

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIA CONSTITUCIONAL

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

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

Coordenadores: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-068-8

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O livro Teoria Constitucional, resultado do esforço de jovens e veteranos constitucionalistas brasileiros, reúne pesquisas relevantes sobre as novas perspectivas da teoria constitucional. Muito embora o constitucionalismo encontre os seus fundamentos nos séculos XVIII, XIX e nas primeiras décadas do século XX, tem passado por inúmeras e consideráveis transformações no século XXI por conta do novo lugar que tem sido reservado à constituição em um mundo globalizado.

Se nos séculos anteriores os elementos que deram vazão à ideia de constituição estavam assentados na necessidade de criar instrumentos para limitar o exercício do poder no âmbito dos estados nacionais, como forma de garantir as condições para que os cidadãos pudessem usufruir dos direitos fundamentais, os quais passaram a se constituir em anteparo diante dos abusos do poder estatal, no século XXI a questão que se coloca é como estender essas conquistas para espaços que ultrapassem as fronteiras dos estados nacionais, como mecanismo adequado para evitar que as forças sem controle de âmbito transnacional ou multinacional oprimam os indivíduos, por meio da inviabilização dos seus direitos fundamentais, porquanto operando em um universo não sujeito a regras ou a regras pouco efetivas.

A superação desse quadro exige uma reflexão profunda das ideias matriciais da teoria constitucional como fundamento para análise e reanálise de categorias as quais devem ser moldadas para oferecer condições de reflexão para busca de alternativas e estratégias para manter o poder ainda sem controle do mundo globalizado dentro de certos limites, os quais devem se relevar como fronteiras para a garantia dos direitos elementares da pessoa humana.

Os trabalhos intitulados A(sobre)posição dos influxos da política sobre o direito e a (simbólica) concretização constitucional: o rompimento do acoplamento estrutural e o surgimento de um acoplamento artificial; A busca pela efetivação da justiça: breve análise metodológica da intervenção em situações de conflitos entre princípios constitucionais; A constituição de 1988 e sua fórmula política: notas sobre a legitimidade do poder estatal a partir da realização da fórmula política; A nova ordem constitucional e a situação jurídica dos empregados públicos não efetivos: análise jurídica da regularidade dos contratos de trabalho celebrados e seus reflexos jurídicos; A possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade sobre súmulas (não vinculantes) editadas pelos Tribunais Superiores; A

reclamação 4335/AC e seus reflexos para o direito brasileiro: novas perspectivas para a jurisdição e hermenêutica constitucional no Brasil; A redemocratização brasileira por meio da constituição brasileira de 1988: um paradoxo?; A interpretação das normas constitucionais de Häberle como alternativa ao positivismo jurisprudencial: análise do caso brasileiro; Acerca do poder constituinte decorrente: aplicação do princípio da simetria no processo legislativo; As questões institucionais e a estabilidade institucional; Constituição e racionalidade jurídica no contexto do neoconstitucionalismo; Matizes construtivas da supranacionalidade frente aos princípios e normas constitucionais; O controle de constitucionalidade das leis entre Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella; O controle de constitucionalidade das leis e a crítica de Jeremy Waldron; O diálogo institucional entre cortes constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais; O direito fundamental de liberdade no Brasil: limites e possibilidades frente à horizontalidade dos direitos fundamentais; O novo constitucionalismo pluralista latino-americano e o estado plurinacional da Bolívia; O perfil constitucional da saúde: reflexões teóricas se comparada acerca do reconhecimento do direito à saúde nas constituições brasileira e italiana; O poder executivo como intérprete imediato da Constituição: ensaio sobre os diálogos constitucionais travados a partir de políticas públicas; O positivismo jurisprudencial brasileiro: a judicialização da terra indígena Raposa Serra do Sol; O Welfare State na América Latina. A (in)efetividade das promessas da modernidade; O neoconstitucionalismo e o ser da constituição brasileira: entre simbolismo e substância normativa; Precedentes à brasileira: uma adaptação peculiar da Common Law; Reflexões para uma teoria da constituição adequada à proteção das pessoas portadoras de sofrimento mental, Pluralismo jurídico e plurinacionalidade na América Latina: lutas, limites e conquistas; Teoria da inconstitucionalidade por arrastamento na jurisprudência do STF e Uma (des) leitura da PEC 33/11: seria uma resposta (adequada) ao ativismo judicial? contribuem sobremaneira para esse debate, além de lançar luzes sobre peculiaridades do constitucionalismo brasileiro e de novos aspectos do constitucionalismo latino-americano.

PLURALISMO JURÍDICO E PLURINACIONALIDADE NA AMÉRICA LATINA: LUTAS, LIMITES E CONQUISTAS

PLURALISMO JURÍDICO Y PLURINACIONALIDAD EN LATINO AMERICA: LUCHAS, LÍMITES Y CONQUISTAS

**Fernando Antonio De Carvalho Dantas
Vanderlei Luiz Weber**

Resumo

Poder-se-ia inferir que direito e justiça são duas portas de entrada (e saída) privilegiadas para realizar uma ampla análise das ambivalências, ritmos, contradições, avanços e retrocessos nos processos de transformação social, especialmente os que se relacionam com projetos políticos. Todavia, e contrariamente, o que vemos é a imposição de um Estado e um direito sobre os demais, que se outorga uma posição de hegemonia, informando e fazendo crer às classes oprimidas que não há desigualdade (afirmação do imaginário criado pelo Estado acerca da justiça e do direito). Dado o edifício jurídico e político do Estado moderno colonial, e dada a condição histórica das comunidades indígenas, são estas que tem o potencial para lutar e radicalizar suas lutas em direção a uma transformação social mais efetiva contra aquele modelo de Estado. Sabe-se que, ainda hoje, passados cinco séculos do início do processo colonizatório, o Estado e o direito eurocêntricos mantêm os indígenas na invisibilidade, gerando a crença de que há uma linha que separa os que estão do lado de cá (os hegemônicos), dos que estão do lado de lá (os invisíveis), ferramenta utilizada pela ideologia eurocêntrica para que sua exclusão e sofrimento não possam ser questionados. Mas, novas luzes surgem no cenário atual. Na América Latina, Equador e Bolívia são os países que, recentemente, passaram por um processo de transformação constitucional mais profundo, diagnosticando-se os movimentos políticos protagonizados por comunidades indígenas e outras organizações populares.

