

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

DENISON LEHR UNGLAUB

A Jurisdição Especial Indígena: Uma reflexão crítica

:

Ribeirão Preto
2020

DENISON LEHR UNGLAUB

A Jurisdição Especial Indígena: Uma reflexão crítica

Versão Corrigida

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. A versão original encontra-se disponível na FDRP.

Área de Concentração:
Desenvolvimento no Estado
Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Guilherme Adolfo dos Santos Mendes

Ribeirão Preto

2020

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

UU57j	<p>Unglaub, Denison Lehr A Jurisdição Especial Indígena: uma reflexão crítica / Denison Lehr Unglaub; orientador Guilherme Adolfo dos Santos Mendes. -- Ribeirão Preto, 2020. 155 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2020.</p> <p>1. JURISDIÇÃO ESPECIAL INDÍGENA. 2. DIREITOS HUMANOS. 3. NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO. I. Mendes, Guilherme Adolfo dos Santos, orient. II. Título</p>
-------	---

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: UNGLAUB, Denison Lehr

Título: A Jurisdição Especial Indígena: uma reflexão crítica

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. José Carlos Francisco

Julgamento: aprovado

Instituição: U. Presbiteriana Mackenzie

Assinatura: _____

Prof. Dra. Eliana Franco Neme

Julgamento: aprovado

Instituição: USP

Assinatura: _____

Prof. Dra. Fernanda Cristina Covolan

Julgamento: aprovado

Instituição: UNASP

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, pelo seu infinito amor.

Agradeço à minha esposa Juliana por todo o suporte dado e à minha família que também colaborou demais.

Agradeço ao Professor Guilherme pela sua ajuda em momento crucial e pelo apoio na minha formação acadêmica.

Agradeço à Professora Eliana pela grande ajuda e disposição.

Agradeço à Professora Fernanda por sempre ter me incentivado e por ter me iniciado na vida acadêmica quando ainda estava na graduação.

Por fim, agradeço aos colegas de mestrado que sempre foram solícitos e apoiaram de forma valiosa à minha formação.

RESUMO

UNGLAUB, Denison Lehr. **A Jurisdição Especial Indígena**: uma reflexão crítica. 2020. Dissertação – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2020

O presente trabalho visa estudar a jurisdição especial indígena. Para entender o tema é necessário como ocorreu a consolidação do Estado Moderno, que é o modelo encontrado em todo o mundo atualmente. Na antiguidade havia várias civilizações, com diferentes configurações. Estas não podem ser chamadas de Estado, pois faltam os elementos essenciais. Apesar disso, didaticamente, se estuda o Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano e Estado Medieval, que foram os precursores do Estado Moderno. Quando este se consolida, podemos dividir essa história em fases: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. Essa evolução histórica ajuda a compreender como antes do Estado Moderno havia o chamado pluralismo jurídico, situação em que vários sistemas jurídicos atuam no mesmo espaço. Com o surgimento do Constitucionalismo, houve nova configuração, a do monismo jurídico. De um Estado com poucas funções (Estado Liberal), o Estado ganhou muitas novas funções, a cada mudança de paradigma, novos Direitos foram incorporados. Ocorreu então os movimentos indígenas pelo reconhecimento de sua autonomia, inclusive jurídica. Assim, temos o movimento do Novo Constitucionalismo Americano que trouxe a proposta de implantação da Jurisdição Especial Indígena. Escopo desse trabalho é refletir sobre as experiências ocorridas nos países que implantaram. É importante cotejar a tensão entre direitos coletivos e direitos individuais, numa discussão mais ampla sobre a universalidade dos direitos humanos. Desta forma refletiremos sobre como os julgamentos ocorridos na Jurisdição Especial Indígena afetam os indivíduos.

Palavras chave: Jurisdição Especial Indígena; Direitos Humanos; Novo Constitucionalismo Latino-americano.

ABSTRACT

UNGLAUB, Denison Lehr. **The Special Indigenous Jurisdiction: a critical consideration.** 2020. Master's thesis – Ribeirão Preto Law School, University of São Paulo, Ribeirão Preto, 2020

The research aims to study the special indigenous jurisdiction. To understand this it's necessary comprehend how the cementation of the Modern State occurred, since that is the current model found in the world today. In ancient times there were many civilizations with different configurations. Those can't be named State, because essential elements are missing. Nonetheless, for easy understanding, we study the Ancient State, the Greek State, the Roman State and the Medieval State, those were precursors of the Modern State. The Modern State after it was established, went through different phases: Liberal State, Social State and Democratic State. This historical evolution helps us understand how before the Modern State there was the so called legal pluralism which various legal systems are in place at the same time. When Constitutionalism arose, also a new configuration, what we call juridical monism. From a State with few responsibilities (Liberal State), the State has since gained many more, with each new paradigm, new Rights were incorporated. New indigenous movements started to occur seeking the recognition of their autonomy, including juridical autonomy. Thus, we have the movement for a New Latin American Constitutionalism that brought forth the insertion of the special indigenous jurisdiction. The scope of this research is to ponder on the experiences of the countries that have the indigenous jurisdiction. It's important to think about the tension between collective rights and individual rights, in a broader discussion about the universality of human rights. So the objective is to think about how the trials that occur in the Special Indigenous Jurisdiction affects individuals.

Keywords: Special Indigenous Jurisdiction; Human Rights; Latin American Constitutionalism.

SUMÁRIO

Introdução	10
Capítulo 1 – Breve relato histórico da formação do Estado	17
1.1 – Conceção do que vem a ser Estado	17
1.2 – Origens Do Estado – Do Estado Antigo Ao Estado Moderno	20
1.3 – Características Do Estado Moderno e suas fases	32
Capítulo 2 – Da sucessão das ideias a respeito de Constituição	39
2. 1 – Primórdios da ideia de Constituição	41
2.2 – Expansão das finalidades do Estado	46
2.3 – Caminho de volta do monismo jurídico ao pluralismo jurídico	50
2.4 – Neoconstitucionalismo: de uma nova visão de constitucionalismo ao movimento na América Latina	51
2.5 – Ciclos do Novo Constitucionalismo Latino-americano	57
2.6 – Desafios para o pluralismo jurídico	60
Capítulo 3 – Sobre a Jurisdição Especial Indígena	62
3.1 – Caracterização da Jurisdição Especial Indígena	63
3.2 – Discussão sobre a universalidade dos direitos humanos	69
Capítulo 4 – Conflito entre direitos individuais e direitos coletivos	87
4.1 – Violação de meninas na Argentina	94
4.2 – Infanticídio indígena no Brasil	96
4.3 – Um olhar sobre a experiência colombiana com a Jurisdição Especial Indígena	98
4.4 – Análise do controle de constitucionalidade em casos envolvendo o direito indígena	102
Capítulo 5 – A relação entre Justiça Indígena e Justiça Estatal	116
5.1 – A visão dos indígenas sobre seu próprio direito e sobre o direito estatal	116
5.2 – Análises entre a relação do Estado com a Justiça Indígena em quatro países	122
5.2.1 – Relações justiça estatal/justiça indígena na Colômbia	123
5.2.2 – Relações justiça estatal/justiça indígena no Peru	126

5.2.3 – Relações justiça estatal/justiça indígena no Equador.....	131
5.2.4 – Relações justiça estatal/justiça indígena na Bolívia.....	135
5.2.5 – Conclusões gerais da Comisión Andina de Juristas sobre as relações entre justiça estatal e justiça indígena	137
5. 3 – Refletindo sobre a Jurisdição Especial Indígena.....	138
Considerações finais.....	145
Referências Bibliográficas	149

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa refletir sobre a Jurisdição Especial Indígena. Esta consiste em dar aos povos indígenas poder para julgar seus pares de acordo com seus usos e costumes. Vários países vêm adotando essa possibilidade. Na presente pesquisa, foram feitas análises bibliográficas de publicações diversas a respeito do tema com o intuito de entender as consequências práticas da adoção do Direito Indígena dentro dos países que adotaram essas medidas.

Pressure testing é o conceito em inglês (Oxford 2020) que pode ser aplicado em a diferentes assuntos ou áreas. É uma expressão idiomática possível de ser usada análoga ao estudo do Direito. Em uma tradução livre seria: testar a capacidade de resistência ou sustentar a pressão. No Brasil, há o termo teste de pressão, mas este não tem exatamente a mesma função semântica pois se refere à verificação da pressão em algum tipo de máquina; em contrapartida, o termo em inglês pode ser aplicado a outras áreas da vida também. Sendo assim, para entender esse conceito didaticamente, as artes marciais nos servirão como exemplos. Existem artes marciais cujos treinos são voltados a passar conceitos e alguns movimentos; no entanto, esses movimentos, quando testados em situação de pressão ou sob resistência da outra parte, não funcionam. O que faz com que muitos cheguem à conclusão de que aquela determinada arte marcial é apenas coreografia. Todavia, outras artes marciais têm como filosofia testar todas as técnicas sob pressão (*pressure testing*) para treinar e aperfeiçoar só as técnicas que têm alguma eficácia prática.

Quando se trata da Teoria do Direito, nos parece que há muitas ideias que não foram testadas sob pressão. Ou, melhor dizendo, os autores não pensaram nas consequências práticas de suas teorias. A reflexão aqui proposta é de mostrar as consequências práticas do pluralismo jurídico e da Jurisdição Especial Indígena quando testados sob pressão.

Muitos autores exaltam o pluralismo jurídico, conceito que certamente tem seus méritos, e criticam o monismo jurídico ou centralismo estatal, que também, certamente merece críticas. Todavia, esses autores não comentam o que acontece ou o que pode acontecer quando o pluralismo jurídico é colocado sob pressão. Mais especificamente, a ideia desta reflexão é esclarecer, exemplificando comparativamente, o que acontece quando a Jurisdição Especial Indígena é testada sob pressão ou quando colocada em prática.

Pluralismo jurídico é o conceito mais amplo a ser estudado aqui. Jurisdição Especial Indígena é o sistema mais específico a ser tratado. Dessa forma, a pesquisa realizada visou refletir sobre o pluralismo jurídico especialmente no que tange aos Direitos Indígenas com relação à Jurisdição Especial Indígena; especialmente na legislação constitucional de países sul-americanos. Para isto, será realizada uma pesquisa bibliográfica entre autores que analisaram as legislações constitucionais de países que adotam o pluralismo jurídico. Além dessa comparação, pretende-se explicar as formas como esses conceitos são ou não aplicados no Brasil em relação aos indígenas que vivem aqui. Outros países latino-americanos poderiam ser estudados como Panamá, Nicarágua, Guatemala e México; porém, devido ao tempo e ao espaço dedicados aos objetos de análise que atendem à proposta deste trabalho, serão apenas mencionados brevemente.

Para estudar pluralismo jurídico é necessário primeiramente entender o que é o Estado, após isso, diferenciar monismo e pluralismo jurídico dentro do contexto do constitucionalismo. Em seguida, estudaremos o que é a Jurisdição Especial Indígena dentro do movimento do novo constitucionalismo latino-americano para que, posteriormente, contrastaremos os direitos individuais e os direitos que envolvem coletivos. Ao final, haverá considerações sobre o relacionamento entre a justiça ordinária e a justiça indígena.

O primeiro capítulo visa explicar o que é o Estado. Para se falar em Estado, mister saber do que este é constituído. Comumente, é sabido que um Estado se constitui de território, soberania e povo (Bobbio, Matteucci E Pasquino, 1998). Território nada mais é do que o local geográfico onde um povo habita. Povo é simplesmente as pessoas que moram no território – no passado, a nação era o termo usado; entretanto, devido às constatações de que podem existir diferentes nações dentro de um mesmo território, a palavra povo tem sido empregada. Por fim, soberania é a capacidade de um povo de se autogovernar dentro de seu território (Dallari, 2013).

Esses três itens são importantes para o escopo desta análise que visa estudar a soberania, a identidade de nacionalidade e o direito à autodeterminação dos povos indígenas dentro do contexto do neoconstitucionalismo latino-americano.

Dallari (2013) traz o entendimento do conceito de povo em relação ao conceito de nação, tendo em vista que há muitos países com várias nações dentro de um mesmo território. Inclusive, o próprio território é disputado por nações diferentes

dentro de um Estado e a soberania, em muitas das vezes, é exercida por um só grupo, ou grupos, excluindo outros (Muller, 2013).

Esta é a situação dos grupos indígenas na América Latina. Estes, conquistados pelos europeus, perderam seu território, sua soberania e, até mesmo, sua identidade (Maciel, Souza, Yoshida e Cavalazzi 2014).

Entretanto, um novo movimento constitucionalista vem mudando paradigmas. Por essa razão, o segundo capítulo visa a estudar a história do constitucionalismo para entender de onde viemos – em termos de legislação que organiza o Estado – e onde estamos agora – ou seja, qual o contexto das atuais constituições.

O constitucionalismo clássico está baseado na história da Europa. É chamado de monismo jurídico pois há um único sistema jurídico vigente dentro do Estado, sendo este a única fonte de Direito (Wolkmer, 2001; Bourdieu, 2007; Maciel 2016). Isto é, não podem vigorar sistemas jurídicos distintos dentro do mesmo Estado. Porém, surge os seguintes questionamentos: 1) Como lidar com nações de culturas tão diferentes dentro do mesmo Estado? 2) Seria o reconhecimento dessas várias nacionalidades, dentro do próprio Estado, a solução para o conflito de valores culturais tão diferentes dentro dele mesmo?

A resposta a essas perguntas está no reconhecimento do plurinacionalismo e do pluralismo jurídico, segundo os autores estudados (Wolkmer 2001; Yrigoyen Fajardo, 2011; Maciel 2016).

A América Latina era um lugar com muitas nações ou povos diferentes antes da chegada dos europeus, e hoje ainda temos vários deles dentro de cada país. Especialmente da década de 1980 para cá, houve um esforço em reconhecer essa multiplicidade de nacionalidades dentro de um país (Yrigoyen Fajardo, 2011). É um movimento conhecido como “novo constitucionalismo latino-americano” (Wolkmer 2010; Baldi, 2011; Caleiro e Leite 2014). Países como Bolívia e Equador já reconheceram a plurinacionalidade em suas constituições. Outros reconhecem diferentes etnias, culturas e línguas, por exemplo: Peru, Colômbia, Venezuela e Paraguai. Até na Europa há grupos que buscam esse novo constitucionalismo e alguns países já têm elementos dele em suas legislações, como a Rússia, a Espanha, a Bélgica e a Suíça (Caballero, 2017).

Além de reconhecer as diferentes nacionalidades dentro de um Estado, mister que essas nações tenham também a auto-gestão e o Direito próprios, sendo este autônomo, existente e coexistente com o Direito estatal (neste sentido Wolkmer, 2001;

Santos, 2014). Assim é definido o conceito de pluralismo jurídico. Neste conceito, as diferentes nações terão sistemas jurídicos próprios nos quais as leis estatais não se aplicam. Os casos mais notórios de pluralismo jurídico dizem respeito aos indígenas. Essa é uma reivindicação indígena há bastante tempo, mas só nos anos 1970 é que os grupos indígenas conseguiram se organizar politicamente para reivindicar sua soberania e direitos; contudo, os verdadeiros avanços nas legislações só se deram nos anos 1990 (neste sentido Van Cott, 2000; Yrigoyen Fajardo, 2004).

A reivindicação dos indígenas é de que se deixe de pensar no Estado como um grupo homogêneo de pessoas habitando o mesmo território e avance para uma visão que reconheça a convivência de várias nações distintas dentro deste território (neste sentido Santos, 2008; Caleiro e Leite, 2014).

No Brasil acontece exatamente isso. A legislação pátria prevê uma única nacionalidade e reconhece uma única língua como oficial nos artigos 12º e 13º da Constituição Federal. Por mais que legislação reconheça o direito à terra, uma educação adaptada, saúde, proteção e isenção tributária aos indígenas na Lei 6.001/73, não há nada como a Jurisdição Especial Indígena do Equador ou da Colômbia. A Constituição enfatizou nos direitos indígenas a organização social, costumes, crenças, tradições e direitos sobre a terra e os recursos naturais. Por outro lado, Bolívia e Equador reconhecem aos indígenas a autonomia e livre determinação sem depender de uma decisão estatal (Yrigoyen Fajardo, 2011; Maciel, 2016). Os indígenas tiveram seu status de autodeterminação elevado a nível constitucional nestes países.

Desta maneira, o terceiro capítulo tratará mais especificamente sobre a Jurisdição especial indígena, ao apresentar suas características distintivas e suscitar discussão pertinente sobre a universalidade dos direitos humanos. Essa, por sua vez, importante para os autores que defendem a Jurisdição Indígena, os quais normalmente entendem que os direitos humanos não são universais.

No quarto capítulo, aprofundaremos essa discussão sobre o conflito entre direitos individuais e os direitos envolvendo determinados grupos; bem como, analisaremos casos práticos.

No último capítulo, o quinto deste trabalho, abordaremos a relação entre a justiça estatal e a justiça indígena; concluindo, a partir de então, com uma proposta reflexiva sobre todo o conteúdo tratado.

Desta forma, destacamos a seguir os objetivos, a justificativa, a metodologia e a forma de análise dos dados; todos, sustentação deste trabalho.

O objetivo geral é estudar a Jurisdição Especial Indígena nos países sul-americanos dentro do contexto do pluralismo jurídico apresentado por diversos autores.

Os objetivos específicos são:

- a) Averiguar o reconhecimento ou não do pluralismo jurídico, especialmente nas legislações constitucionais dos países sul-americanos.
- b) Fazer um levantamento de casos concretos envolvendo a Jurisdição Especial Indígena e analisá-los.
- c) Estudar os limites da pluralidade de sistemas quando estes conflitam entre si.

O trabalho visa estudar o pluralismo jurídico no que tange os direitos dos povos indígenas especialmente no tema da Jurisdição Especial Indígena nos países sul-americanos. Nesse estudo serão feitas leituras de autores que compararam a legislação constitucional de países que abordam a Jurisdição Indígena, notadamente: Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Paraguai, Peru, Equador, Colômbia e Venezuela. Também será visto a tensão entre a legislação e o tratamento dado aos temas de autodeterminação e Jurisdição Indígena. Por fim, serão estudados os limites da pluralidade de sistemas tendo em vista princípios de Direitos Humanos violados pelo sistema interno do Estado que tenha previsão legislativa destes princípios.

Este trabalho visa contribuir com o mundo jurídico em particular e para a sociedade como um todo, mostrando a relevância de se reconhecer plurinacionalidade nos países da América Latina, especialmente, na América do Sul, de maneira a ressaltar o novo constitucionalismo latino-americano, mas também averiguar a sua aplicabilidade com suas características de pluralismo jurídico e a realidade dos direitos humanos universais.

É sempre importante entender como o pesquisador abordou o problema de pesquisa. No presente, segundo Apolinário (2011. p. 61), a metodologia usada pode ser descrita como preponderantemente qualitativa, pois o objetivo é compreender o fenômeno observado; neste caso, o fenômeno é o da jurisdição especial indígena. É uma pesquisa básica, cuja finalidade é de incrementar o conhecimento científico e não de apontar para o desenvolvimento de processos ou produtos. O tipo da pesquisa é descritivo pois seu objetivo é descrever a realidade sem qualquer manipulação de algum aspecto. Quanto à estratégia de pesquisa, ainda seguindo o autor supra citado, é exatamente documental pois a análise da legislação pertinente nos países analisados foi tirada de outros autores, juntamente com decisões judiciais analisadas na bibliografia a respeito do tema. No quesito delineamento, a pesquisa tem o

delineamento de levantamento na modalidade simples de pesquisa para descrever as variáveis envolvidas no fenômeno estudado (Apolinário 2011, p.60-69).

Ademais, para entender a metodologia aplicada, mister lembrar as críticas de Fonseca, Ciarallo e Cruz (2008). Para estes autores, a metodologia científica aplicada à pesquisa jurídica no Brasil não considera o fato de o conhecimento jurídico não depender de outras áreas do conhecimento, ou seja, não é um campo isolado. Por esta razão, dão ênfase à necessidade da utilização de metodologias multidisciplinares. Foi o que se buscou desenvolver no presente trabalho, em que se lançou mãos das diferentes áreas do conhecimento para compreender a Jurisdição Especial Indígena. Ciência Política, História e Sociologia dão apoio aos estudos jurídicos aqui apresentados.

Outro ponto a ser destacado é o apontamento dos autores para o seguinte: “na pesquisa jurídica brasileira prevalecem teorias analítico-descritivas e hermenêutico-interpretativas, centradas na reconstrução da dogmática jurídica como elemento necessário da investigação acadêmica” (Fonseca; Ciarallo; Cruz, 2008). No mesmo artigo, eles asseveram que os trabalhos acadêmicos desenvolvidos no Brasil geralmente se enquadram em um de três tipos, a saber: 1) trabalhos de reconstrução doutrinária sobre conceitos descritivos de normas e sistemas normativos (em geral com a apresentação do posicionamento de diversos autores sobre cada conceito); 2) descrição legislativa (apresentação do quadro normativo formado pelas constituições federal e estaduais, leis e regulamentos); e, 3) descrição de julgados (decisões judiciais ou administrativas que afirmam posicionamentos sobre a aplicação do quadro normativo).

Deste modo, considerando as críticas desses autores, a presente pesquisa visa não fazer uma descrição legislativa ou reconstrução doutrinária sobre conceitos e sistemas normativos, senão abordar a legislação sob a perspectiva de seus efeitos práticos relacionados ao tema da Jurisdição Especial Indígena, por meio da análise de casos práticos reais ocorridos nos países que implantaram a Justiça Indígena.

Também podemos afirmar com Gil (2002, p. 44) que a presente pesquisa é bibliográfica pois tem “base em material já elaborado” – este ressalvado pelo fato de quase todos os estudos exigirem algum tipo de trabalho bibliográfico – no entanto, esta pesquisa não tem caráter documental. O autor distingue que, diferente da pesquisa bibliográfica, a pesquisa documental tem por base materiais faltos de tratamento analítico ou que podem ter um tratamento reelaborado de acordo com os objetos da

pesquisa. Vale ressaltar que legislação é tratada como documento na bibliografia de metodologia científica. Todavia, nesta pesquisa, abordamos autores que fizeram pesquisa documental

A adoção da pesquisa teórico-bibliográfica, se justifica pois esta dará substratos para a revisão do tema na visão de outros autores, também servirá encontrar comparações entre o tratamento dado pela legislação e a prática da Justiça Indígena, bem como breve análise de jurisprudência dos países a esse respeito.

Por fim, mister explicar como ocorreu a pesquisa bibliográfica. Para tanto, o raciocínio dedutivo foi usado como procedimento metodológico nos tipos de pesquisa desenvolvidos: a pesquisa bibliográfica, que oferecerá os fundamentos teóricos imprescindíveis ao estudo, e a análise documental, uma vez que as constituições e outras legislações pertinentes foram analisadas neste quesito a respeito do assunto. A revisão bibliográfica abrangeu bibliografia disponível e acessível nos meios acadêmicos.

Este estudo teve como base o neoconstitucionalismo latino-americano, mais especificamente os aspectos da plurinacionalidade e do pluralismo jurídico. Dentro desse contexto, foi analisada a justiça indígena como forma de inclusão democrática deste grupo minoritário na sociedade do país. Foi pesquisado autores que comparam o tratamento dado pela legislação a respeito do tema nos países mencionados.

Em relação a análise dos dados, o posicionamento teórico deverá ser feito por meio de análises textual, temática e interpretativa (Severino, 2007).

A análise textual visa conhecer o pensamento do autor, e aproximar, de seu texto, o leitor. Esta etapa irá preparar o leitor à análise temática; e, ainda, as dúvidas mais básicas serão sanadas antes de o tema ser tratado de forma aprofundada.

A análise temática, por sua vez, resultará na compreensão do texto, sem que qualquer interpretação tenha sido feita anteriormente; senão apenas sua apreensão. É importante o leitor se apropriar do conhecimento contido no texto lido antes de interpretá-lo e ter clara qual a ideia central.

Derradeiramente, o leitor faz a análise interpretativa, inferindo e interpretando o conhecimento. Severino (2007) destaca que interpretar é tomar uma posição própria a respeito das ideias apreendidas. Não deixa de ser um diálogo com o autor, no qual o leitor confronta suas próprias ideias com as dele(a) e/ou com as de outros autores.

1 – BREVE RELATO HISTÓRICO DA FORMAÇÃO DO ESTADO

Neste capítulo, será retratada brevemente a história do que entendemos por Estado, a começar pelas teorias sobre o início de sua existência, seguida da apresentação de elementos essenciais do Estado e, posterior a isso, será apresentado como ocorreu a transformação dos primórdios do Estado até chegar às finalidades e à composição do que é hoje chamado de Estado Moderno. Essa introdução histórica é importante pois precisamos entender como a ideia da Jurisdição Especial Indígena surgiu e tem sua relevância; pois, essa só ocorre no contexto do Estado Moderno, em uma fase posterior à do monismo jurídico. Portanto, começamos por explicar o que é o Estado.

1.1 – Concepção do que vem a ser Estado

Não é o escopo do presente trabalho fazer uma discussão detalhada do que é Estado visto que demandaria aprofundamento desnecessário e descaracterizaria o tema aqui proposto. Entretanto, mister trazer alguns conceitos basilares para entendimento do raciocínio delineado.

É de se assinalar que o termo e a ideia de uma unidade política (Estado), apesar de encontrada em alguns lugares no século XV, só veio a ser popularizada pela alcunha por Maquiavel. (Ferreira e Correia 2009; Bonavides, 2012 p.37). O que demonstra que essa ideia não estava presente na antiguidade. Por essa razão, antes de adentrar na história do Estado, passaremos as diferentes ideias a respeito de sua conceituação.

Marques Neto ao comentar a definição de Estado, fala da dificuldade ou, até mesmo, impossibilidade de ter uma definição absoluta. E continua asseverando que o conceito de Estado é um “dos mais plurívocos – se não o mais – dentre os termos utilizados pelos cientistas sociais na formulação de suas teorias” (2002, p.24).

Acquaviva concorda explicando ser muito complicado definir o que é Estado. Em seu esclarecimento, afirma que há tantas definições quanto teóricos existem, ainda menciona um “grande publicista do século XIX, chamado Bastiat” que propôs uma “vultuosa recompensa a quem formulasse um conceito de Estado unanimemente aceito”, ademais “o próprio Hans Kelsen” também advertiu que “a volumosa soma de

definições do Estado dificulta a precisão do termo, reduzindo-o a mero juízo de valor desprovido de caráter científico” (Acquaviva, 2010 p.14).

O autor, apesar de mencionar as múltiplas definições, tem também a sua própria. Para ele, o Estado é “a sociedade politicamente soberana e internacionalmente reconhecida, tendo por objetivo o bem comum aos indivíduos e comunidades sob seu império” (2010, p.12).

Mas o consenso é que todos os elementos necessários para constituição do Estado Moderno – em oposição ao que se encontrava na antiguidade, como por exemplo, as cidades-estado – se encontram, historicamente, na assinatura do Tratado de Westfalia em 1648. Apesar de alguns Estados já existirem bem antes, é neste momento que se define quem é quem e todos se reconhecem como tal (neste sentido, Marques Neto 2002, p.29; Alarcón 2011, p. 64; Ranieri 2019, p.23).

Desta forma, é necessário esclarecer os conceitos dos elementos mais basilares do que constitui um Estado aceitos pela grande maioria dos autores, a saber: território, povo e soberania.

O primeiro elemento é o **território** que nada mais é do que o local geográfico onde um povo habita. O segundo elemento, **povo**, são simplesmente as pessoas que moram no território – no passado, *nação* era o termo usado; entretanto, devido às constatações de que podem existir diferentes nações dentro de um mesmo território, a palavra povo tem sido empregada. Por fim, **soberania** é a capacidade de um povo de se autogovernar dentro de seu território (Dallari, 2013). Em contrapartida, Ranieri afirma que território só pode ser visto como um elemento pertinente do Estado a partir do século XIX, em face da consolidação dos Estados-Nação (2019, p. 86).

Alarcón vai além na explicação do que é território. Para ele “é o espaço em que o poder do Estado pode desenvolver sua atividade específica, que é a do poder público”, o autor ainda cita Jorge Miranda que entende território não como elemento essencial do Estado, senão uma condição da própria existência do Estado; significando que sem território não há identidade e integração da sua comunidade e tampouco limite da sua autoridade com relação a autoridade dos demais Estados (2011, p.77).

Comentando sobre o que é povo, Alarcón cita dificuldade do termo por causa de uma associação histórica com outros termos, *comunidade* e *nação*. Ele afirma que nação tem a ver com procedência étnica, na qual estão inclusas as unidades cultural, religiosa, idiomática e de costumes. Ele também aponta para o acervo histórico

comum e para o sentimento de pertença, de nacionalidade (2011, p. 80). Ranieri acrescenta que o conceito de povo também é plurívoco (2019, p.86).

Ranieri comenta que a ideia de Nação tem, na verdade, um caráter arbitrário e que faltam critérios objetivos para a construção dessa ideia, ela também menciona Joseph Ernest Renan que afirma, que para que a Nação seja um todo homogêneo, esta deve superar todas as fissuras sociais internas, por isso este autor entende que a Nação é um plebiscito diário. Sendo assim, Ranieri, conclui que povo e nação não se confundem como elementos constitutivos do Estado, mas que essa ideia de nação tem influência na ideia de Estado nacional, logo, acarreta problemas com as minorias nacionais (2019, p.122-123).

Acquaviva, explicando esses elementos essenciais do Estado, apresenta nacionalidade como um mero vínculo jurídico que ocorre por causa do nascimento, seja este o local ou local do nascimento dos pais, ou ainda por uma manifestação de vontade do indivíduo. Desta forma, ele entende nação como uma realidade sociológica formada com o passar do tempo (2010, p. 26-28).

Para Bonavides (2012, p.35), é necessário lembrar que a soberania foi o princípio inaugural do Estado Moderno. Em realidade, para ele, a instituição Estado só nasceu quando todos os elementos estavam presentes; portanto, apenas a partir do Estado Moderno é que temos o Estado propriamente dito. Tanto assim o é, que o autor explica essa ideia tendo sua origem quando Maquiavél (inventor do termo) e Bodin (que usou o termo República em vez de Estado) escreveram suas obras clássicas. Todavia, Bonavides explica que o uso do termo Estado só veio a ser consagrado muito tempo depois, quando a organização jurídica estava consolidada (2012, p.37).

Ao tratar do tema soberania, Acquaviva explana que é um:

“[...] atributo do poder do Estado que o torna independente no plano interno e interdependente no plano externo. No âmbito interno, o poder soberano reside nos órgãos dotados do poder de decidir *em última* instância; no âmbito externo, cada uma mantém, com os demais, uma relação em que a igualdade se faz presente” (2010, p.51)

Aliás, o autor destaca que não há Estado sem soberania pois esta é uma qualidade essencial e suprema daquele.

Alarcón, por outro lado, relembra que o conceito de soberania sofreu transformações e renovações ao longo do tempo, desde o século X. Nesse período, a ideia de soberania na Europa estava ligada com uma ideia teocrática em que o monarca era um comissário de Deus. Com a introdução do constitucionalismo no século XVIII, essa ideia foi superada e passou a vigorar, em seu lugar, a ideia da soberania de

origem popular (2011, p. 70). Ranieri acrescenta que o conceito original de soberania também já se encontra relativizado atualmente; portanto, não se pode mais entendê-lo do mesmo modo (2019, p.86).

Além desses elementos essenciais, no Estado nascente também se encontram dois monopólios que garantem o poder do Estado: o uso da força e a legitimidade para exigir tributos.

1.2 – Origens Do Estado – Do Estado Antigo Ao Estado Moderno

Nos primórdios da humanidade, existiram várias formas de organização adotadas pelos povos. Não se pode, anacronicamente, chamar essas composições de Estado, pois faltam um ou mais dos elementos ditos essenciais a elas (ressalva-se que existe entendimento contrário, adiante explicado). Porém, didaticamente é possível classificar essas formas como: Estado Antigo, Estado Grego, Estado Romano e Estado Medieval (Dallari 2017, p. 67-69). Após o período histórico em que ocorreram estas formas, é comum a ideia de que surgiu o Estado Moderno; a história deste, por sua vez, foi subdividida por Bonavides (2012) nas seguintes fases: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. Outros autores fazem diferentes divisões. O importante, neste momento, é tecer brevemente como se deu as origens do Estado, partindo do Estado Antigo até chegar às fases do Estado Moderno.

Acquaviva entende ser impossível apontar para uma única origem para todos os Estados, justamente porque esse fenômeno é peculiar a cada Estado, tendo seu surgimento sido ligado a toda sorte de circunstâncias, incluindo o meio ambiente, a demarcação arbitrária de território, entre outros. (2010, p.14)

Alarcón reconhece três teorias sobre o surgimento do Estado (2011, p. 63). Na primeira, o Estado sempre existiu. O segundo entendimento é o de que o Estado surgiu em algum ponto da história distante, perto do começo das civilizações. Por fim, a terceira teoria faz distinção entre as civilizações organizadas e o Estado, afirmando que este só pode ser denominado como tal quando presentes suas características essenciais.

Explicando a primeira teoria, Alarcón afirma que para essa corrente de pensamento o “Estado surge como resultado das leis naturais que regem o desenvolvimento social e que também ocasionam as transformações estatais posteriores” (2011, p.63).

O autor, ao apresentar essa teoria, cita Eduard Meyer, para quem no mundo antigo já era possível enxergar um desenvolvimento semelhante ao do capitalismo nos dias de hoje. Meyer entende que, desde os tempos primórdios, o Estado já estava presente e se desenvolvendo junto com a própria sociedade, onde – na verdade – esses desenvolvimentos se confundem (2011, p. 63).

Franz Oppenheimer não aponta para um período histórico específico, mas define Estado como uma instituição social em que um grupo vitorioso constituiu uma organização para dominar um segundo grupo, além de resguardar contra rebeliões deste e se proteger de agressões externas (Oppenheimer *apud* Acquaviva, 2010 p.15). Ou seja, desde as sociedades organizadas já existia a dominação de um grupo sobre outro e esse fenômeno pode ser entendido como Estado.

A segunda teoria, que vai apontar para o surgimento do Estado, em determinado momento da história antiga, tem autores bem conhecidos. Alarcón aponta para os primeiros expositores dessa teoria como sendo os *contratualistas*; essa ideia do *contrato social* foi esboçada no século XVI pelo alemão Althusis (1557-1638) e pelo holandês Hugo Grócio (1583-1645). Em seguida, aparece na Inglaterra Thomas Hobbes (1588-1679) com sua obra *Leviathan*, publicada em 1651; posteriormente, suas ideias foram retomadas por Immanuel Kant (1724-1804). Entretanto, a principal obra a ser mencionada é *Do Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), publicada em 1763 (Alarcón 2011, p.63).

Há ainda outros vários autores que entendem o Estado como tendo surgido em algum estágio da vida social quando houve o declínio da comunidade primitiva, originando nas primeiras manifestações de apropriação de terras e, devido a isso, vinda a necessidade de regulamentar a proteção destas propriedades. Dentre esses autores, Alarcón destaca o pensamento de Karl Marx (1813-1883), este, em sua obra *Crítica à Filosofia do Direito de Hegel*, afirma que o Estado não pode ser entendido como a sobreposição do interesse geral sobre o interesse particular pois, para ele, a existência do Estado é a concretização do sistema de classes (2011, p.64).

Desta forma, fica claro que Marx estava criticando o pensamento dos contratualistas quando estes diziam haver um acordo entre as pessoas para a criação de uma organização defensora dos interesses de todos. Os contratualistas entendiam que as pessoas estavam em constante ameaça até o surgimento do Estado, que viria para garantir proteção; para isso, uma parte da liberdade era abdicada. É essa relação bilateral de sociedade e Estado que é chamada de *contrato social*. Marx entendia que

esse arranjo, em realidade, foi criado para excluir pessoas ou grupos de pessoas de serem proprietários dos meios de produção; logo, o Estado surge para oprimir. Note, todavia, que esses pensamentos opostos estão filiados à mesma teoria de surgimento do Estado pois ambos entendem que em algum momento remoto da história surgiu o Estado.

Entretanto, importante é ressaltar que, para Marx – juntamente com Friederich Engels (1820-1895) –, o Estado seria um fenômeno histórico transitório surgido do aparecimento da luta de classes e, que um dia, não mais existirá: quando o proletariado fizer desaparecer o Estado e o poder político (Marx *apud* Acquaviva 2010, p. 16).

Os que entendem desse modo observam um processo claro desse surgimento e desenvolvimento nas cidades-estado que eram muito mais fortes, em certo sentido, do que os futuros Estados nacionais. Deveras, há autores, como Norberto Luiz Guarinello, que mostram estas cidades-estado não sendo tão primitivas quanto pensa a maioria das pessoas atualmente. Existiam registros oficiais de propriedade de terra e o governo dessas cidades garantia os direitos de certos grupos de pessoas (Guarinello *apud* Alarcón 2011, p.64). Deste modo, para os pensadores dessa corrente, o Estado surge quando as primeiras definições de propriedade privada aparecem.

Já para a terceira teoria, só se pode pensar em Estado se estiverem presentes certas características. Alguns autores defendem, como elementos basilares de um Estado, o território, a população e a soberania. Outros acrescentam elementos; a exemplo de Marques Neto, entendedor de que a definição de Estado passa pelo processo de concentração do poder político e, dessa maneira, o Estado surge com a afirmação do absolutismo (2002, p. 25).

De qualquer forma, independentemente de qual teoria se filie, a verdade é que o Estado Antigo é caracterizado por uma confusão entre governantes, economia, família e religião. Há castas entre o povo, há também predomínio da classe sacerdotal que detém a autoridade divina. Não havia claras divisões políticas, territoriais ou de funções (Ferreira e Correia 2009).

Para Bonavides, o Estado na antiguidade é a cidade, esta é a “condensação de todos os poderes” e de onde se irradia as dominações e formas expansivas de poder e força (2012, p. 33). O autor também menciona que

[...] Nínive, Babilônia, Tebas, Persépolis, Esparta, Atenas, Roma e tantas outras, são a imagem eloquente do Estado Antigo com sua geografia política urbana, sua concentração personificada de poder, sua forma de autoridade secular e divina expressa na vontade de um titular único – o faraó, o rei, o

imperador – de quem cada ente humano, cada súdito, é tributário” (2012, p.34).

Para Ranieri, o Estado Antigo “caracteriza-se pela autossuficiência e organização unitária, centralizada e teocrática, em geral de forma monárquica. Na maioria dos casos, apresenta, ainda, estrutura burocrática em graus variados de complexidade. A ordem social não é igualitária, mas fortemente hierárquica e hierática, oferecendo reduzidas garantias jurídicas aos indivíduos” (2019, p.26).

O Estado Grego, um dos tipos de Estado Antigo, não era um Estado único, senão uma estrutura política descentralizada nas famosas Cidades-Estado, autônomas nos âmbitos administrativo, legislativo, econômico e militar. Aristóteles entendia essa *pólis* (Cidade-Estado) como uma forma de associação estabelecida, visando algum bem comum. Havia certo desprezo pela riqueza e pensamento de igualdade entre os cidadãos – dentre os quais não estavam inclusos escravos, estrangeiros e mulheres, por exemplo. Por conseguinte, os cidadãos se ocupavam mais com atividades dos negócios públicos do que com atividades econômicas. Havia limitação no direito à propriedade; logo, a vida econômica era voltada a subsistência familiar; somente tempos depois houve evolução para o sistema de trocas, mas centrado na ideia de preservação das Cidades-Estado. A elite era que tomava as decisões de interesse público (Ferreira; Correia, 2009).

Ranieri observa que o Estado Grego é a *pólis*, definida, em possíveis termos, como uma “pequena extensão territorial, observada já por volta do século VII a.C., na qual há razoável grau de integração entre os habitantes, consequência do sentimento de identidade e interesses comuns” (2019, p. 26).

Ela prossegue, ampliando o conceito, ao explicar como a tipologia desse tipo de Estado na verdade comportava várias formas de governo, das mais democráticas às mais despóticas. Também, que a religião exercia função preponderante, uma vez que os direitos políticos e civis eram atrelados à participação do cidadão no culto da cidade, de tal forma que renunciar ao culto equivalia a renunciar aos direitos. Tão grave a situação que um cidadão ateniense não poderia mudar-se de cidade sem perder o direito ao culto e, por consequência, os direitos políticos. Assim, a autora conclui que nesse tipo de sociedade “a liberdade individual não existia” (2019, p. 26).

Todavia, conforme elucida Alarcón, Cidades-Estados não existiam apenas na Grécia antiga, elas se desenvolveram e se espalharam por todo o mediterrâneo, incluindo Ásia menor e Fenícia. Era uma configuração de terra voltada para a agricultura

e ocupada por populações campesinas. O que diferencia essas Cidades-Estados de outras configurações conhecidas no mundo antigo era a propriedade privada sobre a terra. Alarcón concorda com Guarinello, também autor debruçado sobre esse assunto, ao dizer que estas associações de proprietários privados que resolviam de maneira pública e coletiva conflitos surgidos entre eles, sem a intervenção de autoridade constituída (2011, p. 89).

Alarcón prossegue explicando o declínio da configuração de Cidades-Estados: ocorrido por causa da queda do Império Romano, em face a crise institucional instaurada pela pressão dos povos bárbaros que alcançaram superioridade militar (Alarcón 2011, p. 91).

O Estado Romano, é mais conhecido tipo dentre as formas de Estado Antigo, diferia do Grego em alguns aspectos. Enquanto os gregos tinham o desprezo pela riqueza e amor pela filosofia, os romanos tinham mais interesse em política e poder. Para os romanos, a riqueza era só um meio de se alcançar poder, não estava atrelada ao bem-estar necessariamente. No começo do Estado Romano, a cidade era formada por famílias e tribos, que constituíam as gentes, sendo governados pelos *pater-familias*. A noção de povo era estrita e o governo era organizado por uma base familiar, exercendo poder através de magistrados. Igualmente aos gregos, havia bastante participação do povo no governo. Com o passar do tempo, apesar de manter a base familiar (que se transformou numa nobreza), as camadas sociais tiveram seus direitos ampliados até chegar na fase do império, período em que houve integração jurídica dos povos conquistados. Esse fato abriu caminho para a liberdade religiosa, principalmente quando o Cristianismo avançou, até desaparecer a noção de superioridade dos romanos (Ferreira; Correia 2009).

Ranieri recorda que o Estado Romano adotou várias formas de governo (monarquia, república, principado, império), mesmo assim, no largo período de duração do poder político, jamais abandonou as características originais de Cidade-Estado (2019, p. 27).

Após essa era mais antiga da história, chegamos à Idade Média, período histórico compreendido entre o século V e o século XIV. Marcado pela pluralidade de poderes: o poder do Imperador e os poderes menores, com ordenamentos jurídicos diversos. Durante esse período, conhecido como feudalismo, predominava o poder da nobreza e da Igreja Católica na Europa. A nobreza detinha poder cada qual sobre seus feudos e a Igreja tinha autoridade irradiada por toda a Europa, sendo o poder do

Rei mais simbólico que de autoridade como as anteriormente mencionadas (Ferreira; Correia 2009).

