

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS – FDSM

RÔMULO RESENDE REIS

**A JURISDIÇÃO NO ESTADO MODERNO ENQUANTO
MECANISMO DE ENCOBRIMENTO DA
DIVERSIDADE: A ALTERNATIVA DA JURISDIÇÃO
PLURINACIONAL NA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA**

POUSO ALEGRE - MG

2014

RÔMULO RESENDE REIS

**A JURISDIÇÃO NO ESTADO MODERNO ENQUANTO
MECANISMO DE ENCOBRIMENTO DA
DIVERSIDADE: A ALTERNATIVA DA JURISDIÇÃO
PLURINACIONAL NA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA**

Dissertação apresentada como exigência parcial para
obtenção do Título de Mestre em Direito, ao Programa de
Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas
– FDSM.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães

POUSO ALEGRE - MG

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

R375j Reis, Rômulo Resende.

A jurisdição no Estado moderno enquanto mecanismo de encobrimento da diversidade : a alternativa da jurisdição plurinacional na constituição boliviana / Rômulo Resende Reis. – Pouso Alegre : FDSM, 2014.
90 p.

Orientador: Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães.

Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, em Direito.

1. Estado Plurinacional 1. 2. Jurisdição indígena 2. 3. Diversidade 3. I. Magalhães, José Luiz Quadros de. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. III. Título.

CDU 340

RÔMULO RESENDE REIS

**A JURISDIÇÃO NO ESTADO MODERNO ENQUANTO MECANISMO DE
ENCOBRIMENTO DA DIVERSIDADE: A ALTERNATIVA DA JURISDIÇÃO
PLURINACIONAL NA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA**

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação ____ / ____ / 2014.

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães
Orientador
FDSM

Profa. Dra. Tatiana Ribeiro de Souza
UFOP

Prof. Dr. Elias Kallás Filho
FDSM

POUSO ALEGRE - MG

2014

À Kelly e Marina, com amor e agradecimento pelo apoio incondicional.

A meus pais, Lúcio e Maria Amélia, pelo tudo que lhes devo.

AGRADECIMENTOS

Esta pesquisa não seria possível sem o incentivo e as preciosas lições de meu orientador, o Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães, ao qual sou eternamente grato.

Agradeço a todos os colegas do mestrado, os quais com a amizade e companheirismo fizeram desta uma caminhada menos árdua.

Agradeço também a todos os professores do mestrado da FDSM e em especial ao. Dr. Eduardo Henrique Lopes de Figueiredo pela amizade e constante troca de ideias.

RESUMO

REIS, Rômulo Resende. A jurisdição no Estado moderno enquanto mecanismo de encobrimento da diversidade: a alternativa da jurisdição plurinacional na constituição boliviana. 2014. 90 f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2014.

A presente dissertação tem como objetivo investigar o processo de encobrimento e negação da diversidade dos povos originários no Continente Americano, desde o momento de conquista e colonização até ao advento dos Estados Nacionais. Por meio da revisão de literatura, demonstra-se o Direito e a jurisdição Estatal enquanto mecanismo de negação da diversidade no Estado Moderno. A partir de então, demonstra-se a superação deste paradigma pelo Estado Plurinacional instituído pela nova Constituição Boliviana. Neste novo paradigma Estatal, procura-se demonstrar a formação do Estado Plurinacional com base no reconhecimento da diversidade de nações e principalmente de mecanismos próprios de solução de conflitos, no caso, a Jurisdição Indígena. A par dos problemas enfrentados e da dificuldade de convivência em um mesmo ambiente de dois tipos de sistemas Estatais de jurisdição, conclui-se que o Estado Plurinacional e a jurisdição plural, representam a mais radical mudança no panorama constitucional atual, apontando novos caminhos de organização Estatal fundados no reconhecimento da diversidade.

Palavras-chave: Estado Moderno. Encobrimento. Diversidade. Superação. Estado Plurinacional. Jurisdição Indígena.

ABSTRACT

REIS, Rômulo Resende. *The jurisdiction in the modern State while mechanism of cover-up of diversity: the alternative of the plurinational jurisdiction in the Bolivia's Constitution*. 2014. 90 s. **Dissertation** (Masters in Law). Faculty of Law of Southern Minas Gerais. Postgraduate Program in Law. Pouso Alegre, 2014.

The present work was performed aiming to show the process of cover-up and denial of the diversity of native people in the American continent, since the moment of conquest and settlement until the advent of national States. By means of literature review, it shows the Law and the State jurisdiction while mechanism of denial of diversity in the modern State. From that time, it shows the overcoming of this paradigm by the plurinational State established by the Bolivia's New Constitution. On this new State paradigm, it seeks to show the forming process of the plurinational State based on the recognition of diversity of nations and, especially, the own mechanisms of solving conflicts, in this case, the Indigenous jurisdiction. Abreast of the faced issues and difficulties of sociability in the same environment of the two types of systems of State jurisdiction, it concludes that the plurinational State, and the plural jurisdiction represent the most radical change in the current constitutional paradigm, pointing out to new ways of State organization, founded on the recognition of diversity.

Key-words: Modern State. Cover-up. Diversity. Overcoming. Plurinational state. Indigenous jurisdiction.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	O ESTADO MODERNO NA AMÉRICA	11
2.1	O “DESCOBRIMENTO”	11
2.2	A CONQUISTA E A COLONIZAÇÃO EM SEUS VÁRIOS ASPECTOS	12
2.2.1	A conquista militar: violência e extermínio	13
2.2.2	A conquista cultural	15
2.2.3	A conquista religiosa.....	16
2.2.4	A tecnologia como fator de conquista.....	18
2.3	UMA LINHA ABISSAL SEPARANDO DOIS MUNDOS.....	20
2.4	O ESTADO NACIONAL LATINOAMERICANO	22
3	O DIREITO E A JURISDIÇÃO ENQUANTO MECANISMO DE ENCOBRIMENTO DA DIVERSIDADE DOS POVOS AMERICANOS ORIGINÁRIOS	26
3.1	O DIREITO NO ESTADO MODERNO	27
3.2	O MONISMO JURÍDICO E O DIREITO ENQUANTO FATORES DE ENCOBRIMENTO DA DIVERSIDADE	31
3.3	A JURISDIÇÃO NO ESTADO MODERNO.....	36
3.3.1	Julgados do Supremo Tribunal Federal acerca de direitos e interesses dos povos originários anteriores a constituição de 1988.....	37
3.3.2	Mudanças de paradigma: o caso dos índios Krenak e Raposa Serra do Sol	40
4	O ESTADO PLURINACIONAL.....	43
4.1	CRISE DO PARADIGMA JURÍDICO VIGENTE	43
4.2	O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	46
4.3	O PLURALISMO EPISTEMOLÓGICO.....	50
4.4	ESTADO PLURINACIONAL	53
4.5	A FORMAÇÃO DO ESTADO PLURINACIONAL BOLIVIANO	55
4.6	OS POVOS ORIGINÁRIOS NO NOVO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO: NOVOS PARADIGMAS E NOVAS ESTRUTURAS ESTATAIS	59
5	PLURALISMO JURÍDICO E JURISDIÇÃO PLURINACIONAL....	64
5.1	PLURALISMO JURÍDICO	65
5.2	PLURALIDADE JURISDICCIONAL: A JURISDIÇÃO INDÍGENA ORIGINÁRIA CAMPESSINA.....	69
5.2.1	Jurisdição indígena originária campestre: competência e limites	71
5.2.2	Princípios informadores e vinculação aos direitos fundamentais e as garantias constitucionais.....	74
5.2.3	Coordenação e cooperação entre as várias jurisdições constitucionalmente reconhecidas.....	77
5.3	JURISDIÇÃO INDÍGENA: RESISTÊNCIA E DESAFIOS.....	79
6	CONCLUSÃO	82
	REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o tema da diversidade tem alcançado projeções significativas no campo da pesquisa jurídica. Com a evolução dos direitos humanos, notavelmente após o final da Segunda Guerra Mundial, indivíduos, grupos e nações passaram a reivindicar direitos e um espaço que sempre lhes foi negado no curso da história por serem “diferentes” do padrão comum.

Tais reivindicações e mesmo tentativas de visibilidade daqueles que sempre foram diferentes e consequentemente estiveram ocultos, vivendo na maioria das vezes à margem do próprio Estado, passaram a questionar as próprias bases do Estado Moderno. Aqui, quando falamos em Estado Moderno, referimo-nos a Estado fruto da modernidade europeia, surgida a partir do encontro do europeu com o “outro”.

Neste encontro do conquistador europeu com o “outro”, o diferente, produziu-se aquilo que Enrique Dussel¹ denominou de “encobrimento” daqueles que não se amoldassem ao modo de vida e à visão de mundo europeia, o que teve como consequências, para além do extermínio deste diferente, sua completa exclusão ou não reconhecimento por parte dos Estados colonizados e posteriormente formados sob a égide paradigma nacional.

Ao falar-se de democracia e constitucionalismo, surge um campo de pesquisa muito profícuo, no sentido de se questionar as bases deste Estado Moderno e consequentemente de todos os mecanismos por ele adotados para proporcionar a busca da homogeneização da sociedade e a negativa da diversidade do “outro”.

O tema “diversidade” é muito amplo e envolve uma infinidade de atores e sujeitos que não serão objeto da análise nesta pesquisa, onde procuramos esclarecer que a análise para demonstrar o direito e a jurisdição no Estado Moderno como mecanismos de encobrimento, limita-se aos povos originários do continente Americano. Embora os conceitos e premissas a serem demonstrados possam aplicar-se a outros grupos vulneráveis, que também foram “encobertos” por este Estado Moderno, tais como os negros africanos, as mulheres por um grande período histórico, os homossexuais e todos aqueles que não se enquadrassem em um padrão imposto. Sendo que a demonstração do direito e da jurisdição estatal como mecanismo de encobrimento fica mais evidente no caso das populações originárias do Continente Americano.

¹ DUSSEL, Enrique. *El encubrimiento del otro*. La Paz: Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, 1994. p. 31.

Assim, a partir do processo de conquista e colonização do continente Americano pode-se constatar pela análise das relações empreendidas pelo conquistador com os povos originários habitantes do continente, uma tentativa deliberada de supressão de toda sua cultura e alteridade, no sentido de lhes impor um padrão de modelo europeu, tido como “moderno”. Neste processo vários mecanismos foram utilizados para suprimir o conquistado enquanto “outro” e deliberadamente tentar transformá-lo em um “eu” europeu. Assim temos a violência física propriamente dita, a violência cultural, religiosa e todas as demais formas de mecanismos aplicados aos povos originários enquanto “diferentes”, negando assim suas identidades próprias. O que posteriormente é agravado nos processos de independência das antigas colônias, onde os estados independentes resultantes deste processo se formam ante a perspectiva única de “nação”, negando aos povos originários suas identidades nacionais pré-existentes a própria colonização.

Com base na definição de “encobrimento do outro”² analisaremos o papel do Direito e da Jurisdição Estatal enquanto mecanismos de negação da diversidade dos povos originários. Este Estado Moderno parte do paradigma do monismo jurídico, reconhecendo validade somente ao direito criado e imposto pelo próprio Estado. Neste aspecto, em relação aos povos originários, este Direito estatal sempre foi excludente. Primeiramente é formado dentro de uma visão totalmente eurocêntrica, sem que nestes ordenamentos jurídicos existam quaisquer dispositivos que retratem uma perspectiva dos povos originários e não europeia. Por outro lado, na maioria das vezes, sequer os reconheciam como titulares pleno de Direitos ou, quando os reconheciam, era no sentido de limitar seu acesso a seus territórios ancestrais ou colocá-los em situação jurídica inferior, tachando-os de incapazes.

Na medida em que o Estado Moderno produziu um paradigma jurídico excludente, a jurisdição estatal constitui-se em um mecanismo eficaz de negação desta diversidade e de encobrimento do “outro”. Tal constatação faz-se tendo em vista que no paradigma jurídico moderno, a jurisdição enquanto mecanismo imperativo de resolução de conflitos é atributo e monopólio exclusivo do Estado, o qual, através dos órgãos jurisdicionais, resolve tais conflitos com base no Direito por ele mesmo criado.

A partir da constatação de que a jurisdição no Estado Moderno constitui-se em um mecanismo de encobrimento da diversidade, tendo em vista que ao aplicar o direito estatal valida-se todos os mecanismos excludentes em relação aos povos originários, seja na discussão de limites territoriais e propriedade de terras, seja na não legitimação dos povos

² Ibid.

originários enquanto sujeitos processuais e aptos a influir nos provimentos, é de se indagar se existem, no constitucionalismo atual, outras perspectivas que superem este paradigma até então dominante.

Para se encontrar respostas a tais questionamentos e a demonstrar o rompimento com o paradigma jurídico da modernidade, há que voltar-se os olhos para o chamado novo constitucionalismo latino-americano. De fato, os recentes processos constitucionais da Bolívia e do Equador, frutos deste movimento conhecido como “novo constitucionalismo latino-americano”, trazem novos paradigmas que efetivamente rompem com as estruturas jurídicas criadas pelo Estado Moderno.

Neste mister, ao se analisar a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, podemos constatar a existência de uma série de mecanismos de rompimento com o paradigma jurídico moderno. O primeiro deles da-se na perspectiva plurinacional do Estado, onde se reconhece a existência, dentro de um mesmo território, de várias nações, as quais não serão mais fundidas em uma identidade nacional única e homogênea, mas em várias identidades nacionais.

Por outro lado, a Constituição Boliviana tem como fundamento o pluralismo jurídico, reconhecendo como válidas e consequentemente aplicáveis as normas e princípios jurídicos produzidos pelas nações indígenas originárias. Normas e princípios estes que são produzidos dentro de uma perspectiva e cosmovisão eminentemente dos povos originários, fora dos padrões e institutos jurídicos impostos pelo colonizador europeu e que são a marca do Direito latino-americano até então. Assim, temos um pluralismo jurídico fundado também em um pluralismo epistemológico, com a fusão de várias visões de mundo na formação do Direito estatal.

Por fim, temos o reconhecimento expresso da possibilidade dos povos originários resolverem seus conflitos através de sua própria jurisdição. Assim, rompe-se com o monopólio estatal da jurisdição e admite-se dentro de uma perspectiva pluralista que os povos originários possam, através de suas próprias autoridades e segundo seu próprio direito, resolver seus litígios.

Neste contexto, o estudo desta jurisdição plurinacional, justifica-se tendo em vista que a mesma rompe com o paradigma de jurisdição vigente no Estado Moderno e, consequentemente, representa um mecanismo mais democrático de resolução de conflitos, o que leva em conta a diferença e alteridade dos povos originários.

2 O ESTADO MODERNO NA AMÉRICA

2.1 O “DESCOBRIMENTO”

Quando, em 1492, Cristovão Colombo aportava pela primeira vez no território hoje conhecido como “América”, tentava encontrar um novo caminho para as Índias, o que constituiu o principal objetivo da missão, a busca por novas riquezas. Sendo este o objetivo que norteou todo o processo de ocupação e colonização do novo continente. Em todos os momentos o colonizador buscava riqueza além de cumprir uma suposta missão civilizatória.

Inobstante esta primeira ideia de “descobrimento”, certo é que Colombo morreu em 1506 com a consciência de ter descoberto um novo caminho para as então chamadas “Índias”, sem saber que, na verdade, tinha efetivamente “descoberto” um novo continente. Talvez aí resida o que Dussel chamou de “invenção do ser asiático” da América.³

Na verdade nada foi descoberto, ao aportar em território americano os europeus deparam-se com um número significativo de nações e povos originários, com culturas, costumes, crenças e diversas etnias. Antes da chegada dos europeus, o continente hoje conhecido como América já era habitado desde tempos remotos por povos originários, os quais impropriamente foram denominados pelo invasor europeu de “índios”, ante ao equívoco de Colombo em imaginar que teria aportado nas “Índias”. Nesse momento, o europeu confrontou-se com o “outro”, confronto este que perdura até a atualidade.

Nesta quadra histórica, pode-se falar no surgimento da modernidade, a qual se origina nas cidades europeias medievais e no confronto com o outro, o diferente. Assim, com base nos aportes de Enrique Dussel⁴, podemos fixar o ano de 1492 e a consequente chegada dos europeus em solo americano como sendo o marco inicial da modernidade. Pode-se, a partir daí, colocar o elemento caracterizador desta modernidade europeia no encontro com o “outro”, o diferente, como Dussel⁵ esclarece:

Ao descobrir uma ‘Quarta Parte (desde a ‘quarta península’ asiática) ocorre uma auto-interpretação diferente da própria Europa. A Europa provinciana e renascentista, mediterrânea, se transforma na Europa ‘centro’ do mundo: na Europa ‘moderna’. Dar uma definição ‘europeia’ da Modernidade – como faz Habermas, por exemplo – é não entender que a Modernidade da Europa torna todas as outras culturas ‘periferia’ sua. Trata-se de chegar a uma definição ‘mundial’ da Modernidade (na qual o Outro da Europa será negado e obrigado a seguir um

³ DUSSEL, 1994, p. 31

⁴ Op. cit. p. 31

⁵ Op. cit., p. 33

processo de ‘modernização’, que não é o mesmo que Modernidade). É por isso que aqui nasce estrita e histórico-existencialmente a ‘Modernidade’ (como ‘conceito’ e não como ‘mito’) desde 1502, aproximadamente.

A partir desse entendimento, afigura-se uma visão eurocêntrica de mundo, a qual justificaria inclusive a suposta missão civilizatória europeia frente ao Novo Mundo e ao outro, ao diferente. Estabelece-se aí, dentro desta suposta missão civilizatória o encobrimento total do diferente, que se afigura de forma mais significativa nos processos de conquista e colonização e que perdura até os dias atuais, sendo assim relevante analisar tal processo, através da conquista e colonização dos povos originários, impropriamente denominados “índios”.

2.2 A CONQUISTA E A COLONIZAÇÃO EM SEUS VÁRIOS ASPECTOS

No afã de buscar riquezas e levar aos povos tachados como bárbaros e primitivos a fé católica e os preceitos da civilização europeia, os espanhóis, em um primeiro momento e, na sequência, os portugueses, se apropriaram das novas terras, no que foram seguidos posteriormente por ingleses, franceses e holandeses, começando a partir de então a conquista dos novos territórios. Os estados europeus, sem qualquer tipo de consideração com as nações e povos originários aqui existentes, se apropriam de seus territórios, iniciando assim um confronto de mundos e visões diversas. Acerca deste processo de conquista da América pelos europeus, é de se esclarecer o conceito do termo, na precisa lição de Enrique Dussel⁶:

La ‘Conquista’ es un proceso militar, práctico, violento que incluye dialécticamente al Otro como ‘lo mismo’. El Otro, en su distinción, es negado como Otro y es obligado, subsumido, alienado a incorporarse a la Totalidad dominadora como cosa, como instrumento, como oprimido, como ‘encomendado’, como ‘asalariado’ (em las futuras haciendas), o como africano esclavo (en los ingenios de azúcar u otros productos tropicales).

Fica evidente, no processo de conquista e colonização do território americano, a completa desconsideração dos povos originários, no sentido em que tiveram suas individualidades e particularidades próprias, enquanto diferentes (outros), suplantadas pelo conquistador europeu na sua suposta missão civilizadora, que na verdade escondia a ânsia por novas riquezas, pelo ouro, pela prata e pelos recursos do novo território no afã de sustentar o capitalismo que então surgia na Europa.

⁶ Op. cit., p. 41-42

Em um primeiro momento, tende-se a analisar este processo de conquista e encobrimento tão somente pelo seu aspecto de violência e extermínio, advindo da conquista no aspecto militar propriamente dito. Inobstante, o processo de conquista que culmina no encobrimento total dos povos originários, enquanto “outro” afigura-se mais profundo e mais significativo por outros aspectos, que bem revelam este encobrimento. Neste contexto, é de se analisar a conquista não só pelo seu aspecto militar, mas também pelos aspectos cultural, tecnológico e religioso.

2.2.1 A conquista militar: violência e extermínio

No contexto de conquista militar, revela-se a face mais cruel e sangrenta da conquista, qual seja, a tentativa deliberada de extermínio e dominação dos povos originários pelo conquistador europeu. Neste processo de conquista e colonização, nações inteiras foram sumariamente exterminadas e outras submetidas ao julgo do conquistador, demonstrando-se a face violenta do processo que resultou no encobrimento total dos povos originários, do outro, do diferente. Tal violência não passou despercebida aos cronistas da época, Bartolomé de Las Casas, religioso encarregado da educação e evangelização dos indígenas, que esteve em território americano logo no início do processo de conquista, legou-nos preciosas informações sobre o processo de extermínio e violência contra os povos originários, de fato, relata Las Casas⁷

Daremos por cuenta muy cierta y verdadera que son muertas em los dichos quarenta años por las dichas tiranias e ynfernales obras de los christianos ynjusta y tiranicamente: mas de doze cuentos de animas honbres y mugeres y niños y em verdad que creo sin pensar engañarme que son mas de quinze cuentos. [...]

La causa porque han muerto y destruydo tantas y tales e tan infinito numero de animas los christianos; há sido solamente por tener por su fin ultimo el oro y henchirse de riquezas em muy breves dias, e subir a estados muy altos e sin proporcion de suas personas (conviene a saber) por la ynsaciable cudicia e ambicion que han tenido.

Do relato de Las Casas, pode-se compreender este processo inicial de conquista, o qual tinha como base a desconsideração total pelo outro, no caso os povos originários e a violência e extermínio como mecanismo de apropriação de riquezas. Neste processo de conquista e posterior colonização do território americano, visando a impor ao novo território

⁷ LAS CASAS, Bartolomé de. *Brevisima relación de la destrucción de las Indias*. Barcelona: Fontamara, 1979. p. 35/36.

um padrão europeu de civilização, por lógico, os povos originários que não se adaptassem a este novo padrão sofreram uma implacável perseguição e extermínio, com a destruição sistemática não só física, como também de toda sua rica cultura e costumes.

A par da violência empreendida nos territórios da América Central, conforme relatado por Las Casas, a violência e o extermínio constitui-se em prática usual empreendida em todo o território americano, seja na América Central, como nas do Norte e do Sul. Relatos de tais violências abundam na doutrina, a demonstrar a verdadeira cruzada empreendida pelo conquistador e que resultou no completo domínio europeu sobre os povos originários. Como exemplo de tais práticas, Domenico Losurdo^{8,9} cita aquelas adotadas pelos americanos, que após a conquista da independência da Inglaterra, passaram a empreender no processo de ocupação de seu território violência sistemática contra os povos originários.

Infelizmente não existem dados exatos acerca do número de indígenas exterminados, seja por guerras, seja por doenças, seja pelos mecanismos de assimilação. A respeito do extermínio indígena, Darcy Ribeiro¹⁰, analisando o caso específico do Brasil, assim elucida:

Conforme se vê, a população original do Brasil foi drasticamente reduzida por um genocídio de projeções espantosas, que se deu através da guerra de extermínio, do desgaste no trabalho escravo e da virulência das novas enfermidades que os achacaram. A ele se seguiu um etnocídio igualmente dizimador, que atuou através da desmoralização pela catequese; da pressão dos fazendeiros que iam se apropriando de suas terras; do fracasso de suas próprias tentativas de encontrar um lugar e um papel no mundo dos ‘brancos’. Ao genocídio e ao etnocídio se somam guerras de extermínio autorizadas pela Coroa contra os índios considerados hostis, com os do vale do rio Doce e do Itajaí. Desalojaram e destruíram grande número deles. Apesar de tudo, espantosamente sobreviveram algumas tribos indígenas ilhadas na massa crescente da população rural brasileira. Esses são os indígenas que se integram à sociedade nacional, como parcela remanescente da população original.

O que resta é que a violência física sempre foi uma constante no processo de conquista da América, sendo esta um dos principais fatores no processo de encobrimento dos povos originários. Mas, para além da conquista militar propriamente dita, a violência revela-se em outros aspectos, notoriamente por meio da disseminação de doenças e moléstias até então desconhecidas, e contra as quais os povos originários não tinham qualquer tipo de imunidade. Por outro lado, a própria dominação representava, para muitos povos originários,

⁸ LOSURDO, Domenico. *A Linguagem do império*. São Paulo: Boitempo, 2010.