Palavras-chave: Justiça indígena, Pluralismo jurídico, Plurinacionalidade.

Abstract/Resumen/Résumé

Se podría decir que el derecho y la justicia son dos puertas de entrada privilegiadas para realizar un amplio análisis de las ambivalencias, ritmos, contradicciones, avances y retrocesos en los procesos de transformación social, especialmente los que se relacionan con proyectos políticos. Todavía, y contrariamente, lo que vemos es la imposición de un Estado y un derecho sobre los demás, que se otorga una posición de hegemonía, informando y haciendo creer a las clases oprimidas que no existe desigualdad (afirmación del imaginario creado por el Estado acerca de la justicia y del derecho). Puesto el edificio jurídico y político del Estado moderno colonial, y dada la condición histórica de las comunidades indígenas, son esas que tienen el potencial para luchar y radicalizar sus luchas en dirección a una

transformación social más efectiva de en contra aquel modelo de Estado. Se sabe que, aún hoy, pasados cinco siglos del inicio del proceso colonizador, el Estado y el derecho euro céntricos mantienen los indígenas en la invisibilidad, generando la creencia de que existe una línea que separa los que están del lado de acá (los hegemónicos), de los que están del lado de allá (los invisibles), herramienta utilizada por la ideología euro céntrica para que su exclusión y sufrimiento no puedan ser cuestionados. Mas, nuevas luces surgen en el escenario actual. En América Latina, Ecuador y Bolivia son países que, recientemente, pasaron por un proceso de transformación constitucional más profundo, diagnosticándose los movimientos políticos protagonizados por comunidades indígenas y otras organizaciones populares.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justicia indígena, Pluralismo jurídico, Plurinacionalidad.

Introdução

A partir dos elementos trazidos no resumo deste trabalho, tem-se que um novo paradigma se apresenta, a ponto de ser legítimo na introdução deste trabalho se falar em processo de refundação política, social, econômica e cultural. Por esse motivo, é também apropriado o momento em que se começa um novo período político na história do reconhecimento indígena, para fazer a análise deste povo que possui sua própria justiça, fazendo sua existência ser reconhecida, legitimada e sendo-lhe garantida uma razoável autonomia. Isso nos remete a um momento histórico fundamental, vez que se está concebendo a justiça indígena como vocacionada a um projeto político descolonizador e anticapitalista.

A concepção que se traz à baila poderia estar relacionada à ideia de uma segunda independência, geradora da ruptura eurocentrista que até o presente tem controlado e limitado todos os processos de desenvolvimento humano latinos (Santos; Jiménez, 2012).

Sob este prisma e dentro deste contexto se desenvolverá a temática do pluralismo jurídico que, por sua vez, será apresentada como intimamente relacionada à necessidade de seu desenvolvimento em direção a plurinacionalidade latino-americana. Antes de adentrar o tema principal, no entanto, se fará algumas rápidas referências a como se fundou a separação entre os termos cultura/natureza, além de apresentar alguns tópicos da evolução dos direitos individuais aos direitos coletivos. Referências essas que servirão de fundamento ao tema principal.

1. Ligeira fundamentação histórica acerca da ruptura entre cultura e natureza

Joaquín Herrera Flores, ao desenvolver a temática Cultura e Natureza: a construção do imaginário ambiental bio(sócio)diverso, trata do dilúvio bíblico como a gênese da separação entre o humano e a natureza (*somos humanos, entonces no somos naturaleza* [Flores, 2004, p. 37]) o que, portanto, distancia o indivíduo da realidade, fazendo com que, desde aquele momento, tal pensamento se torne o mecanismo básico para qualquer fundamento transcendental, contaminando decisivamente o pensamento filosófico e científico ocidental.

Uma das metáforas utilizadas por Flores neste trabalho é a de Joseph Conrad, na alucinante viagem de Marlowe, personagem central de “El corazón de las tinieblas”, pelo fato de Adão e Eva terem sido expulsos do paraíso sob a afirmação de que *La naturaleza es*

nuestra enemiga. La cultura es nuestro refugio. Construyamos barreras contra la intromisión de lo natural en lo cultural (Flores, 2004, p. 40).

A outra metáfora vai na direção de proteger a humanidade do “segundo dilúvio” quando Nemrod, o gigante construtor, cria a Torre de Babel, representante do domínio e da sujeição técnicos sobre a natureza (tirania da técnica) e da dicotomia essencial entre o cultural e o natural. Tal criação trouxe consequências funestas para nossa autoconsciência e vida em sociedade, enquanto esta estaria para sempre condenada a basear-se em dualismos, onde o anterior seria superior ao seu opositor: público X privado, livre X escravo, civilizado X bárbaro, branco x negro/índio, mente X corpo, sujeito X objeto, homem X mulher etc. Fruto final de uma visão ocidental eurocêntrica em que se parte de uma ideia hegemônica transformada em referência para toda a humanidade (Flores, 2004).

