

Artigos

Recebido: 26.10.2016

Aprovado: 22.11.2016

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/redes.v5i1.3338>

* Faculdade Meridional (IMED)

Passo Fundo, RS



O paradigma latino americano da jurisdição indígena e o panorama brasileiro

*Fernando Tonet***Matheus Figueiredo Nunes de Souza**

RESUMO

O mundo mudou. A sociedade encontra-se numa era repleta de comunicações interligadas em um nível hipercomplexo - os fenômenos sociais podem apresentar-se das mais variadas formas aos mais variados ordenamentos jurídicos. Na América Latina o processo não foi outro. Com a ascensão do chamado “Novo Constitucionalismo Latino-Americano”, fundado em preceitos democráticos, integrativos e participativos, novas formas de governo foram surgindo - o velho Estado Republicano, Colonial, com um povo, território e governo, feneceu. O multiculturalismo, a plurinacionalidade e os mais variados jogos dialogais jurídicos ganharam voz diante da extirpação da mordida do monocentrismo. Ao exemplo da Bolívia e do Equador, os povos indígenas, que antes sequer eram reconhecidos constitucionalmente como povos desses Estados, agora possuem autonomia e são capazes de gerenciar e resolver seus próprios conflitos. Nessa senda, é necessário analisar o panorama brasileiro, tendo em vista que muitos povos indígenas não têm voz para se autodeterminar - o “homem branco” ainda busca intervir ao que está em seu alcance. Assim sendo, é imperioso repensar a situação nacional, utilizando da teoria do Transconstitucionalismo como forma de manter uma conversação constitucional para resolução de conflitos entre o direito indígena e o ordenamento jurídico estatal.

Palavras-Chave: Novo Constitucionalismo Latino-Americano; Pluralismo Jurídico; Transconstitucionalismo; Policontextualidade.

The latin American paradigm of indigenous jurisdiction and the Brazilian panorama

ABSTRACT

The world changed. The society is an era full of interconnected communications in a hypercomplex level - social phenomena can be presented in many different ways to many different legal systems. In Latin America, the process was not different. With the rise of the “New Constitutionalism Latin American”, founded on democratic, integrative and participatory principles, new forms of government have emerged - the old Republican State, Colonial, with a people, territory, and government, withered. Multiculturalism, plurinational and various legal dialogical games won voice before the extirpation of monocentrism gag. The example of Bolivia and Ecuador, indigenous peoples, which were not even constitutionally recognized as people of these states, now have autonomy and are able to manage and solve their own conflicts. In this path, it is necessary to analyze the Brazilian panorama, given that many indigenous people have no voice to self-determination - the “white man”

still seeking to intervene that is within your reach. Therefore, it is imperative to rethink the national situation using the Transconstitutionalism theory in order to maintain a constitutional conversation to resolve conflicts between indigenous law and state law.

Keywords: New Latin-America Constitutionalism; Legal Pluralism; Transconstitutionalism; Polycontextuality.

Introdução

Os modelos constitucionais fechados estão intimamente ligados aos conceitos de povo, território e governo, no entanto, com a globalização das relações e o surgimento de diversos atores internacionais, não há como sustentar tal paradigma, sendo imperioso repensá-los através de atos reflexivos, pois a pluralidade e a multiculturalidade são uma realidade latente.

Com a interligação e a construção da sociedade em uma rede de relações em níveis múltiplos, a Constituição e o Estado não estão conseguindo dar conta dos problemas de ordem constitucional que surgem, pois acabam por entrelaçar diversas ordens jurídicas, sejam elas estatais, supranacionais, extraestatais, dentre outros.

Nesse sentido, é necessário salientar que com a América Latina não é diferente. Por ser composta por uma multiplicidade de culturas, bem como abrigar os mais plurais povos e nações, se torna berço de problemas que envolvem o direito estatal e as mais variadas formas de discursos jurídicos.

Desse modo, com o início das reformas constitucionais latino-americanas na década de 80, começou a se articular uma nova forma de constitucionalismo, que visava romper com o Estado Republicano, liberal e monocultural, herança de um paradigma colonialista, para dar espaço às preocupações sociais, a legitimidade da população e a construção de uma relação democrática e participativa.

Assim, com a promulgação da Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia em 2009 e a Constituição do Equador em 2008, foi possível visualizar as características desse novo constitucionalismo latino-americano, haja vista que os referidos diplomas constitucionais reconheceram a plurinacionalidade e a diversidade dos povos destes Estados.

Tendo em vista que tanto o povo da Bolívia, quanto do Equador são compostos por várias culturas e etnias indígenas, percebeu-se que não seria possível abarcar a infinitude das tradições e peculiaridades de cada um, de modo que a criação de uma estrutura normativa estatal que viesse a regular esta situação, acabaria revestida de um caráter exclusivo, e não inclusivo.