⁹ Assim explica Losurdo (p. 30): “Já em 1783 um comandante inglês previne: animados pela vitória, os colonos ‘preparam-se para cortar a garganta dos índios’; o comportamento dos vencedores – acrescenta outro oficial – ‘é humanamente chocante’. Inicia, com efeito, o período mais trágico da história dos peles-vermelhas. Andrew Jackson, presidente dos Estados Unidos nos anos em que Tocqueville analisa *in loco* e celebra a ‘democracia na América’, chega ao mais alto posto da magistratura do país depois de ter se distinguido na caça aos índios, por ele comparados a ‘cães selvagens’, aos quais é lícito tratar com crueldade mesmo depois da morte”.

¹⁰ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Círculo do Livro, 1995. p. 144-145.

a perda completa da razão de viver, o que levou muitos a atentarem contra a própria vida, morrendo em decorrência da completa falta de propósito de vida ou na manifesta impossibilidade de entender e viver neste novo mundo dominado. Neste sentido, Darcy Ribeiro¹¹ demonstra este estado de coisas nos seguintes termos:

Mais tarde, com a destruição das bases da vida social indígena, a negação de todos os seus valores, o despojo, o cativeiro, muitíssimos índios deitavam em suas redes e se deixavam morrer, como só eles têm o poder de fazer. Morriam de tristeza, certo de que todo o futuro possível seria a negação mais horrível do passado, uma vida indigna de ser vivida por gente verdadeira.

Neste aspecto, ao se falar de um processo de conquista e dominação, a primeira face desta é a violência. Violência física propriamente dita, empreendida pelas guerras de conquista e extermínio, bem como a violência social e psicológica, destruindo todo o modo de vida dos povos originários, demonstrando-se a crueldade deste processo de ocultação e encobrimento empreendido pelo conquistador europeu na América.

2.2.2 A conquista cultural

Para exercer o completo domínio do novo continente, não bastava ao conquistador europeu tão somente impor-se no campo militar ou mesmo exterminar fisicamente todos os povos que aqui existiam. O processo de conquista e colonização para se firmar deveria ir além, não bastaria, por óbvio, o controle físico, mais ainda, era necessário conquistar as mentes dos povos originários no sentido de se lhes impor uma nova visão de mundo e uma forma de vida e valores tipicamente europeus.

Neste processo de conquista e colonização o europeu sempre se enxergou como superior, como o portador de uma ‘modernidade’ que justificaria a dominação dos povos originários ante a uma missão civilizadora a ser empreendida no novo território. Imbuído da necessidade de levar aos povos que julgavam bárbaros e atrasados os valores de uma civilização supostamente superior e elevada, e para cumprir este desiderato, mais que conquistar corpos, era necessário conquistar mentes, através da imposição de valores europeus aos povos então tachados de primitivos. Mais que conquistar era necessário ‘domesticar’, colonizar o modo de vida dos povos originários. Neste aspecto, Dussel¹² fala em “colonização do mundo da vida”, nos seguintes termos:

¹¹ Op. cit., p. 43

¹² Op. cit., p. 50

A colonização da vida cotidiana do índio, do escravo africano pouco depois, foi o primeiro processo ‘europeu’ de ‘modernização’, de civilização, de ‘subsumir’ (ou alienar) o Outro como ‘si-mesmo’, mas agora não mais como objeto de uma práxis guerreira, de violência pura – como no caso de Cortês contra os exércitos astecas, ou de Pizarro contra os Incas -, e sim de uma práxis erótica, pedagógica, cultural, política, econômica, quer dizer, do domínio dos corpos pelo machismo sexual, da cultura, de tipos de trabalho, de instituições criadas por uma nova burocracia política, etc., dominação do outro. É o começo da domesticação, estruturação, colonização do ‘modo’ como aquelas pessoas viviam e reproduziam sua vida humana.

Assim, no processo de conquista e implantação das colônias, era necessária a instituição de uma comunidade em todo idêntica aos moldes europeus e todos que se opusessem a tal desiderato seriam sistematicamente eliminados e suprimidos, na medida em que o europeu não reconhecia os povos originários como iguais, mas sim como criaturas inferiores, atrasadas e primitivas, o que justificaria a imposição de seus valores eurocêntricos. Para se conquistar e na sequência, colonizar a América, mais que dominar os espaços era necessário destruir todas as culturas existentes e implantar um padrão cultural ‘moderno’, de índole europeia e mais que tudo uniformizador, destruidor da diversidade cultural que então existia.

Neste aspecto, afigura-se a outra face do processo de encobrimento, o qual pode-se denominar de encobrimento cultural. Aqueles que não eram assimilados ou eram destruídos, ou tinham negada toda sua diversidade, tornando-se invisíveis, ocultos, na medida em que não se lhes reconhecia suas próprias culturas e cosmovisão, porque aos olhos do conquistador-colonizador seriam bárbaros e primitivos e, portanto, não seriam dignos sequer de pertencerem ao gênero humano.

2.2.3 A conquista religiosa

Outro aspecto revelador do domínio europeu sobre os povos originários americanos que merece especial análise é o aspecto religioso. Obviamente os estados colonizadores, notavelmente Espanha e Portugal, eram ferrenhos defensores da fé católica, sendo que para além de sua missão civilizadora no aspecto cultural, tal missão tinha também um profundo senso religioso, ou seja, tinham os colonizadores a clara ciência de uma suposta necessidade de se impor o credo católico a toda a Terra, até como forma de “salvar” os povos bárbaros do paganismo e tudo que ele representava.

Esta verdadeira “missão” religiosa fica evidentemente demonstrada pela análise da “Bula Inter-Caetera” do Papa Alexandre VI, a qual se detém no “descobrimento” do Novo Mundo por Colombo. Dirigida aos reis católicos da Espanha, Fernando e Isabel, o papa Alexandre VI expressamente coloca a disseminação do credo católico como missão aos conquistadores, senão vejamos:

Nos hemos enterado en efecto que desde hace algún tiempo os habíais propuesto buscar y encontrar unas tierras e islas remotas y desconocidas y hasta ahora no descubiertas por otros, a fin de reducir a sus pobladores a la aceptación de nuestro Redentor y a la profesión de la fe católica.¹³

Neste aspecto, a disseminação da religião católica também incluía-se entre os objetivos do conquistador, além do território, dos corpos e das mentes dos povos originários, era também necessário conquistar suas almas para o credo católico, independentemente do que fosse necessário para tal, haja visto que na concepção europeia, os povos originários viviam em estado de barbárie e atraso. Obviamente é de se ressaltar que os povos originários possuíam seus credos religiosos próprios, em muito diferentes de qualquer concepção cristã de religião e neste ponto o choque foi inevitável.

Desde o início, tal processo deu-se de forma violenta, violência esta que já chamava a atenção, notavelmente de Bartolomé de Las Casas¹⁴, o qual foi incisivo ao apontar em sua obra os males cometidos pelos cristãos neste processo de conquista:

En la ysla española que fue la primera como deximos donde entraron christianos e començaron los grande estragos e perdiciones destas gentes e que primero destruyeron y despoblaron: començando los christianos a tomar las mugeres e hijos a los Yndios para servirse e para usar mal dellos: e comerles sus comidas que de sus sudores e trabajos salian no contentandose con lo que los Yndios les dava de su grado conforme a la facultad que cada uno tenía que sienpre es poca: porque no suelen tener mas de lo que ordinariamente han menester e hazen con poco trabajo, e lo que basta para tres casas de a diez personas cada una para un mes: como un Christiano e destruye en un dia: e otras muchas fuerças e violencias e vexaciones que les hazian: començaron a entender los Yndios que aquellos hombres no devian de aver venido del cielo.

¹³ FERNÁNDEZ, Alejandro Remeseiro. *Bula Inter-Caetera de Alejandro VI (1493) y las consecuencias político-administrativas del descubrimiento de América por parte de Colón en 1492*. Disponível em: <<http://www.archivodelafrontera.com/wp.content/uploads/2011/08/galo12.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2014. p. 5.

¹⁴ Op. cit., p. 37

Este processo de violência na imposição do credo católico suscitou inúmeras polêmicas, o que implicou em uma série de tentativas para justificá-la. Dentre tais polêmicas, a mais notória consistiu no chamado Debate de Valladolid, promovido por Carlos V, no qual debateram Bartolomé de Las Casas e Ginés de Sepúlveda, buscando-se definir o “estatuto ontológico dos índios”¹⁵. O principal objetivo era encontrar formas de justificar a guerra então empreendida contra os povos originários, sendo uma das melhores justificativas para tal a revelação do Deus verdadeiro, legitimando toda a violência empreendida. Ginés apontava que a guerra seria justa na medida em que chamaria os bárbaros às regras de razão europeia. Acerca de tal argumento, citando Ginés de Sepúlveda, Henrique Dussel¹⁶ esclarece:

O mais grave deste argumento filosófico é que se justifica a guerra justa contra os indígenas pelo facto de impedir a ‘conquista’, que, aos olhos de Ginés, é a ‘violência’ necessária que se devia exercer para que o bárbaro se civilizasse, porque se fosse civilizado já não haveria causa para a guerra justa: ‘Quando os pagãos não são mais pagãos [...] não já justa causa para castigar, nem para atacar com armas: de tal modo que, se encontrasse no Novo Mundo alguma gente culta, civilizada e humana que não adorasse os ídolos mas, sim, o Deus verdadeiro [...], a guerra seria ilícita.

Vê-se então que o fato de os povos originários não serem devotos do Deus católico, por si só justificaria a violência e a conquista, posto que estas teriam como objetivo o chamamento a razão, incluindo-se aí a adesão ao culto católico e ao Deus, que aos olhos europeus seria o único e verdadeiro.

Contudo, a religião foi também um fator preponderante no processo de conquista e colonização do Novo Mundo e, como tal, foi também um importante elemento de encobrimento e negação da diversidade, na medida em que todas as crenças de natureza religiosa destes povos foram suprimidas ou ocultadas em detrimento do credo católico.

2.2.4 A tecnologia como fator de conquista

Outro aspecto facilitador da conquista e colonização do Novo Mundo que teve preponderância na efetivação do domínio europeu sobre os povos originários foi a tecnologia então empregada por estes.

¹⁵ DUSSEL, Henrique. *Meditações Anticartesianas sobre a origem do antidiscurso filosófico da modernidade*. In: SANTOS, Boaventura de Sousa Santos; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 341-395. p. 354.

¹⁶ Op. cit., p. 355

Nestes termos ressalta-se que falar em uma suposta detenção de meios tecnológicos superiores, por parte dos europeus, poderia ser considerado como uma forma de se legitimar uma suposta “superioridade” destes em relação aos povos originários, argumento totalmente refutado na presente pesquisa. Até porque as cidades astecas apresentavam soluções tecnológicas, de distribuição de águas e outros recursos arquitetônicos superiores aos então existentes na Europa.

Mas, ainda assim não se pode negar que, ao menos no que pertine a uma tecnologia bélica, os europeus detinham recursos bem mais avançados que os povos originários, a começar pelas armas de fogo. Embora a pólvora seja uma invenção de origem chinesa, existem relatos de que na Espanha já se conhecia a utilização bélica de armas de fogo desde 1.247¹⁷. A utilização de armas de fogo, permitindo um maior volume de disparos e mais rapidez no combate, foi um importante fator na conquista do efetivo domínio dos povos originários.

Não se pode desconhecer a utilização de armaduras e notadamente de navios com capacidade de transporte de significativo número de combatentes, os quais permitiam táticas mais eficazes de combate, nem olvidar a utilização pela primeira vez em solo americano do cavalo como elemento combatente e de deslocamento de tropas.

Todos estes fatores tecnológico-militares possibilitaram de forma efetiva o domínio do Novo Mundo, até porque eram aliados a uma índole conquistadora e a própria sanha por riquezas, que motivavam os europeus na conquista, conforme expressa Enrique Dussel¹⁸:

A primeira relação, então, foi de violência: uma relação ‘militar’ de conquistador-conquistado; de uma tecnologia militar desenvolvida contra uma tecnologia militar subdesenvolvida. A primeira experiência moderna foi a superioridade quase-divina do ‘Eu’ europeu sobre o Outro primitivo, rústico, inferior. É um ‘Eu’ violento-militar que cobiça, que deseja riqueza, poder, glória.

Os povos originários não se encontravam preparados para esta “guerra moderna” e nem detinham meios e recursos tecnológicos para a ela se oporem, motivo pelo qual pode-se apontar a tecnologia militar do conquistador como fator que também possibilitou a conquista do Novo Mundo e como tal, foi um elemento importante que permitiu o encobrimento ou a supressão completa em alguns casos, da diversidade então existente no Novo Mundo.

¹⁷ SALMERON, Juan Fernandez. *Armas de fogo*. Rio de Janeiro: Século Futuro, 1985. v. 1.

¹⁸ DUSSEL, Enrique. *O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 47.

2.3 UMA LINHA ABISSAL SEPARANDO DOIS MUNDOS

Analisado o processo de conquista, que culminou na colonização do continente americano pelos europeus, revela-se um dos principais traços da modernidade, ou seja, este encontro do “Eu” europeu com o “Outro”, o diferente. Como já dito tal encontro não foi pacífico, muito menos foi o encontro de ‘iguais’, mas sim um processo de conquista e colonização que resultou no encobrimento ou mesmo na supressão completa do diferente, daquilo que não se enquadrasse no molde europeu. Assim, caracteriza-se desde o início do processo de conquista e colonização da América uma divisão em dois mundos, de um lado o mundo europeu, civilizado, moderno, do outro lado o mundo do ‘outro’ do índio, do bárbaro do atrasado, do não civilizado.

Para melhor compreensão deste mecanismo revela-se salutar o pensamento de Boaventura Sousa Santos¹⁹, definindo o pensamento moderno ocidental como abissal. Acerca deste pensamento e desta divisão de mundo, assim preleciona:

O pensamento moderno ocidental é um pensamento abissal. Consiste num sistema de distinções visíveis e invisíveis, sendo que as invisíveis fundamentam as visíveis. As distinções invisíveis são estabelecidas através de linhas radicais que dividem a realidade social em dois universos distintos: o ‘universo deste lado da linha’ e o universo ‘do outro lado da linha’. A divisão é tal que ‘o outro lado da linha’ desaparece enquanto realidade, torna-se inexistente, e é mesmo produzido como inexistente. Inexistência significa não existir sob qualquer forma de ser relevante ou compreensível. Tudo aquilo que é produzido como inexistente é excluído de forma radical porque permanece exterior ao universo que a própria concepção aceite de inclusão considera como sendo o Outro. A característica fundamental do pensamento abissal é a impossibilidade da copresença dos dois lados da linha.

Com base nos aportes de Boaventura de Sousa Santos pode-se concluir que esta linha abissal se estabelece no Novo Mundo desde os primórdios do processo de conquista e colonização, dividindo dois mundos distintos, um mundo do “Eu” europeu, da metrópole e o mundo do “outro”, do colonizado, do conquistado, que estaria do outro lado da linha. E por estar do outro lado da linha, simplesmente é encoberto, oculto enquanto realidade, irrelevante em todos os seus aspectos e consequentemente excluído, posto que fora dos padrões modernos europeus. Isto explica todo o processo de contínua supressão e negação da diversidade e das realidades próprias dos povos conquistados, as quais foram negadas e

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa Santos; MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 31-83. p. 31.

sistematicamente suprimidas no afã de implantar no novo mundo uma sociedade de padrão europeu.

Esta distinção invisível seria exatamente a distinção entre as sociedades metropolitanas e os territórios colonizados, onde vigoraria uma dicotomia consistente tão somente na apropriação e na violência, diferentemente das sociedades metropolitanas onde a dicotomia vigente seria a de regulação e emancipação.²⁰ Dentro desta lógica de encobrimento, tudo aquilo que era produzido nas zonas periféricas, ou seja, do outro lado da linha abissal, não teria qualquer tipo de relevância, todos os conhecimentos, crenças, modo de vida não seriam reconhecidos como válidos e, portanto, seriam tidos como não existentes, ocultos, encobertos, como bem explica Boaventura Sousa Santos²¹:

Mais uma vez, a zona colonial é, *par excellence*, o universo das crenças e dos comportamentos incompreensíveis que de forma alguma podem considerar-se conhecimento, estando, por isso, para além do verdadeiro e do falso. O outro lado da linha alberga apenas práticas incompreensíveis, mágicas ou idolátricas. A completa estranheza de tais práticas conduziu à própria negação da natureza humana de seus agentes.

Por outro lado, não há que se falar em um processo de “encontro” ou “fusão” de civilizações, na medida em que este processo de colonização implicou também no encobrimento das culturas e credos das populações originárias, ou seja, estas foram totalmente suprimidas e encobertas pela cultura europeia, visando implantar, no continente americano, a “modernidade”, embora sobrevivente no íntimo das populações originárias, conforme aponta Dussel²²:

El concepto de ‘encuentro’ es encubridor porque se establece ocultando la dominación del ‘yo’ europeo, de su ‘mundo’, sobre el ‘mundo del Otro’, del indio. No podía entonces ser un ‘encuentro’ entre dos culturas – ‘una comunidade argumentativa’ donde se respetara a los miembros como personas iguales – sino que era una relación asimétrica, donde el ‘mundo del Otro’ es *excluído* de toda racionalidad y validez religiosa posible. En efecto, dicha exclusión se justifica por una argumentación encubiertamente teológica: se trata de la superioridad – reconocida o inconsciente – de la ‘Cristiandad’ sobre las religiones indígenas.

Demonstra-se, a partir desta divisão em dois mundos por uma linha invisível abissal, que desde o processo de conquista e colonização os povos originários da América foram sistematicamente encobertos, sendo-lhes negado o reconhecimento de sua diversidade e visão de mundo. Neste processo de encobrimento, os indígenas foram totalmente alijados dos

²⁰ Op. cit., p. 32

²¹ Op. cit., p. 37

²² Op. cit., p. 62

processos de formação dos novos estados a partir da independência das antigas colônias. Surgiram a partir de então os novos estados nacionais na América, e mais uma vez os povos originários foram relegados a segundo plano, ao outro lado da linha abissal, continuando assim encobertos.

2.4 O ESTADO NACIONAL LATINO-AMERICANO

A partir dos processos de independência das antigas colônias, os novos estados independentes formaram-se sob a égide do chamado Estado Nacional. Neste aspecto as diversas nações indígenas então existentes estavam abarcadas por um conceito de nação único, homogeneizando a ideia de nação sob as características do grupo econômica e politicamente dominante em detrimento das particularidades próprias das nações indígenas.

Assim, todas as culturas, crenças e costumes originários das nações indígenas foram suplantados pelos costumes e padrões europeus, advindos do colonizador. Neste ponto, ocorreu um processo de homogeneização cultural, ante a ideia de uma suposta supremacia europeia em detrimento dos povos ditos “selvagens”, como já dito. Aqueles que não se incorporassem ao modelo de nação unificado, eram sistematicamente excluídos da vida nacional, encobertos e tidos por inexistentes.

Neste aspecto, tanto nos países de colonização espanhola, como no Brasil, prevaleceu a ideia de superioridade da cultura europeia, bem como a necessidade de identificação dos então novos Estados Independentes ante a perspectiva do Estado Moderno, de padrão europeu. Acerca deste Estado Moderno, de tipo europeu, é salutar buscar uma de suas características mais importantes, a qual, no magistério de Jorge Miranda²³, seria o Estado nacional:

O Estado moderno, de tipo europeu, para lá das características globais de qualquer Estado, apresenta, porém, ainda características muito próprias:

I – Estado nacional: o Estado tende a corresponder a uma nação ou comunidade histórica de cultura; o factor de unificação política deixa, assim, de ser a religião, a raça, a ocupação bélica ou a vizinhança para passar a ser uma afinidade de índole nova.

Desta forma, verifica-se que para formação deste “novo” Estado, desconsideraram-se por completo os vínculos então existentes dos povos originários, que os identificavam como

²³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 32-33.

nações distintas, para se formar uma realidade nacional nova. Realidade esta que para existir teve necessariamente que suplantar os vínculos anteriores no sentido de se formar uma uniformidade nova em detrimento das antigas nações.

Mesmo antes do advento do Estado Nacional na América, já existiam no território americano diversas “nações”. Embora a dificuldade de se definir um conceito preciso de nação, Eric J. Hobsbawm²⁴ trata como nação “qualquer corpo de pessoas suficientemente grande cujos membros consideram-se como membros de uma ‘nação’”. Ou seja, o fator determinante de identificação dos grupos nacionais centra-se no sentimento de pertencimento a uma comunidade. A partir de tal constatação tem-se que na América, seja anteriormente ao processo de conquista e colonização, seja no processo de formação do Estado Nacional, já existiam e sempre existiram grupos de nações próprias, que no processo de encobrimento e extermínio foram completamente ignorados e absorvidos pelo conceito único de nação de padrão europeu.

Ante a tais considerações, conclui-se que o estado nacional cria-se ante a sistemática negativa da diversidade cultural, negando-se aos povos indígenas sua identidade própria e os colocando na condição de cidadãos de segunda classe, na medida em que aqueles que não se adaptavam a nova realidade nacional eram sistematicamente ignorados enquanto indivíduos, negando-se direitos e participação efetiva nas políticas públicas e nos processos de tomada de decisões. Por outro lado, deveriam sujeitar-se a exploração das elites dominantes.

Neste contexto, a linha abissal referida por Boaventura Sousa Santos²⁵ permanece, como permaneceu a divisão social no processo de formação dos Estados Nacionais na América Latina. Na verdade, o colonizador europeu foi substituído nos novos Estados Nacionais pelas elites dominantes, na maioria formada pelos seus descendentes. Tais estados formaram-se por esta elite dominante, desconsiderando por completo os povos originários, como aponta José Luiz Quadros de Magalhães²⁶:

Na América Latina, os Estados nacionais se formaram a partir das lutas pela independência, no decorrer do século XIX. Um fator comum nesses Estados é o fato de que, quase invariavelmente, estes novos Estados soberanos foram construídos para uma parcela minoritária da população de homens brancos e descendentes dos europeus. Não interessava para as elites econômicas e militares (masculina, branca e descendente de europeus) que os não brancos (os povos originários e os afrodescendentes), a maior parte dos habitantes, se sentissem integrantes, se sentissem partes do Estado. Desta forma, em proporções diferentes em toda a América, milhões de povos originários (de grupos indígenas os mais distintos), assim como milhões de imigrantes forçados africanos e de outras regiões do Planeta,

²⁴ HOBBSAWM, Eric J. *Nações e nacionalismo desde 1780*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 19.

²⁵ Op. cit., p. 31

²⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 24.

foram radicalmente excluídos de qualquer concepção da nacionalidade. O direito não era para estas maiorias, a nacionalidade não era para estas pessoas. Não interessava às elites que indígenas e africanos se sentissem nacionais.

Isto implicou, no caso específico das populações indígenas, no fato de que estas foram sistematicamente assimiladas dentro de um processo de homogeneização e padronização cultural. Como não se reconhecia a estas as benesses da nação, para que almejassem qualquer direito ou visibilidade, no mínimo teriam que se adaptar aos novos padrões impostos pelo conceito único de nação. Neste contexto, o novo estado nacional, na maioria dos países latino-americanos, não apresentou respostas novas as questões indígenas, como bem aponta Roberto Gargarella²⁷:

Las respuestas legales ofrecidas desde el poder para el caso en cuestión, fueron diversas. Conforme a la investigadora Raquel Yrigoyen Fajardo, las ‘técnicas constitucionales’ empleadas en el siglo XIX en relación con los indígenas fueron fundamentalmente tres: a) asimilar o convertir a los indios en ciudadanos intitutados de derechos individuales mediante la disolución de los pueblos de indios – con terras colectivas, autoridades propias y fuero indígena – para evitar levantamientos indígenas; b) reducir, civilizar y cristianizar a los indígenas todavía no colonizados, a quines las Constituintes llamaron ‘salvajes’, para expandir la frontera agrícola; y c) hacer la guerra ofensiva y defensiva contra las naciones índias – con las que las coronas habían firmado tratados y a las que las Constituciones llamaban ‘bárbaros’ – para anexar sus territorios al Estado.

