



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIA JURÍDICA - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

DANIEL RIBEIRO PREVE

**PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDADE: OS SISTEMAS
JURÍDICOS INDÍGENAS LATINO-AMERICANOS E AS FORMAS
ALTERNATIVAS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

FLORIANÓPOLIS

2019

Daniel Ribeiro Preve

PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDADE:
OS SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS LATINO-AMERICANOS E AS
FORMAS ALTERNATIVAS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do título de Doutor em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira

Florianópolis

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Preve, Daniel Ribeiro
PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDADE: OS SISTEMAS
JURÍDICOS INDÍGENAS LATINO-AMERICANOS E AS FORMAS
ALTERNATIVAS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS / Daniel Ribeiro
Preve ; orientador, Cláudio Ladeira de Oliveira, 2019.
217 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Pluralismo Jurídico. 3.
Interculturalidade. 4. Direito Indígena. 5. Resolução de
conflitos. I. Oliveira, Cláudio Ladeira de. II.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós
Graduação em Direito. III. Título.

Daniel Ribeiro Preve

Pluralismo Jurídico e Interculturalidade: os sistemas jurídicos indígenas latino-americanos e as formas alternativas na resolução de conflitos.

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof^a. Cristiane Derani, Dr^a.

Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. José Rubens Morato Leite, Dr.

Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Prof. André Viana Custódio, Dr.

Universidade de Santa Cruz - UNISC

Prof^a. Fernanda Lima, Dr^a.

Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de doutor em Direito.

Prof. Dr. José Isaac Pilati

Diretor do Centro de Ciências Jurídicas

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira

Orientador e Coordenador do Programa

Florianópolis, 11 de setembro de 2019.

Esta tese é dedicada aos povos indígenas da América Latina que resistem a mais de 500 anos a um processo de etnocídio, genocídio e ecocídio que não termina. Mas que invocam suas forças físicas e espirituais que os guiam para defender a Pachamama. (Adaptado do manifesto do 3º Congresso Internacional dos Povos Indígenas da América Latina, 2019 - Brasil)

AGRADECIMENTOS

Aos docentes e funcionários do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) pela oportunidade de aprendizado e formação interdisciplinar para a pesquisa jurídica. Em destaque aos Professores(as) Doutores(as) José Isaac Pilati, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Josiane Rose Petry Veronese, José Rubens Morato Leite, Aires José Rover, Antônio Carlos Wolkmer, pelas brilhantes aulas e desafios postos a refletir e repensar a Ciência Jurídica, a partir de novos paradigmas, porém sempre tendo como horizonte objetivo a constituição de uma nova sociedade. Com certeza, são docentes como vocês que engrandecem a pesquisa e a docência na área do Direito neste país. A funcionária Cida, por sua dedicação, atenção e apoio, principalmente aos doutorandos e mestrandos que não residem em Florianópolis e tem nela um porto seguro.

À Prof. Dr^a Thais Luzia Colaço por conduzir os primeiros anos de minha orientação no programa e pelo incentivo no estudo e pesquisa na área da antropologia jurídica.

Ao Prof. Dr. Rogério Silva Portanova por continuar a minha orientação e pelo apoio na qualificação desta pesquisa.

Ao Prof. Dr. Claudio Ladeira de Oliveira por assumir a orientação e conduzir-me nos procedimentos finais deste estudo.

À minha esposa, Camila, e aos meus filhos, Lucas e Augusto, pelo amor, companheirismo e compreensão pelo tempo que me afastei para a elaboração desta tese e, também pelo incentivo e apoio nas horas de dificuldades. Sem vocês nada tem sentido! Obrigado, por tudo, amo vocês incondicionalmente!

Aos meus pais, Mara e Luis Geraldo, por todo amor e carinho recebidos, pela educação e por me ensinarem que o maior patrimônio de uma pessoa é o seu caráter e a busca incessante pelo conhecimento.

Aos meus irmãos, Daiane e Felipe, pela parceria, apoio e por sempre nos ajudarem com as crianças neste período de realização da tese.

À minha Tia, amiga, parceira Prof^a Ma. Samira por todo incentivo e carinho de sempre.

Ao meu amigo Ismael pelo incentivo, apoio, contribuição e, também, cobrança para o término desta tese.

Aos meus companheiros de trabalho diário Pró-Reitores Dra. Indianara e Me. Thiago e a chefe de gabinete Prof^a Me. Gisele agradeço o apoio e compreensão, em especial a minha parceira de gestão, Reitora da Unesc, Prof. Dra. Luciane que não mede esforços para ampliar

e fortalecer a pesquisa nas mais diversas áreas de conhecimento, promovendo assim a busca pela qualidade do ensino e extensão, minha gratidão por fazer parte com você, de uma gestão democrática e humanizada.

Enfim, a todos aqueles que de certa forma contribuíram para a realização deste, com sugestões, críticas e apoio para a finalização desta empreitada, o meu muito obrigado.

“Nosso tempo é um tempo de convergência. Como dizem Capra, Morin e outros sábios cientistas contemporâneos, o modelo ocidental racionalista mecanicista de civilização esgotou suas possibilidades. Não obstante todo o conhecimento científico e gigantesca e veloz tecnologia, há uma profunda lacuna no ocidente quando se trata de autoconhecimento, ética, espiritualidade. Não é à toa que desde os anos 80 a Unesco recomenda a aproximação da academia científica com as tradições sapienciais. Ocidente e Oriente; Tecnologia e Sabedoria; Futuro e Passado parecem querer se fundir no presente para gerar soluções que a modernidade suscita. Não há dúvidas que o modelo tribal de nossos indígenas, pleno e de solidariedade, pertencimento e inteligência emocional, tem muito a nos oferecer no que se refere aos desafios premente do nosso tempo”. (João Batanolli, 2019).

