemplo, com a assistência de diferentes representações indígenas nacionais e regionais, se conformou o Comitê Assessor do

---

<sup>246</sup>

Idem.

<sup>247</sup>

Idem.

<sup>248</sup>

MALLOL, Op.cit

<sup>249</sup>

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T- 496 de 1996. Disponível em:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>. Acessado em 25.10.09

<sup>250</sup>

Idem.

Programa de Apoio à coordenação entre a Jurisdição especial indígena e o sistema Judiciário Nacional<sup>251</sup>.

Em que pese a iniciativa, os povos indígenas colombianos seguem em suas lutas, reivindicando, sobretudo, maior papel nas decisões governamentais sobre os recursos naturais deste país. Por exemplo, os TLC com os Estados Unidos e o Canadá são considerados pelos povos indígenas lesivos aos seus direitos, pois permitem que árbitros internacionais dirimam seus conflitos com empresas multinacionais, sejam estabelecidas normas de propriedade intelectual que, além de ameaçar a propriedade coletiva do saber e do patrimônio cultural, permitem patentear seres vivos<sup>252</sup>.

Além disso, o governo colombiano foi o único da América Latina que não votou a favor da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada em 13 de setembro de 2007, juntamente com Estados Unidos e Canadá, que votaram contra. Os indígenas protestam porque os TLC's com estes dois países e as normas desfavoráveis foram impostas em meio a uma escalada de violência, assassinatos e violações múltiplas de seus direitos humanos. A maior quantidade de assassinatos de indígenas, desde que existem estatísticas, se registrou no primeiro período do governo de Álvaro Uribe (2002-2006)<sup>253</sup>.

### 3.3 O Pluralismo Jurídico na experiência da Bolívia

Bolívia é um dos países latino-americanos com maior proporção de população indígena. Segundo estimativas, ao redor de 60% da população maior de 15 anos pode ser considerada indígena. Se os povos Aymara e Quechua da região andina são os mais conhecidos, é importante mencionar que na região das terras baixas tropicais (departamento de

---

<sup>251</sup> TOBÓN, Lucia Aberláz. Op.cit.

<sup>252</sup> MONDRAGÓN, Hector. *Por que os indígenas da Colômbia lutam*. In: América Latina en movimiento. Agência Latino Americana de Información. Disponível em: <http://alainet.org/active/27158&lang=es>. Acessado em 20.10.09

<sup>253</sup> Idem.

Santa Cruz, por exemplo) se encontram cerca de trinta povos configurando uma população total de mais ou menos de 220 mil pessoas<sup>254</sup>.

Os acontecimentos que precedem a instauração de um governo indígena na Bolívia possuem duas vertentes: uma, de maior alcance, que remete a colonização, cujas raízes se prolongam até a república; e outra que se refere à crise do Estado capitalista, fundamentalmente em sua versão neoliberal<sup>255</sup>.

Quando Bolívia se funda como Estado-Nação inicia-se o ciclo da república crioula, trazendo em sua estrutura de poder o antecedente poder colonial, visto que as formas de exclusão e exploração próprias deste sistema não foram questionadas; ao contrário, serviram de fundamento para que uma minoria racial, a crioula, se constituísse como oligarquia no país. De acordo com Linera<sup>256</sup>, a independência não emancipou os povos indígenas e sim liberou os crioulos da dominação colonial pela metrópole.

Os crioulos eram os descendentes de espanhóis, que estavam altamente influenciados pelas idéias européias, sobretudo em razão de serem os únicos à época que tinham acesso às universidades recém criadas em solo boliviano. Foram eles os impulsores das idéias de independência e da constituição de uma república liberal, cuja influência doutrinária estava baseada em dois pilares fundamentais: a liberdade individual da pessoa humana e o respeito à propriedade privada, como condições para o desenvolvimento de um Estado liberal capitalista.

Sem embargo, os crioulos sabiam que teriam apoio das massas indígenas e dos mestiços se acrescentassem em suas reivindicações a aspiração destes por liberdade. Dessa forma, os crioulos decidiram utilizar os movimentos libertários dos indígenas a favor da independência, e souberam empurrá-los a combater contra os espanhóis, resultando na vitória graças a essas filas de combate<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> ASSIES, Willem. *El constitucionalismo multiétnico en América Latina: el caso de Bolivia*. XX Congreso Internacional "Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio" Arica, Chile, Março de 2000. Disponível no site <http://www.alertanet.org/dc-willem-bolivia.htm>. Acessado em 20.03.2007

<sup>255</sup> VÁSQUEZ, Calixto. *Crisis del Estado boliviano y ascenso de los movimientos sociales*. In: Subversión. Cochabamba: Centro Gandhi. 2006. p. 19

<sup>256</sup> LINERA, Álvaro García. *Estado Multinacional – Una propuesta democrática y pluralista para la extinción de la exclusión de las naciones indígenas*. La Paz: Malatesta. 2005. p. 48

<sup>257</sup> RIVAS, Gonzalo Vargas. *Historia de las Constituciones en la república de Bolivia*, Disponível em: <http://constituyentesoberana.org/info/?q=historia-constituciones-bolivia>. Acessado em 12.08.07

Em decorrência da independência, uma minoria monopolizou, durante décadas, o poder do Estado, a capacidade normativa e organizativa, ao titularizar de forma privilegiada os espaços de poder social, o que lhes permitiu ditar unilateralmente as normas de convivência, adquirindo força coercitiva para todo o conjunto da sociedade. Segundo Patzi, citado por Vásquez, *en los andes las estructuras ocupacionales y económicas fueron construídas sobre la base de lo étnico: el criollo y el mestizo es burgués y/o burocrata, el moreno y/o el indio trabajador proletario u ocupado en actividades incluso denigerantes para el ser humano*<sup>258</sup>.

É importante ressaltar que as estruturas estatais, neste diapasão, não podem ser consideradas apenas instrumentos da classe dominante, que os toma e aplica como tal, e sim como “o lugar onde a classe dominante se constitui e se unifica, onde logra materializar sua dominação não apenas mediante a força, mas também com um complexo mecanismo que garante o consentimento das classes subalternas”<sup>259</sup>.

Em 1825, forma-se uma Assembléia Constituinte, com 48 representantes (basicamente crioulos), legitimando a independência e anotando o dia 6 de agosto deste ano como a data da emancipação, em homenagem a Batalha de Junín. Em agosto do mesmo ano é criado um projeto de lei Constitucional que, apesar de concebida com sete artigos, foi aprovada só com os três primeiros, que assentaram o governo representativo e republicano centralizado, além da divisão de poderes em legislativo, executivo e judicial<sup>260</sup>.

A Constituição vitalícia de 1826 foi ditada por Simon Bolívar desde Lima, aceitando a lei mencionada e acrescentando algumas emendas, como o estabelecimento da soberania popular, ou a assunção da religião católica como a oficial, excluindo qualquer outro culto; além disso, estabeleceu a presidência vitalícia de Simon Bolívar e assentou que a Constituição garantiria a liberdade civil, a segurança individual da pessoa humana, a propriedade privada e a igualdade de todos perante a lei<sup>261</sup>.

A partir desta Constituição, Bolívia estabelece a estrutura territorial que melhor se presta ao objetivo da república crioula, ainda com fortes traços coloniais. Para tanto utilizou a terminologia francesa território, e dividiu o país em departamentos

---

<sup>258</sup> VÁSQUEZ, Calixto.2006. p. 19

<sup>259</sup> Idem. p 21

<sup>260</sup> RIVAS, Gonzalo Vargas. Op. Cit.

encabeçados por prefeitos como delegados do governo nacional, sem, contudo, nenhuma responsabilidade ante seus governados, não possuindo representatividade sobre os mesmos. Em síntese, a Prefeitura concentrava um poder de atuação sem limites, sobretudo frente às populações indígenas. Segundo Clavero, *de forma desde luego solapada, rige es el empeño por fortalecerse y dilatarse, consolidarse y enquistarse, el dominio colonial sobre los pueblos indígenas.*<sup>262</sup>

As próximas Constituições já são aprovadas a partir da noção de que a república da Bolívia é livre e independente, não mais se subordinando ao governo central de Bolívar e proibindo, a partir de 1835, a reeleição para o cargo de Presidente. Já em 1851, a Constituição ratificou e fortaleceu os direitos, liberdades e garantias individuais, estabelecendo que nenhum homem poderia ser detido, preso ou condenado sem ordem de algum dos tribunais estabelecidos por lei<sup>263</sup>.

A Constituição de 1871 suprime a noção de indivisibilidade da república, estabelecida nas Constituições anteriores, já influenciada pelas idéias federalistas. Com a Constituição de 1880, a religião católica deixa de ser exclusiva no território nacional, ainda que continue figurando como religião oficial, liberando, assim, a prática de outros cultos.

Em 1930, o governo do país passou as mãos de uma Junta militar, que se comprometeu a assumir uma posição de neutralidade política, com o fim de garantir a liberdade de voto, restringir as faculdades excessivas do poder executivo, afirmar as características democráticas e corrigir as “pervertidas práticas políticas”<sup>264</sup>. É com o governo de Germán Busch em 1938 que se inicia o regime do constitucionalismo social, estabelecendo novos direitos sociais, familiares e culturais, e também as primeiras políticas de caráter nacionalista, colocando os recursos naturais sob a propriedade e proteção do Estado.

Logo no início dos anos 50, pressionados pelo capitalismo que avança, e na tentativa de romper com a velha ordem colonial e consolidar uma burguesia nacional, a elite política se vê obrigada a fundar um novo projeto de modernização. Para tanto surge o

---

<sup>261</sup> Idem.

<sup>262</sup> CLAVERO, Bartolomé. *Bolívia entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo emancipatorio*. Disponível no site [www.clavero.derechosindigenas.org/.../bolivia-en-la-encrucijada-entre-constitucionalismos.pdf](http://www.clavero.derechosindigenas.org/.../bolivia-en-la-encrucijada-entre-constitucionalismos.pdf). Acessado em 14.10.2009

<sup>263</sup> RIVAS, Gonzalo Vargas. Op.cit.

<sup>264</sup> Idem.

projeto nacionalista e, com ele, um pacote de reformas centrais para o Estado, como por exemplo, a nacionalização das minas, buscando ampliar o controle estatal sobre a economia, a reforma agrária, na tentativa de destruir as relações coloniais do campo, sobretudo na produção agrícola e, por fim, o voto universal, incorporando as mulheres e os indígenas como eleitores<sup>265</sup>.

Para os povos indígenas, no entanto, tais reformas representavam uma renúncia a suas aspirações comunitárias, visto que o discurso nacionalista levou muitos camponeses para a cidade em busca de uma maior mobilidade social. Além disso, este foi o momento em que os partidos políticos, como o MNR – Movimento Nacional Revolucionário, e o COB – Central Operária Boliviana, conseguiram, unidos, formar um bloco hegemônico no poder. Nesta época, os movimentos sociais eram monopolizados pelo movimento mineiro e pelo movimento urbano operário, através de seus sindicatos aliados ao COB. O Movimento Indígena, neste contexto, fica sem espaço, já que o sujeito histórico revolucionário era identificado com o proletariado urbano, sobretudo<sup>266</sup>

O COB, então, entra em enfrentamento com as Forças Armadas, que representavam os grupos empresariais e os setores mais conservadores do país, como os latifundiários, dando início a uma crise estatal. Tal crise levou a um longo período ditatorial, mas também fez ressurgir o movimento indígena, sobretudo após o massacre de camponeses no departamento de Cochabamba, em 1974<sup>267</sup>.

O horizonte que guiou os movimentos sociais a partir de então foi a busca pelo retorno a democracia, que do mesmo modo foi absorvida como reivindicação de alguns setores conservadores, que lograram inclusive chegar ao poder através de golpes de Estado, pretendendo, após, legitimar seu governo com as eleições. Este foi o caso, por exemplo, de Banzer, que preparou eleições tão fraudulentas que incluso seus partidários questionaram. Contudo, após as fracassadas tentativas no período de 1978 a 1980, a Bolívia se abriu a um novo período democrático, em 1982, encabeçado pelo MNR, que abandonou

---

<sup>265</sup> VÁSQUEZ, Calixto.2006. p 23

<sup>266</sup> Idem. p. 24

<sup>267</sup> Idem. p.23

em parte as idéias nacionalistas, pretendo implementar o processo neoliberal que se propagava por toda América Latina<sup>268</sup>.

