

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

ELIANA MARIA DE SOUZA FRANCO TEIXEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFESM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Paulo Roberto Barbosa Ramos; Eliana Maria De Souza Franco Teixeira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-870-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O presente grupo de trabalho funcionou conjuntamente com o grupo de trabalho Hermenêutica Jurídica. A união das duas áreas revelou-se adequada porquanto os temas tratados não só fizeram referência às questões mais caras da teoria constitucional clássica e moderna, a exemplo da dinâmica da democracia e do controle de constitucionalidade, como também permitiu que novos desafios da teoria constitucional pudessem ser abordados a partir da longa trajetória metodológica da Hermenêutica Jurídica. Esse encontro virtuoso de textos e expositores estimulados e abertos ao debate, materializou o desenvolvimento de um excelente trabalho de reflexão sobre o atual estágio da Teoria Constitucional e da Hermenêutica Jurídica no Brasil, especialmente, propiciando análises oportunas sobre a realidade nacional, notadamente no que se refere aos direitos sociais, direito à informação, ativismo judicial e inteligência judicial. Temos certeza de que as leituras que compõem o presente Grupo de Trabalho, associado ao de Hermenêutica Jurídica, serão muito úteis para todos aqueles interessados em retomar antigos temas e avaliar novas temáticas a partir de reflexões inteligentes e oportunas.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

Profa. Dra. Eliana Maria de Souza Franco Teixeira - UFPA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

JURISDIÇÃO INDÍGENA NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: LIMITAÇÕES E DESAFIOS

INDIGENOUS JURISDICTION IN THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: LIMITATIONS AND CHALLENGES

Ricardo Silveira Castro ¹
Roberta Camineiro Baggio ²

Resumo

A abordagem do modelo constitucional emergente na primeira década do século XXI no horizonte latino-americano revela que no seu núcleo fundamental há uma promessa de ruptura com a estrutura institucional dominante na região, caracterizada pelo monismo cultural. Avalia-se o potencial dessa ruptura desde uma análise crítica dos avanços conquistados no sentido do reconhecimento da jurisdição indígena enquanto instância legítima para solução de conflitos originados dentro das comunidades indígenas. A verificação da forma como o processo de reconhecimento ocorre revela que há uma evidente inferiorização da perspectiva cultural indígena, sobre a qual se impõe o controle da cultura ocidental dominante.

Palavras-chave: Jurisdição indígena, Democracia, Interpretação constitucional, Estado plurinacional

Abstract/Resumen/Résumé

The approach of the emerging constitutional model in the first decade of the 21st century on the Latin American horizon reveals that at its fundamental core there is a promise to break with the dominant institutional structure in the region, characterized by cultural monism. The potential of this rupture is evaluated from a critical analysis of the advances made towards the indigenous jurisdiction's recognition as a legitimate instance for the conflicts originated within indigenous communities' resolution. The verification reveals that there is an evident inferiority of the indigenous cultural perspective, over which the dominant western culture's control is imposed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indigenous jurisdiction, Democracy, Constitutional interpretation, Plurinational state

¹ Mestre e Doutorando em Direito. Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Taquara (FACCAT).

² Mestre e Doutora em Direito. Professora da Faculdade de Direito da UFRGS, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS.

1. Introdução:

A desigualdade é a marca de identificação do processo gradual de emancipação – social e política – ocorrido no âmbito latino-americano a partir das primeiras décadas do século XIX. O modelo excludente do sistema colonial de exploração dos setores mais vulneráveis ajusta-se e remodela-se na estrutura básica dos Estados-nação que surgem após o rompimento definitivo com as metrópoles europeias. A permanência de traços autoritários nos núcleos da institucionalidade dos Estados latino-americanos revela que há um caminho longo a ser percorrido para a efetiva construção de condições de base para sociedades menos desiguais e injustas.

No horizonte da primeira década do século XXI a luta de setores sociais historicamente afastados do debate público ganha espaço na seara política, de tal forma que importantes alterações de âmbito constitucional são impulsionadas no Equador (em 2008) e na Bolívia (em 2009). A promessa desse novo constitucionalismo – “transformador” e “plurinacional” – é romper com o monismo jurídico que esteve presente em toda a evolução constitucional na América Latina, a partir do reconhecimento de que a principal condição para o processo de mudanças nas sociedades desiguais, subdesenvolvidas e tradicionalmente instáveis é a reorganização do Estado e a redefinição de uma ordem normativa “identificada com as carências e necessidades de novos sujeitos emergentes” (WOLKMER, 1998, p.151). Nesse passo, a afirmação da autonomia dos povos indígenas tem como expoente peculiar o reconhecimento da jurisdição das autoridades coletivas integrantes dessas comunidades originárias, que passam a ter legitimidade constitucional para solucionar os conflitos intracomunitários com base nas normas e nos procedimentos tradicionais próprios¹. É evidente que essa mudança de paradigma demanda tempo para ajustes e concretização de meios capazes de atingirem os fins afirmados em sua base, mas é inegável que a resistência das próprias instituições estatais dificulta o movimento em direção do pluralismo jurídico.

O processo de marginalização dos povos indígenas originários latino-americanos figurou como alicerce tanto do modelo de colonização da região (entre os séculos XV e XVIII) quanto do modelo estatal construído após as independências (a partir do século XIX), de forma que a organização descolonizadora do exercício do poder proposta pelo novo constitucionalismo latino-americano no tocante a questão indígena tem como desafio o

¹ “(...)ubicadas sobre todo en el campo de la sociología jurídica, se ha acuñado el término de Pluralismo Jurídico para designar formas de regulación social paralelas que, en muchos casos, compiten o inhiben la aspiración de monopolio del derecho en cabeza del aparato estatal” (AMAYA, 2002, p.50).

enfrentamento de uma cultura secular que estigmatiza e inferioriza esse setor social. Nesse sentido, a primeira parte do presente trabalho reconstruirá a evolução histórica do constitucionalismo latino-americano até o final do século XX, com a pretensão de situar e evidenciar a invisibilidade das reivindicações indígenas por autonomia. Na segunda parte busca-se identificar a proposta do novo constitucionalismo latino-americano de um “Estado plurinacional”, com enfoque ao reconhecimento constitucional da jurisdição indígena enquanto mecanismo legítimo de exercício do poder. Finalmente, uma avaliação crítica da “prática constitucional” experimentada nessa primeira década de vigência das constituições equatoriana e boliviana, com a ênfase em dois precedentes jurisprudenciais, integrará a terceira parte do trabalho, construído com o fim de problematizar a capacidade do novo desenho institucional em cumprir as promessas desse novo paradigma jurídico.