RESUMO

O presente estudo tem como escopo verificar formas alternativas de solução de conflitos, por meio de um embasamento teórico referenciado no pluralismo jurídico comunitário participativo e no diálogo intercultural, a partir da análise de experiências realizadas pelos sistemas normativos indígenas latino-americanos. O modelo jurídico monista vigente, no qual o Estado é considerado o centro único do poder político e a fonte exclusiva de produção do Direito está exaurido, face o grau de ineficácia para com as respostas as demandas sociais e políticas. Desta forma, novas perspectivas descentralizadoras do Direito visam o rompimento do paradigma do Estado monista. Há a preeminência da constituição de um sistema jurídico que compreenda e integralize a dimensão plural da sociedade. Assim, objetiva-se a configuração de uma justiça para além da esfera estatal, que se resignifique, a partir de uma perspectiva metodológica crítica, fundamentada no pluralismo jurídico do tipo comunitário participativo e no diálogo intercultural, caracterizada como um fenômeno socialmente construído e, portanto, de maior eficácia e pertencimento. A base comunitária participativa de vertente plural da sociedade contemporânea é o catalizador ideal para novas formas de produção normativa do Direito e dos próprios mecanismos de solução de conflitos. O método de abordagem definido para o desenvolvimento desta tese foi o método indutivo, por meio do procedimento monográfico. A técnica de pesquisa empregada para a obtenção de dados foi a pesquisa bibliográfica, feita a partir de documentação direta. Quanto à análise e interpretação dos resultados, a pesquisa apresenta caráter qualitativo, na tentativa de oferecer uma apreciação global sobre as conclusões que a investigação propiciou. As práticas alternativas de solução dos conflitos devem emergir em substituição a justiça estatal, por meio de uma ótica interpretativa e emancipadora do Direito. Portanto, a reconfiguração do espaço público é medida que se impõem para uma nova visão social de mundo para o Direito. A inclusão daqueles que estão em condição subalternas na sociedade para a constituição de um outro paradigma cultural de legitimidade para o Direito, com base no diálogo intercultural, pluralista e decolonial é medida que se impõe para a superação da crise na esfera jurídica.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico. Interculturalidade. Direito Indígena.

ABSTRACT

The aim of this study is to verify alternative forms of conflict resolution through a theoretical basis referenced in participatory community legal pluralism and intercultural dialogue, based on the analysis of experiences carried out by Latin American indigenous normative systems. The current monistic legal model, in which the state is considered the sole center of political power and the exclusive source of law production, is exhausted, given the degree of ineffectiveness towards the answers to social and political demands. Thus, new decentralizing perspectives of law aim at breaking the paradigm of the monist state. There is a preeminence in the constitution of a legal system that understands and integrates the plural dimension of society. Thus, the objective is the configuration of a justice beyond the state sphere, which is reframed, from a critical methodological perspective, based on the legal pluralism of the participatory community type and the intercultural dialogue, characterized as a socially constructed phenomenon and therefore , of greater effectiveness and belonging. The participatory community base of the plural aspect of contemporary society is the ideal catalyst for new forms of normative production of law and of conflict resolution mechanisms themselves. The approach method defined for the development of this thesis was the inductive method, through the monographic procedure. The research technique used to obtain data was bibliographic research, made from direct documentation. Regarding the analysis and interpretation of the results, the research has a qualitative character, in an attempt to offer a global appreciation of the conclusions that the investigation provided. Alternative conflict resolution practices should emerge as a substitute for state justice through an interpretative and emancipatory view of law. Therefore, the reconfiguration of public space is a measure that imposes itself on a new social world view for law. The inclusion of those who are in subordinate condition in society for the constitution of another cultural paradigm of legitimacy for the Law, based on intercultural, pluralist and decolonial dialogue is a measure that is necessary to overcome the crisis in the legal sphere.

Keywords: Legal pluralism. Interculturality. Indigenous Law.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1- Ciclos das Reformas Constitucionais Pluralistas na América Latina.....	157
Tabela 2 - O reconhecimento do Direito Indígena nas Constituições latino americanas	170

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA - Associação Brasileira de Antropologia
CEDI - Centro Ecumênico de Documentação e Informação
CFB - Constituição Federal Brasileira
CIR - Conselho Indígena de Roraima
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
CPI-SP - Comissão Pró-Índio São Paulo
EUA - Estados Unidos da América
EZLN - Exército Zapatista de Libertação Nacional
FUNAI - Fundação Nacional do Índio
IBDD - Instituto Brasileiro de Direitos da Pessoa com Deficiência
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ILSA - Instituto Latino-Americano de Serviços Legais Alternativos
INESC - Instituto de Estudos Socioeconômicos
IOC - Indígena Originária Campesina
ISA - Instituto Socioambiental
MAB - Movimento de Atingidos por Barragens
NAIR - Nova Escola Jurídica Brasileira
NAJUP - Núcleo de Assessoria Jurídica Popular
OEA - Organização dos Estados Americanos
OIT - Organização Internacional do Trabalho
ONU - Organização das Nações Unidas
PIDCYP - Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PIN - Plano de Integração Nacional
PLP's - Promotorias Legais Populares
PNUD - Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento
RENAAP - Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares
SPI - Serviço de Proteção aos Índios
SPILTN - Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacional
TJRR - Tribunal de Justiça de Roraima
UFG - Universidade Federal de Goiás
UFPB - Universidade Federal da Paraíba