Nesse contexto, as referidas Constituições foram responsáveis por inovar na forma de abordar questões de plurinacionalidade e multiculturalidade com a criação da justiça indígena. Tal jurisdição é responsável por dirimir os conflitos que surgem no âmbito indígena, sendo exercida pelas autoridades locais, conforme sua cultura, cosmovisão, tradições e costumes.

No entanto, no panorama brasileiro, embora haja proteção aos direitos dos índios, mais especificamente no Capítulo VIII, do Título VIII, da Constituição Federal, ainda se trata de um amparo raso. Por mais que esteja consagrado aos índios o direito à diferença, onde são reconhecidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, ainda carece de meios que efetivem esses direitos e afirmem suas formas de resoluções de conflitos.

Assim sendo, verificando o contexto da Justiça Indígena nos casos da Bolívia e do Equador, buscar-se-á fazer uma análise do panorama brasileiro e as demandas indígenas que são processadas perante a justiça comum, bem como a possibilidade de existência de tribunais indígenas, se valendo do Transconstitucionalismo como forma de comunicação entre o ordenamento estatal e o direito indígena.

A Jurisdição Indígena Originária Campesina Boliviana

A construção do Estado Plurinacional Boliviano é fruto de um processo que começou com a aprovação da Assembleia Constituinte, em Dezembro de 2007. A nova Carta Maior boliviana teve compatibilizações consensuadas, e que foram aprovadas por cerca de 2/3 de votos de todas as forças políticas do Congresso Nacional. Em 25 de Janeiro de 2009, o texto foi submetido a referendo constitucional, com o intuito informar e orientar os cidadãos sobre três aspectos fundamentais do novo Estado Plurinacional Comunitário: (I) direitos indígenas; (II) autonomia e (III) Amazônia¹.

Em virtude de sua realidade e natureza plural, a nova Constituição Boliviana busca uma preocupação e proteção especial dos direitos fundamentais, que se preocupou em reconhecer tanto direitos individuais, principalmente de cunho civil e político, como direitos coletivos, vinculados com os direitos indígenas.²

É necessário destacar, também, que na matéria de direitos humanos, a Constituição Boliviana foi um avanço significativo³, pois foi produzida através da participação dos representantes dos mais variados setores sociais. Com observância da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas⁴ e da Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho⁵, construiu-se dispositivos que respaldam e reconhecem os direitos dos povos indígenas.

¹ BOLÍVIA. *Constitucion Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. La paz: 2009.

² Nesse sentido, se reconhece o “Estado Plurinacional Comunitário”, em face de seu caráter plural, haja vista que seu povo é formado por todos os bolivianos e bolivianas, as nações e povos indígenas, as comunidades interculturais e afrobolivianas (art. 3, CEP), bem como possui 36 línguas oficiais (conforme art. 5, I, CEP).

³ A nova Constituição da Bolívia foi de grande importância, pois sua produção, através da Assembleia Constituinte, se deu a partir do reconhecimento de discursos marginalizados, que não eram abarcados pelo Estado, possibilitando agora, conversação entre as mais plurais linguagens, conferindo autonomia às produções jurídicas em meios sociais, cristalizando, pragmaticamente, parâmetros de atuação do pluralismo jurídico.

⁴ Documento das Nações Unidas que protege e reforça os direitos dos povos indígenas, afirmando sua igualdade a todos os demais povos, reconhecendo ainda o direito de todos à diferença e a serem respeitados como tais, haja vista que todos os povos contribuem para a diversidade e riqueza das civilizações e culturas, que constituem um patrimônio comum da humanidade. ONU. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Organização das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 15 de Agosto de 2016.

⁵ Documento elaborado pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e tribais, reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de convivência, bem como seu desenvolvimento econômico, a fim de manter e fortalecer sua identidade cultural (línguas, religiões, etc.) dentro do âmbito do Estado onde vivem, lembrando, ainda, a particular contribuição desses povos à diversidade cultural. OIT. *Convenção n° 169*. Organização Internacional do Trabalho. Genebra, 1989.

Nesse sentido, a Constituição Política do Estado da Bolívia se constituiu como um referencial no que tange aos direitos indígenas, pois aborda a matéria de duas formas: por um lado, de maneira transversal com toda a redação constitucional, afirmando que o direito indígena deve respeitar parâmetros constitucionais, como respeito aos direitos fundamentais e humanos, proporcionando um diálogo desta matéria com as demais reforçando a integralidade da ordem constitucional; e por outro lado, no que tange à autonomia e independência da jurisdição indígena, de maneira específica, com as matérias relacionadas aos povos.