2. Povos indígenas na América Latina: entre negação de direitos, invisibilidade e resistência

A compreensão da ordem sócio-política estabelecida nas sociedades latino-americanas depende da percepção do autoritarismo intrínseco ao pensamento colonizador que reverbera cotidianamente em diversos campos, das mais variadas formas e na atuação de incontáveis atores políticos. Pensar a jurisdição indígena enquanto forma legítima de exercício do poder pressupõe o rompimento com a visão colonizadora, que outra perspectiva não aceita senão a do centralismo e a da verticalidade nas relações sociais – seja entre os indivíduos, seja entre esses e o Estado.

Dessa forma, o primeiro passo para a desmistificação das formas de organização e das práticas sociais das comunidades indígenas é o reconhecimento de que a fundação da América Latina se dá com base na negação do outro (o “índio”, o “selvagem”) enquanto sujeito de direitos que poderia, por essa circunstância, ser objeto de práticas atrozess necessárias à implementação do projeto colonizador. Convencidos de sua superioridade, os europeus colonizadores chegaram no “Novo mundo”, leram aos que nele se encontravam a declaração oficial do Papa relativa à doação daquelas terras aos reis católicos e deram prosseguimento ao plano de exploração (RUIZ, 2002, p.37). O estabelecimento de diálogo com os povos originários não era uma questão relevante, já que o livre consentimento desses povos foi imediatamente substituído pela ameaça - e pela prática efetiva - de violência². Objetivamente,

² “A situação de miséria do índio mostra-nos, cabalmente, a ausência de todo Direito, ou seja, a ausência de todo exercício real e eficaz dos direitos humanos básicos ou elementares, a impraticabilidade da justiça e a total

o processo exploratório de colonização interrompeu as dialéticas existentes nos núcleos das comunidades indígenas originárias e impôs novas dialéticas, com perspectivas diametralmente opostas tanto na maneira do indivíduo se relacionar com os demais quanto na forma de interação com o meio ambiente.

A visão colonizadora aprofunda suas raízes na região latino-americana com a expansão do poder político das elites latifundiárias que surgem do processo de exploração econômica. O racismo presente no núcleo do modelo exploratório bloqueou a participação de “mestiços” e “índios” na administração da sociedade colonial, e limitou de modo significativo a intervenção dos espanhóis nascidos na América (“criollos”). O poder concentrado nas mãos dos espanhóis peninsulares (“chapetones”) é o elemento político chave que, mesmo sendo redimensionado nos séculos XVII e XVIII, desencadeou os movimentos emancipatórios conduzidos pelas elites *criollas* no início do século XIX. O estudo das principais correntes emancipatórias que interagiram durante os conflitos com as metrópoles é capaz de revelar três distintas linhas de pensamento constitucional, que corresponderão a três modelos de organização estatal com matrizes diferentes, quais sejam: a conservadora, a liberal e a radical (também chamada de republicana).

O “elitismo político” é a característica de destaque da corrente conservadora. A afirmação de que as massas populares precisavam ser guiadas por instrutores capazes de fazerem as melhores escolhas políticas está no eixo central do esboço institucional conservador. A lógica da exclusão dos vulneráveis é facilmente introduzida no discurso de proteção da soberania dos Estados recém formados, de modo que o preconceito étnico, social e de gênero assume função importante na justificação da centralização do poder. Se, por despreparo, a maioria da população mostrava-se incapaz de participar dos processos de tomada de decisão, caberia então aos cidadãos “instruídos”, “letrados” e “proprietários” conduzirem a administração dos interesses públicos, de maneira a consolidar a emancipação política recém conquistada. Naturalmente, desde essa perspectiva, os povos indígenas não mereciam reconhecimento enquanto ator do campo político – mas como “sujeito de segunda classe” que deveria receber instrução e passar pelo processo de evangelização para se qualificar como cidadão.

A corrente liberal indicará a proteção da autonomia individual como pilar de sustentação do Estado, que só deixaria de ser expressão do arbítrio com a institucionalização de um sistema de “freios e contrapesos” suficientemente capaz de evitar abusos. A noção de

ineficácia de nossa normatividade, ou direito objetivo, quanto às suas pretensões de postular direito e fundar relações justas entres os homens” (RANGEL, 2004, p.313).

“neutralidade” estatal é traduzida pela linguagem liberal latino-americana de direitos – isto é, por meio dela afirma-se que a viabilização efetiva dos projetos individuais de cada cidadão só seria alcançado mediante a inclusão de direitos no texto constitucional. Se é verdade que a bandeira da “limitação do poder pelo poder” esteve hasteada nos centros de sistematização e difusão dos princípios liberais na América Latina, também o é que os liberais latino-americanos não se propuseram a analisar a realidade local e, a partir dela apontar mecanismos capazes de combater a concentração do poder nas mãos de um pequeno grupo social. A perspectiva eurocêntrica e individualista intrínseca à corrente liberal rechaça a identidade cultural enquanto direito oponível ao Estado e aos demais cidadãos.

Finalmente, importa delinear as premissas da corrente radical (ou republicana), que completa a sistematização tripartida formulada pelos teóricos do constitucionalismo latino-americano. Ao levantar a bandeira da “revolução política” simultânea à “revolução social” – com alteração do modelo de desenvolvimento econômico então em implantação pelas elites *criollas*, o discurso republicano vincula o êxito de mudanças políticas à efetivação de transformações profundas no campo social. É justamente nesse aspecto que recairão as principais críticas radicais relativas ao modo de configuração dos Estados latino-americanos recém-independentes: a suposta emancipação política não veio acompanhada de emancipação socioeconômica que respondesse à extrema desigualdade, já que “o governo cortesão da nobreza espanhola foi substituído pelos latifundiários, comerciantes e profissionais nativos” (MARIÁTEGUI, 2012, p.111). A concepção de autogoverno associa-se à necessidade de modificação das formas de exercício do poder, de modo que haja a predominância de mecanismos de democracia direta e a institucionalização de formas coletivas de tomada de decisão, com destaque para as assembleias populares. Em função de seus pilares fundamentais – orientados pela noção de que todos deveriam ter o direito de participar dos debates políticos travados na esfera pública – a corrente radical será a única aberta para receber (e fazer repercutir) as reivindicações dos povos indígenas originários.

Na primeira metade do século XIX as três correntes de pensamento constitucional apresentadas acima disputaram a seara política sem que uma delas assumisse o domínio efetivo na região latino-americana. A partir da identificação das premissas básicas presentes em cada uma das três visões político-econômicas, é possível afirmar que enquanto “conservadores” e “radicais” priorizaram a reestruturação da parte orgânica da Constituição (isto é, da organização das formas de exercício do poder), “liberais” se dedicaram à maximização das listas de direitos constitucionalmente assegurados (parte dogmática da Constituição). Este fato ajuda a explicar: *i.* o porquê da aliança entre os primeiros ser uma

realidade somente em circunstâncias pontuais e esporádicas no contexto político da América Latina; e *ii.* o papel de destaque do modelo liberal na formação dos pactos políticos responsáveis pela conformação da estrutura social desenhada na região.