UFPE - Universidade Federal de Pernambuco

UFRJ - Universidade Federal do Rio de Janeiro

UFMS - Universidade Federal de Santa Maria

UNB - Universidade de Brasília

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

UNI - União das Nações Indígenas

URSS - União das Repúblicas Socialistas Soviéticas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 . O PLURALISMO JURÍDICO COMO INSTRUMENTO CRÍTICO EMANCIPATÓRIO, EM ALTERNATIVA A CULTURA JURÍDICA MONISTA CONTEMPORÂNEA.	21
1.1 A TRAJETÓRIA DA CULTURA JURÍDICA MONISTA OCIDENTAL CONTEMPORÂNEA	21
1.2 O PLURALISMO JURÍDICO COMO REFERENCIAL CRÍTICO TRANSFORMADOR.	33
1.3 PLURALISMO JURÍDICO E PRÁTICAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO BRASILEIRO	43
1.4 O PLURALISMO JURÍDICO A PARTIR DE INICIATIVAS DE PAÍSES HISPÂNICOS.....	55
2 A INTERCULTURALIDADE COMO PARADIGMA PARA UM DIÁLOGO NO DIREITO	65
2.1 DIVERSIDADE CULTURAL, MULTICULTURALISMO E INTERCULTURALIDADE.....	66
2.2 INTERCULTURALIDADE E A HERMENÊUTICA DIATÓPICA	79
2.3 O DIÁLOGO INTERCULTURAL NO DIREITO	89
3 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS.	103
3.1 SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS: COLONIALISMO JURÍDICO E PLURALIDADE DE DIREITOS.....	104
3.2 OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	117

3.3	INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS DE GARANTIA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO PLURINACIONAL.....	135
4	FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, A PARTIR DE UM DIÁLOGO INTERCULTURAL E PLURALISTA DO DIREITO	148
4.1	O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA E SEU RECONHECIMENTO COMO SISTEMA JURÍDICO	149
4.2	DIÁLOGOS E SOLUÇÕES DE CONFLITOS ENTRE O DIREITO ESTATAL E O DIREITO INDÍGENA.....	161
4.3	O DIREITO INDÍGENA COMO PARADIGMA DE PLURALIDADE PARA O DIREITO CONTEMPORÂNEO	171
4.4	DIREITOS INDÍGENAS COMO UMA NORMATIVIDADE QUE PRODUZ FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO ESTATAL: EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS EM COMUNIDADES INDÍGENAS.....	180
4.4.1	A experiência do Centro de Mediação Comunitária: os casos da família <i>Guaján</i> e <i>Lanchimba</i>.	188
4.4.2	Análise do caso de abuso sexual e estupro na Comunidade Indígena Josefina (<i>Kayambi</i>).....	191
4.4.3	A Experiência da Construção do Sistema de Justiça Indígena <i>Xukuru</i> de Ororubá.....	193
4.4.4	A constituição do primeiro polo de conciliação e mediação indígena do Brasil.....	195
	LEGISLAÇÃO CONSULTADA.....	202
	REFERÊNCIAS	205

INTRODUÇÃO

A cultura jurídica monista vigente, ao longo de seus mais de dois séculos, se apresentou como um modelo que está exaurido, face ao grau de eficácia para com as respostas às demandas sociais e políticas. O sistema jurídico se encontra vinculado à ordem estatal, na qual o Estado figura como o centro único do poder político e a fonte exclusiva de produção do Direito.

Todavia, novas perspectivas descentralizadoras do Direito visam o rompimento do paradigma do Estado monista. A constituição de um sistema jurídico que compreenda e integralize a dimensão plural da sociedade. A realização de uma justiça estatal, a partir de uma perspectiva sociológica, caracterizada como um fenômeno socialmente construído e, portanto, de maior eficácia e pertencimento.

Neste sentido, o pluralismo jurídico do tipo comunitário participativo se converte num referencial crítico transformador do Direito e da própria sociedade. A base comunitária participativa de vertente plural da sociedade contemporânea é o catalizador ideal para novas formas de produção normativa do Direito e dos próprios mecanismos de solução de conflitos.

Como opção de se constituir novas formas de solução de conflitos com objetivo de atender as demandas da sociedade, no processo de superação de crise do Direito monista estatal contemporâneo, é proposto a verificação dos sistemas jurídicos dos povos indígenas sobre o paradigma da interculturalidade. O diálogo intercultural proposto nas décadas recentes, com a formação dos Estados Plurinacionais, latino-americanos, se demonstra como opção de convivência harmônica e equilibrada e, também, de coesão entre os povos. Os Estados Plurinacionais, na abertura e contato com os sistemas jurídicos indígenas tem propiciado o conhecimento de novas formas de solução de conflitos exitosas, praticadas por esses povos.

Desse modo, há a necessidade do rompimento com o modelo estatal, eurocêntrico e monista vigente para a formação de um novo paradigma, tendo como marco referencial a abordagem de um pluralismo jurídico emancipatório, comunitário, dialético e que atenda às necessidades dos sujeitos históricos insurgentes.