Por outro lado, enquanto “diferentes”, aos povos originários e demais excluídos do Estado Nacional de índole moderna, sempre imputou-se-lhes uma suposta inferioridade cultural, tal como no tempo da colonização, e como inferiores ante ao padrão europeu, impunham-se aos mesmos a culpa por eventuais fracassos e atrasos, como assinala Daniel Moraes dos Santos²⁸:

O que se pode ver foi que na busca de construção de uma identidade nacional, verificou-se, logo após a independência de vários países, que as tentativas de resposta passaram pela rejeição das culturas e povos ditos inferiores (que inequivocamente eram a maioria da população da América Hispânica). Assim, o complexo de inferioridade frente a cultura europeia, que aparece entre as elites hispano-americanas após as independências, é remediado com a imposição de culpa em toda alteridade desviante do padrão eurocêntrico. Vale-se, assim, do cabedal cientificista para diagnosticar a marca inescapável do atraso latino-americano, sustentado em explicações de fundamentação biológica. Permeava o imaginário coletivo hispano-americano a percepção de que esta porção do continente estava

²⁷ GARGARELLA, Roberto. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas: una breve introducción. *Boletín Onteakien*, Córdoba, n. 15, May 2013. Disponível em: <<http://latineadefuego.info/2013/06/04nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-y-derechos-indigenas-una-breve-introduccion-por-roberto-gargarella>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

²⁸ SANTOS, Daniel Moraes. A América para os euro-americanos: exclusão racialista na formação identitária dos Estados Nacionais da América Hispânica e Estados Unidos. In: MAGALHÃES, J. L. Q. (Org.). *Direito à diversidade e o estado plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 47-62. p. 57.

enferma, e o agente desta patologia era a degeneração racial das populações indígenas (e negras) e até mesmo a inferioridade racial da etnia ibérica que as colonizou.

No século XX, tal situação também não sofreu mudanças significativas, embora se reconhecessem aos mesmos eventuais direitos ou mesmo proteção, como nos modernos ordenamentos constitucionais, a linha abissal ainda é evidente, posto que sua diversidade ainda não é reconhecida em sua plenitude na maioria dos ordenamentos constitucionais modernos. Estado de coisas que só começa a sofrer alteração, com a emancipação destes povos originários neste início de século XXI com o advento das novas Constituições da Bolívia e Equador, o que será objeto de posterior análise no decorrer do presente trabalho.

3 O DIREITO E A JURISDIÇÃO ENQUANTO MECANISMO DE ENCOBRIMENTO DA DIVERSIDADE DOS POVOS AMERICANOS ORIGINÁRIOS

Verifica-se, no primeiro capítulo, que no processo de conquista e colonização do continente americano, várias práticas foram empreendidas pelo conquistador europeu no sentido de impor, ao novo território, a sua visão de mundo. De fato, o moderno estado latino-americano após os processo de independência, manteve em solo americano uma divisão abissal, no sentido de que o colonizado não teve sua diversidade, enquanto outro, reconhecida no processo de formação dos novos Estados.

Para além dos aspectos militar, cultural e religioso do processo de conquista, já estudados, elemento importante a garantir a dominação e a consequente supressão da diversidade dos povos originários conquistados foi o direito, o qual foi implantado em solo americano pelo conquistador dentro da sua visão eurocêntrica, na sua suposta missão civilizatória.

Anteriormente à chegada do conquistador europeu, o solo do continente hoje conhecido como “América” já era ocupado desde tempos imemoriais por significativas e prósperas civilizações, as quais já detinham significativo avanço cultural, além de serem detentoras de um sistema de leis e regras próprias e de mecanismos de resolução de conflitos já a muito sedimentados.

Em território boliviano, por exemplo, existe uma história rica, que remonta a milhares de anos antes mesmo de Cristo, com as culturas denominadas de Viscachanense e Ayampitinense, conforme magistério de Augusto Guzmán²⁹. Tais culturas detinham normas e regras de convivência próprias, para além de mecanismos de resolução de conflitos de todo diferentes daqueles posteriormente sedimentados na Europa a partir dos aportes do Direito Romano. Mesmo em momento posterior, cerca de 500 A.C., os povos Collas já apresentavam um sistema de direito positivo, sendo que Joel Camacho, estudioso destes povos e citados na obra de Augusto Guzmán³⁰, cita pelo menos a existência de vinte mandamentos que teriam sido ditados pelo “Rey Sol” em aymara aqueles povos, prescrevendo dentre outros dispositivos, penas de morte para o rebelde, o mentiroso, o ladrão e o estuprador. Lado outro, impunham aos ‘magistrados’ a obrigação de instruir a comunidade a respeito dos deveres de

²⁹ GUZMÁN, Augusto. *História de Bolívia*. La Paz: Los Amigos del Libro, 1973. p. 10.

³⁰ Op. cit., p. 29

cooperação, de prática de virtudes e de depuração de vícios. Quadro este que certamente se repetida nos demais povos originários da América, inobstante falte estudos mais concisos de tais ordenamentos e práticas jurídicas. Em outra vertente, ao que se sabe, em território brasileiro, as nações originárias então existentes não apresentariam, em princípio, as normas jurídicas e técnicas mais elaboradas de resolução de conflitos, haja vista que conforme magistério de Cláudio Valentin Cristiani³¹, “viviam num período neolítico em que era comum a confusão entre o direito e o divino, e os tabus e o misticismo eram formas de resolução para as questões jurídicas.”

Desta forma, pode-se concluir que com o advento da conquista europeia já existia em solo americano práticas jurídicas próprias as quais, por óbvio, eram de todo incompatíveis e mesmo incompreensíveis dentro da lógica moderna europeia que então se buscava impor no novo continente. Revela-se, desta forma, a outra face do processo de conquista e colonização do mundo americano, face esta que, como as demais, também resultou em um processo de encobrimento e negação das práticas jurídicas até então praticadas pelos povos originários. A partir da lógica moderna do conquistador na sua missão civilizadora, o direito e os mecanismos de distribuição de justiça originários então praticados não seriam reconhecidos na medida em que não se amoldavam às práticas jurídicas praticadas pelo conquistador e para efetivação da conquista e, conseqüente, domínio dos povos seria necessário impor aos mesmos o direito europeu, dentro da concepção moderna do mesmo, qual seja, um direito único, imposto pelo Estado e que reconhecesse tão somente padrões sociais necessários ao processo de homogeneização da sociedade.

3.1 O DIREITO NO ESTADO MODERNO

Até a Idade Média, mesmo na Europa, ainda não se concebia um sistema jurídico normativo unificado e uniforme. Até porque nesta fase histórica, em território europeu, não existia um único centro de poder, ao contrário, tínhamos vários centros de poder, autônomos entre si e tendo como vértice o poder real, na precisa lição de Pietro Costa³². Desta forma, não existia, em território europeu, um ordenamento jurídico unificado ou mesmo uma jurisdição

³¹ CRISTIANI, Cláudio Valentin. O direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, A. C. (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 349-364. p. 352.

³² COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 82.

estatal uniforme, ao contrário, conviviam dentro de um mesmo território vários ordenamentos legais e vários órgãos dotados de jurisdição.

Somente após o processo de fortalecimento da autoridade real, com a acumulação de funções judiciárias, policiais e militares em mãos do rei é que começaram a se uniformizar em solo europeu o poder e consequentemente os sistemas jurídicos³³. Por outro lado, a partir de 1215, começam a se aplicar em solo onde hoje se situa a Espanha as teses jurídicas tomadas do antigo direito romano.³⁴

Evidentemente que para a formação do chamado Estado Moderno na Europa demandou-se a unificação de todos os centros de poder, sendo que a diversidade de ordens jurídicas até então existentes na Idade Média se concentravam. A partir do século XV, firma-se o poder real, unificando-se os exércitos e nações sob uma bandeira única e comando único.³⁵ Para a construção da soberania deste estado moderno foi necessária a unificação de todas as nações então existentes nos territórios dos futuros estados nacionais em um conceito único de nação, com a construção de uma identidade nacional unificada e com a imposição de valores comuns a serem compartilhados pelos diversos grupos étnicos então existentes.³⁶

Assim, com a consolidação do poder real e o advento dos estados nacionais, revela-se uma face de uniformização da própria sociedade componente dos estados europeus, estando assim no magistério de José Luiz Quadros de Magalhães³⁷ “intimamente relacionada com a intolerância religiosa, cultural; a negação da diversidade fora de determinados padrões e limites.” Processo este que se repetiu quando da conquista e colonização do território americano com relação aos povos originários.

Outro fator importante na formação deste “Estado Moderno” é o advento do capitalismo. Na medida em que se esgota o sistema feudal na Europa, instaura-se nos territórios com poder unificado o modelo econômico capitalista, onde o desenvolvimento econômico e social é atrelado ao capital como fator fundamental de produção.³⁸ Com o avanço do poder e destaque da burguesia europeia, promove-se a unificação do direito de forma a manter, em normas positivadas, os postulados do capitalismo e os privilégios da

³³ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 152.

³⁴ Op. cit., p. 153

³⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23.

³⁶ Op. cit., p. 23

³⁷ Op. cit., p. 24

³⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001. p. 29.

classe burguesa, em oposição ao que Michael E. Tigar e Madeleine R. Levey³⁹ denominam de “anarquia do direito feudal.”

Por outro lado era necessário proteger a burguesia que nesta quadra histórica já assumia o domínio econômico dos Estados Nações da Europa contra o arbítrio e o absolutismo da autoridade real, surgindo assim o liberalismo, o qual aparece na Europa a partir do desenvolvimento do comércio no sentido de favorecer a classe dominante..”⁴⁰ Esta ordem liberal tinha como pressuposto, em primeiro plano, assegurar os direitos de liberdade e propriedade, como prerrogativas irrenunciáveis do indivíduo⁴¹. Ainda que se reconheça que com o advento do liberalismo se instauraria um ordenamento jurídico garantidor de liberdade plena, por outro lado revela-se a faceta obscura do mesmo, que é a limitação da ação dos indivíduos desprovidos de recursos financeiros, como aponta Antônio Carlos Wolkmer⁴². Ao declarar que os indivíduos seriam livres, estes ordenamentos jurídicos burgueses diziam que “apenas os detentores de propriedade eram livres para organizar os sistemas de produção e troca típicos da sociedade capitalista”.⁴³

A partir da ascensão da burguesia e com a queda das monarquias absolutistas na Europa torna-se necessário a configuração de um ordenamento jurídico que garantisse as liberdades burguesas, surgindo a partir de então o chamado “Estado de Direito”, tendo este como pontos cardeais, na definição de Pietro Costa⁴⁴, o poder político, consubstanciado na soberania e no Estado; o Direito consubstanciado nas normas positivadas e os indivíduos. Na lição de Pietro Costa, estas três “grandezas” possibilitariam o Estado de Direito, onde a conexão entre o Estado e o Direito se revelaria vantajosa para os indivíduos, neste sentido: “O Estado de Direito apresenta-se, em suma, como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do ‘Direito’) no ‘poder’ com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos.”

A partir de então, o Direito passou a ser imposto pelo Estado, cabendo a este estabelecer uma organização jurídica de toda a sociedade⁴⁵, sendo que esta sociedade juridicamente organizada o seria através deste Direito imposto e positivado em normas

³⁹ Op. cit., p. 275

⁴⁰ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 293.

⁴¹ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 243.

⁴² WOLKMER, 2001, p. 38

⁴³ Op. Cit. P. 38

⁴⁴ COSTA, Pietro. O Estado de direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 95-200. p. 96.

⁴⁵ VECCHIO, Giorgio Del. *O Estado e suas fontes do direito*. Belo Horizonte: Líder, 2005. p. 19.

jurídicas. Evidenciou-se que o Direito neste Estado Moderno, tendo no Estado sua fonte nuclear, vem constituir-se em um sistema unificado de normas produzidas com o objetivo de regular a vida e os padrões sociais em um determinado espaço e tempo.⁴⁶

Do exposto, pode-se concluir que o direito estatal, tal como concebido no Estado de Direito Moderno, é criação europeia e, como tal, desconsidera as particularidades e visões de mundo dos povos originários da América. Como um processo cultural, serviu como instrumento da visão eurocêntrica e modernizadora imposta aos povos originários conquistados e colonizados na América, conforme descrito por Bartolomé Clavero⁴⁷:

O Estado de Direito é uma construção cultural, não um produto natural e, além disso, é uma invenção europeia. Esse conceito foi criado por uma parte da humanidade caracterizada pela convicção de representar integralmente a humanidade e pela consequente intenção de se impor sobre ela valendo-se, juntamente com outros mecanismos, da instituição política do Estado.

Como elemento componente desta visão moderna de mundo, de concepção europeia transladada para o continente Americano pelo conquistador europeu, é lógico inferir que esta concepção de direito também foi elemento de encobrimento, na medida em que ao impor valores e regular as relações sociais, o direito estatal necessariamente o fazia nos moldes e padrões europeus, na medida em que no processo de colonização, o sistema político-administrativo estruturou-se mediante o transplante de instituições e organismos europeus para o solo americano.

É evidente que este Direito imposto pelo conquistador europeu não considerava as particulares e os sistemas jurídicos dos povos originários, haja vista, que os mesmos não reconheciam qualquer validade em tais sistemas. No caso, o outro, o conquistado, era tido como selvagem, e como tal deveria ser civilizado e incorporado a uma nova sociedade de índole ‘moderna’. Para tanto, nada mais eficaz do que a implantação de um sistema jurídico baseado em valores europeus como forma de uniformização da sociedade dentro do projeto de modernidade europeu.

Para correta demonstração destes mecanismos de encobrimento advindos da implantação no continente americano de um sistema jurídico calcado no modelo europeu, é de se fazer uma análise do monismo jurídico, posto que neste projeto o Estado é o único irradiador do direito positivo. Bem como da legislação até aqui aplicada, afim de demonstrar

⁴⁶ WOLKMER, 2001, p. 61

⁴⁷ CLAVERO, Bartolomé. Estado de direito, direitos coletivos e presença indígena na América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 649-684. p. 649.

o caráter excludente do direito, notadamente aos povos originários e aos grupos sociais excluídos do estado, principalmente os negros trazidos no ignóbil processo de escravidão que por séculos vigorou no continente. Da análise de tais mecanismos poder-se-á verificar que este Estado Moderno sempre teve por pressuposto o não reconhecimento da diversidade, tendo como objetivo a maior a garantia da supremacia dos setores dominantes do poder.

3.2 O MONISMO JURÍDICO E O DIREITO ENQUANTO FATORES DE ENCOBRIMENTO DA DIVERSIDADE

Para se regular a vida social através de um sistema de normas positivadas é necessária à instauração de uma vontade comum, homogênea e capaz de se impor através de um sistema regulador da vida social. No contexto do Estado Moderno, este sistema regulatório é imposto pelo Estado, como elemento irradiador das normas componentes do sistema jurídico positivado.⁴⁸

Tal paradigma é o vigente no Estado moderno, o paradigma do monismo jurídico, no qual se atribui ao Estado o “monopólio” da produção normativa, sendo este o único legitimado a “criar a legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão se impondo”, conforme assevera Wolkmer.⁴⁹

Na medida em que o Estado impõe o direito, é de se relevar que o faz dentro de uma visão moderna de índole europeia, tal como se deu nos processo de formação dos Estados Americanos. E neste processo, ao regular a vida social através do direito, estes Estados não levaram em conta as particularidades próprias dos povos originários. Até porque, este próprio direito estatal era então fruto de uma elite dominante, tendente a manter um poder centralizado para legitimar os interesses burgueses⁵⁰. Neste compasso, na elaboração dos ordenamentos jurídicos dos novos estados americanos independentes não se reconheceu e não se validou as normas e costumes próprios dos povos originários, porque estes, para serem reconhecidos ou mesmo aceitos nas novas sociedades nacionais, deveriam a ela se incorporar dentro dos padrões uniformes impostos, em detrimento de suas particularidades e culturas.

Este processo é evidente ao se analisar o histórico das normas jurídicas brasileiras no que diz respeito aos povos originários. A partir do momento em que Portugal empreendia em solo brasileiro o seu processo de conquista, todo o território foi incorporado ao domínio

⁴⁸ VECHIO, Giorgio Del. *O Estado e suas fontes do direito*. Belo Horizonte: Líder, 2005. p. 16-19.

⁴⁹ Op. cit., p. 48

⁵⁰ WOLKMER, 2001, p. 30

português sendo que nos primeiros séculos da história do Brasil sequer se reconheceu aos povos originários direitos, ainda que meramente de índole patrimonial e territorial. Somente em 1680, com a expedição do Alvará Régio de 1º de Abril daquele ano é que Portugal meramente reconheceu a posse, no sentido europeu do termo, dos indígenas sobre suas terras. Inobstante, embora o reconhecimento expresso, o Alvará em questão não foi respeitado, continuando os povos originários a serem constantemente esbulhados de suas terras ancestrais, senão com a omissão das autoridades em algumas vezes, em outras com o sistemático incentivo destas.⁵¹

Posteriormente, por Carta Régia de 02 de Dezembro de 1808, se declarava como devolutas as terras indígenas “conquistadas” nas chamadas ‘guerras justas’, o que ocasionou mais uma vez a constante diminuição dos espaços territoriais dos indígenas, na medida em que terras consideradas devolutas eram entregues a particulares, ficando estes povos cada vez mais confinados em exíguos territórios. Ainda que a Lei de Terras de 1850, já no período do Império, viesse a assegurar o direito territorial dos indígenas sobre suas terras, em momento posterior, o Governo imperial criou regras permitindo a ocupação por serem devolutas as terras consideradas abandonadas pelos indígenas, o que abriu caminho para inúmeras fraudes, tendo em vista que bastava aos presidentes de província atestar tal circunstâncias para possibilitar a apropriação de tais terras a terceiros.⁵²

Com o advento da República, a Constituição de 1891 em seu artigo 64, transferiu aos Estados as terras consideradas devolutas, e como a maioria do território indígena já havia sido considerado como ‘terra devoluta’ no período Colonial e Imperial, evidente que os estados passaram a se apropriar de tais territórios para em momento posterior os transferir a terceiros. No mais, a Constituição de 1891 era omissa quanto aos direitos indígenas e seus respectivos territórios, situação esta que perdurou inobstante o fato de as Constituições de 1934, 1937 e 1946 trazerem dispositivos reconhecendo aos indígenas a posse sobre seu território.⁵³

Nesta primeira fase é de se constatar que os únicos regulamentos ou normas, quer da Colônia, quer do Império ou já no início do período republicano cuidavam simplesmente de disciplinar a posse ou propriedade das terras indígenas, dentro de uma concepção de direito de propriedade ou posse advinda ainda do Direito Romano, no sentido da apreensão e detenção do indivíduo sob a coisa com o intuito de tê-la para si.⁵⁴ Por outro lado, além de não

⁵¹ ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* *Povos indígenas e a lei dos brancos: o direito a diferença*. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2006. p. 24.

⁵² Op. cit., p. 26

⁵³ Op. cit., p. 27

⁵⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 152.

reconhecer qualquer tipo de ordenamento ou costume jurídico próprio das nações originárias, o direito então era omissivo em regular qualquer condição ou particularidade própria destas. Sendo que neste período não se coibiu ou se implementou qualquer medida completa para se evitar o persistente extermínio destes povos, conforme fica evidenciado na obra de A.F. de Souza Pitanga⁵⁵ que em fins do século XIX já denunciava tal estado de coisas e clamava por providências concretas no sentido de salvaguardar o território e a integridade física dos povos indígenas em território brasileiro.

Com o advento do Código Civil de 1916, para além das questões de terras, o direito brasileiro volta novamente os olhos aos povos indígenas, e o faz mais uma vez de forma excludente, na medida em que o inciso IV do art. 6º do referido Código Civil considerava os indígenas relativamente incapazes, não podendo assim praticar livremente todos os atos da vida civil a não ser quando representados. Neste caso, segundo J. M. de Carvalho Santos⁵⁶, enquanto os indígenas não estivessem incorporados “à sociedade civilizada”, ficariam sob a tutela do Estado, através dos inspetores do Serviço de Proteção aos Índios, sendo estes os responsáveis pela gestão de seus “bens”.

Salienta-se que tal dispositivo foi incorporado ao Código Civil de 1916, por acréscimo feito no Senado, através da iniciativa de Muniz Freire, haja vista que o projeto primitivo não regulava a situação dos indígenas. O próprio autor do projeto, Clóvis Beviláqua, é quem legou esta informação em sua obra, como também justificou a omissão dos indígenas no projeto original do Código Civil ao argumento de que não teria feito qualquer disposição a respeito dos índios, posto que os mesmos teriam que ser regulados por preceitos especiais, “que melhor atendessem à sua situação de indivíduos estranhos ao grêmio da civilização.”⁵⁷

Demonstra-se assim que todo o direito imposto pelo Estado, no que pertence a situação jurídica dos povos originários em solo brasileiro, sempre foi excludente, na medida em que sempre imperou a visão eurocêntrica de mundo, sendo os povos originários considerados ‘inferiores’ ao ideal de modernidade europeia que aqui se buscava implementar. Da própria expressão de Clóvis Beviláqua, resta claro que o Estado, através de sua elite dominante, não reconhecia os povos originários sequer como componentes do chamado

⁵⁵ PITANGA, A. F. de Souza. O selvagem perante o direito. *Revista Trimestral do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 1, p. 23, 1901.

⁵⁶ SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1950. v. 1, p. 277.

⁵⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1956. v. 1, p. 156.

“grêmio da civilização.” Orlando Gomes ⁵⁸ demonstra esta realidade, citando Gilberto Amado, o qual considerava em fins do século XIX que “o milhão e meio de escravos, o milhão de índios inúteis e os cinco milhões de agregados das fazendas e dos engenhos não podiam ser integrados no povo como realidade viva.” Neste sentido então o Código Civil foi nada mais nada menos que uma legislação imposta por uma elite dominante ⁵⁹, que não reconhecia os povos originários, como também aos negros e demais excluídos da sociedade como membros de uma sociedade ‘civilizada’.

Tal fato também é atestado pela legislação esparsa do início do período republicano no Brasil, neste sentido o Decreto n. 5.484 de 27 de Junho de 1928, em seu art. 5º não reconhecia aos indígenas sequer capacidade civil integral, sendo esta restrita enquanto os mesmos não se incorporassem a “sociedade Civilizada”⁶⁰, demonstrando assim a faceta da sistemática política de integração do indígena a sociedade, em desrespeito completo a sua alteridade. Situação esta que perdurou por grande parte do século XX no Brasil, ante a política de que a proteção dos povos indígenas necessariamente se daria pela integração destes na sociedade, como descrito por Carlos Frederico Marés de Souza Filho⁶¹:

A Lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar, com a ideia de que a integração era o bem maior que se oferecia ao gentio, uma dádiva que em muitos escritos está isenta de cinismo porque o autor crê, sinceramente, que o melhor para os índios é deixar de ser índio e viver em civilização.

Evidente que esta política integracionista se constituiu em mais uma técnica nefasta de encobrimento e negação da diversidade na medida em que não reconhecia o indígena enquanto ‘outro’, buscando tão somente integrá-lo em uma sociedade de todo estranha a seus costumes e visão de mundo.

Tal estado de coisas não foi um fenômeno restrito tão somente ao território brasileiro, tanto Espanha como Portugal nos processos de conquista e os posteriores estados nacionais advindos dos processos de independência em maior ou menor escala adotaram políticas semelhantes. Como exemplo pode-se citar o caso boliviano, onde até 1994 nenhuma Constituição chegou a reconhecer direitos aos povos indígenas, ressalvadas duas hipóteses nas Constituições de 1938 e 1945, onde se outorgou a estes direitos a educação especial. Isto em

⁵⁸ GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: M. Fontes, 2006. p. 24.

⁵⁹ Op. cit., p. 31

⁶⁰ BRASIL. Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 14 jul. 1928. Seção 1, p. 17125.

⁶¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Comentário aos artigos 231 e 232. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2148-2157. p. 2148.

um Estado onde setenta por cento da população era de indígenas, conforme aponta Carlos Frederico Marés de Souza Filho⁶².