No período feudal, o Estado tinha grande centralização política na figura do monarca (além de enorme influência e poder da Igreja), mas este poder político só era mantido pelos nobres, os quais prestavam apoio militar e financeiro. Entretanto, havia muita autonomia para as administrações locais dos feudos. Inclusive, o Direito e a administração da justiça eram totalmente descentralizados e tinham fundamentos nos costumes. Por essa razão é dito deste período que existia o pluralismo jurídico; pois, vários ordenamentos jurídicos e costumes aplicáveis estavam em voga (Alarcón 2011, p.94).

A era medieval pode ser dividida em três partes (a depender do autor): a alta idade média (séculos V ao XI), a baixa idade média (séculos XI ao XIII) e a idade média tardia (séculos XIV e XV) (Ferreira; Correia, 2009).

A alta idade média é marcada pelo declínio das atividades produtivas e desaparecimento da economia antiga, sendo que as atividades são quase exclusivamente rurais, de subsistência. Começam a surgir os feudos. O poder neste momento era fundamentado na vassalagem, em que os camponeses tinham proteção vinda do senhor feudal em troca do cultivo das terras. A hierarquia tinha base religiosa e a Igreja tinha grande força política, além de poderes para interpretar o direito costumeiro (Alarcón 2011, p.94; Ferreira; Correia, 2009).

Além disto, a fraqueza política do rei era notável. Tanto assim o é que as *cartas de franquia* e os *forais ibéricos* eram pactos entre o monarca e a aristocracia feudal, que impunham muitos limites ao poder real. Aliás, esses documentos podem ser vistos como antecedentes das modernas declarações de direitos com relevância para o futuro Estado de Direito (Alarcón 2011, p.94).

Após um período de decadência e obscuridade, a sociedade começa a mudar, passando a gerar excedente de produção. Ressurge o comércio de trocas que se desenvolvem até o aparecimento de feiras, criando mercados regionais; sistema posteriormente conhecido como mercantilismo. No século XI, começa a baixa idade média, período em que aparecem núcleos comerciais, ao redor dos feudos, formados por grupos de artesãos, servos fugitivos, famílias que abandonaram o campo e homens livres que queriam mudar de vida. Nesse momento existiam as relações entre senhores e servos, mas também relações de capitalismo mercantil, onde a classe social não importava mais, mas sim as relações de compra e venda (Ferreira; Correia, 2009).

As cidades começam a se ampliar e, com elas, a necessidade de ampliação dos mercados. O sistema feudal era uma espécie de entrave a essa expansão, o que leva os burgueses a apoiarem a realeza contra a nobreza feudal possuidora de privilégios. Assim, os reis se fortaleceram, foram dominando a nobreza, já empobrecida a essa altura. Houve a libertação gradativa dos servos, o aumento da burguesia e maior circulação de moeda e mercadorias; de forma que os reis buscaram desenvolver recursos de navegação para buscar mercadorias em outros locais para o comércio. Além do apoio político e financeiro da burguesia, mais adiante justificaram com teoria em que os filósofos revigoraram o Direito Romano, possibilitando a base legal para o Estado Nacional Moderno (Ferreira; Correia, 2009).

Num momento em que na Europa os reis não tinham tanta força, por dependerem de alianças com os senhores feudais e reconhecerem certos direitos naturais, os monarcas ingleses do século XI em diante conseguiram relativa força em meio a hierarquização feudal, ultrapassando limites que outros reis não conseguiam. Apenas no século XIII houve reação por parte da nobreza.

Na Inglaterra do século XI, havia um rei relativamente fortalecido por meio da hierarquização feudal; no entanto, quando se obtinha apoio dos senhores feudais, não havia limites ao que poderia ser feito. Os verdadeiros limites ao poder real vieram da reação aristocrática para limitar o poder real, o que resultou na *Carta Magna Libertatum* de 1215; para muitos, ali nasceu o constitucionalismo inglês, onde pela primeira vez houve o reconhecimento dos direitos de maneira muito mais ampla. Por exemplo, havia a cláusula do *due process of law*, que garantia – entre outras coisas – que os nobres fossem julgados pelos seus pares e não pelo rei. Isso é o que diferencia das outras cartas já mencionadas, que limitavam o rei. Estas foram as sementes do Estado Liberal, onde, a começar pela Inglaterra, o paradigma de lealdade muda; antes essa era para com a Igreja e depois passou a ser para com o Estado (Alarcón 2011, p. 94-95).

Enquanto a Europa continental caminhava rumo ao absolutismo, com constantes desavenças entre senhores feudais, na Inglaterra acontecia um processo gradual na direção oposta; processo que ocorreu de maneira espontânea, natural e lenta. Neste curso de tempo, as liberdades civis (de religião, de associação, de expressão, entre outras) que eram meramente de fato, passaram a ser jurídicas, especialmente a partir do século XVI. Isso ficou especialmente demonstrado na *Petition of Rights* de

1628, no *Habeas Corpus* de 1679 e na *Bill of Rights* de 1689, documentos que serão determinantes para a doutrina dos direitos fundamentais (Alarcón 2011, p. 95).

Nos séculos XIV e XV (idade média tardia), o feudalismo começou a desmoronar com a diminuição da autoridade da Igreja Católica e enfraquecimento do poder dos senhores feudais. Os monarcas concentraram poderes num governo centralizador assegurando a unidade territorial dos reinos, sustentados na ideia da origem divina de seus poderes de tal modo a exercerem autoridade absoluta. Neste período houve a definição e estabelecimento da soberania do Estado que concentra o poder unificado em um território e se legitima pelo Direito (Ferreira; Correia, 2009).

Desta forma, num primeiro momento, o poder estava nas mãos de indivíduos, ou seja, o poder era privado, concentrado nas mãos dos senhores feudais e contava com o apoio da Igreja Católica. Posteriormente, os indivíduos foram perdendo poder, e este sai da esfera privada para se concentrar na esfera pública, ou seja, o Estado passa a deter o poder, representado pela figura do rei, ainda que também com a influência da Igreja Católica.

Como destaca Ranieri, o Estado Medieval era caracterizado pela descentralização e dispersão do poder político (2019, p.27). Ocorreu também uma mudança fundamental na estrutura jurídica. Antes, se obedecia a uma pessoa, o senhor feudal, quem fazia as leis do feudo; depois a obediência estava voltada a regras estabelecida para todos (Ferreira; Correia, 2009).

Contudo, antes de seguir a linha histórica de como chegamos ao Estado, há que se mencionar os outros povos não os europeus. Alarcón faz esse apanhado mencionando a América pré-hispânica, antes do século XV, onde havia multiplicidade de civilizações em vários estágios de desenvolvimento. Os Astecas e Maias, na América Central, e os Incas, na América do Sul andina, foram as civilizações que atingiram os avanços mais significativos em termos econômicos e culturais (2011, p.92).

O autor explica que estes povos estavam organizados em cidades-estados também, estas funcionavam como autarquias parecidas com a *polis* grega ou a *civitas* romana, com um comércio movimentado, esses povos americanos conceberam um Estado burocrático e centralizador com grande vocação militar e voltados para a conquista (Alarcón 2011, p.92).

Para entender como funcionavam esses impérios, basta olhar para o sistema de tributação. Desde o século XV, os Astecas se unificaram em uma confederação

“[...] cujo centro era a cidade-estado de *Tenochtitlan*, na qual se concentrava a estrutura burocrática e militar. Em cada uma das cidades despontava uma fração de burocratas, sacerdotes e guerreiros de tempo integral sustentada pelo trabalho do campesinato aldeão, sem que a propriedade sobre a terra fosse privada. Contudo, a cidade-estado era uma monarquia eletiva, cuja soberania sai das fileiras dos grandes guerreiros e era assessorada por um conselho tribal formado pelas chefias aldeãs, que constituía a base do corpo eleitoral para a sucessão do soberano” (Alarcón 2011, p.92).

O autor destaca que essas formas de Estado na América pré-colombiana não tinham uma filosofia política definida pois o Direito em si estava todo misturado com a religião destes povos (2011, p.93). Ele não faz comentários mais amplos ou específicos, mas menciona também os povos orientais, tais como os chineses, indianos, persas e egípcios. Assevera, a partir de sua menção, que estes povos também tinham impérios burocráticos centralizados, fundamentados na religião, onde o as normas do Direito se confundiam com as normas religiosas (2011, p. 93).

Contudo, Ranieri aprofunda um pouco mais o assunto sobre os países asiáticos, asseverando que “em todos havia um centro político que fixava regras de conduta de acordo com os seus próprios códigos culturais, os quais compreendiam religiões, governos, leis, escrita etc.” (2019, p.25). Mas ressalva que apesar de contatos eventuais e permanentes, não houve imposições de cultura política umas sobre as outras nestas regiões.

Ao deslindar o assunto, Alarcón menciona que essas cidades-estados eram erigidas sob um rígido sistema de castas com um grande aparelho burocrático e militar para manter as atividades de expansão. Normalmente, havia proximidade da aristocracia com o governante que fazia parte da burocracia estatal. Outro grupo que pertencia à elite cuidava das atividades religiosas (clero) e os militares davam o suporte ao monarca. Alarcón conclui aduzindo que esses impérios burocráticos tiveram sua decadência ou por causa de uma decomposição interna aliada à excessiva centralização política e econômica (2011, p.93).

Ranieri explica que houve uma escalada na história, partindo das primeiras civilizações organizadas até a configuração de Estado moderno. Esta “escalada culmina com a Paz de Westfália, ou Ata Geral de Westália, resultado de tratados de paz celebrados no ano de 1648 entre Estados europeus católicos e protestantes, envolvidos na Guerra dos Trinta Anos, assinalando, simultaneamente, o fim da supremacia papal.” Para ela “estes documentos são considerados o nascimento do Estado moderno por duas razões: a) consagraram a base territorial como condição para a existência de um Estado e, por consequência, a divisão da Europa em vários Estados independentes;

b) a regra da territorialidade do Direito, de que resultou o reconhecimento recíproco, pelos Estados envolvidos, da soberania do poder político secular em âmbito nacional com seus atributos de inalienabilidade e incondicionalidade” (Ranieri 2019 p.23).

Com a assinatura desse tratado, começa a formação da sociedade internacional rudimentar, na qual é reconhecida a autoridade de um determinado Estado sobre um determinado território. Ranieri comenta que essa “ideia de um território estatal é de origem moderna. Até 1500, menos de 20% da superfície terrestre estava dividida por fronteiras nacionais” (Ranieri 2019, p.126).

Entretanto, mister salientar que além do Tratado de Westfalia, surgiram Estados de outras maneiras ao longo da história. Uma delas é a separação, situação em que um Estado é desmembrado em partes menores, originando outros dois ou mais Estados, exemplo factual desta situação pode ser visto na história recente dos Balcãs. De maneira oposta, Estados podem surgir da junção de dois ou mais Estados pré-existentes, como ocorreu na Alemanha, que passou por várias fases de separação e unificação, ou na antiga União Soviética em que houve grande união de territórios. Os Estados Unidos que é resultado da união de ex-colônias da Inglaterra, seria outro exemplo.

Mencionadas ex-colônias, é válido lembrar que uma forma comum na história do surgimento de Estados foi a *descolonização*, onde antes havia uma *metrópole* (algum país europeu) e uma *colônia* (território situado na América, África ou Ásia). A primeira, invadindo e se apropriando de algum território que seria usado para ocupação e outros fins econômicos; ação que, em algum momento posterior, gerou conflitos que culminaram na criação de um novo Estado onde antes era colônia (neste sentido, Alarcón 2011, p. 67). Há ainda casos muito atípicos como os de Israel e Vaticano.

Retomando, após essa pequena digressão, podemos afirmar que o Estado Moderno só se consolidará no período chamado de Renascimento. Os filósofos que pavimentaram a ideia são Maquiavel, Jean Bodin, Hugo Groccio e Hobbes. Este, um dos contratualistas, explica que o homem comum entra numa espécie de contrato social, no qual o homem oferece a sua liberdade e o Estado oferece a proteção. Para explicar essa relação, Hobbes fazia um jogo de palavras: “os pactos sem a espada (*sword*) não são mais que palavras (*words*)” (Ferreira e Correia, 2009).

O filósofo fez este jogo de palavras que explica muito bem o significado de Estado: este tem o monopólio da violência, podendo usar a espada como bem entender, claro, com o objetivo de proteger os súditos. Essa proteção era algo que a

burguesia desejava, justamente para não se preocupar com a segurança. No sistema feudal, cada feudo tinha seu próprio exército. No sistema estatal, só o Estado tem exército, e é sua função proteger a propriedade privada, o que garantia à burguesia poder para investir todos seus recursos em fazer mais trocas no mercado.

Deste modo, Ranieri explica que

“[...] o modelo econômico e político do Estado territorial compacto é inteiramente diferente de todos os anteriores e só aparece quando o Estado moderno se afirma. Sua lógica, essencialmente europeia, deriva dos imperativos de afirmação espacial da soberania que acompanhou a formação desse tipo de Estado como unidade de poder político, jurídico e administrativo. Deve-se sua tradução jurídica ao Tratado de Westfália, no qual a singela frase *na terra dele, a religião dele* proclamou o nascimento formal dos territórios nacionais” (Ranieri 2019, p.128)

A autora prossegue: “Tal delimitação produz dois efeitos jurídicos principais: a) submete tudo e todos que se encontrem no território estatal às suas normas (efeito positivo e inclusivo); b) exclui, deste mesmo território, a possibilidade de vigência de outra ordem estatal soberana (efeito negativo ou excludente)” (2019, p.129).

Ademais, o princípio da territorialidade foi juntado à ideia de nacionalidade, em que cada Estado corresponde a uma nação, de tal modo que a organização da terra foi fundamental para a construção do Estado-Nação. Nisso acarretou a distinção entre os de *dentro* e os de *fora*, identificando o *nacional* do *estrangeiro*, a *maioria* das *minorias* (Ranieri 2019, p. 129).

Montesquieu avança o Estado para uma organização diferente, falando sobre liberdade. Para ele, não há liberdade se todos os poderes estão numa mesma pessoa; ou seja, quando uma pessoa pode legislar, julgar e executar como bem entender há um grande problema. Buscando evitar a violência e outras arbitrariedades, ele propõe a separação em três poderes: executivo, legislativo e judiciário. Ideias presentes até hoje (Ferreira e Correia, 2009).

Rousseau surge para divergir de Montesquieu e de Voltaire, abrindo caminho para uma composição diferente. Estes defendiam uma política liberal, mas com participação restrita. Aquele, defendia uma participação maior, além de negar a origem divina do poder real e colocar a origem desse poder na vontade popular. Dessa maneira, Rousseau estabelece as ideias democráticas que temos hoje (Ferreira e Correia 2009).

Quando o rei francês Luís XVI resolve aumentar impostos, uma série de eventos acontece culminando na chamada Revolução Francesa. Durante esse período, o país passa a ser uma monarquia constitucional que incorpora a divisão dos poderes

no poder político, que já havia pertencido à nobreza por conta do sangue e tradição, sendo substituído pelo poder baseado na riqueza adquirida. Dessa forma, com a Constituição Francesa de 1791, é possível afirmar que se inaugura a era do Estado de Direito (ou Estado Liberal) guardião das liberdades individuais (Ferreira; Correia, 2009).

Dessa forma, podemos resumir a história do Estado por meio das ideias de Nina Ranieri (2019), que entende a evolução do Estado em fases, começando com as já mencionadas: fase do Estado Antigo, fase do Estado Grego e fase do Estado Romano. Quando se chega à fase do Estado Moderno, o que contém todos os elementos essenciais para se caracterizar como Estado – povo, território e soberania é possível dividir este tipo em outras três fases: *o Estado estamental*, *o Estado absolutista* e *o Estado constitucional*.

Para ela, o Estado estamental é uma forma de “organização política intermediária entre o Estado medieval e o Estado absolutista”. Esse tipo de Estado é encontrado a partir do século XIII, em grande parte do território europeu. É caracterizado por ser mais institucionalizado que o Estado medieval, ter mais referência territorial e ter um sistema de governo em que o poder é dividido entre o monarca e os estamentos (também conhecidos por cortes ou estados). Este tipo de Estado também evolui a partir de quando os monarcas estavam, basicamente, em pé de igualdade com os senhores feudais, passando por um momento em que o monarca se assegura na ajuda financeira da nobreza (também do clero e dos comerciantes) até chegar o momento em que o Estado tem uma emancipação financeira; momento em que houve supressão de privilégios fiscais concedidos à nobreza e maior controle real das finanças, o que proporcionou o modelo do absolutismo (2019, p. 28-30).

Em sequência, a autora apresenta o Estado absolutista, caracterizado pela “máxima concentração e centralização do poder soberano” do monarca, tornando a lei em mero instrumento de autoridade. A limitação do poder estava na lei divina, na lei natural e nos pactos e leis fundamentais. Também havia os direitos das corporações, das ordens religiosas e das cidades; contudo, os indivíduos não tinham como reivindicar direitos perante o Estado. Essas características foram encontradas no território europeu entre os séculos XVI e XVIII (Ranieri 2019, p.30).

Por fim, chega-se, segundo Ranieri, ao Estado Constitucional. Este, para ela, tem quatro variantes: *Estado Liberal*, *Estado Social*, *Estado Democrático* e *Estado Internacional e Constitucional de Direito* (2019, p.32). Bonavides tem outra

classificação, para ele: *Estado Liberal, Estado Social e Estado constitucional da Democracia participativa* (2012, p.53).

1.3 – Características Do Estado Moderno e suas fases

Assim, tendo em vista que o Estado Moderno começa pelo que denominam os autores de o Estado Liberal, faremos um breve apanhado histórico das fases do Estado Moderno, do Liberal até o Estado Democrático de Direito; comentando suas características ao longo do texto.

Iniciada na Inglaterra, a instauração de um Estado Liberal variou bastante de país para país. Uns começaram antes, a exemplo dos Estados Unidos em 1776, outros demoraram até o século XIX ou, no caso da Alemanha, só em 1918. Em realidade, essa fase é produto das revoluções burguesas na Inglaterra, Estados Unidos e França (Ranieri 2019, p.32). O Estado Liberal surge com um conjunto de ideias, políticas e pensamento econômico ligados aos ideais da burguesia que enfatizava a separação de atividades dos indivíduos e atividades cabíveis ao Estado. Em todos os lugares onde o liberalismo se expressou, houve promulgações de constituições e leis fundamentais para essa reorganização da sociedade (Ferreira e Correia, 2009).

Deste modo, o que o liberalismo buscava era uma não interferência do Estado em assuntos privados. Todo o tipo de interferência do Estado nas liberdades individuais deveria ser excepcional. Isso se manifestava de várias maneiras. Uma das liberdades que foram conquistadas nesse período, frequentemente mencionada, é a liberdade de expressão. Esta se manifesta na expressão do pensamento e na liberdade de praticar uma religião escolhida pelo próprio indivíduo. Essas regras eram amplamente asseguradas em todas declarações de direitos (neste sentido Di Pietro 1998, p.64).

Ademais, com a separação dos poderes há repulsa a arbitrariedades cometidas pelo Estado porque, o fundamento da legitimidade do poder, a partir de então, provem da representação por meio do voto. Na economia, o liberalismo rejeita a concessão de monopólios e privilégios, vigora o famoso lema *laissez-faire* que significa “deixa fazer” em tradução literal, com a ideia de que ninguém tem poder de interferir nos negócios privados.

De acordo com o comentário de Ranieri, a finalidade do Estado entre o final do século XVIII até o início do século XX, no final da Primeira Guerra Mundial, era garantir

a liberdade privada (política e econômica), assim como a segurança e a propriedade (2019, p.33).

Em análise estrita, toda a história da evolução das fases do Estado nos revela que as mudanças ocorrem a partir de reações. O liberalismo surge como reação ao absolutismo. Neste, o poder era centralizado e quase absoluto; naquele, o poder é limitado pelo Direito.

A revolução industrial trouxe grandes mudanças para a humanidade. Com a produção de comida em larga escala, houve grande aumento da população nas cidades devido a migrações. Essa nova configuração trouxe conflitos e tensões. Surge, então, as reações encontradas nos autores socialistas, críticos ao liberalismo e seu foco individualista, chamavam atenção para o coletivo e apontavam para a situação de vulnerabilidade das pessoas. Dentre esses autores, claramente os mais famosos são Karl Marx e Friedrich Engels, promotores da coletivização dos meios de produção e do fim da propriedade privada. Pela influência de suas ideias, decorrem acontecimentos como a revolução mexicana de 1910 e a revolução russa de 1917. Ainda por influência dessas ideias resultaram posições diferentes de pensamento, sendo as mais relevantes a socialista e a social democracia (Ferreira e Correia, 2009).

Como aponta Di Pietro, “já em meados do século XIX começaram as reações contra o Estado Liberal”. E, em sua interpretação, a abstenção do Estado trouxe consequências funestas pois grandes empresas acabam por implementar monopólios, aniquilando as pequenas; além disso, a classe do proletariado fica em condições de miséria – na visão da autora, essas pessoas deveriam ser amparadas pelo Estado (Di Pietro 1998, p. 66).

Desta forma, governos e pensadores que queriam manter certo nível de liberdade humana e o capitalismo como sistema econômico, caminharam para se adaptar às novas exigências, buscando igualdade social. Assim, começa a prática da intervenção do Estado na economia para, basicamente, combater o desemprego, regular salários, conferir direitos trabalhistas, oferecer assistência previdenciária e tornar acessível a educação (Ferreira e Correia 2009).

Di Pietro (1998, p. 64), comentando sobre o Estado Liberal, trata sobre as contradições entre ideologia e prática. Ideologicamente, a ideia era separar o Estado da sociedade civil: o Estado deveria ser forte na segurança pública; porém, na economia, não deveria intervir. Este ponto distinguia o direito público e o direito privado; entretanto, na prática, ocorreu um robustecimento do Estado ao longo do tempo.

João Alberto Schutzer Del Nero expõe que a mudança do Estado Liberal clássico para o Estado Social contemporâneo ocorreu pouco a pouco, por uma “série de razões sociais, econômicas e políticas” que, por fim, acrescentou a função distributiva às funções do Estado. Segue o autor, explicando que o aumento das funções do Estado também modificaria às funções tradicionalmente atribuídas ao Direito (1998, p. 112).

Conforme esclarece Paulo Bonavides (2009, p.32), houve uma acomodação gradual dos interesses sociais que acarretou em mudanças na configuração do Estado até entrar na fase do chamado Estado Social na segunda metade do século XX, no qual se praticava um constitucionalismo democrático. A ideia era concretizar os valores contidos nas declarações de direitos fundamentais. Isso ocorreu antes mesmo do esfacelamento do socialismo na União Soviética e Europa Oriental.

Segundo o autor, o Estado Social queria, em primeiro lugar, buscar a igualdade com o mínimo possível de sacrifício das liberdades individuais, ou seja, por meio de práticas de regulação e intervenção do Estado na economia. Bonavides entende que o Estado Social intervencionista supera o Estado Liberal absenteísta; por vezes compactuando com o totalitarismo, outras estando associado à democracia, coexistindo também com o Estado socialista sem se confundir com ele (2009 p.32-34).

Di Pietro aponta para a consolidação do Estado Social após a Segunda Guerra mundial. Ela destaca este evento como também sendo denominado de Estado do Bem-estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento e Estado Social de Direito. Para ela, nesta fase, nada se sobrepõe à busca pela igualdade, sendo a missão do Estado atingir essa finalidade. Assim, a interferência nas liberdades individuais tem sempre a preocupação com a igualdade, devendo o Estado ajudar os menos favorecidos (1998, p.67).

Entretanto, mister ressaltar que a autora acredita ser importante distinguir Estado Social de *socialismo*. Ela assevera que o primeiro não deve ser confundido com o segundo. O Estado Social, em oposição ao Estado Liberal, substitui a ênfase no *individualismo* deste para enfatizar a preocupação com o *interesse público* e o *bem comum* daquele (1998, p. 67). Di Pietro também ressalta que “com a instauração do Estado Social, o indivíduo que antes não queria a ação do Estado passa a exigí-la” e entende que há inadequação da modalidade do Estado mínimo pois, para ela, o Estado deve atuar “nos mais variados setores da ordem jurídica, econômica e social” (1998, p.74).

O crescimento da interferência do Estado em vários assuntos foi gradual, conforme aponta Manuel Gonçalves Ferreira Filho. O renomado constitucionalista considera a regulação estatal das atividades econômicas dentro da constituição como uma tendência mais recente; pois, antes da Primeira Guerra Mundial, nas constituições não existiam normas para disciplinar o andamento da economia. Estas só tratavam da organização política (1995).

Deste modo, o Estado passou a ter, a partir desse momento, metas de políticas públicas que estimulassem o desenvolvimento econômico e, para esse objetivo, o melhor caminho era de ter uma previsão constitucional. José Afonso da Silva afirma que a Constituição Mexicana de 1917 foi a que inaugurou a dimensão jurídica da ordem econômica, outorgando legitimidade às constituições posteriores para disciplinarem sistematicamente a ordem econômica (2006, p. 786).

Comentando as consequências negativas da instauração do Estado Social de Direito, Di Pietro, dentre outros aspectos expõe que “a lei, por influência do positivismo jurídico, passou a ser vista em seu aspecto estritamente formal, despida de qualquer conteúdo de justiça; a preocupação com as normas do Direito Natural, vigente no período do Estado Liberal, deixou de existir; obedece-se à lei apenas porque ela contém uma ordem e não porque ela contém uma norma de justiça” (1998 p. 73).

Além disso, prossegue a autora, outra consequência negativa, da instauração do Estado Social de Direito é “o controle pelo Poder Judiciário – inafastável do Estado de Direito tornou-se deficiente, quer por que examinava a lei também em seu aspecto apenas formal, sem preocupar-se com seu conteúdo de justiça, quer porque não acompanhou o crescimento do Estado e não pode absorver a contento toda a complexidade dos inúmeros conflitos surgidos com o novo papel do Estado” (Di Pietro 1998, p. 74).

Del Nero também comenta as consequências dessa passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Para o autor, há pelo menos três consequências dignas de destaque: a) do ponto de vista funcional – é impossível sustentar a ideia de uma ordem jurídica com funções apenas protetivas e repressivas na nova configuração sendo que a ordem jurídica também tem a função distributiva de recursos, realizada tanto por procedimentos de sanção como por procedimentos de incentivo; b) do ponto de vista estrutural – ocorre uma inflação legislativa, proliferando normas de conduta e de organização, normas primárias e secundárias, normas positivas e negativas, tanto na esfera do Direito público como na do Direito privado; c) do ponto de vista da teoria

do Direito – as concepções mais tradicionais se tornam insuficientes para compreender o Direito (1998, p, 114).

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (2002, p.91) distingue as concepções de Estado Liberal e de Estado provedor. O Estado liberal ou Estado mínimo, é voltado “exclusivamente para as funções de segurança e estabilização das relações sociais”, o que significa que as normas regulatórias das funções do Estado se confundem na prática com as liberdades públicas. Desta forma, o que é entendido por interesse público é muito simples: assegurar a liberdade dos particulares, evitar intervenções desnecessárias na vida social e observar os parâmetros prescritos em lei.

Na contramão, o Estado provedor atua fortemente por meio de políticas públicas, nas quais a atividade administrativa cresce e se potencializa. Por esta razão, o autor assevera que expressar o interesse público é demasiado complexo pois existem muitos interesses e necessidades materiais concretos de toda a sociedade (2002, p.91).

Hodiernamente é difícil encontrar um Estado que seja apenas Estado Liberal, justamente pela demanda da sociedade aos chamados direitos sociais. Por outro lado, um Estado que seja puramente Social também é difícil de ser encontrado, tendo em vista os exemplos totalitários que ocorreram ao longo da história.

Ademais, no regime democrático, como o é a maioria dos países ocidentais desde o final do século XX, a participação popular sempre será sobreposta a liberdade individual.

O último conceito importante a ser estudado nesta seção é o de Estado Democrático de Direito. José Afonso da Silva entende este Estado não apenas como o juntar de conceitos, mas um conceito novo e superior aos demais, à medida que incorpora a transformação do *status quo*. Para ele, “a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social” (Silva, 1988).

Alarcón explica que a denominação de *Estado Democrático de Direito* encontrada na Constituição Federal de 1988 é uma expressão para caracterizar o grau de desenvolvimento do Estado. Ademais, essa expressão foi usada para demonstrar a recuperação da democracia e dos direitos fundamentais após um período de “Estado de fato ou Estado de não Direito” (2011, p.87).

Maria Sylvia Zanela Di Pietro corrobora a visão de José Afonso da Silva, ao salientar que

“As consequências negativas produzidas pelo Estado Social de Direito e pelo positivismo jurídico reclamavam novas transformações no papel do Estado e elas vieram mediante a introdução de um novo elemento à concepção do Estado de Direito Social. Acrescentou-se a ideia do Estado Democrático. Por outras palavras, o Estado, sem deixar de ser *Estado de Direito*, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser *Estado Social*, protetor do bem comum, passou a ser também *Estado Democrático*. Não que o princípio democrático já não fosse acolhido nas concepções anteriores; mas ele passa a ser visto sob nova roupagem. O que se almeja é a participação popular no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública. Além disso procura-se substituir a ideia de Estado Legal, puramente formalista, por um Estado de Direito vinculado aos ideais de justiça”. (1998, p. 76)

Ela ainda cita Antônio Enrique Pérez Luño, quem resume as características inerentes ao Estado Democrático de Direito ao apontar, entre outros pontos, para a superação do caráter negativo dos direitos fundamentais, não mais vistos como uma limitação do poder soberano para serem entendidos como limites impostos pela soberania popular. Ou seja, antes os direitos fundamentais eram apenas os limites da atuação estatal, agora passam a ser instrumentos jurídicos de controle da atividade estatal positiva. Desta forma, os direitos econômicos, sociais e culturais são agregados às liberdades individuais como categorias possíveis de serem demandadas (1998, p.86).

Nina Ranieri explica as características deste tipo de Estado encontrado a partir da segunda metade do século XX, o Estado Democrático. Conforme sua classificação, nele há “traços acentuadamente sociais e intervencionistas” e suas características principais são: “a) adoção de sistemas políticos democráticos; b) supremacia da Constituição e ênfase nos controles jurídicos; c) subordinação da vontade legislativa ao conteúdo de justiça previsto na Constituição; d) irradiação do conteúdo de justiça por intermédio de princípios e valores por todo o sistema jurídico; e) incidência da Constituição sobre as relações privadas e não somente os poderes públicos; f) ampliação do reconhecimento e proteção dos direitos humanos, com valorização do indivíduo na esfera pública e na privada; g) máxima expansão econômica por meio da intervenção em setores antes reservados à iniciativa privada, como o industrial, o financeiro, etc.” (2019, p.46).

Para a autora, o desenvolvimento deste tipo de Estado Constitucional se dá em razão da reavaliação sobre as relações entre o Estado e a Sociedade, também devido a internacionalização. Do ponto de vista político, no Estado Democrático, o poder estatal foi fracionado em virtude da ascensão de inúmeras entidades, tais como: partidos políticos, sindicatos, associações profissionais, associações culturais, associações de

defesa ecológica, de defesa do consumidor etc. Essas passam a exercer pressão sobre o Estado para a realização de determinados interesses (2019, p.46).

Em seguida, para Ranieri, há uma nova fase, a do Estado Internacional e Constitucional de Direito. Ela explica que surgem várias tensões e ambiguidades resultantes da convivência entre “o público e o privado, o interno, o externo e o supranacional”; por isso, há a necessidade de adaptações entre os diversos ordenamentos jurídicos (2019, p.47).

Assim, após o final da Guerra Fria, com a queda dos regimes socialistas alemão e soviético, a partir da década de 1990, surgem configurações jurídicas inéditas. A autora cita como o exemplo mais marcante a União Europeia e a adoção de moeda única. Desta forma, para ela, o Estado Moderno a partir do século XXI é caracterizado simultaneamente, como democrático, internacional e constitucional de Direito (2019 p. 49).

Ranieri explica que este é democrático em razão do regime adotado, internacional em razão do Direito Internacional Público com valores compartilhados a nível mundial, e constitucional porque os valores e princípios “podem atualizar o sistema jurídico em sociedades pluralistas” (2019, p.49).

Neste tipo de Estado, o princípio da legalidade é compreendido de maneira alargada pois tanto a produção jurídica da lei quanto sua interpretação e aplicação são “adequados aos valores expressos na Constituição e nas normas internacionais, especialmente em matéria de proteção à pessoa humana” (Ranieri 2019 p. 49).

É de se destacar que a soberania não é mais exclusiva, mas compartilhada com os demais sujeitos da ordem internacional. Há, de certa forma, um declínio da autoridade estatal. Não há mais o mesmo monopólio do poder político, tampouco a mesma centralidade de autoridade e poder de decisão. Há, além de tudo, normas produzidas fora do território nacional que agora são aplicadas nele, as normas internacionais (Ranieri, 2019 p. 50).

Feitas essas considerações da evolução do Estado até a forma encontrada na atualidade, mister entender detalhadamente a sucessão das ideias de Constituição. Dessa forma, veremos mais adiante como os direitos indígenas, após tempos de desconsiderações, ganham protagonismo constitucional.

2 – DA SUCESSÃO DAS IDEIAS A RESPEITO DE CONSTITUIÇÃO

Com base no que foi apresentado no capítulo anterior, é notório que todas as ideias de constitucionalismo vieram da Europa. De igual modo, estas ideias tomaram forma progressivamente ao longo do tempo. Note-se que, antes de existir uma Constituição em cada país, o que ocorria na Europa no que tange ao mundo das leis pode ser chamado de pluralismo jurídico. A ideia de sujeição de quem tem o poder às leis cresceu até tomar a forma do monismo jurídico, sistema no qual todos devem se submeter a um único conjunto de leis.

Hespanha (2010), em seu livro *Cultura Jurídica Europeia*, faz um apanhado da história do Direito do continente europeu e explica que na sociedade europeia medieval coexistiam simultaneamente muitos ordenamentos jurídicos diferentes. Ele cita três tipos diferentes de ordenamentos: 1) o direito comum temporal – basicamente, o direito romano reinterpretado; 2) o direito canônico – contendo as normas dadas pela Igreja Católica, aplicadas em matérias espirituais; e, 3) os, assim chamados por ele, direitos próprios – as normas próprias de cada feudo (2010 p. 161).

Desta forma, o autor expõe que o pluralismo jurídico está em oposição ao monismo jurídico. No pluralismo, há num mesmo espaço social diferentes complexos de normas, com conteúdos e legitimidades de igual modo, distintos. No monismo, posto pelo autor como a situação atual, temos uma ordem jurídica detentora do monopólio da definição do que é Direito; esta é a ordem jurídica estatal. Também é destacado que outras fontes jurídicas, tal como os costumes ou a jurisprudência, têm legitimidade e vigência derivadas da ordem jurídica estatal (2010, p.161).

Outra concepção muito importante, apresentada por Hespanha apresentada em nota de rodapé, é que a “unidade e exclusividade do direito oficial corresponde à unidade e indivisibilidade do poder político”. Sendo este poder político identificado pelo autor como a soberania (2010, p.161).

Conforme visto no capítulo anterior, soberania é um dos elementos essenciais para a definição do que é Estado. É também um conceito relevante para tratar do tema do pluralismo jurídico atual, ou seja, no contexto do novo constitucionalismo latino-americano. Porém, anterior a esse desdobramento, mister entender como se deu a evolução do Constitucionalismo, partindo de seus primórdios.

Como detalhadamente apresentado, é possível entender como o Estado mudou até chegar ao absolutismo configurando-se como Estado Moderno, no sentido de

possuir os três elementos basilares anteriormente comentados, ou seja: o território bem definido, povo habitante nesse território e a soberania interna perante esse povo, e ao mesmo tempo externa frente a outros Estados.

Vem, então, a fase Constitucional. Segundo Bonavides (2012), é através das constituições francesas da Revolução que surge o primeiro Estado Constitucional. Neste momento, começa a ideia de limitação do poder, justamente porque esse primeiro Estado Constitucional tem fundamento na ideia de povo (2012 p.40-41).

Esta ideia, enquanto central, tem impacto significativo pois durante a idade medieval não havia um sentimento de povo, o que haviam eram pessoas nos feudos. Uma vez que o povo se ajuntou (como terceiro estado na Revolução Francesa) para tentar equilibrar as forças, surgiu a ideia de limitar os poderes de quem tinha o poder. Como resultado, surge o constitucionalismo, construído sobre ideias anteriores, as declarações de direitos – as quais serão apresentadas mais adiante.

Note que quando o povo se ajuntou para se opor aos poderosos, insurge o instinto de autodeterminação. Alarcón entende que essa autodeterminação do povo significa a capacidade de exercer o poder constituinte, ou seja, de edificar o Estado (2002, p.82).

Assim, o que ocorreu foi uma eliminação da pluralidade de ordenamentos para a concentração em um único, conforme citação a seguir:

“As transformações nos sistemas de poder europeu no contexto da quebra, eliminação ou absorção da pluralidade de ordenamentos da sociedade feudal por meio de um processo de monopolização da produção jurídica, desembocaram no Estado Moderno” (Alarcón 2002, p.96).

O autor explica as observações de Max Weber. Este reparou na distinção do Estado Moderno em comparação ao que havia na idade média: a autoridade e os meios de administração antes privados, se tornaram propriedade pública (Alarcón 2002, p. 97).

Essa ideia fica mais clara na citação a seguir:

“Dentro desse quadro de mudanças, logo da Paz de Westfália, em 1648, que o Estado moderno configurou-se como um Estado plenamente absolutista, com a monarquia como a força motora que estabeleceu, através de centralização, a unificação territorial, econômica e jurídica, os elementos que conceitualiza o Estado contemporâneo: a soberania, o território e povo” (Alarcón 2002 p.97).

Alarcón, citando Reis Novais, destaca três separações que ocorreram neste primeiro Estado Constitucional, também cunhado de Estado Liberal: 1) a separação entre *política e economia*, esse fundamento teórico se acha na Riqueza das Nações,

publicada em março de 1776, de Adam Smith; 2) a separação entre *Estado e moral*, segundo a qual a moralidade depende da consciência de cada um; 3) a separação entre *Estado e sociedade civil*, que implica que o Estado é uma referência para todos os indivíduos, mas não a ponto de inibir o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com a suas próprias regras (2002, p.98).

Uma discussão feita dentro do ambiente acadêmico é sobre os fins do Estado. Porém, há uma série de problemas em relação ao tópico. Aliás, é inclusive, mais importante do que a discussão sobre quando surgiu o Estado. Principalmente, como aponta Gusavo Gozzi (Bobbio, Matteucci e Pasquino 1998, p.401-409), porque há múltiplas relações entre um Estado e a sociedade. Outra questão levantada por ele é a coexistência difícil entre os princípios do Estado Liberal e os princípios do Estado Social. Sendo que aquele preza pelas liberdades individuais e econômicas enquanto este preza pelos ditos direitos sociais e pela redistribuição de riqueza, de tal forma que o Estado contemporâneo está sempre oscilando entre liberdade e participação.

E essa é a tônica das mudanças que ocorreram dentro do Constitucionalismo pois as constituições ora avançam no terreno da liberdade, ora retraem para avançar no terreno da igualdade ou no da participação do povo nas decisões políticas.

Dessa forma, começaremos com as primeiras ideias de Constituição, vindas do Estado Liberal. Avançaremos para as modificações ocorridas nas constituições provenientes das ideias do Estado Social. Em seguida, explicaremos as ideias provenientes do Neoconstitucionalismo e o caminho de volta para o pluralismo jurídico, passando pelo movimento do Neoconstitucionalismo Latino-americano – movimento que puxou essa ideia da implementação da pluralidade de ordenamentos jurídicos dentro do mesmo território, com consequências principalmente para os povos indígenas.

2. 1 – Primórdios da ideia de Constituição

Para entender o que vem a ser uma constituição, Acquaviva (2010) nos traz a etimologia da palavra. Originada do latim (*cum + stituto*) *constituto*, proveniente de *constituere* que significa constituir, construir, edificar, formar, organizar. Um sinônimo apontado por ele é *compleição*, que também contém a ideia de formado, estruturado, ordenado (2010 p. 74). O autor completa a ideia afirmando que “Constituição é a *lei fundamental do Estado*, lei que um povo impõe aos que governam, para garantir-se contra o despotismo destes” e também aponta para a doutrina de Manoel Gonçalves

Ferreira Filho que coloca Constituição como conjunto de normas que estruturam o Estado (2010, p. 75).

Hodiernamente é entendido que a Constituição está hierarquicamente acima das demais leis; porém, essa ideia não é exatamente moderna, como demonstra Acquaviva (2010, p. 76) ao mencionar que os gregos já tinham normas jurídicas em hierarquia. Para ele, as leis de Licurgo em Esparta e as leis de Drácon e Sólon em Atenas eram verdadeiras constituições. Os romanos, segundo ele, também faziam distinções de leis constitucionais e leis comuns usando a expressão *res publicam constituere*.

Acquaviva também assevera que uma Constituição, para ser bem entendida, deve ser analisada levando em conta que esta é um ordenamento para estruturar o Estado e está sob influência direta das ideologias predominantes de um dado momento histórico (2010, p.80).

Nessa toada, ele destaca que, para vários pensadores, especialmente os de corrente marxista, a Constituição é sociológica, ou seja, *Estado e Direito* não passam de superestruturas para a divisão da sociedade em classes, sendo ainda um instrumento da classe dominante. Por esta razão, os marxistas entendem que o Estado só serve para garantir os interesses da classe dominante (Acquaviva 2010, p. 81).

No outro lado do espectro político, temos Kelsen, quem toma a norma constitucional como norma pura pois entende o Direito como estritamente positivo. Para ele, Direito não precisa de fundamentações sociológicas, políticas ou filosóficas (Kelsen *apud* Acquaviva 2010, p.82).

Nesta ideia positivista, conveniente pensar na elucidação de Bonavides (2012). O autor esclarece que a conversão do Estado absoluto em Estado constitucional se dá pela mudança de poder que está nas mãos de pessoas para o poder pertencente às leis. Logo, são as leis que governam o ordenamento social e político, sendo a legalidade um valor supremo, como encontrado de forma clara nos códigos e constituições (2012 p. 43).

Para fins de entendimento, Bonavides (2012, p. 43) coloca três modalidades de Estado Constitucional: o Estado constitucional da separação de poderes (Estado Liberal); o Estado constitucional de direitos fundamentais (Estado Social); e, o Estado constitucional da democracia participativa (Estado democrático-participativo). Ranieri adiciona uma quarta modalidade: o Estado internacional e constitucional de Direito (2019, p. 32).

Importante esclarecer que este Estado Constitucional, conforme Bonavides (2012, p. 44), é obra dos filósofos contratualistas. Ele coloca como autores mais importantes Locke, Montesquieu, Rousseau, Sièyes, Constant e Kant, que fundamentaram a doutrina liberal e conceberam o governo que limitava poderes.