A movimentação e as reivindicações de caráter popular que repercutiram no continente europeu na década de 1840 tiveram reflexos importantes na América Latina. Com as revoluções democráticas de 1848 ocorridas na Europa, as classes dirigentes latino-americanas percebem a necessidade de bloquear a articulação dos setores sociais mais vulneráveis e o consequente fortalecimento de demandas populares. As promessas do movimento revolucionário europeu estavam diretamente relacionadas com as propostas republicanas da corrente radical latino-americana e, embora esta não estivesse em condições de se afirmar como hegemônica perante as demais, é inegável que as notícias chegadas do além-mar favoreceram a propagação dos ideais republicanos de igualdade e de autogoverno. É justamente com a intenção de evitar reformas radicais (profundas) na forma de exercício do poder que as correntes liberal e conservadora firmaram a aliança responsável pela delimitação das principais características do constitucionalismo latino-americano ao longo do século XIX. O pacto liberal-conservador resultou na elaboração de novas constituições relativamente estáveis que conformaram o “constitucionalismo de fusão” (GARGARELLA, 2014). Referidas constituições assumem a pretensão de definir um sistema de freios e contrapesos (proposta liberal) desequilibrado em favor do chefe do executivo (proposta conservadora) e não incluem compromissos sociais em favor de grupos marginalizados (proposta liberal e conservadora). No que diz respeito aos direitos assegurados por estes textos constitucionais, é de se destacar a preocupação maior em arrolar direitos individuais, com destaque ao direito (individual) de propriedade. Na prática, temos que na parte orgânica dessas constituições prevalece a sistemática conservadora enquanto na parte dogmática prepondera a lógica liberal. No geral esse quadro se mantém inalterado no decorrer do século XIX.

Na virada do século XIX para o XX, a mudança na realidade da estrutura socioeconômica da América Latina forçou uma reforma significativa nos textos constitucionais: era o “constitucionalismo social” ganhando espaço no contexto latino-americano. Nesse sentido, a organização das classes operárias – que avançam no enfrentamento das barreiras conservadoras do elitismo político e iniciam a caminhada em direção ao sufrágio universal – força a incorporação de direitos sociais nos textos constitucionais. Fundamentalmente, as novas constituições elaboradas na primeira metade do século XX traduzem as reivindicações sociais em modificações na parte dogmática – o que resulta no gradual inchaço das listas de direitos, deixando-se a organização do poder de modo

quase intocado, de tal forma que a concentração de poder permanece maculando, de uma forma geral, as estruturas políticas dos Estados latino-americanos.

A partir de década de 1980, com a flexibilização dos focos de tensão articulados durante a Guerra Fria e a efetiva abertura política promovida pelos atores envolvidos nos processos de redemocratização na América Latina, os movimentos sociais encontram um cenário favorável para consolidar e expandir suas reivindicações. Especificamente no que diz respeito às demandas dos povos indígenas e à pressão provocada pelas organizações da sociedade civil (nacionais ou internacionais) engajadas na sua defesa, é possível identificar a gradual problematização e o contundente enfrentamento da concepção absoluta de “soberania” estatal e a consequente afirmação da autodeterminação dos povos indígenas como princípio norteador das reformas constitucionais a serem realizadas nesse período de transição. De um modo geral, verifica-se que o questionamento dos elementos centrais de configuração e de definição dos estados republicanos latino-americanos delineados no século XIX por meio de uma perspectiva descolonizadora e pluralista tem o propósito de delimitar um novo modo de pensar a sociedade, o Estado e o direito.

Nesse sentido, as constituições da Nicarágua (1987) e do Brasil (1988) introduzem no campo dos debates constitucionais a preocupação com o reconhecimento da diversidade cultural que, em última análise, integra a identidade nacional. Enquanto a primeira garante o direito à “manutenção e ao desenvolvimento da identidade e da cultura” das populações indígenas (art. 5º), a segunda reconhece a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições das comunidades originárias (art. 231). Os referidos textos constitucionais acenam para uma abertura multicultural de horizontes no âmbito das concepções culturais protegidas pelos ordenamentos jurídicos, embora sem o correspondente reflexo na demarcação das autonomias dos povos indígenas. Em 1989, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho retoma a questão da autodeterminação dos povos e estabelece padrões de política pública de combate à discriminação por critérios étnicos, com especial destaque a instrumentos de proteção das tradições culturais, a forma de vida e as instituições das comunidades indígenas. A onda de novas constituições elaboradas logo em seguida à aprovação da Convenção n. 169 tratam da questão indígena de um modo mais profundo e elaborado (Colômbia em 1991, Paraguai em 1992, Peru em 1993, Argentina e Bolívia em 1994, Equador em 1996 e 1998, México em 2001, dentre outros), com a inclusão de listas completas de direitos indígenas e a estruturação de uma institucionalidade estatal compatível com a pluralidade cultural característica da região latino-americana. Dentre as marcas desse movimento constitucional, é possível destacar a oficialização dos idiomas

indígenas, a educação bilíngue intercultural, o direito sobre as terras, e a previsão de novas formas de participação desse setor historicamente mantido à margem dos processos de tomada de decisão.

É preciso registrar que a adoção da perspectiva multicultural e a consequente propulsão da constitucionalização das demandas das populações indígenas nos anos noventa ocorreu paralelamente a outras reformas constitucionais destinadas a facilitar a implementação de políticas de caráter neoliberal no marco da globalização. Como indicam os registros históricos desse período, esse influxo incluiu a contração do papel social do Estado e dos direitos sociais, a flexibilização dos mercados e a abertura às transacionais. Para facilitar a compreensão dessa tensão para a efetivação dos direitos indígenas, tomemos como exemplo o caso peruano. A Constituição peruana de 1993 reconheceu o caráter pluricultural do Estado e afirmou o pluralismo jurídico enquanto valor norteador da interpretação constitucional ao mesmo tempo em que eliminou as garantias de inalienabilidade e imprescritibilidade que possuíam as terras indígenas desde as Constituições de 1920 e 1930. Na prática, essa tensão possibilitou que um grande número de corporações transnacionais se instalassem nos territórios indígenas para realizar atividade extrativas, dando lugar a novas formas de despojo territorial bastante similares às do século XIX (FAJARDO, 2011). Objetivamente, verificou-se que a simultânea adoção de direitos indígenas e de políticas neoliberais nas constituições teve como consequência prática a neutralização dos novos direitos conquistados pelas comunidades originárias.

