

CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO, CULTURAS INDÍGENAS E ADMINISTRAÇÃO DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONALISMO DE LATINOAMERICA, CULTURAS INDÍGENAS Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Manuel Munhoz Caleiro¹

Carla Vladiane Alves Leite²

RESUMO: O presente trabalho faz uma breve análise dos mais recentes textos constitucionais da América Latina, em especial no que se refere como tais textos reconhecem a diversidade social verificada nos países latinoamericanos, assim como tais textos constitucionais e as ordens normativas infraconstitucionais tratam as formas tradicionais de administração de justiça por povos indígenas. Foram feitas considerações iniciais sobre o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na América Latina, para posteriormente, seguindo a classificação adotada para o presente trabalho, tecer considerações acerca do constitucionalismo liberal e de submissão indígena e do constitucionalismo pluralista, que por sua vez se subdivide em constitucionalismo multicultural, constitucionalismo pluricultural e constitucionalismo plurinacional.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo latino-americano; povos indígenas; administração de justiça.

RESÚMEN: *En este trabajo se hace una breve análisis de los más recientes constituciones de Latinoamérica, en particular en relación con este tipo de textos*

¹ Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Advogado. E-mail: manuelcaleiro@gmail.com.

² Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA) com bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES). Especialista em Direito Penal e Processo pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA-AM). E-mail: carla_vladiane@hotmail.com / cv_advocacia@hotmail.com.

reconocen la diversidad social observada en los países del continente, como las constituciones y órdenes normativas tratan las formas tradicionales de la administración justicia para los pueblos indígenas. Consideraciones iniciales sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina, fueron posteriormente hicieron, siguiendo la clasificación adoptada para el presente trabajo, algunas consideraciones sobre el constitucionalismo liberal y la sumisión indígena y el constitucionalismo pluralista, que a su vez se subdivide en constitucionalismo multicultural, constitucionalismo multicultural y constitucionalismo multinacional.

PALABRAS CLAVE: *constitucionalismo latino-americano; pueblos indígenas; administración de justicia.*

INTRODUÇÃO

Considerando que são as sociedades que produzem suas próprias normas, podemos concluir que para as diferentes sociedades há um direito próprio, diverso do estatal, aplicável no âmbito de cada um dos povos indígenas originários latinoamericanos. No Brasil, tal reconhecimento é menos expressivo se comparado a outros países da América Latina, pois, conforme aponta Dantas (2003, p. 491), somente com a Constituição Federal de 1988 houve a ruptura do paradigma de integração dos povos indígenas com a sociedade nacional, conforme será oportunamente exposto.

Na América Latina é possível observar uma nova forma de constitucionalismo, que, conforme Boaventura de Sousa Santos, consistiria em

la voluntad constituyente de las clases populares en las últimas décadas en el Continente se manifiesta a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales e colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). (SANTOS, 2010, p.97)

Depois de mais de quinhentos anos de subordinação e resistência, inicialmente frente aos países colonizadores e posteriormente frente aos estados nacionais criados no continente latinoamericano, os povos indígenas deste continente vêm ganhando

evidência no campo político e, por conseqüência, no campo jurídico. O reconhecimento de que são povos culturalmente diferenciados, e que procuram permanecer como tal, vem sendo trazido para o campo jurídico, eis que muitas de suas aspirações têm encontrado espaço em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais dos estados modernos latinoamericanos.

Quase todos os processos constituintes latinoamericanos recentes reconheceram os povos indígenas e seus direitos, com maior ou menor extensão. Cabe o questionamento de qual a razão de isto ocorrer somente após cinco séculos? Neste ponto, caberia traçar um paralelo entre o pensamento de Bartolomé de Las Casas e o Estado liberal, conforme salienta Marés (1996, p. 15). Las Casas, assim como a tradição liberal, acreditava na liberdade e no direito natural como princípios universais. Todavia, Las Casas defendia que a liberdade e o direito natural se realizavam de acordo com os hábitos, costumes e tradições de cada povo. Por sua vez, a concepção de estado liberal tinha que cada povo estaria sujeito a um conjunto impessoal de regras e leis impostas pelo Estado.

O que se observa é que movimentos indígenas latinoamericanos buscam a observância de seu direito à auto-determinação, com o repúdio da tutela estatal sobre seus interesses, da colonialidade e de outras formas de submissão a outros povos, sendo que as disposições constitucionais que serão a seguir abordadas demonstram a alteração de políticas assimilacionistas e integracionistas para as de convivência intercultural. Segundo Marés (1996, p. 17), “*esto quiere decir que los indios vienen adquiriendo el ‘extraño’ derecho de continuar siendo indios, después de quinientos años de integración forzada*”, e justo seria elaborar seu direito próprio, pois,

en la dirección del pensamiento de Las Casas, tal vez pudéramos decir para estatutos jurídicos modernos, desprovistos del derecho natural, y de la teología que, la universalidad de los derechos consiste exactamente en que cada pueblo construye sus propios derechos, de acuerdo con sus hábitos, costumbres y tradiciones, Esto quiere decir que no existen derechos universales, pero que existe un derecho universal, el de que cada pueblo elabore sus derechos con la única limitación de no violar los derechos de los pueblos. (MARÉS, 1996, p. 17).

Como este “estranho” direito vem sendo estudado e desenvolvido através do pluralismo jurídico como modelo referencial de concepção do Direito, faremos uma abordagem de como ele, em maior ou menor grau, vem sendo tratado nas mais recentes constituições latinoamericanas.

Ao abordar as políticas indigenistas em nações colonizadas, Raquel Yrigoyen Fajardo (2013, p. 3) aponta para a existência de alguns momentos distintos, cujas características são capazes de identificá-los com alguma similitude, sendo que novamente fazemos a ressalva de que não podemos qualificar este desenvolvimento de forma linear, sem ressaltar flexões e inflexões decorrentes de diferentes tempos e espaço. É preciso considerar que

o movimento de construção de um novo constitucionalismo na América Latina, como expressão de uma luta ampla de negação dos efeitos perversos do direito moderno no continente, não caminhou em uma única direção e não se deu de uma vez. Ele ainda está em desenvolvimento, experimentando diferentes soluções e sobre o qual incidem abordagens diversas. (TÁRREGA, 2013, p. 4).