No caso específico da Bolívia, com a implantação do respectivo Estado Nacional, fixou-se a ideia de nação sob as características do grupo dominante, de ascendência europeia, oficializando uma monocultura baseada em um idioma único, no caso o espanhol, conforme relatado por Alejandro Mansilla Arias⁶³. Outrossim, em solo boliviano, à semelhança do que ocorreu no Brasil, foi também utilizado o direito imposto pelo Estado como mecanismo de negação da diversidade dos povos originários, servindo de exemplo deste estado de coisas a “Ley de Ex vinculación de Tomas Frías”, promulgada em 1874, a qual vinha regular a posse dos povos originários sobre suas terras de modo a declarar a incompatibilidade entre o comunitarismo sempre praticado pelos indígenas e o regime de propriedade privada da terra, conforme noticiado por Arias⁶⁴.

Verifica-se assim que a linha abissal, referida por Boaventura de Sousa Santos⁶⁵, dividindo a sociedade em dois mundos o do colonizador e o do colonizado, sempre foi marcante na América deste o início da conquista até o presente. E por outro lado, demonstra-se que o direito imposto pelo Estado foi um fator importante no processo de encobrimento dos povos originários e de negação da diversidade destes, na medida em que os ordenamentos jurídicos, mesmo após o advento dos estados nacionais na América, foi excludente. Não reconhecia a alteridade dos povos originários, servindo assim como mecanismo de uma política estatal excludente na medida em que sequer reconhecia a estes povos a condição de membros de uma civilização, no sentido de um modelo de índole europeia. O Estado Moderno negava, através de seu direito, a diversidade dos povos originários o que ainda perdura de certa forma até os dias atuais, em que pesem os significativos avanços jurídicos ocorridos a partir de fins do século XX.

Na medida em que o direito foi um mecanismo de encobrimento da diversidade e ocultação dos povos originários, resta agora analisar o papel da jurisdição estatal, como mecanismo de aplicação deste direito.

⁶² Op. cit., p. 2149

⁶³ ARIAS, Alejandro Mansilla. El derecho indígena y las pautas para la conformación de una línea jurisprudencial constitucional em Bolívia. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho*, Valencia, n. 10, 2004. Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

⁶⁴ Op. cit., p. 6

⁶⁵ SANTOS, 2010, p. 31

3.3 A JURISDIÇÃO NO ESTADO MODERNO.

A partir do momento em que se tem uma vida em sociedade, com a constante interação entre indivíduos, evidentemente surgem conflitos e pretensões insatisfeitas entre estes, o que de certa forma representa um elevado grau de insatisfação nesta sociedade. Dito isto, entender os mecanismos de resolução destes conflitos é de primordial importância para analisar a questão.

A doutrina então existente sobre o assunto, é uníssona ao apontar que nos primórdios da sociedade estes conflitos eram resolvidos mediante autotutela, na medida em que nas chamadas fases primitivas da civilização, não existiria um Estado suficientemente forte para impor soluções a tais conflitos.⁶⁶ Neste ponto, a ciência do processo, por óbvio, desconheceu qualquer elemento histórico que não a evolução dos institutos jurídicos da jurisdição e do processo dentro de uma concepção europeia, até porque, como é fundamento deste trabalho, o Direito e consequentemente os mecanismos jurisdicionais, não reconheceram outras formas que não aquelas oriundas da modernidade de padrão europeu.

A partir da concepção moderna de Estado e em decorrência da própria soberania como atributo deste, este Estado chama para si a atribuição de resolver os conflitos de forma imperativa, tendo como parâmetro o Direito criado e imposto por ele como fundamento para as decisões nos casos concretos. Esta jurisdição estatal unificada e imperativa então é uma criação da modernidade, sendo ela, no vaticínio de Miguel Reale⁶⁷, um claro indicativo de um processo de evolução - a “adolescência da vida jurídica” do Estado.

Desta forma, pode-se afirmar que a função de dirimir os conflitos e decidir as controvérsias de forma imperativa se constitui em um dos fins primários do Estado, em sua concepção moderna⁶⁸. A partir deste pressuposto, pode-se fixar um conceito de jurisdição, adotado pela ciência processual, o qual toma-se emprestado da doutrina de Cândido Rangel Dinamarco⁶⁹:

Assumido que o sistema processual é impulsionado por uma série de escopos e que o Estado chama a si a atribuição de propiciar a consecução destes, uma das funções estatais é a de realizar os escopos do processo. Tal é a jurisdição, função exercida pelo Estado através de agentes adequados (os juízes), com vista à solução imperativa de conflitos interindividuais ou supra-individuais e aos demais escopos do sistema

⁶⁶ CINTRA, Antônio C. A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINARMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 21.

⁶⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 145.

⁶⁸ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideu: IB, 2005. p. 33.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil I*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 329.

processual. Entre esses escopos será o de atuação do direito material, tradicionalmente apontado como fator apto a dar à jurisdição uma feição própria e diferenciá-la conceitualmente das demais funções estatais – pois nenhuma outra é exercida com o objetivo de dar efetividade ao direito material em casos concretos.

Analisando então a definição de jurisdição, tendo como base a sua finalidade, revela-se que esta é o mecanismo estatal com o objetivo de fazer incidir o direito material, imposto por este mesmo Estado, como sendo o fator de solução de todos os conflitos surgidos no meio social de modo imperativo. Então, tem-se que a jurisdição é o fato de regulação imperativa da sociedade mediante a aplicação do direito e de todos os padrões de conduta e regulação da vida social por este impostos, na medida em que estas decisões são imperativas, decorrem do próprio poder do Estado⁷⁰.

Entendo-se a jurisdição como mecanismo estatal de resolução imperativa de conflitos, mediante a imposição do direito criado pelo próprio Estado, pode-se considerar esta como um mecanismo de encobrimento da diversidade e ocultação da diferença, tendo em vista que, neste mister de resolver os conflitos, o Estado adotará tão somente suas próprias normas jurídicas, as quais, como já demonstrado no item anterior, se revelaram no caso americano excludentes, encobridoras das particularidades próprias dos povos originários.

Neste contexto, a jurisdição estatal se constitui em importante mecanismo mesmo de opressão dos povos originários, posto que em muitas das vezes, quando chamada a atuar aplicando o direito uniformizado, “legitimava”, dentro de sua concepção moderna, situações jurídicas que proporcionavam exclusão e encobrimento dos povos originários. A partir de então se revela necessário analisar algumas destas decisões proferidas, para o que recorreremos a alguns julgados do Supremo Tribunal Federal do Brasil, através dos quais poderá fundamentar-se melhor esta hipótese.

3.3.1 Julgados do Supremo Tribunal Federal acerca de direitos e interesses dos povos originários anteriores a Constituição de 1988

Os povos originários no decorrer do processo de formação do Estado Brasileiro, até época bem recente, foram sempre alijados do Direito, na medida em que este não os reconhecia ou quando o fez os tratou como incapazes, cingindo-se tão somente a lhes conceder a posse sobre seus territórios. A consequência lógica de tal estado de coisas, é que na medida em que os povos originários não eram reconhecidos em sua alteridade pelo direito

⁷⁰ Op. cit., p. 332

do Estado Moderno, logicamente não tinham mecanismos de reivindicar seus direitos mediante a jurisdição estatal, motivo pelo qual são raras decisões judiciais deste período, no que diz respeito a discussão de direitos indígenas.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 01/1969, o panorama começa a mudar de forma significativa, na medida em que o art. 198 da mesma passou a considerar as terras habitadas por “silvícolas” como inalienáveis e reconhecendo-se aos mesmos a posse permanente e o usufruto das riquezas naturais e “utilidades nelas existentes”.⁷¹ Entretanto, o dispositivo que suscitou maiores questionamentos foi o parágrafo primeiro do artigo em questão que declarou a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer ato anterior que tivesse por objeto o domínio, posse e ocupação de terras habitadas pelos “silvícolas.” Tal dispositivo suscitou enormes polêmicas, com a oposição expressa de muitos setores da sociedade e do próprio Poder Judiciário.⁷² Obviamente, diante do novo marco legal, vários questionamentos foram levados ao Poder Judiciário, inobstante o fato de que na maioria das vezes não se discutiam direitos indígenas propriamente ditos, mas tão somente o direito de propriedade sobre os territórios.

A primeira decisão colacionada para discussão da matéria é do ano de 1980, Mandado de Segurança de n. 20.215-7/MT, da Relatoria do Min. Décio Miranda⁷³. O caso em questão dizia respeito a mandado de segurança impetrado por particulares contra ato do Presidente da República, que teria alterado os limites da reserva indígena Pimenta Bueno, no município de Barra do Garça-MT. Alegavam os impetrantes que a alteração das divisas da reserva teria incluído terras pertencentes a terceiros com base em títulos de domínio expedidos pelo próprio Estado do Mato Grosso. Da análise do voto do relator, verificou-se que o mesmo ateve-se tão somente a existência ou não de prova da propriedade dos impetrantes, reconhecendo-se a inexistência de documentos que provassem a alienação por parte do Estado de Mato Grosso aos mesmos. Somente pela análise de tal fato a segurança foi negada, sem que o Tribunal enfrentasse no acórdão qualquer questão no que diz respeito ao legítimo direito dos povos indígenas a posse permanente do território.

⁷¹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 01*, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 maio 2014.

⁷² ARAÚJO, Ana Valéria *et al.* *Povos indígenas e a lei dos brancos: o direito a diferença*. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2006. p. 30.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 10.215-7/MT. Impetrante: UTA Agropecuária S/A e Outros. Autoridade Coatora: Presidente da República. Relator: Min. Décio Miranda. Brasília, 05/03/1980. Publicado em 28/03/1980.

Posteriormente, no ano de 1982, tem-se a Ação Civil Originária n. 299-1/MT⁷⁴, da relatoria do Min. Cordeiro Guerra. Em tal feito, particulares até então proprietários de terras demarcadas como “terras de índios”, buscavam contra a União, a FUNAI e o Estado do Mato Grosso haver indenização com fundamento em desapropriação indireta de dita propriedade. Ao intervir na lide em questão, o Estado de Mato Grosso sustentou sua condição de litisconsorte ativo, fundado em seu pretense direito de também ser indenizado pela União em razão da delimitação da reserva indígena operada nos termos do Decreto 84.337/1971. Mais uma vez neste caso também o Supremo Tribunal Federal passa ao largo de examinar o direito dos povos indígenas as terras por eles ocupadas, analisando tão somente a impossibilidade de o Estado do Mato Grosso integrar a lide e ante esta impossibilidade, reconhecendo a incompetência do órgão para julgar o caso. Das decisões judiciais mencionadas, importantes elementos surgem para a discussão proposta neste trabalho. O primeiro deles é que em tais decisões judiciais proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, órgão jurisdicional máximo no Estado Brasileiro, as únicas discussões até então feitas, no que pertine a direitos dos povos originários, envolviam tão somente a propriedade de suas terras. Contudo, é importante aqui citar que a discussão em torno da propriedade deu-se em um conceito de propriedade que remonta ao direito romano e que foi basilar nos ordenamentos jurídicos liberais, característicos do Estado Moderno e não levando em conta a relação ancestral dos povos originários com o ambiente em que vivem.

Outro elemento a demonstrar o caráter excludente dos povos originários na jurisdição estatal é que estes não eram sequer ouvidos nos procedimentos judiciais, além de não deterem legitimidade para atuar no feito, seus elementos culturais próprios sempre foram irrelevantes nas decisões jurídicas. No caso, somente poderiam ser ouvidos através de órgãos estatais, como a FUNAI.

Conclui-se assim que, em tais precedentes judiciais, pode-se demonstrar o caráter excludente da jurisdição estatal, seja porque, quando chamada a decidir sobre questões envolvendo direito indígenas só fazia dentro da visão restrita do direito de propriedade nos moldes do Estado Moderno Liberal, seja também porque os maiores interessados a respeito da discussão sobre demarcação de reservas indígenas não eram sequer ouvidos, não tendo assim como participar do debate processual e influir na decisão.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária 299-1/MT. Autor: Fazenda Xavantina S/A e Outros. Réus: União Federal, Fundação Nacional do Índio – Funai. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 12/08/1982. Publicado em 05/11/1982.

Tal paradigma domina este momento inicial, mas não perdura. Com o processo de redemocratização do país o cenário se transforma, com o advento da Constituição Federal de 1988 os órgãos jurisdicionais passam a dar aos povos originários outro tratamento.

3.3.2 Mudanças de paradigma: o caso dos índios Krenak e Raposa Serra do Sol

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil rompeu com a tradição integracionista e uniformizadora até então vigente no Continente Americano, garantindo aos “índios o direito de continuarem a ser índios”, na lição de Carlos Frederico Marés de Souza Filho⁷⁵, reconhecimento este que foi seguido posteriormente pelos demais países da América Latina. A década de 80 do século XX marcou uma virada no que diz respeito ao reconhecimento dos povos originários no Continente Americano, advinda dos vários processos de redemocratização e rompimento com os regimes autoritários. Neste ponto, são importantes as considerações de Marés⁷⁶:

É de se notar que no final da década de 80 e começo dos anos 90, muitos países do continente passaram por um processo de redemocratização, pondo fim a uma, duas ou mesmo três décadas de ditaduras. Esta democratização se deu ao mesmo tempo em que a própria modernidade se tornava mais flexível e tolerante com espaços organizados étnica ou culturalmente. Houve um renascer de muitas etnias. Na América Latina, essa nova formulação ideológica e cultural deu uma força emancipatória às Constituições como resposta às décadas de autoritarismo, e um reconhecimento às diferenças, que haviam sido a marca do continente desde a conquista no final do século XV. De cada processo constituinte surgiu um Estado e um Direito marcados por estas características.

Ante ao advento deste significativo marco histórico e ao avanço dos ordenamentos constitucionais no reconhecimento da diversidade e do direito dos povos originários, obviamente mudaram-se também as decisões judiciais envolvendo direitos indígenas, as quais passaram a tutelar de modo mais eficaz estes povos, por tantos anos excluídos das benesses do Estado Moderno Liberal, buscando por outro lado reparar danos históricos a eles causados.

Assim, no caso específico do Supremo Tribunal Federal no Brasil, afigura-se como precedente de extrema importância na análise dos direitos indígenas o julgamento da Ação Cível Originária 323-7 de Minas Gerais, da relatoria do Min. Francisco Rezek, cujo acórdão

⁷⁵ SOUZA FILHO, 2013, p. 2148

⁷⁶ Op. cit., p. 2149

data de outubro de 1993.⁷⁷ A ação em questão foi proposta pela FUNAI, buscando declarar a nulidade de títulos de propriedade de vários imóveis rurais concedidos pelo governo do Estado de Minas Gerais a particulares no município de Resplendor(MG), ante a fato de que tais áreas seriam terras originariamente pertencentes aos indígenas da etnia Krenak e Pojixá.

A questão discutida nos autos, para além da titularidade da União sobre o referido território, dizia também respeito à situação dos índios Krenak e Pojixá que ocupavam o território na margem esquerda do Rio Doce a várias gerações, principalmente no que diz respeito ao brutal extermínio destes povos no decorrer do tempo como também a violência praticada contra os mesmos ante ao fato de terem sido sumariamente transferidos de seu território ancestral.

Em seu voto, o relator Min. Francisco Rezek tece considerações preciosas a respeito das políticas estatais e das práticas até então adotadas contra os povos indígenas pelo próprio estado, cabendo aqui destacar o seguinte⁷⁸:

O quadro social à época reinante induzia a comportamentos estatais frente às comunidades indígenas, que não excediam, na melhor das hipóteses, de ignorá-las rasamente, entregando-as à própria sorte em seus contatos, quase sempre desastrosos, com particulares; ou, na pior, de condescender com seu sistemático extermínio, naquelas modalidades típicas que o direito superveniente designou por genocídio.

De forma taxativa, um órgão estatal de cúpula do sistema jurisdicional brasileiro reconheceu expressamente a omissão do estado no processo de genocídio das nações indígenas e completo abandono das mesmas em seus contatos com estranhos, o que representa um significativo marco nas decisões judiciais a respeito da questão indígena. Inobstante o fato de a questão de fundo mais uma vez dizer respeito a titulação de territórios indígenas, expressamente se reconheceu na decisão em questão, a omissão estatal e as práticas genocidas perpetradas contra os indígenas, sendo que ao final o Supremo Tribunal Federal considerou nulos os títulos de propriedade concedidos pelo Estado de Minas Gerais, retornando a titularidade do território à União o que possibilitou o reassentamento dos índios Krenak e o restabelecimento de sua comunidade.

A decisão possibilitou o ressurgimento da etnia Krenak naquele território antes usurpado. As populações indígenas Krenak a época da decisão estavam em vias de extinção e atualmente, conforme informação obtida do próprio portal do Ministério da Justiça, já existem

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária 323-7/MG. Autora: Fundação Nacional do Índio. Réus: Adimário Penedo de Oliveira e Outros. Litisconsorte passivo: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília: 14/10/1993. Publicado em 08/04/1994.

⁷⁸ Ibid., p. 106

naquele território 32 famílias nucleares e cerca de 200 indígenas em profundo processo de “intensificação cultural” e restabelecimento de seus costumes.⁷⁹

Nos últimos tempos, o reconhecimento dos direitos indígenas aprofunda-se no Brasil, como em toda América Latina, sendo emblemático também o julgamento da questão envolvendo a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol em Roraima, discutido no Supremo Tribunal Federal na petição 3.388-RR, da relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto⁸⁰.

Neste emblemático julgamento, para além das questões atinentes a posse do território, o Supremo Tribunal Federal fixou outros paradigmas no que diz respeito aos direitos indígenas no Brasil, sendo que da ementa do acórdão cabe destacar: a) o exposto reconhecimento do propósito constitucional em retratar “uma diversidade indígena tanto inter-étnica quanto intra-étnica” na medida em que os índios em processo de aculturação permanecem índios para fim de proteção constitucional; b) a finalidade “fraternal” e “solidária” dos artigos 231 e 232 da Constituição Federal, com vistas a estabelecer um novo tipo de igualdade civil-moral das minorias, compensando-se as desvantagens historicamente acumuladas com vistas a viabilizar mecanismos oficiais de ações afirmativas; c) Inexistência de antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento do país e; d) Compatibilidade plena entre o meio ambiente e as terras indígenas.⁸¹

Inobstante as profundas mudanças no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos dos povos originários no Brasil, este é ainda reconhecido somente em um modelo de jurisdição estatal, que tem como paradigma tão somente o Direito posto pelo Estado, ainda que este, após o advento da Constituição de 1988, tenha avançado significativamente na proteção dos indígenas. Mais uma vez é de se argumentar que, na formação deste direito estatal, não se inclui os costumes e cosmovisão dos povos originários, sendo ainda, em que pesem os avanços, um sistema encobridor da diversidade, posto que a jurisdição estatal é um mecanismo do Estado Moderno.

⁷⁹ FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *O índio*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA63EBC0EITEMID8876934AA00F4D50A90B7CB90946C16BPTBRNN.htm>>. Acesso em: 17 set. 2014.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR. Requerente: Augusto Afonso Botelho Neto. Assistentes: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcante e Outros. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 27/08/2008. Publicado em 25/09/2009.

⁸¹ Ibid.

4 O ESTADO PLURINACIONAL

4.1 CRISE DO PARADIGMA JURÍDICO VIGENTE

Em que pesem os significativos avanços no reconhecimento dos direitos dos povos originários, é certo que ainda vive-se sob a égide do Estado Moderno, de índole Liberal, sendo este o paradigma ainda vigente. Este Estado, de modelo liberal, ainda é calcado no individualismo, impositor de uma cultura “ocidental” que marginaliza e debilita as culturas originárias e os sistemas políticos e jurídicos destes povos, impondo fronteiras no sentido de desfazer as unidades de território tradicionais, minando assim a autonomia e o controle dos mesmos sobre seu território, conforme apontado por Fernando Garcés.⁸²

Ainda que se leve em conta o fato de que os recentes ordenamentos constitucionais na América Latina passaram a reconhecer direitos aos povos originários, esta própria expressão “reconhecimento”, neste ponto merece análise mais aprofundada. Tal expressão, “reconhecimento”, está a indicar que estes novos ordenamentos jurídicos conhecem os povos originários enquanto tal, e a partir daí outorgam aos mesmos direitos que na maior parte do tempo lhes foram negados. Mas, ainda assim, os reconhecem a partir do paradigma jurídico vigente. Os conhecem e, conseqüentemente, os toleram dentro da perspectiva moderna, não significando que os mesmos passam a integrar ou mudar a estrutura do Estado vigente. Dito isto, o simples reconhecimento dos povos originários com a conseqüente outorga aos mesmos de direitos dentro da perspectiva vigente não está a indicar a superação do paradigma dominante.

O paradigma jurídico vigente, fruto desta modernidade de índole europeia, tem como pressuposto normas jurídicas traduzidas em “proposições legais abstratas, impessoais e coercitivas” impostas por um poder centralizado, no caso o Estado, e que são interpretadas e aplicadas de forma imperativa por funcionários e órgãos jurisdicionais estatais.⁸³

Tal paradigma já se encontra em profunda fase de exaurimento, não sendo mais apto, se é que um dia já o foi, em responder as novas demandas da sociedade, mormente no que diz respeito a prestação da tutela jurisdicional aos indivíduos, seja de forma individualizada e,

⁸² GARCÉS, Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília, DF: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 167-192. p. 175.

⁸³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 69.

principalmente, de forma coletiva. Novos direitos, novos sujeitos e novas visões de mundo que modificam a natureza dos litígios e conflitos sociais não são reconhecidos e muito menos tutelados pela jurisdição do Estado liberal moderno. Mesmo porque este Estado, no caso específico dos povos originários, como já demonstrado no capítulo anterior, os encobria e os desconsiderava enquanto sujeitos e titulares de direitos nos ordenamentos jurídicos.

Por outro lado, foi demonstrado que estes povos originários, na medida em que não eram efetivamente reconhecidos, até então, também não influíam na formação dos ordenamentos jurídicos dos estados nacionais latino-americanos. Assim, seus costumes, suas crenças, suas regras jurídicas e formas de resolução de conflitos nunca foram reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos estatais, razão pela qual o paradigma jurídico moderno é insuficiente para resolver as demandas destes povos e, quando o faz, o faz dentro de uma visão eurocêntrica e liberal, ou seja uma visão ‘moderna’, a qual não oferece a resposta correta e justa a tais conflitos. Neste sentido, Heleno Florindo da Silva⁸⁴ aponta que:

A modernidade enquanto história humana é o momento em que o *homem* europeu, branco, ocidental e cristão, assume o papel de verdadeiro paradigma, por onde só poderiam ser considerados *homens*, aqueles que cumprissem a cartilha europeia de ser.

Neste aspecto, como já fundamentado alhures, os povos originários enquanto “outro” e por não “cumprirem com a cartilha europeia de ser” ficaram por anos alijados da tutela do direito estatal, como também da jurisdição pelo Estado Nacional, não tendo a tutela jurídica adequada de seus conflitos.

Pode-se falar também em uma crise do chamado Estado-Nação, visto que assistimos a um momento de volatilidade e dispersão do conceito de nação, na medida em que o mesmo se trata de uma construção cultural, social e simbólica apropriada como ferramenta de dominação por uma elite que se apropriou do poder estatal.⁸⁵ Sendo assim, é de se concluir que este paradigma moderno é insuficiente para responder “às demandas por novos direitos e resolver latentes conflitos coletivos nas sociedades periféricas como as da América Latina.”⁸⁶

Desta forma, pode-se afirmar que a ideia moderna de nação, para além de ser excludente e uniformizadora, foi uma forma encontrada pelos Estados latino-americanos em formação de fortalecer sua autoridade, uniformizando a sociedade dentro de um padrão único, de modelo europeu, impondo uma cultura e um direito único em sobreposição a realidade

⁸⁴ SILVA, Heleno Florindo da. *Teoria do Estado plurinacional: o novo constitucionalismo latino-americano e os direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 39.