A partir de toda a construção normativa de respeito à diversidade cultural iniciada na última década do século XX, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a declaração sobre direitos dos povos indígenas em 2007 que, no cenário internacional, é o instrumento normativo mais avançado em termos de delimitação de direitos e garantias fundamentais dos povos indígenas. Além dos direitos já reconhecidos pela Convenção 169 da OIT, a declaração sobre direitos dos povos indígenas da ONU afirma o direito à autodeterminação e o direito ao autogoverno dos povos indígenas originários. Como se pode perceber, referida declaração é um marco histórico fundamental do processo de reestruturação do modelo constitucional latino-americano mantido como paradigma hegemônico desde a concretização da aliança liberal-conservadora, em meados do século XIX. Nesse contexto, ganha espaço o movimento jurídico-político que acabaria por se denominar “novo” constitucionalismo latino-americano, com a promulgação de novas constituições no Equador (2008) e na Bolívia (2009). Em ambos os casos, verifica-se a autoafirmação de uma “nação de povos” ou de um “Estado plurinacional”, que implica no rompimento com aspectos formais dogmáticos para representar

uma transformação substancial, no sentido de efetivar e instrumentalizar a autonomia indígena.

No que diz respeito às rupturas propostas pelo movimento constitucional denominado pela doutrina como “novo constitucionalismo latino-americano”, destacam-se as inclusões de concepções e princípios tradicionalmente vinculados à cultura indígena, o reconhecimento de direitos individuais e coletivos que radicam sua essência na condição especial de vulnerabilidade dos povos originários e a adoção de uma engenharia constitucional que rompe com a lógica liberal-conservadora de concentração de poder embasada na perspectiva monista de exclusão de fontes jurídicas alternativas ao direito “estatal” delimitado pela cultura capitalista ocidental³. Nesse particular, o presente trabalho buscará focar na análise da modificação da referência normativa de base a ser levada em consideração no momento de construir soluções para os conflitos envolvendo as populações indígenas e da remodelação dos órgãos reconhecidos como competentes para conhecer dessas causas. A legitimação e subsequente institucionalização da jurisdição indígena pelos textos constitucionais no Equador e na Bolívia é uma das diversas medidas inovadoras adotadas pelos respectivos constituintes com a pretensão de refundar Estados interculturais que avancem na efetivação da participação política de setores sociais marginalizados e aperfeiçoem o funcionamento de suas instituições com base em processos de aprofundamento democrático.

A partir da evolução histórica do movimento de reivindicações dos povos indígenas no constitucionalismo latino-americano - e com o apontamento da institucionalização da jurisdição indígena como transformação de significativo potencial na dinâmica de exercício do poder dentro dos Estados equatoriano e boliviano – pretende-se avaliar mais detidamente a capacidade do novo desenho constitucional (nos dois países referidos) de cumprir a promessa do Estado plurinacional.

³ “Los debates sobre el contenido de las autonomías indígenas en América Latina ofrecen una ventana para descolonizar el análisis del derecho. Nos obligan a entender y analizar las categorías, normas, prácticas, autoridades y lógicas culturales de los sistemas de derecho de los pueblos indígenas. Es un desafío claro al centralismo y el formalismo que tradicionalmente han dominado el campo del análisis sociojurídico. La existencia de Estados plurinacionales presupone que dentro del mismo Estado coexistan distintas formas de entender el derecho. El reto político actual es como construir esse Estado de derecho plurinacional. Es decir, una cosa son los avances normativos en el orden constitucional, pero avanzar hacia la construcción de sistemas legales donde el derecho indígena tenga igual valor que el derecho historicamente dominantes es un reto ainda más grande” (SIEDER, 2012, p.315).

3. Jurisdição indígena: entre o idealismo normativo e os desafios de implementação

Como se pode concluir do que foi exposto, o reconhecimento da jurisdição indígena pelos estados latino-americanos como mecanismo legítimo de solução de conflitos e de exercício do poder é acontecimento muito recente, e que ainda enseja muitos questionamentos. O eixo nuclear das dificuldades enfrentadas pelos países que assumiram o compromisso de concretizar a autonomia dos povos indígenas está vinculado aos entraves impostos pela perspectiva monista que estão enraizados na cultura jurídico-institucional construída durante dois séculos de constitucionalismo na América Latina. Nesse sentido, a tendência de transformar a jurisdição indígena em apenas mais uma engrenagem no sistema estatal oficial, subordinada à orientação cultural hegemônica (capitalista-ocidental) põe em risco a potencialidade dessa pressuposta alteração radical na dinâmica de exercício do poder apresentada pelo “novo” constitucionalismo latino-americano.

Na prática, o reconhecimento da legitimidade da jurisdição indígena acena para uma forma descolonizadora de análise do direito, na medida em que impõe a compreensão das categorias, normas, práticas, autoridades e lógicas culturais dos sistemas de direitos dos povos indígenas (SIEDER, 2012). A precípua diferença existente entre as primeiras constituições que afirmaram a “diversidade cultural” enquanto valor a ser preservado pelas sociedades latino-americanas (caso da Nicarágua e do Brasil, por exemplo) e os textos constitucionais do Equador (2008) e da Bolívia (2009) está na radicalidade da proposta apresentada: enquanto a primeira está embasada na tolerância (respeito à diversidade cultural desde que o quadro axiomático influente na organização e exercício do poder político permaneça inalterado), a segunda assume a pluralidade como valor próprio, indicador de reformas sistemáticas imprescindíveis à consecução dos fins democráticos. Desse modo, fica claro que a conquista política do movimento social alcançada pela constitucionalização da jurisdição indígena – no Equador e na Bolívia – não encerra o ciclo de transformações necessárias à concretização da autodeterminação dos povos.

Em contextos sociais e jurídicos tão marcados pela centralidade da forma e dos procedimentos como os existentes na América Latina, pensar a efetividade da jurisdição indígena pressupõe o rompimento com o sistema legal-constitucional unitário tido como referência na elaboração de nova legislação, na execução de políticas públicas e no controle de constitucionalidade. Nessa perspectiva, os estados que se proclamam “plurinacionais” devem garantir a vigência de “sistemas jurídicos plurinacionais”, no sentido de que o direito indígena não pode continuar representando uma “categoria frágil” de cosmovisão subordinada

à dominante. A construção dessa ruptura é um processo de intensa disputa política que atinge o debate acerca da hermenêutica constitucional e tem seus aspectos práticos evidenciados no tratamento institucional dos confrontos entre perspectivas culturais divergentes.

Antes de avançarmos, é importante esclarecer que o termo “jurisdição indígena” não está associado à noção de mecanismo alternativo de resolução de conflitos – como é o caso da mediação e da arbitragem por exemplo. Aqui, tal expressão está atrelada ao sistema de justiça ancestral de povos indígenas exercida no núcleo dessas comunidades com base em cosmovisões próprias. Aliás, considerando a pluralidade de cosmovisões dentre as diversas comunidades indígenas existentes na região latino-americana, a expressão mais precisa seria “jurisdições indígenas”. O estudo de alguns sistemas de justiça indígena revela que as normas e os procedimentos a serem obedecidos na análise de cada caso em concreto geralmente são construídos coletivamente pela comunidade, em conformidade com os saberes e as crenças compartilhadas pelos seus integrantes. Essa realidade plural é complexa e particularmente difícil de ser compreendida pelo pensamento jurídico latino-americano, fortemente marcado pelo colonialismo enquanto instrumento de naturalização das relações de dominação e de subordinação baseadas em diferenças étnicas ou raciais (SANTOS, 2012).