Com base nessas teorias e metáforas se poderia analisar o resultado do processo de independências eurocêntricas na América Latina gerador de implicações políticas e jurídicas, na forma de concepções monolíticas, monoculturais, de capitalismo dependente, de colonialismo interno, de racismo, autoritarismo, centralidade burocrática e o padrão cultural ocidental. E, foi assim que se construíram as políticas públicas latinas da economia, educação, cultura, língua, saneamento, segurança, assistencialismo, territórios, políticas estas fundadas por sobre um severo processo de exclusão, repressão e invisibilização das maneiras de viver, pensar, agir e sentir colidentes com os princípios liberais nacionais (Santos; Jiménez, 2012).

Na via contrária dessa conceituação e dessas ocorrências, Flores, a fim de salvar o termo “cultural”, o definirá como algo que está em ação, em movimento, propondo-o como elemento de interação, voltado para a coletividade, em um conjunto de novos processos de significação e ressignificação do mundo: a realidade se constitui de formas de relacionamento diferentes e plurais com os outros, conosco mesmos e com a natureza, o que deve designar *la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos* (Flores, 2004, p. 41).

Para tanto, a relatividade relacional é fundamental para fortalecer a ideia de interação como básica para compreender culturalmente os fenômenos naturais, entendendo bio(sócio)diversamente tudo que se refere ao cultural. Daí que não se fala mais em espaços interativos como os “vértices”, representados pela ideia de *no-lugares*, mas em “vórtices” enquanto abrem uma pluralidade de vias num campo de forças que aumenta sua complexidade à medida que vão interagindo e construindo nosso imaginário ambiental bio(sócio)diverso. Para se atingir tal objetivo, é fundamental, segundo Flores (2004), cultivar o conceito de *entorno* que faz valorizar a constante atividade relacional por meio da qual iremos nos

humanizando considerando as explicações, interpretações, adaptações e transformações que envolvem os outros, a nós mesmos e ao conjunto da natureza.

Segundo o autor somos animais culturais (seres naturalmente culturais e seres culturalmente naturais) viventes de um *entorno* que só se realiza na inter-relação, independente da mesma ser tensa ou pacífica. Ademais, é preciso dizer, são os processos naturais que mantêm nossos processos culturais em atividade quando, na sua ausência, ficaríamos incapacitados para o pensar racional. Essa maneira de olhar inverte o *cogito* cartesiano para *existo, logo penso* (Flores, 2004, p. 44).

Acerca do conceito de espaço, Milton Santos dizia que o mesmo não deve ter sua definição reduzida às coisas que nele se encontram, mas também pelas relações que emergem das ações e dinâmicas humanas que nesses espaços ‘transitam’. É o que aparece na referência ao Rio Amazonas trazida pela obra do escritor amazonense Leandro Tocantins (O rio comanda a vida) já que aquele exerce papel imprescindível na vida dos ‘seus’ ribeirinhos (Flores, 2004).

Da mesma forma que natureza e cultura se co-implicam, sem deixar de ser conceitos distintos, vez que a distinção em certa medida é importante, embora não deva ser absoluta, também as diferentes raças e culturas devem interagir sem, todavia, perder ou deixar de considerar suas particularidades. Por essa razão, entre outras mais, se deve reconhecer o pluralismo jurídico como via possível, até mesmo necessária. Tema este que trataremos mais adiante.

2. Elementos da evolução dos Direitos Individuais aos Direitos Coletivos

No Estado moderno, toda legislação está concentrada nos direitos individuais. Tal concepção gera uma porção de outras digressões, tais como o fato de que, se congrega a ela o direito de propriedade privada patrimonializada, que patrimonializa todos os entes a sua volta. Tudo se consagra em um bem que pode ser usado, gozado, fruído. Até a vida de cada um passa a ser valorada patrimonialmente. Isso inclui os danos morais, à intimidade, aos direitos da personalidade. Tudo é convertido e apreciado como se concreto fosse e, portanto, valorável financeiramente (Marés *apud* Oliveira, Paoli, 1999).

É criação do capitalismo, por exemplo, o fato de a terra ser considerada objeto de direito de propriedade, independentemente de produção ou uso. A análise que confunde a

terra e suas funções humana e social, com o direito formal de propriedade, que exclui, opta contra a vida. A ideia de que a propriedade é o próprio homem e nenhum direito pode ser mais sagrado do que ela é a grande agressão ao projeto da vida, qualquer que seja sua dimensão (Marés, 2003). Dimensão que faz concluir que estamos a viver sobre a égide do sistema capitalista, onde a demanda do mercado é a única via possível para quem queira sobreviver. E, dentro dessa lógica só se pode dar direitos a quem pode ser identificado como indivíduo, sendo que os direitos coletivos são simplesmente representados pela somatória dos direitos individuais.

Metaforicamente poderíamos adotar a figura de *Garabombo, o invisível*, do romance de Manuel Scorza, no qual o personagem é acometido de doença que o invisibiliza toda vez que luta por direitos comunitários. Sua luta e documentação não podiam ser reconhecidas pelas autoridades, vez que seu manifestante era invisível (Marés *apud* Oliveira, Paoli, 1999). Isso posto, temos que no universo comandado pelos direitos individuais, a possibilidade de se aventar a ideia da coletividade é omitida e invisibilizada, e só aparece quando vinculada ao Estado. A invisibilidade é a tônica, assim como *Garabombo*.