⁸⁵ Op. cit., p. 182

⁸⁶ WOLKMER, 2001, p. 83

então existente no território americano. Assim, o constitucionalismo surgido a partir daí sempre teve como objetivo a afirmação de uma identidade nacional única e monocultural, como apontado por Heleno Florindo da Silva.⁸⁷

Esta uniformização da sociedade nunca foi e nem será atingida. Notadamente nos países andinos a identidade própria dos povos originários sempre foi mantida e conservada durante séculos de resistência a imposição do modelo social europeu. Na América Latina, atualmente, em que pesem as tentativas uniformizadoras, cerca de 50 milhões de indígenas correspondem a 11% da população total. Enquanto em países como Brasil e Argentina tal população representa menos de 1% da população geral, por outro lado em países como Bolívia e Guatemala representam mais de 50% da população total⁸⁸.

Na medida em que falha o processo uniformizador da sociedade, os conflitos e a divisão social se tornam mais significativos, o Direito e a Jurisdição enquanto criações do Estado Moderno não se encontram preparados para lidar com estas demandas, como nos esclarece Wolkmer:⁸⁹

A crise epistemológica engendrada pela Dogmática Jurídica, enquanto paradigma científico hegemônico, reside no fato de que suas regras vigentes não só deixam de resolver os problemas, como ainda, 'não conseguem mais fornecer orientações e normas capazes de nortear' a convivência social. Ora, não tendo mais condições de oferecer soluções funcionais, o modelo técnico de positivismo jurídico dominante revela-se a própria fonte privilegiada da crise, das incongruências e das incertezas.

A partir do reconhecimento de que o paradigma jurídico da modernidade não oferece respostas aos conflitos e demandas da sociedade e de que o Estado Nação, enquanto elemento de homogeneização da sociedade falhou em seu objetivo uniformizador, é de se perquirir se existem alternativas a este paradigma.

É possível conceber novas formas de organização estatal e novos mecanismos constitucionais que venham efetivamente romper com o paradigma moderno vigente? Em que pesem os avanços alcançados, é certo que dentro do modelo de Estado Nação de índole liberal, não existem mecanismos aptos a romper com tal estado de coisas. O Direito e a Jurisdição no Estado Moderno, como visto, não têm condições de oferecer respostas as novas demandas sociais e a existência de sociedade plurais na América Latina.

⁸⁷ Op. cit., p. 58

⁸⁸ SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho(s) em América Latina. In: GARVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho em América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 304.

⁸⁹ Op. cit., p. 75

Inobstante a inexistência de respostas dentro do paradigma de Estado Nação até então vigente, surge na América Latina um novo tipo de organização Estatal e um novo constitucionalismo, o qual detém elementos claros a demonstrar o rompimento com o paradigma moderno de Estado. Como também apresenta novas formas de organização estatal e jurídica aptas a responder as demandas sociais e a regular sociedades plurais, calcadas na diferença, restabelecendo e reconhecendo a diversidade dos povos e culturas e apontando um novo caminho para um constitucionalismo que efetivamente rompa com a modernidade imposta pelo conquistador europeu.

A resposta a questão acima formulada surge dos Andes, mais precisamente da Bolívia e do Equador, que com seus processos constituintes recentes apresentam uma nova realidade Estatal, o chamado Estado Plurinacional.

Neste ponto, surge um novo constitucionalismo latino-americano, transformador e democrático e em sua esteira, surge também uma nova realidade estatal, o Estado Plurinacional, o qual efetivamente reconhece a diversidade dos povos, desocultando e desenterrando o “outro”, que sempre ficou a margem do Estado Nacional e que agora é efetivamente integrado na estrutura do Estado.

4.2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Ao se analisar o chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”, a primeira questão que se apresenta é a necessidade de diferenciá-lo, enquanto fenômeno jurídico, do chamado “neoconstitucionalismo”.

A respeito deste “neoconstitucionalismo”, Luís Roberto Barroso⁹⁰ aponta como marco histórico deste “novo direito constitucional” o constitucionalismo do pós-guerra, mais precisamente na Alemanha e Itália, e no Brasil a partir da Constituição de 1988, o qual dentro de um marco filosófico pós-positivista, envolveria três conjuntos de mudanças paradigmáticas. A primeira seria “o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata.” A segunda, a expansão da jurisdição constitucional, manifestada na criação de tribunais constitucionais. E por fim, a terceira se consubstanciaria em ideias “identificadas como nova interpretação constitucional.”

Ainda que se reconheça que este “neoconstitucionalismo” representou significativo avanço, com o fortalecimento dos ordenamentos constitucionais, com a expansão da

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Forem, 2014. p. 30-31.

jurisdição constitucional e com a ampliação do leque de direitos individuais e coletivos, tal fenômeno não representa uma ruptura com a modernidade e muito menos a superação do paradigma jurídico dominante, até porque tal fenômeno tem origem eminentemente europeia.

A buscar-se uma mudança no paradigma vigente, tem-se necessariamente que voltar a atenção para a América Latina, onde efetivamente surge um constitucionalismo diferente. Neste ponto, Raquel Z. Yrigoyen Fajardo⁹¹ aponta a existência de três ciclos de reformas constitucionais ocorridas nas três últimas décadas na América Latina, que vão culminar em um novo tipo de constitucionalismo. O primeiro ciclo, denominado de constitucionalismo multicultural, ocorre na década de 80 do século XX, e é marcado pelo surgimento do multiculturalismo, onde as constituições passam a introduzir conceitos de diversidade cultural e a reconhecer a configuração multicultural e multilinguística da sociedade, reconhecendo, igualmente, direitos aos povos originários.⁹²

No segundo ciclo, ocorrido a partir da década de 90 do século XX e nos anos iniciais do século XXI, tem-se um constitucionalismo pluricultural, onde as constituições passam a afirmar direitos individuais e coletivos, a identidade e diversidade cultural dos povos originários, estabelecendo conceitos de nações multiétnicas e multiculturais. Tais constituições, por primeira vez, passam a reconhecer as autoridades indígenas, bem como suas normas e seu direito consuetudinário, para além de suas funções jurisdicionais.

Por fim chega-se ao terceiro ciclo, o do constitucionalismo plurinacional, conformado nos processos constituintes da Bolívia (2006/2009) e do Equador (2008), onde efetivamente tem-se a refundação do Estado a “partir do reconhecimento explícito das raízes milenárias dos povos indígenas”, com o objetivo de pôr fim a séculos de colonialismo.⁹³

Neste ponto, vislumbra-se o rompimento do paradigma jurídico que norteou toda a modernidade de índole europeia, posto que a partir destes novos processos constitucionais de índole plurinacional, ao invés de simplesmente “reconhecer-se” direitos aos povos indígenas originários, estes são efetivamente chamados a participar da formação deste novo Estado, como bem esclarece Raquel Z. Yrigoyen Fajardo⁹⁴:

⁹¹ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139.

⁹² Op. cit., p. 141

⁹³ Op. cit., p. 149

⁹⁴ Op. cit., p. 149

Al definirse como un Estado plurinacional, resultado de un pacto entre pueblos, no es un Estado ajeno el que ‘reconoce’ derechos a los indígenas, sino que los colectivos indígenas mismos se yerguen como sujetos constituyentes y, como tales y junto con otros pueblos, tienen poder de definir el nuevo modelo de Estado y las relaciones entre los pueblos que lo conforman. Es decir, estas Constituciones buscan superar la ausencia de poder constituyente indígena en la fundación republicana y pretenden contrarrestar el hecho de que se las haya considerado como menores de edad sujetos a tutela estatal a lo largo de la historia.

Configura-se assim um novo modelo constituinte, no qual os povos originários integram a estrutura estatal e participam como membros integrantes do processo de construção deste novo Estado, como sujeitos constituintes, em comunhão com os demais grupos existentes, demonstrando assim seu caráter extramente democrático, capaz de desocultar e desencobrir os povos indígenas. Igualmente, a marca característica deste novo constitucionalismo latino-americano, conforme citado por Uprimny⁹⁵ é a valorização do pluralismo e da diversidade em praticamente todos os campos, reconhecendo este autor que este novo constitucionalismo traduz-se em um novo tipo, um novo paradigma de tipo transformador e com “forte matriz igualitária.”

Pode-se então inferir que este novo tipo de constitucionalismo é de todo diferente do tipo tradicional de matriz europeia ou norte-americana. Enquanto o constitucionalismo de matriz liberal não foi capaz de libertar os povos, de desocultar os encobertos e de criar sociedades mais igualitárias e justas, este novo constitucionalismo latino-americano vai em sentido contrário. Enquanto criação eminentemente latino-americana, na medida em que as práticas transformadoras nos últimos trinta anos originam-se no sul⁹⁶, pauta-se pela constitucionalização da diversidade, na medida em que “o outro, violado, encoberto, esquecido, por aproximadamente 500 anos, pode passar a figurar como sujeito importante para as decisões sociais e do Estado”, conforme magistério de Heleno Florindo da Silva.⁹⁷

Outro aspecto importante deste novo constitucionalismo latino-americano é o consequente fortalecimento da democracia, conforme José Luiz Quadros de Magalhães⁹⁸ explica: “ao contrário da democracia moderna essencialmente representativa, a democracia do Estado Plurinacional vai além dos mecanismos representativos majoritários,” não estando isto a significar a inexistência destes mecanismos, mas sim a criação de outros mecanismos institucionalizados de consensos, onde as mudanças democráticas decorrem de

⁹⁵ Op. cit., p. 122

⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el Estado e la sociedad: desafios actuales*. Buenos Aires: Waldhuter, 2009. p. 195.

⁹⁷ Op. cit., p. 106

⁹⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 42.

consensos “construídos e reconstruídos permanentemente”. A partir daí o “Estado e a Constituição no lugar de reagir as mudanças não previstas ou não permitidas, passa a atuar, sempre, favoravelmente às mudanças desde que estas sejam construídas por consensos dialógicos, democráticos”, conseqüentemente não hegemônicos e não permanentes.⁹⁹

Com base nestes aportes, pode-se apontar algumas características definidoras deste novo constitucionalismo latino-americano, de forma a entender melhor este fenômeno jurídico e demonstrar sua capacidade de romper com os paradigmas jurídicos do Estado Moderno e, conseqüentemente, como elemento de desencobrimento dos povos originários.

A primeira característica a ser apontada é que este novo constitucionalismo rompe com os dogmas do “Estado Nação”, de matriz europeia. Os novos ordenamentos constitucionais da Bolívia e do Equador se fundam na plurinacionalidade. Assim, temos um reconhecimento explícito de que no seio dos novos estados “refundados” nos textos constitucionais existem várias nações, e não uma sociedade e um povo homogêneo e unificado. Ao revelar a existência de várias nações dentro de um mesmo território, rompe-se com a ideia uniformizadora do Estado Nação e revela-se o “outro” que sempre existiu, mas que sempre foi encoberto e não reconhecido. A partir daí, a ideia de plurinacionalidade obriga a refundação do próprio Estado, na medida em que tem-se que combinar diferentes conceitos de nação dentro de um mesmo território estatal, conforme aponta Boaventura de Sousa Santos.¹⁰⁰

A segunda e mais marcante característica deste novo constitucionalismo latino-americano diz respeito ao fato de que estes novos ordenamentos constitucionais não se limitam a reconhecer direitos aos povos originários, ao contrário, estes povos são chamados a participar ativamente na refundação do estado, como sujeitos desta mudança e titulares do poder constituinte. E a partir de então são efetivamente integrados na estrutura deste novo Estado, integrados a partir de suas próprias cosmovisões, com seus costumes, crenças, regras jurídicas e mecanismos jurisdicionais incorporados na própria estrutura estatal. Assim têm-se um estado fundado na diversidade e não na homogeneidade da sociedade, até porque ao se integrar os povos originários na estrutura estatal faz-se de forma a não negar a participação de todos os outros componentes da sociedade.

E como terceira característica deste novo constitucionalismo latino-americano, tem-se o fortalecimento da democracia. Como já visto, para além dos mecanismos da democracia majoritária, os quais não são de todo excluídos, nestes novos ordenamentos constitucionais,

⁹⁹ Op. cit., p. 43

¹⁰⁰ Op. cit., p. 202

privilegia-se uma democracia de índole dialógica, onde se requer o diálogo constante e deliberações permanentes entre as diversas culturas existentes. O maior objetivo não se cinge em buscar decisões definitivas, mas sim, dentro de um processo democrático dialógico, obter consensos mutuamente construídos.

À vista de todos estes elementos, pode-se afirmar que este novo constitucionalismo latino-americano rompe com os paradigmas até então vigentes no Estado Moderno, constituindo-se assim em importante fator a garantir a diversidade na medida em que desconstrói os mecanismos de ocultação e encobrimento impostos pelo Estado Moderno Liberal.

4.3 O PLURALISMO EPISTEMOLÓGICO

Ante ao fato de que este novo constitucionalismo latino-americano, revelado pelos processos constituintes do Equador e da Bolívia, vem romper com o paradigma jurídico vigente do Estado Moderno, é salutar a partir de então mostrar outro aspecto revelador deste rompimento.

Como já referido, uma das principais características destes novos ordenamentos constitucionais é a efetiva reconstrução do estado através de uma nova perspectiva. Ou seja, os povos originários que sempre foram ocultados e desconsiderados no paradigma moderno, efetivamente passam a participar do processo constituinte como sujeitos ativos e passam a integrar as estruturas estatais, levando consigo toda uma cosmovisão e um conjunto de crenças, costumes e regras jurídicas em todo distintas daquelas até então vigentes sob a égide do Estado Moderno.

Assim, estes novos estados fundam-se, para além das estruturas tradicionais, em outras perspectivas e visões de mundo e de regras jurídicas em todo diferentes das até então praticadas. Tem-se assim na estrutura destes estados refundados outros parâmetros de regras e instituições jurídicas, novas concepções de família, novas concepções do direito de propriedade em todo diversas dos modelos tradicionais de matriz europeia. E mais, apresentam estes novos ordenamentos constitucionais outras formas de relações sociais entre os indivíduos e entre estes e o próprio meio ambiente.

Para além dos conhecimentos ditos científicos e tradicionais, os quais são os reconhecidos de forma dogmática pelo Estado Moderno, herança do colonizador europeu, novos conhecimentos, novas visões do mundo e do direito são incorporados aos

ordenamentos constitucionais em questão. Conhecimentos estes que provém das tradições milenares dos povos originários e que sempre estiveram encobertos pela perspectiva moderna e liberal.

Com base nestes aportes, para prosseguimento do estudo é também de primordial importância entender este verdadeiro pluralismo epistemológico, caracterizador do novo constitucionalismo latino-americano, e que é um dos elementos importantes a fundamentar este rompimento e superação da modernidade com suas bases uniformizadoras.¹⁰¹

Na perspectiva do Estado Moderno somente poder-se-ia admitir como científico os conhecimentos e o direito impostos de forma homogênea, dentro de um padrão de molde europeu em detrimento dos conhecimentos e do direito dos povos originários. Como preleciona Boaventura de Sousa Santos¹⁰², este conhecimento e direito modernos representariam uma manifestação do pensamento abissal, na medida em que do outro lado da linha abissal, onde se situariam os povos colonizados não existiria um conhecimento real, mas tão somente crenças, opiniões, magias ou entendimentos intuitivos. Ou seja, tudo o que fosse estranho ao padrão uniformizador imposto não seria efetivamente “conhecimento”, quer enquanto conhecimento dito científico quer como direito. Neste sentido, Boaventura¹⁰³ esclarece nos seguintes termos:

Mais uma vez, a zona colonial é, *par excellence*, o universo das crenças e dos comportamentos incompreensíveis que de forma alguma podem considerar-se conhecimento, estando por isso, para além do verdadeiro e do falso. O outro lado da linha alberga apenas práticas incompreensíveis, mágicas, idolátricas. A completa estranheza de tais práticas conduziu à própria negação da natureza humana dos seus agentes.

Na medida em que estes novos processos constitucionais rompem com os padrões da modernidade, logicamente tal visão quanto aos conhecimentos, crenças e o próprio direito dos povos originários, deve também ser efetivamente rompido. Assim, estes novos estados, rompendo com a linha abissal já anteriormente referida, fundam-se com base em um pluralismo epistemológico, impondo este uma incorporação de novos conhecimentos e novas práticas, que anteriormente não eram reconhecidas, em conjunto com as já existentes, criando-se o que León Olivé¹⁰⁴ vai denominar de uma sociedade de conhecimentos, onde seus membros individuais e coletivos efetivamente têm: a) a capacidade de se apropriar de todos os

¹⁰¹ MAGALHÃES, 2011, p. 54

¹⁰² SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, B. S.; MENDES, M. P. (Ed.). *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2013. p. 31-83. p. 31.

¹⁰³ Op. cit., p. 37

¹⁰⁴ OLIVÉ, León *et al.* *Pluralismo epistemológico*. La Paz: Muela del Diablo, 2009. p. 20.

conhecimentos disponíveis e gerados em qualquer parte; b) o poder de se aproveitar da melhor maneira os conhecimentos universais produzidos historicamente incluindo-se aqueles próprios e tradicionais e; c) o poder de gerar conhecimentos por eles mesmos como forma de melhor compreender e solucionar seus problemas.

Dentro desta visão epistemológica pluralista, permite-se a incorporação de novas formas de conhecimento e mesmo do direito, resgatando assim aqueles que sempre fizeram partes da tradição dos povos originários e, conseqüentemente, permitindo sua integração na estrutura estatal. Funda-se assim o pluralismo epistemológico dentro da concepção que Boaventura de Sousa Santos¹⁰⁵ denominou de “ecologia de saberes”, fundada na ideia da necessidade de se reavaliar as intervenções e relações sociais de acordo com todas as formas de conhecimento, incluindo-se aí aqueles tradicionais dos povos originários.

Estes aportes são necessários, porque, como já dito, uma das principais características dos Estados Plurinacionais, recentemente refundados dentro da perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano, é a efetiva incorporação dos povos originários na estrutura destes estados. Com base nisto, a incorporação dos povos originários nos textos constitucionais dá-se também pela incorporação de suas visões de mundo e de suas culturas, rompendo com a lógica moderna. Toda a cosmovisão dos povos originários passa a integrar os novos textos constitucionais, dentro de uma perspectiva epistemológica plural.

A demonstrar esta incorporação, podemos analisar a Constituição Boliviana, mais precisamente em seu artigo 8º, onde o Estado assume a obrigação de promover como princípios ético-morais da sociedade plural, princípios, regras e conhecimentos ancestrais dos povos originários, tais como *suma qamaña* (bem viver), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa) e *ivi maranei* (terra sem mal), bem como os princípios do *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (não sejas frouxo, não sejas mentiroso, não sejas ladrão)¹⁰⁶, sendo que estes últimos têm raízes ancestrais, podendo-se apontar as regras jurídicas dos povos Collas, ditadas pelo “Rey Sol”, como sendo a raiz de tais preceitos, conforme magistério de Augusto Guzmán¹⁰⁷, já anteriormente abordado

Tais princípios são originários das próprias culturas dos povos indígenas originários, de sua própria filosofia, que vão representar a integração desta filosofia e cosmovisão ao texto

¹⁰⁵ Op. cit., p. 60

¹⁰⁶ BOLÍVIA. *Constitución política del Estado plurinacional*. Disponível em: <<http://www.patrianueva.bo/constitucion/>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

Texto integral:

“Artículo 8. I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble).”

¹⁰⁷ Op. Cit. P. 29

constitucional. Todos eles podem ser efetivamente sintetizados no chamado *sumak kawsay*, podendo traduzir-se no “bem viver”. Tal concepção rompe com os dogmas do estado liberal e da visão de mundo até então predominante nos Estados Modernos, conforme os aportes de Consuelo Sánchez¹⁰⁸:

O que se destaca nesse conceito indígena é o fato de que ele implica em uma forma distinta de relação com a natureza, a sociedade e a vida democrática; e implica na recusa da forma liberal de desenvolvimento e crescimento econômico. Assim sendo, em relação ao mundo liberal, o indígena pressupõe o enfrentamento de duas formas de ver e estar no mundo. Aí reside sua transcendência.

Caracteriza-se desta forma o rompimento com o paradigma jurídico da modernidade, posto que com a incorporação do princípio do *sumak kawsay* no ordenamento constitucional, modificam-se todas as estruturas “universalistas e monodirecionais em que se transcrevem as atividades estatais para uma compreensão holísticas e integrada entre o ser humano e a natureza.”¹⁰⁹ Desta forma cria-se um ambiente pluralista e, conseqüentemente, fortalece-se a democracia, sendo este um dos principais fundamentos do Estado Plurinacional.

4.4 ESTADO PLURINACIONAL

Compreendidas as linhas básicas delimitadoras deste movimento conhecido como “Novo Constitucionalismo Latino-americano” e a questão do pluralismo epistemológico, é de se analisar o chamado Estado Plurinacional. A partir da análise de suas características, pode-se identificar seus traços principais que bem demonstram que o mesmo rompe com a lógica do Estado Moderno e, conseqüentemente, permite a desocultação dos povos originários, proporcionando assim um ambiente de diversidade e fortalecimento da democracia.

Como já dito por inúmeras vezes, o Estado Moderno, paradigma até então vigente, tem como uma de suas características principais a uniformização da sociedade, sendo que dentro desta visão uniformizadora, no caso específico da América Latina este Estado Moderno surgiu beneficiando setores minoritários e dominantes da população, no caso as elites formadas pelos remanescentes europeus e seus descendentes, como bem assinalado por

¹⁰⁸ SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomia, estados pluriétnicos e plurinacionais. In: VERDUM, Ricardo (Org.). *Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília, DF: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 63-90. p. 175.

¹⁰⁹ NOGUEIRA, Caroline B. Contente; DANTAS, Fernando A. Carvalho. O Sumak Kawsay (Buen Vivir) e o novos constitucionalismo latino-americano: uma proposta para a concretização dos direitos socioambientais? In: UNIVERSITAS E DIREITO, 2012, Curitiba. *Anais...* Curitiba: PUCPR, 2012. p. 26.

Heleno Florindo da Silva.¹¹⁰ Obviamente, toda a uniformização social até então empreendida deu-se sob o paradigma europeu sob os auspícios desta elite governamental dominante.

Ao romper-se com este paradigma, este novo constitucionalismo e o estado plurinacional, devem basear-se nas “relações interculturais igualitárias, que redefinam e reinterpretem os direitos constitucionais e reestruem a institucionalidade proveniente do Estado Nacional”, como preleciona Agustín Grijalva, citado por Henrique Weil Afonso e José Luz Q. de Magalhães¹¹¹. Neste contexto, a partir desta redefinição e reinterpretação dos direitos constitucionais, por óbvio aqueles sujeitos que sempre foram ocultados pelo Estado Liberal moderno passam a ser membros ativos destes novos estados refundados. E com suas particularidades, culturas, costumes e direito próprios, passam a integrar a própria institucionalidade estatal, o que demanda também a reestruturação do próprio estado com a efetiva integração ao mesmo não só do direito próprio dos povos originários, como também das alterações nas estruturas e órgãos estatais de modo a incorporar-se a estes os elementos originários das culturas dos povos originários.

Desta forma, o chamado Estado Plurinacional vem romper com um dos maiores dogmas do Estado Liberal Moderno, seu caráter uniformizador a partir da homogeneização da sociedade sob uma única nação. Esta ideia uniformizadora de nação, a qual já se referiu acima, foi fator preponderante no processo de encobrimento e ocultação dos povos originários, e se o Estado Plurinacional, como o próprio nome está a invocar, rompe com este caráter, evidente que o mesmo funda-se a partir de uma perspectiva plural dos povos componentes do estado, como Consuelo Sánchez¹¹² esclarece:

Os Estados pluriétnicos ou plurinacionais são os que se configuram considerando a vinculação do Estado com duas ou mais culturas nacionais, ou com todas as existentes no país, sem importar o seu número ou a sua composição demográfica. No sentido estrito, esse tipo de Estado deixa de ser a personificação de uma só nacionalidade para atribuir equivalências às nacionalidades em questão.

Fundado nesta perspectiva plural da sociedade, os chamados Estados Plurinacionais constituem-se de um ambiente profícuo para o desocultamento dos povos originários, na medida em que, enquanto membros de nações distintas passam a integrar o estado, levando consigo todos os seus elementos culturais, sem terem que submeter-se a um processo

¹¹⁰ Op. cit., p. 67

¹¹¹ MAGALHÃES, J. L. Q.; AFONSO, H. W. O estado plurinacional da Bolívia e o Equador: matrizes para uma releitura do direito internacional moderno. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 17, p. 263-276, jan./jun. 2011. p. 272.