Inicialmente, o trabalho problematizará as fragilidades da remodelação institucional promovida nesses dois contextos, com destaque à questão da autonomia da jurisdição indígena. Na sequência, serão apresentados dois casos paradigmáticos em que a cultura ocidental hegemônica na América Latina entrou em conflito com a cultura indígena no âmbito da construção de soluções para litígios ocorridos na seara da jurisdição indígena. Por fim, os mecanismos de resolução desse tipo de impasse serão avaliados sob um viés crítico para se evidenciar a incapacidade da engenharia institucional articulada nos moldes do novo constitucionalismo latino-americano em cumprir a promessa de inclusão dos povos indígenas originários nos processos de tomada de decisão política e jurisdicional.

O projeto social do fenômeno jurídico-político de ruptura com a configuração monocultural do estado moderno ocorrido na região latino-americana tem reflexos evidentes nas atividades dos constituintes equatorianos e bolivianos, responsáveis pela elaboração das constituições de 2008 e 2009, respectivamente. Em ambos os preâmbulos consta o compromisso de superar a perspectiva colonial de exclusão social e política dos grupos étnicos marginalizados pelo modelo liberal-conservador, com o fim de efetivar um aprofundamento democrático radical. Embora as realidades sociais – e até mesmo culturais –

sejam bastante diversas no Equador⁴ e na Bolívia⁵, é possível perceber que a dinâmica estabelecida entre os atores políticos envolvidos no processo constituinte desses dois países apresentou focos de tensão parecidos e resultou em projetos constitucionais bastante semelhantes, conforme analisaremos a seguir.

A marca de distinção do “novo” constitucionalismo latino americano revelado nas experiências equatoriana e boliviana está na assunção da “plurinacionalidade” como pilar de sustentação do “novo” modelo estatal. Isso porque o reconhecimento da “plurinacionalidade” implica na articulação de transformações que recoloquem no mesmo patamar hierárquico cosmovisões culturais bastante distintas, de modo que uma não seja subjugada pela outra, e que uma etnia não tenha suas práticas e crenças reduzidas à invisibilidade pela institucionalidade estatal de orientação cultural diversa (dominante). Para a concretização dessa proposta, esses países tornam oficiais os idiomas das comunidades indígenas assentadas em seus respectivos territórios (*kichwa* e *shur* no caso equatoriano⁶, e *aymara*, *yuracaré* e *zamuco* no caso boliviano⁷) e constitucionalizam extensas listas de direitos especificamente voltados para a proteção da identidade, da cultura e da cosmovisão dos povos indígenas originários⁸.

O estudo dos textos constitucionais dos dois países objetos da presente análise demonstra que a dogmática constitucional é profundamente impactada pela concepção de plurinacionalidade. Nesse sentido, desde uma perspectiva pluralista sob o campo jurídico, essas constituições elencam como princípios norteadores da ação estatal noções ético-morais da tradição indígena⁹ e reconhecem expressamente reivindicações historicamente pleiteadas pelas comunidades indígenas enquanto compromisso do Estado plurinacional, como o direito

⁴ “A nova constituição de 1998 já estabelecia muito claramente e incorporava a última geração de direitos; isto foi reconhecido pelos atores da nova Constituição até o ponto de, no início, terem considerado desnecessário mexer em sua parte dogmática e pensado fazê-lo apenas na parte orgânica. A Constituição de 2008, contudo, incrementa e detalha estes direitos, e todos eles – os sociais, os políticos e os da pessoa – são considerados de igual valor, sem hierarquia, de aplicação imediata, ‘exigíveis’ por parte de qualquer cidadão” (TRUJILLO, 2009, p.33).

⁵ “No dia 25 de janeiro de 2009 foi realizado o referendo dirimitório e aprobativo do novo texto constitucional. Foi aprovado com pouco mais de 61%. Trata-se de uma Constituição que desde sua socialização foi considerada ‘revolucionária’ e de interesse para a região sul-americana, pois contempla as aspirações e os objetivos de luta de organizações sociais e acadêmicas regionais. I inclusão de novos direitos humanos de vanguarda para o indivíduo e o coletivo (...) foi alvo de elogios por estabelecer uma Constituição avançada” (PATANA, 2009, p.53).

⁶ Artigo 2 da Constituição da República do Equador.

⁷ Artigo 5, inciso I da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia.

⁸ Artigo 57 da Constituição da República do Equador; e Artigo 30 da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia.

⁹ Tais valores conectados com a cosmovisão indígena foram constitucionalizados no idioma tradicional dessas comunidades, e estão vinculados a concepções culturais de “proibição da mentira” e de incentivo de formas de “vida harmoniosa” (ou “vida boa”) e de “terra sem mal”.

à educação descolonizadora, intracultural, intercultural e plurilíngue¹⁰ e o respeito à natureza (*Pacha Mama* ou *Madre Tierra*) de forma a preservar o equilíbrio necessário aos ciclos vitais e aos processos evolutivos¹¹.

Essas modificações promovidas pelo “novo” constitucionalismo latino-americano, incompatíveis com o paradigma liberal-conservador dos séculos XIX e XX, ilustram avanços importantes na defesa dos direitos indígenas. A principal ruptura proposta por esta nova perspectiva descolonizadora, entretanto, está na seara do realinhamento institucional e da reorganização das formas de exercício de poder. Nesse sentido, além de incluírem o integrante das comunidades indígenas nos processos de tomada de decisão política (tanto no âmbito da elaboração de leis, quanto na esfera de sua execução), as constituições equatoriana e boliviana atribuíram às autoridades dessas comunidades a legitimidade para o exercício de funções jurisdicionais, com base em tradições ancestrais e direito próprio. É natural que, enquanto iniciativa capaz de questionar a organização e a distribuição de poderes nessas sociedades, o reconhecimento da jurisdição indígena foi um dos pontos mais conflituosos e, por essa razão, bastante controverso no marco constitucional dos estados plurinacionais. A disputa sobre o alcance desse poder jurisdicional indígena extrapolou o debate constituinte para se apresentar na pauta política dessas sociedades latino-americanas, responsáveis pela fiscalização e controle do cumprimento das previsões constitucionais. É justamente para essa tensão que a presente investigação voltará sua atenção, com o fim de detalhar de modo mais claro os desafios de implementação da jurisdição indígena.

