

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIA CONSTITUCIONAL

GISELA MARIA BESTER

MARCUS FIRMINO SANTIAGO

MENELICK DE CARVALHO NETTO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes - UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Gisela Maria Bester, Marcus Firmino Santiago, Menelick de Carvalho Netto – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-202-6

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria Constitucional. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O Grupo de Trabalho Teoria Constitucional congregou, no dia 8 de julho de 2016, na sala AT04 da Faculdade de Direito da UnB, a apresentação dos treze trabalhos nele aprovados, bem como debates subsequentes entre os e as presentes.

Os artigos apresentados e ora publicados contemplam diferentes e relevantes aspectos da teoria constitucional contemporânea. A mutação constitucional é o marco teórico de três estudos, que abordam temas como a tensão entre as mudanças interpretativas e o fortalecimento normativo constitucional; a releitura das regras sobre imunidade parlamentar feita pelo Supremo Tribunal Federal; e novamente uma análise de precedente desta Corte, na celeuma referente ao princípio da presunção de inocência e à correlata garantia constitucional do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Reflexões sobre o poder constituinte fornecem as bases para, em um momento, discutir os limites ao poder de reforma e a necessidade de equilíbrio entre reforma e conservação do texto constitucional; e, em outro, contemplar as teorias de John Rawls e de Jürgen Habermas e suas contribuições na busca pela formação de uma base consensual capaz de legitimar o constructo constitucional.

A jurisdição constitucional e o papel do Poder Judiciário são abordados sob três aspectos: uma crítica, à luz da teoria luhmaniana, à prática do STF acerca da modulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade; uma análise do ativismo judicial e do desequilíbrio presente nas relações institucionais; e uma defesa do sistema de controle difuso de constitucionalidade diante da especial abertura participativa que este proporciona.

Questões referentes ao modelo constitucional brasileiro são contempladas em três outros artigos: a história constitucional é revisitada, em um resgate do processo constituinte brasileiro de 1987/88, na busca dos fundamentos acerca do sistema de veto presidencial; os limites e as condições para exercício da liberdade de iniciativa previstos na Constituição Federal de 1988 são estudados à luz dos preceitos do neoconstitucionalismo; e as relações federativas restam discutidas a partir de uma perspectiva realista, em busca dos elementos e agentes reais que contribuem para o acontecer - ou a frustração - do modelo constitucional.

A realidade latino-americana não fica de fora, sendo lembrada e discutida em texto que aborda a ainda recente Constituição boliviana e a experiência do seu previsto tribunal indígena, em busca de uma melhor compreensão acerca desta instituição e de sua possível influência no sistema brasileiro.

A correlação entre Estado e crise é também abordada em um dos artigos apresentados.

Nos debates, em perspectiva crítica ao "status quo" reinante no atual cenário jurídico-político-institucional brasileiro, fez-se, em sintonia das diversas manifestações, uma reafirmação da defesa da força normativa da Constituição de 1988, em toda a sua riqueza de conteúdos que não podem ser flexibilizados, ignorados ou ultrapassados, nem mesmo pelo STF, em prejuízo do sistema de direitos e garantias instituído pelo constituinte originário.

Brasília, DF, 10 de julho de 2016.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto - PPGD UnB

Profa. Dra. Gisela Maria Bester - PPGD UNOESC

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago - PPGD Centro Universitário do Distrito Federal / PPGD Instituto Brasiliense de Direito Público

O ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA: A CONTRIBUIÇÃO DO TRIBUNAL INDÍGENA PARA UMA RESSIGNIFICAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

EL ESTADO PLURINACIONAL DE LA BOLIVIA: LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL INDÍGENA A UNA REENCUADRE DE LO SISTEMA DE JUSTICIA

Bruno Ferreira ¹

Maria Aparecida Lucca Caovilla ²

Resumo

A história da América Latina possui traços semelhantes à história dos povos originários. Após séculos de opressão política, econômica e cultural, esses povos vêm sendo protagonistas de mudanças. A Constituição da Bolívia (2009) representa um marco nesse processo, fundamentada no pluralismo jurídico democrático-participativo e no constitucionalismo latino-americano, representa uma ruptura no sistema tradicional de justiça, pondo em cheque conceitos clássicos da teoria constitucional. O artigo pretende analisar se o Estado Plurinacional da Bolívia, a partir da criação do Tribunal Indígena, pode caminhar para uma ressignificação do sistema de justiça, servindo de modelo para os outros países da América Latina?

Palavras-chave: Estado plurinacional, Tribunal indígena, Pluralismo jurídico democrático-participativo, Justiça indígena, Novo constitucionalismo latino-americano

Abstract/Resumen/Résumé

La historia de América Latina tiene características similares a historia de los pueblos. Después de siglos de opresión política, económica y cultural, estas personas han sido protagonistas del cambio. La Constitución de Bolivia (2009) representa este proceso, basado en el pluralismo jurídico democrático y participativo y el constitucionalismo latinoamericano, es una ruptura en el sistema de justicia tradicional, poniendo en verificación conceptos clásicos de la teoría constitucional. El artículo analiza el Estado Plurinacional Bolivia, desde creación Corte de la India, se puede caminar por una reinterpretación del sistema de justicia, que sirve como modelo para otros países de América Latina?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Estado plurinacional, Corte de la india, Pluralismo jurídico democrático-participativo, La justicia indígena, Nuevo constitucionalismo latinoamericano

¹ Mestrando em Direito na Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ. Bolsista de pesquisa da Unochapecó (Resolução n. 006/CONSUN/2014). Membro do Grupo de Pesquisa: Direitos Humanos e Cidadania.

² Docente da Área de Ciências Humanas e Jurídicas da UNOCHAPECÓ. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Coordenadora do Grupo de Pesquisa: Direitos Humanos e Cidadania.