Assim, com a inquietude daqueles que optam por vislumbrar no horizonte objetivo a utopia de se construir uma sociedade de respeito a todas as pessoas e formas de vida e,

integrada ao seu meio ambiente de vida, justa em todos os aspectos, igualitária e equânime, sistêmica nas suas relações, numa completude plural, diversa, por meio de um diálogo intercultural, optou-se no desenvolvimento desta temática da presente tese. Como também pelos contatos estabelecidos, desde o ano de 2014, com a comunidade indígena, *Tekoá Marangatu*, da etnia Guaraní *Mbya*, localizada no município de Imaruí, no sul do Estado de Santa Catarina, por meio de projetos de pesquisas, junto aos grupos de pesquisas da universidade em que trabalho, despertou-me ao interesse da temática, na área da antropologia jurídica.

O tema de pesquisa desta tese consiste na análise do pluralismo jurídico e da interculturalidade como paradigmas teóricos para o estudo das experiências empíricas dos sistemas jurídicos indígenas latino-americanos na formulação de novos métodos de resolução de conflitos, para o direito estatal, mais céleres, dinâmicos e autônomos e menos formalistas. O marco teórico paradigmático e basilador sobre qual foi abordado o tema se refere ao pluralismo jurídico do tipo comunitário participativo.

O Direito pós-moderno atravessa um período de grave crise ao se demonstrar ineficaz em relação às resoluções dos conflitos que lhe são submetidos diariamente. O modelo jurídico positivista de produção de normas pelo Estado não atendeu as promessas dos ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade.

Dessa forma, o escopo da presente pesquisa visa, a partir de uma abordagem pluralista e intercultural do Direito, estabelecer um diálogo com outras visões de mundo em relação ao Direito, para a proposição de novas formas de solução de conflitos.

A tese está alinhada à proposta da área de concentração em teoria, filosofia e história do direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, porque abordou o pluralismo jurídico comunitário participativo e a interculturalidade como elementos teóricos e metodológicos para contribuir com os mecanismos oficiais do Estado, a partir de novas formas de soluções de conflitos, com base nas experiências empíricas dos sistemas jurídicos indígenas latino-americanos. Consoante também está a temática da tese para com a linha de pesquisa, do referido programa em conhecimento crítico, historicidade, subjetividade e multiculturalismo.

A tese ainda se articula ao Grupo de Pesquisa “Antropologia Jurídica na América Latina”, da UFSC e coordenado pela professora aposentada, Dr.^a Thais Luzia Colaço, e aos Grupos de Pesquisa da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, em “Estado, Direito e Sociedade”, Coordenados pelos Profs., Dr. Reginaldo de Souza Vieira e Dr. Ismael

Francisco de Souza, e em “Arqueologia e Gestão Integrada de Território”, coordenado pelo Prof. Dr. Juliano Campos, tendo em vista os elementos vinculados a teoria crítica do direito e do Estado, a antropologia jurídica e a interculturalidade.

Desse modo, é sob essas considerações que se propõe o presente estudo, o qual apresenta viabilidade jurídica, problematiza assuntos inovadores e inéditos da literatura jurídica brasileira e, sobretudo, contribui ao promover o debate sobre novas formas de solução de conflitos.

O estudo parte do seguinte problema de pesquisa: O pluralismo jurídico e a interculturalidade podem contribuir com as novas formas de solução de conflitos, a partir da análise dos sistemas jurídicos indígenas latino-americanos?

Para responder ao problema de pesquisa, foi delineada a hipótese considerando que a cultura jurídica ocidental contemporânea, bem como o Estado nacional, ambos de base iluminista, estão em crise e o resultado é a ineficácia em atender as demandas de conflitos presentes na sociedade. A necessidade de formas alternativas de solução de controvérsias são indicativos para o desenvolvimento de um discurso jurídico que possibilite um enfrentamento a esse cenário. Dessa forma, o diálogo intercultural e o pluralismo jurídico representam elementos de desconstrução da visão tradicional e moderna do Direito e do Estado nacional. A relação intercultural, que pode ser estabelecida entre a cultura jurídica ocidental contemporânea e os sistemas jurídicos indígenas latino-americanos, pode propiciar novas experiências jurídicas e novos mecanismos jurídicos capazes de contribuir para a desconstrução da visão tradicional e moderna do Direito estatal e do próprio Estado nacional.

Nesse sentido, o objetivo geral consiste em verificar como o pluralismo jurídico comunitário participativo e a interculturalidade podem contribuir, para os mecanismos oficiais do Estado, com novos métodos ou soluções de conflitos, a partir de da análise das experiências empíricas dos sistemas jurídicos indígenas latino-americanos.

Com o foco em contemplar a dimensão geral, foram definidos quatro objetivos específicos: analisar o pluralismo jurídico comunitário participativo como pensamento jurídico crítico emancipatório, em alternativa à cultura jurídica monista contemporânea; contextualizar a interculturalidade como paradigma para um diálogo no direito; abordar os pressupostos e fundamentos dos sistemas jurídicos indígenas; propor elementos para novas formas de solução de conflitos, a partir de um diálogo intercultural e pluralista do direito.

O método de abordagem definido para o desenvolvimento desta tese foi o método indutivo, por meio do procedimento monográfico. A técnica de pesquisa empregada para a obtenção de dados foi a pesquisa bibliográfica, feita a partir de documentação direta. Quanto à análise e interpretação dos resultados, a pesquisa apresenta caráter qualitativo, na tentativa de oferecer uma apreciação global sobre as conclusões que a investigação propiciou.