Todavia, feita esta ressalva, seguiremos as fontes consultadas com fins metodológicos, como forma de observar um crescente movimento de resistência dos povos indígenas latino-americanos, movimento este que se refletiu no tratamento constitucional dos Estados modernos para a questão indígena.

Primeiramente, a partir do século XVI, haveria um projeto de ocupação territorial e de submissão das nações originárias latinoamericanas, o que foi implementado através de uma ocupação político-militar, e resultaria no rompimento das estruturas sociais então existentes neste continente.

Em seguida, até o século XIX, continuou essa ocupação territorial, com a imposição dos países colonizadores de suas normas coloniais sobre o direito originário dos povos que aqui se encontravam. Segundo a autora,

los indígenas fueron reducidos en pueblos de indios, y sujetos a cargas coloniales (tributo, trabajo forzoso, penas especiales), bajo régimen legal diferenciado. La Corona establecía protección de sus tierras, frente a los colonos. Dentro de los pueblos de indios regía un sistema de gobierno indirecto, dado que el Derecho Indiano permitía la existencia de autoridades indígenas (curacas y alcaldes), y pluralismo legal subordinado, esto es, el fuero indígena y la aplicación de sus “usos y costumbres” -en tanto no contradijeran la religión o las leyes-. Según las Leyes de Indias, los alcaldes de pueblos de indios así como los curacas o caciques tenían jurisdicción civil y criminal, pero sólo para pleitos entre indios en casos que no ameritaban pena grave. (YRIGOYEN FAJARDO, 2013, p. 4).

Em momento seguinte, entre os séculos XIX e XX, com o fim da colonização e os processos de independência dos países latinoamericanos, observou-se o aumento das já existentes políticas integracionistas, que buscavam integrar os povos originários à

sociedade hegemônica que se instalou nos países latinoamericanos, tornando-os cidadãos conforme o conceito liberal, diminuindo o caráter coletivo de suas terras, autoridades, seus foros, usos, costumes, idiomas etc..

Adiante, mais precisamente no século XX, tal projeto assimilacionista sofre uma leve alteração, reconhecendo direitos coletivos e especificidades das culturas indígenas, mas sem renunciar ao modelo moderno de Estado-nação e ao monismo legal. Observa-se, portanto, uma concessão estatal, mas que busca tão somente reafirmar as estruturas de colonialidade existentes no continente latinoamericano.

Por fim, a autora indica o surgimento, no final do século XX, de um horizonte pluralista, em virtude de reformas constitucionais e a ratificação do Convênio 168, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o reconhecimento formal do caráter multicultural dos Estados latinoamericanos, dos povos indígenas e do pluralismo jurídico.

Refletindo nos textos constitucionais, as políticas indigenistas das nações colonizadas acima indicadas produziram historicamente, segundo Yrigoyen Fajardo (2013, p. 4), modelos constitucionais diversos. Referindo-se à revisão de como as constituições latinoamericanas trataram a questão indígena, realizada por Bartolomé Clavero (20013), é possível elencar os modelos constitucionais de constitucionalismo liberal e de submissão indígena, que se subdividiriam em modelo segregacionista colonial de tutela das nações indígenas, modelo propriamente liberal-assimilacionista e modelo constitucional missionário-civilizador; constitucionalismo social do século XX e o indigenismo integracionista, e; constitucionalismo pluralista do final do século XX, a seguir abordados.

Passamos, agora, a abordar brevemente a forma com que as mais recentes constituições dos Estados latinoamericanos reconheceram as culturas indígenas, assim como faremos breves comentários acerca dos processos constituintes e regramento constitucional e infra-constitucional acerca do reconhecimento da justiça indígena, de acordo com a classificação acima indicada. Compreendemos que não é o mais adequado tratar de forma linear constituições distintas, que decorreram de processos constitucionais e contextos sociais também distintos, mas o faremos desta forma para tentar traçar uma linha de desenvolvimento acerca do crescente reconhecimento dos direitos indígenas nos países latinoamericanos.

1 CONSTITUCIONALISMO LIBERAL E DE SUBMISSÃO INDÍGENA

Tal modelo de constitucionalismo objetivaria a subjugação dos povos indígenas, visando à expropriação de seus territórios, submissão política e anulação cultural, o que é possível verificar pela classificação de Yrigoyen Fajardo (2013, p. 15) sob três formas distintas, a segregacionista colonial de tutela das nações indígenas, a propriamente liberal-assimilacionista e a constitucional missionário-civilizador, a seguir brevemente analisadas.

Sobre o modelo a segregacionista colonial de tutela das nações indígenas, é necessário se reconhecer que a primeira constituição das Américas a ter algum tratamento com os povos originários foi a estadunidense, de 1787. O texto constitucional possui referências destinadas à domesticação das nações indígenas, com quem a coroa inglesa já havia firmado tratados como os que firmava com outras nações estrangeiras. Verifica-se, portanto, que, em detrimento do tratamento anterior dado pelos colonizadores ingleses, de reconhecer os povos indígenas como povos com autodeterminação e autonomia política e territorial, houve uma alteração neste trato, no intuito de domesticar nações indígenas autônomas e submetê-las ao Congresso Federal, incorporando seus territórios ao poder central.

A principal característica desta constituição no que se refere ao tratamento da questão indígena é o reconhecimento dos povos como nações domésticas e não como nações externas, o que possibilitava o embate sem que fossem observadas as normas de guerra, então aplicadas a nações externas, além de haver a suspensão constitucional de cidadania para os indígenas não-tributados.

O modelo propriamente liberal-assimilacionista é inicialmente observado na primeira constituição hispanoamericana do continente, qual seja, a constituição venezuelana de 1811. Segundo Raquel Yrigoyen Fajardo, é possível observar que esse modelo liberal-assimilacionista

busca dar fin al régimen diferenciado y al remanente de autoridad colectiva indígena que el sistema de gobierno indirecto y pluralismo subordinado de la Colonia permitían. En el marco de la ideología individualista liberal los estados republicanos proscriben las comunidades indígenas y toda forma corporativa. (YRIGOYEN FAJARDO, 2013, p. 15).

Para tanto, procurou-se assimilar os povos indígenas como cidadãos que estariam submetidos a uma mesma lei nacional, o que desconstruiria suas identidades coletivas e os colocaria no papel de indivíduos subordinados a um Estado, propiciando a

dissolução de elementos e existência coletiva, política e cultural, com o fim de prevenir possíveis levantes contra o poder estatal.