Da leitura do texto constitucional boliviano, verifica-se que um dos quatro grupos de direitos fundamentais das nações e povos indígenas originários campesinos diz respeito aos direitos fundamentais coletivos a autonomia e auto-governo, que são vistos desde a perspectiva social e política de tais comunidades.

Esses direitos, relativos à autonomia e auto-governo, dizem respeito desde o exercício do direito próprio, exercício de suas funções jurisdicionais e de competência à administração da justiça própria, que funciona conforme os sistemas jurídicos próprios dos povos indígenas.

A Parte I, Título III, da Constituição Boliviana é responsável por consagrar os direitos fundamentais e garantias, mais especificamente, no Capítulo Quatro, estão previstos os direitos das nações e povos indígenas originários campesinos. No artigo 30, I, da Constituição Política do Estado, está definido que os povos indígenas originários campesinos são toda coletividade humana que compartilha identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, territorialidade e cosmovisão, cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola⁶.

É necessário dizer ainda que, no artigo 30, II, nos pontos 14 e 15, estão garantidos o quarto grupo de direitos dos povos indígenas consagrados pela Constituição, que dizem respeito à disposição política e jurídica, exercício de funções jurisdicionais e instituições, bem como sua autonomia, organização administrativa e funcionamento⁷.

A partir do referido dispositivo, percebe-se que a jurisdição indígena goza de autonomia, principalmente no que diz respeito às instituições, procedimentos e funcionamento jurisdicional, e que recebe *status* de direito fundamental e deve ser garantido pelo Estado.

Nesse norte, a partir do viés teórico pluralista, verifica-se que a Constituição Boliviana, ao conferir um caráter de Estado Plurinacional, acaba por reconhecer discursos jurídicos produzidos a partir de grupos sociais, e não apenas as normas jurídicas advindas do centro estatal.

Na Segunda Parte da Constituição Política da Bolívia, que versa sobre a estrutura e organização funcional do Estado, no Título III, estão dispostas a estrutura e organização do Órgão Judicial e do Tribunal Constitucional Plurinacional. Nesse sentido, no artigo 179, I, está figurado que, embora a função judicial seja única, o exercício desta função é feito através das mais diversas jurisdições – e no caso deste estudo, a

⁶ BOLÍVIA. *Constitucion Política del Estado Plurinacional de Bolívia*. La paz: 2009.

⁷ Idem.

jurisdição indígena, será exercida por suas próprias autoridade⁸.

Em contrapartida à “doutrina dominante”, desenvolveram-se perspectivas teóricas que tratam de forma diferente as irritações jurídicas advindas de contextos além-Estado. Nesse sentido, discursos jurídicos criados em contextos sociais não encontravam amparo legal no direito estatal. Porém, conforme se verifica na Carta Magna boliviana, se reveste de *status* fundamental o discurso originado dentro da comunidade indígena – e por possuir essa característica fundamental, o Estado deve não só proteger, mas buscar efetivar e fomentar a autonomia dessa jurisdição.

Nesse sentido, Campuzano faz uso das bem-lançadas as palavras de Peter Häberle, em sua obra *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*, onde afirma que a Constituição não se limita a ser só um conjunto de textos jurídicos ou um compêndio de regras normativas, mas sim que se trata da expressão de certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorrepresentação própria de todo um povo⁹.

No mesmo norte, na Parte II, Título III, Capítulo Quatro, estão consagrados os dispositivos responsáveis por regular a matéria acerca da Jurisdição Indígena Originária Campesina, especificamente. O artigo 190. I, da CPE, é responsável por dar os parâmetros gerais de atuação da jurisdição indígena, estabelecendo que as funções jurisdicionais e de competência sejam exercidas através de suas autoridades, e aplicarão seus princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios. Ainda, no ponto II, do mesmo dispositivo, está positivado que a jurisdição indígena deverá observar os direitos e garantias fundamentais (direito à vida, direito de defesa, entre outros) previstos na Carta Maior.

Assim sendo, verifica-se, desde logo, a independência da jurisdição indígena em relação à instância jurídica ordinária. O ordenamento jurídico ordinário não serve de baliza para o funcionamento desta jurisdição (com exceção do respeito aos direitos fundamentais e humanos), pois o contexto em que a norma surgiu é diferente, onde a comunidade indígena aplicará todos os vetores culturais relacionados – desde princípios, valores, etc. até suas normas e procedimentos próprios, sendo dever do Estado garantir o bom funcionamento (zelando e respeitando) da jurisdição indígena originária campesina.