Neste momento não se pode olvidar que as transformações do Estado boliviano não seriam possíveis sem a presença dos movimentos sociais que, através de suas lutas e reivindicações, abriram espaço para o processo de democratização. Em 1985 se inicia, então, uma reforma estatal almejando a incursão do país no livre mercado. Para tanto, foi implantando o Decreto Supremo 21060, instaurando uma nova política econômica com objetivo de estabilizar a moeda, deter a hiperinflação, abrir as fronteiras para a importação e reduzir os gastos públicos através do fechamento de diversas empresas estatais consideradas deficitárias<sup>269</sup>.

No período em que Vitor Paz Estensoro era o chefe do executivo ocorreram despedidas massivas de mineiros e outros empregados públicos, se instaurando o modelo de livre contratação de trabalho. Além disso, foi descentralizada a produção de combustíveis, que antes ficava nas mãos da YPFB e COMIBOL, transferindo ao setor privado alguns serviços como distribuição e comercialização<sup>270</sup>.

Os responsáveis pelo implemento do neoliberalismo prometeram que as reformas que levaram a abertura do mercado gerariam um rápido, elevado e sustentável crescimento da economia e que, sobre a base do emprego, a prosperidade e o bem estar chegariam a toda população boliviana. No entanto, os resultados dessas medidas foram, além do desmantelamento das minas estatais, a migração de mais de 27 mil trabalhadores para a cidade, que aumentaram as filas do desemprego urbano. A grande maioria dos bolivianos continuou vivendo na pobreza, marginalidade e desproteção. O resultado provocado foi não só o desmantelamento do aparato produtivo estatal e de suas empresas mais rentáveis mas, sobretudo, a alienação dos recursos naturais estratégicos em benefício do capital estrangeiro<sup>271</sup>.

Segundo Vasquez, *en tanto el neoliberalismo ha sido capaz de construir una nueva y auténtica institucionalidad democrática, se ha visto obligado a desarrollarse sobre las viejas estructuras de poder del Estado boliviano, y su crisis ha arrastrado también sobre*

---

<sup>268</sup> Idem. p. 24

<sup>269</sup> FUENTES, José Luis López. *El derecho a libre determinación de los pueblos indígenas en Bolivia*. Oruro: CEPA. 2007. p.111

<sup>270</sup> Idem. p. 112

*ellas*<sup>272</sup>. Isso quer dizer que, além do neoliberalismo ter aprofundado as condições de desigualdade do país, também levou a uma crise de institucionalidade, o que favoreceu a ampliação das frentes de luta dos movimentos sociais, sobretudo o indígena.

Isso porque, apesar do Decreto Supremo ter alcançado, pela primeira vez, um consenso total entre as elites do país, ele constituiu um golpe forte para os setores populares. Neste período aumenta-se também a disputa pelo controle territorial; de um lado, o movimento campesino lutando contra a Reforma Tributária e a criação de impostos sobre a terra e, de outro, o Estado.<sup>273</sup>

Este decreto, e o contexto no qual estava inserido, também forjaram a criação de outras leis, como a de reforma educacional, a de participação popular, a do serviço nacional de reforma agrária e a de capitalização e descentralização administrativa. Num primeiro momento, estas leis foram consideradas malditas pelos movimentos sociais; contudo estas reformas foram um intento do Estado buscando consolidar uma possível aliança entre o neoliberalismo e o multiculturalismo<sup>274</sup>.

É o que aponta Garcés, quando afirma que:

*Mediante o reconhecimento das diferenças (culturais, étnicas), buscou-se o reconhecimento da homogeneidade econômica do mercado e da política do Estado. Geriu-se a exclusão, porém sem mudar a hierarquização da desigualdade. Pretendeu-se aumentar a eficiência do Estado para inseri-lo competitivamente no mercado internacional mediante a redução do aparato burocrático central, ao mesmo tempo em que se estendiam os braços aos espaços locais; buscou-se combinar a imagem de modernidade cosmopolita com ícones do indigenismo multicultural.*<sup>275</sup>

O Estado procurou incluir os indígenas como cidadãos, pretendendo desconstituir o racismo que vinha do passado, porém sem ameaçar a institucionalidade do Estado, muito menos seus valores neoliberais, deixando estagnadas as estruturas monoculturais de poder. Foi esta pretensão que marcou a política estatal dos anos 90, cuja implementação de políticas multiculturais se baseou praticamente no discurso da interculturalidade. Como nos aponta também Garcés, “este discurso partia do pressuposto

---

<sup>271</sup> VASQUEZ, Calixto, Op.cit. p.26

<sup>272</sup> Idem.

<sup>273</sup> GARCÉS, Fernando V. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com o velho paletó. In: VERDUM, Ricardo (org). Povos Indígenas e reformas políticas na América Latina Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômico. 2009. p. 173

<sup>274</sup> Idem. p. 171

<sup>275</sup> Idem. p.172

de que a interculturalidade promoveria uma sociedade democrática, apoiada no princípio da equidade e respeito de todos os bolivianos (...) assim, o estado se constituía ao apresentar suas instituições como instrumentos de justiça e igualdade ”.<sup>276</sup>

E foi neste espaço que os povos indígenas voltaram a se mobilizar, acumulando forças e aumentando sua visibilidade, inclusive tentando pensar a interculturalidade desde os próprios espaços de resistência, com o objetivo de compreender e refutar o discurso estatal.

É a partir desta realidade que se dá a reforma constitucional de 1994, amparada nas idéias de pluriculturalidade, respeito ao *modus vivendi* indígena sem, contudo, pretender a própria descolonização do Direito. A reforma constitucional surge não apenas da emergência de um modelo de regime pluricultural, amparado no Convenio 169 da OIT, mas também de outras pressões internas e externas para que o Estado se reformasse, como as reivindicações por ajuste estrutural do Estado e a necessidade de uma maior democratização das instituições públicas.

Sendo assim, em seu artigo 171, parágrafo 3º, é estabelecido:

as autoridades naturais das comunidades indígenas e campesinas poderão exercer funções de administração e aplicação de normas próprias como solução alternativa de conflitos em conformidade a seus costumes e procedimentos, sempre que estes não sejam contrários a esta Constituição e as leis. A lei compatibilizará estas funções com as atribuições dos poderes de Estado.<sup>277</sup>

Este artigo resgatou a importância de dar personalidade jurídica aos povos indígenas, visto que com ele se outorga capacidade de ditos povos atuarem em qualquer ato civil. Um exemplo claro é que, a partir desta reforma, os povos indígenas poderiam contratar como coletividade, canalizar financiamentos e receber titulação de terras<sup>278</sup>.

Mesmo assim, Mallol critica a forma como se inseriu o pluralismo jurídico nesta Constituição; segundo o autor, a Constituição boliviana evita o uso da palavra jurisdição ou função jurisdicional visto que sua intenção é, num primeiro momento, restringir o próprio pluralismo jurídico, não considerando as funções exercidas pelas autoridades naturais das comunidades indígenas, funções de jurisdição. Além disso, ao fazer referência ampla aos poderes de Estado e não mencionar que a coordenação se dará com o poder Judicial mais especificamente, pretende que as funções exercidas pelas

---

<sup>276</sup> Idem. p.169- 170

<sup>277</sup> MALLOL, Vicente C. In: JUMPA, Antonio Peña. 2002. p. 99

autoridades indígenas se modifiquem no intento de se compatibilizar com as funções estatais, ficando, dessa forma, presos ao monismo jurídico.<sup>279</sup> Segundo Garcés, “esses mecanismos de reconhecimento e tolerância da diversidade podem esconder formas sutis de dominação sob um discurso e práticas incorporadoras e assimiladoras do diverso no aparato estatal e nos circuitos de acumulação do capital”<sup>280</sup>.

Uma prova disso é que, neste mesmo período, o governo realiza as chamadas “reformas de segunda geração”<sup>281</sup>, que basicamente se concentram em uma política de privatização das empresas públicas, como a YPFB, as empresas de energia elétrica e de transporte aéreo. Em 1999, o Estado volta a entrar em crise, sobretudo após as privatizações dos recursos públicos não estatais, como a água. Ao mesmo tempo, as novidades impostas pelo governo acabam trazendo os movimentos sociais de volta a cena política, inconformados com as decisões que, de maneira nenhuma, contribuíram para a melhorar a qualidade de vida dos bolivianos.

Os fatos que manifestam a crise do Estado e a conseqüente emergência dos movimentos sociais, sobretudo indígenas, são a Guerra da Água, em Cochabamba no ano 2000, o levantamento popular de setembro de 2000, o bloqueio de estradas e rodovias em junho de 2001, a revolta dos cocaleiros em fevereiro de 2002, o denominado “fevereiro negro” de 2003, a Guerra do Gás de setembro e outubro de 2003, a mobilização dos *alteños* pela explosão da empresa *Aguas del Illimani* de janeiro de 2005 e as mobilizações de junho de 2005 que terminaram com a renúncia do presidente Carlos D. Mesa. Segundo Vasquez, todos esses acontecimentos conformam o chamado ciclo rebelde, caracterizado pela “irradiação da cultura política indígena”<sup>282</sup>.

Neste contexto, o sistema político representativo perde credibilidade, causada pela má aplicação das políticas de desenvolvimento econômico, que deteriorou a confiança nas instituições públicas administradas pelos partidos políticos, refletida, sobretudo, na baixa participação eleitoral. Isto acabou levando ao desaparecimento dos

---

<sup>278</sup> MARINISSEN, Judith. In: FUENTES, José Luiz López. Op.cit.p. 115

<sup>279</sup> Idem.p.100

<sup>280</sup> GARCÉS, Fernando V.2009. p.170

<sup>281</sup> FUENTES, José Luiz López. Op.cit.p. 112

<sup>282</sup> VÁSQUEZ, Calixto. Op.cit. p.28

partidos políticos que, durante 20 anos, tiveram em suas mãos o destino do país, como o MNR<sup>283</sup>.

Neste diapasão, começam a ocorrer reformas constitucionais, sobretudo, para aumentar a participação popular nas decisões de interesse público, como medida que resguarde a institucionalidade estatal, que neste momento se via ameaçada. Foi criada, então, para além de uma participação meramente política, a Lei de Agrupações Cidadãs e de Povos Indígenas, que determinou que a representação não se dará apenas através de partidos políticos. Para tanto, o artigo 61, por exemplo, afirma os novos requisitos para ser deputado, dando a possibilidade de que indígenas possam se candidatar, sem necessidade de que pertençam a algum partido político<sup>284</sup>.

Mesmo assim, as populações indígenas não logram, dentro da cena política, uma maior representatividade ou que o próprio governo promova políticas de caráter pluricultural e emancipadoras. Por essa razão, surge no novo cenário a candidatura de Evo Morales pelo MAS (*Movimiento al Socialismo*) e de Felipe Quispe pelo MIP (*Movimiento Indígena Pachacuti*) – ambos de origem indígena -, em 2006, quando o primeiro chega a presidência. Ao se instalar o novo governo, o movimento indígena já tinha, como pauta de reivindicação, além da nacionalização dos hidrocarburetos, a concessão de terras e territórios, autonomia e a conformação de uma Assembléia Constituinte que revisasse profundamente o sistema de poder.<sup>285</sup>

A Assembléia Constituinte aparece, dessa forma, como uma síntese do conflito boliviano, para onde convergem todos os atores sociais em busca de satisfação de suas demandas, e também onde se encontram as diferenças políticas, sociais, raciais, econômicas e regionais.<sup>286</sup> Isso porque a Assembléia logrou aglutinar uma variedade de grupos com interesses diversos e se converteu em um ponto de encontro dos setores mobilizados em busca de transformações no Estado.

Desde o governo de Carlos Mesa que o governo havia se comprometido a convocar uma Assembléia Constituinte. Porém, durante todo seu mandato, a resistência de

---

<sup>283</sup> FUENTES, José Luiz López, Op. Cit. p. 114

<sup>284</sup> Idem. p. 115

<sup>285</sup> Idem. p. 124

<sup>286</sup> FRANCHINI, Matias. *Asamblea Constituyente en Bolivia: genesis, evolucion y conflicto en el cambio*. In: CADAL – Centro para la apertura y desarrollo de America Latina. Disponível em: [http://www.cadal.org/documentos/documento\\_74.pdf](http://www.cadal.org/documentos/documento_74.pdf). Acessado em 19.03.2008

seus partidários impediram que fosse convocada, inclusive através de um movimento, majoritariamente localizado na região oriental do país (Santa Cruz principalmente, mas que englobou também os departamentos de Tarija, Beni e Pando), que se mobilizou a favor de maiores níveis de descentralização, com posições totalmente contrárias a dos movimentos partidários da Assembléia Constituinte.