As três formas de constitucionalismo liberal e de submissão indígena brevemente analisadas demonstram três modelos distintos de submissão dos povos indígenas, que ocorreram nos países andinos e latino-americanos, em geral, durante os séculos XIX e XX (YRIGOYEN FAJARDO, 2013, p. 13), de forma mista ou sucessiva, de acordo com os contextos sociais e políticos dos recém formados estados nacionais latinoamericanos e de suas relações com os povos indígenas originários.

Com a Constituição mexicana de 1917, inicia-se na América Latina uma nova fase no constitucionalismo, denominado constitucionalismo social, onde haveria o reconhecimento e a introdução de direitos sociais e coletivos nas cartas constitucionais, sendo que estes necessitam de uma atuação estatal para sua efetivação. Ainda que não se trate de uma ruptura com o estado liberal, o constitucionalismo social supera o abstencionismo liberal através da implementação de políticas para a garantia de direitos como saúde, educação e trabalho. Esta nova concepção estatal assume uma tutela sobre setores vulneráveis da população, assim como reconhece coletividades, ao invés de focar o direito somente no indivíduo, conforme o pensamento liberal. Verifica-se que o Estado começa a intervir nos direitos individuais, o que resulta em um avanço do espaço público sobre o privado, com limitações administrativas ao direito de propriedade e criação da função social desta.

Aqui, historicamente, se inicia o reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas, direitos esses que até então se encontravam invisibilizados pela estrutura liberal individualista do Estado moderno liberal e do Direito que ele produzia.

A conjuntura dos fatores acima, quais sejam, de atuação estatal para a garantia de direitos sociais e o reconhecimento de direitos coletivos de povos indígenas, constituiu-se em elementos que acarretaram o início de políticas integracionistas com os povos indígenas.

Manuel Marzal (1986, p. 87) entende o integracionismo como “*proyecto político, busca superar la negación del indígena del modelo asimilacionista y reconoce ciertas especificidades indígenas con el objetivo político de integrar a los indígenas al Estado y el mercado*”. Portanto, ainda que reconhecidos os direitos coletivos de povos indígenas por esta forma de Estado, a política integracionista do constitucionalismo social não reconhece esses grupos como detentores de tais direitos, desrespeitando, assim, a diversidade cultural latinoamericana.

Portanto, temos que

el constitucionalismo social define el “problema indígena” como un asunto de marginalidad socio-económica producida por la concentración de la tierra por la Oligarquía, la servidumbre indígena y la falta de desarrollo agrícola. Los derechos sociales y colectivos que introduce el constitucionalismo social buscan cambiar la situación de los indígenas a los que en el siglo precedente se les aplicara el modelo liberal individualista de disolución de sus entidades jurídicas colectivas, tierras, idiomas, costumbres, autoridades. (YRIGOYEN FAJARDO, 2013, p. 14).

A forma de constitucionalismo social reconhece direitos específicos para indígenas na América Latina, ao mesmo tempo que abre espaço a políticas públicas integracionistas. Ainda que o constitucionalismo social admita entidades e direitos coletivos de povos indígenas, demonstrando uma superação do liberalismo individualista, não faz concessões a respeito da identidade que há entre Estado e Direito, pois reforça a regulação estatal do mundo indígena. Uma característica que comprova tal regulação é a assunção de sistemas normativos de povos indígenas como costumes, sendo estes considerados apenas como fontes secundárias ao direito estatal e ferramenta de integração da norma jurídica para o paradigma positivista que então se verificava, conforme anteriormente abordado no presente trabalho.

Em 1953, surge a Convenção 107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cuja simples leitura de seu preâmbulo e dos primeiros artigos demonstra o caráter integracionista dos Estados modernos com os povos indígenas, então vigente.

A redação do preâmbulo é clara no sentido de que deveria haver uma integração dos povos indígenas com as sociedades nacionais,

Depois de ter decidido aprovar diversas propostas relativas à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, questão que constitui o sexto item da ordem do dia da sessão. (grifos nossos)

Ainda no preâmbulo do referido convênio temos que

Considerando que há nos diversos países independentes populações indígenas e outras populações tribais e semitribais que não se acham ainda integradas na comunidade nacional e que sua situação social, econômica e cultural lhes impede de se beneficiar plenamente dos direitos e vantagens de que gozam os outros elementos da população. (grifos nossos)

E mais

Considerando que a aprovação de normas internacionais de caráter geral sobre o assunto será de modo a facilitar as providências indispensáveis para assegurar a proteção das populações em jogo, sua *integração* progressiva nas respectivas comunidades nacionais e a melhoria de suas condições de vida ou de trabalho. (grifos nossos)

Embora os exemplos acima transcritos sejam esclarecedores acerca da concepção dos Estados e da comunidade internacional no que se refere ao tratamento aos povos indígenas, é interessante notar que os destaques acima se encontram apenas no preâmbulo do referido documento, sendo que mesmo na superficial leitura dos 37 artigos é possível verificar mais 7 (sete) vezes o uso da palavra “*integração*”.

Pela concepção do constitucionalismo social, foram reconhecidos os sujeitos coletivos indígenas; todavia, um reconhecimento como grupos étnicos diferenciados e não propriamente como povos, que deveriam permanecer sob a vigência de leis estatais, ainda que de tratamento diferenciado, o que somente começa a ser rompido com o constitucionalismo pluralista do final do século XX.

2 CONSTITUCIONALISMO PLURALISTA

A análise do constitucionalismo pluralista traz em si também uma abordagem de como o pluralismo jurídico foi reconhecido pelas constituições dos Estados modernos latino-americanos, a ponto de ele ser considerado como fundamento de alguns Estados, conforme será explanado adiante.