No entanto, merece importante destaque o ponto II, do artigo 190, da CPE, onde afirma que, embora seja garantida essa possibilidade de auto-governança, essa instância jurisdicional deve respeitar o direito à vida, o direito à defesa e demais direitos e garantias fundamentais previstas na Carta Política.

Assim, tanto o direito à vida e à defesa, quanto demais direitos fundamentais, possuem um núcleo de referência nos direitos inerentes aos seres humanos, sendo que estes (os direitos humanos) se revestem de uma força simbólica¹⁰, e é justamente nessa dimensão simbólica que pode existir a superação de

⁸ Idem.

⁹ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 100/101.

¹⁰ Os termos “simbólico” e “força simbólica” são empregados no mesmo sentido que Neves explana, onde os signos são parte da realidade social, que referem-se a esta mesma realidade social, o que gera um paradoxo – um elemento que constitui a realidade social, e ao mesmo tempo, a constrói. Ver. NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-Marcelo%20Neves.pdf>>. Acesso em: 16 de Agosto de 2016.

situações palpáveis de negação de direitos¹¹. Portanto, enquanto os discursos jurídicos que eram produzidos em centros não-estatais eram ignorados, no momento em que foram reconhecidos, não é prudente que protagonizem casos concretos que acabem por negar direitos.

No artigo 191. II, 1, 2 e 3, da Constituição da Bolívia, verifica-se os âmbitos de vigência da jurisdição indígena originária campesina, que engloba as dimensões pessoais, materiais e territoriais. Na alínea 1 está definido que, estão sujeitos a esta jurisdição todos os membros da nação ou povo indígena, não importando se figuram como demandantes ou demandados, denunciante ou querelante, denunciado ou imputado, recorrentes ou recorridos.

Conforme a alínea 2, do mesmo dispositivo (art. 191. II, CPE), o comando constitucional remete que os assuntos que envolvam a jurisdição indígena serão conhecidos em conformidade com que estiver estabelecido na Lei de Deslinde Jurisdicional¹². Nesse sentido, é necessário salientar que a referida lei é orientada por alguns princípios, entre os quais a diversidade cultural, interpretação intercultural e independência – que conferem um caráter visivelmente pluralista ao texto legal.

Ainda, no artigo 192 da Carta Maior Boliviana é responsável por consagrar a independência e o respeito à unidade do Estado Plurinacional, pois toda autoridade pública ou pessoa deverá acatar as decisões da jurisdição indígena originária campesina (art. 192. I, CPE). Não menos importante, quando as autoridades indígenas encontrarem entraves para cumprir com suas decisões, o Estado auxiliará na sua satisfação (art. 192. II, CPE).

Frente leitura do texto constitucional boliviano averigua-se que a jurisdição indígena é autônoma, a fim de se organizar conforme os valores culturais e princípios de seu povo, devendo o Estado garantir, promover e fortalecer esse sistema jurisdicional, sempre com observância às disposições constitucionais. Ainda, se mostra como contexto de produção normativo-jurídica que está além dos limites estatais, sendo capaz de criar e autorregular seu próprio direito.

A Justiça Indígena no Contexto Equatoriano

O novo texto constitucional equatoriano vem no mesmo sentido da Constituição Boliviana, conferindo a existência da justiça indígena e sua função judicial, reconhecendo sua autonomia e procedimentos próprios. O texto Maior é extremamente claro, reconhece, desde o preâmbulo e do artigo primeiro, seu caráter democrático, intercultural e plurinacional, frisando a importância de todas as culturas que contribuem para enriquecer a sociedade como um todo. Ainda, resta anotado que um dos almejos do texto

¹¹ Idem.

¹² Diploma legal responsável por regular os âmbitos de vigência entre a jurisdição indígena originária campesina e as demais jurisdições reconhecidas na Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, bem como para determinar os mecanismos de coordenação e cooperação entre estas jurisdições, consagrando princípios como o pluralismo jurídico com a igualdade hierárquica, respeitando e garantindo a coexistência, convivência e independência dos diferentes sistemas jurídicos. BOLÍVIA. Ley nº 073, de 29 de Diciembre de 2010. Regula los ámbitos de vigência, dispuestos em la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente. *Gaceta Oficial Del Estado Plurinacional de Bolívia*, La paz, 2010. Disponível em:

<<http://www.ine.gob.bo/indicadoresdhh/archivos/viole/nal/Ley%20N%20073.pdf>>. Acesso em 16 de Agosto de 2016.

constitucional é a construção de uma sociedade que respeite, em todas as suas dimensões, a dignidade das pessoas e das coletividades¹³.