Em suma, havia a chamada “agenda de outubro”, nascida dos episódios ligados a queda de Sanchez de Lozada da presidência, sustentada por movimentos sociais e políticos do ocidente do país, a qual se opunha a “chamada agenda de janeiro”, que tinha sua base nos setores cívicos e empresariais do oriente, que impulsionavam as reivindicações por autonomia departamental. Os pontos mais relevantes de discordância, segundo Franchini, são os referentes à titularidade dos recursos naturais, a amplitude do conceito de autonomia e o regime de terras<sup>287</sup>.

O importante a ressaltar é que ambas as agendas influíram sistematicamente nos trabalhos posteriores da Assembléia Constituinte. Com a saída de Mesa do poder, ocupa seu lugar o Presidente da Corte Suprema de Justiça, Eduardo Rodriguez, que liderou a transição chegando a um acordo entre as agendas, decidindo pela convocação simultânea da Assembléia e do Referendum autonômico, que deveria se dar em 2006. Neste momento, chega ao poder Evo Morales, cujo partido era o principal reivindicador nacional da Assembléia Constituinte, logrando negociar com a oposição a Lei de convocatória da Assembléia Constituinte e Referendum Autonômico, o último passo legal antes da votação efetiva.<sup>288</sup>

Referida lei, depois de algumas complicações, surge em março de 2006, ratificando simultaneamente a eleição de constituintes e o referendum autonômico. Contudo, esta lei não desativou os enfrentamentos, senão que mudou a circunstâncias dos mesmos. É ainda Franchini, quem nos explica o quadro neste momento:

*Sintéticamente el cuadro fue mas o menos el siguiente: los intentos de las diferentes fuerzas políticas mayoritarias, especialmente el MAS, de aprovechar las circunstancias para conseguir o consolidar posiciones de poder, que ya se habían visto durante la negociación de la ley de convocatoria, volvieron a hacerse presentes, al igual que los enfrentamientos entre las agendas anteriormente mencionadas. En la mayoría de los casos, ambas caras de la misma moneda.<sup>289</sup>*

---

<sup>287</sup> Idem.

<sup>288</sup> Idem.

<sup>289</sup> Idem.

Em junho de 2006 ocorrem, portanto, as eleições e o referendun; nas eleições que deveriam escolher os constituintes é o partido MAS o que logra maioria, ainda que com número insuficiente para conseguir a maioria qualificada de dois terços, que seria o exigido para as votações dentro da própria Assembléia. Quanto ao referendun autonômico, nacionalmente venceu o Não, mas naqueles departamentos orientais o Sim se mostrou maioria. Uma vez instalada a Assembléia Constituinte, em agosto de 2006, os conflitos continuaram a ocorrer com bastante freqüência, gerando grandes enfrentamentos que atrasaram em seis meses o trabalho da Assembléia<sup>290</sup>.

Logo de início a Assembléia se declarou originária e adotou o regime de debates como mecanismo de aprovação das reformas. Foram instalados grupos de debate em todos os departamentos e, ao final, publicada as principais reivindicações dos diversos grupos, organizações e comunidades participantes. No entanto, o MAS continuava pretendendo homogeneizar a discussão, tentando ampliar seus espaços políticos no âmbito da Assembléia, inclusive forçando a letra da lei, o que gerou uma forte reação da oposição dentro e fora da Assembléia. Segundo Fuentes, *en ambos casos, la manifestación de las contradicciones trascendió el recinto de la Asamblea Constituyente y incluyó movilización y enfrentamientos en la calle.*<sup>291</sup>

Em janeiro de 2007 o forte enfrentamento entre os diversos movimentos indígenas, cocaleiros, mineiros e a elite de Cochabamba, resultando em três mortes e muitos feridos, abriu espaço para o acordo, voltando todas as partes à mesa de negociação na Assembléia.

Na realidade, para muitos grupos, a Assembléia se converteu em um instrumento inequívoco de lograr felicidade, como síntese de anos de luta, não sendo apenas um processo de mudança institucional, orientando a dar novos instrumentos para a política boliviana, mas sim a esperança de satisfação quase imediata de suas demandas. Contudo, para outros setores, a Assembléia significava uma ameaça de verem retirados de suas propriedades os recursos mais valiosos, tanto econômicos como políticos.<sup>292</sup>

---

<sup>290</sup> Idem.

<sup>291</sup> FUENTES, José Luiz L. Op. cit. P. 125

<sup>292</sup> FRANCHINI, Matias.Op.cit.

Foi neste contexto que se refundou a Constituição boliviana, de inspiração anticolonialista, ou como afirma Clavero *un constitucionalismo que sienta las bases para que todas y todos, indígenas como no indígenas, puedan gozar de derechos en pie de igualdad y puedan en consecuencia acceder por igual a la garantía y al ejercicio de los poderes.*<sup>293</sup>

Segundo Clavero, a Constituição boliviana de 2009 é a primeira Constituição latino-americana que tem uma posição claramente anticolonial, rompendo de forma decidida com os antecedentes constitucionais, que só fizeram mascarar o colonialismo que seguia imperando no país; ao reconhecer constitucionalmente a persistência do colonialismo interno durante décadas e colocar todos os mecanismos constitucionais para erradicá-los definitivamente. Além disso, refunda Bolívia como Estado Pluricultural, como se poderá observar em seu primeiro artigo, in verbis:

*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.*<sup>294</sup>

Questão relevante se encontra no problema territorial, visto que a Constituição não definiu o novo mapa da Bolívia; ao contrário, afirmou que todos os povos, comunidades e grupos de significativa população, inclusive os departamentos, podem requerer e acessar a autonomia. Segundo o artigo 269.2, a criação, modificação e delimitação das unidades territoriais serão feitas por iniciativa democrática de seus habitantes, de acordo com as condições estabelecidas pela Constituição e pelas leis<sup>295</sup>. De acordo também com Clavero: (...) *entre el mantenimiento del mapa departamental y el establecimiento de uno nuevo que mire ante todo al parámetro menos artificial de la pluralidad de los pueblos, se ha optado por dejar a la iniciativa de los mismos y de otros agrupamientos de la población el establecimiento de unas autonomías y, por lo tanto, el mapa definitivo de Bolivia.*<sup>296</sup>

---

<sup>293</sup> CLAVERO, Bartolomé. 2009. Op. cit.

<sup>294</sup> Idem.

<sup>295</sup> BOLÍVIA. Constituição (2009). *Nueva Constitución Política de Estado*. Disponível no site: <http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>. Acessado em 13.08.2009

<sup>296</sup> CLAVERO, Bartolomé. 2009. Op.cit.

Este processo modifica a natureza mesma dos Departamentos, visto que estes agora podem deixar de ser meras instâncias delegadas do governo central e se transformarem em entidades autônomas, com poderes legislativo e executivo próprios. Além disso, os povos indígenas podem, a partir de então, congregam os três poderes: legislativo, executivo e judiciário. A jurisdição indígena, dessa forma, foi colocada em paridade com a justiça estatal, sendo que suas autoridades podem, inclusive, chegarem as Corte ou Tribunais da jurisdição superior do Estado que, serão, segundo a própria Constituição, plurinacionais<sup>297</sup>.

De acordo com Vargas<sup>298</sup>, a constitucionalização da realidade pluricultural se dá em quatro âmbitos; o plurinacional, que reconhece a característica multicultural do país, abarcando as formas de vida dos povos indígenas, constitucionalizando sua política, economia, direito, medicina e educação; o comunitário, que tem como viés a redistribuição da riqueza do país, com fim de construir uma sociedade mais igualitária; o da descolonização, como fim último do estado em todas as suas frentes de trabalho e; o da democracia igualitária, como forma de superar a democracia representativa.

A partir de então, os diversos movimentos indígenas vêm, nesta Constituição, um mecanismo válido para transcender o modelo de Estado liberal e monocultural, que se fundamenta no cidadão individual, depois de constatarem com propriedade que foi o modelo liberal imposto pela cultura ocidental que propiciou a marginalização e debilitamento das culturas originárias e o sistemas políticos e jurídicos dos povos indígenas. Segundo Garcés:

(...) o Estado Plurinacional é considerado com um modelo de organização política para descolonizar nações e povos indígenas originários, recuperar sua autonomia territorial, garantir o exercício pleno de todos os seus direitos como povos e exercer suas próprias formas de autogoverno. Um dos elementos fundamentais para a concretização do Estado Plurinacional é o direito à terra, ao território e aos recursos naturais, com o objetivo de dar um fim ao latifúndio e à concentração de terras em poucas mãos, e de romper com o monopólio de controle dos recursos naturais em benefício de interesses privados.<sup>299</sup>

---

<sup>297</sup> Idem.

<sup>298</sup> VARGAS, Idón Miosés Chivi. *Os caminhos da descolonização da América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia*. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas – Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos. 2009. p. 160

<sup>299</sup> GARCÉS, Fernando. In: VERDUM, Ricardo (org.). 2009. p. 175

O pluralismo jurídico estabelecido nesta Constituição não implica na existência de dois ou mais ordenamentos jurídicos; segundo o artigo 178, o ordenamento jurídico se baseará nesta Constituição, da qual derivará toda estrutura e funcionamento do Estado e suas instituições. Isso quer dizer que o ordenamento jurídico boliviano reconhece distintas fontes de produção do Direito e de aplicação de normas (distintas jurisdições), contudo todas elas conformam um único ordenamento jurídico cuja base é a própria Constituição.

Diante desta nova conformação, o pluralismo jurídico se expressa em dois subsistemas: o Sistema Jurídico Republicano, que abarca as jurisdições Constitucional, Agroambiental, Ordinária e Especial; e o Sistema Jurídico Indígena Originário Campesino, que aglomera as jurisdições de todas as nações e povos indígenas, originários campesinos<sup>300</sup>.

Sendo assim, enquanto o sistema jurídico republicano tem fundamento universal, ou seja, se aplica a todos os bolivianos e bolivianas, e a todos as pessoas pelo simples fato de estarem em território boliviano; o sistema jurídico indígena apenas se aplica àqueles que se encontrarem em território de alguma comunidade indígena e a seus membros. Além disso, para que estes dois sistemas figurem como único ordenamento, a Constituição identificou princípios que devem ser observados por ambos, como a independência, imparcialidade, segurança jurídica e respeito aos direitos<sup>301</sup>.

Para que estes dois sistemas se articulem de forma independente, a própria Constituição estabeleceu que haverá necessidade de criação de uma lei de coordenação, a chamada Lei de Deslinde Jurisdicional que, todavia, ainda não foi promulgada. No entanto, é Mondonio quem traz a baila as possíveis formas de articulação entre as distintas jurisdições, de que trataremos neste momento.

Primeiramente, o advogado constitucionalista esclarece que deverá ser o pluralismo jurisdicional o encarregado condicionar o pluralismo normativo, o que quer dizer que o juiz republicano somente poderá aplicar leis emanadas por autoridades judiciais estatais, enquanto a autoridade indígena somente deverá aplicar o direito consuetudinário indígena, sempre limitado por alguns direitos, sobretudo os elencados no artigo 190:

---

<sup>300</sup> MONDONIO, Carlos Alarcón. *Pluralismo Jurídico en Bolivia – Contenidos básicos de la Ley de Deslinde Nacional*. Mimeo. s/d. p. 1

<sup>301</sup> Idem. p. 1

respeito a vida, o direito de defesa e os demais direitos e garantia estabelecidos na presente Constituição .<sup>302</sup>

Para Mondonio existem dois critérios que deverão orientar a compatibilização jurisdicional, o “*deslinde jurisdiccional por exclusión y deslinde jurisdiccional por concurrencia*”. Segundo o autor, o deslinde por exclusão se aplica aos casos que são de conhecimento privativo de determinada jurisdição republicana, e dos quais as autoridades indígenas não são competentes para apreciar, como por exemplo, os casos das jurisdições agroambientais e especiais. Já o deslinde por concorrência se aplica para delimitar a competência entre jurisdição indígena e a jurisdição ordinária que, segundo a própria Constituição (art. 179, II), possuem a mesma hierarquia perante o ordenamento<sup>303</sup>.