O estudo de tais constituições pluralistas e deste novo constitucionalismo observado na América Latina vem acarretando a formação de um movimento acadêmico que busca estudar a reconfiguração do Estado a partir do reconhecimento de características pluriculturais. Conforme apontado por Brandão (2013), o movimento ainda se encontra em formação e não possui denominação unânime, é chamado de

I) Novo Constitucionalismo Latino Americano (Viciano e Dalmau, 2010; 2011; 2011b; Dalmau 2008); II) Constitucionalismo Mestiço (Baldi, 2009); III) Constitucionalismo Andino (Wolkmer, 2010); IV) Neoconstitucionalismo Transformador (Santamaria, 2011); V) Constitucionalismo do Sul (Pissarelo, 2008); VI) Constitucionalismo Pluralista (Fajardo, 2011); VII) Constitucionalismo Experimental ou Constitucionalismo Transformador (Sousa Santos, 2010c) VIII) Constitucionalismo Plurinacional e Democracia consensual plural do novo Constitucionalismo Latino-Americano (Magalhães, 2011) ou Novo Constitucionalismo Indo-afro-latinoamericano (Magalhães, 2010); IX)

Constitucionalismo Pluralista Intercultural (Wolkmer, 2010, p. 154); X) Constitucionalismo Indígena (Clavero, 2011); XI) Constitucionalismo Plurinacional Comunitário (Chivi Vargas, 2009); XII) O Novo Constitucionalismo Indigenista (Ramirez, 2009) e XIII) Constitucionalismo da Diversidade (Uprimmy, 2011).

Dentro do “horizonte pluralista” apontado por Raquel Yrigoyen Fajardo (2013, p. 15), César Baldi indica a existência de três ciclos de reformas nas configurações das estruturas culturais dos Estados modernos latino-americanos. O primeiro, que o autor denomina constitucionalismo multicultural,

introduz o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural da sociedade e alguns direitos específicos para indígenas. Canadá (1982), por exemplo, reconhece sua herança multicultural e os “direitos aborígenes”. Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e Brasil (1988) reconhecem a “conformação multicultural da nação ou Estado, o direito à identidade cultural e novos direitos indígenas”. Guatemala, com o discurso do multiculturalismo, mas integracionista; Nicarágua, reconhecendo o caráter multicultural da nação, em perspectiva étnica; e Brasil, com dois artigos incorporando os direitos indígenas. (BALDI, 2012, p. 85).

Neste primeiro ciclo verifica-se o reconhecimento do caráter multicultural dos Estados modernos latinoamericanos, com a situação de convivência de grupos diferenciados culturalmente sob um mesmo território nacional.

O segundo ciclo indicado pelo autor, denominado constitucionalismo pluricultural,

marca a adoção da Convenção 169-OIT, que revisa a anterior Convenção 167 (assimilacionista) e reconhece um amplo leque de direitos indígenas (língua, educação bilíngue, terras, consulta, formas de participação, jurisdição indígena, etc). A jurisdição indígena é reconhecida na Constituição colombiana de 1991 e depois pelo Peru (1993), Bolívia (1994-2003), Equador (1998) e Venezuela (1999); Paraguai (1992) e México (1992-2001), por sua vez, reconhecem pluralismo jurídico e direito indígena. Argentina altera, em 1994, o texto original da Constituição de 1853, admitindo a preexistência de direitos indígenas e direitos específicos. (BALDI, 2012, p. 87).

Neste segundo ciclo há a superação do monismo estatal, com o reconhecimento de sistemas normativos de povos originários e a justiça indígena, objeto do presente trabalho. Ainda conforme o autor, houve a necessidade de revisão de inúmeras leis incompatíveis com os novos parâmetros constitucionais, o que acarretou inúmeros conflitos e disputas judiciais (BALDI, 2012, p. 83).

Por fim, haveria um terceiro ciclo, que o autor denomina constitucionalismo plurinacional, e poderia ser observado principalmente nas Constituições da Bolívia e do Equador

no contexto da discussão final da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007) e, pois, da refundação do Estado, do reconhecimento de indígenas como nações originárias e nacionalidades e, portanto, como “sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu próprio destino, governar-se em autonomias e participar nos novos pactos de Estado”. (BALDI, 2012, p. 85).

Por este terceiro ciclo, notadamente em contemporânea construção, haveria o rompimento com a idéia do Estado nacional moderno, com o reconhecimento constitucional da formação plurinacional dos Estados, e dos povos indígenas originários como nações.

Será em seguida abordado brevemente como houve o reconhecimento das culturas e da justiça indígena nos textos constitucionais e infra-constitucionais dos países latino-americanos.

2.1 CONSTITUCIONALISMO MULTICULTURAL

Pela leitura da Constituição da Guatemala, de 1985, é possível verificar o reconhecimento constitucional de características multiétnicas e multiculturais, que decorrem da redação de artigos que fazem referências a grupos étnicos, entre os quais figuram os povos indígenas. Sobre a identidade cultural, há previsão constitucional no artigo 58 de que “*se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres*”.

A previsão deste direito à identidade cultural se desdobra em uma série de direitos étnicos, concentrados em sua maior parte na seção específica às comunidades indígenas. Todavia, a simples previsão de tal direito não é capaz de fundamentar o efetivo respeito à identidade cultural, visto que os indígenas guatemaltecos sofrem reiteradas repressões, conforme aponta Mallol (2002, p. 143).

Após esse reconhecimento de identidades culturais, a constituição guatemalteca prevê uma seção própria para tratar das comunidades indígenas, sendo que o artigo 66 determina que

Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradición es, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

Pelo que se verifica do discurso constitucional, reconhecido é o caráter pluriétnico do povo guatemalteco, com o reconhecimento, respeito e promoção do multiculturalismo. Todavia, os elementos dos direitos dos povos indígenas constantes no texto constitucional não são o bastante para que efetivamente os direitos dos povos originários sejam respeitados, eis que não há, por exemplo, uma lei específica que regulamenta a aplicação das matérias constitucionais referentes a indígenas, conforme determina o artigo 70 da referida constituição. Verifica-se, portanto, o discurso de respeito e valorização do multiculturalismo, mas com inércias do poder estatal para a sua observância prática (WILLEMSEN, 1996, p. 45), podendo ainda ser observadas políticas assimilacionistas no que se refere aos povos indígenas (BALDI, 2012, p. 79), a despeito do reconhecimento do multiculturalismo que o texto constitucional prevê.

Ainda que reconhecido o multiculturalismo da Guatemala, em se tratando de administração de justiça, o ordenamento jurídico guatemalteco reserva para o poder estatal a função jurisdicional, sendo que o texto constitucional prevê em seu artigo 203 que “*la función jurisdiccional se ejerce con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca*”, não havendo lei que regulamente ou estabeleça o reconhecimento da justiça indígena, mas apenas os Juizados de Paz Comunitários FLORES, 2002, p. 280), que são criados e nomeados pela Corte Suprema guatemalteca, e podem ser gerados no âmbito dos povos indígenas, demonstrando um caráter hegemônico do poder estatal sobre os povos indígenas, em especial em sua administração de justiça.