No artigo 10, da Constituição Equatoriana¹⁴ reconhece-se que as pessoas, comunidades, povos e comunidades são titulares e gozarão de todos os direitos garantidos na Constituição e nos instrumentos internacionais. Ainda, a igualdade conferida constitucionalmente aos povos que constituem o Estado do Equador é bem abrangente, sendo que todos possuem direitos a uma comunicação livre, intercultural, inclusiva, diversa e participativa, em todos os âmbitos da interação social, por qualquer meio ou forma, em sua própria língua e com seus próprios símbolos.

Ao se considerar a igualdade enunciada constitucionalmente aos povos do Estado do Equador, todos possuem direitos a uma comunicação livre, intercultural, inclusiva, diversa e participativa, em todos os âmbitos da interação social, por qualquer meio ou forma, em sua própria língua e com seus próprios símbolos. Diante desse contexto, verifica-se um rompimento com o paradigma moderno e se traz a visão de uma convivência multicultural voltada para o reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da coexistência entre as múltiplas manifestações.

Nesse sentido, Boaventura destaca que a partir da década de 1980 a cultura tornou-se um conceito central para as abordagens das ciências humanas e sociais, para a definição de identidades e de alteridades no mundo contemporâneo, contribuindo para a afirmação da diferença e da exigência de seu reconhecimento¹⁵.

No Título II, Capítulo Quatro, da Constituição Equatoriana, está positivado os direitos das comunidades, povos e nações – mais precisamente, no artigo 57 e parágrafos, da Lei Maior Equatoriana, está reconhecido e garantido às comunas, comunidades, povos e nações indígenas, em conformidade com o disposto em toda a redação constitucional, bem como demais instrumentos internacionais, direitos coletivos a exemplo de: (I) manter, desenvolver e fortalecer livremente sua identidade, sentimento de pertença, tradições e formas de organização social; (II) conservar e desenvolver suas próprias formas de convivência e organização social, e geração e exercício de autoridade, em seus territórios legalmente reconhecidos e terras comunitárias de posse ancestral; etc.¹⁶.

Importante salientar as semelhanças existentes entre as redações da Constituição Boliviana e Equatoriana, nas quais ambas reconhecem, garantem e visam fortalecer a independência, na amplitude dos aspectos, dos povos e nações indígenas. A redação do artigo 57, da Carta Política Equatoriana (2008) é muito próxima à do artigo 30, II, da Constituição Boliviana (2009). Esses dispositivos são responsáveis por regular os direitos aplicáveis aos povos indígenas, inclusive na dimensão de sua coletividade, bem como a

¹³ EQUADOR. Constitución (2008). *Constitución da República del Ecuador*. Quito, 2008.

¹⁴ Nesse sentido, a jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos é no sentido que as comunidades e povos indígenas são titulares de direitos protegidos pelo sistema interamericano e podem se apresentar ante este (tribunal) em defesa de seus direitos ou de seus membros – neste sentido, a partir do caso do *Povo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Equador*, foi possível verificar que, os titulares de direitos são, não apenas os membros de uma comunidade indígena, mas a comunidade em si mesma. CIDH. Corte Interamericana dos Direitos Humanos. *Opinião Consultiva OC-22/16*. Organização dos Estados Americanos (OEA). Chile, 26 de Fevereiro de 2016.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecendo para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Organizador: Boaventura de Sousa Santos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 28.

¹⁶ EQUADOR. Constitución (2008). *Constitución da República del Ecuador*. Quito, 2008.

garantia de independência funcional em relação à jurisdição Estatal.

Com o Título IV, Capítulo Quatro, Segunda Seção têm-se a inauguração do dispositivo que trata diretamente acerca da justiça indígena no texto constitucional equatoriano. O artigo 171, da Lei Fundamental Equatoriana é responsável por dar as diretrizes gerais acerca do funcionamento da justiça indígena, estabelecendo que as autoridades das comunidades, povos e nacionalidades indígenas exercerão suas funções jurisdicionais com base em suas tradições ancestrais e seu direito próprio, dentro de seu âmbito territorial, com garantia de participação e decisão das mulheres.

Ademais, serão aplicadas normas e procedimentos próprios para a solução dos conflitos internos, desde que não sejam contrários à Constituição e aos direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais¹⁷.

Em análise comparada entre os textos da Constituição da Bolívia e do Equador, embora com diferentes terminologias, é possível reconhecer três princípios relevantes no âmbito da justiça indígena: **(I) a normatividade**, que se refere às normas e procedimentos, que inclui o reconhecimento da administração da justiça indígena, bem como seu poder e competência para produzir (criar, modificar, entre outras) normas; **(II) a institucionalidade**, que reconhece as diferentes autoridades indígenas; e a **(III) jurisdição**, ao reconhecer a independência de suas funções jurisdicionais, seja de justiça ou de administração e a aplicação de suas próprias normas¹⁸.