Cabe destacar que no momento da qualificação desse tema perante a banca, composta pelos eméritos professores, Dr. Rogério Silva Portanova, Dr. Antonio Carlos Wolkmer, Dr. José Rubens Morato Leite, foi apresentado, além da defesa da mesma, as primeiras dificuldades encontradas no desenvolvimento desta pesquisa, principalmente em relação aos contatos realizados com as lideranças indígenas da comunidade *Tekoá Marangatu*. Isto porque nos dois primeiros contatos realizados na própria aldeia, sob autorização do indigenista responsável da Funai de Florianópolis, no ano de 2016, as lideranças indígenas decidiram que somente autorizariam a divulgação da pesquisa, após a aprovação pelo Grupo de Líderes. A justificativa das autoridades indígenas refere-se a preocupação da forma que os resultados da pesquisa poderiam prejudicar os mesmos. Diante do impasse posto e com a responsabilidade e o compromisso para com a Ciência, mas também, com o compromisso e o ideal de que, em qualquer hipótese, pensaria em desrespeitar os indígenas da comunidade *Tekoá Marangatu*, parceiros de longa data, conforme já registrado anteriormente, e representantes de uma digníssima etnia originária deste continente, aos quais todos devemos o mais alto grau de respeito, decidiu-se a reestruturação do projeto inicial. Isto porque o resultado da pesquisa desta tese e os recursos envolvidos para o desenvolvimento da pesquisa de campo poderiam ser perdidos caso algum dado resultante da pesquisa não fosse autorizado a ser publicado. Assim, foi retirado do escopo inicial desta tese, a proposta de uma pesquisa etnográfica de campo, a qual seria realizada na comunidade indígena de Imaruí, pelos fatos e razões aqui consignados. Em substituição a esta pesquisa de campo, foi realizada uma pesquisa bibliográfica de casos e experiências relatados de aplicação de normativas do Direito Indígena.

Com o propósito de fundamentar e, assim comprovar a hipótese formulada nesta tese, elaborou-se quatro capítulos, nos quais, o primeiro tem como escopo analisar o pluralismo jurídico como um instrumento crítico emancipatório, em alternativa à cultura jurídica monista contemporânea. Com o propósito de estabelecer o marco teórico da presente tese, o primeiro capítulo foca em compreender a atual crise do Estado monista em relação a produção normativa e a administração e organização do Direito, a partir do paradigma teórico do

pluralismo jurídico do tipo comunitário participativo. Além, da análise teórica, referente ao pluralismo jurídico como um referencial crítico transformador, também se verificou determinadas experiências práticas alternativas de produção do Direito que não estatal existentes.

No segundo capítulo abordou-se a interculturalidade como um paradigma para um diálogo no Direito. A concepção da interculturalidade, a partir das experiências que estão ocorrendo nos países latino-americanos que, em suas últimas reformas constitucionais, consolidaram-se como Estados Plurinacionais, configuram-se em experiências de novas formas de solução de conflitos na área do Direito, com base nos sistemas jurídicos indígenas.

Para tanto, analisou-se as distintas formas de interações entre o Estado, a sociedade, a diversidade cultural, o multiculturalismo e a interculturalidade. Também, verificou-se a relação estabelecida entre interculturalidade e hermenêutica diatópica como possibilidade de estabelecimento de um diálogo cultural entre as diferentes formas de culturas e saberes. E o segundo capítulo é concluído com o estudo do diálogo intercultural no direito, com o objetivo de proporcionar novas formas de solução de conflitos a partir de elementos do Direito exercido por culturas distintas do monismo jurídico estatal.

O terceiro capítulo promoveu a análise sobre os pressupostos e fundamentos dos sistemas normativos indígenas. Partiu-se do estudo sobre o processo de conquista dos territórios dos povos indígenas desde os primeiros contatos com os europeus até a constituição dos Estados contemporâneos. Todavia, mesmo com todo o processo de opressão, extermínio, escravidão, entre outros, cometidos sobre os povos originários da América Latina, não impediram ao longo do tempo destes resistirem e a lutarem pelo seu território e sua cultura. Nesse contexto, foram analisados os direitos dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o processo histórico-jurídico da formação da legislação indigenista no Brasil. Finalizou-se o terceiro capítulo com a verificação dos principais instrumentos internacionais de garantia dos direitos dos povos indígenas e, ainda, os elementos que consolidaram a formação dos Estados Plurinacionais latino-americanos.

Por fim, o quarto capítulo consistiu em se pesquisar as novas formas de solução de conflitos, tendo como elemento norteador paradigmático o diálogo intercultural e pluralista do direito. Assim, a análise consistiu no estudo do direito consuetudinário indígena e seu reconhecimento como sistema jurídico na América latina. Como também pesquisou-se, sobre

as possibilidades de diálogos e, também, conflitos existentes entre o Direito Estatal e o Direito Indígena. Para assim se refletir sobre a concepção do Direito Indígena como novo paradigma de pluralidade para o direito contemporâneo. E ao final, buscou-se comprovar que os Direitos Indígenas podem constituir-se em uma normatividade que produzem novos meios de solução de conflitos para a transformação do direito estatal, com apresentação de algumas experiências práticas de soluções de conflitos em comunidades indígenas.

1. O PLURALISMO JURÍDICO COMO INSTRUMENTO CRÍTICO EMANCIPATÓRIO, EM ALTERNATIVA A CULTURA JURÍDICA MONISTA CONTEMPORÂNEA.