A Constituição Política da República da Nicarágua, de 1987, também reconhece o caráter multicultural do Estado, com perspectivas étnicas (BALDI, 2012, p. 80), sendo que o artigo 8º reconhece que “*El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana*”.

Pela redação do artigo 5º, temos que

El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y

disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución.

Apenas pela primeira leitura de tal dispositivo constitucional verifica-se a posição hegemônica do direito estatal ante os povos indígenas, eis que tudo o que o referido artigo reconhece, deverá estar de conformidade com a lei. Todavia, reconhecida é a autonomia das comunidades da Costa Atlântica. Tais comunidades são originárias do país, e possuem uma autonomia territorial e política em relação ao estado nicaraguense. O texto constitucional ainda prevê um capítulo próprio para tratar de tais comunidades, dos artigos 89 a 91, com a seguinte redação:

Artículo 89 - Las Comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones. Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

Artículo 90 - Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen derecho a la libre expresión y preservación de sus lenguas, arte y cultura. El desarrollo de su cultura y sus valores enriquece la cultura nacional. El Estado creará programas especiales para el ejercicio de estos derechos.

Artículo 91 - El Estado tiene la obligación de dictar leyes destinadas a promover acciones que aseguren que ningún nicaragüense sea objeto de discriminación por razón de su lengua, cultura y origen.

Além do capítulo acima transcrito, o texto constitucional nicaraguense reconhece em outro capítulo que

Artículo 180 - Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales. El Estado garantiza a esta comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y representantes. Asimismo garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres.

Artículo 181 - El Estado organizará, por medio de una ley, el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, la que deberá contener, entre otras normas las atribuciones de sus órganos de gobierno, su relación con el Poder Ejecutivo y Legislativo y con los municipios, y el ejercicio de sus derechos. Dicha ley, para su aprobación y reforma, requerirá de la mayoría establecida para la reforma a las leyes constitucionales.

Las concesiones y los contratos de explotación racional de los recursos naturales que otorga el Estado en las regiones autónomas de la Costa Atlántica, deberán contar con la aprobación del Consejo Regional Autónomo correspondiente.

Los miembros de los consejo regionales autónomos de la Costa Atlántica podrán perder su condición por las causas y los procedimientos que establezca la ley.

Dentre os textos constitucionais latino-americanos, o nicaraguense de 1987 foi o primeiro a reconhecer autonomia a povos indígenas originários. Embora o conceito de autonomia não seja unânime, podemos considerá-lo como

el reconocimiento de su capacidad de autogobernarse, decidir sus formas de convivencia y de organización social, económica, política y cultural; elegir sus autoridades y sus formas de gobierno de acuerdo con su tradición; para ejercer el derecho de aplicar sus sistemas normativos en la solución de conflictos internos. La aplicación de derechos liberales pero desde el colectivo de iguales distinto al colectivo estatal mayoritario. (MUÑOZ, 2006, p.95)

No que se refere à administração de justiça por povos indígenas, pelo fato de a Nicarágua possuir povos constitucionalmente dotados de autonomia, inclusive para a solução de conflitos externos, conforme excerto acima, resta claro o reconhecimento da justiça indígena. Todavia, também por disposição constitucional no artigo 164, temos que cabe à Corte Suprema do país, segundo Muñoz (2006, p. 95), “*Conocer y resolver los conflictos de constitucionalidad, entre el gobierno central y los gobiernos municipales y de las regiones autónomas de la Costa Atlántica*”. Isso denota uma submissão dos sistemas jurídicos indígenas ao sistema estatal, eis que nele não se verifica a presença de magistrados ou representantes indígenas, como é o caso do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, abordado mais adiante.

Em se tratando do Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, era possível observar na ordem constitucional e jurídica estatal brasileira características paternalistas e assimilacionistas da relação entre Estado e indígenas, o que somente foi constitucionalmente rompido em 1988. A referida carta é marco que demonstra um avanço significativo das normas que devem regular a relação estatal com os índios, pois há o rompimento com o assimilacionismo, e é, assim, reconhecido o direito de ser índio e manter-se como tal. Pela primeira vez há, na ordem jurídica brasileira, o reconhecimento da existência de direitos coletivos e de organização social indígena, conforme aponta Marés (1996, p. 43).

Segundo o artigo 231 da Constituição Federal, temos que

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.

Diante desta nova perspectiva, toda a legislação anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 deve ser revista, interpretando-se as anteriores normas à luz da norma constitucional. Quando as normas infraconstitucionais, reinterpretadas sob a ótica constitucional, forem com esta conflitantes, devem ser consideradas revogadas tacitamente. É o caso de algumas disposições do Estatuto do Índio, como, por exemplo, o seu artigo 1º, que determina que “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e *integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional*” (grifos nossos). Claramente, sem maiores elucubrações, esta característica integracionista deve ser tida como não recepcionada pelo texto constitucional.

No que se refere ao reconhecimento da justiça indígena no Brasil, entendemos que o texto constitucional brasileiro oferece os fundamentos necessários, notadamente o *caput* do artigo 231, da Constituição Federal de 1988, pois a solução de conflitos é expressão cultural de sua organização social. Ademais, o Estatuto do Índio, em seu artigo 57, determina que

Será tolerada a 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.

Acerca dos limites impostos pela lei para a aplicação de penas na Justiça Indígena, trataremos desta questão em capítulo próprio, quando da análise da determinação constante na Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, a seguir também analisada, de a justiça indígena ser reconhecida mas com a determinação de observância dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos e os direitos fundamentais constantes na Constituição Federal.

Embora os fundamentos acima indicados no ordenamento jurídico brasileiro sejam suficientes para fundamentar legalmente o reconhecimento da Justiça Indígena, verifica-se que eles não são amplamente difundidos e estudados, o que certamente nos levou à resposta negativa por instinto, de que tratamos na introdução do presente trabalho. Todavia, nos consolamos pela afirmação de que se trata de uma primeira resposta que seria geralmente dada pelos juristas pátrios, uma vez que

La primera respuesta que cualquier juez o jurista brasileño dará a la pregunta sobre la jurisdicción indígena, será que el Derecho Brasileño no admite la idea de que los indios apliquen en su territorio sus propias normas jurídicas y juzguen los eventuales litigios según su propia autonomía. (MARÉS, 1996, p.51).