¹¹² SÁNCHEZ, 2009, p. 77

uniformizador ou a integrar uma comunidade nacional de padrões culturais e jurídicos diferentes dos seus próprios.

Por outro lado, conforme os aportes de Consuelo Sánchez¹¹³, ainda que os povos indígenas originários tenham efetivamente reivindicado autonomia e maior integração a estrutura estatal, isto não está a significar que este movimento prega qualquer elemento de independência ou rompimento com o Estado ou com a unidade nacional. Assim, o movimento que origina o Estado Plurinacional prega a exigência de igualdade entre todos os grupos nacionais existentes no Estado, de modo que este não espelhe a existência de uma só identidade nacional, ao contrário, que retrate a diversidade nacional e por outro lado a necessidade de, dentro desta perspectiva de diversidade, remodelar o Estado e suas instituições de modo a espelhar as diversas nacionalidades e grupos étnicos existentes dentro de seu território. Sendo estes os principais eixos de transformação do Estado-nação no sentido plurinacional ou pluriétnico. Nesta perspectiva, temos então um novo constitucionalismo de tipo plural e intercultural, originado de um movimento popular a exigir uma nova visão política “com mudanças institucionais profundas, um constitucionalismo que vem das bases e é por estas influenciado, um ‘constitucionalismo desde abajo’, no qual o poder constituinte popular se sobrepõe ao poder constituído”.¹¹⁴

Ainda que se reconheça que o paradigma jurídico-político do Estado Moderno de índole liberal ainda é predominante na América Latina, este novo constitucionalismo latino-americano já assinala mudanças concretas, sendo o Estado Plurinacional uma realidade resultante dos processos constitucionais do Equador em 2008 e da Bolívia em 2009. Sendo que no presente trabalho procura-se focar na Constituição Política do Estado Boliviano, buscando assim demonstrar este Estado Plurinacional, com seu pluralismo jurídico e Jurisdicional como sendo elemento de garantia da diversidade e de superação de séculos de encobrimento e ocultação dos povos originários.

4.5 A FORMAÇÃO DO ESTADO PLURINACIONAL BOLIVIANO

Semelhante ao processo ocorrido no Brasil, na Bolívia, quando da colonização, os espanhóis ao apossarem-se do território depararam-se com uma significativa população

¹¹³ Op. cit., p. 79

¹¹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de Estado plurinacional na América Latina. *Revista NEJ Eletrônica*, Itajaí, v. 18, n. 2, p. 329-342, maio/ago. 2013. p. 339.

indígena, formada por nações diversas com costumes, religião e culturas próprias, sendo algumas, notadamente os INCAS, muito avançadas.

De plano, ocorreu um choque cultural, ante a diversidade de costumes em tudo diferentes daqueles praticados pelos europeus. Como nos demais territórios da América, o colonizador europeu passou a apossar das novas terras e, principalmente, impor às populações originárias os seus costumes e padrões de civilização, em um processo de encobrimento destas culturas que, diga-se de passagem, eram ricas e diversificadas.

Em um procedimento, que hoje se afigura algo cínico, os espanhóis, de imediato, buscaram mecanismos no sentido de legitimar sua posse sobre o então novo território. Alejandro Mansilla Arias¹¹⁵ noticia que com a nomeação por parte do Rei Espanhol Felipe II, do quinto Vice-Rei do Peru, Don Francisco de Toledo, foi incumbida a este a tarefa de determinar o direito legal da Espanha sobre a posse e domínio das terras indígenas.

A fim de alcançar este objetivo, foi determinado ao cronista Pedro Sarmiento de Gamboa que realizasse um estudo histórico, sendo que chegou-se à conclusão de que tanto os espanhóis como os Incas seriam conquistadores daquele território, mas que a Espanha teria sim o direito a posse daquelas terras em virtude de que teria como missão levar a fé cristã aos indígenas.

Da conclusão acima depreende-se que desde o início, o processo colonizador boliviano baseou-se na supressão dos costumes, culturas e crenças das populações originárias, no sentido de impor-se as mesmas um padrão cultural e religioso nos moldes europeus. Isto fica evidente no decorrer do processo de colonização, porque na medida em que a Colônia se estabelece, passa-se a um processo de assimilação das populações indígenas por meio de vários mecanismos, tais como outorga de títulos nobiliários a indígenas ditos de sangue nobre, relativa autonomia na organização social, obrigatoriedade de pagamento de tributos a Coroa Espanhola e fornecimento de homens e recursos em caso de guerras e conflitos.¹¹⁶

Tal estado de coisas durou todo o período colonial, podendo-se frisar que, embora ainda se reconhecesse aos povos indígenas originários a relativa autonomia de organização social, estes sempre eram obrigados a acatar e obedecer as determinações da Coroa Espanhola e, principalmente, a seguir os preceitos da religião católica em um claro processo de encobrimento de suas práticas religiosas originárias.

¹¹⁵ ARIAS, Alejandro Mansilla. El derecho indígena y las pautas para la conformación de una línea jurisprudencial constitucional en Bolivia. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho*, n. 10, Valencia, 2004. Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

¹¹⁶ Ibid.

Com o processo de independência e a criação do Estado Boliviano, tal situação não sofreu mudanças significativas, ante ao fato de que o novo estado formou-se sobre o advento do estado nacional. Isto implicou que as populações indígenas foram assimiladas dentro de um processo de homogeneização e padronização cultural.

A partir de 1870, as elites dominantes implantaram a ideologia liberal, o que mais uma vez relegou os indígenas a segundo plano, a todos reconheceu-se a nacionalidade boliviana, em desconsideração de sua identidade própria, englobando a todos no conceito de “campesinos”.

No século XX, tal situação não sofreu mudanças significativas, ainda que se reconhecesse aos indígenas direitos, enquanto nacionais, não se outorgavam aos mesmos o direito de ser eleitos, embora pudessem votar. Neste contexto, ampliou-se o processo de padronização cultural no sentido de lhes impor a língua espanhola em detrimento de seus idiomas originários.

No alvorecer do século XXI, as populações indígenas bolivianas passaram a organizar-se e a exigir direitos que historicamente sempre lhes foram negados, dentro de um processo de transformação social que ainda tem causado profundas mudanças na América Latina.¹¹⁷ Tal processo de mudanças resultou na eleição de Juan Evo Morales Ayma, indígena da etnia uru-aimará, em Dezembro de 2005, como o primeiro presidente indígena eleito na Bolívia.

Com a eleição de Evo Morales e sob a sua liderança, começou um processo de integração dos povos originários a estrutura do país. Ante ao fato de o país, a partir de então, ser governado por um autêntico representante dos grupos indígenas, o clamor por mudanças tornou-se significativo, sendo que, neste contexto, a liderança de Evo Morales foi fundamental na mudança do paradigma constitucional. Colocando em xeque o Estado Liberal então dominante, Morales propôs a instalação de uma nova Assembleia Constituinte, sendo sua liderança fundamental no rompimento da resistência das elites, sendo importante destacar a figura presidencial como elemento de transformação, em que pese eventuais problemas que tal liderança possa ocasionar, tal como preconizado por Bruce Ackerman¹¹⁸.

Tal processo de mudanças culminou com a nova Constituição Política do Estado Boliviano, aprovada em Novembro de 2007, a qual implanta naquele País uma nova forma de Estado, o Estado Plurinacional, o qual resultou em uma mudança de paradigmas em relação

¹¹⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Estado plurinacional na América Latina*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos;38959/2>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

¹¹⁸ ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 43.

ao estado nacional, mostrando ao mundo um novo caminho a ser construído com base na diversidade e na pluralidade de culturas e povos.

Rompendo em definitivo o paradigma que permeou toda a modernidade¹¹⁹, a nova Constituição Política do Estado Boliviano, aprovada em 24 de Novembro de 2007, veio definitivamente criar uma nova ordem estatal na Bolívia, e o faz não com base na ideia centralizadora e uniformizadora então existente, ao contrário, fundou um novo Estado com base na Plurinacionalidade, ou seja, um estado formado por várias nações. De fato, logo em seu art. 1º, enuncia o texto constitucional¹²⁰ que:

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, autonómico y descentralizado, Independiente, soberano, democrático e intercultural. Se funda en la pluralidad y en el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

No caso específico da Bolívia, a mudança de paradigma supera em muito a ideia de reconhecimento de direitos e autonomia as nações indígenas. Do texto constitucional depreende-se claramente que o novo estado funda-se, ao contrário do estado nacional, na diversidade e na pluralidade, dentro de um processo de integração que respeita as particularidades das várias nações existentes dentro do território estatal, fundado em princípios democráticos, efetivamente reconhecidos no art. 2º da Constituição¹²¹.

A marca característica deste novo processo constituinte boliviano traduz-se na efetiva participação dos povos indígenas como sujeitos constituintes, ou seja, diferentemente dos demais processos constitucionais, os povos originários foram efetivamente chamados a participar do processo de refundação do Estado, sendo importante trazer a colação passagem da obra de Salvador Schvelzon¹²², a qual ilustra este fato:

El 6 de agosto de 2006 se inauguraba la Asamblea Constituyente en Sucre, la “Ciudad Blanca”, capital formal de Bolivia y sede del poder judicial. Se cuenta que los empleados a cargo de la seguridad del acto pidieron un gupo de cholitas, campesinas de pollera, manta y sombrero, que se levantaram del suelo donde esperaban porque allí pasarían los constituyentes. Ellas se levantaron pero non para

¹¹⁹ MAGALHÃES, 2012, p. 23

¹²⁰ BOLÍVIA. Constitución política del Estado plurinacional. Disponível em: <<http://www.patrianueva.bo/constitucion/>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

¹²¹ BOLÍVIA, 2014.

Texto integral: “Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.”

¹²² SCHAVELZON, Salvador. *El Nacimiento del Estado plurinacional de Bolívia: etnografia de una asamblea constituyente*. La Paz: Plural, 2012. p. 1.

retirarse, sino para participar del desfile: eran las mujeres constituyentes. Se trataba de la llegada al estado de nuevos actores, indígenas, campesinos, inesperados para la mirada rápida de los empleados de seguridad, de acuerdo con cómo habían sido las cosas hasta entonces.

A passagem acima transcrita ilustra todo o processo que culminou com a nova Constituição Política do Estado Plurinacional boliviano, aqueles que sempre foram ocultos pelo Estado Moderno, repentinamente apareceram, revelaram-se e são efetivamente chamados a participar do processo de refundação do Estado, como sujeitos ativos do processo transformador.

Tem-se desta forma um novo tipo estatal, o qual, à semelhança do que ocorre no Equador, sinaliza um novo paradigma de Estado. Ao reconhecer a diversidade, a nova Constituição Boliviana superou o antigo marco do Estado Nacional, liberal e conservador, incorporando as nações indígenas à estrutura estatal com respeito a suas individualidades e particularidades dentro de um ambiente democrático.

4.6 OS POVOS ORIGINÁRIOS NO NOVO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO: NOVOS PARADIGMAS E NOVAS ESTRUTURAS ESTATAIS

Tendo em vista o fato de que a Nova Constituição Política do Estado Boliviano é marco significativo deste movimento conhecido como novo constitucionalismo latino-americano, a partir das características principais deste movimento já delineadas acima, é salutar analisar os dispositivos deste novo texto constitucional que efetivamente demonstram o rompimento do texto constitucional boliviano com os paradigmas do Estado Moderno e, ao mesmo tempo, apontem a efetiva integração dos povos originários a estrutura do novo Estado Boliviano, refundado nos moldes da citada constituição.

Como já dito por inúmeras vezes, o constitucionalismo plurinacional parte da perspectiva de um estado fundado em várias nações e não em um conceito uniforme de nação, ou seja, o novo estado reconhece a existência em um único território de uma diversidade de grupos nacionais e étnicos. No texto constitucional boliviano este marco fica evidente logo no artigo 2º¹²³:

Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre

¹²³ BOLÍVIA, 2014.

determinación en el marco del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, y al reconocimiento y consolidación de sus instituciones y entidades territoriales, conforme a esta Constitución.

Sendo que no artigo 3º¹²⁴ indica-se que todas as nações indígenas passam a integrar o que na Constituição designa-se de “povo boliviano”, em conjunto com todos os demais membros, de todas as classes sociais. Lado outro, rompendo com a tradição de que todo Estado necessariamente deve ter um só idioma nacional, para além do castelhano, a Constituição Boliviana reconhece como oficiais todos os idiomas das nações e povos indígenas.

Todos estes dispositivos demonstram claramente o rompimento com o dogma do Estado Nacional, demonstrando assim a refundação do Estado Boliviano sob uma perspectiva plural, no sentido de que todas as nações ancestrais que sempre ocuparam o território do Estado e que foram ocultadas pelo Estado Moderno, a partir de então são desocultadas e passam a efetivamente integrar o próprio estado, sem ter que se amoldar a um padrão nacional imposto.

Outra característica reveladora deste novo marco constitucional, diz respeito ao fato de que os povos originários a partir de então, também passam a integrar as estruturas e órgãos estatais, dentro de suas próprias concepções culturais e cosmovisão, Modifica-se a estrutura e a institucionalidade do Estado refundado nos termos da Constituição de forma a conceber-se os mesmos dentro de uma visão plural, adotando mecanismos, instituições e normas jurídicas advindas dos povos originários, dentro de um ambiente de pluralismo epistemológico.

Como exemplo desta característica, pode-se aqui mais uma vez fazer referência ao inciso I do artigo 8º do texto constitucional boliviano, onde a Constituição assume expressamente a obrigação do Estado em adotar e promover princípios originários da cultura dos povos indígenas, os quais podem ser sintetizados no *sumak kawsay* já referido acima. Por outro lado o Estado passa a fortalecer as culturas indígenas originárias, com todos os seus saberes, conhecimentos, valores e cosmovisão, conforme expresso no inciso I do art. 100.¹²⁵

¹²⁴ Op. cit.

Texto integral: “Artículo 3. La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.”

¹²⁵ BOLÍVIA, 2014.

Texto integral: “Artículo 100. I. Es patrimonio de las naciones y pueblos indígena originario campesinos las cosmovisiones, los mitos, la historia oral, las danzas, las prácticas culturales, los conocimientos y las tecnologías tradicionales. Este patrimonio forma parte de la expresión e identidad del Estado.”

Igualmente, a novel Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia traz uma série de mecanismos destinados a garantir a efetiva integração e participação das nações indígenas no espaço político. Assim, vem o art. 30, II do texto constitucional, trazer uma série de direitos garantidores desta integração e participação política, cabendo destacar, dentre outros, os seguintes: a) livre determinação e territorialidade; b) Autonomia e auto Governo; c) Exercício de suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais; d) Titularidade coletiva suas terras; e) Existir livremente; f) Proteção de seus lugares sagrados; g) Garantia de suas manifestações culturais; h) Educação intracultural, intercultural e plurilíngue; i) Meios de comunicação próprios; j) Consulta prévia, livre, informada e obrigatória, quanto a medidas legislativas e administrativas sujeitas a afetar-lhes; k) Direito ao desenvolvimento bem como a determinar e elaborar suas estratégias e prioridades próprias; l) Medicina e práticas de saúde tradicionais; m) Terras, territórios e recursos que tradicionalmente tenham ocupado; n) A viver em um meio ambiente saudável; o) Propriedade intelectual coletiva de seus saberes; p) Determinar sua própria identidade, crença religiosa, práticas, costumes próprios e cosmovisão; q) Participação nos benefícios da exploração de recursos naturais em seus territórios; r) Participação efetiva nos órgãos estatais.¹²⁶

¹²⁶ BOLÍVIA, 2014. Op. cit.

Constituição art. 30. Texto integral: “Artículo 30. I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

1. A existir libremente.
2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.
3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.
4. A la libre determinación y territorialidad.
5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.
6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.
7. A la protección de sus lugares sagrados.
8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.
9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.
10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.
12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.
13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.
14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.
15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.
16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Outra das principais características deste Estado Plurinacional, temos na efetiva integração dos povos originários na própria estrutura estatal e em seus órgãos, sendo que neste aspecto a Constituição Boliviana é farta nestes mecanismos de integração. Primeiramente, no que diz respeito ao sistema de Governo, o artigo 11º, I, 3 do texto constitucional passa a reconhecer a possibilidade de exercício da democracia comunitária, por meios próprios de eleição, designação e nomeação de autoridades por normas e procedimentos próprios dos povos e nações indígenas, para além daqueles usualmente adotados e decorrentes dos princípios da democracia majoritária representativa até então adotados.¹²⁷

Outro exemplo da integração dos povos indígenas originários na estrutura estatal dá-se com a composição da Assembleia Legislativa, a qual passa a ser plurinacional. De fato, o art. 149, IV¹²⁸ garante a participação proporcional de representantes dos povos e nações indígenas originárias em sua composição, a partir do que se pode concluir que os povos originários são efetivamente integrados ao Poder Legislativo Nacional, mediante critérios de proporcionalidade e não somente mediante eleição majoritária.

E como marco mais significativo da mudança de paradigma e da superação dos postulados do Estado Moderno, a Constituição Boliviana traz em seu art. 199, I¹²⁹ o reconhecimento expresso da jurisdição própria das nações e povos indígenas, sendo que a partir deste reconhecimento os povos originários poderão, através de suas autoridades, exercer no âmbito de seus territórios funções jurisdicionais, resolvendo seus conflitos com base em seus princípios, valores, normas e procedimentos, reconhecendo-se assim o pluralismo jurídico como princípio informador de todo o ordenamento jurídico estatal. Tal fato reflete-se também no próprio Poder Judiciário do Estado, na medida em que a Constituição também cria

17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.”

¹²⁷ BOLÍVIA, 2014.

Constituição, art. 11, II, 3. Texto integral: “Artículo 11. I. La República de Bolivia adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. II. La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley: [...]

3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley”.

¹²⁸ Constituição art. 149, IV Texto integral: “Artículo 149 [...] IV . Em la elección de asambleístas se garantizará la participación proporcional de los pueblos y naciones indígenas originarias campesinas”.

¹²⁹ Cosntituição art. 199. Texto integral: “Artículo 199. I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”.

nos termos do art. 197¹³⁰ o Tribunal Constitucional Plurinacional, órgão jurisdicional integrado por magistrados e magistradas egressos da jurisdição ordinária bem como aqueles pertencentes a jurisdição indígena originária, em igual número de membros e eleitos de acordo com critérios de plurinacionalidade.

Estes últimos elementos, revelam de forma clara a efetiva integração dos povos originários na estrutura do Estado, reconhecendo o pluralismo jurídico e a possibilidade dos povos originários resolverem seus conflitos mediante sua própria jurisdição. Tal fator é preponderante para se demonstrar o rompimento com o Estado Moderno e a consequente mudança do paradigma jurídico até então vigente, de modo a se desocultar os povos originários e mudar por completo o paradigma de juridicidade que sempre foi excludente em relação a estes, conforme já apontado no capítulo II, motivo pelo qual, a partir de então deve-se aprofundar na análise do pluralismo jurídico e da jurisdição indígena originária enquanto mecanismos proporcionadores da diversidade no âmbito deste Estado Plurinacional.

¹³⁰ Const. Art. 197. Texto integral: “Art. 197. I. El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino”.

5 PLURALISMO JURÍDICO E JURISDIÇÃO PLURINACIONAL

Na medida em que se reconhece que o Novo Constitucionalismo Latino-americano, notadamente no que diz respeito a nova Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, vem romper com os paradigmas jurídicos da modernidade, resta neste ponto analisar os dois fatores cruciais, dentro da proposta deste trabalho, a demonstrar este rompimento.

De fato, com o advento da nova Constituição, o Estado Boliviano passa a implementar mecanismos destinados a efetivar um verdadeiro processo de “descolonização”, tendo em vista que os mecanismos da modernidade, oriundos desde o advento da conquista espanhola, sempre impregnaram as instituições e o direito estatal.

Lado outro, a manutenção dos vínculos dos povos originários em território boliviano sempre foi muito acentuada, tais nações indígenas, em que pesem as tentativas e mecanismos jurídicos de homogeneização, sempre sobreviveram mantendo intocados seus vínculos, culturas e práticas jurídicas. Desta feita, como apontado por Idón Moisés Chivi Vargas¹³¹, a inexistência do Estado nas áreas rurais e remotas, fez com que seus habitantes, indígenas ou campesinos, tivessem que dotar-se de mecanismos institucionais próprios e efetivos, mantendo suas práticas pré-coloniais, como forma de sobreviver a um Estado que lhes era de todo hostil.

Dentro desta visão “descolonizadora” a nova Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, integra efetivamente na estrutura estatal os povos indígenas, os quais são chamados a compor o novo Estado refundado, levando consigo suas instituições e mecanismos jurídicos próprios, o que faz sobressair uma das principais características desta integração. De fato, a constituição boliviana, em seu art. 2º, consagra:

Artículo 2

Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, ya al reconocimiento y consolidación de sus instituciones y entidades territoriales, conforme a esta Constitución.

Assim, o texto constitucional parte da constatação expressa da existência pré-colonial dos povos indígenas, afirmando que estes sempre exerceram um domínio ancestral sobre seus

¹³¹ VARGAS, Idón Moisés C. Constitucionalismo emancipatório, desarrollo normativo y jurisdicción indígena. In: VARGAS, Idón Moisés C. (Coord.). *Bolívia: nueva constitución política del Estado: conceptos elementares para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolívia, 2010. p. 73-96. p. 77.

territórios. Neste contexto, reconhece expressamente sua livre determinação sobre estes territórios, para além da oficialização expressa de suas instituições.

Ante a esta integração das instituições indígenas a estrutura estatal, o texto constitucional vem também consagrar no art. 1º o pluralismo jurídico, com a oficialização expressa dos princípios e normas jurídicas próprias a serem aplicadas pelos povos indígenas dentro de uma jurisdição própria, conforme dicção do art. 190.¹³²

Assim, o direito dos povos originários é definitivamente incorporado ao texto constitucional, não mediante um simples expediente de reconhecimento, mas mais além, em um contexto onde este direito originário torna-se parte efetiva do direito estatal, rompendo com os dogmas do monismo jurídico, visando a emancipação social destes povos e a construção de uma democracia igualitária, conforme magistério de Idón Moisés Chivi Vargas¹³³:

El nuevo derecho que programa la Constitución Política encuentra sus raíces en la resistencia indígena, y esa resistencia no se ha hecho con ayuda del conocimiento jurídico tradicional; por el contrario, el nuevo derecho emerge desde vertientes clandestinas pero fuertemente reales. El nuevo derecho, aquel que se sostiene en lo Plurinacional Comunitario, es el punto de ruptura con la regulación social y el punto de partida de la emancipación social, con la construcción de la igualdad material o democracia igualitaria.

A partir deste ponto é de se analisar o pluralismo jurídico e jurisdicional no Estado Boliviano após o advento da nova Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia.

5.1 PLURALISMO JURÍDICO

Conforme já visto no capítulo 3, um dos mecanismos utilizado pelo paradigma jurídico da modernidade para o encobrimento dos povos originário foi o monismo jurídico. Dentro deste paradigma, como já apontado, somente o direito posto pelo Estado seria apto a regular as relações sociais, direito este imposto na América Latina dentro de uma perspectiva eminentemente europeia, ou seja, imposto pelo colonizador em detrimento das práticas jurídicas dos povos originários e que posteriormente foi adotado pelos Estados Nacionais como mecanismo de encobrimento destes mesmos povos no sentido de buscar-se a uniformização social.

¹³² BOLÍVIA, 2014.

¹³³ Op. cit., p. 84-85

A romper com este paradigma, a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, vem logo em seu art. 1º ¹³⁴ fundar o estado baseado no “pluralismo”, político, econômico, jurídico, cultural e linguístico, dentro de um processo de integração de todo o Estado. Assim, em completa diferenciação com a lógica da uniformização, a Constituição vem consagrar a “diversidade”, de uma sociedade plural, composta de várias nações e etnias dentro de um processo de integração.

A respeito da ideia de pluralismo, em seu sentido mais amplo, Antônio Carlos Wolkmer¹³⁵, assim define:

Ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada ‘monismo’, a formulação teórica e doutrinária do ‘pluralismo’ designa a existência de mais da uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si.