No entanto, isso tudo só é possível ao se observar a sociedade cada vez mais plural e interligada, emergida de um espaço no processo democrático global, onde os discursos jurídicos multiplicam-se, aumentam a complexidade da comunicação e possibilitam o diálogo entre vários grupos, atuando para uma inclusão social de forma organizada de todos aqueles que não encontravam espaço dentro do Estado.

Os fenômenos que surgem por meio do Pluralismo Jurídico possuem um caráter dúplice, que se apresentam concomitantemente: um social e o outro jurídico – normas sociais e regras jurídicas. Devido à existência dessa duplicidade, constata-se a natureza informal e formal, espontâneo e orientado por normas¹⁹.

Nesse sentido, quando se trabalha com uma pluralidade de autodescrições e se busca superar o antigo paradigma da centralidade normativa, é possível se deparar com uma situação muito maior, na medida em que os vários contextos são “[...] uma pluralidade de perspectivas mutuamente exclusivas as quais são constituídas por operações entre sistema/ambiente e as quais não compartilham um com a outra”²⁰. A partir dessa crescente cristalização de novas manifestações jurídicas, a natureza dinâmica e conteudística do pluralismo jurídico se modificam de forma constante, fazendo com que os questionamentos não girem

¹⁷ EQUADOR. Constitución (2008). *Constitución da República del Ecuador*. Quito, 2008.

¹⁸ OCHOA, César Augusto Cárdenas. *La Justicia Indígena Según La Constitución del Ecuador del Año 2.008 y su Repercusión en el Juzgamiento de Conductas Indebidas en La Comunidad de Gallorrumi, del Cantón Cañar*. 2010. 57 f. Tese previa a la obtención del grado em Diplomado Superior – Derecho, Facultad de Jurisprudencia - Universidad de Cuenca. Cuenca, 2010, p. 23/24. Disponível em: <<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>>. Acesso em 18 de Agosto de 2016.

¹⁹ TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Tradução: Jürgen Volker Dittbrener et. al. Piracicaba: Editora da Unimep, 2005, p. 81.

²⁰ TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2013, p. 168.

mais em torno da dimensão vertical de direito e sociedade – no que tange ao procedimento de formação de normas jurídicas específicas, mas sim que seja na dimensão horizontal, na relação do direito com outros jogos de linguagem, que é possível observar processos pluralistas de produção normativa²¹.

A Idealização de uma Jurisdição Indígena Brasileira e uma Análise do Paradigma Nacional

Ao observar as experiências da Bolívia e do Equador com a criação de uma jurisdição indígena, seria possível concretizar uma jurisdição indígena brasileira, responsável por resolver os conflitos que envolvam indígenas e seus direitos?

Na Constituição de 1988, as disposições que tratam acerca dos indígenas estão, concentradamente, dentro do Título VIII, “Da Ordem Social”, capítulo VIII, “Dos Índios”, e também há outros dispositivos dispersos pelo texto constitucional.

No artigo 231, da Carta Maior, está consagrado aos índios o direito à diferença, onde são reconhecidos sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Não obstante, no artigo 210, §2º, da Constituição Federal de 1988, também está assegurado aos índios, quando do ensino fundamental, a utilização de suas línguas maternas e processos de aprendizagem.

Ainda no artigo 231, §2º, da Constituição Federal de 1988, está previsto que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e por eles habitadas em caráter permanente são aquelas utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

No entanto, aqui nos cabe fazer uma breve análise sobre dois pontos: (1) embora os índios, suas comunidades e organizações sejam partes legítimas para ingressar em juízo para a defesa de seus direitos, o Ministério Público intervirá em todos os atos do processo – pois a responsabilidade de defender judicialmente os direitos indígenas inclui-se dentre as atribuições do Ministério Público Federal (artigo 129, V da Constituição Federal de 1988); (2) processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas é competência dos juízes federais (artigo 109. XI da Constituição Federal de 1988).

Diante dessas condições, exsurge o questionamento: como pode haver uma real defesa dos direitos dos indígenas se quem defende judicialmente, por meio de intervenção, são “promotores brancos”; se quem julga são “juízes (federais) brancos”; e se todo o procedimento e o processo foi planejado e pensado por “brancos”? Qual a verdadeira representatividade dos indígenas dentro de todo esse processo?

Não obstante, no imaginário do brasileiro, o índio é aquele indivíduo que corre nu pela floresta; que nunca teve contato com o “homem branco”; que fica fascinado com o próprio reflexo em um espelho – um típico índio romântico.