Ainda que havendo fundamento normativo para o reconhecimento da Justiça Indígena no país, observa-se que esta não é observada dentro do Poder Judiciário estatal, que tem a tendência de reduzir ainda mais esses direitos e intervir para a propriedade privada prevalecer sobre os interesses coletivos dos índios.

2.2 CONSTITUCIONALISMO PLURICULTURAL

O constitucionalismo pluricultural, conforme classificação para fins meramente didáticos acima indicada, se desenvolve na América Latina ao mesmo tempo da aprovação da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1989, que revoga e supera a Convenção 107 da mesma organização, que possuía uma carga extremamente integracionista no que se refere aos povos indígenas.

A Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, reconhece um amplo leque de direitos indígenas, como as línguas indígenas e o direito à educação bilíngüe, o regime comunal de suas terras, o direito à consulta prévia, assim como demais formas de participação e, principalmente para o presente trabalho, a jurisdição indígena. Portanto, ainda que de diferentes formas e graus hierárquicos normativos, os países signatários desta convenção incorporam em seus ordenamentos jurídicos o reconhecimento dos direitos indígenas nela constantes.

Os países latino-americanos signatários da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, são Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela. Portanto, incorpora-se o que for tratado acerca da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, ao tratamento dado por este trabalho aos ordenamentos jurídicos de tais países.

No plano interno desses países signatários, a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, deverá ser tida como um novo marco normativo de respeito e observância aos direitos dos povos indígenas e, por sua vez, no campo internacional

el Convenio 169 abre las puertas a un nuevo capítulo aún no transitado en el orden jurídico mundial, que es el de las reparaciones históricas por los genocidios cometidos por los países colonialistas, que abarcan también el sometimiento de millones de personas a la esclavitud y su forzado desplazamiento masivo. (ZAFFARONI, 2006, p. 7).

Acerca da Justiça Indígena, a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, a reconhece de forma expressa em matéria penal em seu artigo 9º, que possui a seguinte redação

1. Desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros deverão ser respeitados.

2. Os costumes desses povos, sobre matérias penais, deverão ser levados em consideração pelas autoridades e tribunais no processo de julgarem esses casos.

Ainda que não objeto do presente trabalho, questionável é a necessidade das jurisdições indígenas observarem a compatibilidade entre as penas impostas e o sistema jurídico nacional, assim como os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, pois pode-se entender que esta é uma construção ocidental e que não pode ser simples e hegemonicamente imposta aos povos originários latinoamericanos.

A Constituição Política da Colômbia, de 1991, incorporando os princípios e postulados da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (BARÓN, 1996, p. 70), reconhece o caráter pluriétnico do povo colombiano, assim como faz várias menções a direitos indígenas ao longo de toda sua redação, sendo que logo em seu artigo 7º consta o princípio fundamental do Estado Colombiano de que “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”.³

No que se refere à justiça indígena, o texto constitucional colombiano possui um capítulo denominado “*De Las Jurisdicciones Especiales*”; dentre elas se encontra a Justiça Indígena, reconhecida pelo artigo 246, que determina textualmente que

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

³ COLÔMBIA. Constituição Política da Colômbia. Disponível em <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>>. Acesso em: 3 nov. 2013.

Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Assim como em textos constitucionais anteriormente indicados, e em consonância com a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, o texto constitucional colombiano condiciona hierarquicamente a justiça indígena naquele país às normas estatais. Tal submissão foi objeto de apreciação pela Corte Suprema do país, oportunidade em que a Corte se manifestou, na Sentença T-254/94, no sentido de que

La creación de una jurisdicción especial indígena como la indicada en el artículo 246 de la Constitución plantea el problema de determinar cuál es la jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuentes de derecho. En efecto, la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley.

Portanto, é reconhecida a justiça indígena na Colômbia, mas condicionada ao ordenamento jurídico estatal, mais especificamente à Constituição e à lei, conforme interpretação da Suprema Corte.

A constituição peruana, de 1993, também influenciada pela Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho (AGUIRRE, 1996, p. 211), ao arrolar os direitos fundamentais da pessoa, estabelece em seu artigo 2º que “*Toda persona tiene derecho (...) A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación*”.

No que se refere à Justiça Indígena, a constituição a reconhece em seu artigo 149, intitulado “*Ejercicio de la función jurisdiccional por las comunidades campesinas y nativas*”, cuja redação determina que

Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Novamente se observa a submissão dos sistemas jurídicos indígenas ao sistema estatal, com a determinação de que a Justiça Indígena não poderá violar os direitos fundamentais da pessoa, em consonância com a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho.

A Constituição Venezuelana, de 1999, possui um capítulo denominado “*De los Derechos de los pueblos indígenas*”, que reconhece uma série de direitos aos povos indígenas, no mesmo sentido da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, e dos últimos textos constitucionais acima abordados. Acerca da cultura diferenciada de tais povos, o texto constitucional prevê em seu artigo 121 que

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas.

Acerca da Justiça Indígena, o artigo 260 do texto constitucional estabelece que

Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Assim como os demais textos constitucionais, há a determinação de que a Justiça Indígena não poderá violar a Constituição, as leis e a ordem pública, em consonância com a Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho.

A lei de coordenação da Justiça Indígena com o sistema judicial nacional, mencionada no artigo acima transcrito, determina, dentre outras coisas, a sua competência territorial, pessoal e material, além de conflitos de jurisdição com a Justiça Estatal e o tratamento diferenciado que deverá ser dado a indígenas quando estes litigarem perante as vias estatais.

2.3 CONSTITUCIONALISMO PLURINACIONAL

Conforme a classificação ora adotada, para fins didáticos, é possível observar que os mais recentes processos constituintes do Equador e da Bolívia mantêm em seu âmago um maior desenvolvimento do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas e, por conseqüência, da Justiça Indígena. Haveria nesses processos constituintes um possível início de ruptura com o Estado nacional criado pela modernidade, que foi anteriormente abordado, através do reconhecimento e tratamento dos povos indígenas como nações.