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é entender as recentes transformações em curso na América Latina, mais precisamente, analisar o sistema de justiça boliviano, a partir da promulgação de sua carta política, em 2009, com a implantação do Tribunal de jurisdição Indígena. A contribuição do movimento denominado novo constitucionalismo é fundamental para entender as recentes movimentações no âmbito do sistema político e de justiça dos países latino-americanos, em parte, pelo protagonismo dos povos originários, os quais aparecem na pauta do sistema político.

Mas nem sempre foi assim, os povos da América Latina tiveram suas trajetórias marcadas pela opressão, pelo desrespeito às comunidades tradicionais, os costumes locais e a forma de compreender o mundo. O direito, articulado de cima para baixo, horizontalmente, não permite o reconhecimento das expressões étnico-culturais dos povos latino-americanos, impondo um modelo unificado, desconexo com a realidade do sul¹.

Em curso, não só a capacidade de ressignificação de um sistema de justiça, mas uma ruptura do sistema tradicional, posto em cheque pelas novas diretrizes epistemológicas oriundas da América Latina. As transformações a partir de práticas emancipatórias, como é o caso da Bolívia, são evidentes no movimento do constitucionalismo latino-americano, capaz de romper com os paradigmas dominantes, incorporados no processo excludente e hegemônico para o qual a América Latina esteve submetida.

O pretenso saber europeu consolidou-se numa perspectiva dominante, deslegitimadora, que encobriu² a América Latina, ocultando, também, a riqueza cultural, social, as manifestações locais, ou seja, a verdadeira face dos povos latino-americanos, representada pela rica manifestação plural desses povos e uma extraordinária forma de organização social, promovida a par da coexistência de diversos marcos normativos no mesmo espaço geopolítico.

¹ Entiendo por epistemología del Sur el reclamo de nuevos procesos de producción y de valoración de conocimientos válidos, científicos y no-científicos, y de nuevas relaciones entre diferentes tipos de conocimiento, a partir de las prácticas de las clases y grupos sociales que han sufrido de manera sistemática las injustas desigualdades y las discriminaciones causadas por el capitalismo y por el colonialismo. (SANTOS, 2010, p.43).

² O ano de 1492, segundo nossa tese central, é a data do “nascimento” da Modernidade; embora sua gestação – como o feto – leve um tempo de crescimento intra-uterino. A modernidade originou-se nas cidades européias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas “nasceu” quando a Europa pôde se confrontar como o seu “Outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo: quando pôde se definir como um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade constitutiva da própria Modernidade. De qualquer maneira, esse Outro não foi “descoberto” como Outro, mas foi “en-coberto” como o “si-mesmo” que a Europa já era desde sempre. De maneira que 1492 será o momento do nascimento da Modernidade como conceito, o momento concreto da “origem” de um “mito” de violência sacrificial muito particular, e, ao mesmo tempo, um processo de “en-cobrimento” do não-europeu. (DUSSEL, 1993, p. 8).

Para tanto, surge a seguinte problematização: se o Estado Plurinacional da Bolívia, a partir da criação do Tribunal Indígena, pode caminhar para uma ressignificação do sistema de justiça, servindo de modelo para os outros países da América Latina?

Deste modo, o artigo está estruturado em quatro partes: a primeira parte contempla alguns antecedentes históricos sobre os povos indígenas, assim como a conceituação de “índio”. Já na segunda parte será tratado o direito dos povos indígenas à luz do novo constitucionalismo latino-americano, utilizado como marco nesta pesquisa. No terceiro momento, serão analisadas as contribuições do pluralismo jurídico democrático-participativo de Antonio Carlos Wolkmer. E por fim, no quarto momento será analisado o Tribunal de Justiça, a partir da promulgação da Constituição de 2009, voltando-se para a análise do Tribunal Indígena na Bolívia.

1 O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA

A “descoberta” ocorre num momento de expansão dos colonizadores, cujo pensamento que prevalecia à época era de que na chegada se deparassem com sujeitos selvagens, considerados até mesmo animais. Entretanto, ao chegarem às novas terras, os europeus foram surpreendidos com a beleza, a generosidade e a riquíssima cultura dos povos. Não haviam limites territoriais delimitados por fronteiras, pois cada povo fazia o seu próprio conceito de território, o que já demonstrava a diversidade dos povos indígenas em sua essência (SOUZA FILHO, 2012).

O projeto de construção dos Estados Nacionais, passa pela implantação da ordem colonial europeia, impondo-lhes unicamente à sua vontade, isto é, havia a busca pela homogeneização dos povos, na perspectiva de gerar sociedade de iguais, dos ditos “civilizados”. Bartolomé de Las Casas (1985, p. 29), ao defender o reconhecimento dos povos indígenas, em relação a sua organização social e contra o extermínio desses povos, relata o momento vivido: “pela tirania e diabólicas ações dos espanhóis, morreram injustamente mais de doze milhões de pessoas, homens, mulheres e crianças”.

O século XIX foi marcado na América Latina, pela criação de estados nacionais, alguns majoritariamente indígenas, mas construídos à imagem e semelhança dos antigos colonizadores: Estado único e Direito único, na boa proposta de acabar com os privilégios e gerar sociedades de iguais, mesmo que para isso tivesse que reprimir de forma violenta ou sutil as diferenças culturais, étnicas, raciais, de gênero, estado ou condição. (SOUZA FILHO, 2012, p. 63).

E assim, nos limite do Direito imposto, todas as sociedades humanas passariam por esse estágio de evolução, inclusive as sociedades indígenas, constituindo, desta forma, a chamada política de integração dos povos indígenas. “Ser indígena correspondia assim, na visão antropológica dominante, a um estado necessariamente transitório, que desapareceria na medida em que os grupos aborígenes fossem gradual e harmoniosamente incorporado às sociedade nacionais” (CORDEIRO, 1999, p. 79).