Esse modelo monista ocidental de ver a política, o direito e a legislação confluem numa visão contrária a defendida neste trabalho: a do pluralismo jurídico. Dessa lógica tem-se valido especialmente o Estado moderno que não tem permitido trazer à tona nada que pertencesse ao campo dos direitos coletivos. Note-se que a própria Revolução Francesa, a dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, proclamava que nenhum poder poderia se interpor entre o indivíduo e o Estado.

Hoje, com o advento do Estado de Bem-Estar Social e com a CF/88, no caso do Brasil, procurou-se “dar voz” aos direitos coletivos, enquanto que o próprio Estado passa a criar formas de relativização dos direitos individuais. Também o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) ampliou aquelas garantias ao estabelecer, no seu artigo 81, § único, incisos I e II, a defesa coletiva de interesses ou direitos difusos e coletivos:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

[...]

Mazzili trata do que ele denomina de novos direitos, os direitos difusos e coletivos, de natureza transindividual, como que *coincidindo com o interesse público, como é o caso dos direitos ao meio ambiente e, por outras, abrangendo direitos de coletividades específicas, como os direitos étnicos e culturais* (Mazzili, 2012, p. 51).

Todavia, o que se percebe na prática é que na quase totalidade dos casos, tal “conquista” não passa de um direito formal e abstrato na qual nem o próprio Estado acredita, ou pelo menos quando este mesma Estado tem demonstrado e desprendido poucos esforços para regulamentar tais direitos, e igualmente não garantindo que a estrutura e a logística do Poder Judiciário se adequem a letra e a hermenêutica destes direitos. Processualmente falando, o Poder Judiciário não dá guarida aos institutos em questão porque não foram criadas as vias processuais e administrativas adequadas, mas também por falta de organização e disposição ideológica (Marés *apud* Oliveira, Paoli, 1999).

Uma das demonstrações de que os direitos coletivos dos povos indígenas, por exemplo, não passam de mera abstração é a falácia ou ‘armadilha da autodeterminação’: [...] *os povos têm a autodeterminação para se constituir em Estado, desde que não estejam sob a jurisdição de um Estado já constituído* (Santos, 2010, p. 106). Então, o direito à suposta autodeterminação dos povos se restringe por determinações de direitos internacionais, por um lado e, por outro, da garantia dos direitos individuais pelo Estado, como o da propriedade privada, por exemplo, o qual não tem sentido algum para as comunidades indígenas.

Segundo o mesmo autor (Santos, 2010, p. 94), em outra referência a abstração dos direitos coletivos, observa que [...] *se todos são sujeitos do mesmo direito, todos dispõem dele, mas ao mesmo tempo ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria a violação do direito de todos os outros*. Em contrapartida, quando direitos pertencem a coletividades a que as mesmas se vinculam, a violação, mesmo que de apenas um desses direitos, representaria uma lesão a toda a comunidade que o integra.

Por outro lado, este direito também é posto em dúvida porque o indígena teria que deixar de ser índio, para ser membro de uma ‘nova’ sociedade; e depois, porque para se tornar cidadão deveria ter alguns atributos, como ao menos conhecer a língua oficial, diferente da sua. Estes elementos transformavam cada indígena em trabalhador livre, capaz de disputar um emprego assalariado, sem a proteção de sua comunidade (Marés, 2003).

Salienta-se, por fim que, na prática, a ideia de que as terras haveriam de ser privadas, representou uma obrigação cruel para os povos indígenas, justamente por não a ocuparem dessa forma, nem sequer tinham compreensão do que o conceito significava, por ser coletivo, comunitário o seu uso e interpretação (Marés, 2003).

E, tratando da conquista dos direitos coletivos por meio dos estatutos acima mencionados, chegamos à temática do pluralismo jurídico que necessariamente, em termos latino-americanos, está ligado ao novo processo de transformação constitucional, a plurinacionalidade.

3. Algumas implicações do Pluralismo Jurídico e da Plurinacionalidade na América Latina

Quando se fala em movimentos sociais de transformação política e do reconhecimento da política e justiça indígenas, se compreenderá perfeitamente que estamos diante de um processo de transição histórica político-jurídica por longo período, devido sua possível demora, para que tal projeto se concretize. Ademais, ainda se enfrenta o provável risco de que, disfarçada na velha política, governos lancem mão do discurso da nova para dominar e, no fundo, manter “tudo como dantes no quartel d’Abrantes”.

Outro problema que os protagonistas da nova política enfrentam é que seus sucessores possam não dar seguimento ao que fora iniciado, e acabem por ceder diante da inércia do poder constituído, sujeitando o projeto a um processo de desconstitucionalização (Santos; Jiménez, 2012).

Em se tratando da justiça indígena em particular, sabe-se que a mesma, diferentemente da plurinacionalidade, já é uma realidade, independentemente de ser reconhecida pelo Estado, e faz parte da vida cotidiana das suas comunidades. Se podendo, inclusive, afirmar que

La justicia indígena es parte de un proceso político más amplio que implica la construcción del Estado plurinacional. En consecuencia no puede ser analizada aislada de ese proceso; los ataques a la justicia indígena son la forma más visible de ataque al Estado plurinacional [...] (Santos; Jiménez, 2012, p. 54).

Portanto, embalada por tal legitimidade, são estas as comunidades vanguardistas e as provocadoras da construção de um projeto plurinacional inovador, permanecendo, contudo, em constante estado de alerta contra os riscos da velha política, da que está “deste lado da linha”, lançar *patas arriba* este fundamental projeto de transformação constitucional.

Imprescindível notar que a justiça indígena ainda hoje, com algumas exceções, não passa de uma excentricidade ou uma inofensiva concessão política na visão dos Estados Latino-americanos, ou seja, apenas parte do mecanismo de dominação capitalista e colonialista.