Pode-se dizer que nos processos constituintes acima indicados, do Equador e da Bolívia, houve influência da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, reconhecendo que “os povos indígenas têm direito à auto-determinação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Ademais, o texto da referida declaração determina que

Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Resta claro que, além de serem considerados como povos com direito de autodeterminação, a Justiça Indígena é reconhecida internacionalmente em virtude da referência a “instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais” no excerto acima transcrito. O direito a auto-determinação consiste no reconhecimento de que os povos indígenas podem se identificar como grupos distintos, assim como ter controle sobre seu próprio destino em condições de igualdade com as sociedades não-indígenas que se formaram na América Latina.

A forma plurinacional adotada pelo Estado equatoriano e o boliviano demonstra o reconhecimento dos povos indígenas como verdadeiras nações, sem que todavia rompam com a unidade estatal. Esta é uma readequação do conceito de Estado às particularidades latino-americanas, restando como uma superação ao conceito de Estado moderno, pois

el Estado plurinacional e intercultural no implica necesariamente la secesión sino su transformación estructural. El constitucionalismo plurinacional no puede sino ser profundamente intercultural, puesto que a él le corresponde constituirse en el ámbito de relación igual y respetuosa de distintos pueblos y culturas a efectos de mantener las diferencias legítimas, eliminar o al menos disminuir las ilegítimas y mantener la unidad como garantía de la diversidad. (GRIJALVA, 2008, p. 52)

Por se tratar de processos constituintes extremamente recentes, seus desdobramentos ainda se encontram em construção e discussão, devendo estas serem pautadas pelas novas diretrizes constitucionais de plurinacionalidade.

A Constituição da República do Equador, de 2008, já em seu preâmbulo reconhece as raízes milenárias de seus povos originários, reconhecendo-os como

“herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo”, e, em seu artigo 1º estabelece que *“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”*.

Dentre as formas de reconhecimento de culturas indígenas originárias, certamente inaugura-se um novo patamar na América Latina com a constituição plurinacional equatoriana, pois do mero reconhecimento da existência de culturas indígenas originárias, passa-se a uma elevação delas ao mesmo status da sociedade moderna equatoriana, sem uma submissão jurídica e de nacionalidade, que é conceituada pela referida constituição como *“el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional”*.

Sobre a Justiça Indígena, a Constituição equatoriana prevê expressamente como garantia de defesa a observância pela administração de justiça estatal às punições aplicadas por jurisdições indígenas, para que não haja dupla punição a um mesmo fato, e é clara a redação do artigo 76, inciso 7, alínea i, ao determinar que *“nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”*.

Reserva, ainda, a Constituição equatoriana uma seção específica para a Justiça Indígena, conforme seu artigo 171, abaixo transcrito

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Ainda que superado o conceito de Estado moderno, a Constituição equatoriana repete a limitação constante nos demais textos constitucionais e na Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, ao definir como limite à aplicação da Justiça

Indígena os direitos humanos internacionalmente reconhecidos e os direitos fundamentais nela contidos.

É possível observar no artigo constitucional acima transcrito, uma vinculação da Justiça Indígena aos territórios originários, o que alguns indicam como imprecisão técnica, pois, poderia haver casos em que ela deveria ser observada para a solução de conflitos existentes em territórios de ocupação mista, de indígenas e não-indígenas, em especial na região andina. (GRIJALVA, 2008, p. 52).

A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, também de 2008, decorre de um processo constituinte no qual, segundo o próprio preâmbulo constitucional, houve a refundação do Estado boliviano; considerando o repúdio ao racismo a que os povos originários daquele país foram historicamente submetidos, reconhece a histórica luta do povo boliviano contra a colonização e a pluralidade da formação de seu povo, reconhecendo logo em seu artigo 1º que a

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.

Podemos destacar que o Estado plurinacional boliviano não apenas reconhece o pluralismo jurídico, mas o coloca como fundamento estatal. Dentre os textos constitucionais latino-americanos, o boliviano é o que tem um maior grau de reconhecimento de ordens jurídicas indígenas originárias.

Acerca da Justiça Indígena, a Constituição boliviana prevê em um capítulo próprio, denominado *Jurisdicción Indígena Originaria Campesina*, que possui a seguinte redação

Artículo 190.

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

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

Artículo 191.

I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.

2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.

3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Artículo 192.

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

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

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

A primeira observação que pode se fazer sobre o capítulo acima transcrito é a de que há a determinação de limites para o exercício da Justiça Indígena, sendo que o direito à vida, o direito à defesa e os demais direitos e garantias estão previstos no texto constitucional. Interessante notar que não há referências aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, mas somente aos que foram previstos pelo povo boliviano em sua constituição. Poder-se-ia considerar uma posição hegemônica do ordenamento jurídico estatal como nos demais casos brevemente analisados até o momento, mas uma consideração deve ser feita.

Observamos que o processo constituinte boliviano possui características distintas dos demais verificados nos países latino-americanos. Nota-se houve intensa participação e representação dos movimentos indígenas, que representaram 70% (setenta por cento) dos membros da Assembléia Constituinte. Portanto, é razoável entender que os limites impostos à Justiça Indígena, de observância ao direito à vida e aos demais direitos e garantias previstos no texto constitucional, decorrem de um exercício de auto-determinação dos povos indígenas, pois eles próprios optaram por observar tais limites. Todavia, resta questionar se todos os povos indígenas daquele país foram adequadamente representados no processo constituinte, ante a rica diversidade que o termo “índio” procura ocultar, conforme exposto na introdução deste trabalho.

Outra característica peculiar é a previsão de competências - pessoal, material e territorial - para definir a aplicação da Justiça Indígena, ao contrário do que foi definido

pela Constituição plurinacional equatoriana, que apenas indica o critério territorial para a definição de competência.

Outra peculiaridade é a determinação de que toda pessoa e autoridade pública deverão respeitar as decisões proferidas pela Justiça Indígena, e será colocado à disposição dela o apoio de órgãos estatais. Isso demonstra claramente o mandamento constitucional de ausência de hierarquia entre a Justiça Indígena e a Estatal.

No final do capítulo acima transcrito determina-se a criação de uma *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, que seria o instrumento legal de coordenação entre as esferas jurisdicionais indígenas e as estatais. A referida lei foi criada em 2010 e disciplina, dentre outros assuntos, a igualdade hierárquica entre a justiça indígena e a estatal, o respeito e observância ao pluralismo jurídico, à diversidade cultural e à interpretação intercultural do Direito; incluem-se, ainda, as competências de cada esfera de administração de justiça e a coordenação e cooperação que deve haver entre elas.