*Nós índios, olhamos para esse mundo do homem branco
e verificamos que essa civilização não deu certo.
(Marcos Terena; do povo Terena, do Mato Grosso do Sul)*

No desenvolvimento do presente estudo, faz-se necessário a compreensão das características preeminentes da cultura jurídica monista contemporânea, bem como das suas incompletudes e incongruências em relação ao seu grau de eficácia para com as regulamentações sociais e do modelo normativo vigente. A necessidade de implementação de um sistema jurídico que seja congruente com as reais necessidades da sociedade e que não se configure somente a reproduzir o modelo social dominante.

Atualmente, o sistema jurídico vigente se encontra vinculado ao Estado como o centro único do poder político e a fonte exclusiva de produção do Direito. Todavia, novas perspectivas descentralizadoras e disruptivas visam o rompimento do paradigma do Estado monista. O Direito compreende, na sociedade contemporânea, uma dimensão plural e, numa perspectiva sociológica, caracteriza-se como um fenômeno socialmente construído.

Desta forma, o rompimento com o modelo estatal, eurocêntrico e monista é medida que se impõe para a direção de um pluralismo jurídico emancipatório, comunitário, dialético e que atenda às necessidades dos sujeitos históricos insurgentes. Isto porque o sistema jurídico monista estatal, desde o final do século XX, encontra-se em profunda crise, não atendendo mais os anseios da sociedade.

1.1 A TRAJETÓRIA DA CULTURA JURÍDICA MONISTA OCIDENTAL CONTEMPORÂNEA

A análise do desenvolvimento da cultura jurídica monista ocidental contemporânea requer o estudo sobre o desenvolvimento da juridicidade vinculada ao poder do Estado. Desse modo, a compreensão da formação do Estado Moderno e seu monopólio para a produção de normas jurídicas, por meio do estudo da sua constituição histórica e de suas principais teorias

legitimadoras, é essencial para a formulação de um pluralismo jurídico crítico e emancipatório, em alternativa à cultura jurídica monista contemporânea.

O desenvolvimento da cultura jurídica monista remonta ao período histórico da Idade Moderna, entrelaçando-se com a formação do Estado nacional moderno¹, este resultante do declínio do feudalismo² na Europa.

Com o avanço do comércio, o modelo de organização das sociedades feudais entra em crise. A descentralização política, econômica e jurídica do modelo feudal emperra o desenvolvimento do livre comércio. A circulação de mercadorias fica prejudicada em razão da multiplicidade de feudos independentes.

O Renascimento, ocorrido nos séculos XV e XVI, é caracterizado justamente pela crise do feudalismo e o surgimento do capitalismo, isto é, da expropriação dos meios de produção dos pequenos produtores por detentores de capital, e seus financiadores, os banqueiros (BOBBIO, 2007, p. 68). Desta forma, a nova classe social burguesa, decorrente do renascimento comercial, necessitava da força e autoridade de um Estado centralizado que promovesse o pleno desenvolvimento de seus negócios.

A independência dos feudos é, portanto, suprimida por um Estado moderno absolutista³, com uma administração centralizada, que passou a deter o monopólio da publicação de leis uniformes, do funcionamento da justiça, da tributação e da segurança.

Assim, a consolidação do Estado nacional moderno é um resultado de um complexo processo social que perpassa pela integridade territorial, pela organização de um regime

¹ O conceito de Estado moderno para o presente estudo tem como base uma abordagem histórica do fenômeno político, considera que “o nascimento do Estado assinala o início da era moderna, segunda esta mais antiga e mais comum interpretação o nascimento do Estado representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil, onde civil, está ao mesmo tempo para cidadão e civilizado.” (BOBBIO, 2007, p. 73).

² O Feudalismo constitui-se como um modo de organização política e social, baseado numa sociedade estamentária marcada por relações sociais de servidão e fundada na posse da terra e no modo de produção agrícola. “Os limites da política e da juridicidade se definem tendo por base a propriedade da terra, a forte relação de dependência e os estreitos vínculos comunitários. Já no que tange a organização do poder senhorial, o sistema feudal compreende tanto uma descentralização administrativa quanto uma fragmentação e pluralismo de centros de decisões.” (WOLKMER, 2015b, p. 25).

³ A formação do Estado moderno absolutista, segundo Bobbio, ocorre por meio de um processo de concentração e centralização do poder num determinado território. “Por concentração, entende-se aquele processo pelo qual os poderes através dos quais se exerce a soberania – o poder de ditar leis válidas para toda a coletividade (a tal ponto que os costumes são considerados direito válido apenas na medida em que, por uma ficção jurídica, presumem-se acolhidos ou tolerados pelo rei que não os cancelou expressamente), o poder jurisdicional, o poder de usar a força no interior e no exterior com exclusividade, enfim o poder de impor tributos, - são atribuídos de direito ao soberano pelos legistas e exercidos de fato pelo rei e pelos funcionários dele diretamente dependentes. Por centralização, entende-se o processo de eliminação ou de exaustoração de ordenamentos jurídicos inferiores, como as cidades, as corporações, as sociedades particulares, que apenas sobrevivem não mais como ordenamentos originários e autônomos, mas como ordenamentos derivados de uma autorização ou da tolerância do poder central.” (2007, p. 115).

político e jurídico e pela identidade nacional. O padrão de juridicidade que passa a ser produzido nesse período é o da racionalidade lógica formal centralizadora do Direito proveniente, unicamente, do Estado, e que tem como fatores fundantes o modo de produção capitalista, a sociedade burguesa, a ideologia liberal individualista e o Estado Soberano. (WOLKMER, 2015b, p. 28).