Fleiner-Gester (2006 p. 503) corrobora essa ideia. Ele entende que “a ideia de Constituição tem a sua origem na teoria do contrato social”. O autor explica a relação complicada entre a Constituição e o Estado; pois, toda constituição pressupõe a existência do Estado. Entretanto, ao mesmo tempo ela limita o Estado em tudo que este pode ou não fazer. Uma constituição tem por finalidade organizar o Estado em estruturas e competências. Dessa forma, segundo o autor o poder constituinte (quem cria a constituição) só pode ser considerado legítimo com base no direito de autodeterminação dos povos.

Outro autor que concorda com a ideia de origem do constitucionalismo na teoria do contrato social é Alarcón. Ele afirma que “nenhum instituto jurídico-político pode ser estudado com proveito se os fatos que lhe deram origem não são devidamente localizados na história da sociedade” (2011, p. 91). Ele também faz um resumo dos principais contratualistas. Segundo ele, o fundamento da soberania em Hobbes é o *contrato social* que compromete os contratantes, mas não o poder. Em Locke, ao contrário de Hobbes, o *contrato social* acarreta obrigações entre governantes e governados, sendo que o Estado deve estar comprometido com o respeito dos direitos individuais (sendo que estes derivam da lei natural). Por fim, em Rousseau, a soberania do Estado é resultado da manifestação de uma vontade geral, por isso o termo *soberania popular* (2002, p. 72). Ademais, o autor esclarece que apenas nos séculos XII e XIII a soberania se mostrava como capacidade de criar e impor leis (2011, p. 70).

Com o passar do tempo, o direito público deixa de ser um tipo de desenvolvimento do contrato social, da mesma forma que a Constituição deixa de ser considerada a emanção da soberania popular constituinte; pois, o Estado adquiriu a prerrogativa de regular a vida social, impondo deveres e criando direitos de tal sorte que a Constituição passa a ser “mero estatuto jurídico do Estado compreendendo o elenco dos seus órgãos supremos, a constituição destes, as suas relações mútuas e os direitos e garantias que o Estado concede” (Hespanha 2010, p.369-370).

Hespanha entende que, uma vez estabelecido o Estado Moderno e todos os detentores do poder são órgãos do Estado, por conseguinte, este já não precisa de uma constituição para formalizar as atribuições dos seus vários órgãos na busca do

interesse público. Assim, para o autor “não há constituição sem Estado” e “não há Estado sem constituição”; todavia, explica que, dessa forma, a inconstitucionalidade dos atos do Estado não pode ser material, apenas de competência do órgão ou de forma (2010, p.369-370).

É dizer, uma vez que o Estado detém o monopólio do poder, o monopólio da violência e o monopólio de dizer o Direito, não é possível afirmar que alguma norma dentro da constituição é materialmente inconstitucional pelo fato de a Constituição não estar relacionada com a “vontade popular”, senão com a vontade do Estado.

Hespanha vai além ao afirmar que a lei ganhou uma nova centralidade pois toda a administração está abaixo e subordinado à lei. E essa administração pode emitir uma infinidade de regulamentos e medidas administrativas concretas. O problema está justamente no fato de que sobre estas “não pairam, nem os poderes constituintes do povo, nem os direitos individuais originários”, senão apenas a vontade do Estado. Fechando, assim, o “círculo legalista” cujo “único limite é puramente formal” (Hespanha 2010, p.370).

Por esta razão é que Bonavides (2012 p. 45) afirma não haver Direito nem Justiça se não houver limites à autoridade de quem governa, sendo este o alicerce jurídico de todas as constituições. Para Hespanha, o que marca o advento do Estado Constitucional é a supremacia da constituição sobre a atividade legislativa, principalmente quando há controle judicial da constitucionalidade das leis (2010, p.372).

Retomando o assunto dos primórdios do constitucionalismo, é necessário primeiro lembrar as Declarações de Direitos, sendo as principais: as declarações dos Estados da Virginia, Pensilvânia e Maryland (1776), a Declaração de Independência Americana 1776, a Constituição Americana de 1787 (e suas nove primeiras emendas) e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, conforme citadas por Ranieri (2019, p. 291). Todas diretamente influenciadas pelo jusnaturalismo do século XVIII.

Nina Ranieri destaca que são denominadas declarações pois à época entendia-se que os direitos eram naturais e auto evidentes, inerentes ao ser humano de forma igual e universal. Portanto, bastava declarar esses direitos em documentos solenes. Ademais, esses direitos naturais tinham que ver com a convivência entre os homens e o Estado e também garantiam a autonomia individual em oposição ao que ocorria antes, situações nas quais apenas determinadas classes sociais tinham autonomia (2019, p. 291).

Este modelo, desenvolvido nos Estados Unidos da América no final do Século XVIII e na Europa até a primeira metade do Século XIX, se consolidou e foi exportado de maneira bem-sucedida para os países americanos de colonização europeia, que se independeram no final do Século XIX e adotaram o mesmo modelo – bem como, posteriormente, os países da África, Ásia e Oceania. Também contribuiu para isso a expansão marítima, a criação da ONU e o desenvolvimento da tecnologia da informação e comunicação, de forma a praticamente tornar padrão o modelo estatal europeu (Ranieri, 2019 p. 20-28).

Como demonstrado anteriormente, as primeiras constituições eram de tom liberal, com a separação de funções e a garantia da liberdade máxima do indivíduo perante o Estado (Ranieri 2019 p.98).

Aliás, essa independência de cada órgão, encontrada no *Espírito das Leis* de Montesquieu, é um dos paradigmas encontrados no “império da legalidade”, encontrado ainda hoje em nosso Direito contemporâneo (Ranieri 2019, p. 99). Nesta época, com base nas ideias de Kant, o Estado era visto com um servidor dos indivíduos. Benjamim Constant é visto como uma variação do pensamento liberal pois, em contraste com Rousseau, via a necessidade de mecanismos institucionais para limitar a soberania popular (Ranieri 2019, p. 99).

Isso tudo começou a mudar quando os trabalhadores começaram a se organizar. Os governantes à frente do Estado reagiram para garantir seu poder, a França promulgou a *Lei Chapelier*, em 1791, proibindo as associações de operários e, em 1810, o Código Penal colocava a coligação de trabalhadores como crime. Apenas em 1824 o Parlamento Inglês se viu forçado a legalizar os primeiros sindicatos (Ranieri 2019, p.100). Conforme explica Alarcón, a luta nesta época não era apenas pelo aumento de salários, mas para modificar toda a estrutura estatal (2011, p. 100).

Assim, algumas das características do Estado Liberal podem ser destacadas. A concepção de Estado é: um Estado limitado pelo Direito, tendo como forma a democracia, que contrapõe o absolutismo monarquista. O poder do Estado é impessoal e a lei é sempre geral e abstrata. Desta forma, a constituição garante a liberdade contra o arbítrio estatal. A igualdade é formal perante a lei. Os direitos são os civis e políticos, notadamente o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à manifestação livre de expressão (incluindo a liberdade de associação e a liberdade religiosa). E, em alguns Estados, há o controle de constitucionalidade das leis. A função dos governantes é

proteger tais interesses sem nenhuma interferência na vida social e econômica (Ranieri 2019, p.34).

Bonavides destaca mais características. Ele escreve que as constituições nesta época eram derivadas de assembleias constituintes ou outorgadas pelo monarca; nas derivadas, o poder era em nome do povo, nas outorgadas, era uma autolimitação de poder; os princípios introduzidos pelo jusnaturalismo legitimavam a recomposição social por meio das Constituições e Códigos, reformando a Monarquia, raramente havia a adoção da República como forma de governo; o mais frequente era uma Monarquia Constitucional; finalmente, a dissolução das assembleias constituintes por parte do monarca em golpes de Estado confirmam que estes ainda guardavam, de forma dissimulada, parcela do poder absoluto (2012, p. 47).

Tendo visto como surgiu a ideia de Constituição, que a princípio organizava o Estado não com muitas funções, veremos a seguir a passagem para outro tipo de legislação constitucional, uma que demandava protagonismo do Estado.

2.2 – Expansão das finalidades do Estado

Dentro do que entendemos por Estado Liberal, começou a ocorrer pela influência de associações de trabalhadores e sindicatos fundamentados nas ideias de vários autores, notadamente no pensamento marxista e após Primeira Guerra Mundial principalmente, o paradigma mudou. O Estado Constitucional que surgiu nessa época pode ser denominado de Estado Social, Estado Intervencionista, Estado Providência, Estado de bem-estar ou Welfare State (Ranieri 2019, p.37).

Alarcón explica que o Estado Social foi gestado num processo que começou no final do século XIX e começo do século XX para, finalmente, ser definitivo após a Segunda Guerra (2002, p. 100). A reflexão sobre quais são os fins do Estado veio pela influência do pensamento marxista a subsequente criação dos partidos trabalhistas ou de operários (2002, p. 101).

O autor Paulo Bonavides destaca o “vendaval político-doutrinário” que “açoitava” o Liberalismo e culminou na proposta de Estado constitucional com um teor social nas instituições (2012 p. 49).

Ele faz menção às gerações de Direitos. Enquanto no Estado Liberal prevaleciam os direitos de primeira geração, sendo a lei o tudo, surgiram os direitos de segunda geração valorando a legitimidade, e não somente a lei. Essa segunda geração fez mudar o constitucionalismo através dos direitos ditos sociais. O autor explica que anteriormente o foco estava na legalidade, ou seja, na observância das leis e das regras. A partir de então, o foco está na legitimidade, ou seja, na observância dos valores e princípios. Para ele, “a regra define o comportamento, a conduta, a competência. O princípio define a justiça, a legitimidade, a constitucionalidade” (Bonavides 2012 p. 51).

Com o passar do tempo, conforme nos aponta Di Pietro (2010, p. 75), o Estado começa a agir no campo social e no campo econômico de tal sorte que a liberdade individual (tal qual entendida pelos autores liberais clássicos) passa a ficar em perigo com a crescente intervenção estatal. Essa intervenção poderia ser a simples limitação de exercício de algum direito até a atuação direta no setor de atividade privada.

Com a difusão das ideias socialistas, surgiu a ideia de que o Estado deveria resolver o problema dos despossuídos; assim, se iniciou a reconfiguração do Estado. John Maynard Keynes foi quem propôs a manutenção do sistema capitalista, mas de forma que respondesse aos anseios socialistas; como resultado, minando as bases liberais. Todavia, a expressão *Estado Social de Direito* se deve à Herman Heller, quem condenava tanto o fascismo como o capitalismo. Mas, como alerta Alarcón, “a ideia de Estado Social foi bastante ambígua desde seus começos, dependendo da organização de uma estrutura de proteção aos trabalhadores e da intensidade da ação estatal projetada ao amparo de direitos sociais” (2002 p.102). Ele destaca o crescente uso de dispositivos jurídicos nas constituições com teor social, a exemplo das cláusulas protetoras dos direitos dos trabalhadores e a reforma agrária na Constituição Mexicana de 1917, a função social da propriedade na Constituição de Weimar de 1919 também encontradas na Lei Fundamental de Bonn de 1949 e na Constituição da V República Francesa.

Essas cláusulas desenvolveram o que é conhecido como Estado de Bem-estar social ou *Welfare State*. Isso ocorreu durante o período entre o final da Segunda Guerra Mundial e o começo da década de 1970, especialmente nos países com filosofia social-democrata (Marques Neto, 2002 p.103).

A discussão sobre o Estado de bem-estar é devida ao fato de se mudar o entendimento do que são os direitos fundamentais. Se antes, no jusnaturalismo, os direitos

fundamentais eram aqueles mencionados na primeira geração, sendo o mais notável a liberdade, desse momento em diante, com o desenvolvimento de outras teorias, a liberdade não é entendida da mesma forma porque, para eles, a liberdade desejável é a libertação do sistema capitalista (Ranieri 2019, p.109).

Nessa nova fase do Estado constitucional, o pensamento de um dos grupos se destacou: os socialistas com tendência democrática (social-democratas), que davam ênfase especial à igualdade e à fraternidade. Logo foi percebido que a liberdade no sentido dos liberais é de certa forma antagônica à igualdade postulada pelos social-democratas. Esse antagonismo ficou bem marcado nos embates entre os diferentes partidos no final do século XIX até o século XX entre os quais houve mudanças na social-democracia para se aproximar do pensamento liberal, que também cedeu; chegaram, enfim, a uma base comum de discussão, ainda que não consensual, para uma concepção de direitos fundamentais e liberdade (neste sentido Ranieri 2019, p. 110-112; Fleiner-gester 2006, p.113).

Então, podemos citar algumas diferenças entre o Estado Liberal e o Estado Social com base nos escritos de Ranieri (2019 p.37-39): a) no Estado Liberal há um posicionamento abstêmio em contraposição a um posicionamento de intervenção no Estado Social; b) o Estado Social exige posição ativa para a garantia de direitos (saúde, proteção social, educação, etc.); c) enquanto no Estado Liberal a lei era feita de normas gerais e abstratas por meio de autorizações, proibições, habilitações, etc., no Estado Social há além disso a gestão direta de serviços públicos; d) no Estado Liberal, a cobertura de solidariedade é destinada aos pobres, na contramão do Estado Social em que existe a ideia de cobertura universal e de redistribuição das riquezas; e) no Estado Liberal, a estrutura administrativa era enxuta; no entanto, no Estado Social, a estrutura administrativa se tornou extremamente complexa e hipertrofiada; f) o Estado Liberal propõe que não houvesse quase nenhuma função na economia; porém, o Estado Social prevê a programação e planificação centralizada da economia; g) no Estado Liberal, há proeminência do Parlamento sobre o Executivo, enquanto no Estado Social é o Executivo que toma as rédeas para agir amplamente com o intuito de atender necessidades sociais e econômicas.

Podemos, assim, traçar brevemente a cronologia dos principais eventos historicamente marcantes dessa mudança de paradigma entre o Estado Liberal e o Estado Social, mais uma vez com base na obra de Ranieri (2019, p. 38-46).

Podemos começar pela elaboração de sistemas públicos e privados de proteção social encontrados na Inglaterra já no século XVI, como exemplo podemos citar a introdução da taxa sobre a propriedade fundiária em 1573, com o intuito de financiar programas assistenciais do Estado. No século XVIII, na Inglaterra, houve a regulamentação de associações de socorro mútuo (*Friendly Societies*), que eram sociedades de ajuda mútua entre indivíduos com o objetivo de proteger os membros contra dívidas adquiridas por conta de doenças, velhice ou morte. Na França, o artigo 21 da Constituição de 1793 incluía a previsão de responsabilidade por parte da sociedade para a subsistência dos cidadãos.

Essas ideias poderiam ser classificadas como típicas de um Estado Social. Podemos notar que houve aumento gradativo de força para exigir o cumprimento por parte do Estado, uma vez que os direitos ditos sociais passaram a ser constitucionalizados.

A primeira constituição dita social foi a Constituição Mexicana de 1917, nela estava previsto amparo aos direitos trabalhistas e previdenciários. Contudo, a constituição social mais marcante foi a Constituição de Weimar de 1919 que, certamente, influenciou muitas outras constituições depois dela. Nela, havia a concepção democrática de orientação social que organizava o Estado, além dos direitos ditos sociais (educação, saúde, trabalho, previdência social etc.).

Este apelo à intervenção estatal é contemporâneo e concomitante com distorções que levaram à consolidação dos regimes nacional-socialista e fascista. Outro detalhe é sobre o termo “social”, que foi constitucionalizado pela primeira vez apenas na Lei Fundamental de Bonn de 1948 em seu artigo 20º.

Nina Ranieri também destaca que Estado Social não equivale ou se equipara ao Estado Socialista pois este não tem fundamentos democráticos; logo, ela afirma, que este não pode ser considerado *materialmente Estado Constitucional*, pois é um Estado com caráter totalitário (Ranieri 2019, p. 40).

Este constitucionalismo está presente nos países europeus pós Segunda Guerra, tendo como exemplos: a Lei Fundamental de Bonn de 1948, a Constituição da República Italiana de 1948, a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978. Sendo que em todas há muitas normas de direitos fundamentais e muitos princípios de justiça material, além de fiscalização feita por tribunais constitucionais.

Todavia, mister ressaltar que todas as formas de Estado Social nesse período histórico estavam dentro dos conformes do monismo jurídico. Aliás, é fácil perceber o porquê tendo em vista que o Estado se tornou figura protagonista em todas as áreas, da economia até a assistência social.

2.3 – Caminho de volta do monismo jurídico ao pluralismo jurídico

Entendido o processo de configuração do monismo jurídico, estudaremos o caminho de volta ao pluralismo jurídico; diferente daquele conhecido outrora.

Marques Neto (2002, p.46) explica que o monismo jurídico surge da necessidade de ter exclusividade na consecução de interesses coletivos; para isso é preciso ter o monopólio do poder decisório. Mais adiante, o autor explica que esse poder decisório envolve a capacidade de deliberar politicamente sobre a alocação de bens, direitos, oportunidades e recursos arrecadados para atender às necessidades da coletividade e dizer qual é o Direito válido em seu território, ainda que no contexto de “globalização econômica e jurídica” isto “seja posto à prova” (2002 p. 125). Concluindo, diz que “o Direito Internacional retira do Estado a liberdade de tratar seus cidadãos como lhe pareça melhor” (2002, p.126).

Uma das questões que leva ao questionamento do monismo jurídico, segundo Marques Neto, é a fragmentação social e política pois, esta “solapa o poder decisório” e questiona “a exclusividade da autoridade” (2002, p. 128).

No monismo jurídico, há um único e abstrato interesse público que é função do Estado em atender. Entretanto, são perceptíveis numa sociedade pluralista, a existência de diversos interesses públicos. Não se pode falar *no* interesse público pois há tantos interesses públicos quantas forem as comunidades existentes em determinada sociedade (Marques Neto, 2002 p. 152). Principalmente porque as transformações que ocorreram na sociedade e no Estado contemporâneo nos fazem questionar a prevalência absoluta do Estado sobre a sociedade, sendo lógico concluir, conforme Marques Neto, que perde o sentido falar de um interesse público singular e universal definido arbitrariamente pelo Estado (2002, p. 156).

Por essa razão é que o autor afirma: “Os interesses especiais, na medida em que se revelem legitimados perante uma parcela da sociedade e encontrem eco nos princípios estruturantes do ordenamento jurídico, não podem ser desconsiderados como interesses públicos” (Marques Neto, 2002 p. 161).

O que autor destaca é: se o ordenamento jurídico é baseado em princípios; então, todo interesse de determinado grupo social que encontre base nesses princípios se torna interesse público. Ademais, segundo seu raciocínio, é do interesse de todos que certos interesses especiais sejam assegurados.

O autor defende a permanência do Estado, classificando-a como imprescindível “justamente para assegurar o não-aniquilamento dos interesses dos indivíduos excluídos dos grupos de interesse” ou do interesse geral do Estado (Marques Neto 2002, p. 162). Inclusive, comenta sobre os indígenas, cujos interesses somente tomam força no país após repercussão externa.

Em outro momento, Marques Neto aduz: “o que se coloca, para nós, é que a ação do Estado, enquanto poder decisório confrontado com múltiplos interesses (focos de pressão), a um só tempo, deverá ter em conta critérios que sejam permeáveis aos diversos *inputs* de interesses especiais, mas que possa filtrar, politicamente, tais interesses de modo a integrar e proteger os interesses hipossuficientes” (Marques Neto 2002, p. 164).

Nos parece um pensamento um tanto otimista, talvez até ingênuo, defender a centralidade da figura do Estado para “filtrar politicamente” e “integrar e proteger interesses hipossuficientes” pois o Estado é conduzido por pessoas e estas têm seus preconceitos, tem seus próprios interesses especiais. Nem sempre os operadores do Direito, em suas funções estatais, têm em vista o interesse público, menos ainda os diferentes interesses públicos. Por essa razão, como se verá adiante, os indígenas têm seus motivos para desconfiarem do Estado.

2.4 – Neoconstitucionalismo: de uma nova visão de constitucionalismo ao movimento na América Latina

Dentro dessas mudanças nos pensamentos a respeito do que deveria estar na Constituição, chegamos ao momento histórico mais recente; no qual se apresenta, finalmente, no instituto jurídico que é o foco deste trabalho, a Jurisdição Especial Indígena.

Na segunda metade do século XX, o paradigma começou a mudar novamente. Neste contexto, surgem as teorias neoconstitucionalistas e a nova teoria do direito natural, na qual são retomados aspectos da filosofia de Aristóteles e da filosofia de S. Tomás de Aquino (Ranieri 2019, p. 310).

Conforme nota Ranieri (2019 p.310), o termo neoconstitucionalismo serve para se distinguir da doutrina do final do século XVIII e se apresenta com a ideia de superar o positivismo e o jusnaturalismo. Ela afirma, sobretudo, que o neoconstitucionalismo não visa indicar como é o Direito, senão como o Direito deve ser.

Segundo a autora, o neoconstitucionalismo já estava presente nas constituições do Estado Social, citadas acima, pois a ideia deste é a positivação dos direitos fundamentais e a valorização da Constituição; a própria Constituição Federal de 1988 é também decorrente desta corrente teórica (Ranieri 2019, p. 311-312).

Em contraste ao Estado Liberal e o Estado Social, esse terceiro tipo, o Estado Constitucional de Direito, altera substantivamente a relação entre Lei, sujeitos e Estado. De tal forma que deve haver adequação, e não mais uma subordinação entre estes três elementos. Outro ponto destacado por Ranieri é a não prevalência de um poder sobre o outro. No Estado Liberal, havia a preponderância do Legislativo, uma vez que reinava a legalidade e a ideia era de um Estado Mínimo. No Estado Social, havia a preponderância do Executivo, que deveria planificar e executar as atividades para atender todas as necessidades sociais. Entretanto, no Estado Constitucional de Direito, todos os poderes têm relação entre si e estão igualmente sujeitos à Constituição (2019, p. 312).

Para apreensão desses conceitos, seguem as palavras de Ranieri:

“Na evolução do Estado de Direito, a primeira mudança de paradigma do direito, em direção ao Estado constitucional de direito, exprimiu-se com a afirmação do princípio da legalidade e da onipotência do legislador. A segunda mudança, mais recente, deu-se com a afirmação da supremacia da Constituição sobre a lei, que a ela se subordina, com as seguintes consequências: para a teoria da validade das leis, a diferenciação entre forma e substância; para o princípio da separação dos poderes, a mudança do papel do Judiciário, que passa a ser encarregado de verificar a adequação da lei aos princípios e regras constitucionais; para a teoria do Direito, a alteração do seu paradigma epistemológico, o que lhe confere um papel ao mesmo tempo científico e crítico, voltado às necessárias correções de um sistema normativo complexo, como é o do Estado Democrático de Direito” (2019 p.333).

Voltando ao neoconstitucionalismo, este se refere à teoria proposta por Robert Alexy no final da década de 1980, que se apoiou nas concepções de Ronald Dworkin sobre princípios e regras constitucionais. Assim, Alexy entende que princípios devem ser vistos como “mandamentos de otimização” no sentido de serem necessárias a avaliação das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas. Significa dizer que Alexy coloca os princípios acima de normas positivadas e, além disso, coloca os direitos fundamentais como princípios; portanto estes são “mandamentos de

otimização”. Isso é uma mudança substancial no “velho constitucionalismo” das declarações de direitos (Ranieri 2019, p. 311-312).

O neoconstitucionalismo se aproxima do imperativo categórico de Kant promovendo confluência do positivismo e do jusnaturalismo, segundo Ranieri. Isso se dá porque o direito é aceito moralmente pelo indivíduo e aplicado como critério de comportamento dos outros, sendo possível compreender *o que é* e *o que não é* Direito. Nesse sentido, se detecta o aspecto jusnaturalista no neoconstitucionalismo, em que os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano, e o aspecto positivista, pois estes direitos devem estar formalmente dentro das normas constitucionais devido a supremacia da Constituição. Estes valores morais devem ser interpretados e assegurados pela jurisprudência nesta nova concepção do Direito (Ranieri, 2019 p.312).

Conforme visto no Neoconstitucionalismo, a ideia central é a da supremacia da Constituição e, como consequência, alguns direitos inerentes ao ser humano, os chamados direitos fundamentais, devem estar positivados na Constituição. A partir desse movimento, ocorre um movimento corolário na América Latina.

Este movimento tem a ver com os direitos fundamentais dos indígenas e povos originários, que começaram a se movimentar para que seus direitos fossem positivados na Constituição. Apesar de o nome ser parecido, há diferenças fundamentais pois o Neoconstitucionalismo Latino-americano rejeita qualquer ideia jusnaturalista e não se apega totalmente ao positivismo. Talvez, podemos conjecturar, os autores tenham usado o termo neoconstitucionalismo por defenderem que os princípios são superiores às normas positivadas.

Seguindo esse raciocínio, para entender o movimento, voltemos às suas origens históricas.

A América Latina estava sob o jugo do colonialismo europeu no século XIX, até surgirem os movimentos nacionalistas de independência. No entanto, esse processo se deu sob a influência do constitucionalismo clássico. O que acabou configurando um Estado com a possibilidade de concentração de poder e de excluir muitos de seus cidadãos (neste sentido Gargarella, 2014; Alves e Oliveira, 2018). Outro fator influente foi o não distanciamento da Espanha e de Portugal, haja vista que houve um crescente sentimento de pertença e de nacionalidade latina; os quais fizeram com que muitos conquistadores espanhóis e portugueses passassem a se posicionar como nativos, lutando pelas novas nações (nesse sentido Ianni, 1999; Vasconcelos e Neto, 2017). Isso contribuiu para que o Estado Nacional que se levantou fosse fundado com

muitos interesses dos setores dominantes como sendo prioridade, inclusive vendo os indígenas como subalternos (Vasconcelos e Neto, 2017).

No campo jurídico, a América Latina herdou sistemas que vieram do hemisfério norte e, até meados do século XX, não houve grande ruptura com esses sistemas; de forma que há registros de importações normativas que subestimavam o direito indígena (neste sentido Bragatto, 2011; Vasconcelos e Neto, 2017). O constitucionalismo tradicional não consegue elucidar essa ruptura das colônias com suas metrópoles pois, com o contexto das duas grandes guerras mundiais, o modelo de Constituição vigente ficou insustentável devido a ampliação dos direitos e garantias fundamentais (neste sentido Gargarella, 2014; Alves e Oliveira, 2018).

Desse modo, diante do esgotamento do constitucionalismo clássico no contexto da América Latina, houve descontinuidade nos padrões de importação jurídica somada aos contínuos avanços democráticos; especialmente em relação às minorias, incluindo os indígenas. Esta foi a chave para o nascimento de um novo constitucionalismo. Este, trabalha com o conceito de povo (não mais o de uma nação única), reformulando as regras estatais para atender aos historicamente excluídos da política e do Estado.

A América Latina era um lugar com muitas nações e povos diferentes antes da chegada dos europeus, e hoje ainda temos vários destes povos dentro de cada país. Especialmente da década de 1980 para cá houve um esforço em reconhecer essa multiplicidade de nacionalidades dentro de um país (Yrigoyen Fajardo, 2011). É um movimento conhecido como “novo constitucionalismo latino-americano” (neste sentido Wolkmer 2011; Baldi, 2011; Caleiro e Leite 2014). Países como Bolívia e Equador já reconheceram a plurinacionalidade em suas constituições. Outros reconhecem diferentes etnias, culturas e línguas, como por exemplo: Peru, Colômbia, Venezuela e Paraguai. Até na Europa há grupos que buscam esse novo constitucionalismo e alguns países já têm elementos dele em suas legislações, como a Rússia, a Espanha, a Bélgica e a Suíça (Caballero, 2017).

Além de reconhecer as diferentes nacionalidades dentro de um Estado, o movimento entende ser necessário que essas nações tenham também a auto-gestão e o Direito próprio, autônomo, que existe e coexiste com o Direito estatal (Wolkmer, 2001; Santos, 2014). Esse é o conceito de pluralismo jurídico atual. Neste sentido as diferentes nações terão sistemas jurídicos próprios, em que as leis estatais não se aplicam. Os casos mais notórios de pluralismo jurídico dizem respeito aos indígenas. Essa

é uma reivindicação indígena há bastante tempo, mas só nos anos 1970 é que os grupos indígenas conseguiram se organizar politicamente para reivindicar sua soberania e direitos, mas os verdadeiros avanços nas legislações só se deram nos anos 1990 (Lee Van Cott, 2000; Yrigoyen Fajardo, 2004).

As lutas emancipatórias dos povos indígenas – povos sem um Estado próprio, ou sem reconhecimento estatal, ou entendedores da figura do Estado como sendo invasora e opressora – propuseram a reformulação do conceito entendido por povo. Também, querem mudar a ideia de Estado como organização homogênea, com o intuito de transformá-lo em uma organização política plural (Dantas, 2014).

Posto isto, o velho constitucionalismo tradicional, construído por interesses dominantes, os quais marginalizaram os indígenas, foi suplantado pelo Novo Constitucionalismo latino-americano, que surgiu para formar uma nova organização social com vista a um Estado Plurinacional. (Vasconcelos e Neto, 2017).

Após a Primeira Guerra Mundial, um novo modelo de Estado surge. O Estado Liberal, que tinha direitos mínimos, com pouca intervenção do Estado em assuntos privados, se transforma no Estado Social, como mais direitos e muito mais intervenção estatal. Por essa razão, as novas constituições começam a ter preocupação com o desenvolvimento econômico e com o bem-estar das pessoas (neste sentido Cunha Jr, 2011; Alves e Oliveira, 2018). É isso que é entendido como o constitucionalismo social representado pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919 (neste sentido Santos, 2014; Alves e Oliveira, 2018).

Desta forma, no constitucionalismo liberal que reinava no século XIX, o sistema era único, conhecido como monismo jurídico. Neste sistema, havia exclusão e negação de direitos (conforme entendimento contemporâneo do que são direitos); notoriamente, os indígenas eram excluídos e vistos como selvagens, incivilizados (Caleiro e Leite 2014). No século XX, entra em cena o constitucionalismo social, pelo qual muitos dos direitos sociais puderam ser incluídos nas constituições e pelo qual foi possível surgir o conceito de sujeitos coletivos. Neste momento, o Estado adotou um modelo de integração dos índios com o Estado; porém, sem romper com a ideia de Estado-Nação e monismo jurídico.

O Estado dito *monocultural* tem seus limites, assim como o Direito monístico. Este provocou a exclusão das diferenças étnicas, como dito anteriormente, de modo velado, por meio da universalidade do princípio da igualdade e pela difusão da ideia de cidadania legal, igualitária e indiferenciada conforme afirma Dantas (2014). Desta

forma, todos seriam cidadãos com iguais direitos e deveres perante a lei. Entretanto, se pensarmos nos indígenas, somente poderiam ser considerados como cidadãos os emancipados ou integrados; aqueles que não estivessem nesta condição, estariam sob condição de barbárie ou incivilidade.

No Estado monista, os índios são cidadãos, iguais em direitos aos cidadãos nacionais. Essa perspectiva orientou as constituições e legislações na América Latina por muito tempo. Mas essa desconsidera às diferenças culturais e organizacionais dos indígenas. De igual modo, deixa de lado seus valores, crenças, costumes e cultura. Assim, nesta composição estatal, o conceito de cidadania se vincula ao de Estado nacional. Os indígenas não comungam dessa estrutura e, portanto, em certo são sociedades sem Estado, regidos por sistemas e organização social diferenciados dos sistemas e organização social da modernidade ocidental.

Neste sentido, só podemos concluir que os índios não são cidadãos, podem até ser considerados juridicamente cidadãos por terem nascido em determinada localidade, mas isso não passa de uma ficção jurídica.

A reivindicação dos indígenas é de que se deixe de pensar que o Estado é um grupo homogêneo de pessoas habitando o mesmo território e avance para uma visão que reconheça a convivência de várias nações dentro do mesmo território estatal (neste sentido Santos, 2008; Caleiro e Leite, 2014).

Na configuração de Estado, dentro do modelo monista, o ordenamento jurídico tem posicionamento defensivo em relação à autodeterminação ou auto-gestão de povos diferentes dentro do mesmo território nacional. Ou seja, o típico ordenamento jurídico monista trata de proteger a unidade nacional ou a integralidade do Estado (Dantas, 2014).

Podemos tomar o Brasil como exemplo, aqui acontece exatamente isso, a legislação pátria prevê uma única nacionalidade e reconhece uma única língua como oficial nos artigos 12º e 13º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Por mais que a legislação reconheça o direito à terra, à educação adaptada, saúde, proteção e isenção tributária aos indígenas na Lei 6.001/73 (BRASIL, 1973), não há nada-comparado à jurisdição especial indígena do Equador ou o reconhecimento da multiplicidade de nações como no Peru e na Colômbia. A Constituição enfatiza, nos direitos indígenas, a organização social, costumes, crenças, tradições e direitos sobre a terra e os recursos naturais. Por outro lado, Bolívia e Equador reconhecem aos indígenas a autonomia e livre determinação sem depender de uma decisão estatal (neste sentido

Yrigoyen Fajardo, 2011; Maciel e Moreira, 2016). Os indígenas tiveram seu status elevado a nível constitucional, mas a União reserva para si a propriedade e o domínio no que tange à titularidade das terras indígenas, negando a autodeterminação dos povos; além disso, existe a possibilidade de as populações indígenas serem removidas para defesa da soberania do país (neste sentido Dantas, 2014).

Como visto ao longo das mudanças ocorridas nas ideias de constitucionalismo, chegamos até o movimento do neoconstitucionalismo latino-americano, que tem o reconhecimento de direitos indígenas como questão preponderante. A seguir, entenderemos como ocorreu a evolução de ideias dentro desse movimento.

2.5 – Ciclos do Novo Constitucionalismo Latino-americano

Como afirmado anteriormente, a partir do fim do século XX e começo do século XXI surgiu o constitucionalismo pluralista, os países latino-americanos passaram por reformas constitucionais e houve alteração nos processos decisórios com inclusão de atores sociais. Do multiculturalismo surge a demanda da plurinacionalidade e de pluralismo jurídico. Antônio Carlos Wolkmer (2011) apresenta três ciclos de desenvolvimento desse novo constitucionalismo na América Latina. Num primeiro momento, ele destaca o lado social e descentralizador das Constituições Brasileira de 1988 e Colombiana de 1991. Em seguida, as características acrescentadas são a participação e o pluralismo representadas pela Constituição Venezuelana de 1999. No terceiro ciclo, a característica principal é o plurinacional representado pelo vanguardismo das Constituições Equatoriana de 2008 e Boliviana de 2009. Este novo constitucionalismo, para o autor, se revela como transformador, com parâmetros andinos em oposição aos parâmetros europeus e destaque para a autonomia da justiça indígena e os direitos da natureza.

Raquel Yrigoyen Fajardo (2011) também aponta três ciclos para o desenvolvimento deste novo constitucionalismo latino-americano, a saber: *ciclo multicultural* (1982-1988), em que alguns direitos indígenas são concedidos e no qual é reconhecido o multiculturalismo; *ciclo pluricultural* (1989-2005), momento em que os conceitos de nação e Estado são transformados em multiculturais e multiétnicos, os indígenas passam a constar no texto constitucional; e o *ciclo plurinacional* (2006-2009) que refunda o Estado como Plurinacional, com reconhecimento de diferentes nacionalidades dentro de um mesmo país e caracterizado pelo pluralismo jurídico. Destaque para a

Declaração das Nações Unidas sobre os indígenas de 2007 (neste sentido também Baldi, 2011).

A autora descreve o primeiro ciclo, o multicultural, com a aceitação da diversidade cultural nas constituições. Também com a positivação de alguns direitos específicos, este ciclo começou com a Constituição do Canadá de 1982. Nela, há a preservação e o desenvolvimento da herança cultural dos canadenses. Em 1985, a Constituição da Guatemala reconhece o direito das pessoas e das comunidades à sua identidade cultural de acordo com seus valores, língua e costumes. Em 1987, a Constituição da Nicarágua afirma a natureza multiétnica do país e outorga às comunidades o direito de preservar e desenvolver sua identidade cultural na unidade nacional, ter suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais conforme suas tradições. Em 1988, fechando o ciclo, a Constituição do Brasil dedica um capítulo aos direitos dos indígenas, mas não reconhece a sociedade brasileira como multilíngue apesar de conceder aos índios o direito de preservar suas línguas. Também não reconhece a justiça indígena, ao contrário do que aconteceu na Colômbia (Fajardo 2004).

O segundo ciclo, tido como pluricultural, começou com a adoção e ratificação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas, trazendo avanço ao sistema interamericano com o reconhecimento do direito consuetudinário indígena. Abaixo, o quadro comparativo servirá para entender a evolução das legislações citadas por Fajardo.

Como se vê no Quadro 1, a Colômbia foi o primeiro país a se reconhecer como nação multicultural e inaugurar o pluralismo jurídico com a Jurisdição Especial Indígena. Em 1993, o Peru também declara o caráter pluricultural da nação, também outorgando funções jurisdicionais ao direito consuetudinário indígena, desde que não violassem direitos fundamentais da pessoa. Em 1994, a Bolívia coloca a República como multiétnica e pluricultural, além de reconhecer funções jurisdicionais, como o modelo peruano. O Equador, na Constituição de 1998, reconhece a Jurisdição Indígena possibilitando a aplicação de normas próprias, desde que estas não fossem contrárias a Constituição e as leis; o que significa que ainda não havia o pluralismo jurídico pois o Estado era o detentor da palavra final. A Venezuela vai pelo mesmo caminho com a Constituição de 1999.

Quadro 1. Evolução da legislação referente aos indígenas na América Latina

Convenio 169 OIT 1989	Colombia 1991	Peru 1993	Bolivia 1994	Ecuador 1998	Venezuela 1999
Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial , de conformidad con sus propias normas y procedimientos , siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.	Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas , pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.	Art.171: (...)Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes . La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.	Art. 191: (...) Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia , aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario , siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes . La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.	Artículo 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes , según sus propias normas y procedimientos , siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público . La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Fonte: FAJARDO (2011)

No último ciclo, a plurinacionalidade é vista com o pluralismo jurídico. Em 2007 é assinada a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, o texto reflete as reivindicações dos povos indígenas para melhorar suas relações com os Estados nacionais. Os principais pontos da declaração são: direito à autodeterminação; direito ao consentimento livre, prévio e informado de medidas legislativas que lhes competem; reparação pelo furto de suas propriedades; e, manutenção de suas culturas.

Todavia, somente nas constituições do Equador de 2008 e da Bolívia em 2009 é que foi proposta a refundação do Estado a partir do reconhecimento da herança milenar dos povos indígenas, findando o colonialismo. Desta forma, os indígenas

passam a ter não apenas os direitos às suas culturas, mas a ser reconhecidos como nações distintas com poder de determinar suas leis e manter seus costumes e tradições.

Neste novo constitucionalismo plurinacional não basta reconhecer alguns direitos, mas garantir que os povos indígenas possam definir o novo modelo para o Estado que inclua o *buen vivir*, a Jurisdição Indígena, segurança alimentar, entre outras coisas. (Yrigoyen Fajardo, 2011). A refundação do Estado foi a forma de superar o colonialismo e o neocolonialismo. Antes da invasão europeia, estes povos tinham seus sistemas políticos, econômicos, culturais e jurídicos que foram perdidos na imposição de um modelo extrativista, inferiorizando os índios não os reconhecendo como povo (neste sentido Fernández, 2014; Santos 2014).

A título de comparação, se constata na legislação brasileira a falta do mecanismo de Jurisdição Indígena que permita a estes povos julgar seus próprios conflitos, seja por critério territorial, material ou pessoal. Até o momento, a legislação brasileira apenas reconhece verdadeiramente um único tipo de cidadão, espelhado na civilização europeia, homogeneizando a diversidade na cidadania. É preciso superar essa redução abstrata que é o cidadão universal para abarcar os que não se enquadram neste modelo.

2.6 – Desafios para o pluralismo jurídico

Vários são os desafios para a aplicação do pluralismo jurídico. A aceitação dos indígenas como povos causa um problema, seria como a existência de um Estado dentro do Estado. Ao terem sua autodeterminação reconhecida, estes povos poderiam se relacionar direta e independentemente com outros membros políticos do planeta (Oliveira, 2013).

Outra questão é a crise de legitimidade que o pluralismo causa no direito estatal, pois ocorrem situações em que o Estado não exerce seu monopólio da violência legal, tampouco alcança a legitimação e consenso social em sua ação. As deficiências do direito oficial são substituídas por outros sistemas de normas sociais (neste sentido Sabadell, 2005; Alves e Oliveira, 2018).

Dois sistemas de proteção podem entrar em conflito direto no modelo de pluralismo jurídico. Conforme visto anteriormente, no segundo ciclo descrito por Yrigoyen

Fajardo (2011), as constituições permitem uma Jurisdição Indígena, mas esta não pode entrar em conflito com a Constituição do País ou outras leis.

Neste ponto, um problema é detectado: Quais os impasses existiriam caso as tradições e o direito consuetudinário de determinado povo indígena previssem chibatadas como sanção sendo que essa prática, que pode ser entendida como tortura, fosse proibida na legislação do país? Ou, ainda: Quais medidas seriam tomadas caso houvesse sacrifícios humanos ou qualquer outra violação que seja interpretada como violação aos direitos humanos básicos? Essas questões serão analisadas nos próximos capítulos.

3 – SOBRE A JURISDIÇÃO ESPECIAL INDÍGENA

Começamos o presente trabalho com o intuito de entender como se deu a consolidação do Estado Moderno, passamos por vários tipos de civilizações, com suas diferentes formas de organização, até chegarmos ao modelo mais ou menos padronizado de organização no qual são vistas fronteiras bem definidas e uma autoridade com monopólio legal (jurídico e da violência) e provida de poder sobre determinada população.

Após isso, mostramos brevemente como ocorreu a evolução da configuração jurídica dos Estados Modernos ao explicar as diferentes fases do constitucionalismo e como a adoção de uma Constituição é a regra geral no Estado Moderno. Claro que existem muitas diferenças entre as Constituições dos variados países, mas a ideia começou pela necessidade em limitar o poder dos soberanos até chegar nas muitas responsabilidades atribuídas aos Estados.

Foi crescente o número de direitos sendo incorporado às Constituições. Na América Latina, local em que ocorreu o embate entre europeus e povos originários, com a posterior dominação daqueles sobre estes, houve grande debate sobre como enfrentar as desigualdades decorrentes da colonização. No processo de independência dos países, o modelo de configuração jurídica importado da Europa foi adotado, como visto no capítulo anterior.

Pablo Ianello esclarece que a teoria do pluralismo jurídico – que explica a dicotomia direito central/direitos periféricos ou direito estatal/direito não-estatal – como recurso é insuficiente para enfrentar as novas situações de coexistência de sistemas normativos dentro dos sistemas jurídicos ocidentais (Ianello 2015). Ele também critica a teoria do pluralismo pois entende que esta deve ser redefinida a fim de decidir se sua ênfase está nos “padrões de ordenamento social concreto” ou na identificação e execução das normas (Ianello 2015). O autor analisou o pluralismo jurídico na questão dos direitos indígenas na prática. Sobre essa análise será comentado mais adiante.