Exceção histórica a essa maneira de ver a realidade indígena foi a mensagem de Washington, de 1795, quando denunciava ao Congresso norte-americano as crueldades praticadas pelos colonos contra os índios e, por conta disso, exigia proteção para estes: *Se quereis que os índios sejam justos, é indispensável que não sejais, como sois, injustos com eles* (Mendes Junior, 1912, p. 8).

Nessa mesma época a Corte Suprema já havia decidido em relação ao alcance político dos tratados que se referiam as comunidades indígenas que

[...] com os índios sempre se tratou como de potencia a potencia, com pactos discutidos e confirmados, pactos que tiveram em mira alliança em previsão de guerra, accôrds pacíficos, cessões de territorio e semelhantes; jamais tendo havido sobre taes actos contestação, ficando assim as tribus com attributos essenciaes de uma nação, governando-se por suas leis e costumes, os Cheroquezes formam um Estado no sentido da Constituição e podem como taes, intentar perante a Côrte Suprema uma acção contra o Estado da Georgia (Mendes Junior, 1912, p. 9). (grifo meu)

Embora o avanço constatado no final do séc. XVIII, no ano de 1871, pelo Ato 3 de Março, registrou-se flagrante retrocesso quando o Congresso norte-americano, para manter a soberania da União, declarou que *nenhuma nação ou tribu indiana será reconhecida como poder independente* (Mendes Junior, 1912, p. 10). Todavia, ainda no mesmo período o próprio Congresso incitou as comunidades indígenas a unirem-se entre si e criarem sua própria Constituição, prevendo leis e governo distintos, como também administrassem sua própria justiça, cuidassem de assuntos de guerra e paz, assim como da delimitação das suas terras.

3.1 Atualidades da justiça indígena latino-americana

A realidade Latino-americana, na contemporaneidade do período e do exemplo norte-americano acima mencionados, manteve a sua estrutura política e jurídica em relação às comunidades indígenas similares ao período colonial, praticamente sem alterações.

Todavia, paulatinamente, tal concepção vem sendo modificada, mostrando este modelo de justiça a sua cara mais visível e mais agressiva em favor do projeto plurinacional. Da visibilidade do projeto, contudo, surgem os problemas e vulnerabilidades, entre os quais o da exposição a interpretações hostis e prejudiciais pelos partidários que não desejam que o programa plurinacional avance. A demonização da justiça, portanto, passa a ser o propulsor de manifestações políticas de desconstitucionalização (Santos; Jiménez, 2012).

Atualmente, está em jogo um processo de transição imbricado num complexo conjunto de tensões que, afinal, não garantem resultado certo. O elemento mais exigente,

relacionado ao reconhecimento da justiça indígena, é o de modificar o significado político da sociedade onde a mesma vige, como parte do grande projeto de plurinacionalidade. Isso daria a esse modelo de justiça um expressivo reconhecimento do seu papel dentro da concepção de um direito plural o que, como consequência, faria do pluralismo jurídico um projeto mais fortalecido.

As diferentes dimensões desta mudança, o que é salutar dentro de um processo de transformação constitucional, se entrecrocaram gerando campos de luta, disputa e tensões, numa arena de diferentes sujeitos, nela presentes como adversários ou não. E, mesmo tendo tais sujeitos, encampados da luta, uma relação muito próxima entre si, consegue-se identificar neles elementos de autonomia, o que torna o necessário processo de transformação ainda mais complexo.

3.2 Eventos que tensionam as relações entre as justiças indígena e ordinária

Quando, segundo Boaventura, passamos para o tópico de maior acento destas tensões temos que o nó gordal está no contato entre o reconhecimento da justiça indígena e a tradição jurídica eurocêntrica referendada na justiça ordinária do Estado, em outras palavras, teríamos que superar o monolitismo jurídico para chegar ao pluralismo jurídico. A justiça ordinária está marcadamente cristalizada em nossas sociedades modernas devido a uma interconexão de fatores: teoria jurídica, planos de estudos, formação de juristas profissionais nas faculdades de direito, formando parte do leque de eventos da cultura jurídica hegemônica e até o presente, dominante, ou seja, vista pela sociedade como a única forma de justiça verdadeira (Santos; Jiménez, 2012).

No pensamento de Foucault (1972), tanto as normas que dizem respeito à terra indígena como as que organizam a estrutura do Poder Judiciário, bem como a ideologia que o sustenta, são importantes para o que o autor chama de “campo discursivo”, que se refere a diferença entre o que se deveria dizer verdadeiramente acerca de uma época e o que, de fato, é dito.

Por que é tão complicado o reconhecimento plurinacional da justiça indígena pela ordem jurídica pré-estabelecida? A resposta poderia comungar da ideia de que se estaria pondo em cheque o tripé principiológico da justiça estatal. Em primeiro lugar se arriscando a sobrevivência do princípio da soberania, dado que é o Estado oficial que tem o monopólio da produção e aplicação da justiça.

Outro princípio que seria questionado é o da unidade do direito. O direito do Estado moderno pode ser imediatamente reconhecido por constituir uma totalidade bem definida. Sabe-se, no entanto, que nem internamente (dentro da própria estrutura do estatal) o direito é homogêneo.

E, por fim, a justiça indígena seria questionadora do princípio da autonomia do direito, vez que o Estado moderno entende que o sistema jurídico possui uma lógica própria, diferente e autônoma em relação aos demais sistemas de regulação social (Santos; Jiménez, 2012).