No deslinde por concorrência faz-se necessário precisar o âmbito de vigência de cada uma das jurisdições, levando em conta os foros pessoal, material e territorial. No âmbito territorial, a jurisdição indígena de determinado povo deve ser circunscrita ao território sobre o qual se assenta a autonomia desta nação, sem deixar de observar o critério já mencionado de que território é todo o espaço onde determinada população comunitária desenvolve sua vida. Para que seja aplicada a jurisdição indígena, portanto, fez-se necessário que a ação ou o resultado do ato seja produzido dentro deste território.<sup>304</sup>

Quanto ao critério pessoal, como a jurisdição indígena se fundamenta no próprio vínculo particular das pessoas como membros de uma determinada comunidade ou povo indígena, deve-se aplicar o direito consuetudinário indígena unicamente àqueles que convivem dentro do âmbito territorial de dita comunidade, salvo se demonstrarem não pertencerem cultural ou etnicamente a ela. Por fim, quanto ao foro material, Mondonio conclui que existem dois parâmetros para definir esta categoria:

*i) el negativo, en aquellas materias de orden público básico o esencial que unicamente admiten (...) un derecho y una jurisdicción, con la finalidad de preservar valores fundamentales que garantizan la existencia, cohesión y estabilidad de la sociedad boliviana (...) ii) el positivo en aquellas materias específicas que han sido objeto de una práctica regular y constante en las naciones o pueblos indígenas que han mantenido una tradición comprobada en el ejercicio de sus propias instituciones de justicia.*<sup>305</sup>

---

<sup>302</sup> Idem. p. 7

<sup>303</sup> Idem. p. 3

<sup>304</sup> Idem. p.10

<sup>305</sup> Idem. P. 10

Neste momento, e seguindo os preceitos constitucionais (art. 202.11), é o Tribunal Constitucional quem está encarregado de conhecer e resolver os conflitos de competência entre a jurisdição indígena e a jurisdição estatal.

Pode-se afirmar, portanto, que na Bolívia está-se concretizando as bases para o pluralismo jurídico em questão, visto que durante os trabalhos para se reformular a Constituição houve um forte debate intercultural que não se limitou a Assembléia Constituinte, mas que se propagou pelas ruas e fez com que a população como um todo participasse ativamente das decisões políticas tomadas. Resta agora saber em que medida a nova Constituição será capaz de romper com os laços coloniais que o capitalismo global avançado necessita manter com os países latino-americanos.

### **3.4 O Pluralismo Jurídico na experiência do Brasil**

No Brasil não podemos considerar que esteja reconhecido o pluralismo jurídico em questão; isso quer dizer não houve constitucionalmente um reconhecimento da normatividade e nem tampouco da jurisdição indígena, apesar do país não poder se furtar da discussão acerca do reconhecimento e proteção dos direitos indígenas, sobretudo após a década de 70, quando o movimento indígena reaparece na cena política latino-americana e internacional.

Antes de adentrarmos a questão de fundo, passemos a contextualizar o povo indígena perante o Direito oficial, suas lutas e reivindicações e as políticas públicas de fomento e proteção ao *modus vivendi* indígena.

O domínio dos colonos sobre o território da América portuguesa, após o esgotamento das relações de escambo com os denominados indígenas - estabelecidas nas três primeiras décadas do século XVI, quando a ocupação era ainda rarefeita - fez-se através de uma série de guerras, chamada guerras justas. Isso porque os colonos, para ocupar efetivamente o solo, necessitaram buscar por trabalhadores e, como os índios não

estavam dispostos a serem escravizados, os conflitos se intensificaram e as guerras indígenas contra os portugueses eclodiram, sobretudo na costa atlântica.<sup>306</sup>

Segundo SpareMBERGER, os portugueses não estranharam a presença indígena no território recém “descoberto”, apesar de serem vistas como peculiares suas práticas cotidianas e o seu modo de vida em geral. Os primeiros contatos com esta população local, que se estima variava de 800 mil a 10 milhões de pessoas em 1500, eram baseados em relações de troca de bens manufaturados por madeira e se alterou quando os portugueses decidiram instalar-se no litoral brasileiro definitivamente<sup>307</sup>.

Contudo, como se sabe, a superioridade militar não foi suficiente para assegurar a colonialização, sendo necessária a construção de um discurso que justificasse a dominação e espoliação a qual os indígenas seriam submetidos. Para tanto, utilizaram diversos instrumentos legais que definiram e propuseram uma política de atuação perante os índios, fundamentados na discussão da legitimidade do direito destes povos ao domínio e soberania de suas terras. Este direito acabou registrado em diversas legislações portuguesas.<sup>308</sup>

Além disso, foi utilizada também a catequização, visto que as práticas religiosas dos indígenas eram desconsideradas, sobretudo por não adorarem um único deus, como na Europa. A vinda do primeiro governador geral, acompanhado de jesuítas, significava um esforço da Coroa portuguesa em manter a soberania sobre sua colônia americana contra ataques estrangeiros e também contra os próprios habitantes desta terra, que deveriam ser integrados como aliados<sup>309</sup>.

O regimento de Tomé de Souza já trazia a primeira manifestação de uma política indígena, através dos chamados aldeamentos, cuja função era a de reunir os índios aliados em grandes aldeias próximas aos núcleos portugueses, sob a administração jesuíta. Após serem catequizados, eram distribuídos entre os colonos, os missionários e o serviço

---

<sup>306</sup> ALMEIDA, Maria Regina Celestino. *Os povos indígenas no Brasil*. Disponível em <http://bndigital.bn.br/redememoria/pindigenas.html>. Acessado em 20.04.2008

<sup>307</sup> SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Antropologia e diferença: quilombolas e indígenas na luta pelo reconhecimento do seu lugar no Brasil dos (des) iguais*. In: COLAÇO, Thais Luiza (org). *Elementos de Antropologia Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008.p. 127-128

<sup>308</sup> <sup>308</sup> *Política Indigensta*. Disponível em [http://www.museudoindio.org.br/template\\_01/default.asp?ID\\_S=33&ID\\_M=114](http://www.museudoindio.org.br/template_01/default.asp?ID_S=33&ID_M=114). Acessado em 20.04.2008

<sup>309</sup> ALMEIDA, Maria Regina Celestino. *Op.cit*

real da Coroa portuguesa, realizando trabalho compulsório num sistema de rodízio e pagamentos irrisórios. Após um período de trabalho de mais ou menos seis meses, eram devolvidos à aldeia. Por essa razão, os registros os consideravam como índios de repartição ou índios livres para distingui-los dos escravizados<sup>310</sup>.

Os indígenas considerados inimigos, e vencidos nas chamadas guerras justas, serviram à Coroa na condição de escravos. Nessas condições, as várias comunidades indígenas foram se integrando à política colonial, na condição de escravos ou aldeados, motivo não apenas da redução populacional indígena, mas do aniquilamento da diversidade cultural, ainda que não totalmente. Segundo Sparemberger, “essa assimilação compulsória estava imbricada no conteúdo das legislações que tratavam do assunto na época, ou seja, as mesmas oscilavam entre o reconhecimento do direito aos povos indígenas de se manterem culturalmente diferenciados, e a possibilidade de manter os aldeamentos”.<sup>311</sup>

A legislação indigenista do período colonial revela as expectativas da Coroa quanto aos papéis que pretendia atribuir aos índios; os queriam súditos cristãos e que também pudessem aportar força de trabalho. A base da legislação, segundo Almeida, era a liberdade dos índios, contudo até o período pombalino (Lei de Liberdade de 1755) as leis legitimaram a escravização dos indígenas considerados hostis, vencidos na guerra justa. “A diversidade e ambivalência das leis que continuamente se sucediam, nas diferentes regiões da colônia, apontam para o fato de que elas se construía e se anulavam, conforme os embates e o maior ou menor poder de barganha dos atores envolvidos”.<sup>312</sup>

É importante desatacar o papel do Conselho Ultramarino, que era o principal órgão metropolitano para lidar com questões coloniais, desde os relativos a altas esferas de poder, até os requerimentos dos súditos que recorriam ao Rei. Neste contexto, os indígenas utilizaram este recurso para solicitar a demarcação de terras, o direito de não serem escravizados, o direito de livre contratação nas relações de trabalho, além de cargos, aumento de salários, ajuda de custo, e até destituição de autoridades não reconhecidas por eles<sup>313</sup>.

---

<sup>310</sup> In: COLAÇO, Thais Luiza (org). 2008. p.129

<sup>311</sup> SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. In: COLAÇO, Thais Luiza (org). 2008. p.128

<sup>312</sup> ALMEIDA, Maria Regina Celestino. Op.cit.

<sup>313</sup> Idem.

A política assimilacionista fica evidente com Pombal, em meados de 1700, quando se estabeleceu a nova legislação indigenista, o Diretório dos Índios. Assim que os jesuítas foram expulsos, esta nova lei visou transformar as aldeias indígenas em vilas e os índios em vassalos do rei, sem distinção alguma em relação aos demais. Este novo cenário político foi motivo de diversas reações indígenas, sobretudo no tocante a imposição do pagamento do dízimo. Entretanto, a nova lei manteve o direito dos indígenas às terras da aldeia<sup>314</sup>. Segundo Almeida:

Para civilizar e assimilar os índios procedia-se conforme as diferentes situações. Assim, em algumas regiões efetuavam-se descimentos e estabeleciam-se novas aldeias; em outras desencadeavam-se guerras consideradas justas e, em áreas de colonização antiga, onde existiam aldeias seculares, pregava-se sua extinção com o argumento de que os índios já estavam civilizados e misturados à população (...) Embora algumas leis fossem gerais, suas aplicações variavam, como variavam também as atuações dos índios em relação a elas.<sup>315</sup>

Já a legislação imperial não é benéfica aos índios, seja pelo Regulamento das Missões de 1845, a lei de terras de 1850 ou as decisões contrárias aos índios de várias Assembléias Provinciais. Neste diapasão, são as idéias de José Bonifácio de Andrada e Silva, sobre a “civilização dos índios bravos” a referência quando se trata de assimilacionismo, visto que foram seus *Apontamentos para a civilização dos Índios bravos do Império do Brasil* que deram direcionamento ao debate indigenista durante todo Império e também no início da República<sup>316</sup>.

Assim que o Brasil é declarado independente de Portugal, José Bonifácio apresenta sua proposta, ou melhor, apontamentos, em 1823, à Assembléia Constituinte do Império. Resumidamente, era um programa de assimilação da população indígena por meio de métodos brandos. A primeira parte dos Apontamentos fez um reconto da civilização dos índios durante o período colonial, a fim de legitimar sua posição no debate indigenista. Dessa forma, afirmou o “estado selvático” dos indígenas e sua condição primitiva, apontando os homens brancos como os capazes de civilizá-los<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> Idem.

<sup>315</sup> Idem.

<sup>316</sup> MOREIRA, Vânia Maria Losada. *Os índios e Império: história, direitos sociais e agenciamento indígena*. In: XXV Simpósio Nacional de História, Temático 36: Os índios na História. 2009. p. 4

<sup>317</sup> Idem. p. 6

Ainda nesta linha de raciocínio, firmou o entendimento de que o melhor meio para tal civilização eram os chamados métodos brandos, que podiam incluir ações como educação, trabalho, comércio, convívio com os brancos, casamentos mistos, dentre outros. Segundo Bonifácio, citado por Moreira, o Império deveria copiar e melhorar os métodos utilizados pela Companhia de Jesus e, assim, incentivar o intercâmbio econômico e matrimonial entre índios e não índios<sup>318</sup>.

A segunda parte dos Apontamentos é marcada pela explicitação dos principais meios que, de acordo com Bonifácio, melhor alcançariam o objetivo de civilização. Sua proposta previu a redução dos índios ao modo de vida dos aldeamentos, o que modificava radicalmente as formas de produzir a vida indígenas. Além disso, previa o incentivo do trabalho para o Estado, da monogamia e da adoção da religião católica, sempre obedecendo a hierarquia estabelecida durante a Colônia e que continuava vigente<sup>319</sup>.

Isso quer dizer que, como no tempo colonial os indígenas gozavam de certa liberdade, estes deveriam ser integrados a nova ordem social e política como homens livres, ainda que situados na escala mais inferior da hierarquia estabelecida, podendo ascenderem a medida que fossem educados e civilizados. Neste contexto, os indígenas poderiam ocupar cargos nas câmaras de suas respectivas vilas, ir a escola do Estado ou aos colégios eclesiásticos, para se ordenarem<sup>320</sup>.

Os debates intensos neste período não foram suficientes para que fossem aceitas as idéias de Bonifácio perante a Assembléia Constituinte, prevalecendo o silêncio quando o assunto era “questão indígena”, pois o debate se centrou basicamente na possibilidade ou não de indígenas e escravos poderem ser considerados cidadãos brasileiros. No entanto, ao fim dos debates, a cidadania restringiu-se à população livre e os direitos políticos reservados aos cidadãos “ativos”, definidos pelo critério do poder aquisitivo<sup>321</sup>.