Porém, é necessário dizer que há muito este tipo de índio deixou de existir (embora possam haver tribos que nunca tiveram contato com o “homem branco”). Hoje o índio vai para a universidade, pode trabalhar, comprar seu próprio carro, e nem por isso abandonou sua identidade cultural, suas tradições – nem por isso deixou de ser índio.

²¹ TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Tradução: Jürgen Volker Dittbrener et. al. Piracicaba: Editora da Unimep, 2005, p. 96.

Diante disso, primeiramente, seria necessário mudar as concepções e a mitologia que circundam a figura do índio, deixar para trás a figura romântica e inserir o índio dentro do contexto que se vive – o índio na pós-modernidade.

Após isso, haveria a necessidade de uma reformulação do texto constitucional: seria preciso reconhecer os povos e nações indígenas como povo brasileiro, e sua contribuição para a construção da identidade cultural brasileira, reconhecer a importância da independência das nações indígenas e seu direito à autodeterminação.

A partir disso poderia começar a ser trabalhada a ideia de construção de uma jurisdição indígena no Brasil. Nesse sentido, deveriam ser observados alguns parâmetros comuns a esta forma de jurisdição, tais como igualdade hierárquica com as demais jurisdições; a territorialidade; diversidade cultural; autonomia; institucionalidade, entre outros.

Tomando como referência os princípios que amparam a jurisdição indígena originária campesina, na Bolívia, e a justiça indígena, no Equador, pode-se idealizar tal jurisdição no sistema brasileiro.

No entanto, outro ponto é preciso ser questionado. A jurisdição indígena também se submete à Corte Constitucional do país. Assim sendo, as causas que envolvessem direitos indígenas poderiam chegar ao Supremo Tribunal Federal, onde, novamente, encontra-se o entrave de uma causa indígena ser julgada por “brancos”.

Diante disso, seria necessário pensar em um mecanismo de inclusão dos juristas advindos do povo indígena à Corte Constitucional. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, há disposição constitucional que aduz que a Corte será composta por trinta e três Ministros, sendo nomeados, pelo Presidente da República um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente²².

Nesse sentido, uma forma de efetivação de tal inclusão seria a existência de um dispositivo constitucional que previsse que uma fração do total de Ministros do Supremo Tribunal Federal será composta por membros da jurisdição indígena, dando assim um caráter heterogêneo na composição da Corte.

Ainda, embora isso fosse passível de concretização, ainda haveria um entrave a ser resolvido: a cultura jurídica brasileira é voltada para o legicentrismo. O culto ao Estado e à Constituição; a cultivação de um modelo constitucionalmente fechado aos novos jogos dialogais de produção normativa ainda são óbice à concretização de uma jurisdição indígena brasileira.

A crença que a Constituição abarca todas as situações que podem acontecer, bem como gerir todas as necessidades da sociedade, é falsa. Canotilho é extremamente pontual ao dizer que quanto mais a Lei Maior deixa de cumprir com seu propósito, com aquilo que está posto, mais ela se torna uma bíblia de promessas²³.

²² Art. 104, parágrafo único, inc. II, CF/88. BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF; Senado, 1988.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2ª. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 31.

Assim sendo, recorre-se a outro instrumento, que poderia suprir as lacunas da lei: o recurso da interpretação da lei – através da hermenêutica jurídica. No entanto, este também é um recurso limitado, pois a hermenêutica ainda está demasiadamente ligada à norma e sua aplicação, pouco aduzindo e compreendendo a sociedade²⁴.

Nesse norte, é necessária a utilização de uma base epistemológica que não esteja aprisionada aos grilhões da lei, razão pela qual encontrou-se no Transconstitucionalismo um modelo apto a lidar com tais problemáticas.

Partindo do paradigma Transconstitucional, seria possível haver o reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas no Brasil, bem como sua autonomia em lidar com conflitos internos, com base em suas tradições e cultura, à medida que se identifica à jurisdição indígena como forma dialógica de produção normativa não estatal.

Segundo Neves, o transconstitucionalismo se funda em uma conversação constitucional relativo à solução de problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando se trata de direitos fundamentais ou direitos humanos, tal conversação é indispensável ao tratamento jurídico concreto²⁵.

Dessa forma, nem a Constituição dos “homens brancos” e nem o direito consuetudinário indígena seriam um superior ao outro, nem um mais valorado que o outro, pois ambos são parte de um sistema jurídico, ambos são comunicação jurídica, produzidos em centros diferentes, e ambos estarão corretos ao analisar uma causa, cada um em sua ótica, ao afirmar a legitimidade das normas pelas quais analisam²⁶.