Carlos Frederico Marés de Sousa Filho cita a fala de Pajaré na qual ele descreve como o *parkategê* do sul do Pará, numa ocasião em que se discutia a passagem de uma estrada de ferro para transporte de minério da Serra dos Karajás, teria dito: “A lei é uma invenção. Se a lei não protege o direito dos índios (sobre suas terras), o branco que invente outra lei”. O autor concorda com o líder indígena na ideia de a lei foi criada ou inventada por um grupo de homens, e afirma que estes “não raras vezes

legislam contra os interesses da Nação” (1992, p.6). Fica claro o autor não ser adepto ao jusnaturalismo pois entende existirem direitos inerentes ao ser humano – algo que discutiremos mais adiante porque, por existirem esses direitos inerentes ao ser humano, então, todas as civilizações devem respeitá-los.

Muitos foram os debates entre autores e políticos sobre o que é justo ou injusto nas relações entre Estado e suas populações. Dentre os muitos tratados internacionais a respeito disso, alguns deles estão contemplados no tema escopo deste trabalho, qual seja: a autonomia dos povos indígenas para autogoverno e para aplicar seu próprio Direito.

Para facilitar a compreensão, adotamos o termo genérico Jurisdição Especial Indígena ou justiça indígena. Neste capítulo, conceituaremos o que isso significa e apresentaremos a discussão sobre a universalidade dos direitos humanos; em outro capítulo, casos práticos serão analisados.

3.1 – Caracterização da Jurisdição Especial Indígena

Para se entender o conceito de Jurisdição Especial Indígena, mister primeiramente tecer comentários sobre o pluralismo jurídico. Retomaremos aquilo o que foi dito no capítulo anterior.

Os autores que trabalham o tema do pluralismo, segundo nosso entendimento, podem ser separados entre os que trabalham a ideia dentro da história do Direito – sobre a qual se analisam os períodos passados, anterior ao surgimento do Estado Moderno que instituiu o monismo jurídico – e os que tratam do tema de forma contemporânea – estes, entendendo que o Direito não compreende apenas normas provenientes do Estado, apesar do monopólio estatal, mas que os diferentes grupos sociais têm seus próprios sistemas jurídicos. Para o presente trabalho, nos interessa a discussão contemporânea.

No Brasil, Antônio Carlos Wolkmer é um dos autores que dedicou obras inteiras a respeito do tema e, por isso, se tornou o autor mais citado sobre pluralismo jurídico por aqui. Sua proposta é resultado de constatação sobre as insuficiências do paradigma moderno; por esse motivo, apresenta bases para serem pensadas a emancipação e a libertação da sociedade que, segundo ele, vive experiências plurais com relação tanto a comportamento quanto a pensamento (2001, p.351).

O autor ressalta o complexo sistema de necessidades que fazem parte da vida de grande parte da população. Essas necessidades incluem as de ordem social ou material e as de ordem existencial, de subsistência e culturais. Nenhuma delas pode ser esgotada no espaço e no tempo, nem ser satisfeitas completamente porque há o constante aparecimento de novas necessidades; assim como constantes são as mudanças nas condições sociais de vida (Wolkmer 2001, p.242).

Wolkmer, citando Agnes Heller, se baseia na “teoria das necessidades em Marx”. Para esses e outros autores, o capitalismo gera condições econômicas impeditivas à satisfação das necessidades essenciais, por obra da divisão do trabalho, das leis de mercado e da valorização do capital (Wolkmer 2001, p. 219). Para ele, o sentimento de satisfação só pode surgir, nessa sociedade insatisfeita, da possibilidade de atuação e do comprometimento de cada membro com a autodeterminação de cada um (2001, p.221). Assim, o autor entende que os movimentos sociais dentro desse “sistema de necessidades insatisfeitas” reivindicam questões de ordem social, política, cultural e espiritual; e, isso, os torna “potencialidade emancipadora” e “fonte de legitimação de um direito próprio” (2001, p. 244-249).

Isso quer dizer que Wolkmer está avaliando que o desenvolvimento conjuntural do Capitalismo prioriza uma interpretação socioeconômica das necessidades básicas insatisfeitas, valorando essas necessidades como carências geradas pela divisão social do trabalho e pela exigência das pessoas por bens e serviços ligados à vida produtiva. Mas, mesmo que essas necessidades sejam preponderantes, de acordo com seu entendimento, não se pode omitir as necessidades “culturais, políticas, éticas, religiosas e psicobiológicas” (2001, p.247-248).

Toda essa explicação é necessária para compreender exatamente o que advoga Wolkmer: uma profunda ruptura em relação à atual estrutura porque, para ele, a organização do território foi formada pela imposição do capital internacional, de interesses das elites que promoveram as mudanças sem a participação de outros grupos. Por essa razão, Wolkmer acredita ser necessária a reordenação do espaço público (tanto individual quanto coletivo). Para isso, é necessário resgatar “ações humanas que passam pelas questões da ‘comunidade’, ‘políticas democráticas de base’, ‘participação e controle popular’, ‘gestão descentralizada’, ‘poder local ou municipal’ e ‘sistema de conselhos’”. (Wolkmer 2011, p.249-250).

Wolkmer também critica a composição no século XVIII que, segundo ele, era fundamentada na “universalidade formal e composta de sujeitos abstratamente

homogêneos”. Ele entende que a atual sociedade é “permeada de sujeitos dinâmicos e participativos”. Entretanto, ressalta que as políticas de participação comunitária, quando implementadas e controladas pelo Estado, têm caráter populista e clientelista. Por isso, prefere um espaço público composto pelos movimentos sociais que atuam visando a real satisfação das necessidades; os quais, necessariamente, produzem um direito comunitário autônomo (2001, p.252).

O sistema de conselhos é considerado por Wolkmer como a forma mais democrática e autêntica de participação, deliberação e controle por parte da população (2001 p.257).

O esgotamento da cultura projetada pela modernidade é outra ideia defendida por Wolkmer. Para ele, há crise de legitimação normativa nas instituições políticas e econômicas. Ademais, observa que uma das grandes dificuldades na atualidade está relacionada aos valores éticos; portanto, é preciso incorporar o ‘eu’ individual e o ‘nós’ enquanto comunidade. É um projeto cultural de ordem democrática, segundo ele, que visa a comunidade solidária e não excludente, atitude essa valorativa do ser humano (2001, p. 261).

Para tanto, Wolkmer propõe que se avance na busca da “ética da alteridade”, “capaz de romper com todos os formalismos técnicos e os abstracionismos metafísicos, revelando-se a expressão autêntica dos valores culturais e das condições histórico-materiais do povo sofrido e injustiçado da periferia latino-americana e brasileira” (2001, p.268).

Essa ética da alteridade abarca princípios universalizadores priorizando as práticas culturais de uma historicidade particulares da solidariedade e das necessidades dos grupos humanos marginalizados. Essa ética tem potencialidade de ser emancipatória. Quando há espaço aberto a interações, a realidade pode ser reinventada e rearticulada de forma permanente pois os movimentos sociais têm legitimidade para criar, produzir e definir princípios éticos dessa nova sociedade (2001, p.269).

Para chegar nessa sociedade e implantar o pluralismo jurídico é necessária a pedagogia libertadora e “comprometida com o processo de desmistificação e conscientização” para que as identidades individuais e coletivas assumam o papel de ampliar os horizontes do poder da sociedade (Wolkmer 2001, p.283).

Wolkmer não propõe abolir o direito estatal por mais que deseje a ruptura de paradigmas. Ele sugere que o direito estatal “passe a ser controlado e tutelado pelos novos polos normativos da vida cotidiana comunitária” (2001, p. 351).

Com relação às possíveis dificuldades surgidas em casos de contradição entre o Direito Comunitário e o Direito Estatal (lembre-se de que essa obra é a 3ª edição publicada no ano de 2001), ele defende que haja complementação e interdependência entre ambos, sendo que a solução dessa cooperação deveria ser sempre *justa*, e deve também tomar como parâmetro aspirações legítimas e a satisfação das necessidades (2001, p.351).

Em nossa opinião, Wolkmer tem uma visão romantizada sobre o Direito Comunitário (termo usado por ele). Para o autor, esse Direito não seria visto como “controle disciplinar” nem como “direção social” impositiva, mas sempre como uma resposta às justas necessidades humanas. Estas são o supremo bem jurídico a ser protegido e garantido (2001, p.351). O problema está em como valorar o que são as tais justas necessidades humanas e quem tem o poder de determiná-las. É necessário uma visão mais realista das pessoas e do Direito.

Wolkmer não quer que os direitos comunitários estejam subordinados ao Direito Estatal. Quando estes se chocarem, ele discorda daqueles que defendem a prevalência do Direito Estatal pois, para o autor, isso seria a supremacia do monismo jurídico operada pela democracia representativa burguesa. Para ele, o Estado e o Direito devem ser “controlados e tutelados pelos novos polos normativos da vida comunitária” e os “interesses do todo social é que determinam a atuação do Estado e a produção da juridicidade” (2001, p.351). Contudo, o autor ignora o fato de que em todas as sociedades existe o grupo dominante. Mesmo nas sociedades mais cooperativas, não há total igualdade entre os membros; alguns dirigem as ações dos outros. Isso ficará bem claro mais adiante.

Wolkmer prossegue em sua visão de Estado futuro.

“O Estado se efetivará a partir da própria Sociedade” e não haverá “linha demarcatória entre o público e o privado”. O espaço público será apropriado pela solidariedade e cooperatividade, não mais havendo espaço para ambição, imposição e dominação. Ou seja, ao mudar as regras atuais os “direitos comunitários deixarão de ser inferiores, confrontados ou cooptados pelo Direito positivo do Estado” (2001, p. 352).

Ainda assim, ele quer uma mudança gradual porque entende que suas ideias de novos direitos não são ideias novas. Ou seja, o pluralismo existe, a questão é torná-lo oficial, “preservando certas conquistas políticas e jurídicas essenciais da própria civilização e possibilitando concomitantemente, a construção e o avanço ininterrupto de melhores condições de vida humana” (2001, p.352).

Depois disso, ele propõe a implementação das “práticas que implicam a superação cotidiana da ambição e do egocentrismo, assentadas numa melhor convivência e numa relação de solidariedade com o outro” (2001, p. 352).

Wolkmer cita autores que acreditam que o pluralismo deva ser marcado por níveis nos quais o mais elevado deles seja o ordenamento jurídico do Estado. Porém, ele discorda dessa ideia por considerá-la insuficiente e apresenta dois fatores: as condições para a transição e o que ocorre no interior do novo paradigma.

Na transição, são três relacionamentos possíveis apontados por ele: a) confronto aberto – sobreposição de um ao outro; b) complementação de um com o outro – exemplo é o direito comunitário, por falta de força suficiente, acaba cooptado pelo ordenamento estatal; c) interdependência – ou seja, todos os sistemas jurídicos convivendo, sem a invasão de um deles na área de atuação de qualquer dos outros (2001, p.354).

No novo paradigma como o direito estatal, segundo Wolkmer, pode chegar a ser abolido; o único choque será entre o “justo” e o “injusto”. Para ele, justo é o que “corresponde às aspirações legítimas e à satisfação das necessidades estabelecidas democraticamente pela própria sociedade” (2001, p.354). Sendo que não há dúvida sobre qual deve prevalecer (porém, para Wolkmer, deve ser o direito comunitário, não o estatal) pois o sistema ordinário sempre favorece as minorias elitistas e os interesses de grupos privilegiados enquanto o direito comunitário expressa as aspirações da sociedade como um todo (2001, p.354). Mais uma vez, se evidencia todo o romantismo do autor com a ideia de sociedade altruísta e cooperativa.

Ao findar seu livro, Wolkmer sugere a criação do pluralismo de sujeito coletivos, que possivelmente construiria o sistema dentro do qual haveria equilíbrio entre a vontade geral sem, contudo, negar a multiplicidade de interesses particulares, havendo ainda o resgate de alguns direitos ocidentais como o direito à diferença, à autonomia e à tolerância (2001, p.358). O equilíbrio entre a vontade geral e a satisfação da multiplicidade de interesses particulares é outra demonstração do idealismo do autor.

Em suas conclusões, ele afirma que o capitalismo precisa ser superado, a hegemonia do monismo estatal quebrada, os novos movimentos sociais devem se tornar portadores do novo pluralismo político e jurídico para lutar pelas aspirações desejadas e necessidades humanas fundamentais, a cultura legal-estatal deve ser substituída pela ética de novos sujeitos (nesse caso, os coletivos), deve haver a reordenação da sociedade civil como centro (não mais o Estado), as interações devem acontecer em

espaço público, aberto, democrático e compartilhado, o Estado poderá existir desde que seja fiscalizado e controlado pelo poder local comunitário e o paradigma cultural de validade do Direito ser o pluralismo jurídico comunitário-participativo (Wolkmer 2001 p.359-361). Adiante veremos porque várias dessas conclusões não funcionam na prática.

Há outros autores que também advogam por nova reconfiguração da cultura jurídica latino-americana, surgida do Novo Constitucionalismo Latino-Americano que “põe em xeque conceitos das teorias clássicas, como a divisão do Direito em Direito Público e Direito Privado; o de poder constituinte; os direitos fundamentais, entre outros” (Thaines; Meleu, 2018 p.196).

Muitos deles também fazem a ressalva de que não basta ter Jurisdição Indígena; para eles, esta não deve ser submetida à Corte Constitucional pois os indígenas seriam julgados pelos, assim chamados, brancos. De tal modo, a Jurisdição Indígena só seria efetiva se, quando submetida ao controle de constitucionalidade, estivesse em uma corte na qual uma fração do total estivesse composta por membros da Jurisdição Indígena, caso contrário os juízes “brancos” com sua visão ocidental, certamente cometeriam injustiças (Tonet e Souza 2017, p.50). Este conceito já está previsto na Constituição Boliviana; conforme será comentado mais adiante.

Além disso, mesmo com a composição plural, segundo os autores, permanece o entrave: a cultura jurídica voltada ao *legicentrismo* com o culto ao Estado e à Constituição, produz um modelo fechado a produção normativa não-estatal. Os autores ainda decretam uma “falência dos modelos constitucionais fechados” e o inevitável “reconhecimento do pluralismo jurídico, o diálogo constitucional entre o ordenamento jurídico estatal e a ordem jurídica indígena” (Tonet; Souza 2017, p.51).

Como pode ser visto, todos esses autores querem nova configuração estatal, na qual o Estado não mais monopolize a normatização jurídica, nem a interpretação jurídica. O grande problema com essa ideia não é a centralidade do direito estatal; mas no fato de saber se todos os sistemas jurídicos aceitos (considerando a configuração que aceite os sistemas jurídicos indígenas como legítimos) respeitam alguns parâmetros aplicados a todos os indivíduos. Pois, se um sistema respeita determinado direito e o outro sistema não respeita esse direito, então, dentro do mesmo território – às vezes, até na mesma cidade –, encontraremos cidadãos que não são amparados constitucionalmente da mesma forma. É por isso que devemos discutir a universalidade dos direitos humanos antes de prosseguir.

3.2 – Discussão sobre a universalidade dos direitos humanos

A discussão sobre se os direitos humanos são ou não são universais é central para e entender o Direito no sentido mais amplo possível. Existem discussões sobre o que caracteriza o direito. Alguns estudiosos ao tratar do tema questionam sobre a legitimidade de quem produziu a norma, a eficácia dessa norma, se há como exigir determinado comportamento por parte dela, entre outros pontos. Não é escopo deste trabalho discutir o que é Direito em si; contudo, podemos destacar algumas premissas das quais partimos. A primeira é a de que o Direito se caracteriza por “normas a serem seguidas” e que alguma entidade terá o poder de exigir o comportamento que a norma determina. Numa definição simplificada como essa, autores como Boaventura de Sousa Santos afirmam que qualquer tipo de grupo de pessoas, desde a família até grupos de traficantes, pode produzir Direito, de alguma forma. Afirmativa que não deixa de ter certa razão. Todavia, a questão que se coloca é se existe algum grupo de normas aplicáveis em todo e qualquer ordenamento jurídico; ou seja, normas inerentes à simples existência como humano. Isso é o que se entende por Direitos Humanos. Discutiremos se esse humano pode recorrer a alguém, quem quer que seja, para ajudá-lo a não ter seus direitos violados.

Se existir tal conjunto de normas aplicáveis a todo e qualquer ser humano, pela sua simples existência como ser humano, este pode recorrer ou pedir socorro, a quem quer que seja, independentemente da legitimidade do órgão que o violou, e de competência de um determinado órgão ou grupo de pessoas que saiu a socorrer. Para explicitar podemos aludir a exemplos históricos notórios, tais como: os judeus na Alemanha nazista ou os *tutsis* em Ruanda. Esses grupos poderiam pedir socorro a outro grupo ou entidade para socorrê-los? Por exemplo, no caso de Ruanda, a ONU poderia enviar um exército para combater os *hutus* que matavam os *tutsis*? No caso dos judeus, os Aliados tinham legitimidade para sair em defesa deles? Difícil dizer que não, mas o problema é: Qual o fundamento jurídico (ou até moral) do pedido de ajuda?

No século XVIII, uma ideia vigente era a do jusnaturalismo, que afirmavam existir direitos inerentes ou naturais à pessoa humana. Neste contexto, os Direitos Humanos se consolidaram como conteúdo anterior ao Estado e ao Direito. Sua proteção ganhou ainda mais ênfase no século XX, após a Segunda Guerra Mundial, como

“resposta da comunidade internacional às grandes atrocidades e graves violações cometidas naquela guerra” (Thaines; Meleu, 2018 p.200).

Nesse sentido, muito se discutiu sobre maneiras de proteger a dignidade da pessoa humana, que muitos autores entendem ser o fundamento dos Direitos Humanos universais.

Barreto (2013, p.241) coloca a dignidade da pessoa humana como “o cerne dos direitos humanos, pois é por meio deles que serão asseguradas as múltiplas dimensões da vida humana, todas asseguradoras de uma dignidade comum a todos os seres humanos, o que de certa forma justificaria a universalização dos Direitos Humanos”. Entretanto, conforme o mesmo autor, “o debate sobre os impasses encontrados na relação do multiculturalismo com os direitos humanos, principalmente, com a questão da sua universalidade” é tornam impedem esse reconhecimento universal.

Dantas (2014) entende que os direitos diferenciados em razão de grupo, antecipadamente requerem o pleno reconhecimento formal das múltiplas identidades formadoras do tecido social do Estado e a constante negociação no estabelecimento de direitos especiais e meios de efetividade. Deste modo, o autor ressalta uma pergunta: Quais são esses direitos identitários e culturais diferenciados, dos quais são titulares os povos indígenas?

Para o autor, a resposta carrega uma complexidade impossível de ser detalhada à exaustão. Duas razões são apontadas por ele, a saber: a) a diversidade de povos e organizações sociais; b) as noções de identidade e de cultura não são estanques, puras, tampouco estáticas; o que requer a noção dinâmica desses direitos.

O autor cita Souza Filho para rechaçar a universalidade dos direitos humanos, pois essa ideia foi imposta a todas as culturas. De acordo com este, cada povo constrói seus próprios direitos humanos segundo seus usos, costumes e tradições. Sendo assim, não existem direitos humanos universais, senão o direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos, apenas não podendo violar os direitos humanos dos outros povos (Dantas, 2014).

Aqueles que entendem não existir essa universalidade e que tudo é relativo, são chamados de relativistas. Para estes, não se pode afirmar que os seres humanos são semelhantes uns aos outros; sendo assim, não é cabível nenhum tipo de generalização (Barreto, 2013 p. 243-244). Os relativistas se apegam à ideia de tolerância, não admitindo que uma cultura imponha suas crenças, hábitos e costumes a outro

grupo humanos. Para eles, é preciso sempre reconhecer as diferenças (Thaines; Meleu 2018, p. 202).

Existe somente um princípio universal fundamental para os relativistas: a obrigatoriedade de reconhecer a diferença. Mais, ser intolerante com a diferença é incompatível com a moral porque essa atitude viola aquilo que confere humanidade ao indivíduo: sua identidade cultural (Thaines; Meleu 2018 p.202).

Contudo, essa ideia é contraditória pois, se todas as culturas têm igualdade de direitos, logo, as culturas que entendem existirem humanos superiores e humanos inferiores, essas também devem ser respeitadas. Assim, a tolerância incondicional engloba as culturas intolerantes (Thaines; Meleu 2018, p. 202).

A crítica que os relativistas fazem aos universalistas é que “essa universalização poderia acarretar um imperialismo cultural” por parte da cultura ocidental a outros povos (Thaines; Meleu 2018, p.203). Há quem considere a não adoção de nenhuma das duas posturas isoladas porque a *relativa*, ao dizer que tudo é relativo, faz afirmação absoluta e a *universalista*, ao querer tornar uma determinada cultura universal para todos, acaba por minar a diversidade cultural (Thaines; Meleu 2018, p.203).

Nós não concordamos com essa última afirmação pois entender que o fato de existirem direitos humanos universais não é querer uma cultura universal; pode haver muitas diferenças culturais, ainda assim existem certos direitos mínimos que devem ser respeitados por toda e qualquer cultura.

Para escopo do nosso trabalho, vamos nos concentrar na discussão sobre os direitos indígenas. Por isso, é relevante entender o chamado “Estado Plurinacional”, defendido por muitos autores. Mister lembrar que o conceito de *nação*, uma das três características configuradoras do Estado Moderno, foi substituído por *povo* justamente porque há muitas nações que não configuram um Estado único e há muitos Estados com diversas nações em seu território.

Maciel (2016) explica que existem grupos sociais que “necessitam de um olhar diferenciado do Estado”. O diálogo intercultural é buscado para que não exista a “relação Estado-Juiz com os povos indígenas de forma colonial, monista e preconceituosa, que pode mais a vir a negar direitos, do que propriamente reconhecê-los e efetivá-los”.

O autor também entende que esse modelo jurídico de direitos humanos universais impossibilita “o reconhecimento de outros tipos de cidadania” porque o pensamento dominante “homogeneiza a diversidade por meio da categoria cidadão, reduz

o indivíduo a um modelo de cidadão espelhado na civilização europeia”; o que faz com que os grupos humanos diferenciados (como os indígenas) se torne invisível. Ele também acredita que o Poder judiciário deve interpretar de forma pluralista, buscando compreender quem são os sujeitos e quais os direitos coletivos dos grupos em jogo (Maciel, 2016).

Em relação ao Poder Judiciário, há ainda outro problema levantado por Maciel (2016): o de existir “injusta relação de forças entre os sistemas culturais e consuetudinários indígenas, este fator relaciona-se a um modelo prático de justiça colonial que impõe a hermenêutica do juiz branco, etnocêntrico e carregado com visão monocultural de mundo e com valores positivistas do Direito”.

Para Fernando Dantas (2014), o universalismo deve ser superado, não deve haver nenhum tipo de ênfase aos direitos individuais civis e políticos porque, segundo ele, cada povo tem seus próprios direitos humanos com seus usos, costumes e tradições; sendo que único ponto que deve ser observado é o fato de um povo respeitar os direitos humanos de outro (2014, p.351).

Ora, a visão de Dantas detém o mesmo problema dos outros autores comentados. Se determinado povo deve respeitar os direitos coletivos de outro, seria certo respeitar e tolerar a ideia desse povo escravizar outro povo? O exemplo histórico mencionado muitas vezes é o caso dos *hutus*, povo que entendia extermínio dos *tutsis* como dever a ser cumprido. Os outros povos deveriam deixar de interferir e, conseqüentemente, permitir que os *tutsis* fossem exterminados por conta da cultura *hutu* que, supostamente, deveria ser respeitada e tolerada? Outro questionamento exemplo: Deveríamos entender como expressão cultural a ser respeitada a daqueles povos que mutilam genitália feminina? Nos parece que não. A nosso ver, as mulheres de qualquer cultura têm o direito universal de ter sua integridade física e sexual protegida e preservada.

Peruzzo (2016) vai além dos outros autores ao afirmar que “nem mesmo a democracia” deve ser imposta “pois esse regime deve se enraizar enquanto escolha consciente, especialmente quando estamos tratando de grupos humanos que nem sempre compreendem a noção de Estado, de Direito do modo como compreendemos” (2016, p. 2731). É aceitável o autor fazer críticas ao regime democrático, mas quando um povo tem um regime despótico, continua a ser errado intervir para que aquele povo passe a adotar a democracia?

Por haver diferentes nações com diferentes visões de mundo, Fernando Garcés (2009, p.177) critica a ideia liberal de “uma só lei para todos” porque essa igualdade em realidade articula desigualdades, onde “alguns são mais iguais que outros”. Isto é, se existem visões de mundo que consideram determinado ato punível e outra visão de mundo contrária a essa, a que detiver o poder prejudicará a outra, punindo-a pelo fato de pensar, interpretar e agir diferentemente. Por essa razão, o autor defende o pluralismo jurídico, no qual diferentes ordenamentos jurídicos são aplicados a diferentes indivíduos.

Para Garcés, o Estado deve ser plurinacional porque território, nação e Estado são construções sociais e políticas, não são realidades essenciais. Ele afirma que “o importante não é que o Estado se chame de plurinacional”, mas que “contribua à consolidação de formas plurais de autogoverno que desestremem a matriz liberal do sistema político”. Para isso, coloca alguns requisitos mínimos a serem transformados neste novo tipo de Estado (2009, p.177).

São eles (Garcés 2009):

a) exercício do direito de autodeterminação e autonomia indígenas – ou seja, que os povos tenham suas próprias formas de governo, de forma prática e não como acomodação no sistema político estatal.

b) inclusão e redistribuição simultâneas que permitam abolir a exclusão e a desigualdade – o autor entende, por exemplo, que o excedente produzido pelos recursos ‘estratégicos’ deve ser redistribuído e que os povos pré-existentes ao Estado devem ter *co-governo* (termo usado por ele) sobre o território.

c) direitos coletivos em, pelo menos, igualdade de hierarquia com os direitos individuais – isso significa que devem ser abertas brechas no sistema que “entronizou os direitos individuais como valores supremos da humanidade” (2009, p.180). Também, o Estado deve articular o acesso a “determinados benefícios, frutos dos excedentes de capital em circulação no país”.

d) reconhecer o pluralismo jurídico – as decisões dos sistemas jurídicos indígenas não podem ser revisadas pela normativa estatal.

e) redistribuição da propriedade da terra e do território para efetivo uso, controle e gestão, a partir das práticas dos povos indígenas – isto é, não basta o Estado assumir políticas de descolonização, o reconhecimento, a redistribuição e a abolição das classes sociais devem acontecer simultaneamente.

Além disso, Garcés entende que existe o risco de se transformar a proposta de Estado Plurinacional em matéria estatal. Ou seja, ainda que haja profunda reforma estatal com mecanismos de participação indígena no Estado, se estes povos estiverem subordinados ao Estado e as estruturas dentro deste não tiverem sido modificadas, de nada adianta. Para o autor, autodeterminação e autogoverno não podem significar estar sob a gestão estatal; pois, isso seria um tipo de plurinacionalismo domesticado que disporia o que é estatal e o que é politicamente correto (Garcés 2009, p.184).

Ele conclui que o Estado Plurinacional só será alcançado quando houver a recuperação do poder da sociedade civil popular e indígena, não quando constar na Constituição que o Estado é plurinacional porque essa constatação representa apenas um esforço para salvar o Estado. Ou seja, o autor, entende que o Estado tal como é deve ser abolido e, em seu lugar, deve haver outro tipo de organização totalmente diferente (Garcés 2009 p.185).

Pelas ideias do autor é possível notar grande rejeição pela ideia do Estado centralizador da produção jurídica, igualmente pelo capitalismo como sistema econômico. Essas ideias são bem comuns nos autores que defendem o pluralismo jurídico. Ele coloca os direitos coletivos como superiores aos individuais, quer que haja grande redistribuição de recursos e terras com o objetivo de pôr fim às classes sociais; também propõe a autodeterminação dos povos para fazerem o que bem entenderem. Porém, as seguintes perguntas surgem desse posicionamento: O que aconteceria caso os povos quisessem ter um sistema parecido ao que vigora (capitalismo)? Quem seria o responsável por dividir toda a terra e recursos entre os diferentes grupos? Como conseguir uma divisão de modo igualitário? E se os grupos não aceitarem a divisão realizada? O impasse seria resolvido por uma entidade transnacional? Ou ocorreria uma guerra civil? Essas perguntas causam problemas que o autor não enfrenta.

Ademais, Garcés ataca o Estado por ser injusto na “distribuição” dos recursos, mas deixa por entender que seria o Estado o responsável por essa “redistribuição”. Em contrapartida, podemos encontrar outra autora menos radical, que não propõe o fim do Estado tal como é.

Consuelo Sanchez (2009, p.79) aduz que, em geral, a demanda por autodeterminação dos povos indígenas não significa luta por independência, mas para que exista um sistema autônomo dentro do próprio país. Ela difere essa demanda

daqueles movimentos dos séculos XIX e início do XX que pautavam a formação de um novo Estado. Desta forma, o anseio de agora é pela reformulação do Estado para que este não represente uma única identidade nacional ou de cultura e de valores. Para Sanchez, é isso o que significa a defesa da transformação do Estado para um Estado pluriétnico ou plurinacional.

Entretanto, a autora distingue as minorias nacionais nos países capitalistas ocidentais, como os bascos na Espanha, por exemplo, dos povos indígenas. Enquanto os primeiros estão plenamente integrados na economia de mercado, os segundos têm uma visão diferente de vida e de produção (2009 p.80). Estes não estão plenamente “integrados no intercâmbio comercial” por haver diferenças no grau de integração dos diferentes povos, ressalva ela (2009, p. 81).

Seguindo seu raciocínio, para os indígenas o “objetivo principal não é a produção e o intercâmbio comercial, mas a defesa de formas de produção e distribuição de bens materiais a partir das necessidades sócio comunitárias”; mais, “essas formas se baseiam em princípios e valores... muito diferentes das sociedades capitalista liberais” (2009 p. 81). Ela ainda acrescenta que os próprios “valores sociais e morais são distintos dos valores do liberalismo” (2009 p.82).

Sanchez comenta de duas formas de Estado pluriétnico. Na primeira, as culturas étnicas já foram “*liberalizadas*” e integradas; portanto, não há um desafio ao Estado Liberal em si, em realidade, se apela a ele para que atenda às suas reivindicações (2009 p. 82). Na segunda, as coletividades étnicas “sustentam formas sociais e culturais não-capitalistas e não-liberais”; o que acarreta a demanda por um pluralismo não somente étnico, mas econômico, jurídico, político, cultural e linguístico também. (2009 p.82).

Qualquer um dos dois modelos implica no reconhecimento do direito à autonomia das coletividades étnicas com adoção de novos princípios e nova estrutura do Estado, segundo sustenta Sanchez (2009, p. 83). Entretanto, o grande problema para a autora é que “a formação social capitalista e os valores e instituições liberais impedem a autorrealização das formas sociais indígenas” (2009 p.83); por isso é que o pluralismo defendido deve incluir formas sociais, econômicas, jurídicas e políticas próprias dos povos indígenas, assim como seus diferentes valores sobre o ideal da vida.

Como veremos mais adiante, os indígenas na América Latina têm um sistema híbrido, não é socialista de fato, apesar de haver vários bens comunitários, tampouco

é capitalista de fato, ainda que exista reconhecimento de propriedade privada e de trocas comerciais.

Dando como exemplo a Nicarágua, que aplicou um tipo de regime de autonomia para os povos indígenas com a criação de regiões autônomas, Sanchez cita problemas, que ela denomina, cruciais. Um deles está relacionado à transferência de competências e recursos para essas regiões autônomas. A autora faz crítica pelo país ter criado instrumentos legislativos, mas não ter realizado a descentralização político-administrativa nem uma redistribuição de recursos que, para ela, “são partes essenciais de todo processo de autonomia” (2009 p.85). Indo além, diz que a reorganização do Estado em função do livre-mercado se tornou em uma nova colonização e é preocupante que membros dos conselhos regionais autônomos tenham incorporado essa ideologia sem questionamentos, precisamente quando esta é, segundo a autora, a causa da “destruição dos sistemas autóctones de produção, distribuição e consumo” (2009 p.85).

Nos parece contraditório a autora criticar a configuração de livre-mercado ao mesmo tempo que pede redistribuição de recursos por parte do Estado. Ora, que recursos ela quer que sejam redistribuídos senão os financeiros? Tenhamos em mente que estes recursos são criados unicamente por meio das trocas no livre-mercado. Ademais, por que a autora exalta as formas sociais de produção dos indígenas ao mesmo tempo em que pede que seja posta de lado a concepção liberal de Direito em função de uma visão distinta deste como a dos indígenas, sem advogar pela ruptura com o Estado? Seria coerente pedir a formação de um novo Estado para cada cultura que pensa de forma diferente porque etnias indígenas diferentes pensam de forma diferente. Algumas delas têm concepção de propriedade privada e não são tão coletivistas, como fazem parecer alguns autores. Além disso, existem grupos de indígenas que querem ser integrados a cultura ocidental sem deixarem de ser reconhecidos como índios.

Augustín Grijalva (2009) é um autor equatoriano prolífico em obras que tratam do pluralismo jurídico em seu país. Ele entende que a diversidade cultural se assenta sobre os direitos que estão nas Constituições, mesmo aquelas que não reconhecem direitos coletivos de identidade cultural, nas quais todos os direitos constitucionais são individuais (2009 p.115).

O autor equatoriano diz que, desde 1998, seu país vem aumentando o reconhecimento da diversidade cultural a nível constitucional. Ressalva, porém, que esse

reconhecimento não se dá proporcionalmente nas políticas públicas, na legislação infraconstitucional, nem na jurisprudência. Essa Constituição de 1998 instituiu amplo catálogo de direitos coletivos aos indígenas, mas isso não significou amplitude legislativa regulatória e o Tribunal Constitucional não gerou jurisprudência significativa a esse respeito; pior, “a maioria das instituições públicas [referindo-se ao Tribunal] atuou como se as normas constitucionais nem existissem” (2009 p.116).

Por essa razão, o autor afirma que o “Estado plurinacional não é ou não deve reduzir-se a uma Constituição que inclua um reconhecimento puramente culturalista, as vezes apenas formal, por parte de um Estado, na verdade instrumentalizado para o domínio de povos com culturas distintas, mas sim um sistema de foros de deliberação intercultural autenticamente democrática” (2009 p. 117).

Essa ideia de Estado plurinacional veio sendo construída, segundo o autor. O Estado Liberal, ou o constitucionalismo liberal, primeiramente sofreu um questionamento da corrente de pensamento, que depois consolidou o Estado Social. Neste, a busca era pela igualdade “mais real”, reconhecendo explicitamente as diferenças e aumentando os direitos coletivos (2009 p.117).

Após isso, Grijalva comenta que houve um segundo questionamento que “proveio das realidades sobre federalismo, formas descentralizadas de Estado e integração entre Estados” (2009 p.118 tradução livre). O autor entende que, com o federalismo, há múltiplas identidades, múltiplas regras normativas e múltiplas jurisdições; tudo dentro do mesmo Estado.

Para ele, o Estado plurinacional é mais um passo nessa caminhada. É perceptível que o autor tem ideias progressistas visando o dia em que o Estado seja igualitário. Contudo, também entende que não é necessária a ruptura com o Estado, mas a “transformação estrutural”. Ademais, afirma que houve tensões, contradições, retrocessos e paradoxos nessa caminhada. Um destes foi o Estado multicultural – segundo vários autores, é o que caracteriza o Brasil – o qual, na verdade, é uma contradição pois deseja proteger a existência e a cultura dos povos indígenas sem que, ao mesmo tempo, os reconheça devidamente. Neste ponto, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, em 1992, já apontava para as contradições e omissões na legislação brasileira, colocando o Direito brasileiro como envergonhado (expressão dele) (1992, p.8).

Grijalva, então, defende o novo constitucionalismo, que deve ser dialógico, *concretizante* (expressão usada pelo autor) e garantista. Dialógico porque deve haver comunicação permanente com o intuito de entender o outro diferente pois, para o autor,

todas as instituições devem se transformar em foros interculturais; parlamento e judiciário inclusive. Deve ser *concretizante* porque este Estado tem muitas situações complexas para que a adequação entre a norma e a realidade social e cultural seja alcançada; assim, a interpretação constitucional deve ser intercultural. Grijalva toma como exemplo o devido processo legal, que não pode ser entendido de forma idêntica em todas as culturas; ou seja, os indígenas não precisam seguir padrões rígidos, mesmo assim, segundo ele, devem garantir o direito de defesa e a indagação da verdade. Por fim, este constitucionalismo deve ser garantista porque, desta deliberação entre culturas, surge soluções interculturais calcadas nos valores constitucionais e nos direitos humanos, ainda que estes – especialmente os direitos individuais – estejam sob nova perspectiva; pois, o direito de identidade individual, livre desenvolvimento da personalidade, religião e consciência podem ser exercidos somente em relação à própria cultura.

Nestas ideias, nos parece que Grijalva entra em contradição – uma bastante comum entre os autores que comentam o tema: primeiramente, afirmar que o Estado pluricultural e plurinacional deve ser garantista, assegurar os direitos humanos, e, seguidamente, explicar que estes direitos devem ser exercidos dentro de sua própria cultura. Ora, o que poderia ser feito caso o indivíduo discordasse de sua cultura? O que aconteceria se esse mesmo indivíduo quisesse mudar de cultura? Muito mais importante ainda: O que aconteceria se a cultura em questão fosse uma das que desrespeita direitos humanos básicos como a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, o direito à vida, o direito a não ser torturado, a igualdade no tratamento entre os sexos, entre outros? Por que os direitos pertencentes a um grupo são mais importantes que os individuais? Essas são perguntas não respondidas por Grijalva.

Mais adiante, em seu texto, o autor afirma que “é importante a diminuição das limitações à Jurisdição Indígena” (2009 p.130). Todavia, não explicita se o limite da Constituição Equatoriana de 2008 – respeito às normas constitucionais e aos direitos humanos – é ou não é demasiado; apenas diz que o controle constitucional sobre a Jurisdição Indígena não pode desvirtuar a autonomia e a diferença cultural e que devem ser analisadas sob a compreensão intercultural.

Para isso, Grijalva (2009, p. 130) cita o artigo 57.10 que dá aos povos indígenas o direito coletivo de “criar, desenvolver, aplicar e praticar seu direito próprio ou consuetudinário” com o limite, no próprio artigo, de não poder violar direitos constitucionais; especialmente os de mulheres, crianças e adolescentes.

Para Grijalva (2009 p.131) a questão mais complexa a ser resolvida na Jurisdição Especial Indígena é a matéria da competência ou vinculação de jurisdição e território indígena. Porque há locais em que o território indígena é bem delimitado e quase não há população não-indígena, todavia, outros locais não há um território exclusivo (dos indígenas) e há bastante convivência entre indígenas e mestiços, tanto nas zonas rurais quanto nas zonas urbanas. Aí fica difícil saber qual jurisdição aplicar, se a indígena ou a ordinária. O autor faz a crítica de que há necessidade de uma lei que coordene as competências.

Isso foi escrito em 2009, em nossas pesquisas vimos que até a presente data essa lei não foi aprovada, tendo um projeto de lei que foi apresentado em 2011, mas que está parado no parlamento equatoriano.

Essa *ley orgánica de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia indígena y la jurisdicción ordinaria* (conforme o projeto de lei) é de suma importância para regulamentar um dispositivo da Constituição Equatoriana de 2008, que dispõe que a jurisdição especial indígena deve resolver *conflictos internos*, mas não explica o que estes seriam. Grijalva critica o termo por ser muito geral e não delimitar se esses conflitos são apenas entre indígenas, se são apenas dentro de um território indígena e/ou se se restringem a conflitos que afetem diretamente uma comunidade indígena. Para o autor, essa imprecisão tem implicações práticas, como por exemplo quando conflitos acontecem entre uma comunidade (ou um indígena) e pessoas externas a ela, um roubo por exemplo.

Outro autor a ser estudado é Vargas, que é um advogado indigenista da Bolívia. Ele entende que o Estado Plurinacional “é o advento de uma foto completa do país, sem excluídos e sem excluidores”, onde há a chamada descolonização que acontece por meio da “coordenação e da cooperação entre saberes e práticas jurídicas existentes em um mesmo espaço estatal” (2009 p.164).

Essa coordenação e cooperação, deve vir de uma “vontade democrática” entre a autoridade ordinária e a autoridade indígena. Também deve incluir mecanismos complexos de solução de conflitos; possibilidade de a prova ser valorada a partir de perspectivas múltiplas e não unidimensionais; que a resolução seja efetiva para as partes e para a comunidade; tudo “em apego estrito aos Direitos Humanos Individuais e Coletivos” (2009 p. 164).

Vargas entende que a Lei de Deslinde Jurisdicional (lei boliviana que regula a Jurisdição indígena campesina originária) “tem a missão de assegurar os

direitos dos povos indígenas, e não de recortá-los, não lhes gerar obstáculos, gerar paz social, não gerar insegurança e não gerar arbitrariedades das justiças” (2009 p.165).

Vargas defende uma *democracia igualitária* que seria um passo adiante e superior à *democracia participativa*. Aquela é algo que só é possível mediante uma descolonização do Estado a partir do próprio Estado (2009 p.165).

Interessante notar que esse autor, apesar de querer a reconfiguração e descolonização do Estado, defenda os Direitos Humanos universais.

Lozano, é outro autor que se debruça sobre o tema em questão. Ele cita uma decisão da corte constitucional da Colômbia que chama de contraditória. Nesta sentença foi expresso que: “os direitos fundamentais constitucionais constituem o mínimo obrigatório de convivência para todos os particulares. A sujeição à Constituição e à lei é um dever de todos os indivíduos nacionais em geral, incluindo os indígenas”. Para o autor essa limitação foi feita sob “a lógica do direito clássico e de direitos humanos ocidentais” e isso prejudica a “proteção diferencial aos indígenas”, ainda que em outros momentos a legislação cita a independência e autonomia dos indígenas em pé de igualdade (2009 p.203).

Isso significa que para esse autor, não existem direitos humanos universais, na prática aquilo que está nas declarações internacionais de direitos humanos são apenas “direitos humanos ocidentais”. Fica as perguntas não respondidas por ele: povos não ocidentais tem outro entendimento do que são direitos humanos? Isso legitima seus costumes? Outra pergunta: só porque são costumes de povos originários, só porque são parte de sua cultura, devemos defender como direito coletivo acima dos direitos individuais de determinado indivíduo pertencente àquela cultura?

Ele faz críticas a corte constitucional por, ao longo do tempo, perder o sentido progressista em suas sentenças, reforçando estruturas clássicas e buscando uma “homogeneização com predomínio dos padrões ocidentais” (2009 p.203).

Lozano cita pesquisas com representantes dos povos indígenas que demonstram que a grande maioria sequer conhecia as sentenças e decisões da corte constitucional, o que o leva a concluir que “é evidente, como no interior das comunidades, a Corte Constitucional não tem representado relevância alguma na garantia de seus direitos, e a percepção da sua eficácia como instrumento é quase nula” (2009 p. 208).

Por fim ele conclui que, em alguns momentos houve sentenças progressistas que ampliaram e efetivaram direitos indígenas. No entanto, em outros esse não foi o

caso. Para o autor, na prática “a aplicação do Direito depende do juiz da vez”. A jurisprudência da Corte Constitucional, para o autor, não foi o instrumento imaginado para garantir progresso, mas proporcionou alguns elementos para proteção dos direitos dos povos indígenas (2009 p. 204).