Ao fundar a sociedade boliviana com base no pluralismo, a Constituição consagrou, por outro lado, a ideia de diversidade, sendo este um dos elementos a opor-se a ideia uniformizadora do padrão jurídico moderno calcado no monismo jurídico. Ao contrário, o sistema pluralista “provoca a difusão, cria uma normalidade estruturada na proliferação das diferenças, dos dissensos e dos confrontos”, conforme magistério de Wolkmer¹³⁶.

Evidente que até então o direito estatal boliviano não reconhecia, com a mesma dignidade do direito estatal, as práticas jurídicas dos povos originários. Sendo que por outro lado estes regimes legais ancestrais ou tradicionais, sempre sobreviveram de forma paralela aos regimes legais estatais, sendo que “em certas regiões possuem uma força vinculante ainda superior, que comporta a ab-rogação desse direito estatal”, conforme apontado por Carlos María Cárcova¹³⁷.

A grande novidade do texto constitucional boliviano cinge-se ao fato de que as normas e práticas jurídicas dos povos originários a partir de então, passam a integrar a estrutura do direito estatal, passam a ter a mesma categoria e status do direito criado pelos órgãos legislativos regulares do Estado Boliviano, implantando assim um regime de pluralismo jurídico, enquanto se valida a “multiplicidade de práticas jurídicas existentes num

¹³⁴ BOLÍVIA, 2014.

¹³⁵ WOLKMER, 2001, p. 171-172

¹³⁶ Op. cit., p. 176

¹³⁷ CÁRCOVA, Carlos María. *A opacidade do direito*. São Paulo: LTR, 1998. p. 73.

mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos”, conforme magistério de Wolkmer¹³⁸.

A instituição de um regime jurídico plural fica evidenciada no texto constitucional boliviano logo a partir de seu art. 1º, já mencionado, com também no art. 30, II, 14, o qual assegura as nações e povos originários campestinos o exercício pleno de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos dentro de sua própria cosmovisão. Bem como, no art. 190, que ao tratar da Jurisdição Indígena Originária Campesina, assegura as mesmas a aplicação de seus princípios e normas próprias.¹³⁹

Assim tem-se a instituição do que José Luiz Quadros de Magalhães¹⁴⁰ denominou de sistema plurijurídico, o qual veio a ser marcado pela diversidade de direitos de família, de propriedade e mesmo da autonomia dos povos indígenas para resolver todas as controvérsias sobre estes temas em seus respectivos espaços territoriais, o que veio reforçar “a possibilidade de construção de espaços de convivências e diálogos de diversas formas de ver, sentir, compreender o mundo, de diversas epistemologias”, resultando assim em uma nova perspectiva democrática.

Por outro lado, ao se falar em pluralismo jurídico, urge diferenciar o fenômeno específico boliviano de outras práticas pluralistas, inclusive praticadas no Brasil. Práticas estas aplicadas em alguns casos para além do próprio direito estatal, como o chamado “direito alternativo”, o qual, segundo magistério de Carlos María Cárcova¹⁴¹, baseado nos aportes de Wolkmer, seria uma espécie de “pluralismo jurídico comunitário-participativo”, e nasceria “da insuficiência do direito estatal para atender as necessidades humanas fundamentais e implica uma descentralização normativa do centro para a periferia.”

No caso específico do pluralismo jurídico consagrado na Constituição Boliviana fica evidente que o mesmo trata-se de fenômeno distinto e bem mais amplo. Como já dito, não se trata do reconhecimento de normas ou práticas jurídicas que eram até então praticadas e aplicadas pelas nações indígenas originárias à margem do Estado. Ao contrário, o pluralismo jurídico instituído na Constituição Boliviana fundou-se na expressa integração a estrutura estatal das normas e práticas jurídicas dos povos indígenas, ou seja, tais normas e práticas passaram a integrar de forma igualitária o próprio direito estatal em conjunto e de forma compartilhada com as normas emanadas no Poder Legislativo. Em um ambiente de

¹³⁸ Op. cit., p. 219

¹³⁹ BOLÍVIA, 2014.

¹⁴⁰ MAGALHÃES, José L. Quadros. *Estado plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 85.

¹⁴¹ Op. cit., p. 100

coexistência, o Estado reconhece como válidas e aplicáveis tanto as normas por ele Estado criadas como também aqueles decorrentes e aplicadas pelas nações indígenas originárias.

Assim, tem-se um forte elemento de emancipação e descolonização, rompendo definitivamente com o paradigma jurídico da modernidade. Enquanto nos sistemas monojurídicos, somente o Estado tem o monopólio de criar e aplicar o direito, buscando a uniformização social e negando, conseqüentemente, a diversidade. No sistema plurijurídico instituído na Constituição Boliviana, este Estado abre mão do monopólio da criação normativa e passa a adotar como válido e oficial as normas e práticas jurídicas criadas no seio das nações indígenas originárias. Assim, estes povos, que na modernidade sempre foram encobertos também pelo direito, emancipam-se, e têm seu direito e práticas jurídicas oficializados na estrutura estatal.

Dentro desta perspectiva de “desocultação”, é de se revelar também o chamado pluralismo epistemológico, já abordado no capítulo anterior. O pluralismo jurídico instituído nos termos da Constituição Boliviana leva em conta esta diversidade epistemológica, na medida em que as normas e práticas jurídicas dos povos originários levam consigo toda a cosmovisão destes povos, têm-se assim como válidas novas formas de família e novas formas de propriedade, em todo diferentes daquelas até então impostas pelo direito estatal de molde europeu.

Isto posto, com o advento do pluralismo jurídico inserto na Constituição Boliviana, temos o “desencobrimento” do “outro”, que agora passa a integrar o Estado dentro de sua própria perspectiva e alteridade, revelando assim um novo paradigma de juridicidade que rompe com o paradigma do Estado Moderno Liberal, como bem assevera Antônio Carlos Wolkmer e Marina Corrêa de Almeida¹⁴²:

No que se refere ao rompimento com o que Dussel chamou de “encobrimento do outro”, o pluralismo jurídico comunitário-participativo inserto nesta carta constitucional tem papel fundamental, pois alberga consigo novos elementos de efetividade material e formal que são condizentes com a realidade multiétnica e pluricultural da Bolívia e, principalmente, com as formas comunitárias de realização da vida que ali existem.

Rompido o dogma moderno da unicidade do direito enquanto monopólio do Estado a regular a vida social, outra característica a demonstrar esta mudança paradigmática cinge-se na quebra do monopólio da jurisdição estatal, com a oficialização na estrutura do Estado

¹⁴² WOLKMER, A. C.; ALMEIDA, M. C. Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: o pluralismo jurídico comunitário-participativo na Constituição boliviana de 2009. *Crítica Jurídica*, México, DF, n. 35, p. 23-44, ene./jun. 2013. p. 42.

boliviano de outras formas de resolução de conflitos em um ambiente de pluralidade jurisdicional.

5.2 PLURALIDADE JURISDICCIONAL: A JURISDIÇÃO INDÍGENA ORIGINÁRIA CAMPESINA

A par da oficialização expressa no texto constitucional das regras e princípios jurídicos próprios das populações indígenas originárias, este mesmo texto constitucional vai além. Em claro rompimento com o padrão jurídico moderno, rompe com o dogma da unicidade da jurisdição estatal e reconhece como válidos e consequentemente oficiais, os mecanismos de resolução de conflitos próprios dos povos indígenas. A chamada jurisdição indígena originária campesina vem prevista expressamente no art. 190 da Constituição, o qual textualmente dispõe:

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

II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.¹⁴³

Desta feita, fica consagrado no texto constitucional que os povos indígenas originários deterão competência própria para exercer no âmbito de seus territórios reconhecidos, sua atividade jurisdicional. Sendo que o farão através de suas próprias autoridades, escolhidas de acordo com seus costumes e regras. Valendo-se nesta atividade da aplicação do direito, de seus princípios, valores culturais e normas jurídicas, detendo, nos termos do texto constitucional, competência para o estabelecimento de normas de caráter processual e procedimental a serem estabelecidas de acordo com seus princípios e valores culturais.

Do texto constitucional, resta evidente que não se buscou apenas o reconhecimento de práticas e costumes de resolução de conflitos até então aplicados pelos povos indígenas, mas ao contrário, tratou-se da efetiva integração da jurisdição indígena na estrutura estatal, em conjunto e com a mesma “dignidade constitucional” que é reconhecida a jurisdição estatal

¹⁴³ BOLÍVIA, 2014.

comum¹⁴⁴. Veja-se que a própria Constituição emprega o termo “jurisdicción” o que é um indicativo categórico da dignidade constitucional dos mecanismos indígenas de resolução de conflitos, neste sentido, é o posicionamento de Martín Bazurco Osorio e José Luis Exeni Rodríguez¹⁴⁵:

El empleo del término jurisdicción puede entenderse como um intento de reforzar el reconocimiento de la igualdad jerárquica (artículo 179) entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena campesina, lo cual implica que las decisiones de la JIOC no se revisan por parte de ninguna autoridad perteneciente a otra jurisdicción.

Na perspectiva do Estado Moderno, a jurisdicción consistiria na “atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto”, no magistério de Athos Gusmão Carneiro¹⁴⁶. Na concepção de jurisdicción plural, adotada na Constituição Boliviana, este paradigma é de todo superado. Isto porque o direito não é mais uma imposição exclusiva do Estado. Para além do direito estatal, a mesma tem como válido e aplicável o direito próprio dos povos originários, como já visto anteriormente. E por outro lado, na medida em que a jurisdicción estatal tem “eficácia vinculativa plena”, esta no Estado Plurinacional da Bolívia, não é obtida somente pelas decisões emanadas pelos órgãos jurisdicionais clássicos estatais, ao contrário, as decisões proferidas pela jurisdicción indígena originária campesina também têm este atributo de vinculação plena, o que se extrai da análise do art. 192 do texto constitucional, o qual assim dispõe;

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

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

III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.¹⁴⁷

¹⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Souza Santos. Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, B. de S. Santos; RODRÍGUEZ, J. L. e (Ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia*. Quito: Abya Yala, 2012. p. 11-48. p. 33.

¹⁴⁵ OSORIO, Martín Bazurco; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. Bolívia: Justicia indígena em tiempos de plurinacionalidad. In: SANTOS, B. S. S.; RODRÍGUEZ, J. L. E. (Org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidade em Bolivia*. Quito: Aby-Yala, 2012. p. 49-146. p. 51.

¹⁴⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdicción e competência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6.

¹⁴⁷ BOLÍVIA, 2014.

No dispositivo constitucional acima citado, fica evidente que a jurisdição indígena originária campesina goza do mesmo status constitucional da jurisdição ordinária estatal, suas decisões obrigam a todos indistintamente, incluindo-se as autoridades públicas, e gozam do atributo da imperatividade, na medida em que podem ser executadas diretamente, inclusive com o apoio dos órgãos estatais competentes, revelando assim o atributo jurisdicional pleno destes mecanismos originários de resolução de conflitos.

Definida a jurisdição indígena originária campesina, como mecanismo de resolução de conflito em equivalência constitucional com a própria jurisdição regular estatal, é de se delimitar também os limites desta jurisdição indígena, notadamente quando em confronto e, se é que pode confrontar, com a jurisdição comum. Certo é que a coexistência de dois sistemas de jurisdição, em princípio pode suscitar conflitos e esta é uma realidade do cenário atual boliviano, como apontado por Boaventura de Sousa Santos¹⁴⁸. Em que pese o desafio, o mesmo autor aponta a necessidade de convivência entre elas, como sendo um pressuposto de todo indispensável à implementação do Estado Plurinacional, neste sentido, vê a necessidade de um reconhecimento mútuo, para além do reconhecimento legal:

[...] la convivialidad es apenas um ideal: la aspiración de que la justicia ordinaria y la justicia indígena se reconozcan mutuamente y se enriquezcan una a la otra en el propio proceso de relación, obviamente respetando la autonomía de cada una de ellas y los respectivos dominios de jurisdicción reservada. Es una forma de relación muy compleja, sobre todo porque no puede ser concretada mediante decreto. Presupone una cultura jurídica de convivencia, compartida por los operadores de las dos justicias en presencia.

A partir de então, no próprio texto constitucional encontram-se elementos claros para delimitação da competência da jurisdição indígena originária campesina, elementos que devem ser analisados em conjunto com a chamada Lei de Deslinde Jurisdiccional, consubstanciada na Lei 073 de 29 de Dezembro de 2010¹⁴⁹, o que passa a ser objeto de análise a partir de então.

5.2.1 Jurisdição indígena originária campesina: competência e limites

Com aportes na doutrina de Leibman, Athos Gusmão Carneiro define a competência como sendo “a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão”, ou seja, a determinação das controvérsias que cada órgão em particular teria o poder de emitir

¹⁴⁸ SANTOS, 2012, p. 16.

¹⁴⁹ BOLÍVIA, 2014.

provimentos.¹⁵⁰ A partir desta definição, pode-se, com base no texto constitucional boliviano e na própria Lei de Deslinde Jurisdiccional daquele país, delimitar o campo de alcance e competência da Jurisdição Indígena Originária Campesina. Neste ponto, a Constituição Boliviana vem, no art. 191 estabelecer o seguinte:

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

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

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciante o querellante, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.
2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.
3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.¹⁵¹

Com base nos elementos constantes do texto constitucional, pode-se definir que a competência da Jurisdição Indígena Originária Campesina se define com base em três critérios fundamentais, quais sejam, em razão da pessoa, em razão da matéria e por fim em razão do território. Desde que, nos termos do art. 8º da Lei de Deslinde Jurisdiccional concorram simultaneamente.

Primeiramente, no que diz respeito a competência em razão das pessoas, o item 1 do inciso II do art. 191 da Constituição Boliviana, sujeita a Jurisdição Indígena Originária Campesina todos os membros de uma nação ou povo indígena originário, legitimando-os a atuar tanto no polo ativo como passivo das demandas, o que vem em linhas gerais repetido no artigo 9º da Lei de Deslinde Jurisdiccional¹⁵². Desta feita, somente os indivíduos componentes da nação específica serão legitimados a atuar dentro da jurisdição originária, o que implica dizer que o membro de uma nação originária não poderá ser submetido a jurisdição de outra nação originária.

No que diz respeito a competência em razão da matéria, o texto constitucional no item 2 do inciso II do art. 191, determina competir a Jurisdição Indígena Originária Campesina o conhecimento de conflitos que tenham como pressuposto assunto indígena,

¹⁵⁰ Op. cit.

¹⁵¹ Op. cit., p. 67-68

¹⁵² BOLÍVIA. *Lei nº 073*, de 29 de dezembro de 2010. Ley de Deslinde Jurisdiccional. La Paz, 2010. Disponível em: <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=2769>> . Acesso em: 10 ago. 2014.

remetendo a definição das matérias a Lei de Deslinde Jurisdiccional. Assim, a referida Lei em seu art. 10¹⁵³, estabelece que:

Artículo 10 (Âmbito de Vigência Material)

- I. La jurisdicción indígena originaria campesina conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.
- II. El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:
 - a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio;
 - b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario;
 - c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas;
 - d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente.
- III - Los asuntos de conocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, no podrán ser de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas.

Neste dispositivo, fixou-se a competência em razão das matérias a serem submetidas a Jurisdição Indígena Originária Campesina, mas não de forma clara ou taxativa, cingindo-se o legislador infraconstitucional a delimitar esta competência tão somente aos assuntos que histórica ou tradicionalmente sempre foram resolvidos por estes mecanismos jurisdicionais, com a aplicação de suas normas e procedimentos próprios. O que chama atenção no texto legal é justamente o inciso II, no qual se exclui expressamente um rol significativo de matérias, o que ainda é objeto de inúmeras controvérsias, conforme será analisado mais adiante.

Por fim, o item 3 do inciso II do art. 191 do texto constitucional boliviano delimita também a competência da Jurisdição Indígena Originária Campesina em razão do território, só alcançando os fatos e relações jurídicas ocorridas ou cujos efeitos se produzam dentro do território da nação indígena respectiva, ou seja, dentro de seu limite jurisdiccional próprio.

¹⁵³ Op. cit.

Desde que concorram todos os demais elementos definidores desta competência (pessoal e material) tal como preconizado no art. 11 da Lei de Deslinde Jurisdiccional.¹⁵⁴

5.2.2 Princípios informadores e vinculação aos direitos fundamentais e as garantias constitucionais

A partir do momento em que o próprio texto constitucional vincula a jurisdição indígena originária campesina a Lei de Deslinde Jurisdiccional, é de se analisar os princípios informadores da atividade jurisdiccional dos povos originários instituídos no art. 4º desta lei, quais sejam¹⁵⁵:

- a) Respeito a unidade e integridade do Estado Plurinacional - ciente de que o Estado Plurinacional não representa uma divisão de povos ou território, e sim a integração destes, a Lei de Deslinde Jurisdiccional expressamente determina que o exercício das jurisdições dos povos originários tenha por finalidade a preservação

¹⁵⁴ BOLÍVIA, 2010.

¹⁵⁵ Op. cit.

Texto integral:

“Artículo 4º (PRINCÍPIOS

Los principios que rigen la presente Ley son:

- a) **Respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional.** El ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional;
- b) **Relación espiritual entre las naciones y pueblos indígena originario campesinos y la Madre Tierra.** Las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con sus tierras y territorios que tradicionalmente han poseído, ocupado, o utilizado y asumen las responsabilidades para con las generaciones venideras. En el marco de sus cosmovisiones, las naciones y pueblos indígena originario campesinos mantienen una relación armoniosa, de complementariedad y respeto con la Madre Tierra;
- c) **Diversidad cultural.** La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. Todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas deben respetar las diferentes identidades culturales;
- d) **Interpretación intercultural.** Al momento de administrar e impartir justicia, las autoridades de las distintas jurisdicciones reconocidas constitucionalmente deben tomar en cuenta las diferentes identidades culturales del Estado Plurinacional;
- e) **Pluralismo jurídico con igualdad jerárquica.** Se respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos, dentro del Estado Plurinacional, en igualdad de jerarquía;
- f) **Complementariedad.** Implica la, concurrencia de esfuerzos e iniciativas de todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente;
- g) **Independencia.** Ninguna autoridad de una jurisdicción podrá tener injerencia sobre otra;
- h) **Equidad e igualdad de género.** Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan, promueven, protegen y garantizan la igualdad entre hombres y mujeres, en el acceso a la justicia, el acceso a cargos o funciones, en la toma de decisiones, en el desarrollo del procedimiento de juzgamiento y la aplicación de sanciones;
- i) **Igualdad de oportunidades.** Todas las jurisdicciones garantizan que las niñas, niños y adolescentes, jóvenes, adultos-mayores y personas en situación de discapacidad, tengan las mismas posibilidades de acceder al ejercicio de sus derechos sociales, económicos, civiles y políticos.”

desta unidade e da própria integridade do território do Estado Plurinacional, impedindo assim quaisquer iniciativas separatistas ou divisionistas por parte destes órgãos jurisdicionais;

- b) Relação espiritual entre as nações e povos originários com a Mãe Terra – como já visto, o Estado Plurinacional baseia-se em uma perspectiva epistemológica plural, na medida em que reconhece a alteridade das nações originárias e sua cosmovisão. Neste sentido, no exercício de suas funções jurisdicionais, os povos indígenas originários campesinos têm o direito de manter e fortalecer sua relação espiritual com suas terras e seu território tradicionalmente possuídos, assumindo a responsabilidade de preservá-los para as gerações futuras;
- c) Diversidade cultural – Ante a própria ideia do pluralismo cultural, todas as formas de jurisdição constitucionalmente reconhecidas devem respeitar estas diferentes identidades culturais.
- d) Interpretação intercultural – Quando de suas decisões, as autoridades jurisdicionais indígenas constitucionalmente reconhecidas devem sempre tomar em conta as diferentes identidades culturais existentes no Estado Plurinacional.
- e) Pluralismo jurídico com igualdade hierárquica – No sentido de se respeitar e garantir a convivência e independência de todos os diferentes sistemas jurídicos dentro do Estado Plurinacional. Com igualdade de hierarquia entre eles.
- f) Complementaridade - O que vai implicar na concorrência de esforços e iniciativas de todas as jurisdições constitucionalmente reconhecidas na Constituição do Estado Plurinacional.
- g) Independência – Ainda que todas as formas de jurisdição constitucionalmente reconhecidas devam ser complementares umas das outras, reconhece-se a cada uma sua independência, de modo que nenhum órgão jurisdicional possa sobrepor-se ou impor ingerências ao outro.

- h) Equidade e Igualdade de Gênero – O que vincula todas as jurisdições constitucionalmente reconhecidas a respeitar, promover, proteger e garantir a igualdade entre homens e mulheres no acesso a justiça, aos cargos e funções e nas tomada de decisões.
- i) Igualdade de oportunidades – Onde todas as jurisdições constitucionalmente reconhecidas devem garantir as crianças, adolescentes, jovens, adultos e pessoas incapazes as mesmas possibilidades de acesso ao exercício de seus direitos sociais, econômicos, civis e políticos.

Tais princípios, como resta evidente no texto da lei, não se aplicam tão somente aos órgãos de Jurisdição Indígena Originária Campesina, mas sim e além destes a todos os órgãos jurisdicionais constitucionalmente reconhecidos, ante ao fato de que o principal objetivo da norma em questão, como se extrai da análise de seu art. 1º, é estabelecer mecanismos de coordenação e cooperação entre estas, dentro do marco do pluralismo jurídico.¹⁵⁶

Por outro lado, outra questão que pode suscitar alguma controvérsia diz respeito ao exercício da jurisdição indígena originária quando da imposição de sanções ou penas que, embora ancestralmente previstas em seus costumes e práticas jurídicas, possam violar preceitos e garantias constitucionalmente estabelecidas. Neste aspecto, a Lei de Deslinde Jurisdicional é taxativa ao proibir tais práticas, conforme exposto no art. 5º¹⁵⁷.

Assim, no exercício da jurisdição indígena originária ficam suas autoridades obrigadas a respeitar, promover e garantir o direito a vida e a todos os direitos e garantias

¹⁵⁶ BOLÍVIA, 2010.

¹⁵⁷ Op. cit.

Texto Integral:

“Artículo 5. (RESPECTO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES).

- I.** Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, respetan promueven y garantizan el derecho a la vida, y los demás derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado.
- II.** Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente respetan y garantizan el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, decisión, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia.
- III.** Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales.
- IV.** Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema.
- V.** El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.”

expressamente reconhecidos no texto constitucional, bem como obrigado a respeitar e garantir o direito das mulheres, com sua efetiva participação e acesso nos cargos e no controle da administração da justiça originária. Por outro lado, veda expressamente a perda de terras ou a expulsão das pessoas em situação de incapacidade por descumprimento de deveres comunitais.

Fica vedado também, a todos os órgãos jurisdicionais reconhecidos pelo Estado, toda forma de violência contra crianças, adolescentes e mulheres, considerando-se ilegal qualquer deliberação que contrarie a determinação imposta. Sendo vedada penas de linchamento, sendo este considerado violação aos Direitos Humanos. Como também vedada a imposição da pena de morte, conforme exposto no art. 6º¹⁵⁸.

Tais dispositivos estabelecem mecanismos claros de limitação a todos os órgãos jurisdicionais constitucionalmente reconhecidos, além de estabelecer paradigmas claros para dirimir eventuais conflitos existentes entre estes órgãos, embora a lei não traga dispositivos específicos delimitando a forma de resolver tais conflitos nem a competência de um órgão específico para tal mister.

5.2.3 Coordenação e cooperação entre as várias jurisdições constitucionalmente reconhecidas

Ante a pluralidade de órgãos jurisdicionais, tendo em vista a existência de várias nações indígenas igualmente competentes para adotar seus mecanismos próprios de solução de controvérsias e, tendo em vista também a jurisdição estatal ordinária, a Lei de Deslinde Jurisdicional Boliviana traz dispositivos expressos para se fixar mecanismos de coordenação e cooperação entre os órgãos jurisdicionais.