O ideal integracionista para com os povos indígenas encobriu a verdadeira identidade desses povos, compelidos a uma cultura jurídica totalmente diferente, momento encarado, como “um fenômeno cultural em vias de extinção, sem possibilidades autônomas de reprodução e sem viabilidade própria diante da força supostamente homogeneizadora da civilização ocidental” (CORDEIRO, 1999, p. 79-80).

A América Latina se estabeleceu no mundo moderno com o rótulo de periferia, em que os povos indígenas foram considerados como seres inferiores, selvagens, primitivos. Não houve preocupação em afirmar e efetivar qualquer direito, pois isso poderia arruinar os planos do colonizador, que consistia em explorar terras, riquezas, servindo-se da mão-de-obra indígena (COLAÇO, 2003, p. 76).

A “descoberta” traduz a ganância do colonizador sobre as terras latino-americanas, uma viagem cujo objetivo inicial era de chegar até as Índias. Entretanto, fatores climáticos modificaram o rumo de Cristóvão Colombo. O desfecho dessa história, ou o começo de um trágico episódio ocorre em terras latino-americanas, imaginado pelo colonizador como terras das Índias. Foi assim que se estabeleceu e foi se delineando a definição de índio (BANIWA, 2006).

No entanto, definir o que é ser índio³, não é uma tarefa fácil, muito embora o termo utilizado para muitos, têm o a conotação pejorativa e discriminatória, numa clara inferiorização moderna do índio. O índio hoje, ainda é considerado, por alguns, como um ser primitivo, sem cultura, irracional, preguiçoso, selvagem, típico exemplo do tratamento imposto pelos colonizadores (BANIWA, 2006).

Nesse sentido, não é demais lembrar que os povos indígenas, vêm sofrendo, ao longo dos anos, desapropriações de terras, inferiorização, discriminação, negando-se a sua própria identidade, sofrendo limitações de todas as ordens. Para (BANIWA, 2006, p. 31-32): “A

³ Ao definir o conceito de índio, Manuela da Cunha define o conceito de “comunidade indígena”, a qual considera como melhor definição: “Comunidades indígenas são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombinas e índio é aquele que “se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro.”” (CUNHA, 1987, p. 25-26).

denominação original de caboclo na Amazônia, por exemplo, está fortemente relacionada a essa negação das identidades étnicas dos índios”. Isso ocorre devido à superioridade racial imposta pelo colonizador, pois ser branco era ser civilizado.

Antes da década de 1970, chamar alguém de índio, fosse ele nativo ou não, era uma ofensa. E como a denominação estava associada aos povos nativos, conseqüentemente as denominações e as autodenominações étnicas eram igualmente indesejáveis. Por isso, muitos índios negavam suas identidades e suas origens, ou melhor, tentavam negar suas origens étnicas, pois na maioria dos casos a negação era uma verdadeira ilusão, uma vez que ninguém consegue esconder aparência física, usos, costumes e modos de vida e de pensamento. (BANIWA, 2006, p. 31).

A “herança colonial” deixou marcas indelévels na história dos povos indígenas, promovendo a debilitação do cultural, incrustada na discriminação, diante do discurso negador dos direitos desses povos, ao argumento de que por não serem escritos (não positivados), sua aplicação resultaria insegurança jurídica. Entretanto, embora não se tenha uma norma escrita, a validade do direito local desses povos existe, leis tão válidas e fundadas em princípios tão respeitáveis, quanto às leis não indígenas (SOUZA FILHO, 1993, p.229-330).

Nas últimas décadas, o plano internacional vem se organizando por meio de vários instrumentos, a fim de garantir políticas aos povos indígenas, na tentativa de, ao menos, minimizar a discriminação histórica sofrida por estes. Dentre os principais instrumentos, destacam-se a Convenção 169⁴ da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais (1989) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas (2007).

Tais instrumentos representam um alento a estes povos esquecidos, porquanto rompem, como é o exemplo da Convenção 169 da OIT, com o integralismo, estabelecendo normas pluralistas. Isso se deve ao fato de que, aliada a resistência destes povos, há quem se preocupe com a manutenção de sua identidade, somando esforços para a edificação de uma nova jurisdição, mais humana, que surge como resposta ao paradigma dominante e inoperante de jurisdição estatal.

A esse respeito, articula-se nesse viés, o pluralismo jurídico, a América Latina tem, portanto, reorganizado seus fundamentos políticos, de modo a reconhecer o protagonismo dos povos indígenas, representada pelas novas cartas políticas do Equador (2008) e, especialmente, da Bolívia (2009), que são expressões de novas formas de jurisdição e

⁴ Promulgada no Brasil pelo Decreto n° 5.051 de 19 de Abril de 2004.

articulação entre as autonomias e o paradigma do Estado Plurinacional⁵, sendo a última a que trás consigo os avanços mais notáveis na temática indígena.

Nesse contexto, sobre as formas de produção de direito não oficial, devem ser considerados os povos indígenas, visto que o direito positivado não consegue abarcar todas as manifestações desses povos, não garantindo a autonomia e o respeito aos conhecimentos e costumes locais, relegando a cosmologia e epistemologia próprias destes povos. Deste modo, o novo constitucionalismo latino-americano pode contribuir para a ressignificação da cultura jurídica na América Latina.

2 UM NOVO MARCO CONSTITUCIONAL: O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A América Latina tem passado por profundas transformações políticas, econômicas e sociais durante as últimas décadas, fruto de um novo marco institucional. As novas cartas políticas da Colômbia (1991), Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), promoveram rupturas epistemológicas em relação ao Estado, ao Direito e aos povos indígenas, sobretudo às perspectivas dessas bases políticas e institucionais, cujo histórico é marcado pela dominação e opressão a esses povos.