Com a falência dos modelos constitucionais fechados e o reconhecimento do pluralismo jurídico, o diálogo constitucional entre o ordenamento jurídico estatal e a ordem jurídica indígena local seria possível através do Transconstitucionalismo, possibilitando assim a solução de problemas que envolvam direitos fundamentais ou direitos humanos de natureza indígena que viessem a chegar à Corte Constitucional Brasileira.

Considerações Finais

Com o advento do Novo Constitucionalismo Latino-Americano e os problemas jurídicos que emergem deste viés, verifica-se, de forma clara, a questão multicultural e o pluralismo jurídico, a fim de justificar a legitimidade do processo se dar dentro das normas e costumes próprios do povo indígena.

Não obstante, no contexto da Bolívia e do Equador, percebe-se que embora a jurisdição indígena seja reconhecida constitucionalmente, o procedimento e as normas que vigem as relações no âmbito material não são produzidas pelo Estado, mas sim pela cultura e pelos costumes do povo indígena. No entanto, não é porque as normas não foram produzidas pelo centro estatal que elas não são legítimas. Pelo

²⁴ TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 110.

²⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 129.

²⁶ Idem, p. 23.

contrário, mesmo que sua produção tenha se dado em um centro social, é o caráter de comunicação jurídica que confere sua entrada no sistema jurídico.

Nessa linha de pensamento, resta claro que é possível o reconhecimento de normas jurídicas produzidas a partir de centros não-estatais diante de problemas que envolvam várias ordens jurídicas, configurando uma realidade policontextual; toda autoridade e imponentia da lei se liquefazem em seus próprios limites.

No entanto, ainda não se vislumbra possibilidade de concretização de uma jurisdição indígena no Brasil, pois o âmbito cultural (conceitos e pré-conceitos) e a cultura jurídica brasileira (ainda preocupada com o normativismo jurídico-estatal) ainda estão fortemente arraigados, quase que gerando um autismo constitucional (excesso de *ego*) por parte do Estado, não reconhecendo a autodeterminação dos povos indígenas.

O Direito, no seu sentido normativo, muitas vezes, não consegue responder a todas as perguntas, sendo necessário recorrer às vozes sociais constituídas na Pasárgada, nos Bairros da Lata e a qualquer outro sistema social até então excluído para que seja possível obter uma solução. A partir do Transconstitucionalismo é possível resolver de conflitos que chegam até as Cortes Constitucionais, prezando pelo diálogo entre os ordenamentos conflitantes.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF; Senado, 1988.

BOLÍVIA. **Constitucion Política del Estado Plurinacional de Bolívia**. La paz: 2009.

BOLÍVIA. Ley nº 073, de 29 de Diciembre de 2010. Regula los ámbitos de vigencia, dispuestos em la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente. **Gaceta Oficial Del Estado Plurinacional de Bolívia**, La paz, 2010. Disponível em: <<http://www.ine.gov.bo/indicadoresddhh/archivos/viole/nal/Ley%20N%20073.pdf>>. Acesso em 16 de Agosto de 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brancosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional**. 2ª. ed. reimp. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

CIDH. Corte Interamericana dos Direitos Humanos. **Opinião Consultiva OC-22/16**. Organização dos Estados Americanos (OEA). Chile, 26 de Fevereiro de 2016.

EQUADOR. Constitución (2008). **Constitución da República del Ecuador**. Quito, 2008.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Trad. José Luis Bolzan de Morais, Valéria Ribas Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009

NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-4-outubro-2005-Marcelo%20Neves.pdf>>. Acesso em: 16 de Agosto de 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

OCHOA, César Augusto Cárdenas. La Justicia Indígena Según La Constitución del Ecuador del Año 2.008 y su Repercusión en el Juzgamiento de Conductas Indebidas en La Comunidad de Gallorrumi, del Cantón Cañar. 2010.

57 f. **Tese previa a la obtención del grado em Diplomado Superior** – Derecho, Facultad de Jurisprudencia - Universidad de Cuenca. Cuenca, 2010, p. 23/24. Disponível em: <<http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>>. Acesso em 18 de Agosto de 2016.

OIT. **Convenção nº 169**. Organização Internacional do Trabalho. Genebra, 1989.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Organização das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em 15 de Agosto de 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: **Reconhecendo para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Organizador: Boaventura de Sousa Santos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Tradução: Jürgen Volker Dittbrener... (et. al.). Piracicaba: editor Unimep, 2005.

TONET, Fernando. **Reconfigurações do Transconstitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade**. 1ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.

TONET, Fernando. **Transformações autopoieticas e a viragem teórica sistêmica estaminal**. REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas, vol. 2, n. 1, mai. 2014.

TONET, Fernando. **Reconfigurações do Constitucionalismo: evolução e modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016.