Outra tensão ocorre entre o multiculturalismo liberal e a interculturalidade, enquanto naquele se reconhece a presença de culturas que não representam o eurocentrismo, desde que o mesmo apenas se desenvolva dentro de suas comunidades e, portanto, não interfira na estrutura hegemônica eurocêntrica ou colonial. Lembrando que o colonialismo é especialista em naturalizar relações de domínio e subordinação baseadas em diferenças étnicas e raciais e que, por ser monocultural, oculta ou nega a diversidade. Por outro lado, o novo pluralismo (o do Estado Plurinacional) não requer apenas a aceitação da diversidade, mas sua interconexão e enriquecimento recíproco das diferentes culturas em movimento (Santos; Jiménez, 2012).

Um importante exemplo de negação étnica e de invisibilidade do outro se observou no advento da criação da Organização das Nações Unidas, em 1948, momento em que a maioria dos países latino-americanos declarou não possuir minorias étnicas. Esse processo de inferiorização dos não existentes, dos que estão do outro lado da linha, é o que Boaventura chama de *Sociologia das Ausências* (Santos, 2009; Santos; Jiménez, 2012, p. 23).

Em relação a essa problemática, países como o Equador e a Bolívia, que reconhecem ser coloniais e passam por um processo de descolonização criaram serviços estatais para ter êxito nesta investida. Isso ocorre ao passo que se tem consciência que o colonialismo está arraigado nas mentes dos indivíduos de tal forma que se levará muito tempo para conseguir dar uma solução razoável ao tema.

Exemplo mais específico, relacionado diretamente a casos de racismo que envolvem a justiça indígena é o de Riobamba, no Equador, que torna explícito o racismo dos funcionários da justiça ordinária. Tal racismo aparece na forma de tratamento dos indígenas, no modo como se olha para os mesmos, como se divertem rindo das suas vestes e maneira de se comunicar, chamando-o de rústico ou ainda quando o seu processo demora o dobro do tempo que para outro cidadão em relação ao mesmo trâmite (Santos; Jiménez, 2012).

Como já mencionado acima, outro exemplo característico é a maneira como se demoniza a justiça indígena que, entre outras formas de classificá-la, é denominada de

selvagem, bárbara, quando se acaba por transformar casos excepcionais em regra, gerando a concepção de que é “normal” que os indígenas ajam assim. Nesse ponto, apesar de governos como o do Equador e da Bolívia, por exemplo, estarem em oposição com a mídia e outros grupos políticos e econômicos, comungam da mesma definição quando se trata da questão selvagem da justiça indígena.

3.3 Da transição do conceito de nação ao conceito de plurinação

Em se tratando da temática da transição das nacionalidades às plurinacionalidades, tem-se que a justiça ancestral dos povos originários não representa um método de solução de litígios, mas está ancorada num sistema de territórios, de autogoverno, de cosmovisões próprias e de uma história e memória prolongadas, produzidas por meio de resistência e sofrimento.

Conforme nos informa Pierre Clastres (*apud* LAX, 2011), devido ao modelo político de sociedade tribal, as comunidades indígenas não só não desapareceram quando da ‘revolução neolítica’, como também chegaram até os dias atuais constituindo-se no modelo político-social de maior longevidade, estabilidade e sustentabilidade da história humana. E, portanto, deveria os Estados latino-americanos reconhecê-lo como tal e servir-se dele como referência.

Assim a concepção de que há diferentes sistemas jurídicos e diversos conceitos de nação e, considerando a possibilidade de coexistência destes conceitos dentro de um mesmo Estado é a ideia de construção do projeto plurinacional. Seguindo a exemplificação a partir dos Estados já mencionados, teríamos a interconvivência e coexistência das nacionalidades equatoriana e boliviana com a quéchua, aymara, guarani.

No entanto, não faltam argumentos falaciosos alegando que o projeto plurinacional coloca em risco a unidade e a coesão das sociedades envolvidas. Se acredita que por trás desses posicionamentos esteja presente o colonialismo (que não se extinguiu com as independências) e que continua vivo no racismo e nas relações sociais internas, afetando tais relações, suas identidades e subjetividades, contaminando todo o debate sobre a plurinacionalidade.

Possivelmente isso se deve ao temor de que, ao tornar efetivos os direitos constitucionais dos indígenas, se os habilite a possibilidade de uma maior autodeterminação e, como consequência, se lhes vá permitir o manejo das próprias regras num determinado território, e se termine por criar um ‘novo Estado’ dentro do próprio Estado (Anaya, 2005).

Isso ocorreria de tal modo que as revoltas e a resistência das comunidades indígenas se transformassem num fator positivo de provocação e conquista do reconhecimento do pluralismo jurídico por parte do Estado brasileiro, quando passariam a manejar livremente seus direitos da forma que lhes é peculiar.

Antonio Carlos Wolkmer (2010), afirma que o pluralismo no ambiente jurídico tende a demonstrar que o poder estatal não é a única fonte no Direito, conferindo espaço para a produtividade e aplicabilidade de normas que tem como ponto de partida a força e a legitimidade de um complexo modelo de poderes surgidos no processo dialético-social de seus diversificados sujeitos e coletividades. Sem adentrar numa discussão sobre as variantes de pluralismo jurídico, tanto do paradigma que vem ‘do alto’, transnacional e globalizado, bem como do que vem ‘de baixo’, das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais, importa sublinhar a proposição de um constitucionalismo pluralista e emancipador gerador do pluralismo jurídico, ao mesmo tempo em que por ele é gerado.

A tríade que opera contra o plurinacionalismo, que inicia com o colonialismo, é completada pelo autoritarismo e pelo capitalismo que contém a dupla função de ilhar os povos indígenas, por um lado, quando se pretende dividi-los do restante da sociedade e, por outro, neutralizar suas conquistas mais avançadas, fomentando divisão dentro das suas organizações. É aqui que entra com mais influência o interesse pela demonização dos líderes e criminalização dos seus movimentos.