Os constantes movimentos sociais vivenciados pela sociedade latino-americana, em especial no final do século XX e início do século XXI, vêm desencadeando a necessidade de se (re)pensar a existência de um constitucionalismo que se aproxime do cidadão, não apenas no sentido formal, vez que a América latina é caracterizada por uma sociedade intercultural, composta de vários povos e diferentes modos de organização, o que inviabiliza um sistema uniformizador e lança um novo desafio no sistema de justiça tradicional.

O direito Constitucional, em sua raiz histórica, esteve ligado diretamente a matriz Europeia, culminando com um direito extremamente legalista. Esse direito, tido como universal não consegue, quiçá algum dia conseguiu, abarcar as diferentes realidades e

⁵ Bajo el concepto del ‘Estado plurinacional’ se reconocen nuevos principios de organización del poder basados en la diversidad, la igual dignidad de los pueblos, la interculturalidad y un modelo de pluralismo legal igualitário, con un expreso reconocimiento de las funciones jurisdiccionales indígenas que las Constituciones precedentes de Bolivia y Ecuador no contemplan con tanta claridade. Se pluraliza la definición de derechos, la democracia y la composición de los órganos públicos y las formas de ejercicio del poder [...]. (FAJARDO, 2011, p. 150).

contextos vividos na complexa realidade dos povos indígenas latino-americanos, que sofreram com efeitos da colonização europeia.

A colonização na América Latina, aliada à influência do direito Europeu, dito como único e universal, trouxe um profundo processo de extermínio dos povos indígenas. Atualmente o direito para estes povos não se vê garantido no sistema unificado de justiça latino-americano, pois não trata as diferenças, pelo contrário, tenta uniformizá-las, mascarando uma realidade multicultural esquecida ao longo dos anos.

Sob este aspecto, os povos indígenas tornam-se protagonistas, reinventando-se nas suas diferenças culturais, isso se deve muito as alterações Constitucionais na América Latina, que criam novos horizontes, inclusive a possibilidade de descolonizar o direito.

La única respuesta para la descolonización constitucional, es la creación de un nuevo saber jurídico y político que responda a la realidad para su transformación permanente; pero ese saber no puede salir de mentes brillantes, sino de la movilización indígena y popular, de la capacidad de construcción política de los constituyentes como mandatarios de los primeros, y de la posibilidad de su impregnación en el tejido social, allí donde se gestan las definiciones políticas (CHIVI VARGAS, p.59, 2009).

O novo constitucionalismo latino-americano surge, portanto, através das novas propostas de constituições andinas, as quais propõem a inversão do modelo eurocêntrico, dominante, hegemônico, coronelista, autoritário, para um modelo que alcança as diferenças. A proposta dessas constituições, em especial a Carta Política boliviana (2009), é diferente do constitucionalismo conservador, representando uma nova perspectiva nas bases políticas e institucionais destes Estados, principalmente pela ruptura epistemológica na relação entre Estado, Direito e os povos indígenas.

A base do novo constitucionalismo latino-americano contrapõe-se ao sistema tradicional e imutável, o Europeu, trilha um caminho oposto, que é o do reconhecimento, do respeito às diferenças e formas de organização social, especialmente dos povos indígenas, na perspectiva de inclusão do “outro” como sujeito e não como mero objeto para servir as elites. Por isso, o movimento do constitucionalismo latino-americano é conhecido como transformador, isto é, um constitucionalismo libertador, que tem como primado a legitimação das classes populares. Como afirma Boaventura:

La refundación del Estado presupone un constitucionalismo de nuevo tipo. Es un constitucionalismo muy distinto del constitucionalismo moderno que ha sido concebido por las élites políticas con el objetivo de construir un Estado y una nación con las siguientes características: espacio geopolítico homogêneo donde las diferencias étnicas, culturales, religiosas o regionales no cuentan o son suprimidas; bien delimitado por fronteras que lo diferencian con relación al exterior y lo desdiferencian internamente; organizado por un conjunto integrado de instituciones centrales que cubren todo el territorio; con capacidad para contar e identificar a todos los habitantes; regulado por un solo sistema de leyes; y poseedor de una fuerza sin rival que le garantiza la soberanía interna y externa. (SANTOS, 2010, p.71-72).

Essa nova percepção de pensar o direito, sobretudo com a legitimação das classes populares, torna a América Latina expoente nesse processo de transformação e luta por uma refundação das bases do Estado. Isso se dá, principalmente pela ineficiência do Estado em proporcionar o básico, e ainda, torna-se mais difícil o enfrentamento dos grandes sistemas de dominação e exploração incorporados na cultura latino-americana, quais sejam, as marcas deixadas pelo colonialismo e o capitalismo desmedidos. Nas palavras de Boaventura:

Contrariamente, la voluntad constituyente de las clases populares, en las últimas décadas, se manifiesta en el continente a través de una vasta movilización social y política en que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales. (SANTOS, 2010, p.72).

Essas novas mudanças em curso na América Latina exprimem a intenção de reconhecer os povos indígenas, pois os diplomas jurídicos tradicionalmente elaborados na América Latina, em grande parte exprimiram a vontade e os interesses das classes dominantes, olvidando os temas locais, as necessidades desses povos camponeses, originários, dos movimentos urbanos, o que deu ensejo apenas à igualdade formal de todos perante a lei, em detrimento do direito as diferentes culturas e manifestações sociais. O novo constitucionalismo vai além da “letra fria da lei”, em sua essência busca a emancipação dos povos, como sujeitos, reconhecendo a impossibilidade de tratamento igual num cenário caracterizado pelas diferenças.