Entre os primeiros teóricos formuladores da concepção do Estado moderno estão Nicolau Maquiavel (1469-1527) e Thomas Hobbes (1588-1679), apesar de que estes estabelecem a suplementação do feudalismo a partir de elementos de foro político e não de foro econômico. Neste sentido, ambos os autores descrevem que o poder é precipuamente político (BOBBIO, 2007, p. 80).

Em Maquiavel, por meio da sua obra, *O Príncipe* (1513), verifica-se os primeiros usos do termo Estado como uma nova forma de organização do poder político no sentido moderno (BOBBIO, 2007, p. 65). Conforme o autor, já no início do seu livro *O Príncipe*: “Todos os Estados, todos os domínios que tiverem e têm poder sobre os homens foram ou são repúblicas ou principados.” (MAQUIAVEL, 2006, p. 19).

Ademais, Maquiavel aponta, em outra parte da referida obra, que “o Estado tem necessidade de seus cidadãos” (MAQUIAVEL, 2006, p. 67). O Estado, em Maquiavel, constitui um território, um regime político, monarquia ou república, caracterizando-se, portanto, por um domínio territorial e monopólio de poder. Ao Estado moderno é garantida a manutenção do monopólio, da produção legal, da segurança e da tributação.

Conforme, Gramsci (1984, p. 04), Maquiavel busca demonstrar as condutas do Príncipe para que um determinado povo possa constituir o “novo Estado”, este com bases nas grandes monarquias absolutistas da França e da Espanha, bem como na “evocação do passado de Roma”.

Inclui-se, ainda, na constituição desse Estado moderno, por Maquiavel, o “cisma” entre poder político e ética cristã. O elemento espiritual preponderante durante o medievo passa a ser substituído pelo elemento político. Desta forma, afirma que:

[...] mais conveniente ir direto à verdade efetiva da coisa que à imaginação em torno dela. E não foram poucos os que imaginaram repúblicas e principados que nunca se viram nem se verificaram na realidade. Todavia a distância entre o como se vive e o como se deveria viver é tão grande que quem deixa o que se faz pelo que se deveria fazer contribui rapidamente para a própria ruína e compromete sua preservação:

porque o homem que quiser ser bom em todos os aspectos terminará arruinado entre tantos que não são bons. Por isso é preciso que o príncipe aprenda, caso queira manter-se no poder, a não ser bom e a valer-se disso segundo a necessidade. (MAQUIAVEL, 2006, p. 92).

Assim, para Maquiavel cabe ao chefe de Estado agir a partir de uma moral política e não por meio de uma moral individual. Portanto, “[...] mais conveniente ir direto à verdade efetiva da coisa que à imaginação em torno dela”, denota valorar a atitude ética, a partir da sua finalidade política, ou seja, em torno da razão do Estado. (MAQUIAVEL, 2006, p. 92).

A doutrina da razão de Estado, em Maquiavel, se desenvolve juntamente com a teoria do Estado moderno, na qual o primado da política decorre da total independência do juízo político com respeito ao juízo moral. Desse modo, existe uma razão do Estado diversa da razão dos indivíduos, ou seja, “o homem político é livre para perseguir os próprios objetivos sem ser obrigado a levar em consideração os preceitos morais que condicionam o indivíduo singular nas relações com os outros indivíduos.” (BOBBIO, 2007, p. 85).

O Príncipe, no processo de consolidação de seu poder e, conseqüentemente, do Estado, deve subverter todo o sistema de relações intelectuais e morais, no qual cada ato será concebido como útil ou prejudicial, como virtuoso ou criminoso. Neste sentido, “o Príncipe toma o lugar, nas consciências, da divindade ou do imperativo categórico, torna-se base de um laicismo moderno e de uma laicização completa de toda a vida e de todas as relações de costume”. (GRAMSCI, 1984, p. 09).

Em seu livro *Leviatã* (1651), Hobbes fundamenta os elementos que propiciam o surgimento do Estado, bem como a sua soberania absoluta perante os seus súditos. Para Hobbes, haveria um momento anterior ao Estado, no qual imperava a guerra de todos contra todos e que para pôr fim a este caos de violência, insegurança e medo permanente os indivíduos estabelecem um pacto, o contrato social. (HOBBS, 2003, p. 104).

Conforme se depreende da respectiva obra, Hobbes considera que, neste período anterior ao Estado, a humanidade estaria em um hipotético estado de natureza, no qual todos estariam livres para agirem conforme suas consciências e vontades. Entretanto, neste estado de natureza estaria em vigência insegurança absoluta, não sendo possível o alcance de uma vida em plenitude. (HOBBS, 2003, p. 47).

Torna-se, assim, elemento primordial para uma vida plena em sociedade que os indivíduos busquem incessantemente a paz. Neste sentido, verifica-se no capítulo 14, do *Leviatã*, intitulado *Da primeira e Segunda leis naturais, e dos contratos*:

E dado que a condição do homem [...] é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros. Portanto, enquanto perdurar este direito de cada homem a todas as coisas, não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a segurança de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite aos homens viver. Consequentemente é um preceito ou regra geral da razão, que todo homem deve esforçar-se pela paz, na medida em que tenha esperança de consegui-la, e caso não a consiga pode procurar e usar todas as ajudas e vantagens da guerra. A primeira parte desta regra encerra a lei primeira e fundamental de natureza, isto é, procurara paz, e segui-la. A segunda encerra a suma do direito de natureza, isto é, por todos os meios que pudermos, defendermo-nos a nós mesmos. (HOBBS, 2003, p. 48).