A Constituição do Equador estabelece que os povos indígenas exercerão funções jurisdicionais com base em suas tradições ancestrais e em seu direito próprio¹², estando incluída nessa competência a atribuição de soluções para os conflitos intracomunitários. Com o fim de garantir a autodeterminação das comunidades indígenas, restou prevista a obrigatoriedade das decisões da jurisdição indígena - que devem ser respeitadas pelas instituições e autoridades públicas constitucionalmente constituídas no território equatoriano – e a equiparação hierárquica entre jurisdições indígena e ordinária. A partir da análise detida do texto constitucional, é possível identificar três principais limitações ao exercício da função jurisdicional pelos povos originários: a garantia de participação das mulheres nos processos de resolução dos litígios intracomunitários, o respeito aos direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais e o respeito à Constituição. As decisões proferidas no âmbito da

¹⁰ Artigo 78, incisos I e II da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia.

¹¹ Artigo 71 da Constituição da República do Equador.

¹² Artigo 171 da Constituição da República do Equador.

“jurisdição indígena” estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade, realizado pela Corte Constitucional¹³.

Considerando que a Corte Constitucional equatoriano tem a competência para analisar a constitucionalidade das decisões tomadas pelas autoridades indígenas no exercício de funções jurisdicionais – e, portanto, é o órgão que demarcará em última instância o que é compatível (e o que não é) com o projeto plurinacional de estado – é importante avaliarmos a forma de estruturação e organização desse tribunal. A Constituição equatoriana estabelece que a Corte Constitucional será composta por nove membros - que desempenharão seus cargos por um mandato de nove anos - e que a renovação da sua composição ocorrerá parcialmente a cada três anos, quando a terça parte dos magistrados será substituída¹⁴. A investigação da estrutura e da organização da Corte Constitucional revela que, embora o preâmbulo constitucional apele à sabedoria de todas as culturas que enriquecem o povo equatoriano como sociedade, nenhum mecanismo de garantia da pluralidade étnico-cultural foi incluído no processo de composição do tribunal. Aliás, em função dos requisitos impostos aos candidatos interessados em ocupar assento no órgão da mais alta instância judicial – tais como a formação em direito por instituição legalmente reconhecida e o exercício de atividade jurídica (advocacia, magistratura ou docência) por no mínimo dez anos – é possível afirmar a improbabilidade da participação de autoridades tradicionais indígenas nas atividades dessa corte de justiça.

De modo muito semelhante, a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia reconhece a legitimidade das nações e dos povos indígenas originários para o exercício da função jurisdicional, por meio de suas autoridades e com base em valores culturais, normas e procedimentos próprios¹⁵. O vínculo particular existente entre os membros das comunidades indígenas é apontado como fundamento da justiça indígena, e tem como reflexo direto a delimitação do âmbito da respectiva jurisdição. As autoridades públicas bolivianas não poderão criar empecilhos ao cumprimento das decisões tomadas pelas comunidades indígenas no exercício da função jurisdicional, e, importa sublinhar, a relação com a jurisdição ordinária será de coordenação - na medida em que ambas estão no mesmo patamar hierárquico. Os limites ao exercício da jurisdição indígena estão expressos no texto constitucional boliviano que impõe o respeito ao direito à vida, ao direito à defesa e aos demais direitos e garantias previstos na Constituição. O controle da constitucionalidade das decisões proferidas pelas

¹³ Artigo 436 da Constituição da República do Equador.

¹⁴ Artigo 432 da Constituição da República do Equador.

¹⁵ Artigo 190 da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia.

autoridades indígenas é atribuição do Tribunal Constitucional Plurinacional, que apresenta um desenho estrutural diferente daquele da Corte Constitucional equatoriana, conforme demonstraremos a seguir.

Com o fim de garantir a supremacia da Constituição, o constituinte boliviano estabeleceu que o órgão jurisdicional competente para realizar a jurisdição constitucional tivesse seus integrantes escolhidos por meio do sufrágio universal. Como novidade instrumental no processo de composição do Tribunal Constitucional Plurinacional, impuseram-se critérios de plurinacionalidade, de tal forma que haja representantes do sistema de justiça indígena com assento na Suprema Corte. Tanto a organização quanto o funcionamento do mais alto tribunal boliviano ficaram a cargo de legislação infraconstitucional. Entretanto, a Constituição fixou como requisitos à candidatura ao Tribunal Constitucional Plurinacional a experiência mínima de oito anos em direito constitucional (ou direito administrativo, ou direitos humanos) e, no caso de candidatos integrantes de comunidades indígenas originárias, a comprovação do exercício de autoridade no âmbito do seu respectivo sistema de justiça. É importante acentuar que as candidaturas ao Tribunal Constitucional Plurinacional poderão ser registradas por organizações da sociedade civil e das nações e povos indígenas originários, como modo de incentivar a mobilização popular na escolha dos seus integrantes.

Pela forma como está disposta a distribuição dos poderes políticos em ambas as constituições, constatamos que – em última análise – a Cortes Supremas (Corte Constitucional, no Equador; e Tribunal Constitucional Plurinacional, na Bolívia) concentram decisiva parcela de poder ao receberem a atribuição de jurisdição constitucional, com competência inclusive para filtrar as decisões proferidas no âmbito da justiça indígena. Esse ponto é central para a discussão proposta pelo presente estudo, na medida em que a concretização da autodeterminação dos povos e da autonomia indígena por meio da justiça ancestral indígena está condicionada à capacidade desses órgãos estatais de cúpula (do Poder Judiciário) de promoverem a “tradução intercultural” (SANTOS, 2012, p.39) de concepções jurídicas ocidentais habitualmente utilizadas como parâmetro no momento do controle de constitucionalidade, como “direitos humanos” ou “direitos fundamentais”, por exemplo. A seguir, analisaremos dois precedentes jurisprudenciais (um equatoriano e um boliviano) em que as Cortes Supremas utilizaram-se do discurso de afirmação da pluralidade cultural para, na sequência, reformar as decisões tomadas por autoridades indígenas locais – no âmbito da justiça indígena, portanto – alegando suposto desrespeito ao texto constitucional.

A construção de Estados Plurinacionais – como pretendido no Equador e na Bolívia – pressupõe a constituição de instituições capazes de assimilar a diversidade cultural por meio do reconhecimento da legitimidade de todas as variadas formas de organização – social, política e econômica – e de um cotejo equilibrado entre o “direito ordinário” e o “direito indígena”. Nesse sentido, é fundamental que a perspectiva colonialista – de tornar inferior as práticas e os costumes indígenas – seja substituída pela cultura de respeito e valorização das cosmovisões dos povos originários. Na pretensão de evidenciar os obstáculos presentes nas realidades em foco (Equador e Bolívia), efetuaremos a análise crítica de dois precedentes jurisprudenciais que enfrentaram o desafio da tradução intercultural das categorias jurídicas recorrentes no processo de controle constitucional. O primeiro precedente é da Corte Constitucional do Equador referente à Ação Extraordinária de Proteção (Caso n. 0731-10) julgada em 30 de julho de 2014; e o segundo é do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, referente ao julgamento da Ação de Liberdade (Sentença n. 1422) ocorrido em 24 de setembro de 2012.