Nesse contexto, importante destacar a atuação dos professores e pesquisadores espanhóis, Rubén Martínez Dalmau e Roberto Viciano Pastor, interessados na discussão sobre o novo constitucionalismo latino-americano. Para o primeiro autor, “[...] o novo constitucionalismo latinoamericano é um *constitucionalismo sem país*. Ninguém, tirando o povo, pode sentir-se progenitor da Constituição, pela genuína dinâmica participativa e

legitimadora que acompanha os processos constituintes [...]” (DALMAU, 2008, p. 6, tradução nossa, grifos do autor). Assim, o velho constitucionalismo das elites tem mais dificuldades em impor seus interesses, se o poder for emanado do povo, o qual é parte legítima no processo decisório.

[...] os grandes câmbios constitucionais analizados relaciónanse directamente coas necesidades das sociedades, coas súas criscunstances culturais, e co grão de percepción que estas sociedades posúan sobre as posibilidades do cambio das súas condicións de vida que, em xeral, em América Latina non cumpren coas expectativas esperadas nos tempos atuais. (DALMAU, 2008, p. 8).

O interesse pelo constitucionalismo e o papel da Constituição tem despertado a sociedade dos países da América Latina para um movimento insurgente, inovador e moderno, rompendo com os paradigmas do modelo europeu hegemônico, típicos do velho constitucionalismo, pois antes de uma preocupação jurídica ou democrático-legitimadora, existe a realidade marginalizada e com carências emergenciais, fator desencadeador do processo político e jurídico (WOLKMER; FAGUNDES, 2011).

O ressurgimento da cultura política indígena na luta por recursos naturais estratégicos, o rompimento da ideia do Estado-Nação e a criação do Estado plurinacional, propõem o estabelecimento de um novo marco jurídico para a refundação do Estado. A partir desse novo cenário, surgem novos processos reivindicatórios de direitos, de legitimação do Estado descolonizado, cujo debate se instaurou a partir da realidade pluriétnica. As experiências da Bolívia e da Equador retratam as possibilidades de avanços para a construção de novas alternativas, permitindo-se pensar a possibilidade de aplicar o pluralismo jurídico, na perspectiva da interculturalidade, como um caminho a ser percorrido.

3. O PLURALISMO JURÍDICO COMUNITÁRIO-PARTICIPATIVO DE ANTONIO CARLOS WOLKMER

A necessidade de pensar uma proposta emancipatória para os povos indígenas das América Latina, passa especialmente pelo (re)conhecimento do pluralismo jurídico, que permite uma visão diferenciada na forma de compreender o direito e é visto como um instrumento emancipatório, ante a concepção estatal como fonte exclusiva da produção de direito.

Nesse sentido, as multiplicidades de práticas jurídica existentes na América Latina desafiam a unicidade do direito, formalista e dominante. A complexidade da sociedade

Latino-Americana e a multiplicidades de direitos encobertos pela força da colonização torna o pluralismo jurídico como ponto fundamental para o reconhecimento de outras formas de regulamentação social, engendradas pela realidade plural latino-americana.

O professor Antonio Carlos Wolkmer elaborou um profundo estudo acerca do pluralismo jurídico democrático-participativo, na obra intitulada “Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito”, o qual conceitua o pluralismo jurídico da seguinte forma:

O pluralismo jurídico deve ser entendido como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagida por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais. (2001, p. 219, grifos do autor).

Embora não seja um tema novo, o pluralismo jurídico revela-se proposta de característica singular. Nos últimos anos surge com força renovada, haja vista que as sociedades, em especial os povos ameríndios e autóctones, foram submetidas a diversas formas de alijamento social, principalmente devido ao modelo hegemônico e excludente que imperou e ainda impera na sociedade latino-americana.

É de suma importância o estudo acerca da pluralidade de fontes materiais do direito, pois não se pode mais reduzir a fonte jurídica única e exclusivamente na lei, que por sua vez, é criada pelo Estado, teoria adotada por Kelsen (1998, p. 231), o qual defende que “somente uma pluralidade de comunidades ou ordens jurídicas colocadas umas ao lado das outras, sem uma ordem global que as abranja a todas, as delimite umas em face das outras e constitua uma comunidade global é impensável”. O pluralismo jurídico, por sua vez, acompanha as transformações sociais, econômicas, políticas e culturais, como modelo inovador, transformador e insurgente, nas palavras de Antonio Carlos Wolkmer:

[...] ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de “monismo”, a formulação teórica e doutrinária do “pluralismo” designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem em si. (2001, p. 171, grifos do autor).

O pluralismo jurídico desenvolvido por Antonio Carlos Wolkmer demonstra os recentes processos de dominação e exclusão vivenciados na América Latina, imperioso, então, desenvolver medidas emancipatórias e contra-hegemônicas de legitimação do direito. Ressignificar outro modo de vida, a partir da realidade de múltiplas formas de organização

social, como é o caso dos sistemas jurídicos indígenas, reascendendo a discussão do sistema de jurisdição, com base no viés da pluralidade de fontes.

Para tanto, o reconhecimento do pluralismo jurídico com base na concepção de Wolkmer, da alteridade e da emancipação, deve ser compreendido por meio de elementos multiculturais criativos, porquanto o pluralismo em uma comunidade e culturas diferentes expressam o reconhecimento de valores coletivos, de práticas e conhecimentos locais, que não podem sofrer limitações de um direito dominante. Tendo presente a perspectiva do pluralismo comunitário-participativo, porquanto ocorre a insuficiência do monismo estatal e em contrapartida o alargamento de centros geradores de produção jurídica (Wolkmer, 2001, p.151).