Trazendo à baila outra autora para a discussão, temos Silvina Ramírez que entende que os Estados modernos da América Latina inspiraram suas constituições na revolução francesa e na Constituição norte-americana, e que essas constituições que se baseiam em “direitos de abrangência universal” foram incapazes de respeitar genuinamente as diferenças e de preservar as identidades. Ou seja, essas constituições violam o direito de igualdade ao não proteger o direito de diversidade desses povos existentes em seus territórios (2009 p.215).

A autora faz a seguinte pergunta em seu texto: “as mudanças nas constituições nacionais (que seguem mantendo o mesmo modelo constitucional herdado na conformação dos Estados), podem, à sua vez, produzir transformações genuínas na distribuição dos poderes dentro do mesmo Estado?” (2009 p. 217).

A resposta da autora é: não. Para ela, esses modelos constitucionais, mesmo quando tem fórmulas de reconhecimento, não representam adequadamente as diferentes nações e consideram todos um único povo que tem direito de representação por meio do voto, o que acaba por desconhecer a vontade de outros povos (2009 p.218).

Comentando sobre as Constituições de Bolívia e Equador, a autora diz que, em tese estas poderiam ser definidas como um modelo de democracia direta ou deliberativa, mas o problema é que continuam com a mesma divisão de funções (Executivo, Legislativo e Judiciário) e com uma concentração de prerrogativas no Poder Executivo (2009 p. 220).

Ela coloca sete problemas ainda pendentes nesses novos textos constitucionais: a) *qualidade programática das normas constitucionais*, ou seja, mesmo que haja profusão de direitos, não está claro que estes serão efetivamente garantidos; b) *executabilidade* (termo usado por ela) *das sentenças que protegem os direitos constitucionais*, para ela quanto mais densas em direitos forem as constituições, mais difícil a garantia do cumprimento destes por meio das sentenças dos juízes; c) *defesa dos direitos constitucionais*, ela acha muito improvável que as cortes consigam garantir o cumprimento dos dispositivos legais e de seus próprios dispositivos judiciais; d) *linguagem normativa e retórica*, a autora destaca que a linguagem técnica acaba sendo

inacessível e isso contribui para que a constituição seja mais uma ideia de regulação do que uma ferramenta de transformação; e) *a constituição como vontade popular ou como um pacto entre os povos*, aqui a autora coloca como no constitucionalismo clássico o povo soberano tem sua vontade expressa como vontade popular, enquanto que os demais povos não tem sua vontade expressa, por isso deveria haver um *pacto entre povos*; f) *instituições não-indígenas dominantes no desenho constitucional*, o que a autora quer dizer, é que no novo constitucionalismo, ainda que houve incorporação da presença indígena, isso não é suficiente, pois são privilegiadas as instituições não-indígenas, predominando uma visão diferente das formas locais e tradicionais de organização de poder dos indígenas; g) *nova concepção do Estado de Direito*, antes, quando surgiram as constituições, a ideia era equilibrar a regra da maioria, com um governo limitado que preteja as minorias, agora, segundo a autora, deve-se discutir sobre “quais são os caminhos mais idôneos para gerar equilíbrios que protejam definitivamente os direitos fundamentais de todos”. Ou seja, precisa-se limitar as decisões do Parlamento, mudar a forma da constituição do Judiciário, e entre outras coisas, redefinir o marco normativo e político para proteger os direitos das minorias (2009 p.221-229).

Silvina Ramirez afirma que “em nossa história constitucional, as constituições sempre mostraram sua face mais amável, aceitando cada vez mais direitos”, mas na prática isso foi só retórica. As constituições não foram “ferramentas que possibilitassem a participação ativa na conformação de um Estado do qual fazem parte os diferentes povos indígenas” (2009 p. 231).

No Brasil temos alguns autores que falam sobre a pluralidade do Direito e os direitos indígenas. Fernando Dantas (2014) é um que entende que os direitos diferenciados em razão de grupo requerem, antecipadamente, o pleno reconhecimento formal das múltiplas identidades formadoras do tecido social do Estado e a constante negociação no estabelecimento de direitos especiais e meios de efetividade. Deste modo, o autor ressalta que uma pergunta se impõe: quais são esses direitos identitários e culturais diferenciados, dos quais são titulares os povos indígenas? A resposta para o autor carrega um nível de complexidade impossível de ser detalhado à exaustão. Duas razões são apontadas por ele, a saber: a) a diversidade de povos e organizações sociais; b) as noções de identidade e de cultura não são estanques, puras, tampouco estáticas, o que requer uma noção dinâmica desses direitos.

O autor cita Souza Filho para rechaçar a universalidade dos direitos humanos, pois essa ideia foi imposta a todas as culturas, em realidade, segundo este, cada povo constrói seus próprios direitos humanos, segundo seus usos, costumes e tradições, sendo assim, não existem direitos humanos universais, o que existe é um direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos, apenas não podendo violar os direitos humanos dos outros povos (Dantas, 2014).

Carlos Marés, outro autor brasileiro que trata da questão dos indígenas, trata de que existem pelo menos dois tipos de direitos, “um que pertence a toda a humanidade e outro que pertence a cada povo” (2013 p.27). Essa frase faz parecer que o autor entende de que há um direito universal aplicado a todos os humanos, mas não é exatamente o que ele entende, pois sempre que entrar em choque os direitos dos indígenas com o outro direito, ele crê que deve ser aplicado os direitos indígenas. Por exemplo, ao falar do exercício da religião própria dos indígenas, caso esta se choque contra a “cultura dominante e até mesmo a norma estatal”, entende ele que não cabe “qualquer sancionamento legal à conduta tradicional” (2013 p. 19).

Marés completa seu raciocínio afirmando que há um direito coletivo que

“é o direito que tem como sujeito os próprios povos a sua existência, que não pertence a todos, mas apenas àquele povo determinado. É claro que estes também são direitos coletivos, porque não são a mera soma de direitos subjetivos individuais, pertencem a um grupo sem pertencer a ninguém em especial, cada um é obrigado, e tem o dever de promover a sua defesa, que beneficia a todos. Este direito é indivisível entre seus titulares, uma eventual divisão do objeto fará com que todos os titulares do todo continuem titulares das partes, não são passíveis de alienação, são imprescritíveis, impenhoráveis e intransferíveis” (2013 p.28)

O mesmo autor, já em 1992 fazia a crítica de que os Tribunais Superiores no Brasil tinham uma visão integracionista. Ou seja, não aplicavam ou reconheciam o direito indígena quando entendiam que estes já estavam suficientemente aculturados, para ele, essa visão é o porquê de ser

“tão difícil para comentaristas e juízes entenderem por que os índios devem ter regalias apenas porque são índios. Na visão dominante, a única justificativa para atenuar as penas e minorar os efeitos de sua aplicação aos índios, é o fato de que eles teriam um entendimento incompleto do caráter delituoso, por falta de compreensão das regras sociais e, numa visão que chega ao limite do racismo, por entender que os índios pertencem a outra sociedade, cultural e organizativamente diferenciada, de tal forma que o tipo de pena e a forma de seu cumprimento deve também ser diferenciado” (1992, p.18-19).

Saindo do Brasil e nos voltado para o Peru, encontramos o povo *Aymara*. Eles têm uma prática chamada de *servinacuy*, onde se realiza um casamento entre um

adulto e uma menina de 12 a 14 anos de idade, sempre com o consentimento da família de ambos. Este costume, também é encontrado em outros povos indígenas.

Peña Jumba é um autor que reflete sobre essas a universalidade dos direitos humanos fazendo uma análise das práticas desse povo, ele traz as seguintes perguntas: essa prática poderia ser concebida como violação à integridade física, psíquica e moral da menina (abuso sexual)? Seria esse um fundamental violado pelos costumes indígenas? Portanto um limite à esta cultura? Estariam as autoridades indígenas obrigadas a respeitar e aplicar esse direito fundamental em sua Justiça Comunal (termo equivalente no Peru à Jurisdição Especial Indígena)? (Peña Jumba 2009 p.277).

Peña Jumba entende que existem dois grupos de direitos fundamentais: os substantivos e os adjetivos. No caso dos direitos fundamentais substantivos, estes seriam valores, princípios, conceitos básicos que são validos independentemente de apreciação externa. Poderiam ser descritos como de conteúdo inerente a pessoa. São direitos reconhecidos pela Constituição, tratados internacionais ou códigos, mas vão muito além de reconhecimento formal. Para o autor são: o direito à vida, direito a integridade física, direito à liberdade individual, direito à propriedade, direito a inviolabilidade de domicílio, direito ao trabalho, direito ao bem-estar da família, direito à moradia, direito a educação, direito ao meio ambiente saudável, entre outros. O autor ainda afirma que seriam quaisquer direitos ligados à dignidade do homem ou na soberania e organização da sociedade (Peña Jumba 2009 p.277).

O segundo grupo, direitos fundamentais adjetivos, se referem a valores, princípios e conceitos procedimentais que tornam possíveis os direitos fundamentais substantivos. Também estão reconhecidos na Constituição e em tratados internacionais, o autor destaca o direito ao devido processo legal e a tutela efetiva. Dentro desses, estariam o direito a não ser condenado em sua ausência, o direito a não ser punido sem processo judicial, o direito a mais de um grau de jurisdição, o direito a uma defesa, o direito de presunção de inocência, o acesso à justiça, o direito de ação e petição, etc. (p.279).

Ao comentar sobre os direitos humanos, o autor levanta a questão: os direitos humanos tal como concebemos os peruanos, em nossas cortes e órgãos governamentais, são os mesmos concebidos pelas autoridades alemãs, belgas, americanas ou japonesas? Ele entende que não (2009 p.280).

Para Peña Jumba, estabelecer limites a diversidade de concepções dos direitos fundamentais da pessoa é uma tarefa muito difícil, senão impossível. Porque uma

avaliação do que é “injusto” o do que “viola os direitos fundamentais” da pessoa dependerá de como é avaliado. Para explicar, ele coloca quatro cenários possíveis (2009 p.283): 1) se avaliamos um fato X ocorrido em nosso próprio grupo social ou cultural como injusto ou que viola os direitos fundamentais desde a perspectiva de nosso próprio grupo social ou cultural; 2) se avaliamos um fato Y ocorrido em outro grupo social ou cultural como injusto ou que viola direitos fundamentais desde a perspectiva de nosso próprio grupo social ou cultural; 3) se avaliamos um fato Y ocorrido em outro grupo social ou cultural como injusto ou que viola direitos fundamentais desde a perspectiva do mesmo grupo social ou cultural em que o fato ocorreu, não levando em consideração nossa própria perspectiva de grupo social ou cultural; 4) se avaliamos um fato X ocorrido em nosso próprio grupo social ou cultural como injusto ou que viola direitos fundamentais desde a perspectiva de outros grupos sociais ou culturais, não levando em consideração nossa própria perspectiva de grupo social ou cultural;

Para Peña Jumba, somente parecem corretos as avaliações nos cenários 1 e 3, entretanto no caso número 3 há um grande obstáculo de execução. Ele questiona se é possível ou até que ponto se pode desprender de nossa própria perspectiva de grupo social ou cultural para julgar algo com base na perspectiva de outro grupo social ou cultural (2009 p.284).

Por essa razão, Peña Jumba entende, que a regra mais simples é que é muito difícil (até contraditório) julgar e punir alguém por algo injusto ou que viola direitos fundamentais desde uma perspectiva de grupo social ou étnico diferente. Segundo ele, somente os membros de um determinado grupo étnico ou cultural podem afirmar validamente que determinado ato é contrário ao que é percebido como justo naquele grupo (2009 p.284).

Peña Jumba afirma que uma sociedade “A”, pelo fato de estar em melhor situação econômica ou ser mais desenvolvida e organizada do que uma sociedade “B”, não tem legitimidade de julgar e punir (muito menos regulamentar) ou avaliar validamente um fato dentro dessa segunda sociedade que considere contrário a sua própria concepção de direitos fundamentais (2009 p.284).

Para Peña Jumba o limite de direitos fundamentais da Justiça Comunal ou Jurisdição Especial Indígena se encontra na própria concepção do grupo que pratica a Justiça Comunal ou jurisdição especial indígena (2009 p.284).

O autor aduz que para se julgar algo de outra cultura precisamos seguir três passos: primeiro ter uma atitude de compreensão com esses atos ou fatos

considerados como injustos ou que violam direitos fundamentais desde nossa perspectiva; segundo, fazer uma avaliação ou pesquisa sobre o porquê de este ato ou fato ser considerado “mau” em nossa perspectiva mesmo sendo considerado “bom” em outra concepção de grupo social; terceiro, iniciar uma campanha de demonstração pela qual submetemos nossa concepção de direitos fundamentais à outra concepção de direitos fundamentais, nisso mostrar qual concepção de direitos fundamentais é melhor ou qual torna a convivência entre os membros de grupo sociais diferentes. O resultado da campanha seria a síntese da confrontação de concepções diferentes (Peña Jumpa 2009 p.286).

Aliás, voltando ao caso de *servinacuy*, onde há matrimônio entre um adulto e uma criança de 12 a 14 anos, alguém que não é deste grupo cultural julgar e punir por este fato é algo inconstitucional segundo a interpretação de Peña Jumpa (na Constituição do Peru). No mesmo sentido, para o autor julgar as chicotadas que indígenas dão como punição para furto e roubos como injusto também é inconstitucional, no entendimento do autor, por contrariar o direito à identidade étnica ou cultural daquele grupo social (2009 p.285).

A nosso ver, o autor entra em contradição, pois no início de seu texto ele fala dos direitos fundamentais substantivos e adjetivos. Até aí, concordamos com ele em suas definições. E estas, parecem advogar para uma ideia de direitos humanos fundamentais. Mas depois, ele nega completamente essa ideia e ainda afirma que uma cultura não pode julgar outra. E aqueles casos que citamos outrora? Como o de uma cultura querer exterminar outra? Temos que respeitar e não podemos julgar isso como algo inerentemente errado? Neste ponto, discordamos do autor.

Thaines e Meleu (2018, p. 200) afirmam que na contemporaneidade, há uma tentativa de se universalizar os direitos humanos como “norma mínima” a que pode ser aplicada por todos Estados em seu ordenamento interno, isso também seria necessário para integrar a comunidade internacional. Portanto, vemos que a discussão sobre a universalidade dos Direitos Humanos é um tema um tanto quanto complexo. Como os autores acima mencionam, além das questões dentro dos próprios países, estão as questões voltadas ao relacionamento entre países em órgãos internacionais. Assim, na sequência vamos ponderar no próximo capítulo o conflito entre os direitos individuais e os direitos coletivos, uma vez que ambos estão positivados nos tratados internacionais.

4 – CONFLITO ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E DIREITOS COLETIVOS

Sobre o tema da pluralidade de sistemas jurídicos é preciso cotejar a ênfase dada por um sistema aos direitos individuais ou aos direitos coletivos. Não foi encontrado por nós nenhum sistema que contivesse apenas direitos individuais ou apenas direitos coletivos. Sempre haverá determinada quantidade de ambos. A questão é que existem sistemas voltados mais para o indivíduo e outros com maior ênfase nos direitos coletivos. Normalmente, as legislações limitam os dois tipos de direito. É bastante comum os autores que defendem o pluralismo jurídico exaltarem os direitos coletivos e olharem com desdém os direitos individuais. Por isso, neste capítulo, ponderaremos os direitos individuais e os coletivos para, então, analisarmos e comentarmos casos concretos envolvendo ambos os direitos na Jurisdição Especial Indígena.

Wilhelmi (2009, p. 141) é um autor que comenta sobre os “diversos freios ao reconhecimento da pluralidade”. Ele apresenta que a legislação ocidental coloca muitas amarras nos direitos coletivos. O primeiro dos freios mencionados é a subordinação dos direitos ao desenvolvimento legislativo; ou seja, os direitos coletivos devem ser dados pelo legislativo que tem a ideia monista do direito. O segundo freio é a ausência de correlação entre esses direitos e o resto dos artigos da constituição. O terceiro são a fragilidade do reconhecimento do Direito Indígena e a possibilidade de sua própria legislação. O quarto são as cláusulas de freio dentro das constituições que normalmente positivam algo como “que não entrem em contradição com os textos constitucionais e com os direitos humanos”. Para o autor, isso põe em xeque a própria constitucionalidade dos Direitos Indígenas; ou seja, quando há delimitações de alcance, a eficácia dos direitos indígenas é retirada, anulando-os consequentemente (2009 p.141).

Prossegue, o autor, ao afirmar que essa situação causa o não reconhecimento da autenticidade desses direitos como subjetivos, senão apenas como concessões do poder político que permitem determinadas manifestações de sua cultura – idioma, costumes, tradições, organização social etc. Com a subordinação, os direitos coletivos dos indígenas respondem a uma única cultura dominante de forma que a Constituição e os direitos individuais “assumem função homogeneizadora”. Para o autor, isso pode ser equiparado ao reconhecimento de manifestações culturais dos indígenas permitidas na época colonial (2009 p. 141 e 142).

A conclusão de Wilhelmi é que, desse modo, o princípio da igualdade jurídica se torna instrumento (desde a formação dos Estados Nacionais) para impor o direito estatal (considerado neutro) e delimitar o espaço pluricultural de convivência (2009 p.142). Mais, a neutralidade pretendida ocorre quando há nas normas, critérios que sejam universais, provindos da razão, que por sua vez, fazem parte de determinada cultura constitucional. Esta, configurada como estrutura jurídica, separa dois polos: o Estado e o indivíduo. Sendo que os únicos direitos subjetivos são os individuais, que são considerados elementos de referência (2009 p.142). Assim, o autor faz a seguinte crítica: nessa configuração, apenas o Estado representa interesses coletivos, estes não são prévios ao Estado, mas concessão deste. E conclui: isso significa que o constitucionalismo, mesmo aquele concessor dos direitos coletivos e subjetivos dos indígenas, é apenas uma estrutura para reafirmar o “monismo cultural de uma antropologia de ficção” (2009 p. 142).

Chega a ser paradoxal esse raciocínio do autor. Para ele, os direitos coletivos são anteriores ao Estado. Se é assim, por que os direitos individuais não o são? Ele tem alguma razão ao afirmar que os direitos são concessão do Estado, dado que é assim que o Estado age. Certamente, essa não é nossa posição pois defendemos que existem direitos inerentes ao ser humano; portanto, estes não são concessão do Estado. Em outro ponto, Wilhelmi afirma que os direitos individuais assumem função homogeneizadora, se for para garantir o mínimo que estamos defendendo, esta é a mais nobre função de uma legislação, pois todos os seres humanos merecem ter um mínimo de direitos garantidos.

Pablo Ianello (2015), apresenta as principais críticas a este modelo e, em resposta, algumas possíveis sugestões. Segundo o autor, um dos primeiros teóricos que se debruçou sobre o tema foi Durkheim, quem formulou crítica contundente ao individualismo do contratualismo de Hobbes e Locke. Para Durkheim, o Direito é um “fenômeno de solidariedade mecânica e orgânica”; dessa forma, tudo o que é jurídico é apenas resultado de “uma manifestação das condições sociais existentes” (2015).

Ianello também cita outros autores que, ao estudarem o tema, colocam que “as normas dependerão da estrutura social” (Radcliffe-Brown) e também a ideia da “seleção situacional” (Pritchard), em que os protagonistas do conflito escolhiam do “menu de opções normativas aquelas que melhor se adequavam a seus objetivos para resolver um conflito” (Ianello 2015, tradução livre). Outro teórico citado, Malinowski, fala de Direito associado à ideia de controle social, sendo que o Direito deve ser definido

por sua função, não por sua forma. Sendo assim, a função do Direito está atrelada a regulamentação de comportamentos concretos. Essas abstrações de pautas concretas de comportamento resultam na ordem social; por isso, “o Direito é tão plural como a própria sociedade” (Iannello 2015, tradução livre).

Por fim, Iannello menciona a ideia de “direito vivo” de Eugene Elrich, na qual o autor propõe a ideia de que o Direito não é sinônimo de centralismo estatal pois, o Direito, trata de associações humanas que produzem normas de controle social; situações das quais surge o Direito tal qual ele é. Ou seja, o que se entende por Direito, na realidade, é algo imaterial – porém, vivo – que é encontrado no cotidiano de uma sociedade qualquer. Iannello considera como a principal contribuição de Elrich o enfoque dado ao estudo do Direito desde as condições de adaptabilidade das normas (2015, tradução livre).

Continuando no tema, o autor menciona que, a partir das décadas de 1960 e 1970, o estudo do pluralismo jurídico virou tendência quando os teóricos decidiram analisar o Direito de outras perspectivas que não a do centralismo jurídico. O que favoreceu essa tendência foi o processo de descolonização ocorrido na África e na Ásia. Assim, o que anteriormente estava relegado aos estudos antropológicos, a partir de então, passa a ser estudado nos meios acadêmicos de Direito com o propósito de entender os problemas sob “outras formas de Direito” (2015 tradução livre).

Assim, os estudos trouxeram uma série de conceitos; dentre os quais Iannello destaca três: a) interação de diferentes ordens jurídicas com estruturas conceituais substancialmente diferentes; b) a atenção dedicada a elaboração de um costume histórico em uma determinada cultura jurídica; c) a dialética que possa existir entre as ordens jurídicas existentes (2015, tradução livre).

A partir dos anos de 1970, novos estudos foram realizados, aplicando o pluralismo jurídico à sociedades não colonizadas. Este novo enfoque buscava relacionar a existência de diferentes níveis normativos coexistindo em uma sociedade em determinado momento; e, ainda que interconectados, possuam certo grau de independência da ordem central. A dificuldade encontrada foi o fato de as ordens normativas não estatais serem de elevado nível de dificuldade em sua detecção (Iannello 2015).

Assim, segundo o autor, a crítica a ser feita é: o pluralismo jurídico (atual) surgiu como instrumento de combate contra o centralismo jurídico do Estado. Isso porque, assim entendem os proponentes, o Direito desenvolvido pelo Estado não é o verdadeiro Direito. Essas concepções, que tentam explicar o fenômeno jurídico desde a

perspectiva intercultural, rechaçam a ideia do Direito Estatal simplesmente pelo fato de o Estado ser realidade contingente geográfica e temporal (2015, tradução livre).

Outros autores citados por Ianello são: Pospisil, Hooker, Griffiths e Leopold. O primeiro assevera que cada sociedade se articula em subgrupos e cada um deles tem seu próprio sistema legal. O autor tem uma noção ampla de legalidade que não contempla a do simples positivismo jurídico. Significa que não há sociedade que seja regida somente por um sistema legal.

O segundo autor, Hooker, tem uma das definições mais difundidas (segundo Ianello). Ele afirma que pluralismo jurídico pode ser entendido como a aplicação de sistemas jurídicos distintos e soberanos, mas que tem algum tipo de relação destes sistemas paralelos com o sistema central.

Griffiths, faz uma distinção do pluralismo jurídico, como conceito encontrado nas ciências sociais, e de sua proposição jurídica. O primeiro se refere a determinada situação comprovada empiricamente em determinada sociedade. O segundo trata da coexistência de duas ou mais ordens jurídicas geradas a partir do processo de colonização. Este autor entende que essas sociedades herdaram dos tempos coloniais a ideia do centralismo jurídico estatal. Ele critica as explicações sobre o tema pois estas eram de caráter prescritivo em vez de descritivo; o que expôs como o Direito deveria ser, não como ele é de fato.

Neste sentido, Ianello aponta para dois tipos de pluralismo jurídico: o forte e o fraco. O pluralismo forte é aquele que reflete os verdadeiros atos em uma sociedade, ou seja, um estado empírico de Direito. O pluralismo fraco se refere ao estado no qual o poder soberano outorga validade a diferentes sistemas jurídicos, permitindo a coexistência deles. Essa ideia de pluralismo jurídico fraco leva a uma ideia de centralismo jurídico fraco também (2015, tradução livre).

O autor exemplifica como pluralismo jurídico fraco o que ocorreu nos territórios administrados pela Companhia das Índias Orientais, a partir de 1772, onde era reconhecido que as normas preexistentes deveriam se adaptar às categorias do regime legal central (Ianello 2015).

Desta forma, Ianello conclui que pluralismo jurídico não é simplesmente a oposição ao regime jurídico monista. Significa que a existência de diferentes regras aplicáveis a diferentes partes da população não significa necessariamente a existência de ordem jurídica plural, no sentido forte mencionado, em virtude da possibilidade de um Estado reconhecer diferentes sistemas normativos (2015).

Pablo Ianello admite que a proposta conceitual de pluralismo jurídico, por Boaventura de Sousa Santos, é moderna e bem aceita nesta corrente de pensamento. Na definição deste, o direito é um corpo de procedimentos regulares e padrões normativos que podem ser justificados em qualquer grupo determinado, vinculando a criação de mecanismos para a prevenção e resolução de disputas através do discurso argumentativo associado a ameaça do uso da força (2015). Ianello entende ser bastante funcional esse conceito pois ele mesmo compreende o Direito como a noção de se manter a ordem social através da solução de conflitos; sendo, também, necessário que estejam presentes elementos para que um conjunto de normas possa ser reconhecido como Direito. Entretanto, apesar de tecer alguns elogios, Ianello também ressalva que esses elementos, entendidos por Sousa Santos como constituintes do Direito, são demasiadamente amplos; o que permite, praticamente, a qualquer conjunto de normas ser considerado como Direito. Sousa Santos tenta resolver essa amplitude conceitual restringindo a seis estruturas sociais.

Ianello afirma que “a existência de conflito no pluralismo jurídico parece ser uma de suas essências” (2015, tradução livre). Ele prossegue dizendo que os proponentes dessa corrente encontram inconsistências entre o que se denomina Direito e o que realmente é Direito. Para estes, o que se denomina Direito é proveniente do Estado hegemônico, mas existem também outros campos normativos cumpridores das funções do Direito.

Masaji Chiba, outro autor destacado por Ianello, toma o pluralismo jurídico como uma proposta não conflitiva; e propõe nova investigação, desse conceito em dois níveis: o interno e o externo. O nível interno é formado pela relação hierárquica de normas, na qual é permitida a incorporação de – ou, a articulação com – outros sistemas legais existentes, próprios de grupos menores como sindicatos, universidades e os indígenas. No nível externo, por sua vez, é possível haver gradual e crescente ingerência de sistemas transnacionais que interferem nas normas positivas do Direito estatal (Ianello 2015).

Ianello conclui que a questão mais importante não é mostrar os conflitos existentes dentro do pluralismo jurídico, mas saber administrá-los de maneira a solucionar as causas geradoras destes conflitos de acordo com as convicções sociais prevalentes (2015).

Pablo Ianello afirma que é correta a pretensão dessa corrente em mostrar que a afirmação “o Direito só provém de criações legislativas do Estado-nação” é

equivocada. Ele ainda afirma que não é difícil perceber, em nossos dias, o caráter pluralista do Direito. Posição com a qual aquiescemos.

Pablo lanello concorda em partes com os outros autores sobre o fato de o pluralismo jurídico ter problemas em termos analíticos e em sua instrumentalidade. Na questão analítica, a definição do que é Direito é um dos problemas que não é considerado pelo autor como próprio do pluralismo jurídico. Não há consenso sobre esta definição, apenas de que há variadas formas de Direito. Outro problema está na ideia de que nem todo o tipo de Direito é estatal; assim, se aceitarmos essa ideia, segundo lanello, os limites do que é jurídico são quebrados até que qualquer sistema normativo possa ser denominado Direito. Os que pensam o pluralismo jurídico concebem o Direito como algo imaterialmente vivo e que suas regras evoluem de forma espontânea na vida social. Esta ideia de Direito vivo, alerta lanello, acarreta problemas ontológicos sobre o Direito (2015).

Seguidamente aos problemas analíticos, estão os problemas de ordem instrumental. Existe grandes dificuldades em estabelecer relações entre Direito e Sociedade caso não tivermos uma definição clara do que é Direito. Como resultado, é impossível levantar dados exatos ou determinar quais padrões relevantes observar. Para finalizar, o autor aduz que as visões sistêmicas sobre pluralismo jurídico, apesar de consertar algumas falhas, mostrando as interrelações nos diferentes níveis normativos e sistemas jurídicos, não conseguem traduzir os conceitos em linguagem que não sejam reduzidos ao binômio legal/ilegal (lanello 2015).

lanello afirma que aceitar a coexistência de diferentes sistemas normativos no mesmo local não é algo tão problemático; pois, isso já ocorria em outros tempos da história ocidental, *v.g.* direito canônico e direito estatal vivendo em harmonia. Ele afirma que o Direito pós-moderno é plural e sua característica essencial é a de inexistir qualquer princípio unificador (2015).

lanello apresenta duas possibilidades para o pluralismo jurídico em termos teóricos: a) aceitar que é uma teoria meramente descritiva e que o Direito existente não é somente o estatal, mostrando suas interrelações com os diferentes sistemas; b) buscar algum critério de normatividade que permita explicar condições prescritivas de diferentes ordens jurídicas e como estas devem ser interpretadas.

O autor entende o sentido clássico de pluralismo (mais direitos além do estatal) como insuficiente. Principalmente agora que existe um tipo de Direito global que não pode ser reduzido a direito estatal/não estatal. Talvez, como ele afirma, tenhamos de

abandonar a ideia de famílias jurídicas (que serviram de base para a ideia de pluralismo jurídico) para ressaltar o conceito de “convergência de sistemas [jurídicos]” (Iannello 2015 tradução livre).

Ele também entende que falar de pluralismo jurídico somente no âmbito da dicotomia direito central/direitos indígenas é incompleto pois, na própria Europa, há estudos sobre direitos não-estatais para além das culturas indígenas. Por isso, a tendência desses estudos é de tratar da multiplicidade de sistemas legais. Por outro lado, na América Latina, as Constituições sofreram reformas para aceitarem os legados dos povos originários. Isto deve acarretar outra necessária reformulação dos mecanismos de raciocínio jurídico, segundo o autor, para que haja harmonia em função dos interesses concebidos; pois, atualmente existem múltiplas fontes do Direito, anteriormente não consideradas.

Entretanto, ressalta Iannello, é dever considerar a subjetividade dos operadores do Direito com respeito aos subsistemas legais dentro da mesma sociedade de acordo com os valores vigentes nesta. O que ele quis dizer é que a grande contribuição do pluralismo jurídico está em ajudar na compreensão destes operadores quando os sistemas jurídicos entram em conflito. Esta compreensão permitirá a harmonia entre os diferentes níveis na linguagem de diferentes culturas. Além de permitir encontrar pontos que contribuam para desenvolver novos conceitos legais que contenham elementos de ambas culturas.

Em nossa visão, Pablo Iannello fez excelente análise do que é o pluralismo jurídico na atualidade. Essa corrente de pensamento, apesar de suas contribuições conceituais, tem problemas de ordem lógica e filosófica inerentes, além do romantismo e da visão de mundo demasiadamente positiva, comentados por nós anteriormente. Concordamos com o autor ao afirmar que a ideia de pluralismo jurídico tem caráter meramente descritivo, pois quando a teoria tenta sair do âmbito descritivo, disfuncionalidades são encontradas, mas que os autores que a defendem não enfrentam.

Nas próximas seções, faremos menção a diferentes autores que analisaram casos concretos e expressaram sua opinião sobre possíveis soluções. Alguns são mais favoráveis à Jurisdição Indígena enquanto outros são mais críticos a ela.

4.1 – Violação de meninas na Argentina

Pablo Ianello (2015) analisa uma decisão do *Superior Tribunal de la Provincia de Salta*, na Argentina. Neste acórdão, houve um voto majoritário e um voto divergente.

O julgamento foi sobre o processo penal contra um integrante da comunidade *Wichi*; este, acusado de violar a filha de nove anos de sua concubina. O tribunal decidiu, por maioria, que a Câmara (tribunal responsável pelas apelações) não havia considerado de maneira suficiente a identidade cultural do imputado em relação ao tipo penal encontrado no artigo 72 do Código Penal argentino.

No voto majoritário, a argumentação dos juízes foi em favor realizar avaliação de todos os dados existentes, acerca do presumido costume indígena, que convalidem relações sexuais prematuras; o que não guardaria correspondência estrita ao tipo penal de abuso sexual, algo que distorce a culpabilidade do imputado. Foram citados também artigos da Constituição Argentina e de leis infraconstitucionais que garantem respeito a identidade de povos indígenas.

O voto divergente, segundo Ianello, deve ser estudado pormenorizadamente. Nele, a juíza Dra. Garros Martínez argumenta que não se pode deixar de aplicar a lei penal por conta de um exercício indiscriminado dos direitos derivados da sua condição de indígena e de sua identidade cultural, a menos que estes sejam considerados como direitos constitucionais absolutos. Também argumenta que uma decisão em tal sentido teria como consequência a desconsideração de outros direitos individuais. Ela prossegue afirmando que a conjunção carnal sob suposto consentimento em virtude de relações matrimoniais aceitas em certas comunidades indígenas viola objetivamente direitos à integridade pessoal e à dignidade do ser humano, os quais não devem deixar de ser garantidos por conta da etnia dos envolvidos, uma vez que esses direitos humanos devem ser aplicados igualmente a todos.

A juíza reconhece que deve ser dada atenção à diversidade cultural como requisito essencial de eficácia das normas de direitos humanos, no âmbito nacional e internacional; porém, manifestações culturais não devem ser sobrepostas aos padrões de direitos fundamentais da pessoa humana universalmente reconhecidos. Ela ressalta a importância da diversidade cultural, mas rechaça o chamado “relativismo cultural”.

A não aplicação do tipo penal, segundo a juíza Dra. Garros Martínez, não implicaria no respeito a sua cultura, ao contrário, implicaria na desvalorização discriminatória dessa cultura ao impedir o acesso a condições de progresso do grupo a que pertence. Ela termina por votar contra a inimputabilidade em razão da fluida comunicação com a cultura que circunda a comunidade indígena, tendo o acusado inclusive passado pelo sistema educacional regular (Ianello 2015).

Ianello, em análise, observa a clara existência de dois sistemas normativos conflitantes. O que se encaixa em sua definição de pluralismo jurídico fraco. No entanto, ele entende a tradição cultural como um fato, não como um direito. No julgamento, “em nenhum momento se menciona como integrar um sistema de normas indígenas ao sistema de direito penal argentino”. O que acontece é a discussão sobre ponderações de direitos dentro do sistema jurídico argentino, incluindo as normas que garantem a identidade cultural. Ele ainda menciona a insuficiência da ideia dicotômica direito estatal/direito não-estatal, devido às normas do direito transnacional (Pacto de São José da Costa Rica) que tem foram citadas no caso (2015).

O autor afirma que os juízes argentinos deixaram claro em sua decisão a subordinação hierárquica do sistema cultural indígena ao sistema positivo de regras da Argentina. Isso fica especialmente claro quando, no voto divergente, foi afirmado que “o imputado tem fluída comunicação com a cultura que o circunda e já esteve integrado ao sistema educativo dessa cultura” (Ianello 2015, tradução livre). Essa afirmação no voto leva a questionamentos do citado autor sobre qual o “grau de fusão entre aquela cultura e a tradição ocidental”. Para ele, parece que o ‘arrazoamento de ponderação’ e o ‘princípio da proporcionalidade’ são os critérios que permitem a solução de conflitos.

No voto dissidente, vemos uma reação ao chamado “relativismo cultural”. Parece que esse é o limite ao Estado Constitucional de Direito, que não está realmente fundamentado no direito estatal, mas no Direito Transnacional (Ianello 2015).

Destacamos a ideia do autor de que a cultura indígena é um fato, não um direito. Melhor definição, não poderíamos dar. Ao nosso ver esse é o grande problema da maioria dos autores citados. É louvável defender o direito de se ter suas tradições culturais como povo, algo muito diferente (não tão louvável) é elevar esse direito ao nível em que esse seja sobreposto a todos os outros direitos, inclusive à própria vida de um ser humano.

4.2 – Infanticídio indígena no Brasil

Neves (2014) traz alguns casos práticos que muito elucidam esses desafios do pluralismo jurídico. Ele trata do caso dos Índios *Suruahá*, situados no Amazonas, que têm uma norma consuetudinária para matar recém-nascidos com deficiência física. Outra tribo de indígenas da etnia *Yawanawá*, no Acre, matam um dos gêmeos recém-nascidos. Essas práticas também são comuns entre os *Yanomami* e algumas outras etnias.

O autor afirma ser esse um conflito praticamente insolúvel entre o direito de autonomia cultural e o direito à vida. Ele cita os seguintes casos que são muito esclarecedores: uma indígena *Yawanawá* denunciou ser vítima dessa prática (mataram um de seus recém-nascidos) em uma oficina de direitos humanos da Fundação Nacional do Índio em 2002. Também teve ampla divulgação pela mídia o caso de uma criança da etnia *Suruahá* com disfunção hormonal congênita, resgatada por um casal de missionários.

Neste contexto o Deputado Federal pelo Acre, Henrique Afonso, escreveu o Projeto de Lei nº1.057/2007; o qual criminaliza a prática de tirar a vida de recém-nascidos. Há quem defenda o direito fundamental à vida e os que entendem que essa criminalização pode ser vista como um tipo de genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas. Atualmente, o projeto de lei está na comissão de direitos humanos do Senado.

Neves (2014), citando Segato, trata da devida ponderação entre “o direito à vida do sujeito individual e o direito à vida do sujeito coletivo”. Para Neves, o melhor caminho para resolver essa colisão é o de garantir “jurisdição ou foro étnico” para que cada comunidade indígena “resolva seus conflitos e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio”. Ou seja, ele defende a implementação da Jurisdição Especial Indígena, com quase nenhum tipo de interferência estatal, mesmo em casos em que envolva o direito à vida.

Para Neves, essa medida não abre prerrogativas para que o lado mais poderoso (no caso, o Estado) simplesmente tolere o intolerante. Pelo contrário. Trata da capacidade de admitir a autonomia dos povos indígenas não submetida aos modelos do constitucionalismo estatal. Ele chama isso, paradoxalmente (segundo o próprio autor) de “império dos direitos humanos”, significando que esses não podem imperar, na verdade, o que deve imperar é a autonomia do sujeito coletivo. Nesse caso o autor

entende que direitos culturais são mais importantes que os individuais. Essa opinião do autor é bastante contraditória, voltaremos a ela adiante.

Para o autor, só pode haver interferência estatal caso haja manipulação das decisões comunitárias pelos mais poderosos, sem legitimidade na ordem normativa respectiva (dos indígenas), só então desaparece a autonomia étnica; que ele entende como o ideal. Ele aponta para a necessidade de haver postura de moderação por parte do Estado relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas, quando essas colidirem com normas de comunidades nativas fundadas em bases culturais diferentes.

Dessa forma, Neves ao tratar a questão do conflito entre o direito à vida e a preservação da cultura, defende que é mais importante deixarem os indígenas decidir no caso específico, se o recém-nascido vive ou não.

Conforme afirmado, essa opinião é contraditória com a afirmação dele que não se deve tolerar o intolerante. Ora, o que é mais intolerante do que uma violação ao direito à vida? Para nós, é inconcebível que o direito mais básico do ser humano, o direito à vida, seja negado para que seja defendido o direito à diversidade cultural.

Neves vai além, classifica a filosofia dos indígenas com relação à vida (incluindo neste caso tirar a vida de recém-nascidos) como ‘sofisticada’ e ‘tão digna quanto o cristianismo’. Afirmando também que não se deve submeter à autonomia coletiva a uma ‘moral universal’ dos direitos humanos. Ele reafirma que a prática não deve ser criminalizada por ser “*etnocida*” e eliminar os valores culturais. Para nós é inadmissível que valores culturais estejam acima do direito à vida, pois isso é deveras “tolerar o intolerável”.

Croceta e Sousa (2018) também comentam os casos de infanticídio indígena no Brasil. As autoras entendem que esse termo é equivocado uma vez que, na legislação brasileira, sua ocorrência está prevista somente no estado puerperal. Este não é o caso dos indígenas por uma “série de preceitos supersticiosos e de sobrevivência do grupo”; dentre os quais “prevalecem os interesses coletivos sobre os individuais” de forma a justificar a morte de uma criança recém-nascida (2018, p.4). Segundo a explicação delas a morte da criança poderia ser entendida como justificável com base em seus valores culturais.

As autoras também explicam que essa prática era muito comum nos povos indígenas da América pré-colonial pois, para eles, a fim de garantir a sobrevivência das crianças, os filhos deveriam nascer apenas quando os outros já tivessem uma certa

resistência e independência; ou seja, quando tivessem 7 ou 8 anos de idade (2018 p.4). Logo, todos que nascessem neste intervalo, não deveriam permanecer vivos.

Outras motivações comuns ao infanticídio indígena é o fato de a criança nascer com alguma deficiência física ou mental, o nascimento de gêmeos e o filho de mãe solteira ou gerado a uma relação de adultério. Para as autoras, essas motivações são legítimas pois “tais motivos estão intimamente ligados a tradições e costumes antigos, repassados a cada geração” (2018 p.4). Discordamos veementemente dessa argumentação por ser, evidentemente, injusto negar a vida a um ser humano por conta de costumes passados de geração a geração, ainda que estes sejam dos mais antigos. Ademais, a partir dessa argumentação, surgem as seguintes dúvidas: Qual seria o posicionamento, dos defensores dessas práticas, caso os costumes fossem o de matar outras etnias? Deveríamos ter como legítima a ideia de matar outra etnia apenas por ser “costumes antigos, repassados a cada geração”? Nos parece óbvio que não. Infelizmente, para alguns autores, o direito à vida não é algo óbvio.

4.3 – Um olhar sobre a experiência colombiana com a Jurisdição Especial Indígena

Nesta seção, traremos à discussão os textos de autores colombianos que analisaram diferentes situações ocorridas em seu país. Os casos envolvem os mais diferentes ramos do Direito. Compreendemos ser importante a análise de outros ramos que não o criminal; do contrário, pode ser dado a entender que este é o único conflito entre a jurisdição estatal e a Jurisdição Indígena, ainda que o aspecto criminal seja de fato a área de maior atrito.

Esther Sánchez Botero nos lembra que “nem toda as sociedades têm as concepções sobre fisiologia, parentesco, sucessão de bens entre outros campos cognitivos, regidos pelos referentes ocidentais” (2005, p.236). Ela cita, como exemplo, filhos biológicos de um pai que, no caso de alguns povos com estrutura matriarcal, não têm reconhecidos qualquer ligação de parentesco. Outro caso citado por ela é que há sociedades em que nem todos os filhos herdam os bens por igual. Fatos como esses se traduzem em ações que podem conflitar com visões, princípios e regras traçadas pelo direito estatal (2005 p.236). Nestes casos de Direito de Família, não nos parece, de fato ser necessário o Estado intervir. Ainda que nos parece questionável a questão da

herança desigual, isto não afeta os direitos mais básicos do ser humano. A ingerência neste caso, nos parece configurar uma imposição cultural.

Para Sánchez Botero está claro que todo ato punível, cometido por um indígena, não é de competência da jurisdição especial indígena necessariamente. A autora destaca dois delitos que, expressamente, não são de competência das autoridades indígenas: o de rebelião e o de tráfico de drogas (2005 p.237).