Portanto, a carta outorgada de 1824 não contemplou os Apontamentos de Bonifácio, e os índios não foram citados em nenhum momento na nova Constituição, como este esperava, através de um capítulo especial sobre a “civilização dos índios bravos”. No

---

<sup>318</sup> Idem. p. 11

<sup>319</sup> Idem. p. 14

<sup>320</sup> Idem. p. 15

<sup>321</sup> Idem. p. 18-20

entanto, quando D. Pedro II promulga o Regulamento das Missões de Catequese e Civilização dos índios (Decreto nº 246/ 1845), a questão indígena é retomada, sobretudo para prosseguir com a tarefa ainda não concluída de civilização.<sup>322</sup>

Quanto à atitude indígena perante as políticas da elite imperial, Moreira nos explica:

A despeito da má vontade de parte da elite política imperial em considerar os índios “brasileiros em sentido próprio”, foi nas brechas, ambiguidades e fissuras da nova constituição que parte deles tentaram transitar do antigo status de súditos e vassallos da Coroa portuguesa para a nova condição de cidadãos brasileiros. Isso acontecia, aliás, especialmente entre os agrupamentos indígenas que possuíam longa trajetória de convívio com a antiga sociedade colonial e que, por isso mesmo, não só conheciam seus valores e modos de agir, mas até mesmo compartilhava com ela certos comportamentos sociais e políticos.<sup>323</sup>

Diante a situação, os indígenas passaram a reivindicar seus direitos perante o Estado, sobretudo por se auto-definirem como cidadãos. Com a transferência da Coroa portuguesa em 1808, inicia-se o processo de militarização da população indígena que, apesar de continuarem sendo requisitados para o trabalho civil, eram acionadas para o serviço nas Forças Armadas ou em tropas auxiliares. Nem a independência, em 1822, foi capaz de impedir que os índios fossem recrutados nas vilas e povoados do novo Estado, sendo inclusive participantes da Guarda Nacional, enquanto os capitães-mor das ordenanças seguiam funcionando como organizadores da mão-de-obra indígena para o serviço nacional<sup>324</sup>.

Constata-se, durante todo esse tempo, e também posteriormente a instalação da república, o regime de tutela como instituição permanentemente presente nas tentativas de socialização do índio, sobretudo para justificar a exploração do seu trabalho. Num primeiro momento foram equiparados aos miseráveis e órfãos, sendo tutelados por padres, juízes de órfãos e capitães-mor, que “protegiam” não somente a pessoa do indígena, mas também seus bens e o comércio, controlando seu trabalho. Segundo Moreira, “sob o estatuto da tutela, portanto, não poucas vezes formas mal disfarçadas de cativo eram legitimadas e permitidas”.<sup>325</sup>

---

<sup>322</sup> Idem. p. 20

<sup>323</sup> Idem. p. 23

<sup>324</sup> Idem. p. 28

<sup>325</sup> Idem. p. 31

Com a abolição jurídica da escravidão em 1888 e o início do período republicano em 1889, declarando o encerramento formal da união entre a Igreja e o Estado, surge a necessidade de se estabelecer uma nova política, principalmente para dar conta da nova população mestiça, composta por numerosas comunidades indígenas, alforriados, imigrantes de origem europeia e as demais redes sociais autônomas em relação às esferas de poder estatal. Por essa razão, cria-se, em 1910 o Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores nacionais, com a pretensão de substituir o trabalho religioso e seguir incorporando o indígena à sociedade, através de um processo civilizatório que deveria ser capaz de integrá-los à estratégia progressista da Nação brasileira.<sup>326</sup>

Em 1916, com a criação do Código Civil brasileiro, a tutela indígena é regulamentada, estabelecendo o indígena como relativamente incapaz, na mesma condição das pessoas maiores de 16 anos e menores de 18 e dos pródigos – pessoas que assumem comportamentos irresponsáveis.<sup>327</sup>

Mais tarde, em 1918, o serviço responsável pela colocação dos trabalhadores nacionais foi transferido ao Serviço de Povoamento do Solo, deixando assim constituído apenas o Serviço de Proteção aos Índios (SPI). O decreto nº 736 de 1936 estabeleceu mais claramente a política de integração nacional, quando criou o novo Regulamento do Serviço de Proteção aos Índios, que concluía pela “nacionalização dos silvícolas, com objetivo de incorporação à sociedade brasileira”.<sup>328</sup>

O Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI), criado em 1939, previa a elaboração de estratégias para modernizar a atuação e o aparato político-administrativo da política indigenista oficial. Neste contexto surge a figura do sertanista que sendo especialista, dominava as técnicas necessárias para atrair e pacificar os índios, devendo induzi-los a participar da civilização e compartilhar os interesses nacionais. Segundo Verdum:

Temos aqui (...) um discurso ideológico relativista encobrendo uma prática integracionista. Separam-se os aspectos “positivos” das culturas indígenas daqueles que devem desaparecer, ou porque são contrários ao bom andar do processo de “integração nacional” ou porque são “inúteis” à necessária adaptação individual e coletiva dos indígenas na economia de mercado.<sup>329</sup>

---

<sup>326</sup> VERDUM, Ricardo. *A cidadania multicultural e os limites do indigenismo brasileiro*. Mimeo. s/d. p. 06

<sup>327</sup> Instituto Socioambiental. *Os índios não são incapazes*. Texto do Instituto Socioambiental (ISA) endereçado às comunidades indígenas. Brasília. 2000. p. 01

<sup>328</sup> VERDUM, Ricardo. Op. cit. p. 06

<sup>329</sup> Idem. p. 05

Somente após o a criação do Instituto Indigenista Interamericano (III), em 1950, é que os sertanistas e demais estudiosos vão estabelecer contatos com o indigenismo latino-americano, então dominado por mexicanos, já que neste momento a política de integração está em processo de internacionalização, principalmente com a adoção desta política como ideologia pelas Nações Unidas e pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

Segundo Verdum, as contradições trazidas no seio do SPI, ou seja, a relação ambígua entre pacificar e proteger, foi estendida a agência que surgiu quase 20 anos depois para substituí-lo, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criada em 1967, no período militar. Sob a tutela do Estado brasileiro, as idéias de proteção e integração foram incrementadas pela nova idéia capitalista de produtivismo. Assim, foram criados os postos indígenas, que funcionariam como administradores da gestão econômica do patrimônio indígena. A pretensão era envolver as famílias da comunidade em atividades que pudessem proporcionar alguma renda, chamada “renda anual do patrimônio indígena, institucionalizando a idéia de que as políticas de assimilação e proteção deveriam ser custeadas pela exploração e comercialização das terras e recursos naturais dos territórios indígenas.”<sup>330</sup>

A partir 1970, quando as políticas indigenistas deixam de ser apenas uma questão estatal, surgem diversas outras entidades interessadas em estudar e cooperar para a proteção dos direitos indígenas. Assim, instituições de ensino e pesquisa, bem como organizações não-governamentais, e inclusive agências internacionais surgem no cenário indigenista, estabelecendo novas relações com as diversas comunidades indígenas e fazendo com que os próprios indígenas passassem a protagonizar as novas frentes de luta e reivindicação de seus direitos. Isso porque, segundo Verdum, essas instituições “passaram a atuar não somente como agente financeiros e de assistência técnica, mas também como agente políticos, influenciando na definição das políticas setoriais como aliados dos

---

<sup>330</sup> Idem. p. 08

movimentos indígenas no sentido de flexibilização dos mecanismos de tutela e controle governamental”.<sup>331</sup>

Neste momento também se encontra em crise o indigenismo fundado na tradição mexicana, visto que suas práticas se caracterizavam por políticas colonialistas; e além disso, as políticas desenvolvimentistas do Estado passam a afetar diretamente centenas de comunidades indígenas, como a construção da rodovia Transamazônica e de usinas hidrelétricas como a Represa de Tucuruí.<sup>332</sup> É Castro quem nos dá a nova dimensão da política desenvolvimentista nacional, quando afirma que “as terras ocupadas por índios parecem constituir uma espécie de fundo à disposição da União, territórios privilegiados para reforma agrária, implementação de projetos desenvolvimentistas, passagens de estradas, construção de hidrelétricas (...)”.<sup>333</sup>

Na contramão destas políticas, as Constituições do país passaram a reconhecer o direito indígena a seus territórios: a Constituição de 1934, em seu artigo 129, a Constituição de 1937, em seu artigo 154, a Constituição de 1946, em seu artigo 216 e a Constituição de 1967, em seus artigos 4º e 198.<sup>334</sup>

O governo nacional, então, pretendendo regulamentar as novas políticas indigenistas, cria, em 1973, o Estatuto do Índio (Lei nº 60001/73). Segundo Silva, trata-se de um diploma legal ambíguo e contraditório, pois contém objetivos incompatíveis e mutuamente excludentes, como por exemplo em seu artigo 1º, quando estabelece que o Estado tratará de preservar a cultura indígena e, ao mesmo tempo, afirma a necessidade de integração nacional do índio.<sup>335</sup>

Além disso, a partir deste Estatuto, de acordo com o Código Civil alterado, em seu artigo 4º, parágrafo único, a capacidade dos índios passará a ser regulada por esta legislação especial. Assim, o Estatuto estabeleceu três critérios para diferenciar o grau de capacidade indígena: são considerados isolados os indígenas que “vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos

---

<sup>331</sup> VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas no Brasil: o desafio da autonomia*. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas, Constituições e Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos. 2009. P. 100

<sup>332</sup> Idem. p. 09

<sup>333</sup> CASTRO, Eduardo B. Viveiros. *Índios, leis e políticas*. In: SANTOS, Silvio Coelho (org). *O índio perante o Direito*. Florianópolis: Ed. UFSC. 1982. p. 33-34

<sup>334</sup> SANTOS, Silvio Coelho. *Povos Indígenas e a Constituinte*. Florianópolis: Ed. UFSC. 1989. p. 06

<sup>335</sup> SILVA, Orlando Sampaio. *O índio perante o Direito*. In: SANTOS, Silvio Coelho (org). 1982. p. 40

eventuais com elementos da comunhão nacional”<sup>336</sup>, devendo estes serem amplamente tutelados, inclusive através da própria FUNAI; são considerados em vias de integração quando “em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento”<sup>337</sup>, estes já não sendo tão tutelados como os anteriores e, por fim; os considerados integrados, pois já “incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura”<sup>338</sup>.

A par desta nova situação, os movimentos indígenas que reapareceram na cena nacional buscaram fazer parte das novas discussões acerca da criação da nova Constituição, que agora deveria ter um viés mais social, acompanhando os ditames internacionais. Diante o exposto, indígenas passaram a ingressar em partidos políticos, tudo com a finalidade de conquistar voz e poder na Assembléia Constituinte que se conformaria, participando ativamente das eleições em 1986 para deputado constituinte. Neste mesmo contexto, a recém criada União das Nações Indígenas (UNI) conseguiu articular diversas lideranças indígenas e foi a principal responsável pela campanha dos povos indígenas na Constituinte.<sup>339</sup>

Apesar de não lograrem nenhuma representação para o Congresso Nacional nem tampouco quota para representação das comunidades indígenas nessa casa legislativa, tal mobilização foi capaz de dar visibilidade as suas reivindicações e fazer com que parlamentares de diferentes partidos pudessem discutir a respeito até conseguirem que um capítulo, intitulado Dos índios, fosse incorporado a nova Constituição, em 1988<sup>340</sup>.

A Constituição de 1988 deu novo tratamento aos povos indígenas: reconheceu sua identidade cultural própria e diferenciada (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições no artigo 231), assegurando o direito de permanecerem como índios, e explicita como direito originário (que antecede a criação do Estado) o usufruto das

---

<sup>336</sup> BRASIL. Lei 6001/ 73. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>. Acessado em 12.11.2009

<sup>337</sup> Idem.

<sup>338</sup> Idem.

<sup>339</sup> VERDUM, Ricardo. 2009. p. 95

<sup>340</sup> Idem. p.96

terras que tradicionalmente ocupam. Segundo a Constituição, cabe ao Estado zelar pelo reconhecimento destes direitos por parte da sociedade. O papel do Estado passa então da tutela de pessoas à tutela de direitos.