As novas exigências que emergem na América Latina permitiram a compreensão da insuficiência e esgotamento do atual modelo de Estado. É nesse espaço que aparece a oportunidade de inserir novas práticas emancipatórias, capazes de introjetar direitos que não passam pelo crivo estatal. Surge, a partir desse ponto, a pluralidade de formulações jurídicas, direcionadas a comunidade, emergindo de diversos pontos, de caráter informal, múltiplo, mutável, promovendo a ressignificação do modelo de justiça atual, por meio do pluralismo jurídico democrático-participativo.

Trata-se do pluralismo de formulações jurídicas provenientes diretamente da comunidade, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa, adquirindo um caráter múltiplo, informal e mutável. A validade e eficiência desse “Direito Comunitário”, que não se sujeita ao formalismo a-histórico das fontes tradicionais (lei escrita e jurisprudência dos tribunais), então embasadas nos critérios de uma “nova legitimidade” gerada a partir de valores, objetivos e interesses de todo comunitário, e incorporado através da mobilização, da participação e da ação compartilhada. (WOLKMER, 2001, p. 219).

Levando-se isso aos sistemas jurídicos dos povos indígenas, essa produção jurídica é acompanhada com muita resistência no que tange a multiplicidades de direitos existentes em um mesmo espaço geopolítico, no reconhecimento e aplicabilidade dos sistemas jurídicos indígenas, como é o caso do Brasil, a questão da aplicação dos direitos indígenas (considerado como não oficial) ainda precisa ser superada⁶ e compreendida.

⁶ Después de dos siglos de supuesta uniformidad jurídica no será fácil para los ciudadanos, organizaciones sociales, actores políticos, servicios públicos, abogados y jueces adoptar un concepto más amplio de derecho que, al reconocer la pluralidad de ordenes jurídicos, permita desconectar parcialmente el derecho del Estado y reconectarlo con la vida y la cultura de los pueblos (SANTOS, 2010, p. 89).

Naturalmente, a legalidade oficial imposta pelos colonizadores nunca reconheceu devidamente como Direito as práticas tribais espontâneas que organizaram e ainda continuam mantendo vivas algumas dessas sociedades sobreviventes. Vale dizer que o máximo que a justiça estatal admitiu, desde o período colonial, foi conceber o Direito indígena como uma experiência costumeira de caráter secundário [...]. (WOLKMER, 2003, p. 45).

É necessário reconhecer a importância dos povos indígenas, respeitando suas peculiaridades, aceitando novas formas de dizer e aplicar o Direito, pois a tentativa de enquadrar um direito a um sistema totalmente diferente de sua realidade é segundo Souza Filho (2010, p. 76):

A tentativa de enquadrar o Direito de um povo indígena dentro do Direito estatal equivale a tentar guardar um grande e colorido balão dentro de um estreita gaveta. Claro que é possível, retirando, por exemplo, todo o ar do balão, o que desvirtuaria sua forma esférica e desnaturaria as cores que o embelezam, deixaria de ser balão, deixaria de ser Direito Indígena. Por outro lado, poder-se-ia deixar de fechar a gaveta, mantendo o balão vivo e colorido, mas então, com a gaveta sempre aberta, desfigurado ficaria o sistema, com a funcionalidade de suas partes comprometidas. Assim, é impossível enquadrar dentro de um sistema de gavetas, um sistema de coloridos e flutuantes balões inflados, mas é possível que ambos subsistam em mútuo respeito e admiração.

Portanto, o pluralismo comunitário-participativo tem papel fundamental no que tange a justiça indígena, porquanto demonstra que o poder estatal não é fonte exclusiva do direito, abrindo escopo para a produção de juridicidades que emergem da própria comunidade. E assim, tende a relativizar a onipotência e imutabilidade do centralismo-formalismo moderno, a partir de práticas emancipatórias das comunidades indígenas e nas instituições e no sistema de justiça indígena. Essa nova organização atrelada à emergência do constitucionalismo latino-americano e o pluralismo jurídico democrático-participativo, promovem a possibilidade de ressignificação do sistema de justiça.

4 A INSTITUIÇÃO DO ESTADO PLURINACIONAL BOLIVIANO

Nos países andinos os novos movimentos sociais estabelecem um marco importante no âmbito do novo constitucionalismo latino-americano, tendo em vista as ações do movimento indígena, a favor da vida – da diversidade dos grupos e dos povos e a tentativa de integração estabelecida por uma identidade étnica politizada, que surge a partir da crise do Estado Boliviano, em 2000.

Para Bolívia, o século XXI chega com uma nova expectativa, pois a partir das lutas dos movimentos sociais, setores de esquerda e agremiações políticas, ascenderam diversas matrizes teóricas com novas perspectivas no âmbito da efetivação dos valores e dos direitos

humanos. Esse processo Martínez Dalmau aponta como principal fator da mudança Constitucional:

[...] O proceso constituinte boliviano arrincou nas loitas sociais que, desde a década dos noventa, reivindicaron a necesidade dun cambio constitucional no país que apunte cara á integración social, a mellora do benestar do pobo, a ampliación e aplicación dos dereitos e cara a um goberno responsable que responda ás expectativas de participación que propugnaban os cidadáns. (DALMAU, 2008, p. 12).

Após intenso processo constituinte e a ratificação do texto constitucional boliviano de 2009, o ressurgimento da cultura política indígena na luta por recursos naturais estratégicos, o rompimento da ideia do Estado-Nação e a criação do Estado plurinacional, tentam estabelecer um novo marco jurídico para um novo Estado, o constitucionalismo intercultural, com o objetivo de superar o modelo liberal, o domínio colonial e reestruturar as relações políticas e sociais, perceptíveis no preâmbulo da nova Carta Política.

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia Preámbulo Constitución Política del Estado Plurinacional Bolivia Bolivia Bolivia Bolivia Bolivia Bolivia 8 democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.⁷

⁷ Preâmbulo da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em 10 de Março de 2016.