Ademais, ela também cita vários outros tipos de casos que são recorrentes na justiça colombiana:

A etnia *wayu* não aceita que se tire sangue pois, na cultura deles, essa prática acarreta vingança de sangue. Este fato já causou problemas para testes de paternidade envolvendo sangue. A solução encontrada foi usar prova testemunhal de parentes das crianças para determinar a paternidade em um processo movido por mulheres para pedir pensão alimentícia. Note que a justiça estatal se esforçou para não intervir na cultura. Decisão que entendemos acertada.

Os *nukak maku* tiveram um caso famoso. O povo é de cultura nômade e tem o costume de abandonar crianças que não teriam como viver no estilo de vida deles, tais como cegos, mudos e deficientes físicos. Eles, normalmente, abandonam as crianças em locais que alguma comunidade vizinha ou a sociedade maior possa pegá-las para criar. Houve um caso judicial em que o *Defensor del Pueblo* pediu para que sete crianças abandonadas pudessem retornar a sua comunidade, como medida de direito à integridade. Os chefes dos *nukak maku* haviam decidido deixar as crianças com a sociedade vizinha. É um conflito bem complicado pois o *Defensor* tentou devolver crianças à mesma comunidade que os rejeitou. Difícil saber se essa comunidade indígena acataria uma decisão estatal. A autora não comenta o desfecho do caso. A nosso ver, o Defensor deveria ter buscado outra solução que não a reintegração à sua comunidade.

Outro caso citado por ela: em um processo de pensão alimentícia, três mulheres *wayu* pediam pensão de um homem. O juiz perguntou: quem é a “esposa-esposa?”, ao que todas responderam ter essa condição. A autora não explica o que ocorreu posteriormente pois utilizou o caso como exemplo *en passant*. Porém, nesse caso, nos parece que a melhor decisão seria de fato o réu ser condenado a pagar pensão a todas.

Em outro caso citado por ela, um indígena da etnia *páez* pleiteou na jurisdição ordinária a divisão de bens por motivo de divórcio. O juiz definiu a cota de 50% para

cada parte. No entanto, as autoridades indígenas enviaram manifestação por escrito ao juiz afirmando ser ele incompetente para julgar o caso e que sua decisão não tem valor. O casal foi chamado perante as autoridades indígenas que concederam todos os bens à esposa porque o esposo não teve uma boa conduta durante o casamento (2005 p.244). Reiteramos que, ainda que pareça questionável destituir um cônjuge de todos os bens em favor do outro, a ingerência estatal parece ser sim, neste caso, uma imposição cultural; a menos que o caso demonstre que essa ingerência acarretaria numa situação financeira de total miséria para a parte condenada.

Jacqueline Blanco Blanco (2007) é outra autora colombiana que teceu diversos comentários sobre decisões da Corte Constitucional Colombiana versando sobre as regras de maximização e minimização da autonomia indígena. A corte tem defendido os direitos fundamentais como aplicáveis pertencendo ou não a uma comunidade indígena. Como exemplo, a autora traz o seguinte caso:

Em fevereiro de 1999, no hospital *Sarare de Saravena*, nasceram dois bebês gêmeos (um menino e uma menina) membros da comunidade *U'wa*. Dois dias depois, o pai das crianças manifestou o desejo de deixá-los ali pois, se levasse a sua comunidade, eles seriam rejeitados porque a sua cultura entendia que gestações múltiplas contaminavam a comunidade. A tradição prevê que, nestes casos, devem ser deixados no local de nascimento para que a “mãe natureza” se encarregue deles.

Os bebês foram levados para o *Instituto Colombiano de Bienestar Familiar* (ICBF) com a autorização assinada pelos pais para adoções. As crianças foram entregues a uma família provisória para aguardar julgamento. A Defensora Pública da Família de Saravena, com base na legislação, fez um pedido de parecer para a Associação de Autoridades Tradicionais *U'wa* sobre a situação dos menores.

Em maio, a *Dirección General de Asuntos Indígenas* emitiu parecer com breve análise sobre as características culturais dos *U'wa*. Neste parecer, foi afirmado que a comunidade considera crianças nascidas com graves defeitos físicos ou de partos múltiplos como não sendo filhos do deus Sira (criador do mundo *U'wa*) e, portanto, são de uma raça diferente, o que os torna improdutivos portadores de uma enfermidade que contamina com sua presença; motivo pelo qual a tradição ordena que sejam deixados no local de nascimento para que a natureza se encarregue deles. A autoridade ainda afirmou que haviam tomado a decisão de que os gêmeos deveriam permanecer com a ICBF, pelo menos por sete meses, até uma decisão definitiva. E ainda, que a comunidade *U'wa* tem suas próprias autoridades, seu sistema de controle social

e mecanismos para resolução de conflitos próprios para decidir situações que afetem sua comunidade conforme norma constitucional.

O pedido feito pela Defensora Pública, para que as autoridades indígenas assinassem a adoção, foi negado pela delegada para Assuntos Indígenas e Minorias Étnicas que aceitou a solicitação dos *U'wa* para se absterem de assinar a adoção. A Defensora Pública se manifestou advertindo que aos menores estavam sendo negados seus direitos de gozar de uma família e dos cuidados que esta poderia oferecer; e, que ela (como defensora) buscava que fossem estabelecidas medidas de proteção efetiva para os menores.

Em março, os gêmeos haviam sido levados para a *Casa de la Madre y el Niño*, cuja diretora entrou com um pedido de tutela no *Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta*, no qual pedia proteção imediata dos direitos fundamentais à vida, à saúde e a ter uma família. Solicitou ao Juiz Constitucional de primeira instância que impedisse o retorno dos gêmeos à comunidade *U'wa* pois implicaria expô-los a ameaças contra sua vida, a torturas e aos tratos cruéis e degradantes. Também que se sentenciasse o abandono (requisito legal para iniciar o processo de adoção).

Em junho, a sentença da *Sala Civil-Familiar do Tribunal Superior del Distrito de Cúcuta* tutelou os direitos fundamentais à vida, à saúde e a ter uma família; também ordenou que os gêmeos continuassem sob os cuidados do ICBF.

O representante dos *U'wa* impugnou a decisão com os seguintes argumentos: com base no princípio de autodeterminação do povo indígena, garantido constitucionalmente, afirmaram que em sua tradição os partos múltiplos eram contrários às leis da natureza, por isso as autoridades indígenas e os pais, ao analisarem profundamente o caso, para não violar a legislação vigente, decidiram pedir ao ICBF que tenham sob sua proteção aos gêmeos pelo prazo de sete meses, sem ter recebido resposta. E pede que se tomem decisões administrativas ou judiciais sobre o caso.

A *Corte Suprema de Justicia* confirmou a decisão apelada afirmando a “impossibilidade absoluta de se fazer cumprir a tradição *U'wa*” (Blanco 2007 p.21-24). Nos parece uma decisão acertada da Corte, pois a impugnação dos *U'wa*, não faz o menor sentido, tendo em vista que os gêmeos não voltaram para “contaminar” sua comunidade. Nos parece absurdo inclusive a própria recusa em assinar o documento para que fossem adotados. Se a tradição cultural deles é a de que “não se contamine” sua comunidade, esta for respeitada, qual seria razão lógica para impedir a adoção das crianças?

Blanco, analisando outra questão pertinente à justiça indígena, explica que uma das punições dos indígenas é o *fuete*; prática que consiste na flagelação com *perrero de arriar ganado*, executada na parte superior da perna. A Corte Colombiana julgou que, ainda que a intenção seja de causar sofrimento físico, os níveis de gravidade deste não se configuram suficientes para considerá-los como tortura (2007 p.33). A nosso ver, o caso do *fuete* (ou outras sanções similares) deve ser sempre analisado sob a extensão dos danos físicos, para que não se configure como tortura, que violaria um direito humano básico.

Jacqueline Blanco argumenta que, se o pluralismo jurídico é entendido como a existência de pelo menos dois sistemas jurídicos dentro do mesmo Estado, justiça ordinária e justiça indígena, o que ocorre na Colômbia não pode ser considerado pluralismo jurídico; pois, a justiça indígena pode ter suas decisões questionadas pelas cortes estatais por violações de marcos legais estatais (especialmente, no tocante aos direitos humanos). Assim, Blanco entende que a autonomia da justiça indígena é, na verdade, uma área especializada da justiça nacional que atende um grupo humano com características específicas (2007 p.39). Essa definição da autora nos pareceu bastante acertada. A melhor alternativa deveras é entender a justiça indígena como um ramo especializado, cujas regras se aplicam dentro de sua jurisdição. Comparativamente – aos moldes didáticos simplistas, por faltarem elementos análogos exatos – seria como os ramos da justiça do trabalho e da justiça militar no Brasil. Algo que, certamente, poderia ser implementado em nosso país, ressalvados os direitos humanos.

4.4 – Análise do controle de constitucionalidade em casos envolvendo o direito indígena

Nesta seção, abordaremos a análise de casos feita por Ximena Ron Erráez, autora equatoriana que escreveu excelente obra analítica sobre como são tratados os casos envolvendo o direito indígena na corte constitucional equatoriana. Ela também faz análise de direito comparado com as decisões da corte equivalente no país vizinho, a Colômbia. Essa análise é extremamente relevante para o escopo do trabalho pois se referem a legislações de características jurídicas similares, vigentes em países que também são culturalmente semelhantes. Inclusive a jurisprudência colombiana é apontada pela autora como referência para os juristas equatorianos.

Ron Erráez escreveu uma obra dedicada exclusivamente ao controle de constitucionalidade, realizado pela principal Corte equatoriana, no quesito de pluralismo jurídico; algo reconhecido pela Constituição Equatoriana de 2008. Outro quesito reconhecido pela mesma constituição é a plurinacionalidade. A autora aborda analiticamente em sua obra alguns casos e tece comentários que em muitos aspectos interessam ao nosso estudo.

Para Ximena Ron Erráez, a plurinacionalidade se choca contra o universalismo ocidental pois este pretende construir sujeitos culturalmente homogêneos; algo que resultaria por tornar invisível a heterogeneidade inegável de distintas nações. A plurinacionalidade implica no reconhecimento e aceitação da diversidade cultural existente nos Estados, em oposição ao Estado monocultural clássico próprio da cultura eurocêntrica (2015 p.17).

A autora equatoriana comenta que a “discriminação positiva” ou “ações afirmativas” em relação a comunidades historicamente discriminadas são requisitos do pluralismo cultural. Isso leva a políticas voltadas às comunidades, não aos indivíduos. No entanto, citando Herman Tertsch, ela afirma que para ser alcançada a igualdade real é necessário que essas políticas públicas sejam voltadas aos indivíduos, apenas por sua condição humana, não como membros da coletividade, etnia ou minoria (2015 p.20). Afirmativa com a qual concordamos.

Para Ron Erráez, a plurinacionalidade não é possível sem o pluralismo jurídico, nem o pluralismo jurídico é possível sem o reconhecimento da diversidade cultural. Para ela, a plurinacionalidade não necessita somente da mudança de cultura, mas também de transformações nas áreas social, econômica, política e jurídica. Significa que o pluralismo jurídico implica na existência de diferentes sistemas jurídicos paralelos ao estatal (2015 p.25). Ao nosso ver, enxergar a Jurisdição Indígena como ramo especializado da justiça é mais adequado.

Dessa forma, Ron Erráez classifica diversas formas de o Direito ser olhado. São elas: a) *antipluralistas ou positivistas* – são aqueles que entendem que só é Direito aquilo que é produzido pelo Estado; b) *pluralistas jurídicos* – são aqueles que entendem que existem diversos Direitos dentro de um mesmo Estado, com ordenamento jurídicos próprios, ainda que não reconhecidos pelo Estado; c) *sistemas jurídicos supranacionais* – é o entendimento a respeito da existência de sistemas paralelos ao estatal, mas não pertencentes a um Estado, senão a uma comunidade internacional; ou seja, há sistemas jurídicos internos e externos atuando no Estado; d) *sistemas*

jurídicos subnacionais ou locais – é o entendimento de que existem normas que são criadas, aplicadas e praticadas por coletivos culturais pré-coloniais reconhecidos pelo Estado; e) *sistemas jurídicos híbridos* – é o entendimento de que os sistemas jurídicos pré-coloniais, à medida que se relacionam com o direito estatal, sofrem variações e modificações (2015 p.28).

Ron Erráez nos lembra que é importante ressaltar que cada povo ou nação possui seu próprio sistema jurídico; portanto, não existe um “Direito Indígena”, o que existe é “Direitos Indígenas” (2015 p.29). Assim, não seria correto falar de justiça indígena, mas de “harmonização indígena” pois o objetivo principal dos direitos indígenas é a harmonia e a paz da comunidade; enquanto o direito estatal tem como objetivo principal a busca da justiça (2015 p.29).

Outra diferença citada por ela é que os “direitos indígenas” não dividem seu sistema jurídico em matérias, como feito no sistema estatal. A resolução de conflitos se funde com a vida diária da comunidade, sendo parte do todo. Além dessas diferenças mais operacionais, há a diferença de valores que, em muitas das vezes, não coincidem com os valores da comunidade majoritária (2015 p.30).

Dentro das nações indígenas, a tarefa de administrar justiça é realizada pelos líderes que gozam do respeito e confiança do grupo cultural, sejam eles anciãos, xamãs, curandeiras, compadres, padrinhos, pais ou a própria comunidade reunida em assembleia. Ron Erráez entende que as autoridades indígenas estão preparadas para resolver qualquer classe de conflitos, sejam assuntos penais, civis, familiares etc., justamente porque seu sistema não está dividido em classificações como o direito estatal (2015 p.38).

O motivo pela qual a autora entende assim é devido a fusão existente da vida social e legal da comunidade, fato que faz com que suas autoridades tenham esse caráter plurifuncional. Em alguns coletivos indígenas, as ofensas consideradas extremamente graves são entregues à justiça estatal pois apenas a ameaça de se remeter o caso para lá configura intimidação suficiente para evitar a reincidência de alguns indígenas (2015 p.38).

Um dos povos indígenas que Ron Erráez analisa é o povo *kichwa*. Eles têm três princípios básicos: *ama quilla* (não ser ocioso), *ama llulla* (não mentir) e *ama shua* (não roubar). A maioria dos conflitos resolvidos nesse povo gira em torno de violação de um desses princípios. Se comparado ao direito dos brancos-mestiços equatorianos, não há diferenças tão marcadas no tocante às condutas puníveis; as principais

exceções são os casos de bruxaria, fofocas e adultério, puníveis no direito indígena. Em realidade, a grande diferença está na forma de julgá-los e nos tipos de sanções aplicadas (2015 p.39). A autora entende ser não apenas plausível como também desejável o reconhecimento e aprofundamento do pluralismo jurídico; razão pela qual citamos esse povo como exemplo para este estudo.

Entretanto, como no Equador, a jurisdição especial indígena é submetida à corte constitucional em última instância, a autora faz comentários sobre a postura política que o Poder Judiciário tem em relação aos direitos indígenas.

Ron Erráez, concordando com Agustín Grijalva, entende ser inquestionável entender que a atividade judicial é uma das formas usadas para se fazer política. O controle de constitucionalidade feito pelas cortes superiores das decisões da Jurisdição Indígena evidenciam que alguns assuntos vão além do jurídico, adentram o campo político. Existem decisões dos juízes constitucionais em que são vistas claramente as consequências ou efeitos políticos. Assim, esses autores criticam o organismo máximo de interpretação equatoriano por não procurar fortalecer o Estado Plurinacional (que é a configuração prevista na Constituição Equatoriana). Para eles, não há dúvidas de que, na falta de ação do legislativo em alguns assuntos, a corte deveria tomar ação em assentar precedentes nas matérias (2015 p.45).

Para esclarecer suas posições em respeito aos temas caros aos indígenas, a autora equatoriana se vale de análises feitas a partir de julgados do país vizinho, a Colômbia, por duas razões básicas: a) Jurisdição Indígena vigora há muito mais tempo por lá, de forma que, por essa razão, b) há muito mais jurisprudência a ser analisada.

Ron Erráez analisou alguns casos ocorridos na Colômbia. A Corte Constitucional da Colômbia na sentença número T-254/94 teve seu primeiro julgamento a partir da impugnação de uma decisão realizada na esfera da Jurisdição Indígena, que vigora desde 1992. O autor era membro da etnia *Tambo*, na cidade de Coyama, e foi condenado por suposto delito de furto. Em sua petição, o autor narra que, reunida em assembleia geral, sua comunidade indígena decidiu expulsá-lo junto com sua família e despojá-lo de sua parcela de terra, sem levar em consideração o que ele havia cultivado e as melhorias que ele havia feito no terreno comunitário. Ainda, disse que sua expulsão foi realizada sem fundamento probatório, sem respectiva investigação e, além disso, não foi aceita sua solicitação para que a parcela de terra que lhe correspondia ficasse sob responsabilidade de seu filho de 16 anos caso saísse

voluntariamente da comunidade, ou que lhe ressarcissem as melhorias que ele fez na sua parcela (2015 p.47-48).

A Sala Penal do Tribunal Superior de Tolima (segunda instância daquela região da Colômbia, mas que atuou como primeira instância) negou tutela com a seguinte fundamentação: 1) a decisão de expulsão, tendo sido tomada por toda a comunidade indígena reunida em assembleia, não se trata de um ato judicial; senão de um ato democrático; 2) em exercício de livre associação, os membros da comunidade têm o direito de admitir ou de retirar algum sócio; assim, a comunidade tem o direito de expulsá-lo com base em seus usos e costumes; 3) com relação as pretensões patrimoniais, deveria ter eleito outro tipo de ação judicial, um processo civil ou um processo trabalhista; 4) a concessão de tutela provisional não era possível porque o fato que se afirmou violador já estava consumado (2015 p.48).

O autor apelou da decisão argumentando que não se pode retirar alguém de sua própria comunidade e que nenhuma entidade pública pode violentar os direitos fundamentais de uma pessoa. A Sala Penal da Corte Suprema de Justiça (que atuou como segunda instância, mas seria um equivalente ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil) confirmou a decisão anterior com o seguinte fundamento: 1) a expulsão significou a imposição de uma sanção por reiteradas condutas contrárias aos costumes e normas jurídicas internas por parte do infrator; portanto, não foi um ato arbitrário da comunidade; 2) ratifica-se a improcedência de ação constitucional para cobrar valores pelas melhorias (ou seja, o autor deveria ter eleito outro tipo de ação para isso).

A Corte Constitucional Colombiana (CCCol) – equivalente ao nosso Supremo Tribunal Federal – foi acionada para julgar se a decisão da assembleia geral daquela comunidade indígena poderia ser suscetível de controle judicial por desprezar direitos fundamentais do peticionário.

Ron Erráez destaca os seguintes fundamentos da decisão da CCCol:

1) a Corte declarou que o autor podia ativar o sistema judicial através da ação de tutela de seus direitos fundamentais pois não há meios de defesa judicial frente a decisões da jurisdição especial indígena; portanto, a via era correta;

2) a CCCol identificou a tensão existente entre o reconhecimento constitucional da diversidade étnica e cultural que supõe a aceitação de cosmovisões e de estânda-res valorativos diversos e até contrários aos valores de uma ética universal e da consagração de direitos fundamentais que se sustentam em normas pretensamente universais;

3) a CCCol considerou que as diferenças conceituais e os conflitos valorativos na aplicação de diferentes ordens jurídicas devem ser superadas respeitando as seguintes regras de interpretação: a) quanto maior a conservação de seus usos e costumes, maior autonomia daquele povo indígena; b) os direitos fundamentais constitucionais são o mínimo obrigatório de convivência entre os particulares; c) as normas legais imperativas (de ordem pública) da república se sobrepõem aos usos e costumes das comunidade indígenas sempre e quando protejam, diretamente, um valor constitucional superior ao princípio da diversidade étnica e cultural; d) os usos e costumes de uma comunidade indígena se sobrepõem às normas legais dispositivas;

4) a CCCol reconhece a legitimidade do caráter jurisdicional das decisões indígenas e em consequência a faculdade de impor sanções pela comissão de condutas contrárias às normas internas da comunidade;

5) a CCCol indica que a atribuição constitucional de exercer funções jurisdicionais por parte das comunidades indígenas não pode violar direitos fundamentais constitucionais que, por normativa internacional e disposição constitucional, configuram limites jurídicos materiais;

6) a CCCol conclui que a pena de expulsão ao autor e a sua família é desproporcional e materialmente injusta por transcender a pessoa do infrator e abarcar integrantes de sua família, o que gera violação dos direitos fundamentais ao devido processo e à integridade física de seus filhos.

Desta forma, a CCCol decidiu anular as resoluções anteriores ordenando a reintegração do autor à comunidade até que a assembleia tome uma decisão que não viole direitos fundamentais de terceiros. Segundo a autora, esta decisão foi fundamental para incorporar de vez a Jurisdição Indígena ao ordenamento nacional colombiano. Não obstante, considera a autora que a decisão da CCCol limitou ao máximo a Jurisdição Indígena, atando as autoridades a princípios e valores alheios a sua cosmovisão (2015 p.49).

Que se tome em conta o fato de que a Corte fundamentou sua decisão no artigo 5.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos, o qual estabelece que a pena não pode transcender a pessoa que cometeu o delito. Em nosso parecer, uma decisão cirurgicamente acertada pela Corte Colombiana.

Ron Erráez critica a decisão por fazer juízo de valor das cosmovisões e padrões dos indígenas sob a perspectiva dos direitos humanos ocidentais. Ainda que a corte tenha reconhecido o direito à diversidade cultural, a crítica feita é que a Corte

impôs à comunidade indígena valores centrais da cultura dominante (2015 p.49) Pior, a autora critica a visão natural que defende a ideia de as pessoas serem indivíduos livres e iguais. Fica subentendido que essa defesa da liberdade e igualdade, para a autora, seria algo ruim.

Ela também critica o critério de “quanto maior conservação de usos e costumes, maior autonomia” pois poderia gerar um *congelamento* da cultura indígena, porque só se concede mais autonomia às culturas com menos interação com o mundo ocidental, ou de se regressar a valores ancestrais para se demonstrar maior pureza cultural. Significa que para ela os indígenas com maior grau de integração perdem autonomia. De qualquer forma, na visão dela é uma interferência da cultura dominante (2015 p.49).

Adiante, a autora afirma que essa decisão da Corte Constitucional Colombiana demonstrou uma visão “neoconstitucionalista europeu-ocidental” caracterizada pela defesa dos direitos fundamentais constitucionais a favor do indivíduo sem mais considerações. A autora prefere um sistema “neoconstitucional transformador” que, dentro da proteção dos direitos fundamentais, garanta à diversidade cultural e outorgue maior ou igual proteção aos direitos coletivos em relação aos direitos individuais quando estes resultarem ineficazes (2015 p.49). É um pensamento bem contraditório da autora pois se existem direitos fundamentais, estes primeiro devem proteger os indivíduos, depois a coletividade. Ou então, para ser coerente, melhor defender que não existe nenhum direito fundamental e que todas culturas devem ser protegidas, irremediavelmente.

Por fim, Ron Erráez critica a decisão da CCCol por ter se baseado na cosmovisão eurocêntrica sem pedir pareceres de peritos antropólogos ou especialistas nas características, costumes e tradições da comunidade indígena *Tambo*; ou seja, para ela, não foi feito verdadeiro esforço de interpretação intercultural (2015 p.49). Neste ponto, podemos concordar que o laudo de um perito antropólogo é algo útil e que deve ser usado. Contudo, ressaltamos que, quando direitos humanos básicos são violados, não importa o que diz o laudo; como no caso em que a penalidade ultrapassa o infrator. A família não pode ser penalizada com o indivíduo que cometeu o ato. Nos parece uma clara injustiça e um direito natural a ser protegido.

Ron Erráez aduz que a CCCol decidiu de maneira diferente quando acionada para rever decisões impugnadas da Jurisdição Indígena. Na sentença T-254/94, mencionada anteriormente, a Corte agiu sob o que a autora chamou de “liberalismo puro”

ao anular a sentença indígena por considerar a decisão desproporcional. Na sentença T-349/96, a autora afirma que a Corte decidiu sob “interculturalismo radical” ao considerar que a prática do *cepo* (prática de castigos físicos que infligem dor) é um ritual de purificação segundo a cultura indígena, não uma sanção que pretenda causar sofrimento cruel e desumano. Na sentença SU-510/98, a autora entende que a Corte decidiu com base em “liberalismo cultural” quando limitou a liberdade religiosa de indígenas cristãos evangélicos sob o argumento da proteção a integridade cultural indígena e disse ser necessário impedir influências da sociedade majoritária que poderiam ser prejudiciais (2015 p.50).

Para Ron Erráez, a Corte constitucional Colombiana tem desenvolvido e reconhecido paulatinamente o princípio de proteção da diversidade cultural, reconhecendo sua preeminência frente a outros princípios constitucionais. Ainda assim, a corte determinou, como limite as funções jurisdicionais das autoridades indígenas, determinados requerimentos mínimos que a critério desta, em prol da proteção à dignidade humana dos membros da comunidade (2015 p.51). Essas conclusões são fruto de longo e contínuo estudo, com mudanças paulatinas de critério que passaram da posição etnocêntrica pura à posição cultural radical e, finalmente, à posição cultural moderada (2015 p.51).

A autora não apenas defende de forma bastante clara a manutenção da Jurisdição Especial Indígena, também pondera acerca deste assunto. Uma ressalva feita por Ron Erráez é que tanto juízes estatais quanto autoridade indígenas que exercem funções jurisdicionais podem incorrer em atos ou omissões que violem direitos constitucionalmente reconhecidos (2015 p.51).

Outra questão levantada por ela é que, tanto na Colômbia quanto no Equador, o Direito Indígena tem um limite territorial; isto é, deve ser aplicado em territórios indígenas. Entretanto, isso acarreta alguns problemas, sendo um deles, as zonas em que a população é bastante heterogênea, como é a região interandina onde há marcada convivência entre indígenas e mestiços, tanto nas cidades quanto nas áreas rurais (Ron Erráz, p.52). Há, ainda, autores que defendem que as cidades cuja população é majoritariamente indígena deveriam ser consideradas território indígena. Outros autores defendem que o território indígena não é, necessariamente, o espaço físico delimitado e que, para sua delimitação, são necessários estudos antropológico para cada caso concreto (2015 p.53).

Mais adiante na obra, a autora equatoriana enfrenta a questão dos limites à Jurisdição Indígena. Nos países em que a Jurisdição Especial Indígena é reconhecida, Equador, Colômbia, Venezuela e Bolívia, a Constituição e os direitos humanos são colocados como limites, ao passo que o Peru limita usando apenas os direitos fundamentais (Ron Erráez 2015 p.54).

Isto está de acordo com o Convênio nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que, em 1989, aprovou como limites à Jurisdição Especial Indígena a compatibilidade com o sistema jurídico nacional e os direitos humanos internacionalmente reconhecidos (art. 9) e na Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, aprovada em 2007, que estabelece como limite as normas internacionais de Direito Humanos (art. 34).

Desta forma, são inevitáveis os conflitos entre o princípio da diversidade étnica e cultural e a concepção universal de dignidade da pessoa humana (Ron Erráez 2015 p.54). Os argumentos que sustentam os direitos humanos como restrições à Jurisdição Indígena são chamados de *etnocentristas* ou absolutista por reconhecerem supremacia absoluta aos direitos fundamentais constitucionais como mínimos universais éticos, que permitem conciliar as diferenças culturais e conseguir um entendimento moderado entre as civilizações (2015 p.54).

Para chegar a esse entendimento intercultural é necessária uma legislação que regulamente essa relação. Entretanto, a autora lamenta que ainda não exista uma lei de cooperação entre os sistemas; mesmo tantos anos após a Constituição de 2008 ter sido aprovada (2015 p.55). Tópico que comentamos anteriormente. Por essa razão, seguindo em sua obra, a autora passa a discutir como devem ser entendidos esses limites entre jurisdição ordinária e jurisdição especial.

Sobre este tópico, Ron Erráez analisa outras decisões da Corte Constitucional Colombiana que trataram do tema. A sentença T-349/96 da CCCol buscou fixar os mínimos indiscutíveis, que seriam: o direito à vida; a proibição de escravidão; proibição das torturas; e, legalidade mínima (entendida como a existência de regras prévias; autoridade competente; procedimentos, condutas e sanções que permitam aos membros o mínimo de previsibilidade em relação à atuação das autoridades) (2015 p.55).

Para a CCCol, o reconhecimento de que unicamente esses princípios podem assegurar verdadeiro consenso intercultural e de que a verificação destes se encontra no núcleo de direitos intangíveis; que reconhecem os tratados de direitos humanos – os quais não podem ser suspensos, nem em situações de conflito armado (2015 p.56).

Em uma decisão de nº SU-510/98, a Corte modificou levemente o critério de restrição, limitando unicamente a Jurisdição Indígena aos direitos fundamentais – ou seja, o mínimo do mínimo –, e que estes não deveriam ser listados, mas caso a caso deveria ser considerado (2015 p.56).

Um caso especial é abordado em boa parte da obra, também com o fim de tecer análises e comentários, o caso conhecido como *Caso La Cocha 2*. Ele recebeu essa denominação porque na cidade de La Cocha, ocorreu o caso conhecido como *La Cocha 1* (também com relação aos indígenas mas cuja análise não contribui para os objetivos deste trabalho).

Assim, conforme narrado pela autora no dia 9 de maio de 2010, durante uma festa de casamento, um indígena foi encontrado morto no parque central frente à igreja, em Zumbahua (Equador); morte causada por asfixia mediante estrangulamento. As autoridades indígenas investigaram o caso e condenaram cinco jovens, um como autor material e os outros como cúmplices. Na sentença, ficou estabelecido que os jovens: 1) dariam uma volta em praça pública, completamente nus, carregando um saco de terra; 2) deveriam pedir perdão aos familiares da vítima e à Assembleia Geral; 3) tomar banho de água fria e receber urtigadas por 40 minutos; 4) receber conselho por parte dos dirigentes indígenas; 5) realizar trabalhos comunitários por cinco anos, com monitoramento e avaliação periódica; 6) indenizar à mãe da vítima no valor de U\$ 1.750,00.

O caso gerou alguns processos levados à Corte Constitucional Equatoriana. A decisão mais específica foi a Causa 0731-2010-EP. Dentre vários questionamentos (que não são escopo do presente trabalho), a corte deveria decidir se as sanções impostas aos cinco réus constituíam ou não violação aos direitos humanos.

Os argumentos principais dos envolvidos contra as decisões da justiça indígena foram: violação de sua integridade física e sexual mediante torturas e a exigência de andar nu em praça pública; violação do devido processo legal, por não haver sido o procedimento de julgamento público, senão que a portas fechadas, e que não puderam contar com advogado.

Antes de emitir o julgamento, a Corte solicitou uma perita antropóloga para que esta emitisse um parecer. A antropóloga contratada era uma especialista colombiana que revisou bibliografia relacionada, dados etnográficos específicos, analisou a normativa nacional e internacional, entrevistou diversas pessoas relacionadas com a

cultura indígena e ocidental e examinou escritos jornalísticos com circulação nacional sobre o caso.

Dentre as várias análises, a perita afirmou que as autoridades indígenas que julgaram o caso eram as autoridades competentes de fato. Também afirmou que os atos descritos não eram atos de selvageria, barbárie e primitivismo, senão que as sanções eram mecanismos energéticos para restabelecer as condições de existência individual e social já que, segundo a cosmovisão indígena, o transgressor é considerado enfermo.

Para promover a cura do enfermo, as autoridades usam duas medidas: 1) afetar o corpo do indivíduo por meio de banhos de água fria ou castigo com urtiga; 2) ações de controle social em que as comunidades supervisionam as sanções. Ainda que estas práticas causem dor, isto é provocado para alcançar a cura. Portanto, para a perita, essas práticas não violam os direitos humanos sob a perspectiva indígena, somente se analisados sob a perspectiva do direito positivo.

Diante do caso apresentado, Ron Erráez pondera: deveriam ser considerados todos os direitos constitucionais e direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais (sem exceção) como limites à justiça indígena? Para ela, a pergunta não merece um categórico “sim” ou “não”, senão uma resposta muito mais complexa (2015 p.69).

A autora sugere os seguintes parâmetros para avaliação de casos como este:

Pluralismo jurídico: implica reconhecer formas de resolução de conflitos indígenas como ordens jurídicas de igual hierarquia com a justiça estatal, e poderes jurisdicionais às autoridades indígenas dentro de seu âmbito territorial, de acordo com suas tradições ancestrais e direito próprio.

Interpretação intercultural: é tarefa primordial do Estado conseguir a coordenação e cooperação entre estes sistemas, mediante adequada conciliação das justiças estatal e indígena, a fim de alcançar conciliação complexa. Para isso, devem ser superados alguns obstáculos, sendo o primeiro deles a procedência cultural da autoridade encarregada de resolver. A Corte equatoriana, aponta a autora, está formada somente por juízes de cosmovisão ocidental. Essa interpretação intercultural deve ser uma leitura reflexiva e intercultural do catálogo de direitos humanos, considerando os elementos culturais relacionados com costumes e práticas ancestrais dos povos indígenas em coordenação com direitos humanos e direitos constitucionais. Para que isso ocorra, é importante a participação de tradutores, antropólogos jurídicos ou

especialistas em Direito Indígena; desta forma, evitando interpretação monocultural. Ron Erráez cita Boaventura de Souza Santos, quem entende que os direitos humanos não são universais em sua aplicação e que todas as culturas são relativas e incompletas de tal forma que somente é possível considerar os direitos humanos como universais do ponto de vista ocidental. Assim, ainda segundo o autor, a incompletude de uma cultura é invisível pelas lentes dos próprios critérios que a regem; por isso ele entende que a hermenêutica diatópica deve ser aplicada para elevar ao máximo a consciência de recíproca incompletude de cada cultura, com ambas reconhecendo isso.

Devido processo na justiça indígena: a autora ressalta que mesmo que o devido processo seja uma lógica eurocêntrica, não é impossível avaliar se há ou não há violação desse princípio, senão que é possível definir critérios interculturais que conciliem diferentes formas de alcançar este objetivo. Entre os critérios apontados estão: *a existência de uma autoridade legítima* – ou seja, reconhecida por aquela comunidade como a correta para julgar o caso em questão; *competência territorial* – ou seja, dentro dos territórios habitualmente utilizados por aquele povo; *competência pessoal* – significa que os envolvidos são indígenas daquela etnia; *competência material* – em relação ao assunto, se é um dos que as autoridades indígenas podem julgar; *direito à defesa* – não se deve transladar o conceito ocidental de defesa à Jurisdição Indígena, segundo ela, mas que o acusado tenha direito de rebater os argumentos de quem o acusa.

Maior autonomia e menos restrições: segundo essa regra, que diz que deve ser concedida máxima autonomia às autoridades indígenas e diminuição das restrições, permanecendo somente as restrições indispensáveis para salvaguardar interesses de hierarquia superior.

Non bis in idem: é dizer que não se pode julgar uma pessoa duas vezes pelo mesmo ato. Uma vez que o sujeito foi submetido a um processo de julgamento das autoridades competentes de determinada comunidade indígena, nenhuma outra comunidade pode executar um processo distinto sobre os mesmos fatos. Também não é permitido às autoridades estatais que voltem a julgar o caso, salvo em casos de controle de constitucionalidade. As resoluções indígenas devem ter a mesma hierarquia e força jurídica, de modo que suas decisões tenham o efeito de “coisa julgada”.

In dubio pro justiça indígena: para a autora, é justo que se reconheça o valor do sistema jurídico dos indígenas, incluso que se sobreponha ao direito da sociedade

branca mestiça a fim de evitar que a maioria vulnere os direitos da minoria. Assim, sempre que surgir dúvida sobre um processo intercultural, como ocorre nas ações de controle constitucional das decisões jurisdicionais indígenas, a balança deve pender para os indígenas.

Ao nosso ver, os critérios usados pela perita antropóloga são bastante razoáveis. Ressaltamos que, ao nosso ver, é possível avaliar o devido processo dentro da justiça indígena. Por exemplo, a maioria das culturas indígenas tem seus julgamentos em assembleia, ou seja, públicos. No caso exemplificado, se o julgamento foi a portas fechadas de fato, houve violação ao devido processo. Isso, deveras, configura interpretação intercultural, como exposto pela perita. Além disso, discordamos sobre a questão da universalidade dos direitos humanos, algo que a perita parece rejeitar.

Ron Erráez conclui que não se trata de separar competências e atuar de forma ilhada; senão que existam meios para (como a própria Constituição Equatoriana estabelece) coordenação e cooperação das justiças, possibilitando que essas atuem de forma conjunta em casos em que a gravidade assim o requeira (2015 p.80). O legislador deve expedir a lei que permita esse diálogo intercultural e o Poder Judiciário deve aceitar seu papel histórico na criação de precedentes jurisprudenciais em relação ao controle de constitucionalidade da Jurisdição Indígena de forma a estabelecer pontes interculturais (2015 p.81).

Nosso posicionamento é o de concordar em partes com a autora. No que diz respeito à jurisdição especial indígena, entendemos que esse nome é bastante adequado pois denomina claramente um braço das possíveis jurisdições; do mesmo modo que existe no Brasil a jurisdição especializada para casos trabalhistas. Entendemos que esse é um ramo da justiça que, necessariamente, deveria ser implantado nos países com população indígena. Outros pontos convergentes são: a necessidade de lei que regulamente a relação entre a justiça ordinária e a justiça estatal e o treinamento de magistrados e funcionários estatais para lidar com esse ramo do Poder Judiciário, algo bastante ressaltado pela autora.

Entretanto, divergimos de Ron Erráez no quesito universalidade dos direitos humanos. A autora tem posicionamento mais relativista, advogando pela maximização da autonomia indígena. Consideramos de modo diferente sobre alguns tipos de sanção aplicados pelos indígenas, tipos esses em que ela entende não haver violação de direitos humanos. Mais importante é a questão do devido processo. Ainda que reconheçamos que a adoção de determinadas medidas, caracteriam, como imposição de

cultura a outro sistema jurídico, algumas delas foram positivadas no sistema europeu por razões plausíveis. Por exemplo, o duplo grau de jurisdição e a baixa valoração de uma prova testemunhal são situações nas quais os próprios indígenas são prejudicados como indivíduos no sistema jurídico próprio de suas etnias. Como veremos adiante, essas duas ideias, tidas como ocidentais, foram criadas justamente para proteger os indivíduos de arbitrariedades e injustiças.

5 – A RELAÇÃO ENTRE JUSTIÇA INDÍGENA E JUSTIÇA ESTATAL

Neste capítulo, trataremos da relação entre a Justiça Indígena e a Justiça Estatal. Começaremos com os estudos de um autor alemão sobre a Justiça Indígena no Peru. Ele fez várias pesquisas com os líderes indígenas e nas atas de seus julgamentos; com base nessas informações, poderemos conjecturar de qual modo os indígenas peruanos veem essa relação. A seguir, comentaremos e analisaremos os resultados encontrados pela pesquisa da *Comisión Andina de Juristas*, que fizeram estudos em quatro países (Colômbia, Peru, Equador e Bolívia) justamente sobre o relacionamento entre as duas justiças (indígena e ordinária). Por fim, comentaremos os questionamentos de Ermano Vitale, autor italiano que analisou um julgamento da Corte Constitucional Colombiana. A ideia do capítulo é entender como ocorre a relação entre a Justiça Estatal e a Justiça Indígena e de refletir sobre essa relação. Após este capítulo, faremos nossas considerações finais.

5.1 – A visão dos indígenas sobre seu próprio direito e sobre o direito estatal

Hans-Jurguen Brandt é um autor alemão que realizou vários estudos com os indígenas sobre seu sistema de justiça. O autor fez muitas entrevistas e analisou as atas de casos julgados pelos indígenas em anos diferentes, tabulou os resultados e os comparou.

Em suas pesquisas com os camponeses do Peru sobre as relações entre a justiça comunal e a justiça estatal, ele afirmou não ter encontrado respostas claras. Ele e sua equipe fizeram entrevistas com representantes das comunidades altas de Cusco. Nessas, descobriram que 89% continuam desconfiando da, assim chamada pelos representantes, “justiça da cidade”. Justificam sua opinião com a péssima imagem do Poder Judiciário, especialmente por causa da demora dos procedimentos, dos custos, da corrupção e da impunidade. Brandt frisa que essas opiniões não são muito diferentes das dos cidadãos não-indígenas. Em outro estudo de 2015, encontraram que 79% da população não-indígena desconfiava do Poder Judiciário. Porém, ressalta uma matriz cultural nessa desconfiança por parte dos indígenas: os camponeses consideram que os magistrados não conhecem o contexto cultural dos delitos cometidos nas comunidades. Também, importante ressaltar, o Poder Judiciário é visto como uma instância

alheia, na qual os valores e costumes da comunidade não são levados em conta (Brandt 2017 p.217).

Brandt diferencia da seguinte forma: enquanto as autoridades indígenas tentam resolver o verdadeiro contexto do conflito, a justiça ordinária só analisa o substrato jurídico. As autoridades indígenas também tentam conscientizar os malfeitores e litigantes, exortando-os a respeitar o direito comunal no futuro; ao final, isso é colocado numa ata de conciliação (ou reconciliação). Segundo o levantamento do autor, 34,3% dos conflitos são resolvidos dessa maneira; enquanto os acordos forçados ou sentenças impositivas contam com 36,6% dos casos analisados pela justiça comunal. Os demais terminam com transação (acordo pré-estabelecido) em 1,9% dos casos ou seguem para uma investigação suplementar em 27,2% dos casos (2017 p.218).

O autor destaca que a justiça comunal (justiça indígena no Peru) é bastante eficaz. Ele atribui essa eficácia ao estreito controle social e ao acompanhamento do caso pelas autoridades, algo que ocorre mesmo nos delitos mais graves. A punição mais grave é a expulsão de infratores reincidentes que, segundo ele, acontece raras vezes. Na maioria das vezes, as autoridades indígenas requerem uma “promessa de boa conduta”. Em segundo lugar, se aplica a reparação (devolução do bem ou indenização por danos e prejuízos) com média de 22% dos casos. E os trabalhos comunitários, com uma média de 18% de aplicação, estão em terceiro lugar (2017 p.219).

O autor, também fez levantamento das atas das comunidades indígenas sobre sanções aplicadas. Segundo ele, quando a imprensa cobre notícias sobre “rondas campesinas”, faz supor que os castigos corporais e chibatadas são a principal forma de punição. Entretanto, como verificado durante o estudo feito entre 2002 e 2003, essas formas de sanção ocorreram apenas em 4% dos casos. Ademais, um segundo estudo foi realizado em 2010 com o mesmo escopo, no qual foi detectado que essas sanções ocorreram em apenas 2,5% dos casos (conflitos criminais, patrimoniais, familiares e violência contra as mulheres) (2017 p.219).