Já o artigo 232, possibilitou que os indígenas ingressassem em juízo para defender seus direitos conquistados e interesses, podendo contar também com o apoio do Ministério Público em todos os atos do processo. Contudo, não foi discutido o reconhecimento da própria normatividade indígena, e nem tampouco, o direito das próprias autoridades locais de exercerem jurisdição. Hoje, apenas o Estatuto do índio, ao tratar das normas penais, em seu artigo 57, permite que “aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte”.<sup>341</sup>

Verdum nos resume a problemática:

A participação e representação política nas instâncias de poder legislativo do Estado, o reconhecimento dos seus territórios como unidades regionais autônomas, onde o povo que ali vive possa exercer suas formas próprias de governança e justiça, e não como meras terras demarcadas como parcelas ou unidades produtivas, são dimensões ausentes do texto constitucional.<sup>342</sup>

Durante toda década de 1990, a nova base constitucional possibilitou o maior acesso dos cidadãos brasileiros às políticas governamentais que privilegiavam os serviços prestados pelo Estado. O discurso desenvolvimentista foi renovado diante da necessidade de conciliar o crescimento econômico com a sustentabilidade ambiental. Para tanto, começa-se a promover a política do “etnodesenvolvimento”, flexibilizando e descentralizando a política indigenista governamental, no intuito de romper com o ciclo vicioso de dependência de recursos para os projetos e como estratégia de desenvolvimento sócio-econômico e cultural das populações indígenas segundo suas próprias concepções.<sup>343</sup> Contudo, tais políticas pouco contribuíram para a superação da base colonialista que impera na relação com os povos indígenas.

---

<sup>341</sup> BRASIL. Lei 6001/ 73. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>. Acessado em 12.11.2009

<sup>342</sup> VERDUM, Ricardo. 2009. p. 97

<sup>343</sup> VERDUM, Ricardo. *A cidadania multicultural e os limites do indigenismo brasileiro*. Mimeo. s/d. p. 02

Diante das novas mudanças constitucionais, tornou-se necessária a revisão do Estatuto do Índio. Neste sentido, foram apresentados na Câmara Federal três projetos de lei: um de autoria do Poder executivo e outros dois de autoria de organizações não-governamentais. A partir de 1992, criou-se na Câmara uma Comissão Especial para examinar o assunto. Em junho de 1994, esta comissão aprovou um substitutivo que disciplina o Estatuto das Sociedades Indígenas. Entretanto, antes de seguir para o Senado, em dezembro do mesmo ano, após as eleições presidenciais, parlamentares entraram com um recurso para que o projeto fosse submetido ao plenário da Câmara. Desde então, ficou paralisado. A revisão do Estatuto do Índio passou a ser, então, uma das principais demandas atuais dos povos indígenas no Brasil, ao lado da demarcação das suas terras<sup>344</sup>.

Recentemente, tem-se discutido uma nova versão do Estatuto, e sobretudo o fato de que este tenta acabar com a condição de inimputável do indígena. Segundo o novo estatuto, será regulamentado o julgamento pela Justiça Federal dos indígenas que cometam algum crime em que tenha como escopo a defesa dos próprios direitos indígenas elencados na Constituição. Caso não seja esse o motivo da infração às normas penais, a competência, continuará com a Justiça Comum. Estas idéias foram contemplada após um longo período de discussões jurídicas a respeito do assunto, sobretudo nos Tribunais regionais federais e no Superior Tribunal de Justiça que, ao exararem decisões, assentaram tal entendimento, como se pode notar da ementa abaixo transcrita:

CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LESÃO CORPORAIS E HOMICÍDIO. ÍNDIOS KIRIRI COMO AUTOR E VÍTIMAS. DISPUTA SOBRE TERRAS DA COMUNIDADE INDÍGENA. ENVOLVIMENTO DE INTERESSES GERAIS DOS ÍDIOS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 140/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

- Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de feito criminal onde vítimas e réu são índios de facções na Nação Indígena Kiriri, em razão de disputas sobre as terras pertencentes à comunidade indígena, se evidenciado o envolvimento de interesses gerais dos indígenas.

- Motivos/causas dos delitos contra a pessoa provenientes, em tese, de discordância entre grupos rivais frente à disputa de terras dentro da reserva.

- Inaplicabilidade da Súm. N.º 140 desta Corte.

- Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia, o Suscitado (BA 2000/0140806-2, Relator Min. Gilson Dipp, Publicado em 25.03.2002)

---

<sup>344</sup> VERDUM, Ricardo. 2009. p. 102

A novidade do novo texto que foi apresentado recentemente pelo Ministro da Justiça Tarso Genro ao Congresso Nacional é que este assenta a idéia da necessidade de laudos antropológicos para que os juízes possam avaliar o grau de especificidade do indígena que será julgado, sobretudo para que se leve em conta seus “usos e costumes”. Além disso, prevê que quando o ato for praticado entre índios seja respeitada a decisão punitiva da própria comunidade, que pode inclusive inocentar o acusado. Assim, mesmo que o litígio chegue aos tribunais, o juiz poderá entender que a pena aplicada pela própria autoridade indígena é suficiente e, dessa forma, não emitir qualquer sentença. Caso seja sentenciado, o novo texto prevê que a aplicação da pena se dê o mais próximo possível de sua comunidade, quando não no interior dela.<sup>345</sup>

Apesar destas inovações, o novo Estatuto, de acordo com Verdum, ainda não consegue escapar das políticas integracionistas, visto que noções como “inclusão produtiva” e “pobreza” vêm dando linha para as novas políticas de justiça social, predominando todavia o discurso liberal, que tem como finalidade induzir os próprios indígenas a adotar os princípios da livre competição, do lucro e da propriedade no trato com seus territórios e recursos, principalmente quando se trata de recursos minerais e hídricos.<sup>346</sup>

Contudo, os movimentos indígenas continuam atuantes no cenário político brasileiro, buscando a garantia dos direitos concedidos com a Constituição social de 1988, para que haja efetivação e defesa de tais direitos. Segundo os próprios indígenas Tapeba e Tremembé, o eixo segue sendo a luta pela terra, enfocando a regularização fundiária das terras indígenas no processo de demarcação e o fortalecimento das atividades de fiscalização das áreas demarcadas, a ampliação das terras indígenas já demarcadas, para contemplar espaços que são de considerável influência para a estabilidade étnica.<sup>347</sup>

Além disso, quanto ao reconhecimento, as organizações indígenas reivindicam o já postulado pela OIT, em seu Convenio 169, sobre auto-identidade, já que em diversos posicionamentos o governo nega a existência de povos indígenas em algumas

---

<sup>345</sup> Novo Estatuto do Índio acaba com sua condição de inimputável. *Tribunal Regional Federal do Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, 05.08.2009. Disponível em: <http://www.jfms.gov.br/news.htm>. Acessado em 12.11.09

<sup>346</sup> VERDUM, Ricardo. 2009. p. 104

<sup>347</sup> *Os índios Tapeba e Tremembé contando a história da luta indígena*. Disponível em [http://www.cdpedh.org.br/noticias/arg/n10\\_movimento\\_indigena\\_brasil.html](http://www.cdpedh.org.br/noticias/arg/n10_movimento_indigena_brasil.html). Acessado em 10.06.2009

regiões do país e, além disso, o sistema jurídico condiciona as populações indígenas a necessidade de estudos antropológicos que comprovem a origem étnica do litigante. Afora isso, combatem as ações assistencialista que, segundo eles, desestimulam as próprias comunidades de seguirem reivindicando seus direitos. Por fim, afirmam que “Trata-se de um movimento unificado, que tem como preceito o respeito às lideranças tradicionais e as organizações de base, e que, com essa ideologia, consegue avançar e conquistar espaços significativos no cenário político brasileiro”.<sup>348</sup>

Portanto, pode-se perceber que a Constituição nacional vigente não foi capaz de dar condições para o reconhecimento pleno da multiculturalidade brasileira e nem tampouco do pluralismo jurídico em questão, visto que as comunidades indígenas não conseguiram todavia lograr espaços de diálogo e nem tampouco a tão almejada autonomia.

---

<sup>348</sup> Idem.

## CONCLUSÃO

Na formação das sociedades latino-americanas, a constante reprodução de necessidades define-se como conseqüência do desenvolvimento de um capitalismo dependente, estritamente associado e excludente – também denominado subdesenvolvido ou periférico. Isso significa que estas sociedades não possuem, de nenhuma forma, aspectos idênticos ao desenvolvimento dos países centrais, sobretudo os europeus. Ao contrário, o que se deu foi a geração simultânea de desenvolvimento em alguns lugares e intenso subdesenvolvimento nos demais, caracterizando uma relação sempre dialética entre metrópole e periferia.

Portanto, na América Latina não podemos considerar que houve uma evolução dos sistemas de organização como na Europa. O que se conclui é que o que houve aqui foi a apropriação do trabalho alheio pela metrópole; denominado colonialismo que, visto sob parâmetros mundiais, foi fundamental para a acumulação capitalista e necessária ao seu pleno desenvolvimento. Isso se torna visível quando constatamos que as regiões atualmente mais subdesenvolvidas e com maior aspecto feudal são aquelas que no passado formavam laços mais estreitos com a metrópole, como a América Central.

Por conseqüência, o que se deu na América Latina foi um desenvolvimento exógeno, o que significa que o progresso do quadro econômico, político, social, científico e inclusive - para não dizer principalmente - jurídico só pôde ser concretizado e fomentado em função da metrópole, de alguma forma, sempre complementar a ela.

Claro que não se pode dizer que internamente nos próprios países integrantes da América Latina não exista uma dinâmica própria, particularidades que não se assemelham às tendências mundiais. O que se demonstra é que aqui as relações e as necessidades incessantemente produzidas são frutos dessa relação de dominação da periferia pelo centro.

Assim, nestas sociedades verificamos cotidianamente que o intento não é a satisfação imediata das necessidades da grande maioria da população latino-americana, mas sim a valorização dos padrões de acumulação e a polarização crescente da riqueza e da miséria.

E é no sentido da manutenção dessa ordem que aparece o Estado Democrático de Direito, como órgão institucionalizado para organizar e reproduzir o sistema de dependência dialética ente centro desenvolvido e periferia subdesenvolvida, além da relação de desigualdade entre a elite nacional e as bases populacionais, relação também dialética, pois a crescente necessidade por acumulação se sustenta sobre a base da privação de liberdades da grande maioria da população.

Concretamente, o fortalecimento do capitalismo monopolista-financeiro faz com que a burguesia assuma o poder político, controle a economia e passe a aplicar, na prática, os aspectos da teoria liberal que lhes são úteis, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do governo de seus países. Isso se verifica quando nos deparamos com as Constituições criadas para esses Estados que partem do princípio da igualdade formal liberal, negando abertamente a diversidade e as diferenças concretas com as quais nos deparamos diariamente.

Sendo assim, a formação dos Estados nacionais foi se construindo sobre a base da estrutura capitalista e sofre, portanto, de um déficit de legitimidade social. Isso significa que a organização do Estado como democracia representativa e sua relação com a população é sempre de negação de direitos e liberdades para a maioria, já que é o Estado – coordenado pela burguesia – quem passa a exercer, neste sistema, o monopólio da produção do Direito.

Nesta direção, o sistema jurídico é mecanismo basilar para firmar o sistema capitalista de caráter periférico-dependente, ocultando o comprometimento e os interesses econômicos da burguesia enriquecida, através de suas características – generalização, abstração e impessoalidade -, e de sua estrutura formal e suas regras técnicas que dissimulam as contradições sociais e as condições materiais concretas.

Para desempenhar tal função a produção do Direito é, então, monista e dogmática, caracterizado por seu alto grau de estatalidade – onde só o sistema legal posto por órgãos do Estado pode ser considerado Direito -, pela unicidade das normas jurídicas que são integradas em um sistema único hierarquizado tendo como ápice a Constituição e, por fim, pela positivação – é considerado direito somente aquilo que estiver posto de acordo e pela ordem vigente.

Além disso, o Direito estatal importa grande parte da legislação das metrópoles, se mostrando definitivamente desvinculado dos reais interesses dos segmentos majoritários das sociedades latino-americanas. Soma-se a esse fator o fato de que os Estados Hegemônicos e os atores transnacionais passam a influenciar diretamente no Direito destes países superexplorados, com imperativos jurídicos, sobretudo no que diz respeito à área econômica.

O caráter de desigualdade nessa relação com o Direito é bastante explícita pois enquanto a elite prioriza a materialização de direitos políticos e sociais para a garantia da segurança privada, as bases populacionais vivem ainda uma incessante luta pela implementação de novos direitos, sobretudo de caráter social, que sejam capazes de garantir a subsistência da vida.

Em suma, este sistema jurídico entrecortado pelas necessidades capitalistas globais e nacionais que aqui se formou é incapaz de acompanhar a especificidade das sociedades latino-americanas e o ritmo de suas transformações.