Uma crítica que se faz a esta lei é a de que ela, fugindo dos preceitos constitucionais e dos fundamentos plurinacionais do Estado boliviano, determina uma série de matérias que não poderiam ser tratadas pela Justiça Indígena, mas somente pela estatal. Tais exclusões estão previstas no seu artigo 10, a seguir transcrito

El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;

b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;

c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;

d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.

Em breve suma, a lei cria limites para a competência material da Justiça Indígena sem fundamento constitucional para tanto, o que acarreta em sua inconstitucionalidade, que está sendo discutida pela Corte Suprema daquele país. Este entendimento tem se mostrado como unânime dentre aqueles que estudam a nova ordem constitucional boliviana, como segue

Nuestro análisis muestra que estas definiciones normativas constituyen un atentado contra el proyecto de Estado plurinacional. La Ley del Deslinde no es verdaderamente una ley de coordinación, sino de destrucción de la justicia indígena. Estamos convencidos de que esta Ley será declarada inconstitucional. Si no existen otras razones hay, por lo menos, el hecho de haber sido promulgada sin incluir los resultados de la consulta previa realizada, ignorando lo que determinan la Constitución y el derecho internacional.⁴

A redução de competências materiais pela via legal, em dissonância com o texto constitucional, mostra-se como um atentado contra o projeto do Estado plurinacional, assim como uma violação ao direito de consulta prévia, previsto na Constituição boliviana e na Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que tecendo breves considerações sobre constituições que derivaram de processos constituintes de países diversos, com contextos sociais também diferentes, e, considerando que não se lhes pode atribuir um tratamento linear, observa-se que as diferentes culturas e as normatividades delas advindas, em especial as indígenas, foram gradualmente reconhecidas pelas mais recentes constituições da América Latina, o que confirma um crescente grau de reconhecimento do pluralismo jurídico.

Crescente e fundamentado é o estudo teórico acerca do reconhecimento de ordens jurídicas distintas dentro dos países latino-americanos, com o conseqüente reconhecimento de suas respectivas formas de aplicação do justo. Para melhor compreender o estágio de desenvolvimento histórico dos Estados nacionais, e do Direito deles oriundos, é preciso considerar os antecedentes históricos de sua criação, com a

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia. Bolivia: Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 36.

invasão do que hoje se denomina América Latina por povos europeus, assim como o imediatamente posterior genocídio de povos indígenas verificado neste continente.

De tal invasão decorre a subjugação a que tais povos foram submetidos, com a supressão de seus direitos, principalmente o de se determinar conforme suas próprias crenças e experiências. Neste ponto, a pretensa supressão dos sistemas normativos indígenas e de suas formas de aplicação do justo, é apenas uma dentre várias facetas que demonstram a quase completa ausência de alteridade na relação das sociedades nacionais com os povos indígenas.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Francisco Ballén. El derecho de los pueblos indígenas y el derecho estatal. In **Derechos de los Pueblos Indigenas en las Constituciones de America Latina**. Bogotá: Disloque Editora, 1996.

BALDI, César Augusto. Indígenas no Brasil: a diversidade cultural e as “cláusulas de freio”. IN: BRITTO, Antonio Guimarães, BECKER, Simone & OLIVEIRA, Jorge Eremites. **Estudos de Antropologia Jurídica na América Latina Indígena**. Curitiba: CURV, 2012, p. 73-90.

BARÓN, Ciro Angarita. Colombia: comunidades indígenas y constitución de 1991. In **Derechos de los Pueblos Indigenas en las Constituciones de America Latina**. Bogotá: Disloque Editora, 1996.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano**: participação popular e cosmovisões indígenas (Pachamama e Sumak Kawsay). Recife: Universidade Federal do Pernambuco, 2013. Dissertação de Mestrado.

CLAVERO, Bartolomé. **Pronunciamientos indígenas de las Constituciones Americanas**, 2004. Disponível em: <www.alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvvalho. Humanismo Latino: o Estado Brasileiro e a questão indígena. In: MEZZAROBBA, Orides (org.). **Humanismo Latino e o estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux; [Treviso]: Fondazione Cassamarca. 2003.

FLORES, Jorge Erwin. **Guatemala**: Leyes y regulaciones en materia indígena (1944-2001). San José, Costa Rica. Oficina Internacional del Trabajo, 2002.

GRIJALVA, Agustín. **El Estado Plurinacional e Intercultural en la Constitución Ecuatoriana del 2008**. In: Revista Ecuador Debate, no. 75, 2008.

MALLOL, Vicente Cabedo. Análisis de las Constituciones de Latinoamericanas. In **Constituciones, derecho y justicia en los pueblos indígenas de América Latina**. Lima, Perú. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica de Perú, 2002.

MARÉS, Carlos Frederico. El Brasil Constitucional y los Indios, in **Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina**. Bogotá: Disloque Editora, 1996.

MARÉS, Carlos Frederico. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y los derechos de los pueblos indígenas, Enrique Sanchez (org.), **Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina: Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Peru e Venezuela**. Santafé de Bogotá: Disloque Ed, 1996.

MARÉS, Carlos Frederico. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAULI, Maria Célia (ORG). **Os sentidos da Democracia: políticas do dissenso e hegemonia global**. Rio de Janeiro: Vozes Editora, 1999.

MARZAL, Manuel. **Historia de la Antropología indigenista: México y Perú**. Lima: PUCP, 1986.

MUÑOZ, Paulina Andrea Aguilera. ¿Es posible establecer un sistema de justicia indígena en Nicaragua? Una mirada filosófica y constitucional desde los derechos liberales. **Revista SER Social**, Brasília, n. 19, p. 85-97, jul./dez. 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169**, sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur**. La Paz, Bolíva: Plural editores, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Bolivia: Fundación Rosa Luxemburg, 2012.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Novo Constitucionalismo Democrático Latino Americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 38, n. 01, p. 25-39, jan. / jun. 2013.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. **Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino**. Bilbao, 2006. Disponível em: <<http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2013.

WILLEMSEN, Augusto. La Constitución Política de Guatemala y los derechos de los pueblos indígenas. Analisis de las disposiciones le la Constitución. In Enrique Sanchez (org.), **Derechos de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina**. Santafé de Bogotá: Disloque Ed, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo a **Convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas** (comentado y anotado), Juan Manuel Salgado. Universidad Nacional del Comahue, 2006.