Outra informação importante desse estudo: ao entrevistar os líderes indígenas, foi descoberto que quase todos sabiam que os castigos físicos eram proibidos pelo direito estatal ou, pelo menos, legalmente questionáveis. Por causa disso, o autor diz que é possível supor que nem todos os castigos físicos são registrados em atas. Contudo, segue Brandt, tampouco se pode descartar a possibilidade de que houve mudança de comportamento para reduzir os castigos corporais e chibatadas. Nesse estudo de 2010, 58% dos líderes comunais entrevistados afirmaram que “nunca se deve

aplicar castigos físicos por que violam direitos humanos”; por outro lado, os mesmos líderes entendem que estes são muito eficazes. Também foi verificado que 24% creem que “as vezes devem ser aplicados castigos físicos” e outros 18% afirmam que “estas medidas devem ser a regra”. Brandt conclui que não se pode falar que houve mudança de valores por parte dos líderes indígenas, mas que é possível observar o início de uma nova orientação (2017 p.219).

O autor afirma ser notória a “*hibridização*” do direito campesino e do direito estatal no que tange os direitos da mulher. Já no estudo de 2003, o autor demonstra que havia novos discursos sobre normas e valores como o de que “homem não tem direito de impor sua autoridade pela força” e que “mulheres e crianças têm direitos”. Todavia, nesse estudo ainda notaram que apesar dos discursos, na prática ainda havia muita tensão nessa área dentro da comunidade. No novo estudo, 75% dos líderes afirmam que as normas estatais correspondentes são levadas em consideração, seja porque houve mudança de consciência na Assembleia deles, seja porque as normas estatais passaram a fazer parte dos estatutos indígenas e direito comunal. O autor também destaca que houve melhora no quesito participação feminina na política dentro das comunidades indígenas. Por fim, revela ser puramente preconceituosa a ideia de a justiça indígena sempre perpetuar o machismo e sujeição das mulheres (2017 p. 220).

Brandt comenta alguns direitos fundamentais que não existem na Justiça Indígena, tais como o direito de permanecer em silêncio e o de não se autoincriminar. Em sua pesquisa, 96% das autoridades indígenas disseram que “o acusado tem obrigação de confessar seu delito, não tem direito de permanecer em silêncio”. Por outro lado, normas estatais sobre cargos, eleições e responsabilidades são, geralmente, respeitadas pelos indígenas. O autor ressalta que o direito dos indígenas tem mudado em alguns aspectos, como em relação aos direitos das mulheres (2017 p.221).

Sobre quais são as causas analisadas pela justiça indígena, o levantamento mostrou que 85% eram matérias codificadas no direito estatal. Estas seriam passíveis de tramitar nos foros judiciais estatais, mas não alcançariam o principal objetivo da justiça indígena, que é o reestabelecimento das relações sociais afetadas. Os outros 15% das controvérsias registradas nas comunidades não seriam admitidas na justiça ordinária. São normas, por exemplo, a respeito de obrigações comunitárias e conflitos dentro do matrimônio andino; como abandono do lar por ciúmes. Mas isso, para o autor, é mais um motivo para garantir a existência da justiça comunitária (2017 p.221).

Uma polêmica que o autor encontrou nos países do Peru, Bolívia e Equador, foi a coordenação entre justiça indígena e justiça ordinária. Por parte das autoridades indígenas dos três países, há reclamações sobre limitar as matérias que a justiça indígena pode julgar – normalmente, limitado a julgar indígenas e matérias de menor gravidade como furtos e roubos, sendo a exclusão da Jurisdição Indígena nos crimes contra a vida comum em todos países. As autoridades indígenas qualificam essas limitações à sua jurisdição como *racismo jurídico* (2017 p.227).

Comentando sobre o Convênio 169 da OIT de 1989, ele entende que a interpretação a ser dada em relação aos métodos de repressão dos delitos pelos povos indígenas é que estes estão sob a reserva do sistema jurídico nacional (artigo 9º § 1º), ou seja, de leis ordinárias. Para Brandt, está claro que o Convenio não limita a Jurisdição Indígena em algum tipo de competência por matérias ou à certas gravidades de delitos, mas isto também não significa que a normativa internacional impeça uma lei de coordenação de competências das diferentes jurisdições porque a Justiça Indígena deve ser compatível com o sistema jurídico nacional (2017 p.229).

Brandt, então, indaga: qual é o limite intangível que uma lei de coordenação entre ambas justiças (ordinária e indígena) deve respeitar? Ele afirma que o núcleo intangível da autonomia e do direito coletivo que as comunidades têm na função de sua jurisdição os seguintes elementos constitutivos: a) a justiça indígena deve ter seus objetivos, princípios e procedimentos baseados em seu próprio direito garantidos, sempre que não violem os direitos fundamentais da pessoa; b) a possibilidade jurídica de solucionar a grande maioria dos conflitos cotidianos que surgem na comunidade; e, c) a competência para resolver conflitos de direito próprio que não tem equivalência no direito estatal (2017 p.231).

Como delimitar a Jurisdição Indígena? Brandt responde que a prática diária demonstra que conflitos como agressões físicas e verbais, furtos, roubos, crimes contra a honra, conflitos de organização dessas sociedades, violência contra mulheres e conflitos familiares são melhor resolvidos dentro das comunidades. Essa é a força da justiça indígena, segundo ele (2017 p.233).

Por outro lado, existem matérias que não devem ser resolvidas nas justiças indígenas. São conflitos graves e complexos que não afetam só aquela comunidade, mas toda a sociedade externa, tais como: crimes contra a segurança nacional, crimes de lesa humanidade, desaparecimento forçado de pessoas, crime organizado, peculato, enriquecimento ilícito, crimes financeiros, homicídios e abusos de mulheres e

crianças. Estes casos afetam muito mais do que apenas a comunidade em questão, também não são possíveis de se alcançar o objetivo principal da Jurisdição Indígena que é o de restabelecer a paz na comunidade, educando e ressocializando os autores. Para Brandt, portanto, esses conflitos de caráter mais complexo devem ser julgados pela justiça ordinária (2017 p. 233).

Para corroborar esta conclusão, Brandt mostra que em seu levantamento feito em duas etapas (2003 e 2010), nas quais foram analisados mais de 700 casos julgados pelos indígenas, constam registrados apenas nove casos de violação sexual e nem um caso de homicídio. Porém, foi constatado que as autoridades, com relação aos crimes contra a vida, entregam os acusados já “castigados” por eles; ou seja, já julgados e punidos. Quando perguntados sobre casos de violação sexual de meninas, a maioria das respostas foi de que estes casos devem ser entregues à justiça estatal (64,4%), outro grupo entendeu que devem ser julgados por ambas justiças (30%) e só uma pequena porção acredita que devem ser julgados exclusivamente pelos indígenas (5,6%). Chama a atenção do autor que a posição maximalista (aqueles que entendem que a justiça indígena não devem ter quaisquer limites de matéria ou gravidade) não coincide de maneira evidente com os interesses das autoridades indígenas, que favorecem, em sua maioria a ideia de que certos casos sejam resolvidos pela justiça estatal (2017 p.233).

Com base em um projeto de Lei de Coordenação Intercultural da Justiça no Peru, Brandt apresentada a possibilidade de que, pelo fato de as comunidades não estarem preparadas para resolver certos tipos de conflito em relação a competência pessoal nas quais estejam envolvidas pessoas não-indígenas, a Corte Superior decida sobre qual a jurisdição em que serão julgados (se na ordinária ou na especial indígena); salvo voluntário consentimento da pessoa com o procedimento da justiça comunal (jurisdição especial indígena) (2017 p.234).

Explicando o porquê de certos casos, como homicídios, não serem julgados pela justiça indígena, Brandt aponta para os procedimentos: eles são orais em sua maioria; por isso, inadequados. Estes procedimentos criam incertezas quanto à comprovação dos fatos e os fundamentos das decisões. A falta de uma sentença fundamentada e escrita impede a verificação posterior dos critérios aplicados. Estes permanecem só na memória individual ou coletiva, parte de uma lembrança passageira e, às vezes, contraditória. Em casos de repercussão nacional, a tomada de decisão deve ser documentada de forma transparente; essa medida é um mandato do Estado de Direito.

Brandt acredita que a sociedade deveria estar em condições de entender como e por que foi possível chegar a uma determinada decisão (2017 p.237).

Para Brandt, excluir casos de violação sexual não constitui uma discriminação, como dizem alguns líderes indígenas. Como já visto, a maioria dos entrevistados nos estudos conduzidos não reclama competência exclusiva nesta matéria. O problema está no desamparo das mulheres em muitas comunidades. Ainda que os estudos revelem melhora a respeito dos direitos das mulheres, não se deve descartar a indiferença das autoridades indígenas frente a estes casos e sua abstenção de responsabilidade por não investigarem tais denúncias. O autor cita estudos realizados pela ONG Flor Tristán, os quais indicam que, no povo *Awajún*, as normas consuetudinárias não estão de acordo com os preceitos constitucionais de liberdade e segurança para mulheres, algo que contribui para que elas estejam desprotegidas ante delitos sexuais e outros maus-tratos no Direito Indígena (2017 p.237).

Brandt mostra que um grande problema da separação sistemática de funções jurisdicionais é a proteção dos direitos individuais. No caso do Peru, a *Comisión de Pueblos* quer reforçar os direitos coletivos das comunidades e das *rondas campesinas*; porém, ao mesmo tempo, querem reduzir direitos individuais. (Brandt 2017 p. 238). Isso levaria a perderem direitos individuais que todos os cidadãos peruanos têm; ademais, essa autonomia sem nenhum controle posterior, geraria injustiças que levariam à perda da legitimidade dessa jurisdição (2017 p.239).

Apesar de muitas vantagens e aspectos positivos, Brandt nos alerta que não devemos idealizar a jurisdição especial indígena. Como em qualquer jurisdição, ocorrem abusos e injustiças. Apesar de apontar algumas mudanças de valores, não se deve desconsiderar os perigos que um grupo majoritário possa causar sobre os demais quando estes estiverem sob seu domínio. Neste caso, Brandt se questiona sobre como proteger indivíduos de decisões totalitárias. Ele afirma que não é um problema usual, mas também não é um problema irreal. Para exemplificar, indaga: o que ocorre quando autoridades não intervêm em casos de violação sexual ou violência familiar, quem protege às vítimas? O autor cita o caso de 400 mulheres na cidade de Yanaoca, no Peru, que em 20 de novembro de 2012 foram até a polícia entregar um indivíduo; este homem maltratou frequentemente sua mulher e filhos durante anos. A *Comisión de Pueblos* declarou incompetência da justiça estatal, solicitando que os órgãos estatais remetessem o caso para a Jurisdição Indígena. Este caso revela como as autoridades comunais foram incapazes de proteger às vítimas. Negar o direito delas de ter

seu caso resolvido é o que se pode tomar como uma grande discriminação (2017 p.240). Neste ponto, concordamos veementemente com o autor.

Para concluir, Brandt sugere, para solucionar conflitos de competência entre as jurisdições, a criação de Comitês Distritais de Justiça Intercultural compostos por membros de ambos sistemas. Esses poderiam atender com a função de julgar apelações contra decisões comunais. A correção de uma decisão arbitrária ou injusta de uma comunidade por esta segunda instância (intercultural) seria uma intromissão na autonomia, certamente; contudo, a autonomia não significa o direito à arbitrariedade. As decisões da Justiça Indígena não podem desrespeitar o próprio direito tradicional. Se um foro intercultural chega à conclusão que o direito próprio da comunidade foi desrespeitado, não se trata de uma intromissão injustificada ou uma discriminação (2017 p. 240).

A sugestão do autor é interessante, ainda que, a nosso ver, aumentaria a burocracia estatal e não seria uma garantia de decisões justas, porém, é um caminho a ser pensado/tentado. Ainda mais ao considerar que a maioria dos autores defensores do pluralismo jurídico fale sobre a necessidade de existirem soluções interculturais. O modelo defendido por ele, certamente, se encaixa nessa classificação.

5.2 – Análises entre a relação do Estado com a Justiça Indígena em quatro países

Uma obra muito interessante, realizada pela *Comisión Andina de Juristas (CAJ)*, trata da temática deste subtítulo. Escrita de forma coletiva por múltiplos autores, a obra apresenta análises sobre a relação entre o Estado e Justiça Indígena em diferentes aspectos, em quatro países distintos: Colômbia, Peru, Equador e Bolívia. Os autores escolheram diferentes povos em cada país e analisam muitos casos concretos, que serão citados e comentados neste trabalho. A obra é de extrema relevância para nosso estudo pois, de forma condensada e realizada por juristas dos próprios países analisados, trata da questão central de nosso estudo: a Jurisdição Especial Indígena. Nesta seção, traremos as análises que descrevem os diferentes sistemas de povos indígenas nos quatro países.

5.2.1 – Relações justiça estatal/justiça indígena na Colômbia

O primeiro país que a CAJ analisou foi a Colômbia e um dos povos estudados foi dos *Tule*. Eles têm a Assembleia Geral como primeira autoridade, formada por membros eleitos entre os homens da comunidade, como mandato vitalício, mas que pode ser retirado por alguma falta grave ou por senilidade (2009 p.21). Esse povo servirá de base para algumas das conclusões sobre a Justiça Indígena.

Os *Saila* são autoridades indígenas dos *Tules*, têm por função: serem porta-vozes dos cabeças de família; corrigirem mediante conselhos e práticas coercitivas, como detenções e multas (em trabalho, dinheiro ou espécie) a quem infrinja as regras do Direito *Tule*, tais como roubos, adultério, ter relações pré-matrimoniais, insultar a outro indígena, vincular-se a grupos armados, entre outros. Portanto, os *Tule* não têm nenhum tipo de organização complexa ou um tribunal, sua Jurisdição Indígena é realizada pelos *Saila* em casos de menor gravidade e pela Assembleia Geral em casos de maior gravidade (2009 p.22).

Os *Tules* não confiam nas entidades estatais para resolver seus problemas e não fazem coordenação com a justiça estatal (2009 p.22). Entretanto, é dito que com os outros povos eles têm melhor relacionamento.

Na Colômbia, vários povos indígenas se reuniram em organizações mais complexas. Na região de *Tolima*, por exemplo, vários povos formaram o *Consejo Regional Indígena del Tolima* e, por conta de vários inconvenientes ocorridos entre os *cabildos* (instância inferior de organização deles) ou entre os indígenas e os servidores públicos das entidades estatais (tais como fiscais, polícia, justiça ordinária, etc.), decidiram criar o *Tribunal Superior Indígena del Tolima*.

O Tribunal é composto por três membros e três suplentes, líderes indígenas com suficiente experiência e idoneidade. O surgimento do Tribunal foi para atender a necessidade de acabar com a impunidade que acontecia por causa de autoridades indígenas que não cumpriam com seus deveres como administradores de justiça e apresentavam falta de compromisso com a aplicação da justiça dentro de suas comunidades. Dessa forma, o Tribunal também funciona como segunda instância ou grau de apelação da Jurisdição Especial Indígena naquela região.

A CAJ explica que, ao longo do tempo, ficou evidente a impunidade de muitos delitos ocorrida nos julgamentos feitos pelas autoridades indígenas nas comunidades; o motivo dessas impunidades: parentesco e *amiguismo*. Isso não permitia a

imparcialidade, transparência e equidade que devem sempre estar presentes em um juízo justo. Outra constatação era que havia bastante desproporcionalidade na hora de aplicar as penas (2009 p.28).

A segunda instância indígena nos parece uma ideia muito interessante pois corrige problemas sistêmicos que normalmente a Justiça Indígena tem, como a falta do duplo grau de jurisdição e a possibilidade de recorrer.

Outro ponto interessante apresentado foram as relações trabalhistas e comerciais deste povo. Os *Tules* plantam bananas e têm cooperativas que exportam seus produtos. Em algumas ocasiões, contratam não-indígenas para trabalhar nessas plantações. Houve um caso em que uma dessas pessoas entrou com um processo trabalhista. Os indígenas disseram que o processo era ilegítimo, com base na constituição. O juiz da causa aceitou o processo. Por fim, o juiz conseguiu um acordo com os indígenas para que pagassem o trabalhador. (2009 p.31). Ora, se os indígenas vão contratar alguém não indígena para uma relação de trabalho, nos parece que seria injusto a relação não ser regida por essa legislação específica. Não se pode alegar o direito cultural para não pagar o que é devido a alguém de fora da cultura.

Um dos problemas que acontece na justiça indígena (em todos os lugares estudados) é o das provas. No caso do povo *Tule*, há uma questão importante a se considerar: em seus julgamentos, os indígenas aceitam quase que exclusivamente provas espirituais. Uma visão do *Yage* é suficiente para seja provado algum delito e empregar sua sanção (2009 p.33). Mister comentar esse tipo de prova. Nos parece bastante injusto que todo o processo penal esteja embasado em uma visão. Não é passível de discussão neste trabalho se visões são ou não são reais; contudo, a forma de verificação da prova e a possibilidade de contraditório são bastante importantes em qualquer tipo de julgamento.

Na Colômbia, mesmo que haja organização formal entre os indígenas, como a *Asociación Zonal de Consejo de Autoridades Indígenas de Tradición Autóctono* (AZCAITA), eles ainda não conseguiram uniformizar o Direito Indígena pois, de acordo com as respostas dadas à CAJ, eles poderiam aplicar normas dos *Cocama*, dos *Huitota*, dos *Tikuna*, etc.; devido a isso, não conseguem organizar o sistema judicial de forma unificada. Assim, cada povo ou comunidade aplica suas próprias regras (2009 p.33).

Uma das críticas frequentes das autoridades indígenas é sobre o relacionamento com as entidades estatais. Como regra geral, os juízes e funcionários estatais

desconhecem a legislação e jurisprudência indígena. Além disso, há constante rotatividade de funcionários nos órgãos estatais (2009 p.34) É notória a pouca importância dada pelos funcionários estatais aos procedimentos judiciais, costumes e sanções do Direito Indígena (2009 p.35). Nesse ponto, os indígenas têm razão em pedir melhor tratamento e em criticar a grande rotatividade de funcionários; uma alternativa resolutive seria a construção de um relacionamento mais longo entre os operadores do direito estatal e as autoridades indígenas, de forma que ajudassem ao funcionário ou juiz entender melhor a justiça indígena. Por outro lado, também é difícil para funcionários e magistrados conhecerem os vários direitos indígenas; ademais, estes são quase exclusivamente orais.

Em relação aos juízes, há todo tipo de relação. Há os magistrados que são indiferentes, os que somente aplicam o direito estatal, independentemente de qual seja a situação, e os que são respeitosos do Direito Indígena. Em geral, os juízes entendem que as autoridades indígenas devem apenas cuidar de casos menores e que essas sempre querem escapar das leis. Eles também criticam a falta de meios coercitivos ao sistema de justiça indígena, crendo que impera a impunidade na jurisdição especial indígena. (2009 p.34) Os juízes que passaram por algum tipo de treinamento ou processo de formação em Direito Indígena denotam um reconhecimento muito mais amplo à Jurisdição Indígena (2009 p.35). Por isso, procede a sugestão por parte dos indígenas de que não se deve haver tanta rotatividade. Importante tentar colocar regras e incentivos para que funcionários e magistrados da justiça estatal permaneçam mais tempo e conheçam melhor o sistema jurídico indígena.

A aproximação dos dois distintos sistemas jurídicos deveria se efetuar de duas maneiras: de um lado, o reconhecimento das autoridades indígenas, seus procedimentos e normas, assim como suas tradições, práticas culturais e sociais; do outro, ao aplicar a legislação nacional, as autoridades estatais deveriam levar em consideração a condição de pertencimento de um indivíduo a um grupo ou comunidade indígena para que, assim, outorguem os direitos condizentes com uma defesa adequada e proteção jurídica.

Também é necessário contar com estratégia permanente de formação de magistrados em Jurisdição Indígena; além de manter o diálogo intercultural permanente entre funcionários estatais e autoridades indígenas (conclusão da CAJ p. 37). Ao nosso ver, é papel do Estado implementar a formação de funcionários e magistrados

para que o acesso à justiça estatal, quando necessário, seja feito de maneira mais justa e cada vez melhor.

5.2.2 – Relações Justiça estatal/Justiça indígena no Peru

O próximo país estudado pela CAJ foi o Peru. Lá também há grande população indígena e previsão constitucional do tema. Entretanto, a maioria dos indígenas, por estar situada na zona rural e trabalhar com a terra, se denomina camponeses ou *campesinos*.

No Peru, foram desenvolvidas diferentes instâncias em que se administram a justiça, começando por aquelas onde se conhece o caso a ser julgado (2009 p.47-49). Essas diferentes formas de organização serão descritas abaixo:

As rondas campesinas são comitês especiais que funcionam no interior de uma comunidade. Neles, são resolvidos os conflitos que, normalmente, tratam de posse de terras, brigas entre indígenas, problemas com alcoolismo e casos de violência familiar. Há alguns anos, estes casos eram julgados pelas assembleias, mas os indígenas mudaram sua forma de divisão de funções entre a comunidade geral e o comitê especial das *rondas*.

Comitê distrital de Rondas Campesinas é o agrupamento de comitês especiais de rondas, cuja assembleia geral é considerada como a autoridade máxima e é composta por uma junta diretiva que a representa. Nesse comitê, são resolvidos os conflitos que envolvem mais de uma comunidade, como abuso de mulheres e crianças, roubos de gado, outros roubos e conflitos entre comunidades, dentre outros.

Comitê Provincial de Rondas Campesinas é uma instância criada recentemente que está mais relacionada com a representação *rondera* em outras instâncias de participação cidadã existentes na província como, por exemplo, o Orçamento Participativo Provincial – onde eles vão pedir recurso públicos destinados ao desenvolvimento dos *ronderos*.

As *rondas* e as assembleias das comunidades que atuam como justiça comunitária estão se caracterizando como uma justiça ágil, equitativa, simples, oral, pública e restauradora, que contribui de alguma maneira para superar as barreiras do sistema judicial nacional, de caráter excludente para os indígenas (2009 p.48).

Os *ronderos*, quando ocorrida uma grande reforma agrária no Peru, estiveram envolvidos em processos judiciais nos tribunais agrários que foram criados para

resolver certos pontos específicos à redistribuição de terras. Esse contato com a justiça ordinária impactou de grande maneira os indígenas. Dessas experiências, eles adaptaram e incorporaram as noções de concentração de provas, oralidade de todo o procedimento e a *sumariedade* (2009 p.49). Em nossa visão, os indígenas poderiam ter adaptado ao seu sistema com alguns outros aspectos, por exemplo: o contraditório, o duplo grau de jurisdição e a defesa técnica quando a parte desejar.

Quase nenhum processo judicial entre dois indígenas acontece na justiça ordinária. Quando acontece, normalmente é por roubo de gado entre os indígenas, e as autoridades *ronderas* aplicaram penas de forma excessiva (por isso o indígena recorre à justiça estatal para questionar) ou por questão de brigas (rinhas) entre indígenas, em que ocorreu lesões graves. Esses são casos os mais comuns de um indígena pleitear algo na justiça estatal contra outro indígena, mas podem ocorrer outros tipos de casos (2009 p.50). Neste ponto, como na maioria dos sistemas jurídicos indígenas, não é prevista a segunda instância e, por vezes, há falta de imparcialidade nos julgamentos comunais; é importante que a justiça ordinária (ao nosso ver) atenda esses casos.

Os indígenas também tiveram influência militar devido aos vários indígenas que prestavam o serviço militar, outrora obrigatório; os que ainda prestam, o fazem para poder sair de sua comunidade, aprender melhor o castelhano, ter acesso à educação superior ou tecnológica e aperfeiçoamento de sua educação (2009 p.52). A troca de ideias entre culturas é algo que, ao nosso ver, não recebe notoriedade pelos autores que defendem a implantação da jurisdição especial indígena pois preferem sempre falar da preservação cultural. Por que não exaltar a troca de experiências entre culturas? Uma cultura pode e deve aprender com a outra, a nosso ver.

Os casos mais comuns julgados na Justiça Indígena peruana são: violação sexual, roubos, abigeato (roubo de animais tipo vaca, ovelha etc.) e violência doméstica. As penas mais comuns são: conselhos, detenção de alguns dias, banho frio, chibatadas, urtigadas (situação em que a planta urtiga é usada para açoitar as costas do indivíduo), indenização, trabalhos comunitários e expulsão da comunidade. As provas que, normalmente, são aceitas são: declaração de testemunhas, acareação, depoimento das partes, documentos escritos e fotos (2009 p.54-56).

Outro caso citado pela CAJ compreende situação de excesso na aplicação do castigo por abigeato: flagelaram um indígena, quebrando suas costelas. O indígena processou os dirigentes *ronderos* e o padre da cidade, todavia ele perdeu o processo

(2009 p.59). Nesse caso, podemos avaliar, ainda que sob a breve descrição feita pela CAJ, que houve injustiça no julgamento. Ora, se o indígena teve suas costelas quebradas é evidente que houve excesso na execução da pena. Difícil entender o julgamento feito pelo juiz estatal.

Um fiscal provincial entrevistado pela CAJ afirmou que os processos na justiça indígena são apressados na tomada de decisão; não há investigação adequada, segundo ele, além de exagerarem em algumas penas aplicadas. Ele ressalta a importância do trabalho da justiça indígena, mas crê que deve haver certos limites (2009 p.59). Concordamos com a preocupação do fiscal. Houve evolução em muitos aspectos na história do direito, sobre determinadas práticas processuais mais especificamente, por uma razão: evitar injustiças. Quando não há investigação minuciosa e cuidadosa, é grande o risco de injustiças serem cometidas. Mais adiante, algumas dessas serão citadas.

Alguns juízes de primeira instância entrevistados pela CAJ reconhecem as organizações internas das *rondas* e resolução de seus problemas internos. Todavia, não entendem que eles têm jurisdição e que esta existe apenas na justiça ordinária. Também entendem que as *rondas* cometem muitos excessos, violam direitos humanos com castigos físicos e cometem detenções ilegais, as que eles chamam de sequestro (2009 p.60).

Outro povo estudado pela CAJ foi o *matsiguenga*. Este povo está organizado como famílias, que são a primeira instância de resolução de conflitos. Acima delas está a Assembleia Geral, o órgão máximo de organização para resolver os conflitos; liderada pelo *kuraka*, chefe da comunidade. Normalmente, a comunidade faz consultas à Junta de Anciãos que orientam todo o processo. Os *matsiguenga* também têm articulação entre as diferentes comunidades de diferentes lugares. Os indígenas, em algumas áreas, têm maior unidade e organização, por exemplo: o *Consejo Matsiguenga del rio Urubamba (COMARU)* e a *Federación de Comunidades Nativas Yine Yami (FECONAYY)*. Quando a Assembleia Geral julga um caso, não há possibilidade de apelação, o caso pode ser revisto a pedido do indivíduo se surgirem novas provas. Em muitas das vezes, por não haver apelação, o castigado recorre a uma autoridade estatal, como o *teniente gobernador* (funcionário do Poder Executivo estatal que tem funções administrativas em determinada região). Este que, às vezes, anula a decisão do *kuraka* ou assembleia. Se não essa alternativa, o castigado procura o juiz de paz (magistrado de primeira instância) (2009 p.63-65).

Os tipos de conflito mais comuns julgados são os de ordem familiar (violência doméstica, abandono de família e adultério), de ordem comunal (não assistir as reuniões comunitárias, não participar dos trabalhos da comunidade), de ordem patrimonial (roubos de cultivos e animais domésticos), incestos ou atos de vingança (2009 p.66).

As sanções que prevalecem são a pena privativa de liberdade, multas, trabalhos comunitários e expulsão da comunidade. Às vezes, é realizado um ritual espiritual que envolve beber *brebaje* (bebida forte e muito amarga). Geralmente, não se aplicam castigos corporais (2009 p.67). Importante ressaltar que os casos e as sanções são bastante similares entre os diferentes povos, mas existem aqueles que são mais violentos nas sanções e os que são mais equilibrados.

A CAJ menciona um caso que estava sendo analisado pelo Comitê de Direitos Humanos da Província. É de suma importância o estudo destes tipos de casos pois somente com base na casuística é que se pode tecer algumas conclusões mais práticas. Ao nosso ver, a falta de análise de casos é o principal problema dos autores que abordam a justiça indígena. Neste caso, especificamente, três jovens assassinaram o xamã da comunidade por entenderem que ele estava fazendo mal a ela. Para eles, o fato de o xamã haver realizado curas e tratamentos que, na realidade, não haviam curado as pessoas – pelo contrário, haviam piorado seu estado de saúde – era uma prova determinante do dano que estava sendo causado na comunidade pelo líder espiritual. Como essa cultura entende que a morte não é o fim, mas uma transição, a Organização de Direitos Humanos que estava fazendo a defesa, alegava que o ato era apenas um erro cultural (2009 p.70).

Apesar de haver fundamentação na argumentação da defesa para chamar um assassinato de erro cultural. Creemos, que esse tipo de ato deve, sim, ser combatido. Ainda que aceitemos que a cultura não acredita em morte, punir alguém fisicamente por um serviço mal prestado, já que a alegação foi de que as curas não foram eficazes, é bastante injusto. Muito pior é matar o mal prestador do serviço. Os familiares do xamã certamente mereciam ser indenizados; além de os três jovens receberem algum tipo de punição, que seja dentro das previstas no sistema indígena, quer seja a legislação estatal. Isto, a nosso ver, seria o mínimo a ser feito nesse caso.

No Peru, a CAJ ainda estudou os povos *Quechua*. Para resolver alguns casos que são entendidos como graves, este povo consulta a *Pacha Mama* através de um ritual pago à terra, o que significa que as condições meteorológicas (granizo, raio ou trovão, por exemplo) podem influenciar na decisão tomada (2009 p.75). Esse é mais

um ponto em que seria importante uma troca de experiências culturais. Ora, não seria, a nosso ver, imposição de cultura explicar a este povo que certos fenômenos naturais não deveriam servir de influência no julgamento de alguém.

Uma das sanções aplicadas pelos *Quechue* é a sanção moral. Através dela, por exemplo, é condenado um ladrão de abigeato com a seguinte sanção: pegam o couro de um cordeiro e escrevem “eu sou o abigeato de ovelhas”, colocam no pescoço do ladrão e o fazem passear por várias comunidades para que todos saibam o que ele fez (2009 p.88). Ao nosso ver, essa sanção poderia até ser aplicada entre a “cultura ocidental” para criar consciência sobre os atos que infringem as regras ou as leis da sociedade. Entretanto, provavelmente, nenhum parlamento passaria alguma sanção deste tipo pois haveria fortes críticas por expor pessoas à humilhação pública.

Os povos indígenas não concebem o indivíduo da mesma forma que a cultura ocidental. Sua vida no espaço público está caracterizada pela divisão do trabalho, para satisfazer suas necessidades e pelo reconhecimento como sujeito de determinados direitos próprios. Para a cultura ocidental, o sujeito tem características indispensáveis para sua existência, como a individualidade, a personalidade, a autonomia e a responsabilidade. Para a cultura indígena, o sujeito não existe como tal, ele é apenas o ponto de partida para o conhecimento de mundo, o sujeito indígena é um sujeito coletivo, comunitário; os direitos do grupo têm preponderância sobre os direitos individuais, segundo aponta a CAJ (2009 p.97).

Em outros termos, a pessoa não é considerada um ser separado do todo, de um coletivo. Eles não concebem um indivíduo; senão uma comunidade. Por isso é difícil para a cultura deles entender a separação de direitos individuais: porque é impossível não afetar a integridade da comunidade. Um roubo, um abigeato constitui um fato que não atenta apenas contra o proprietário do bem, mas à toda comunidade, por haver quebrado a paz social (2009 p.98). Por mais que possamos compreender toda essa ideia de paz social que os indígenas tanto enfatizam, ainda assim, não concordamos com a ideia de que não se pode separar direitos individuais dos direitos coletivos.

A CAJ apresenta os princípios que entram em contradição com o sistema estatal, são eles: o *princípio da relacionalidade* – mediante este princípio, para os indígenas, tudo está relacionado, conectado, articulado. Isso acontece a convivência em sociedades pequenas, sociedades cara a cara, onde todos se conhecem; o *princípio da correspondência* – significa que todos os aspectos da realidade se correspondem de maneira harmoniosa, em todos os níveis, incluindo o celestial, a correspondência

também inclui relações de tipo simbólico, ritual, festivo, de práticas culturais; *princípio da complementariedade* —para cultura andina é a especificidade dos princípios anteriores, correspondência e *relacionalidade*, significa que o particular é apenas uma parte necessária e complementar que se integra a outra parte para fazer o todo (2009 p.100-101).

Os mecanismos de resolução de conflitos que são usados para implementar as *rondas campesinas*, aplicando e criando seus próprios sistemas normativos, constituem uma garantia para a segurança da população indígena no setor rural. Houve diminuição de vários delitos que eram muito frequentes no âmbito comunitário, como o abigeato; essa é a prova da efetividade das *rondas*. Algo que até as próprias autoridades estatais reconhecem (2009 p.104).

Esse último ponto é de suma importância ressaltar. Há muitas vantagens em se implementar a justiça indígena, tais como: a chamada defesa da cultura originária, o acesso à justiça de forma mais rápida e com resolução mais eficaz, a diminuição de furtos e roubos nessa comunidade, maior paz e segurança, entre outras vantagens. Apesar de seus percalços, a justiça indígena, ao nosso ver, obviamente deve ser implantada; sempre com as ressalvas de que sejam protegidos os indivíduos.

Adicionalmente, conforme evidenciado anteriormente nos estudos de Brandt, e corroborado nos comentários da CAJ, já tem algum tempo que os jovens indígenas vêm influenciando o momento de aplicar castigos, pondo limites para evitar os excessos e regulando os procedimentos de resolução de conflitos. Eles também têm maior abertura para o relacionamento com autoridades judiciais, quando no passado prevalecia a confrontação a essas instâncias (2009 p.104).

Ainda assim, mesmo com essa nova abertura relativa, tanto os juízes quanto os fiscais questionam a celeridade da investigação que realizam as *rondas*. Consideram que a culpabilidade presumida faz com que os supostos autores de determinados delitos sejam detidos arbitrariamente, comprovando depois sua inocência (2009 p.104).

5.2.3 – Relações justiça estatal/justiça indígena no Equador

O próximo país analisado pela CAJ foi o Equador, e o povo *Achuar* foi primeiro a ser estudado.

Eles aceitam a poligamia, mas o homem só está autorizado a fazê-lo se tiver uma visão a respeito. No entanto, vários jovens querem praticar a poligamia sem a tal

visão. Por outro lado, incentivados pela religião e pela promoção dos direitos da mulher, vários outros jovens têm mudando de opinião em relação à poligamia. Em uma entrevista à CAJ, um jovem indígena disse que eles estão pedindo aos mais velhos que reconheçam que essa prática fez mal às mulheres (2009 p.117).

O povo *Achuar* considera o adultério algo de extrema gravidade, punível com morte. Com a mudança de cultura, atualmente se leva maior consideração ao porquê uma mulher traiu; caso seja provado que o marido não cumpria com sua responsabilidade e não lhe dava atenção, o marido é quem será punido. Ainda assim, homens e mulheres adúlteros são punidos com a morte (2009 p.118). Além de toda a questão da concepção de direitos humanos no tocante à pena de morte por adultério, há os casos de injustiça. Por exemplo, houve um caso em Morona Santiago, no Equador, entre o povo *achuar*, em que contaram a um homem que sua mulher havia estado com outro; então, este homem matou a mulher e o que com ela havia estado. Posteriormente, se comprovou que o adultério não havia ocorrido (2009 p.118).

Tanto o povo *achuar* quanto o povo *shuar*, por sua herança guerreira, entendem que só a morte pode sanar outra morte; assim sendo, como toda morte ocorre por alguma razão, sempre pode ser encontrado uma pessoa para ser responsabilizada e digna de morte. Apesar de várias mudanças culturais, esta concepção não mudou e ressurgue toda vez que ocorre alguma morte (2009 p.123).

O povo *achuar* também tem tido alguns conflitos com empresas petroleiras, que querem fazer extração em suas terras. As comunidades estão divididas. Os líderes que são resistentes à essa ideia querem controlar a situação com sua autoridade. Um caso emblemático ocorreu em 2002. Rubén Yankuam, um indígena *achuar*, foi condenado segundo a lei de seu povo por ter participado em um *workshop* de uma empresa petroleira e por ter feito uso de um voo da companhia. O infrator foi convocado a uma Assembleia Extraordinária onde os atos foram confirmados por testemunho de outras pessoas, o próprio acusado admitiu também. Entretanto, argumentou que a companhia traria benefícios à comunidade e desenvolvimento, criticou os líderes por sua atitude de resistência e ratificou seu desejo de colaborar com a petroleira. A atitude do acusado com sua resistência em mudar de opinião levou o presidente da Assembleia a ordenar castigo público mediante urtigadas, designando 10 jovens da comunidade para executar a sanção. Também, decidiu juntamente com os anciãos que Yankuam perderia todos os seus direitos como membro da comunidade (2009 p.124). É este tipo de caso que, ao nosso ver, não pode ocorrer. Um indígena, tem uma

posição que é tida como contra sua cultura e, por causa disso, ele deveria receber castigos físicos? Por que esse indivíduo não tem liberdade de opinião? O que ocorreu foi uma arbitrariedade cometida pelas autoridades. As autoridades, por sua própria posição de poder, impõem suas opiniões aos indivíduos, e ainda detém o poder para punir os que discordam. Justamente por esse tipo de arbitrariedade é que os direitos coletivos não podem ter importância superior aos direitos individuais

Seguindo com o tema dos castigos físicos, em entrevista à CAJ, um indígena afirmou que os castigos físicos servem para que os que cometeram erros mudem de atitude e sirvam de exemplo aos outros. Assim, segundo ele, se a pessoa sente um pouco de dor vai corrigir seu comportamento equivocado (2009 p.136). Ao nosso ver, dependendo da intensidade dos castigos físicos, não consideramos algo atentatório contra a dignidade da pessoa humana. No entanto, em casos como o anteriormente mencionado em que as lesões são graves, defender a ideia se torna algo difícil.

Outro problema do qual o sistema jurídico indígena padece está relacionado à questão de gênero e representatividade ou, até mesmo, à possibilidade de uma pessoa fazer parte das autoridades. Dificilmente uma mulher é eleita como autoridade. Segundo os indígenas, não é que a mulher não tenha participação ou não decida na administração de justiça, mas que sua participação se encontra culturalmente oculta e, portanto, não há protagonismo direto (2009 p.141). Existem outras culturas, como serão mencionadas adiante, que têm uma visão diferente sobre essa questão. Ainda assim, nos parece bastante claro uma tendência de desvalorização da mulher nessas culturas.

Uma das vantagens dos sistemas indígenas é a redução de custos que permite acesso à justiça. Tradicionalmente, esses povos já têm seus julgamentos e, assim, também aliviam a polícia e as cortes que já estão sobrecarregados. Os indígenas buscam a justiça na Jurisdição Indígena também por sua eficiência, legitimidade e menor custo (2009 p.145).

No Equador, de todos os casos analisados pela CAJ, as principais sanções combinam confinamentos curtos, castigos corporais, aconselhamento, trabalho comunitário, indenização à vítima e sua família. Os casos mais graves são punidos com a polêmica expulsão da comunidade e a morte, que normalmente são utilizadas depois que as sanções mais leves não surtiram efeito (2009 p.148).

Algumas das perguntas feitas pela CAJ foram: Os indígenas podem escolher qual justiça querem que se aplique? O que acontece se uma infração envolve

indígenas e não-indígenas ou indígenas de dois povos diferentes? O que acontece com um indígena que comete um delito fora da sua comunidade de origem? Quem o julga? Das evidências encontradas, a maioria das situações se resolve caso a caso, o que sé destaca a importância de estas situações serem normatizadas de alguma forma (2009 p.148). Por isso que alguns autores equatorianos insistem tanto sobre a lei de organização estatal, que está parada no congresso equatoriano. Neste ponto, a Bolívia já aprovou tal lei, chama-se Lei de Deslinde, ainda que haja aqueles que criticam sobre como essa lei organizou o relacionamento entre as duas justiças.

Os indígenas equatorianos, em geral, entendem que a lei estatal é boa, mas veem seus operadores com desconfiança. Para eles, a própria lei estatal não é cumprida. Ademais, também veem que muitas leis foram feitas para privilegiar os mais ricos, além de não verem com bons olhos a atuação dos os advogados, pois os veem como ladrões que levam o dinheiro e não resolvem o problema (2009 p.150).

Os estudos feitos pela CAJ mostram que apesar de os indígenas verem o próprio direito como algo positivo, também têm suas críticas. A mais frequente se refere ao processo de investigação em que as autoridades indígenas ouvem mais as partes e familiares acusadores do que o acusado e seus familiares. Em muitos casos, os familiares do acusado nem ficam sabendo do processo e não conseguem intervir. Esse fato leva a agravar a sentença em desfavor do infrator. Outra percepção é que os julgadores, durante o juízo, se deixam levar por aparências, isto é, pesam muito na decisão deles a vida pregressa do acusado ou acusada. Também acontece de autoridades comunitárias recentemente nomeadas não conhecerem todas as regras e não saberem como aplicá-las. Outro fator mencionado é que os juizes indígenas são majoritariamente velhos, o que deixa os jovens sem a oportunidade de exercer tais funções. Este fato é uma reclamação dos mais jovens, ainda que reconheçam que os mais velhos têm mais experiência para exercer tais funções (2009 p.152). Outro ponto é sobre o abuso de autoridade e da falta de garantias. Vários foram os testemunhos coletados pela CAJ nesse sentido.

Uma constante reclamação por parte dos infratores é que os julgadores, quando estão exercendo seu ofício, extrapolam nos conselhos, maltratando e humilhando os acusados, algo que é proibido nos regulamentos indígenas. A impontualidade nas convocatórias das diferentes etapas do processo e a morosidade na fase de investigação (em que a mesma pergunta é feita várias vezes por diferentes pessoas) também foram destacadas pelo grupo *Kichwa* entrevistado (2009 p. 153).

Um problema para os indígenas acessarem a justiça ordinária é a língua. Se não tiverem o domínio do castelhano, se torna muito complicado o entendimento com as autoridades e funcionários estatais. Como consequência deste obstáculo linguístico, há também os abusos por parte dos funcionários e autoridades estatais – não são poucas as amostras coletadas pela CAJ (2009 p.154).

Para enfrentar soluções não efetivas, muitos indígenas recorrem ao sistema estatal como forma de alcançar a justiça desejada (2009 p.155). Todavia, os indígenas reclamam que os procedimentos do sistema jurídico estatal são lentos e burocráticos, além de ter muita coisa escrita e ser requerido um advogado (2009 p.158), algo que os incomoda bastante pois eles são muito desconfiados com advogados.

A CAJ recomenda capacitar constantemente aos líderes indígenas nos temas de Direito e Justiça. Da mesma forma, é imperioso formar profissionais indígenas e não-indígenas tanto em direito ordinário quanto em Direito Indígena para que sejam estabelecidos entendimentos fortalecedores do pluralismo jurídico (2009 p.169).

Na análise da CAJ, o Direito Indígena não ficou estancado no passado, mas sofreu influência do direito nacional, internacional e transnacional, bem como é um direito dinâmico com permanente processo de inovação e criação de normas e práticas (2009 p.169).