Em consequência percebeu-se – e hoje se observa – a gradativa mobilização e organização da população à margem dos mecanismos representativos tradicionais e independentemente do Estado, pois concluíram não ser possível que esta instituição processe suas reais demandas. Assim, essa incapacidade que se percebe não ser apenas fruto do sistema jurídico monista dependente - mas também uma característica inerente e necessária a este mesmo sistema -, propicia amplas possibilidades para o surgimento de práticas insurgentes que acabam por questionar e superar o reducionismo dogmático positivista. Dessa forma a insuficiência do paradigma da moderna cultura jurídica liberal burguesa propicia condições para o natural desenvolvimento de práticas pluralistas.

O marco teórico do presente trabalho, neste contexto, vêm propor uma nova prática de Direito dentro destas sociedades onde o desenvolvimento do pluralismo jurídico é real. O pluralismo jurídico em questão busca propor uma nova forma de coexistência entre os diversos ordenamentos normativos, sem hierarquias entre eles e que, dessa forma, possa o Direito nacional ser capaz de ordenar a vida social sem imposições de tipo econômico-cultural.

Esta teoria se vê fortalecida nas recentes demandas dos diversos movimentos sociais insurgentes, contemplados neste trabalho pelos movimentos indígenas, que buscam

o reconhecimento de seu direito à autodeterminação que, para tanto, inclui o direito a possuir um sistema jurídico próprio, formas de jurisdição autônomas para resolução de conflitos e fomento de suas estruturas próprias.

Pode-se afirmar que, desde a invasão ibérica nas Américas, estes povos vêm resistindo e se adaptando ao sistema imposto como forma de seguir existindo culturalmente. Contudo, nos últimos anos, quando a crise de legitimidade atinge o estado neoliberal e provoca mudança de percepção acerca da independência relativa destes Estados, o movimento indígena se renova e busca articular-se em torno da sua própria diversidade cultural, buscando mecanismos que possam reforçar sua identidade e que, neste contexto, estas diversas comunidades possam ser reconhecidos como sujeitos coletivos e autônomos, e além disso como integrantes da população nacional, merecedores de proteção e reconhecimento de direitos.

Diz-se ressurgimento do movimento indígena pois, apesar de não serem as mobilizações indígenas um fenômeno social novo, suas manifestações mais recentes guardam traços mais distintos, como a percepção de que o eixo fundamental de discussão é a diferença cultural entre os índios e os não-índios e a percepção de que suas demandas traspassam o local, propondo modificações para o próprio Estado Nacional

Juntamente a esses movimentos aparecem como instituições fortalecedoras da idéia de que é necessário repensar a posição estatal com relação aos grupos minoritários, sobre tudo indígenas, as organizações internacionais que, produzindo normatividades, passam a reorientar a ação política em torno do reconhecimento da diversidade.

Neste sentido a Organização Nacional do Trabalho teve influência absoluta sobre as novas reformas constitucionais. Contudo, apesar de tornar-se obrigatória a aceitação do Convênio 169 pelos magistrados e juristas latino-americanos, a realidade é que não houve iniciativa governamental para fazer cumprir totalmente as obrigações a que os Estados se comprometeram ao ratificar dito Convênio, que incluem modificações significativas na administração da justiça estatal.

Ainda assim, diante de explícitas pressões nacionais e internacionais os governos latino-americanos começam a reformular suas Cartas Maiores, contemplando de diversas formas a pluralidade étnica e cultural de suas sociedades. No entanto, o reconhecimento da multiculturalidade latino-americana não logra o que o pluralismo em

questão vem propor: conjugar autonomia e participação dos atores sociais sempre excluídos dentro do marco democrático de cidadania e integração. Integração esta que deveria se dar de outra forma a sempre buscada pelo modelo ocidental; um verdadeiro Estado democrático teria que estar apto a utilizar-se e incorporar elementos da cultura do outro. A interculturalidade é necessária ao multiculturalismo precisamente para que este não se confine em espaços marginais, tornando-se uma rede de comunicações tendente a harmonizar o Estado Plural.

Isso se verificou quando foram analisadas as experiências de pluralismo jurídico em alguns países latino-americanos. No México, por exemplo, o fato de se estabelecer que existe apenas uma Nação e que é o direito estatal que vai regular tal reconhecimento, não se produz um avanço à emancipação do Direito através do pluralismo jurídico, visto que o direito estatal permanece com o status de direito oficial e superior às demais manifestações jurídicas existentes.

A afirmação é coerente quando se percebe que as reformas constitucionais na maioria dos Estados latino-americanos procuraram concentrar o reconhecimento dos direitos indígenas em um único artigo constitucional, fazendo com que o restante da Constituição continuasse fechado nas idéias liberais-individualistas que, de nenhuma forma, permitem considerar tais Constituições como pluralistas.

Já na Colômbia, a estrutura constitucional não seguiu os mesmos modelos, ampliando o reconhecimento da multiculturalidade e dispersando tal reconhecimento por toda a Constituição. Além disso, é importante destacar que neste país são considerados sujeitos coletivos de direitos os grupos minoritários, tais como as comunidades indígenas, fazendo uma significativa mudança na forma como se efetivam os direitos fundamentais, já que a partir de então, as próprias coletividades podem pleitar, como sujeitos coletivos que são, a proteção e garantia aos seus direitos reconhecidos pela Carta Maior.

Ainda assim, o mais significativo para o multiculturalismo deste país é, além do reconhecimento mesmo do pluralismo jurídico, a discussão em sua Corte Constitucional, que tem firmado jurisprudencialmente o entendimento de que o direito ao autogoverno e, conseqüentemente à aplicação da normatividade indígena, não pode ser amplamente limitada por qualquer outro direito constitucional. Nos casos de conflito, há que se maximizar a autonomia das comunidades indígenas e minimizar suas restrições.

Dessa forma, entre os elementos que permitem falar de uma possibilidade de transformação com a ajuda do Direito está o protagonismo da Corte Constitucional e as sentenças por ela proferidas, sobretudo no âmbito das competências e limites da jurisdição indígena. Ainda assim, neste país há muito por fazer, sobretudo diante das intensas e incessantes violações aos direitos humanos.

Quanto à Bolívia, pode-se dizer que neste país está-se vivendo um tempo político emancipatório. Emancipatório em relação à tutela doutrinal eurocêntrica e norte-americana, emancipatório pelo desafio de criar direito a partir da realidade, e não ao contrário, e complementar por compreender que os saberes alheios têm seus próprios âmbitos de validade. Essa transformação nas próprias estruturas do Estado se mostra patente quando se cria uma Corte Superior Multicultural, que poderá congrega autoridades das diferentes culturas.

Já quanto ao Brasil há que se concluir que os debates a respeito do pluralismo jurídico ainda são muito incipientes e carecem de uma discussão mais aprofundada; não somente pelos próprios movimentos indígenas, pois estes já estão nesta batalha por respeito a diversidade há muito tempo, mas dos próprios estudiosos e operadores de Direito que insistem em tratar a questão indígena dissociada da questão constitucional, tentando manter a idéia monista, liberal e individualista que por aqui impera, sobretudo em razão do capitalismo estar em sua forma mais avançada e visível neste país.

Contudo, com a retomada das discussões a respeito do novo Estatuto das Sociedades Indígenas e aproveitando as novas articulações do movimento indígena com outros movimentos sociais buscando fortalecer alianças para efetivação de direitos, este é o momento propício para seguir discutindo a transição do Estado para uma sociedade onde o pluralismo seja o eixo central das novas políticas governamentais.

Por fim, quer-se fazer um aparte sobre o que entendemos por descolonização jurídica. Esta deve ser entendida como um processo de coordenação e cooperação entre saber e práticas jurídicas existentes em um mesmo espaço estatal, todas voltadas para o mesmo fim, qual seja, o de lograr a harmonia no convívio social baseado na igualdade real entre os indivíduos e as comunidades.

Neste sentido, a descolonização jurídica deve ser entendida também como a vontade inequívoca que mostram os povos indígenas da América Latina de alcançarem espaços políticos participativos dentro dos Estados nacionais. É neste sentido que se advoga pelo pluralismo jurídico de caráter participativo, comunitário e emancipatório, baseado no diálogo intercultural que seja capaz de agregar as especificidades da América Latina.

Para tanto, é necessária uma mudança na própria mentalidade no campo constitucional. Para se levar a prática o projeto anticolonialista faz-se necessária a descolonização mental, não só da classe dominante, mas também da classe dominada, pois não resulta fácil adaptar-se a um novo projeto de autonomia depois de centenas de anos vivendo sem liberdade alguma para se determinarem.

Enfim, o intento foi propor um Direito que não mais reflita com exclusividade a superestrutura normativa do moderno sistema de dominação estatal, mas que solidifique o processo normativo de base estrutural, produzido principalmente pela resistência dos grupos nunca favorecidos da América Latina.

A discussão não termina com o fim deste trabalho, pois aqui certamente não foram esgotadas todas as questões concernentes à construção do novo Estado Plural e resta ainda observar quais serão as implicações do Pluralismo Jurídico inserto nas recentes Constituições latino-americanas para as comunidades indígenas. Portanto, o debate segue aberto e latejante nas veias de toda América Latina.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDANA, Ramón Losada. *Dialética do subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.1968

ALMEIDA, Maria Regina Celestino. *Os povos indígenas no Brasil*. Disponível em: <<http://bndigital.bn.br/redememoria/pindigenas.html>>

ANDRADE, Orlando Aragón. *Indigenismo, Movimientos y Derechos Indígenas en México – La reforma del artículo 4º constitucional de 1992*. Morelia, Michoacán, México: UMSNH. 2007

ASSIES, Willem e GUNDERMEN, Hans (eds). *Movimientos Indígenas y Gobiernos Locales en America Latina*. San Pedro de Atacama: IIAM, 2007

ASSIES, Willem. El constitucionalismo multiétnico en America Latina: el caso de Bolívia. *XX Congresso Internacional "Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio*. Arica, Março de 2000. Disponível em: <<http://www.alertanet.org/dc-willem-bolivia.htm>>

BAGÚ, Sérgio. *Economia de la sociedad colonial: ensayo de historia comparada de America Latina*. Madrid: Akal, 1977.

BATALLA, Guillermo Bonfil. In: SANTOS, Silvio Coelho. *Povos indígenas e a constituinte*. Florianópolis: Ed. UFSC/Movimento. 1989

BELLO, Álvaro. *Etnicidad y ciudadanía em América Latina: la acción colectiva de los pueblos indígenas* Santiago de Chile: CEPAL, 2004.

BOLÍVIA. Constituição (2009). *Nueva Constitución Política de Estado*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.bo/download/constitucion.pdf>>

BOTERO. Ester Sanchez. *Oficialización y Legalización de los derechos propios de los pueblos indígenas de Colombia mediante una jurisdicción especial*.Mimeo.s/d.

BOTERO. Esther Sánchez. SIERRA. Isabel Cristina Jaramillo. *La jurisdicción Especial Indígena*. 1ªed. Bogotá: Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos. 2000

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto:OLIVEIRA, Jose Carlos (org.)8 em 1 acadêmico.2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz.2005

BRASIL. Lei 6001/ 73. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L6001.htm>>

CAPELLARI, Eduardo. *A crise da modernidade e a Constituição: elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo*.Rio de Janeiro: América Jurídica.2004

CÁRCOVA, Carlos María. *A Opacidade do Direito*. São Paulo: Ltr. 1998

CLAVERO, Bartolomé. *Derecho Indígena y cultura constitucional em América Latina*. 1ª ed. México D.F: Siglo Veinteuno Editores. 1994

CLAVERO, Bartolomé. Derechos Indígenas y Constituciones latinoamericanas. In: BERRAONDO, Miguel (coord). *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Universidad de Deusto: Instituto de Derechos Humanos. s/d. p.313-338

CLAVERO, Bartolomé. *Bolivia entre Constitucionalismo Colonial y Constitucionalismo emancipatorio*. Disponível no site: [www.clavero.derechosindigenas.org/bolivia-en-la-encrucijada-entre-constitucionalismos.pdf](http://www.clavero.derechosindigenas.org/bolivia-en-la-encrucijada-entre-constitucionalismos.pdf).

COLAÇO, Thais Luiza (org). *Elementos de Antropologia Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial. 2008

COLÔMBIA. Constituição (1991). *Constitución Política de Colômbia*. Disponível em: <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>>

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T 606/01. Relator: Marco Gerardo Monroy Cabra. Publicado em 27.06.2001. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador.>>

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentença T 496/96. Relator: Carlos Gaviria Diaz. Publicada em 26.09.1996. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/radicador>.