A partir desse novo cenário, surgem processos reivindicatórios de direitos, propostas de reformulação das instituições públicas, de legitimação do Estado descolonizado, cujo debate se instaurou a partir da realidade pluriétnica, com a satisfação das necessidades concretas da população, com a permanente participação crítica das pessoas no processo de construção do Estado plurinacional.

O Estado Plurinacional é considerado com um modelo de organização política para descolonizar nações e povos indígenas originários, recuperar sua autonomia territorial, garantir o exercício pleno de todos os seus direitos como povos e exercer suas próprias formas de autogoverno. Um dos elementos fundamentais para a concretização do Estado Plurinacional é o direito à terra, ao território e aos recursos naturais, [...]. Do mesmo modo, para as organizações do Pacto, o Estado Plurinacional implica que os poderes públicos tenham representação direta dos povos e nações indígenas, originários e camponeses de acordo com suas normas e procedimentos próprios. (GARCES, 2009, p.176).

A Constituição Boliviana, promulgada em 2009, cria o Estado plurinacional e intercultural e afirma direitos específicos à população de origem indígena e campesina, as quais passam a ter um maior domínio sobre uma determinada jurisdição, por meio da justiça comunitária, em que autoridades escolhidas pelos próprios movimentos decidem, de forma definitiva e soberana, sem interferência da jurisdição ordinária, os conflitos oriundos das comunidades indígenas, assumindo uma proposta de diversidade cultural e étnica.

No contexto dos princípios e da cultura indígena, esse modelo compreende uma espécie de jurisdição especial, que tem seus procedimentos próprios, respeitando a cultura e os valores de cada povo indígena. É tido como uma justiça reparadora, que busca soluções para a comunidade. Tem o propósito de descolonizar a Bolívia, integrando as pessoas à comunidade, numa convivência pacífica, de respeito e de entendimento.

Este é um legítimo processo de mudança pelo qual passa a Bolívia, a ruptura epistemológica, que pressupõe uma descolonização igualmente epistemológica, dos povos originários campesinos, que buscam cultivar o “Bem Viver”.

4.1 O Tribunal Indígena na Bolívia

A Constituição boliviana reconhece o direito dos povos indígenas, é a primeira que rompe com o constitucionalismo colonial⁸, garantindo aos povos indígenas originários campesinos o domínio sobre seus territórios, garantindo sua livre determinação, autonomia,

⁸ Constituição da Bolívia de 2009 é a primeira Constituição das Américas que estabelece as bases para o acesso a direitos e poderes de todos, adotando uma posição íntegra e congruente anticolonialista, a primeira que rompe de forma decidida com o trato tipicamente americano do colonialismo constitucional ou constitucionalismo colonial desde os tempos da independência (CLAVERO, 2009).

autogoverno, cultura e reconhecendo suas próprias instituições. Este é um legítimo processo de mudança pelo qual passa a Bolívia, a qual prevê, ainda, que as instituições indígenas são parte da estrutura do Estado.

Assim, observa-se que tais sujeitos passam a exercitar seus direitos de acordo com sua cosmovisão, abrindo um caminho para novas práticas, novas concepções, a partir da realidade dos povos indígenas. Rompe-se com o paradigma monista de pensar e aplicar o direito, reconhecendo e respeitando os costumes, as crenças, línguas dos povos indígenas, esquecidos durante sua própria história.

A participação de todos nos processos decisórios constitui um avanço importante, que serve de exemplo para os demais países da América Latina, dada a sua imparcialidade, segurança jurídica, publicidade, celeridade, gratuidade, pluralismo jurídico, interculturalidade, equidade, harmonia social, participação cidadã e respeito aos direitos, insculpidos no artigo 178 da Nova Carta Política da Bolívia⁹, sendo que não há sobreposição de hierarquia, visto que a jurisdição indígena originária campesina goza de igualdade de hierarquia, sujeitas apenas ao Tribunal Constitucional Plurinacional.

O novo texto constitucional reservou um capítulo para tratar da jurisdição originária campesina, assim, as nações e povos indígenas possuem legitimidade para exercerem funções jurisdicionais, por meio de suas autoridades competentes, aplicando seus princípios, valores culturais, com normas e procedimentos próprios, os quais respeitam a vida, o direito e as garantias estabelecidas na Constituição.

Artículo 190. I.Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución. Constitución Política del Estado Plurinacional Bolivia.¹⁰

No mesmo sentido, o modelo plurinacional estabelecido na Bolívia prevê que toda a autoridade pública deve respeitar as decisões da jurisdição indígena. Outro ponto importante, reside no fato de que o Estado fortalecerá a justiça indígena, reconhecendo a diversidade, o pluralismo e outras formas de compor o arcabouço jurídico e de todas as formas de representação social-normativa.

9 Artículo 180. I.La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez.

Artículo 191. I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: 1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciados o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. 2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una ley de Deslinde Jurisdiccional. 3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.

Artículo 192. I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado. III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas.

A novidade trazida pelo Estado Plurinacional, rompe com os paradigmas do colonialismo, incrustado nos povos da América Latina, na medida em que se reconhece expressamente o pluralismo jurídico, permitindo a ressignificação do sistema de justiça boliviano, o qual serve de exemplo para outros países latino-americanos, deixando para trás os resquícios coloniais, os paradigmas dominantes e abrindo caminho para a libertação dos povos indígenas.

O pluralismo jurídico passa a ser o vetor principal da ressignificação do sistema de justiça. A regulamentação do chamado “igualitarismo jurisdiccional” deu um passo importante no sentido de superar as contradições entre o direito que é imposto e o direito próprio e legítimo dos povos indígenas, exemplo disso é que a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena gozarão de igual hierarquia.