Tais mecanismos buscam, como dito, estabelecer em um primeiro momento a atividade coordenada entre as jurisdições originárias indígenas e a jurisdição estatal ordinária. A Lei de Deslinde Jurisdicional, em seu art. 13¹⁵⁹, fixando mais uma vez o pluralismo jurídico

¹⁵⁸ BOLÍVIA, 2010.

Texto Integral:

“Artículo 6. (PROHIBICIÓN DE LA PENA DE MUERTE).

En estricta aplicación de la Constitución Política del Estado, está terminantemente prohibida la pena de muerte bajo proceso penal en la justicia ordinaria por el delito de asesinato a quien la imponga, la consienta o la ejecute.”

¹⁵⁹ Op. cit.

Texto Integral: “ **Artículo 13. (COORDINACIÓN).**

- I. La jurisdicción indígena originaria campesina, la ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, concertarán medios y esfuerzos para lograr la convivencia social armónica, el respeto a los derechos individuales y colectivos y la garantía efectiva del acceso a la justicia de manera individual, colectiva o comunitaria.
- II. La coordinación entre todas las jurisdicciones podrá realizarse de forma oral o escrita, respetando sus particularidades.”

como marco, determina a todas as formas de jurisdição a obrigação de implementarem meios de convivência harmônica entre elas, com respeito aos direitos individuais e coletivos e a garantia efetiva de acesso a justiça. Sendo que a coordenação entre as diversas espécies de jurisdição poderá se dar de forma oral ou escrita, respeitando-se as particularidades de cada uma.

Já no art. 14¹⁶⁰, se estabelece os mecanismos de coordenação entre as diversas autoridades das diversas jurisdições, sendo assim, esta coordenação se dará mediante os seguintes mecanismos: a) Estabelecimento de um sistema de acesso a informações sobre fatos e antecedentes pessoais; b) Estabelecimento de espaços de diálogos visando a aplicação dos direitos humanos; c) Estabelecimento de diálogos permanentes visando a troca de informações e práticas ou métodos de resolução de conflitos e; d) A possibilidade de outros mecanismos de coordenação visando a aplicação da Lei de Deslinde Jurisdicional.

Em conjunto com a coordenação entre os vários órgãos jurisdicionais sejam indígenas originários ou da jurisdição ordinária estatal, a Lei de Deslinde Jurisdicional estabelece também a obrigatoriedade de cooperação entre as várias jurisdições constitucionalmente reconhecidas, além de estabelecer mecanismos de cooperação. Assim, o art. 15¹⁶¹, estabelece a obrigação de cooperação entre as jurisdições, para consecução de seus fins e objetivos, sendo que a cooperação se dará em condições de equidade, transparência, solidariedade, celeridade, oportunidade e gratuidade, sempre com a participação e controle social.

Quanto aos mecanismos de cooperação, o art. 16¹⁶² da Lei de Deslinde Jurisdicional vem estabelecer os seguintes: a) As autoridades jurisdicionais, do Ministério Público, da

¹⁶⁰ BOLÍVIA, 2010.

Texto Integral: “**Artículo 14. (MECANISMOS DE COORDINACIÓN).**

La coordinación entre las autoridades de las diferentes jurisdicciones podrá ser mediante el:

- a) Establecimiento de sistemas de acceso transparente a información sobre hechos y antecedentes de personas;
- b) Establecimiento de espacios de diálogo u oirás formas, sobre la aplicación de los derechos humanos en sus resoluciones;
- c) Establecimiento de espacios de diálogo u otras formas para el intercambio de experiencias sobre los métodos de resolución de conflictos;
- d) Otros mecanismos de coordinación, que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley.”

¹⁶¹ BOLÍVIA, 2010.

Texto Integral: “**Artículo 15. (COOPERACIÓN).**

La jurisdicción indígena originaria campesina, la ordinaria, la agroambiental y las demás jurisdicciones legalmente reconocidas, tienen el deber de cooperarse mutuamente, para el cumplimiento y realización de sus fines y objetivos.”

¹⁶² Op. cit.

Texto Integral: “**Artículo 16. (MECANISMOS DE COOPERACIÓN).**

polícia e penitenciárias ficam obrigadas a prestar imediata cooperação e proporcionar aos órgãos jurisdicionais da justiça indígena originária campesina todos os antecedentes do caso, quando por estes solicitados; b) As autoridades da jurisdição indígena originária campesina por outro lado também ficam obrigadas a prestar cooperação com os órgãos de jurisdição ordinária; c) Bem como, fica em aberto a possibilidade de se estabelecer outros mecanismos de cooperação.

Em que pesem os esforços do legislador infraconstitucional, a Lei de Deslinde Jurisdiccional é omissa quanto a procedimentos para se dirimir os conflitos que eventualmente possam surgir entre a jurisdição indígena originária campesina e a jurisdição ordinária. Assim, qualquer conflito entre as duas formas de jurisdição necessariamente deverá ser dirimido pelo Tribunal Constitucional Plurinacional, nos termos do art. 202, 11 da Constituição Boliviana.

5.3 JURISDIÇÃO INDÍGENA: RESISTÊNCIA E DESAFIOS

Ao romper com o paradigma dominante, o da jurisdição estatal como único meio de se resolver de forma imperativa os conflitos, e outorgar as nações indígenas originárias a competência, para através de seus próprios órgãos, exercer atividade jurisdiccional, evidente que a própria Constituição Boliviana passou a sofrer uma série de resistências e críticas a esta jurisdição indígena.

Como maior fato a demonstrar a resistência à jurisdição indígena originária campesina, pode-se apontar a própria Lei de Deslinde Jurisdiccional. Segundo Xavier Albó¹⁶³ o projeto da Lei de Deslinde, embora precedido de ampla consulta prévia aos povos indígenas foi severamente reduzido no que diz respeito da delimitação da competência dos órgãos de

-
- I. Los mecanismos de cooperación se desarrollarán en condiciones de equidad, transparencia, solidaridad, participación y control social, celeridad, oportunidad y gratuidad.
 - II. Son mecanismos de cooperación:
 - a) Las autoridades jurisdiccionales y las autoridades del Ministerio Público, Policía Boliviana, Régimen Penitenciario u otras instituciones, deben prestar inmediata cooperación y proporcionarán los antecedentes del caso a las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina cuando éstas la soliciten;
 - b) Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina prestarán cooperación a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, de la agroambiental y de las otras jurisdicciones legalmente reconocidas;
 - c) La remisión, de la información y antecedentes de los asuntos o conflictos entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las demás jurisdicciones;
 - d) Otros mecanismos de cooperación, que puedan emerger en función de la aplicación de la presente Ley.”

¹⁶³ ALBÓ, Xavier. Justicia indígena em la Bolivia plurinacional. In: SANTOS, B. S.; RODRIGUEZ, J. L. E. (Ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolivia*. La Paz: Abya Yala, 2012. p. 201-248. p. 244.

justiça indígena originária campesina, o que levou alguns parlamentares indígenas, quando da sua aprovação a afirmar que a jurisdição indígena originária campesina estaria reduzida a julgar casos de “roubos de galinha” e outras bagatelas.

Por ocasião da discussão do referido projeto no Senado boliviano, alguns deputados indígenas chegaram a encaminhar diversas sugestões e severas críticas ao texto que foi posteriormente aprovado, sendo de se destacar do citado documento a seguinte conclusão¹⁶⁴:

Desconocer nuestra capacidad para ser autogobierno y ejercer nuestros propios sistemas políticos y jurídicos (art. 30-14 CPE) es suponer que nuestros pueblos no tienen la seriedad de la justicia ordinaria, que no tendríamos madurez suficiente para ello, como si fuéramos menores de edad. Esto implicaría discriminación y hasta una forma de racismo.

Em que pesem as severas críticas, o projeto da Lei de Deslinde Jurisdiccional foi integralmente aprovado, ainda que tenha reduzido o campo de aplicação da jurisdição indígena originária campesina, traduzindo-se, de certa forma, em frustração por parte das nações indígenas bolivianas.

Inobstante as resistências sofridas neste processo de transição, como bem apontado por Boaventura de Sousa Santos¹⁶⁵ a justiça indígena, ao contrário da plurinacionalidade, não é um projeto a construir-se e muito menos uma novidade, ao contrário, é uma realidade concreta que, reconhecida ou não pelo Estado, integra a própria vida das comunidades. O que ocorre é que agora ela é integrada a um projeto de construção plurinacional, uma demonstração viva e efetiva das possibilidades criadas pela plurinacionalidade.

Esta transição paradigmática ainda não se efetivou por completo, sendo a experiência constitucional boliviana relativamente recente. O que importa destacar, a partir de então, é que o paradigma jurídico do Estado Moderno foi quebrado. Dentro deste Estado Plurinacional rompeu-se o paradigma do monismo jurídico, rompeu-se o paradigma da jurisdição estatal única e com este rompimento, revela-se a face oculta do “outro”, revela-se este “outro” em toda a sua alteridade, reconhecendo assim a diversidade como fundamento do próprio Estado, como bem destaca Idón Moisés Chivi Vargas¹⁶⁶:

El nuevo derecho, aquel que se sostiene en lo ‘plurinacional comunitario’ es el punto de ruptura con la *regulación, domesticamiento y disciplinamiento social*, y el

¹⁶⁴ Op. cit., p. 247

¹⁶⁵ SANTOS, 2012, p. 14-15

¹⁶⁶ VARGAS, Idón M. Chivi. El largo camino de la jurisdicción indígena. In: SANTOS, B. S.; RODRIGUEZ, J. L. E. (Ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad em Bolívia*. La Paz: Abya Yala, 2012. p. 275-380. p. 307.

punto de partida de la *emancipación y la acción rebelde de individuos y colectividades*.

La igualdad jurisdiccional entre unos y otros constituye el punto de partida de la descolonización en la justicia ‘oficial’, es su lugar de redención con las aspiraciones de paz social... y de relación respetuosa con la madre naturaleza.

Rompido os paradigmas modernos no sentido de um Estado calcado na diversidade, com vistas a um direito e uma jurisdição plural, apontam-se novos rumos e novos paradigmas jurídicos e, em que pese toda a resistência e estranhamento a estes novos mecanismos de resolução de conflitos, não há como negar-se que são muito mais democráticos e capazes de pacificar uma sociedade diversa e plural como a boliviana.

6 CONCLUSÃO

A partir da análise da situação dos povos indígenas no Continente Americano perante o Estado Moderno, preciosas conclusões podem ser tiradas. Primeiramente, ante aos processos de conquista e colonização do novo continente, ficou evidente que os povos indígenas foram totalmente “encobertos”, enquanto diferentes, “outro” em relação ao conquistador europeu.

Todo o processo de conquista e colonização do Continente americano teve por pressuposto a negativa sistemática da diversidade dos povos originários, não se reconhecendo os mesmos de acordo com sua alteridade e visão de mundo. Este processo permaneceu após a independência dos Estados latino-americanos, que se formaram sob a égide do chamado Estado Nacional.

A par de todo o processo de violência e extermínio empreendido contra os povos originários, revela-se que o Direito e consequentemente a Jurisdição Estatal, advindos destes Estados Nacionais, constituíram-se em importantes mecanismos de negação da diversidade. Esta negativa começa com o próprio Direito, aplicado pelos Estados Nacionais dentro do paradigma do monismo jurídico, tendo como pressuposto o Estado enquanto titular único da criação e imposição do mesmo. Neste processo, como visto, todo o Direito criado pelo Estado, tendo como exemplo o caso brasileiro, não levou em conta e não considerou as particularidades e o modo de ser das nações indígenas.

Por outro lado, em conjunto com o monopólio de criação do Direito, a Jurisdição no Estado Moderno torna-se também um mecanismo de encobrimento da diversidade e de negação do outro, do diferente. Como revelado, uma de suas principais características neste Estado Moderno é o fato de ser o único mecanismo imperativo de solução de conflitos. Enquanto tais conflitos resolvidos por esta jurisdição estatal têm como parâmetro um Direito até então hostil aos povos indígenas, esta jurisdição estatal também não se revelou eficaz em oferecer respostas que reconheçam as particularidades dos povos originários e tutele de forma eficaz seus conflitos. Assim define-se esta jurisdição como sendo um mecanismo de negação da diversidade.

Ao se discutir temas como constitucionalismo e democracia, aponta-se um campo fértil para a pesquisa, tendo como eixo condutor estes mecanismos de encobrimento dos povos originários. Sob a égide deste Estado Moderno, o qual revelou-se excludente, é de se indagar se os modelos constitucionais decorrentes deste paradigma até então vigentes são

aptos a garantir a diversidade de povos e etnias em um ambiente verdadeiramente democrático.

Por certo, constituição e democracia são conceitos em constante tensão. Ao passo que a constituição almeja a estabilidade, a permanência e a preservação das instituições vigentes, a democracia, por outro lado, significa a transformação, a mudança e consequentemente o risco. Assim, configura-se a equação do constitucionalismo democrático moderno, ou seja, a busca do equilíbrio entre estes dois elementos, a busca da transformação com segurança.

Ante a esta tensão permanente e tendo como objeto de análise a situação jurídica dos povos indígenas perante este Estado Moderno latino-americano, é de se buscar respostas ao problema suscitado, ou seja, a busca de alternativas a este processo de sistemático encobrimento e negação da diversidade do “outro”, do diferente.

Evidente que as respostas não podem ser encontradas dentro do paradigma constitucional da modernidade. Por ser um problema típico das sociedades latino-americanas, evidente que qualquer resposta deve ser construída a partir desta mesma sociedade, revelando-se assim que o constitucionalismo de origem europeia ou norte-americana não traz soluções eficazes.

Buscando-se respostas por meio de uma perspectiva jurídica e constitucional tem-se necessariamente que prestar atenção para um novo fenômeno constitucional. O chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”, originado dos recentes processos constitucionais ocorridos na Bolívia e no Equador apontam novos paradigmas jurídicos a romper com esta modernidade.

No caso específico da nova Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, fruto deste novo fenômeno constitucional, revelam-se elementos fundamentais para se demonstrar este rompimento. Ao se entender o Direito, fruto de uma concepção monista e a jurisdição estatal como mecanismo de aplicação deste direito, enquanto elementos que proporcionaram a negação da diversidade e possibilitaram o encobrimento do diferente, do outro, esta nova Constituição traz mecanismos inovadores de mudanças.

Primeiramente, como ficou evidenciado no presente trabalho, ela parte do pressuposto do pluralismo jurídico, demonstrando assim o rompimento como um dos pilares básicos do paradigma jurídico da modernidade, qual seja, o Direito como emanção única do Estado. Ao validar-se a produção normativa das várias nações indígenas existentes no território boliviano, reconhecendo um sistema plurijurídico, a constituição boliviana proporciona um novo paradigma jurídico, onde em conjunto como direito estatal, aceita-se e

integra-se na estrutura normativa do Estado todo o direito e os princípios oriundos dos povos originários.

Este mecanismo tem um potencial libertador extraordinário, porque enquanto o direito estatal moderno ocultava a produção normativa dos povos indígenas, o sistema plurijurídico boliviano, muito além de reconhecer este Direito, efetivamente o integra no sistema legal do Estado, com a mesma dignidade constitucional do direito emanado dos órgãos legislativos regulares. E, para além de aceitar o sistema legal das nações indígenas, o Estado Boliviano integrou na estrutura estatal seus mecanismos de jurisdição, rompendo também com o dogma da jurisdição enquanto monopólio único do Estado.

Todas estas mudanças afiguram-se ainda mais significativas ao passo que esta Constituição está calcada em uma visão epistemológica plural. Não se atém tão somente em validar o direito e os vários mecanismos jurisdicionais, mas mais além, o faz dentro de uma perspectiva plural, aceitando e integrando ao sistema jurídico estatal novas concepções de mundo, originadas da cosmovisão indígena. Assim, a Constituição passa a ter como válidas novas concepções de família, propriedade, novas concepções econômicas e de relação com a natureza que até então eram estranhas aos mecanismos jurídicos tradicionais, apresentando assim um potencial revelador de toda a diversidade de uma sociedade marcadamente plural e diversa.

Tendo-se em mente a tensão entre constitucionalismo e democracia, a alternativa do Estado Plurinacional, fundado na perspectiva deste novo constitucionalismo latino-americano, revela-se potencialmente capaz de garantir um ambiente significativamente democrático, ao passo em que se cria uma ordem constitucional mais justa e diversa, rompendo com os mecanismos de dominação e encobrimento que permearam os paradigmas jurídicos modernos até então vigentes.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, O Povo Soberano – fundamentos do Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ARAÚJO, Ana Valéria. ET alii. *Povos Indígenas e a Lei dos Brancos: o direito a diferença*. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

ARIAS, Alejandro Mansilla. El derecho indígena y las pautas para la conformación de una línea jurisprudencial constitucional em Bolívia. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía Del Derecho* n. 10/2004. Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.

BOLÍVIA. Constitución Política Del Estado Plurinacional. Disponível em: <<http://www.patrianueva.bo/constitucion/>> Acesso em: 20/03/2014.

BOLÍVIA. Lei 073 de 29 de Dezembro de 2010. Ley de Deslinde Jurisdiccional. Disponível em: < <http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=2769>> . Acesso em 10/08/2014.

BRASIL. Decreto 5.484 de 27 de junho de 1928. Diário Oficial da União - Seção 1 - 14/7/1928, Página 17125 .

BRASIL. Emenda Constitucional n. 01 de 17 de Outubro de 1969.DOU de 20.10.1969, retificado em 21.10.1969 e republicado em 30.10.1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária 323-7/MG. Autora: Fundação Nacional do Índio. Réus: Adimário Penedo de Oliveira e Outros. Litisconsorte passivo: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília: 14/10/1993. Publicado em 08/04/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 10.215-7/MT. Impetrante: UTA Agropecuária S/A e Outros. Autoridade Coatora: Presidente da República. Relator: Min. Décio Miranda. Brasília, 05/03/1980. Publicado em 28/03/1980.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição 3.388/RR.Requerente: Augusto Afonso Botelho Neto. Assistentes: Francisco Mozarildo de Melo Cavalcante e Outros. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 27/08/2008. Publicado em 25/09/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Ação Cível Originária 299-1/MT. Autor: Fazenda Xavantina S/A e Outros. Réus: União Federal, Fundação Nacional do Índio – Funai. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 12/08/1982. Publicado em 05/11/1982.

CÁRCOVA, Carlos María. *A Opacidade do Direito*. São Paulo: LTR Editora Ltda, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CINTRA, Antônio C.A. GRINOVER, Ada Pelegrini, DINARMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CLAVERO, Bartolomé. Estado de Direito, direitos coletivos e presença indígena na América. In: In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (Orgs). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo (Orgs). *O Estado de Direito: História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de História do Pensamento Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideu – Buenos Aires: Editorial IB de F. 2005.

CRISTIANI, Cláudio Valentin. O Direito no Brasil Colonial. In: WOLKMER, A.C. (Org.) *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil I*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DUSSEL, Enrique. 1492 *El encubrimiento del Otro*. La Paz. Plural Editores – Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación – UMSA,. 1994

DUSSEL, Enrique. 1492. *O Encobrimento do Outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993

DUSSEL, Henrique. *Meditações Anticartesianas sobre a origem do antidiscurso filosófico da modernidade*. IN: SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. MENESES, Maria Paula. (Orgs.). *EPISTEMOLOGIAS DO SUL*. São Paulo: Cortez, 2010.

FAJARDO, Raquel Z. Irigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARVITO, César Rodríguez(Coord.) *El derecho em América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

FERNÁNDEZ, Alejandro Remeseiro. “*Bula Inter-Caetera de Alejandro VI (1493) y las consecuencias político-administrativas del descubrimiento de América por parte de Colón em 1492*.” WWW.archivodelafrontera.com/wp.content/uploads/2011/08/galo12.pdf. Acesso em 12.08.2014.

FILHO, Carlos Frederico Marés S. Comentário ao artigos 231 e 232. **In:** CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GARCÉS, Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó. **IN:** VERDUM, Ricardo. (Org.) *Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

GARGARELLA, Roberto. Nuevo constitucionalismo latinoamericano y derechos indígenas: uma breve introducción. *Boletín Onteakien*, n. 15, Mayo 2013. Disponível em: <<http://latineadefuego.info/2013/06/04nuevo-constitucionalismo-latinoamericano-y-derechos-indigenas-una-breve-introduccion-por-roberto-gargarella>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GUZMÁN, Augusto. *História de Bolívia*. La Paz – Cochabamba: Editorial “Los Amigos del Libro”, 1973.

HOBBSAWM, Eric J. *Nações e Nacionalismo desde 1780*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

KAPLAN, Marcos. T. *Formação do Estado Nacional*. Rio de Janeiro: Livraria Eldorado Tijuca Ltda. 1974.

LAS CASAS. Bartolomé de. *Brevisima Relación de La Destrucción de Las Indias*. Barcelona: Editorial Fontamara, 1979

LOSURDO, Domenico. *A Linguagem do Império*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

MAGALHÃES, J.L.Q, AFONSO, H.W. *O Estado Plurinacional da Bolívia e o Equador: Matrizes para uma releitura do direito internacional moderno*. Revista Brasileira de Direito Constitucional- RBDC, n. 17, jan./jun. 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O Estado Plurinacional na América Latina*. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos;38959/2>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOGUEIRA, Caroline B. Contente, DANTAS, Fernando A. Carvalho. *O Sumak Kawsay (Buen Vivir) e o Novos Constitucionalismo Latino-americano: Uma proposta para a concretização dos Direitos Socioambientais?* Anais do Universitas e Direito, 2012 – PUCPR. 17, 18 e 19 de Outubro.

OLIVÉ, León. Et. Al. *Pluralismo epistemológico*. La Paz: Muela del Diablo Editores, 2009.

OSORIO, Martín Bazurco. RODRIGUEZ, José Luis Exeni. Bolívia: Justicia indígena em tiempos de plurinacionalidad. In: SANTOS, B. S. S. ; RODRÍGUEZ, J. L. E. (Org). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidade em Bolivia*. Quito: Ediciones Aby-Yala, 2012.

PITANGA. A.F. de Souza. *O Selvagem perante o Direito*. In: Revista Trimestral do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro. Tomo LXIII, Parte 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1901.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1976.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro*. São Paulo: Círculo do Livro, 1995

SALMERON, Juan Fernandez. *Armas de Fogo. Vol. 1*. Rio de Janeiro: Século Futuro, 1985.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes*. IN: SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. MENESES, Maria Paula. (Orgs.). *EPISTEMOLOGIAS DO SUL*. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el Estado e la Sociedad: Desafios actuales*. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: SANTOS, B.S.; RODRÍGUEZ, J.L E. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidade em Bolivia*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2012.

SANTOS, Daniel Moraes. A América para os euro-americanos: exclusão racialista na formação identitária dos Estados Nacionais da América Hispânica e Estados Unidos. In: MAGALHÃES, J. L. Q. (Org.) *Direito à Diversidade e o Estado Plurinacional*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SANTOS. J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado. Vol. I*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1950.

SIEDER, Rachel. *Publos indígenas y derecho(s) em América Latina*. IN: GARVITO, César Rodríguez (Coord.) *El derecho em América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

SILVA, Heleno Florindo da. *Teoria do Estado Plurinacional: O Novo Constitucionalismo Latino-americano e os Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2014.

TIGAR, Michael E., LEVY, Madeleine R. *O Direito e a Ascensão do Capitalismo*. Zahar Editores: Rio de Janeiro, 1978.

VARGAS, Idón Moisés C. Constitucionalismo Emancipatório, desarrollo normativo y jurisdicción indígena. IN: VARGAS, Idón Moisés C. (Coord.) *Bolivia – Nueva Constitución Política Del Estado: Conceptos elementares para su desarrollo normativo*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.

VECCHIO, Giorgio Del. *O Estado e suas Fontes do Direito*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil- Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2003.

WOLKMER, A. C. ALMEIDA, M. C. *Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: o pluralismo jurídico comunitário-participativo na Constituição boliviana de 2009*. Crítica Jurídica n. 35. Enero/junio 2013

WOLKMER, Antônio Carlos. FAGUNDES, Lucas Machado. *Para um Novo Paradigma de Estado Plurinacional na América Latina*. Revista NEJ – Eletrônica, vol. 18. N. 2 – Mai-ago 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001.