CONFEDERACIÓN NACIONAL DEL INDÍGENAS DE EQUADOR. *Órgano de Difusión de la Confederación Nacional Indígenas del Ecuador*. Disponível em: <http://www.conaie.org/es/gecomunicados/comunicado.html>>

Corte Penal Internacional ya tiene plena jurisdicción en Colombia. *Telesur*. Caracas, 05 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.telesurtv.net/noticias/secciones/nota/60825-NN/corte-penal-internacional-ya-tiene-plena-jurisdiccion-en-colombia>>

CUEVA, Agustin. *O desenvolvimento do Capitalismo na América Latina*. São Paulo: Global editora, 1983.

DANE. *Datos Preliminares, Censo Nacional de Población de 2005*. Disponível em: [www.dane.gov.co/censo](http://www.dane.gov.co/censo)>

DEMO, Pedro. *Introdução à metodologia da ciência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1987.

DIETERICH, Heinz. *Relaciones de producción en América Latina*. c.V.

DUSSEL, Enrique. *Cultura latinoamericana y filosofía de la liberación*. III Congreso de Filosofía Latinoamericana, Bogotá, 1984.

ENCARTA Online. *Constitucionalismo colombiano*. Disponível em: <<http://mx.encarta.msn.com>>. 1997-2009. Acessado em 13.04.08

EXÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERTAÇÃO NACIONAL. *Acordos de San Andrés*. Disponível em: <<http://ns.oit.or.cr/mdsanjo/indig/andres.htm>>.

EXÉRCITO ZAPATISTA DE LIBERTAÇÃO NACIONAL. *Declaração da Selva de Lacandona*, Disponível em: <[www.ezln.org](http://www.ezln.org)>

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *El reconocimiento constitucional del pluralismo legal en Peru. Hacia una interpretación comprehensiva del Convenio 169 y la Constitucion*. In: GARCIA, Manoel Calvo (coord.). *Identidades Culturales y Derechos Humanos*. Dykinson: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.2002. p.229-254

FEJARDO, Raquel Yrigoyen. *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena em las politicas indigenistas y el constitucionalismo andino*.In: BERRAONDO, Miguel (coord.) *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*. Deusto: Instituto de Derechos Humanos. s/d.p. 537-567

FERNANDES, Florestan. *Sociedade de Classes e Subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Zahar.

FRANCHINI, Matias. *Asamblea Constituyente en Bolívia: genesis, evolucion y conflicto em el cambio*. CADAL – *Centro para la apertura y desarrollo de America Latina*. Disponível em: <[http://www.cadal.org/documentos/documento\\_74.pdf](http://www.cadal.org/documentos/documento_74.pdf)>

FRANK, Andre Gunder. *América Latina: subdesarrollo o revolución*. México: Ediciones Era.1980.

FUENTES, José Luis Lopéz. *El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas em Bolivia* Oruro: Latinas Editoras. 2007.

GABRIEL, Leo e LOPEZ Y RIBAS, Gilberto(coords). *Autonomías indígenas em América Latina: Nuevas formas de convivencia política*. 1ª ed. México D.F: Plaza y Valdez SA. 2005

GÓMEZ, Magdalena. *Em busca de la justicia: análisis del proceso mexicano de reformas em materia indígena (1992 y 2001)*. In: *Primer Congreso Latinoamericano Justicia y Sociedad*. Mimeo.s/d

HOBSON, J.A. *Estudio del Imperialismo*. Madrid: Alianza Editora, 1976.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Os índios não são incapazes*. Texto do Instituto Socioambiental (ISA) endereçado às comunidades indígenas. Brasília. 2000. Reprodução

JUMPA, Antonio Peña (coord); MALLOL, Vicente C.; BÁRCENAS, Francisco López. *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*. Lima: Ed. PUC. 2002.

KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes Editora. 2000

KIRALY, Cesar. *O guarda-chuva de regras: um ensaio sobre a filosofia de Herbert Hart*. São Paulo: Giz editorial. 2008

LINERA, Álvaro Garcia. *Estado Multinacional – Una propuesta democratica y pluralista para la extinción de la exclusion de las naciones indias*. La Paz: Malatesta. 2005

LÓPEZ, Erika Liliana López. *La demanda indígena de autonomia em Mexico: La pertinencia del Pluralismo Jurídico*. Dissertação (mestrado em Direito) Curso de Direito da Universidade Autônoma do México. México D.F: UNAM. 2006

LUCIANO, Gersen dos Santos. *O índio brasileiro: tudo que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação continuada, alfabetização e diversidade LACED/ Museu Nacional, 2006.

MALLOL, Vicente Cabedo. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. Valencia: Editorial UPV.2004

MALLOL, Vicente Cabedo. Proposta de desarrollo constitucional y jurisprudencia: Derecho indígena y derechos humanos. *Forum II: Indigenous law and human rights*. Valencia, 1998. Disponível em: <<http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>>

MANCIE, Euclides A. *Uma Introdução conceitual às filosofias de libertação*. In: Revista de Filosofia. Ano I. nº 1, Paraná, 2000.

MARIÁTEGUI, José C. *Sete Ensaio de Interpretação da realidade peruana*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2004.

MARINI, Ruy Mauro; SADER, Emir. *Dialetica da dependência*. Petrópolis: Vozes, 2000.

MÉXICO. Constituição (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: : <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>

MONDONIO, Carlos Alarcón. *Pluralismo Jurídico en Bolivia – Contenidos básicos de la Ley de Deslinde Nacional*. Mimeo. s/d.

MONDRAGÓN, Hector. Por que os indígenas da Colômbia lutam. In: América Latina en movimiento. *Agência Latino Americana de Informação*. Disponível em: <<http://alainet.org/active/27158&lang=es>>

MOREIRA, Vânia Maria Losada. *Os índios e Império: história, direitos sociais e agenciamento indígena*. In: XXV Simpósio Nacional de História, Temático 36: Os índios na História. 2009. Reprodução

MUSEU DO ÍNDIO. *Política Indigensta*. Disponível em: <[http://www.museudoindio.org.br/template\\_01/default.asp?ID\\_S=33&ID\\_M=114](http://www.museudoindio.org.br/template_01/default.asp?ID_S=33&ID_M=114)>

Novo Estatuto do Índio acaba com sua condição de inimputável. *Tribunal Regional Federal do Mato Grosso do Sul*. Campo Grande, 05.08.2009. Disponível em: <<http://www.jfms.gov.br/news.htm>>.

OJEDO, Igor. *ALAI: América Latina en Movimiento*. Povos Indígenas se unem por Estados Plurinacionais. Disponível em: <<http://alainet.org/active/21711&lang=es>>

OLIVÉ, Leon. *Multiculturalismo y pluralismo*. Ciudad de México: Ed. Paidós Mexicana S.a. 1999

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convênio 169*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/consea/Static/documentos/.../conv\\_169.pdf](http://www.planalto.gov.br/consea/Static/documentos/.../conv_169.pdf)>

Os índios Tapeba e Tremembé contando a história da luta indígena. *Centro de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos da Arquidiocese de Fortaleza*. 16.02.2008. Disponível em <[http://www.cdph.org.br/noticias/arg/n10\\_movimento\\_indigena\\_brasil.html](http://www.cdph.org.br/noticias/arg/n10_movimento_indigena_brasil.html)>

PECES-BARBA MARTINEZ.Gregorio. *Derecho y derechos fundamentales*.Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993

POPULAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL. Instituto Sócioambiental: online. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/populacao-indigena-no-brasil>>

RESTREPO, Lorenza Correa. *Origen del Constitucionalismo Colombiano: Ponencias del III Seminario Internacional de Teoria General del Derecho*. Colección Memórias Jurídicas nº1. Medellin: Sello Editorial Universidad de Medellin. 2006

RIBEIRO, Darcy. *Índios e a Civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

RIVAS, Gonzalo Vargas. *Historia de las Constituciones en la republica de Bolivia*, Disponível em: <<http://constituyentesoberana.org/info/?q=historia-constituciones-bolivia>>

ROJAS, Edwin. *La demanda autonômica em Bolívia*. In: Subversión. Ano 1. Nº 1º. Cochabamba: Centro Gandhi. 2006

ROULAND, Norbert. *Nos confins do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2003

ROUSSEAU, Jean Jackes. *O contrato social. Princípios de Direito Político*. Tradução Antonio P. Machado. Rio de Janeiro: Edioouro. 1989

SANTOS, Silvio Coelho (org). *O índio perante o Direito*. Ensaios. Florianópolis: Ed. UFSC, 1982.

SANTOS, Silvio Coelho. *Os povos indígenas e a Constituinte*. Florianópolis: Ed. UFSC, 1989.

SANTOYO, Myrian Jimeno Los Indígenas colombianos hoy. *Revista Credencial Historia*. Bogotá: Ed. 33. 1992. Disponível em:

<<http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/sept1992/sept3.htm>>

SOUSA SANTOS, Boaventura. *Transformação e Conflito Social: uma paisagem das Justiças em Moçambique*. Porto: Ed. Afrontamento. 844 ed. 2003.

TOBÓN, Lucia Aberláz. Justicia de Paz y Derecho Indígena: análisis y propuesta de coordinación. In: *La jurisdicción especial Indígena y los mecanismos de coordinación con el sistema judicial nacional*. Disponível em: <<http://www.dplf.org/uploads/1184704476.pdf.2004>>

VARGAS, Antonio Jose Rivadeneira. *Historia Constitucional de Colombia, 1510-1978*. Bogotá: Edital Horizontes, 1978.

VÁSQUEZ, Calixto. *Crisis del Estado boliviano y ascenso de los movimientos sociales*. In: Subversión. Cochabamba: Centro Gandhi. 2006

VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas, Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos. 2009

VERDUM. Ricardo. *A cidadania multicultural e os limites do indigenismo brasileiro*. Mimeo. s/d

WOLKMER, Antonio C. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.



## **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917

**TEXTO VIGENTE**

**Última reforma publicada DOF 24-08-2009**

El C. Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, con esta fecha se ha servido dirigirme el siguiente decreto:

**VENUSTIANO CARRANZA**, Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, hago saber:

Que el Congreso Constituyente reunido en esta ciudad el 1o. de diciembre de 1916, en virtud del decreto de convocatoria de 19 de septiembre del mismo año, expedido por la Primera Jefatura, de conformidad con lo prevenido en el artículo 4o. de las modificaciones que el 14 del citado mes se hicieron al decreto de 12 de diciembre de 1914, dado en la H. Veracruz, adicionando el Plan de Guadalupe, de 26 de marzo de 1913, ha tenido a bien expedir la siguiente:

### **CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE REFORMA LA DE 5 DE FEBRERO DE 1857**

#### **Título Primero**

#### **Capítulo I**

#### **De las Garantías Individuales**

**Artículo 1o.** En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

**Artículo 2o.** La Nación Mexicana es única e indivisible.

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

**Artículo 4o.** (Se deroga el párrafo primero)

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

**Artículo 18.** Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

**Artículo 115.** Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes:

Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.



## **PREAMBULO**

El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:

### **CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA TITULO I DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES**

ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

ARTICULO 7o. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

ARTICULO 8o. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

ARTICULO 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

ARTICULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de

la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

ARTICULO 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión.

Las integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural

ARTICULO 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

ARTICULO 72. El patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

La ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica.

ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

# NOVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE BOLÍVIA

## CONGRESSO NACIONAL

OCTUBRE DE 2008

### PREÁMBULO

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

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

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

### PRIMERA PARTE BASES FUNDAMENTALES DEL ESTADO DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS TÍTULO I BASES FUNDAMENTALES DEL ESTADO CAPÍTULO PRIMERO MODELO DE ESTADO

**Artículo 1.** Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

**Artículo 2.** Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

**Artículo 3.** La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

**TÍTULO III**  
**ÓRGANO JUDICIAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL**  
**CAPÍTULO PRIMERO**  
**DISPOSICIONES GENERALES**

**Artículo 178.** I La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

II Constituyen garantías de la independencia judicial:

1. El desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial
2. La autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.

**Artículo 179.** I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.

III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

**Artículo 202.** Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:

3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas

**TERCERA PARTE**  
**ESTRUCTURA Y ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO**  
**TÍTULO I**  
**ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DEL ESTADO**

**Artículo 269**

I. Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos.

II. La creación, modificación y delimitación de las unidades territoriales se hará por voluntad democrática de sus habitantes, de acuerdo a las condiciones establecidas en la Constitución y la ley.

III. Las regiones formarán parte de la organización territorial, en los términos y las condiciones que determinen la ley.



**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

**PREÂMBULO**

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

**TÍTULO II**

**Dos Direitos e Garantias Fundamentais**

**CAPÍTULO I**

**DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**CAPÍTULO VIII**

**DOS ÍNDIOS**

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua 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.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fê.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

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