A jurisdição indígena responde a cosmologia indígena (valores da comunidade), com suporte no pluralismo jurídico comunitário-participativo, pois o acesso à justiça é gratuito, flexível, levando em consideração os princípios da cosmovisão indígena, que garante a equidade, na busca pela paz. Nesse sentido, o pluralismo jurídico encontra espaço na interculturalidade, que torna possível a coexistência igualitária de diversos sistemas normativos.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 deu um passo importante aos povos indígenas, ao reconhecer a organização própria, os costumes e tradições, despidendo-se dos intuitos integracionistas e assimilacionistas predominantes nas constituições anteriores. No

entanto, percebe-se que mesmo com a inovação constitucional, os povos indígenas carecem de reconhecimento, pois o Estado não permite a aplicação do pluralismo jurídico.

O Estado Plurinacional da Bolívia (e o Tribunal Indígena) representam novas possibilidades de garantir a todos, não só no plano formal, a liberdade e reconhecimento dos povos indígenas, sendo que, no caso do Brasil, guardadas as devidas proporções, de conflitos e interesses, a questão indígena ainda não foi tratada como deveria. Nessa linha, a Bolívia surge como expoente na tentativa de resgatar os povos indígenas, mas mais que isso, tratá-los sem discriminação, respeitando seus conhecimentos, sua normatividade, sua cosmologia, sua identidade, abrindo o diálogo acerca da possibilidade de ressignificação da cultura jurídica.

CONCLUSÃO

A reflexão proposta neste artigo evidencia a atuação dos povos indígenas na América Latina, guiados pelo movimento do constitucionalismo latino-americano, cada vez mais visível e marcante nos cenários políticos nacionais e internacionais. A história da América Latina para com os povos indígenas não reconheceu a diversidade e identidade própria destes povos, relegados ao plano da inferioridade. Por isso, questiona-se a eficiência do poder estatal em manter a organização dos povos latino-americanos, dada a coexistência normativa em um mesmo espaço geopolítico.

Do movimento do novo constitucionalismo emergem novas possibilidades para a ressignificação do sistema de justiça, contrapondo o modelo de unicidade estatal. A Constituição da Bolívia de 2009 é a primeira que promove a ruptura no paradigma colonial dominante, com o surgimento do Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário. A isso, soma-se a contribuição do pluralismo jurídico democrático-participativo, do professor Antonio Carlos Wolkmer.

Com o pluralismo jurídico democrático-participativo, surge uma proposta emancipatória, que traduz a possibilidade de práticas comunitárias, como é o caso da Bolívia, que rompe com o paradigma dominante do colonialismo. O monismo jurídico abre espaço para a inclusão, portanto, necessário repensar o Estado e a Justiça na América Latina, abrindo espaços para a descolonização e a emancipação social das diversas etnias, seus valores, crenças e tradições que foram subalternizados por mais de 500 anos. A jurisdição indígena, portanto, contribui para legitimar um sistema jurídico indígena que já existia antes da colonização.

A Constituição da Bolívia de 2009 representa um marco no processo de reformulação do sistema judicial, representando uma ruptura paradigmática, que põe em cheque conceitos clássicos da teoria constitucional, cuja reconfiguração da cultura jurídica, especialmente dos povos indígenas, permitem a aplicação “de um direito próprio, do seu direito”, a partir da criação do Tribunal Indígena na Bolívia. É assegurada uma série de direitos, não reconhecidos no sistema constitucional clássico, sendo que não há sobreposição de hierarquia, visto que a jurisdição indígena originária campesina goza de igualdade de hierarquia, sujeitas apenas ao Tribunal Constitucional Plurinacional.

Nesse sentido, percebe-se o avanço no sistema de justiça boliviano, em especial pela nova carta política e pela criação do Tribunal Indígena, os quais rompem com a tradição excludente e discriminatória, permitindo a inclusão dos povos indígenas, segundo suas cosmologias. Antes de tudo, há a preocupação com a identidade desses povos, de um direito que lhes permita representá-los em sua essência, mantendo sua identidade, seus princípios e seu modo de vida.

O Estado Plurinacional da Bolívia, a partir da criação do Tribunal Indígena, pode, sim, caminhar para uma ressignificação do sistema de justiça, servindo de modelo para os outros países da América Latina, especialmente ao Brasil, que possui um longo caminho a percorrer no que tange os direitos indígenas.

REFERÊNCIAS

BANIWA, Gersem. **O Índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

BOLÍVIA. **Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia**. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em 10 de Março de 2016.

CASAS, Frei Bartolomé de Las. **Brevíssima relação da destruição das índias**. O paraíso perdido. 4ª ed. Porto Alegre: L&PM, 1985.

CLAVERO, Bartolomé. Bolívia entre o constitucionalismocolonial y constitucionalismo emancipatório. Texto Inédito. Bolívia, 2009.

COLAÇO, Thais Luzia. **“Incapacidade” indígena**: tutela religiosa e violação do direito guarani nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2000.

_____, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. *In: Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das conflituosidades jurídicas.* WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2003.

CORDEIRO, Enio. **Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas.** Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégico, 1999.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos.** São Paulo: Brasiliense, 1987.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade, conferências de Frankfurt.** Tradução de Jaime A. Classen. Petrópolis: Vozes, 1993.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI.** *In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.).* 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

GARCES, Fernando V. **Os esforços de construção descolonizada de um Estado Plurinacional e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó.** *In: VERDUM, Ricardo (Org.).* Povos indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: IES, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina: Perspectiva desde una epistemología del Sur.** Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____, Carlos Frederico Marés de. Tutela aos índios: proteção ou opressão? *In: SANTILLI, Juliana (coord.). Os direitos indígenas e a constituição.* Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. **Tempo Exterior**, n°17 (segunda época) – xullo/decembro 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** 3ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico.** Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2158>> Acesso em: 20 mar. 2014.