5.2.4 – Relações justiça estatal/justiça indígena na Bolívia

O último país analisado pela CAJ foi a Bolívia. Neste país, a diversidade de povos é grande. Alguns preferem a denominação indígenas enquanto outros preferem o termo originários e ainda outros, como os peruanos, adotam a alcunha de campesinos. Por isso, para representar a todos, os três termos aparecem juntos em toda a legislação boliviana.

Uma conduta que é malvista por estes povos é aquele membro que não se interessa, não contribui – seja com trabalho ou com dinheiro – com os afazeres comunitários. Também são reprovados os roubos e a má conduta proveniente de vícios (álcool, tabaco e coca). A poligamia é aceita apenas se o homem conseguir manter em igualdade de condições todas famílias (2009 p.189).

O povo *Quila* foi um dos estudados pela CAJ na Bolívia. Eles têm em seu estatuto que todos os cargos das autoridades originárias são assumidos pelo casal:

homem e mulher, com similar responsabilidade entre eles e complementariedade (2009 p.199).

Os indígenas bolivianos não são tratados de maneira igual pelo sistema estatal, principalmente em relação aos processos de comunidades indígenas afetadas pelas ações da indústria petrolífera ou mineradora, segundo a CAJ. No geral, as decisões dos juízes estatais são em favor das empresas, violando os tratados de Direitos Humanos sobre o assunto (2009 p.210). Essa é uma das grandes críticas feitas pelos autores que defendem os direitos indígenas, não sem razão.

A justiça indígena originária campesina na Bolívia é parte do pluralismo jurídico de fato e de Direito, consagrados formalmente na Constituição. Sua vigência é, por um lado, resultado da resistência em manter suas estruturas comunitárias autônomas e, por outro, da assimilação de práticas da cultura dominante em um processo lento de homogeneização sociocultural (2009 p.212).

A corrente de pensamento dos Estudos Jurídicos Críticos retomou os conceitos da tradição marxista para afirmar como a lei não é neutra e que os sistemas jurídicos não outorgam campos imparciais, nos quais distintos grupos sociais podem resolver suas diferenças. Hoje, negar que o direito seja expressão de poder é como negar o caráter coercitivo da forma jurídica (2009 p.214). Nisso, temos de concordar com os autores marxistas, apesar de divergirmos deles em outros pontos.

Ao tratar do que é o Direito, para se afirmar a legitimidade do Direito Indígena, a *Comisión Andina de Juristas* (CAJ) estabeleceu os seguintes critérios básicos para determinar o que é o Direito: i) existência de autoridades legítimas; ii) aplicação de normas socializadas e aplicadas de maneira estável; iii) relação entre demandante e demandado; iv) existência de sanção ou aplicação do poder coercitivo (2009 p.215). Com base nestes critérios, podemos concordar que há pluralismo jurídico de fato – e de Direito, em alguns países.

Os indígenas originários campesinos bolivianos entendem ter competência material para todo tipo de caso, mas em material penal preferem por sua própria vontade remeter os assassinatos e abusos sexuais à justiça ordinária com informativo descritivo sobre todos os fatos ao juiz estatal (2009 p.223).

A constituição boliviana, nos artigos 291 a 295, garante a autonomia com referência ao autogoverno através de suas próprias normas e formas de organização. O artigo 304 reconhece como competência exclusiva a Jurisdição Indígena originária

campesina (2009 p.229). Veja que, mesmo com o amplo poder jurisdicional, a maioria das autoridades indígenas remetem certos casos para a justiça estatal.

A CAJ critica a justiça ordinária da Bolívia por entender que as autoridades indígenas são vistas apenas como elementos auxiliares para o cumprimento de resoluções judiciais ou policiais. Não existe uma ação institucional na justiça ordinária que abra ao diálogo intercultural com a Jurisdição Indígena originária campesina. As tentativas de coordenação realizados por operadores da justiça ordinária são mais de caráter individual deles do que de esforço institucional (2009 p.233). Neste ponto, temos de concordar que o Estado Boliviano falha nesse quesito. Não basta ter ampla legislação conferindo determinados direitos se estes não são implementados. É preciso mudar a cultura jurídica em toda sua estrutura

5.2.5 – Conclusões gerais da Comisión Andina de Juristas sobre as relações entre justiça estatal e justiça indígena

Nesta seção, apresentamos as conclusões gerais da CAJ apresentadas no final dos estudos realizados pela própria *Comisión* nos quatro países.

Através desses resultados, eles concluem que nos quatro países há um sistema de administração de justiça indígena vigente, com muita legitimidade dentro dessa população. Sua efetividade foi demonstrada para solucionar conflitos dentro da comunidade. No caso do Peru, por exemplo, as *rondas campesinas* quase extinguiram os casos de abigeato nas zonas em que essas intervieram. Esses sistemas de justiça, além de solucionar de maneira concreta, estão fundamentados em uma base cultural que reforça a identidade coletiva dos grupos estudados. Entretanto, mister salientar que os sistemas de Justiça Indígena não são harmônicos, nem estáticos. Pelo contrário, estão em constantes mudanças e, em seu interior, existem os conflitos de poder. As mudanças ou inovações ocorrem devido a incorporarem elementos novos, tanto próprios quanto provenientes de fora, o que faz com que suas normas e procedimentos sejam modificados. Por exemplo, a incorporação das atas de registros dos acordos, o uso de termos como direitos e obrigações, as noções de equidade de gênero, entre outras que pouco a pouco vão sendo incorporadas à justiça indígena (2009 p.233).

A CAJ estudou vários grupos de indígenas e suas justiças e viu semelhanças com a justiça ordinária. Todavia, fazem distinção entre os povos andinos (mais

influenciados pela cultura ocidental) e os povos amazônicos (os quais sofreram menos influência). Outra característica distintiva são os diversos graus de legitimidade e coesão entre as diferentes comunidades indígenas. Algumas são mais organizadas, com melhores índices de cumprimento de suas normas e sanções, enquanto outras são desorganizadas e suas estruturas comunitárias são fracas, tendo suas normas aplicadas apenas para alguns casos (2009 p.234).

Em via de regra, a justiça indígena dos quatro países tem solução para conflito parecidos, produzidos dentro de seu território. Também, de forma similar nos quatro países, quando o conflito envolve duas ou mais famílias indígenas, com caso de maior gravidade (abuso sexual ou assassinato), normalmente, o caso é remetido à justiça ordinária. Quando indígenas e não indígenas estão envolvidos no caso, ou sobre os atos cometidos fora da comunidade, não são seguidas regras tão homogêneas, variando bastante de grupo para grupo. Por essa razão, há a necessidade de normas de organização com a justiça estatal (2009 p.234).

A justiça que administra os povos indígenas nas zonas estudadas tem entre seus pontos fortes: ser mais eficiente e acessível a populações indígenas. Entretanto, também são identificadas várias limitações que devem ser superadas pelos próprios povos indígenas, como as divisões e conflitos internos, desconhecimento de suas próprias competências, a situação das mulheres e os casos de excessos como linchamentos e aplicação de sanções que violam diversos direitos fundamentais (2009 p.234).

5. 3 – Refletindo sobre a Jurisdição Especial Indígena

Nesta última seção, traremos a análise realizada por um autor italiano sobre a justiça indígena. A ideia do autor é fazer uma reflexão filosófica sobre o instituto e, por não ser jurista, se ater a questões da ordem das ciências sociais, segundo ele próprio.

Ermanno Vitale analisou um caso de uma sentença da Corte Constitucional Colombiana de 1997. Ele afirma que seu artigo “procura mostrar as incoerências e aporias existentes nesse tipo de defesa [está se referindo aos que defendem a jurisdição especial indígena], na medida que de fato sacrificam os direitos fundamentais de indivíduos (inclusive dos próprios indígenas) a favor de uma concessão pré-moderna (holística e organicista) das instituições sociais e políticas” (2010).

Para alcançar tal objetivo, ele comenta o caso cuja sentença foi a de nº T-523 de 1997. Para ele, é necessária uma crítica clara aos argumentos favoráveis aos denominados direitos indígenas ou, de forma mais ampla, aos direitos coletivos ou culturais. Ele aclara que suas críticas são de cunho filosófico, não jurídico; pois, não discute questões jurídicas por apenas estar analisando filosoficamente os argumentos a favor dos direitos coletivos sobre os direitos individuais. Também esclarece que respeita grandemente a “situação política, econômico-social e humana dos indígenas” (2010).

Em sua crítica, afirma que “um argumento fraco, é sempre um argumento fraco, mesmo se colocado a serviço de uma boa causa”. Ainda afirma que tal argumento pode ser usado justamente para negar direitos fundamentais às pessoas pertencentes às comunidades indígenas “sob o pretexto de afirmar ditos direitos” (2010).

Vitale se propõe a analisar a seguinte indagação: “é realmente conveniente para as pessoas que fazem parte de comunidades indígenas que sua comunidade goze desse ou daquele direito, dessa ou daquela autonomia?”. Ao postar essa questão, ele reitera ser simpático a todos os que “sofrem as consequências do colonialismo ou neocolonialismo” (2010).

O caso analisado ocorreu em 1996. Marden Arnulfo Betancur, o então prefeito de Jambalò na Colômbia, município que abarca território indígena da etnia *paéz*, foi assassinado. Os líderes indígenas resolveram investigar e punir os responsáveis pelo assassinato; inclusive, chegando a prender seis pessoas. Uma delas, Francisco Gembuel – da etnia *paéz*, foi acusado de ter apontado a vítima para os guerrilheiros e de ter afirmado que o assassinado havia desviado dinheiro público; logo, ficou entendido que Gembuel foi acusado de ter sido o mandante moral do homicídio por ter instigado esse crime.

Após a coleta de provas, os líderes *paéz* realizaram a oitiva de testemunhas e convocaram assembleia para julgar o caso. Nesse momento, Gembuel interpunha uma ação de tutela contra os líderes indígenas contestando a regularidade do processo. Primeiramente porque, de acordo com ele, quem o julgava eram seus adversários políticos. Em segundo lugar, porque as provas foram obtidas em segredo e não foi dada a oportunidade de contraditório. Por fim, porque Gembuel entende que o assassinato é competência da justiça comum, de forma que pedia a anulação da assembleia por parte da justiça estatal.

Antes que o juiz (da justiça ordinária) se pronunciasse, Gembuel foi condenado a 60 chibatadas – que, aparentemente, por um problema na corda, não causou as consequências físicas esperadas pelos líderes indígenas.

Em primeira e segunda instância na justiça comum foi dada, em grande parte, razão ao autor ainda que tenha sido reconhecida a competência da comunidade indígena. Na sentença de primeira instância, o juiz afirmou que foi violado o devido processo porque havia sido negado o direito de defesa – o autor não pode constituir advogado; não pode conhecer as provas; não pode contestar a acusação; além de a sentença constituir como tortura, para o magistrado. Na segunda instância, a sentença foi confirmada reconhecendo ainda o argumento de Gembuel da parcialidade dos líderes indígenas que o julgaram; pois eram seus adversários políticos.

Na Corte Constitucional Colombiana, último grau de jurisdição, a sentença divergiu completamente das outras instâncias, reconhecendo o processo como completamente legal, inclusive as 60 chibatadas.

Vitale analisa que os argumentos da Corte Constitucional Colombiana, e de outros defensores dos direitos dos indígenas, todos decorrem do conjunto de ideias do multiculturalismo e do *diferencialismo*. Essas ideias são o pano de fundo da reivindicação dos direitos de autonomia política e jurídica porque, como afirma Vitale, é disso que se trata nessas reivindicações, não da preservação de cultura (2010).

Ao ler a sentença da CCCol, Vitale aponta para notoriedade de que Gembuel foi acusado de duas coisas: de ter criticado publicamente o chefe da administração da comunidade Jambalò, seu adversário político, e de ter mostrado a vítima para a guerrilha paramilitar. Ora, Vitale argumenta, em relação ao primeiro ponto, que em qualquer lugar há pessoas criticando os líderes e isso é parte da liberdade de expressão; em nenhum lugar essa ação levaria o autor a um processo – salvo se houvesse imputação de crime. E em relação ao segundo ponto, a prova apresentada foi o testemunho de pessoas que viram Gembuel conversando com pessoas ligadas à guerrilha; porém, não foi demonstrado qual o teor da conversa. Portanto, um processo penal como esse, certamente, seria arquivado em qualquer justiça ordinária.

Vitale aborda três temas em seu curto artigo: i) a ideia de cosmovisão e a ideia singular de pluralismo, derivada da primeira; ii) a administração da justiça através das jurisdições especiais; iii) a crítica ao universalismo dos direitos fundamentais enquanto *ocidentalismo mascarado* (2010).

No primeiro ponto, Vitale explica que cosmovisão é um conjunto de valores, costumes sociais, crenças morais e religiosas de todo tipo – um indivíduo tem cosmovisão e um grupo também. Dessa forma, teoricamente, o constitucionalismo atual configurou um Estado que vai respeitar as diferentes cosmovisões para que possam coexistir pacificamente. Isso gera tensões entre o que o constitucionalismo atribui aos indivíduos, os direitos fundamentais universais, e as cosmovisões que negam essas ideias universais. A solução dada pelo constitucionalismo consiste em fixar os padrões mínimos de respeito aos direitos fundamentais do indivíduo e todas as demais questões relativas às cosmovisões devem ser entendida como respeito à diferença étnica e cultural. Vitale nos lembra, todavia, que isso significa impor às comunidades (ele explica que melhor seria dizer impor às autoridades) que, por um lado, devem respeitar os direitos humanos (basicamente direito à vida e a proibição de escravidão e tortura) e por outro, não agir arbitrariamente em relação às próprias regras (principalmente às relativas aos procedimentos penais). O autor italiano chama a isso de bom senso, mas aponta para os problemas dessa ideia, em seguida.

O primeiro problema apontado por Vitale é sobre as formas de vida. A exemplo, um determinado grupo humano que se estabeleceu em um determinado território, construiu – geração após outra – suas crenças morais, religiosas e seus costumes sociais (nos quais sua organização política e jurídica estão envolvidas) que regulam a convivência entre eles e devem ser passados aos filhos e netos indefinidamente no tempo ao infinito.

O problema surge porque, por definição, quem não é membro daquela comunidade não pode compreender completamente os usos e costumes referentes a ela; assim, tudo o que se deve fazer é respeitá-los e aceitá-los. Isso é o que defendem os autores defensores dos direitos indígenas, mas Vitale joga a pergunta provocativa: O que acontece quando alguém de dentro daquela própria comunidade não compartilha da cosmovisão? Vitale infere que alguém poderia dizer que é uma única pessoa ou, no máximo, uns pouquíssimos dissidentes; por isso, ele faz as seguintes perguntas: Como saber se são muitos ou poucos os que compartilham da cosmovisão? Como saber qual o grau de convicção destes e dos outros? Será que para ser considerada indígena (de qualquer etnia) a pessoa é obrigada ter aquela determinada cosmovisão? E se os detentores do poder político-ideológico daquela comunidade ensinaram o indivíduo a ser primeiro indígena (*paéz, tule, yanomami, kichwa*, ou o que for) antes de ser humano?

Vitale, brilhantemente, esclarece que as identidades coletivas (sejam nacionais ou comunitárias), na realidade, são artificiais. Há uma construção de mitos nacionais e cosmovisões que selecionam os elementos de identidade, os quais excluem e incluem indivíduos. Ele também aponta para o fato de que em todas as culturas há relações de poder (comando e obediência). Dentro dessas relações de poder é que, normalmente, as autoridades dessas comunidades pretendem negar, ou reduzir a mínimo, a defesa do indivíduo; pois isso seria uma intrusão nos seus usos e costumes tradicionais. De modo que as reivindicações das autoridades servem para continuar com essas prerrogativas de exercício político/jurídico.

Concordamos com Vitale quando explica que o papel dos direitos fundamentais é o de proteger o mais fraco, seja a mulher contra o marido, o filho contra o pai ou o indivíduo contra o próprio ambiente cultural; ou seja, a lei deve proteger a parte mais fraca da relação de poder.

Sobre as Jurisdições Especiais Indígenas, analisando o caso Gembuel, para o autor, ficou evidenciada que a “sanção cominada é evidentemente contrária aos mais elementares direitos da pessoa” (2010). Para Vitale, é grave a existência de qualquer situação em que uma pessoa não possa contar com a defesa de um advogado e, considera ainda, que as penas corporais são forma de tortura e de violação da dignidade da pessoa humana. Todavia, como lembra o autor, ao final das contas, a CCCol colocou a sobrevivência cultural das comunidades indígenas acima dos direitos humanos mais básicos.

Decisão que o leva ao terceiro ponto: o “falso problema do *ocidentalismo mascarado* de universalismo”. É importante perceber que o autor faz uma longa citação de parte da sentença, na qual está comentado o laudo de uma antropóloga. Dentre muitas informações neste laudo, a antropóloga afirma que, no caso Gembuel, a cultura da etnia *paéz* tem como forma de julgamento principal o ocorrido na Assembleia Geral. Nessa cultura, existe o princípio chamado de *yacska te'c'indate tenge' a mencue*, que significa “rastros que os deixam os mais velhos”. Isso significa que eles entendem que “não há nada que a comunidade não saiba”. Assim, a memória (inclusive coletiva) é muito exaltada nessa cultura e, portanto, a assembleia geral é vista como infalível. Por isso que nessa cultura não há apelação para outra instância. Por fim, a sanção é vista como único meio de restaurar o equilíbrio perdido. Dentre as sanções estão a chibatada, os trabalhos forçados, as indenizações e a expulsão do território. Essa chibatada é feita com uma corda grossa e, segundo a antropóloga, é uma sanção herdada dos

espanhóis. A imputação da sanção pode ser estendida aos familiares pois, naquela cultura, a família é responsável “por conhecer ou controlar o que cada um faz”.

Analisando os vários pontos da descrição feita pela antropóloga, Vitale critica, afirmando que a cosmovisão e as instituições que ela afirma “serem tão originais e específicas de uma pequena comunidade, bem distintas da tradição dos brancos, simplesmente se reflete naquilo que era a Europa medieval e o *ancién regime*, ou seja, podem ser encontrados os pilares da visão de mundo holística pré-moderna dos séculos XVII e XVIII, e que foram retomados na história dos séculos XIX e XX” (2010). Ou seja, para o autor, “nos usos e costumes dos *paeces* como também em muitas outras comunidades indígenas, redescobrimos simplesmente – em menor grau e de forma mais ingênuo, mais direta – um passado também ‘ocidental’, não de todo superado nem mesmo no ocidente” (Vitale 2010).

Pontos que Vitale entende serem problemáticos no sistema jurídico *paéz*: a) o poder judiciário é a única garantia de processos não sumários e arbitrários – diferente da presunção de infalibilidade da assembleia dos *paeces*; b) a responsabilidade deve ser exclusivamente penal; c) deve haver amplo direito de defesa; d) deve haver a unicidade da jurisdição; e) deve-se renunciar qualquer forma de tortura, de ostracismo – jeito clássico de se eliminar adversários políticos; f) deve-se extinguir a exposição à vergonha; e, g) acabar com a sanção como forma de purificação.

Para Vitale, essas são expressões de lutas e vitórias (nunca definitivas) testemunhando, mesmo através das palavras, que as ideias incorporadas pelos ordenamentos jurídicos eram todas ideias “*terrivelmente ocidentais*”.

Vitale afirma achar “curioso” que “a mesma esquerda que na Europa luta contra aqueles pretensamente reacionários ou, pelo menos, conservadores, seja ao mesmo tempo, irrefletida e infantilmente diferencialista, multiculturalista, e no caso específico indigenista”, praticamente esquecendo que existem “inumeráveis violações do direito dos mais fracos que são cometidas *dentro* dos muros das comunidades pré-modernas” (2010).

Ele ainda acha que isso é uma forma de “exotismo, de mito do bom selvagem que sobrevive nos preconceitos – esses sim ocidentais – daqueles que aqui na Europa defendem maiores garantias dos direitos de liberdade, políticos e sociais a partir de categorias universalistas.” E, ainda, acrescenta: “espero, pelo menos, que seja uma contradição de boa-fé” (2010).

A conclusão de Vitale é que, apesar das muitas ações das quais o ocidente pode e deve se envergonhar, há o mérito de ter elaborado a doutrina do constitucionalismo moderno, dos direitos fundamentais *individuais*. Ele ressalta que, ainda que essa doutrina tenha sido elaborada na Europa e nos EUA, “não significa que não tenha características universalistas” (2010).

O autor prossegue ao exemplificar de um jeito muito bem humorado: negar os direitos humanos universais, seria o mesmo que dizer que como o telefone foi inventado por um americano nos EUA só pode funcionar lá. E ainda cita Amartya Sen para dizer que “a tese a favor da liberdade e dos direitos é uma tese válida em qualquer lugar do mundo” (2010).

São duas as suas conclusões. A primeira, posta em forma de dúvida: os magistrados da CCol realmente defenderam o interesse, que teria uma hierarquia constitucional superior, na integridade cultural da comunidade *paéz* ameaçada por uma eventual sentença a favor de Gembuel?

A segunda é a de que dar hierarquia constitucional, através de contínuas reformas, a todo tipo de direito que parece digno de proteção acaba esvaziando o significado da constituição, justamente porque ela fica inflacionada. Ele acredita que seria melhor aprovar boas leis ordinárias para enfrentar problemas reais. Disso resulta que a própria ideia de ter uma Constituição (como a lei na qual se elencam os direitos fundamentais e a organização do Estado) fica distorcida. É aquela velha máxima, se tudo é especial (nesse caso, o direito fundamental) nada mais é especial. Ele chama essas constituições de “bazar de princípios, programas e até mesmo indicações normativas em contradição entre si” (2010). E, isso faz com que tudo fique ao arbítrio dos poderes instituídos, a começar pelo poder judiciário, seja Justiça Indígena ou Justiça Estatal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, iniciamos nossa discussão trazendo as origens históricas do Estado. Vimos que civilizações antigas possuíam diferentes forma de organização, mas que não podemos chamá-las de Estado pois não tinham, pelo menos, uma das três características mínimas que a maioria dos autores reconhecem como constituintes de um Estado: povo, território e soberania. Este modelo de Estado, com as três características, se formou ao longo do tempo, mas sua forma mais evidente ocorre após o tratado de Westfália, na Europa. Esse modelo europeu foi exportado para o restante do Mundo. Antes da formação do Estado Moderno, com essas três características, havia o pluralismo jurídico; ou seja, vários ordenamentos jurídicos coexistiam no mesmo espaço. Quando o Estado Moderno se consolida, o pluralismo jurídico é abandonado para que se consagre o monismo jurídico. A princípio, o Estado tinha finalidade bem limitada; com o passar do tempo, essa figura ganhou proeminência.

Junto dessas mudanças na forma do Estado, surgiram várias configurações de legislação; entretanto, foi a figura da Constituição a que prevaleceu. Esse documento jurídico passou por vários tipos de configuração; e é fácil perceber como ao longo do tempo foi ganhando cada vez mais relevância até se tornar a lei mais importante de um país. Com essas mudanças, os direitos fundamentais se tornaram o núcleo da Constituição. Ao longo do tempo, mais e mais direitos foram acrescentados à lista de direitos fundamentais. Outra questão percebida foi que, apesar de formalmente o Estado ser o detentor exclusivo da possibilidade de produzir legislação, outros tipos de normas estavam presentes.

A grande contribuição da teoria do pluralismo jurídico contemporânea está em compreender os subsistemas que, em certos momentos, entram em conflito com o sistema estatal. Essa compreensão permitirá elaborar regras de interpretação que harmonizem as diferentes linguagens das culturas de tal forma que sejam encontrados pontos básicos para desenvolver novos conceitos legais nos quais estejam contidos os elementos de ambas culturas (Iannello 2015). O caso mais paradigmático dentro da teoria do pluralismo jurídico é o dos indígenas. Na América Latina, os Estados foram formados com base no modelo importado da Europa. Como consequência, a relação com os indígenas sempre foi de submissão ou, quando muito, de assimilação. Ao longo dos anos, com a crescente organização por parte dos indígenas e com os diferentes entendimentos sobre direitos fundamentais, pôde ser consagrada a ideia de

que os indígenas possuem o direito à preservação de sua cultura e o de autogoverno e autodeterminação. A face mais visível da autodeterminação, que é o escopo deste trabalho, é a jurisdição especial indígena. Vimos que vários países reconheceram a autodeterminação dos povos indígenas e implementaram a justiça indígena, onde as regras que se aplicam aos indígenas são as de seu Direito próprio e as lides são julgadas por eles mesmos.

Assim, a função do pluralismo jurídico é a de conceituação e comparação entre os diferentes sistemas. Muitos autores que tratam do tema, fazem-no com certo romantismo, não param para analisar as consequências práticas em haver variados sistemas jurídicos operando dentro do mesmo território. Também, ao nosso ver, exaltam em demasia a diversidade cultural sem fazer nenhum tipo de julgamento de valor entre as diferentes culturas. Nesse contexto, estão as discussões sobre os direitos humanos, se estes seriam ou não universais, portanto, aplicáveis a todo e qualquer ser humano; e a discussão sobre o choque que ocorre entre direitos individuais e direitos pertencentes a grupos. Nos parece bastante temerário colocar a preservação da diversidade cultural acima de determinados direitos que são inerentes a todo e qualquer ser humano, como o direito à vida, por exemplo. É incoerente uma legislação que protege a forma de organização originária, com suas crenças, seu direito próprio, com sua forma de organização da sociedade, mas não protege os indivíduos que vivem nessas sociedades; como se nestas não houvesse nenhum tipo de injustiças. Ora, o propósito do Direito é o de proteger algo e, ao longo do tempo, o Direito foi configurado, primariamente, para proteger o mais fraco. Um indivíduo sempre será mais fraco do que um grupo.

Dessa forma, nos parece absurdo a prevalência de direitos pertencentes a grupos sobre os direitos individuais. Concluimos que os direitos desses grupos, tão somente, poderiam prevalecer quando indivíduos estivessem sendo prejudicados de forma coletiva, por conta de algum interesse particular, como ocorre no Direito Ambiental, por exemplo. Caso contrário, nunca os direitos de grupos deveriam prevalecer sobre os direitos de indivíduos.

Desse modo, segundo nosso entendimento, existem direitos que são auto evidentes conforme postula o jusnaturalismo, ou seja, direitos mínimos que devem ser assegurados a todos os seres humanos. Esta é uma ideia que não foi nem poderá ser superada. Se não, incorreremos no risco de atrocidades contra seres humanos. É o caso dos indígenas no Brasil que matam bebês de parto múltiplo (gêmeos) ou bebês

com deficiência. Ora, o direito às crenças e à diversidade cultural não pode sobrepor o direito à vida daquele bebê; nem ao direito da mãe, como ocorreu, de não concordar com sua cultura. Ademais, alguns elementos do direito ocidental devem, sim, ser incorporados aos Direitos Indígenas. Como foi visto, durante a pesquisa, algumas etnias incorporaram princípios como o devido processo legal, o duplo grau de jurisdição, o direito ao contraditório, decisões por escrito etc. Esses princípios surgiram no direito, assim chamado, ocidental por razões plausíveis. Como visto, é notório que, se determinada etnia tem em seu Direito uma espécie de processo kafkiano, em que o acusado não tem direito a contraditar provas, a decisão é tomada pelos seus adversários e fundamentada apenas em memórias de testemunhas – que, obviamente, podem falhar –, temos uma grande injustiça então. E, deveras, é necessário que se assegure a esse indivíduo recorrer à justiça estatal. Vários autores citados criticam decisões judiciais estatais porque entendem não haver direitos humanos aplicados a todos os seres humanos. Estes autores afirmam que não se pode codificar direitos humanos universais pois cada cultura tem seus próprios direitos humanos. No entanto, os mesmos autores em vários momentos, pedem por um mundo mais solidário, igualitário e justo. Ora, como podemos ter um mundo igualitário se cada cultura pode ter seu próprio entendimento do que é ser igual? Como podemos ter um mundo mais solidário se os indivíduos são colocados de lado em favor de coletividades abstratas? Ademais, como podemos chamar algo de justo se cada grupo social pode ter sua própria definição de justiça? Seria mais coerente riscar a palavra justiça do dicionário. Não há o menor traço de lógica em colocar o direito à diversidade cultural acima de alguns outros; como o direito à vida, à integridade física, à dignidade da pessoa humana, à liberdade de pensamento e expressão (incluindo à liberdade religiosa), os quais são os direitos mais básicos. Ademais, há outros direitos humanos que, em nossa visão, também não podem ser relegados por conta de uma primazia do direito à diversidade cultural, estes são: direito de ampla defesa, direito a uma decisão fundamentada, direito ao silêncio, direito a múltiplos graus de jurisdição, direito de não incriminar-se, direito ao devido processo legal, entre outros. Esses direitos não podem ficar subordinados ao direito à diversidade cultural. E, mais, existem culturas que tratam melhor os seres humanos; portanto, culturas melhores. O indivíduo deve sempre ser o foco da proteção legal. Qualquer legislação que não tenha em vista proteger o indivíduo para proteger um coletivo abstrato é inequivocamente injusta. Na mesma toada, existem valores de justiça objetivos e estes estão relacionados com os direitos inerentes

aos seres humanos (portanto, universais). É aceitável afirmar que o monismo jurídico tem defeitos e que deve haver mudanças adaptáveis à situação fática. Boaventura de Sousa Santos e Antonio Wolkmer (entre outros) acertam em demonstrar que existem diferentes sistemas jurídicos em atuação dentro de um Estado. Contudo, erram em afirmar que não deveria haver nenhum tipo de hierarquia entre eles, que não se pode chegar a um núcleo de direitos fundamentais que se aplique a todos porque cada cultura tem seus próprios direitos humanos.

A Jurisdição Especial Indígena como ramo especializado da justiça, a nosso ver deve sim ser implantada; pois, esta tem grande eficácia em resolver muitos conflitos. Esse é o objetivo de ter um sistema jurídico: resolver conflitos. Quando ocorre a pacificação após uma sentença, o objetivo foi alcançado. O que não se pode admitir é que indivíduos sejam prejudicados por sentenças autoritárias, sem possibilidade de recorrer, perdendo seus direitos mais básicos como a dignidade ou, no pior dos casos, sua própria vida. É este o nosso posicionamento.

Caso seja aplicado indiscriminadamente, o pluralismo jurídico causará sérios prejuízos aos indivíduos, acarretando grandes injustiças contra eles em nome de direitos pertencentes a grupos coletivos. Com a ideia de proteger minorias coletivas que, historicamente foram deixadas à margem do Direito, os indivíduos são, igualmente, deixados à margem do Direito. É de suma importância lembrarmos que o indivíduo é sempre a menor minoria e que a justiça individual deve sempre prevalecer sobre qualquer direito pertencente a grupos abstratos.

Justiça focada em grupos abstratos de pessoas não é a verdadeira justiça. Justiça focada no indivíduo é a única justiça que importa. Do contrário, o que existe é a justiça de turba. Qualquer coisa que não seja justiça individual – seja ela coletiva, social, *mob justice* etc. – é um grande problema social. Esses tipos de justiça não são a melhor solução. Justiça individual é a solução para qualquer caso, sempre.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, M. C. **Teoria Geral do Estado**. 3. ed. Barueri: Manole, 2010. 428p

ALARCÓN, P. J. L.. **Ciência Política, Estado E Direito Público. Uma Introdução Ao Direito Público Da Contemporaneidade**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. 288p.

ALVES, Vanessa Estevam; OLIVEIRA, Jadson Correia de. Análise Crítica acerca do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: características e distinções ao neoconstitucionalismo. **Rios Eletrônica**, Ano 12, n.15, Paulo Afonso: FASETE, 2018. Disponível em: <https://www.fasete.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/15/analise_critica_acerca_do_novo_constitucionalismo_latinoamericano.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

APPOLINÁRIO, F.. **Metodologia da ciência: Filosofia e prática da pesquisa**. 2. ed. São Paulo: Thomson Pioneira, 2011. v. 1. 220p.

AVRITZER, L.; GOMES, Lílian Cristina Bernardo (Org.); MARONA, M. C. (Org.); DANTAS, F. A. C. (Org.). **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. 333p.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BALDI, Cesar Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano. **Jornal Estado de Direito**. 32. ed. Porto Alegre: 2011. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/330950613/BALDI-Cesar-Augusto-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

BARBIERI, S. R. J.. **Os Direitos Constitucionais Dos Índios E O Direito À Diferença, Face Ao Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana**. 1. Ed. Coimbra: Almedina, 2008. V. 1. 248p.

BEÇAK, Rubens. A democracia na modernidade: evolução histórica. **REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL**, v. 22, p. 169-182, 2014.

BLANCO, Jacqueline Blanco. Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial Indígena in **Revista Diálogos de Saberes n. 26 ene-jun 2007** p. 11-44 Bogota: Universidad Libre, 2007

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 1 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. v. 1. 529p.

BOTERO, Esther Sánchez. Reflexiones em torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia. **Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos vol. 41** San José de Costa Rica: IIDH, 2005

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 11ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teórica latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. **Revista da Presidência**, v.13, n 99, Brasília: 2011. Disponível em: < <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/143>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

BRANDT, Hans-Jurguen. La justicia comunitaria y la lucha por una ley de coordinación de la justicia in **Revista de la Facultad de Derecho PUCP n. 78** p.215-247 Lima: PUC Perú, 2017

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder legislativo**, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Seção I, p. 13177.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 dez. 1988.

CABALLERO, Daniel. Los países del mundo que tienen reconocida la plurinacionalidad. In: **ABC España**. VOLUME, NUMERO, Madrid, 2017. Disponível em: <https://www.abc.es/espana/abci-paises-mundo-tienen-reconocida-plurinacionalidad-201706200259_noticia.html>. Acesso em: 19 jan. de 2019.

CAJ. Comisión Andina de Juristas. **Estado de la relación entre justicia indígena y justicia estatal em los países andinos**. Estudios de casos en Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia. Lima, 2009 248 p.

CALEIRO, Manuel Munhoz; LEITE, Carla Vladiane Alves. Constitucionalismo Latino-Americano, Culturas Indígenas e Administração da Justiça. In: **Sociologia, antropologia e culturas jurídicas**. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

CARVALHO, Kildare G.. **Direito Constitucional / Teoria do Estado e da Constituição / Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 1. 1231p

CROCETTA, B. B.; SOUSA, L. da S. A relação entre o direito indígena e o direito hegemônico estatal no Brasil: aproximações e problemas. In: **XIV Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e IV Mostra Nacional de Trabalhos Científicos, 2018, Santa Cruz do Sul**. Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2018.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. conforme a Emenda Constitucional n.67/2010 – Salvador: JusPodivm, 2011.

DANTAS, Fernando Antonio De Carvalho. Descolonialidade E Direitos Humanos Dos Povos Indígenas. **Revista de Educação Pública**. V. 23 n. 53, Cuiabá: 2014. Disponível em: < <http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/1621>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DALLARI, Dalmo de Abreu: **Elementos de teoria geral do Estado** – 32.ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DEL NERO, João Alberto Schutzer. Do Estado Liberal ao Estado Social – ocaso do Direito Privado?. In: PEREZ, Augusto Martinez (org.). **Transformações do Estado: Caráter das Mudanças**. Franca: UNESP, 1998. V.1. 211p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Democratização do Estado Social de Direito. In: PEREZ, Augusto Martinez (org.). **Transformações do Estado: Caráter das Mudanças**. Franca: UNESP, 1998. V.1. 211p.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. In: **El Otro Derecho**, n.39. Bogotá: ILSA, 2004.

_____. **De la Tutela a los Derechos de Libre Determinación del Desarrollo, Participación, Consulta y Consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación**. Peru: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2009.

_____. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, Cesar Rodriguez (org). In: **El Derecho en América Latina: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

FERNÁNDEZ, Raul Llasag. Constitucionalismo Plurinacional e Intercultural de transición: Equador e Bolívia. In: **Revista Meritum**, v. 9, n. 1. Belo Horizonte: FUMEC, 2014. Disponível em: < <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/2497>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2000

FLEINER-GESTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FONSECA, R. M.. O poder entre o direito e a norma: Foucault e Deleuze na Teoria do estado. In: Ricardo Marcelo Fonseca. (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. 1a. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 259-281.

FONSECA, Dirce Mendes; CIARALLO, Gilson; CRUZ, Tânia Cristina. Epistemologia do campo jurídico: reflexões acerca do papel da pesquisa jurídica. **Anais do XVII Encontro Nacional do Conpedi/Salvador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

GARCÉS V, 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:

Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Sócioeconômicos, 2009

GARGARELLA, R. **Lo "viejo" del "nuevo" constitucionalismo latinoamericano.** 2014. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2019.

GIL, A. C.. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4a.. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. 171p.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é a democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRIJALVA, Augustín. O Estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008 in: **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina.** Brasília: Instituto de Estudos Sócioeconômicos, 2009

HESPANHA, A. M. B.. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio.** 1. Ed., 2010.

IANNI, Octavio. O Estado-Nação na época da globalização. **Revista Econômica**, Vol. I, n.1, LUGAR: 1999.

IANELLO, Pablo. Pluralismo Jurídico in **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho** volumen uno. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015

LOZANO, Luisa Fernanda Garcia. A jurisprudência indígena da Corte Constitucional colombiana: produto de práticas emancipadoras ou adaptativas? in: **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina.** Brasília: Instituto de Estudos Sócioeconômicos, 2009

MACIEL, Luciano Moura.; SOUZA, Maria Claudia Antunes de Souza.; YOSHIDA, Consuelo Yatshuda Moromizato.; CAVALAZZI, Rosangela Lunardelli. As mobilizações dos grupos sociais e a construção dos direitos étnicos no Brasil. In: Maria Claudia Antunes de Souza, Consuelo Yatshuda Moromizato Yoshida; Rosangela Lunardelli Cavalazzi. (Org.). **Direito Ambiental II.** 1ed, v. 01, p. 104-123. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MACIEL, Luciano Moura. O Acesso à Justiça dos Povos Indígenas e o Necessário Diálogo com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo** v. 22, n. 1, São Bernardo do Campo: Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2016.

MACIEL, Luciano Moura; MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Jurisdição Indígena: Possibilidade e desafios para o Brasil.** Florianópolis: CONPEDI, 2016.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico; BERGOLD, R. C. (Org.) **O Direito Dos Povos Indígenas no Brasil: Desafios no século XXI.** 1. ed., Curitiba: Letra da Lei, 2013.

_____. O Direito Envergonhado: O Direito E Os Índios No Brasil. Estudos Jurídicos: **Revista de Estudos Jurídicos da PUC/PR**. Curitiba: v. 01, p. 20-37, 1993. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r06852-5.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. v. 1. 237p.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5.a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007 728 páginas.

MORAES, Patrícia Louise; SOLINHO, Elisa Assumpção. Autotutela indígena: até que ponto o protagonismo é do índio? In: Carlos Frederico Marés de Souza Filho; Caroline Barbosa Contente Nogueira; Manuel Munhoz Caleiro. (Org.). **Povos indígenas, quilombolas e ciganos no Brasil**. 1 ed. Curitiba: Letra da Lei, 2013 v. 1, p. 75-86.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 7. Ed. Re. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51, n. 201, 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

OLIVEIRA, Jessica Fernanda Jacinto De. Direito e Efetividade: um paradoxo ainda atual na questão indígena. In: **Povos indígenas, quilombolas e ciganos no Brasil**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

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

PEÑA JUMPA, Antonio. Derechos fundamentales y justicia comunal in **La Revista IUS ET VERITAS n. 39**. Lima: PUC Perú, 2009

PERUZZO, P. P.. **Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil**. Direito & Praxis, v. 8, p. 1-33, 2017

PRESSURE TESTING in LEXICO Oxford English and Spanish Dictionary, Thesaurus, and Spanish to English Translator. Disponível em: <<https://www.lexico.com/definicion/pressure-test>> acesso em 08/09/2020

RAMÍREZ, Silvina. Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista in: **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Sócioeconômicos, 2009

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Barueri: Manole, 2019. 448p.

RON ERRÁEZ, Ximena. **La jurisdicción indígena frente al control de constitucionalidad em Ecuador: pluralismo jurídico o judicialización de lo plural?** Quito: Corporación Editora Nacional, 2015

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica**. Introdução a uma leitura externa do Direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomia, Estados pluriétnicos e plurinacionais in: **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Sócioeconômicos, 2009

SANTOS, Gilda Diniz dos. Constitucionalismo Latino-Americano: positivação e efetivação do direito indígena nas constituições recentes da Bolívia, Equador, Venezuela e Brasil. **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**. João Pessoa, 2014.

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

_____. “Descolonização” da América Latina exige reconhecimento dos direitos indígenas. **Encontro Internacional dos Povos Indígenas, Estados Plurinacionais e Direito à água**. 2008. Disponível em: < <http://alainet.org/active/24273&lang=es> >. Acesso em: 11 mar. 2019.

SANTOS, Gilda Diniz dos. Constitucionalismo Latino-Americano: positivação e efetivação do direito indígena nas constituições recentes da Bolívia, Equador, Venezuela e Brasil. **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**. João Pessoa, 2014.

SEVERIINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 1. 928p.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul. 1988. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920/44126>>. Acesso em: 30 Jul. 2018.

THAINES, Aleteia Hummes; MELEU, Marcelino da Silva. O Reconhecimento dos Direitos Indígenas numa Sociedade Multicultural: Análise do Sistema de Justiça da Bolívia. In: SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. (Org.). **A Crise da Democracia e os Direitos Humanos na América latina**. 1ed.Itajaí; Passo Fundo: Editora da Univali; Editora da UPF, 2018, v. 1, p. 196-214.

TONET, Fernando; SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. O paradigma latino americano da jurisdição indígena e o panorama brasileiro in **Revista Eletrônica Direito e Sociedade v.5 n.1 2017**. Canoas: IMED, 2017
jus

VAN COTT, Donna Lee. Latin America: constitutional reform and ethnic right. **Parliamentary Affairs**, v. 53, n. 1, p. 41-54, 2000. Disponível em: <<https://academic.oup.com/pa/article-abstract/53/1/41/1446599?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

VARGAS, Idón Moisés Chivi. Os caminhos da descolonização na América Latina: os Povos Indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia in: **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Sócio-econômicos, 2009

VASCONCELOS, Jaqueline Maria de; NETO, Álvaro de Oliveira Azevedo. O Plurinacionalismo da Bolívia: a inclusão do outro pelo exercício da democracia. In: **Revista de Direito Brasileira**, v.18, n.7, São Paulo, 2017. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3091/2811>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

VILAS BOAS, M. C. A.. **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática: da integração à interação**. 1ª. ed. Porto Alegre-RS: Nuria Fabris, 2011. 168p.

VITALE, Ermanno. Direitos Indígenas e Direitos Fundamentais: Uma Reflexão Crítica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro**, n. 2, p. 1-12, 2010. Disponível em: <<http://200.229.32.55/index.php/DireitoSerro/article/view/1341/1843>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

WILHELMI, Marco Aparício. Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista. Direitos e sujeitos na Constituição equatoriana de 2008 in: **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Sócio-econômicos, 2009

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

_____. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. **Simpósio de direito constitucional da ABSCONST. IX. Anais eletrônicos**. Curitiba: ABDCONST. 2011, p.143-155. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.