No primeiro caso, suscitou-se a intervenção da Suprema Corte equatoriana depois que as autoridades da comunidade *Kichwa Panzaleo* “De La Cocha” decidiram, no exercício da jurisdição indígena, responsabilizar cinco jovens indígenas por participação no planejamento e na execução do homicídio de um integrante da comunidade. A repercussão midiática da sentença proferida pelas autoridades indígenas – que propuseram a aplicação de penas corporais aos acusados – provocou a interferência de órgãos integrantes da jurisdição ordinária no sentido de processar e julgar os fatos desde a lógica e os procedimentos próprios do direito penal e processual ordinário. Na prática, verificou-se que as duas esferas de jurisdição – a indígena e a ordinária se afirmaram competentes para conhecer do homicídio praticado. Ao analisar as circunstâncias do caso, a Corte Constitucional delimitou o problema jurídico central a ser enfrentado: seriam as autoridades indígenas competentes para julgar e punir as violações ao direito à vida ocorridas no seio da comunidade?

Perícias antropológicas realizadas indicaram que para a comunidade indígena em questão, a purificação do infrator e a sua reconexão com a natureza por meio de sanções corporais é o único caminho para o restabelecimento do equilíbrio comunitário quando crimes mais graves – envolvendo o desrespeito à vida – são cometidos. Embora tenha reconhecido a legitimidade dos procedimentos de cognição e de aplicação das penas adotados pelas comunidades indígenas, a Corte Constitucional firmou o entendimento de que a competência para julgar e sancionar todos os casos de homicídio é da jurisdição ordinária. O ponto de partida adotado pela Suprema Corte equatoriana foi o caráter *sui generis* da jurisdição

indígena, isto é, o fato de os julgamentos realizados pelas autoridades indígenas terem o objetivo de harmonizar a comunidade (resolver o conflito múltiplo intracomunitário)¹⁶. Com a pretensão de garantir o julgamento do homicídio como um atentado à vida considerada individualmente, faz-se imprescindível incidir o procedimento e a forma da jurisdição ordinária.

No segundo caso, o Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade da decisão proferida pelas autoridades indígenas da comunidade de Poroma, que expulsaram um indígena e toda a sua família da circunscrição territorial sob a jurisdição dessa comunidade étnica específica. No processo constou que o indígena condenado e alguns outros integrantes de sua família apresentavam histórico de roubos praticados no núcleo comunitário, razão pela qual se adotou medida mais gravosa na oportunidade da punição do ato criminoso. Perícia de natureza cultural-antropológica realizada por órgão especializado da Corte apontou que a comunidade indígena de Poroma, a partir de sua cosmovisão, tem o costume de aplicar a pena de expulsão (dentre outras, como sanções econômicas, trabalhos comunitários, ressarcimento e reparação da vítima e destituição do cargo) para atos de transgressão que impliquem o desequilíbrio comunitário. Ao conhecer a ação de liberdade ajuizada por integrantes da família expulsa do núcleo comunitário pela jurisdição indígena, o Tribunal Plurinacional firmou entendimento a respeito dos limites intransponíveis que subordinam o exercício legítimo da justiça ancestral indígena.

A premissa estabelecida pela Suprema Corte boliviana foi a da inafastabilidade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos que, delineados pela interpretação intercultural, devem servir como limite objetivo ao exercício da jurisdição indígena. Nesse compasso, afirmou-se que os direitos fundamentais vigentes para os integrantes das comunidades indígenas originárias não poderia seguir as mesmas técnicas interpretativas nem poderiam apresentar os mesmos elementos próprios do núcleo de direitos fundamentais característico em contextos diferentes daquele objeto da jurisdição indígena, razão pela qual deveria emergir um novo paradigma de interpretação dos direitos fundamentais: o “paradigma do *vivir bien*” (BOLÍVIA, 2012, p.14). Tal paradigma apresenta quatro testes a serem realizados pelo intérprete, que podem ser resumidos em quatro perguntas, para indicar a constitucionalidade da decisão proferida em sede de jurisdição indígena: a relação entre fins e

¹⁶ “Uno de los fundamentos que legitiman la actuación jurídica del Estado, dentro del orden constitucional contemporáneo, es establecer amplias garantías que amparen el derecho a la vida y a la dignidad humana de las personas. En tal sentido, a diferencia del derecho propio de los pueblos y nacionalidades indígenas en donde la vida de la persona es protegida en tanto aporta a la materialización del bien jurídico protegido que es la comunidad, en el derecho común, *ius commune*, el derecho a la vida es protegido en sí mismo, esto es, por el solo hecho de su existencia”. (EQUADOR, 2014, p.26)

meios utilizada pela autoridade indígena materializa “valores plurais supremos” como a igualdade, a solidariedade e a harmonia? A decisão proferida pela autoridade indígena está em conformidade com a cosmovisão da comunidade? A decisão construída respeitou os rituais e os procedimentos tradicionais tidos como referência pela cosmovisão da comunidade? E, finalmente, o critério de proporcionalidade foi utilizado para definição da gravidade e indispensabilidade da pena aplicada?

A promessa que acompanhou a elaboração do novo paradigma interpretativo foi a de garantir a proteção de direitos fundamentais em contextos interculturais por meio de um controle plural de constitucionalidade. No caso concreto, o Tribunal Constitucional Plurinacional concluiu que a decisão indígena questionada não utilizou como parâmetro a relação entre fins e meios substancialmente solidária (teste 1), não estava de acordo com os pressupostos da cosmovisão da comunidade (teste 2), não respeitava os rituais e os procedimentos determinados pela cosmovisão da comunidade indígena em tela (teste 3) e impôs sanção desproporcional (teste 4), razão pela qual reconheceu a sua inconstitucionalidade. Ao final, portanto, a Suprema Corte concedeu a tutela solicitada no sentido de suspender os efeitos da decisão proferida pelas autoridades indígenas da comunidade de Poroma. É preciso registrar a ausência da participação de autoridades indígenas na articulação e organização do paradigma do *vivir bien*.