O individualismo e os privilégios concedidos à democracia representativa são formas de manifestação do pluralismo político eurocêntrico. Mas, há outras formas tão sérias quanto estas: o Estado que representa apenas interesses gerais, esquecendo-se das minorias; a agregação dos interesses setoriais que se dá pela via dos partidos políticos; o nacionalismo; o secularismo, enquanto tem no modelo de separação entre Igreja e Estado o fundamento estruturante da sociedade política e; o capitalismo como forma natural de realizar no plano socioeconômico o projeto liberal (Santos; Jiménez, 2012). Num quadro com tais características não é difícil imaginar que grupos tradicionais, como os povos indígenas, se encontravam excluídos. O próprio marxismo teria mantido esse modelo excludente, conservando a invisibilidade social e política destes povos. A exceção teria sido José Carlos Mareátegui.

As comunidades indígenas nunca reconheceram a legitimidade do modelo acima e sempre se manifestaram como críticos ferrenhos dele. Assim é que as Constituições do Equador e da Bolívia representam, em boa parte, o ápice destas manifestações. Como resposta a Constituição boliviana estabeleceu em seu artigo 11 o reconhecimento de três formas de

democracia: a representativa, a participativa e a comunitária, a esta última corresponderiam as comunidades indígenas, dada sua forma de organização política. Juntas e complementárias, as três se transformam no principal caminho do projeto da democracia intercultural e da plurinacionalidade (Santos; Jiménez, 2012).

Sob a ótica do desenvolvimento capitalista dependente e sua tentativa de superação para chegar ao *buen vivir*, em um trocadilho poderíamos referir-nos a estes conceitos como *da natureza-recurso* à *natureza-pachamama*. Este é, para a justiça indígena, o grande pilar do projeto do novo constitucionalismo. Sob esta ótica, um Estado plurinacional com sua nova ideia de interculturalidade e valorização da diversidade integram todas as possíveis dimensões em torno de sua proposta: cultural, política, territorial, jurídica, social e econômica. Isso implica que tal modelo de Estado reconhece várias formas como legítimas para organizar a ação política, conceber a propriedade, dar gestão ao território, organizar a vida econômica etc.

Na visão de Caroline Barbosa Contente Nogueira e Fernando Antonio de Carvalho Dantas (2012, p. 2426)

[...] o *buen vivir* é de fundamental importância para mudança de paradigmas jurídicos e políticos de um Estado, modificando as estruturas universalistas e monodirecionais em que se transcrevem as atividades estatais para uma compreensão holística e integrada entre ser humano e natureza, além de valorizar profundamente os princípios pluralistas, propostos como instrumentos de maximização da democracia.

Quando tratamos de conceitos como a *buen vivir*, *sumak kawsay* ou *suma qamaña* estamos próximos da ideia de organização plural da economia e da propriedade a qual deve ser gerenciada pelos princípios de reciprocidade, complementariedade e primazia do florescimento coletivo e do respeito pelos direitos da natureza como nossa *pachamama* e como origem e garantia de ambas espécies de vida humana e não humana.

Vale considerar que tais princípios se aproximam muito mais da realidade social e econômica regulada pela justiça indígena. Contrariamente, a mesma é questionada, entre outros motivos por ela ser contrária ao desenvolvimento. Mas de qual desenvolvimento? Daquele projetado pelas Constituições da Bolívia e do Equador? Ou do projeto de desenvolvimento capitalista dependente que influenciou e caracterizou os processos constitucionais anteriores?

Os custos sociais para as populações indígenas, em se tratando apenas do neoextrativismo, foram agressivos e resultaram na

[...] ocupação de suas terras sem consulta prévia, contaminação de suas águas, destruição ambiental, violação grotesca dos direitos da Mãe Terra mediante exploração mineira a céu aberto, reforço da presença das igrejas (aproveitando-se da desorientação e desesperança das populações), assassinato de dirigentes,

afastamentos maciços das populações sem nenhum respeito pelas suas reivindicações, seus territórios sagrados, seus ancestrais (Santos; Jiménez, 2012, p. 32). (tracução minha)

O problema maior é que todo tipo de resistência indígena para manter a sua justiça, modo de vida e controle sobre seus territórios é imediatamente acusada de inimiga do desenvolvimento. E, como se isso não bastasse, setores do Estado, contrários ao processo constitucional, ou a eles ligados devido a determinados interesses, como os do agronegócio, por exemplo, conseguem, com sua influência e artimanhas, manipular e produzir divisões internas nas comunidades indígenas, fazendo-os acreditar que estão equivocados aqueles que estão resistindo, o que acaba, além de tudo, por aumentar conflitos internos nestes agrupamentos.

As já mencionadas constituições boliviana e equatoriana põem as justiças indígena e ordinária em paridade e, portanto, é lhes conferida a mesma dignidade constitucional. Mas, na prática isso pressuporia uma cultura jurídica de convivência, forma ideal para as duas justiças. Todavia, o que se evidencia é que os operadores da justiça ordinária até hoje se deixam dominar pela cultura positivista, e deles e outros grupos relacionados emerge uma força interessada em que, na prática, a nova cultura jurídica nunca surja.

Na análise de Wolkmer (2010), o conteúdo próprio do Novo Constitucionalismo Latino-americano apresenta um constitucionalismo plurinacional valorador do local e do comunitário, identificado por paradigma não universal de Estado de Direito, que concomitantemente se relaciona com experiências de sociedades interculturais, tais como as indígenas, comunais, urbanas e camponesas e com ações de pluralismo igualitário jurisdicional ao passo que convivem instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena, camponesa etc.