As soluções construídas pelas Cortes Constitucionais em ambos os países revelam aquele que é o maior desafio na implementação da jurisdição indígena no marco do “novo” constitucionalismo latino-americano: a dificuldade de articular na engenharia constitucional instituições suficientemente capazes de romper com a visão colonialista que imperou na organização e no exercício do poder em dois séculos de constitucionalismo na América Latina. Em ambos os precedentes jurisprudenciais selecionados é possível identificar no discurso predominante as marcas do pensamento colonialista, que subordina a jurisdição indígena a uma interpretação particular (pretensamente, mas não efetivamente, plural) da Constituição e do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ao afirmar que a competência para conhecer, resolver e sancionar os casos envolvendo crimes contra a vida é exclusiva e excludente do sistema de jurisdição ordinária – mesmo quando os supostos responsáveis sejam cidadãos pertencentes a povos indígenas ou que os fatos tenham ocorrido no interior dessas comunidades – a Corte Constitucional equatoriana entendeu que o modo de composição dos conflitos próprio da justiça ancestral indígena pode não dar conta de proteger os bens jurídicos tutelados pela Constituição. Isso desde uma perspectiva interpretativa monocultural bem delimitada, que privilegia e valoriza a

adoção de medida punitiva à infração cometida pela violação individualmente considerada. Do mesmo modo, ao se legitimar na realização do controle “plural” de constitucionalidade sem garantir a intervenção de autoridades indígenas nos feitos que tenham como objeto as decisões proferidas no âmbito da jurisdição indígena, o Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano reduziu o potencial desse mecanismo de descentralização do poder político e de expressão da autodeterminação dos povos. Tanto a limitação do alcance da justiça indígena (no primeiro caso), quanto a criação de um paradigma de aferimento da constitucionalidade das decisões das autoridades indígenas sem o estabelecimento de diálogo com as mesmas (no segundo) são soluções que compõem um núcleo de ações institucionalmente orientadas num único sentido: subordinar a jurisdição indígena ao sistema axiomático dominante com o fim de evitar retrocessos no padrão de garantia de direitos, pois “a justiça própria de gente inferior não pode deixar de ser inferior” (SANTOS, 2012, p.38).

4. Considerações finais

A análise do projeto plurinacional proposto pelas constituições do Equador e da Bolívia no marco do novo constitucionalismo latino-americano aponta para transformações importantes na forma de organização e de exercício do poder. O reconhecimento da legitimidade da jurisdição indígena pelos novos textos constitucionais desses países rompe com a perspectiva do monismo jurídico na medida em que atribui aos povos indígenas originários a competência para dirimir os conflitos internos da comunidade com base em rituais, procedimentos e direito próprios. A efetividade da autodeterminação dos povos está condicionada à possibilidade dos indivíduos integrantes dessas comunidades participarem do processo de tomada de decisão política que afete seus interesses. Nesse sentido, a justiça ancestral indígena é um dos instrumentos de descentralização do poder que rompe com a lógica liberal-conservadora de marginalização daqueles indivíduos que se encontrem em conflito com o padrão estabelecido por uma visão monolítica do Direito e do Estado que tem como base preconceitos elitistas.

É evidente que o compromisso com a diversidade cultural assumido pelos Estados Plurinacionais traz uma série de desafios nos mais variados âmbitos. O presente trabalho enfatizou aquele que considera um dos mais complexos: a resistência demonstrada pela estrutura institucional dos estados em concretizar os postulados do novo constitucionalismo latino-americano, tendo em vista a marca colonialista encontrada nas raízes históricas do seu funcionamento. Depreende-se da leitura dos textos constitucionais estudados (do Equador e

da Bolívia) que o problema foi identificado com precisão pelos respectivos constituintes – na medida em que propostas inovadoras foram adotadas na reorganização das formas de exercício do poder – mas a efetiva atuação dos atores políticos responsáveis pela concretização do projeto constitucional não parece estar orientada por esta mesma visão plural, inclusiva e descolonizadora.

Especificamente em relação às potencialidades do reconhecimento da jurisdição indígena enquanto mecanismo legítimo de solução dos conflitos existentes no núcleo das comunidades indígenas, constata-se que as Cortes Constitucionais cumprem um papel fundamental na definição do grau de comprometimento que as instituições estatais terão com a autonomia dos povos indígenas originários. Nesse ponto, o problema da concentração de importante parcela de poder pelas instâncias de cúpula do Judiciário aproxima o novo constitucionalismo latino-americano do início do século XXI aos desafios que se apresentaram ao movimento neoconstitucionalista de meados do século XIX (MARTÍN, 2015). As questões envolvendo a democratização do exercício da jurisdição constitucional retornam ao centro do debate, na medida em que o afastamento de setores sociais (de culturas historicamente marginalizadas, como os indígenas) do processo de interpretação constitucional reduz drasticamente a probabilidade de concretização dos valores proclamados pelos estados plurinacionais.

Referências bibliográficas:

AMAYA, Edgar Ardila. Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. In: *El Otro Derecho*. Bogotá, n.26-27, abr.2002, p.49-61.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012. Relatora: Dra Lúgía Velásquez Castaños. Julgado em 24/09/2012 Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/>. Acesso em 20 jun.2016.

EQUADOR. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 113-14- SEP-CC, Caso 0731-10-EP. Relator: Dr. Patricio Pazmiño Freire. Julgado em 30/07/2014. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/> . Acesso em 15 mai.2016.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho em América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1.ed. Buenos Aires: Siglo Vientiuno Editores, 2011.p.139-160.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2014.

MARIÁTEGUI, José Carlos. O problema indígena na América Latina (1929). In: LOWY, Michael (org). O marxismo na América Latina: uma antologia de 1909 aos dias atuais. 3. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2012. p.110-114.

MARTÍN, Núria B. Las posibilidades de un diálogo entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: BRAVO, Alvaro A. Sánchez; CERVI, Jacson Roberto (orgs.). Multiculturalismo, tecnología y medioambiente. Sevilla: Punto Rojo, 2015.

OSORIO, Martín Bazurco; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. Bolivia: Justicia indígena em tempos de plurinacionalidad. In: SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni (orgs). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia. La Paz: Fundación Rosa Luxemburgo/ Ediciones Abya-Yala, 2012. p.49-148.

PATANA, E. Evelin Mamani. Direitos, meio ambiente e nova Constituição na Bolívia. In: MORONI, José Antonio; SERAFIM, Lizandra(orgs.). Sociedade civil e novas institucionalidades democráticas na América Latina: dilemas e perspectivas. São Paulo: Instituto Pólis e INESC, 2009. p.51-64.

RANGEL, Jesus Antonio de La Torre. Pluralismo jurídico enquanto fundamentação para a autonomia indígena. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p.311-326.

RUIZ, Rafael. Francisco de Vitoria e os direitos dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni (orgs). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia. La Paz: Fundación Rosa Luxemburgo/ Ediciones Abya-Yala, 2012. p.11-48.

SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho(s) em América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). El derecho em América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. 1.ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.p.303-322.

TRUJILLO, Jorge León. A nova Constituição do Equador, 2008: seu processo de definição e as mudanças institucionais. In: MORONI, José Antonio; SERAFIM, Lizandra(orgs.). Sociedade civil e novas institucionalidades democráticas na América Latina: dilemas e perspectivas. São Paulo: Instituto Pólis e INESC, 2009. p.25-50.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 1994.

_____. Pluralismo jurídico: novo marco emancipatório na historicidade latino-americana. In: Revista do Saju : para uma Visão Crítica e Interdisciplinar do Direito. Porto Alegre: v.1, n.1(dez. 1998). p.151-164.