Outra questão que remete a ideia de paridade é a de que a coordenação entre as duas justiças não tem que ser realizada pela via legislativa. A sugestão seria a de que ela pudesse ser “controlada” por um órgão jurisdicional, como o Tribunal Constitucional, por exemplo. É que numa fase de busca de caminhos, uma solução jurisdicional (mais próxima da realidade do que está em jogo?) é mais apropriada que uma solução legislativa. Para respeitar o projeto constitucional da forma como proposto, aquele tribunal deverá promover gradualmente a já mencionada *ecologia de saberes jurídicos*, que é o modo de pensamento jurídico correspondente ao modelo jurisdicional representado pela convivialidade, em lugar da dualidade de saberes.

Tal ecologia de saberes se assenta numa pedagogia de aprendizagem recíproca entre os modelos, o que gerará o enriquecimento e empoderamento de ambos. Estes intercâmbios de soluções jurídicas conduzem a *interlegalidade* (maior conhecimento que a sociedade vai tendo das duas justiças, possibilitando que se opte por uma delas, além de permitir que certas relações sejam reguladas simultaneamente por mais de um sistema jurídico) e a *híbridos jurídicos* onde se pode identificar a presença de várias culturas jurídicas (Santos; Jiménez, 2012, p. 38).

Conclusão

No fechamento deste trabalho, resta claro que não se trata de mera causalidade, ou de simples alegação em abstrato, quando se está fazendo referência às conquistas em direção ao pluralismo jurídico e ao plurinacionalismo que se deixam encontrar em algumas constituições latino-americanas, de modo específico as do Equador e da Bolívia, que contemplam direitos sagrados das comunidades tradicionais, especialmente os dos povos indígenas.

No entanto, e mesmo assim, vários problemas foram apresentados, entre eles a de que a resistência indígena e as tentativas de manutenção da sua justiça sofrem a acusação de inimigas do desenvolvimento. Falácia que também aparece nos discursos estatais e de grupos de interesse está relacionada ao fato de que o projeto plurinacional coloca em risco a unidade e a coesão das sociedades envolvidas, alegação de clara inspiração colonial. Por fim, é preciso dar acento à maneira como se demoniza a justiça indígena ao denominá-la selvagem e bárbara, ao se transformar casos excepcionais em regra o que aparece, inclusive, nas discussões e decisões judiciais dos Estados da Bolívia e do Equador, apesar dos avanços que trazem as suas constituições.

Todavia, além dos problemas apresentados, que tanto representaram avanços quanto limites ao Pluralismo Jurídico, ainda ficam outras questões para pensar e resolver. Entre elas a necessidade de as Constituições e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos serem respeitados pelos diferentes grupos que compõem determinada plurinação.

Em relação ao tema, como subordinar a justiça indígena, que possui seus elementos culturais próprios e uma simbologia expressivamente particular e diferenciada, fazendo-a respeitar Tratados e Constituições que se distanciam da perspectiva daquele modo de fazer justiça? Não deverão ocorrer sérios problemas de interpretação que, por sua vez, gerarão conflitos? A composição de tribunais constitucionais que estejam formados por ambas justiças poderiam ajudar? A tradução intercultural como ferramenta que leve a uma melhor

interpretação dos institutos e legislação que envolve os grupos interessados poderia ser útil? Não omitir e não silenciar quando tensões se apresentarem e conflitos surgirem, para que esta realidade não se transforme em uma forma insidiosa de resolver os conflitos constitucionais?

Assim, em termos de conquista efetiva temos que o que salva a previsão constitucional de alguns países latino-americanos, por hora, é a chamada *coordenação desde baixo*, pela qual autoridades das duas justiças realizam práticas procedimentais a partir de processos concretos em sua atividade diária.

REFERÊNCIAS

FLORES, Joaquín Herrera. Cultura e Natureza: a construção do imaginário ambiental bio(sócio)diverso. *Revista Hiléia – Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, ano-2, n. 2, Manaus, janeiro-junho, 2004.

_____. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

FOUCAULT, Michel. Resposta a uma questão. *Tempo brasileiro*. 1972, 28:57-81, jan/março.

LAX, Alejandro Moreno. *La política de la liberación de Enrique Dussel*. Publicado em: 08 jan. 2011. Disponível em <http://sociedadlatinoamericana.bligoo.com/content/view/1205912/La-politica-de-la-liberacion-de-Enrique-Dussel.html>. Acesso em: 07 jan. 2014.

MARÉS, Carlos Frederico. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARÉS, Carlos Frederico. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de, PAOLI, Maria Célia (Orgs.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes/FAPESP/NEDIC, 1999.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES JUNIOR, João. *Os Índigenas do Brazil, seus direitos individuais e políticos*. Ed. Fac-Similar São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

NOGUEIRA, C. B. C.; [DANTAS, F. A. C.](#) *O Sumak Kawsay (Buen Vivir) e o Novo Constitucionalismo Latino Americano: uma proposta para concretização dos direitos Socioambientais?*, 2012 (Apresentação de Trabalho/Congresso).

OLIVEIRA, João Pacheco (Org.). *Indigenismo e territorialização: poderes rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____ (Org.). *Reconhecer Para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010 [Reinventar a Emancipação Social: para novos manifestos, v. 3].

SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Editores). *Justicia Indígena, Plurinacionalidad y Interculturalidad em Ecuador*. Fundación Rosa Luxemburgo. Quito, Ecuador: Editorial El Conejo, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010, p. 143-155.