Neste contrato, baseado na lei da razão, os homens renunciam a sua liberdade em troca da segurança proporcionada pelo Estado, cuja soberania sobre os seus súditos se torna absoluta. Tal assertiva encontra fundamento no disposto no Capítulo 17, da obra *Leviatã*, a qual versa que:

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária [...] das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito, forçando-os, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e ao respeito àquelas leis de natureza que foram expostas nos capítulos décimo quarto e décimo quinto. (HOBBS, 2003, p. 59).

A legitimidade do poder soberano do Estado está na vontade de que cada indivíduo deposita nele o direito de manutenção da ordem social e do cumprimento das regras da vida comum. Todavia, a expressão do Estado, para Hobbes, era materializada na figura de um soberano, o qual possuía uma autoridade despótica conferida pelo povo.

O *Leviatã* é, portanto, um todo composto por vários homens cuja tarefa é desempenhar todas as funções vitais necessárias; e cada um deles tem uma tarefa diferente, dependendo da posição na qual está situado; e o funcionamento do complexo 'mecanismo' depende da uniformidade e da regularidade com qual todos cumprem o seu dever. A regularidade de todo é assegurada pela cabeça (a 'alma' do *Leviatã*), isto é, a vontade superior de um 'soberano' que, como revela claramente a etimologia da palavra, 'se situa acima'. Ele decide, dirige, incita e determina as ações do todo no interesse de cada um. Cada membro precisa se adaptar a essa vontade superior, caso contrário há o risco de o sistema entrar em colapso. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 58).

Para Hobbes, os indivíduos decidem deixar o estado de natureza com base na lei da razão, em virtude da situação de ameaça, a qual estão submetidos. Dessa forma, com o objetivo de garantir a manutenção da vida em sociedade e conter a ameaça dos aspectos

impulsivos e agressivos dos indivíduos, se compreende a necessidade de constituir um soberano para punir os transgressores. (BOBBIO, 2007, p. 81).

Portanto, a imagem do monstro, Leviatã, ilustrada por Hobbes, designa o processo de unificação da população com o seu soberano, porém subordinada a este. Todavia, esse mesmo povo “[...] abre mão parcialmente da sua autonomia e das suas prerrogativas de liberdade em favor da proteção proporcionada pelo Estado.” (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 60).

Desse modo, o Estado moderno, tanto em Maquiavel, na sua obra *O Príncipe*, quanto em Hobbes, na obra *Leviatã*, encontra elementos para a concentração do poder de emanar normas de direito. Assim, qualquer possibilidade de existência de produção e organização de normas de direito de âmbito paraestatal passa a ser negada.

A exclusividade do Estado na constituição do direito vigente resulta no conceito de monismo jurídico⁴ estatal. O monismo jurídico estatal se desenvolve em oposição ao pluralismo jurídico vigente no período medieval por meio da diversidade de ordenamentos jurídicos decorrentes da vigência do Direito Canônico e dos demais ordenamentos jurídicos feudais do período⁵. (BOBBIO, 1995, p. 26-27).

Dessa forma, a concepção coercitiva do direito vai ao encontro do monopólio estatal sob o próprio direito. “A definição coercitiva se funda, portanto, numa concepção estatal do direito. Esta concepção é, de fato, contemporânea da formação do Estado moderno, que foi teorizado no século XVII por Hobbes [...]”. (BOBBIO, 1995, p. 147).

Todavia, as doutrinas políticas, econômicas e sociais que sustentavam as monarquias absolutistas, ou seja, o Estado absolutista, e o sistema econômico mercantilista foram radicalmente negadas. (COSTA; MELLO, 1994, p. 81).

Dessa forma, as transformações políticas e ideológicas iniciadas pelo Renascimento (1300-1550) foram aprofundadas e ganharam mais consistência nos séculos XVII e XVIII com o movimento Iluminista e com as revoluções burguesas.

⁴ Em relação ao monismo jurídico, destaca-se que “[...] a concepção, consolidada ao longo da modernidade, segundo a qual o Estado é o centro único do poder e o detentor do monopólio de produção das normas jurídicas. Enquanto sinônimo de direito estatal, o direito encerra-se nos textos legais emanados do poder legislativo. Nesse contexto, a lei vale pelo simples fato de ser a lei, de modo que sua legitimidade advém da mera observância dos procedimentos previamente estabelecidos, isto é, das normas que regulamentam o processo legislativo.” (CARVALHO, 2013, p. 14).

⁵ No período da Idade Média, compreendido entre os séculos V a XV, desenvolveram-se inúmeras concepções jurídicas distintas decorrentes de um longo e complexo processo histórico. Nesse sentido, pode ser esboçada uma delimitação conforme quatro nuances específicas que se permeiam no percurso de construção das percepções jurídicas europeias medievais, a destacar os Direitos germânicos, celta, feudal e canônico. (PALMA, 2011, p. 204).

A partir desse período novos valores surgiram, pregando uma sociedade fundamentada no liberalismo⁶ político, econômico e jurídico. Tais valores se condensavam para a formação de um Estado Liberal que tinha como eixo basilar a liberdade individual. Conforme Comparato (1999, p. 132), os ideais liberais constituíram “(...) o atestado de óbito do *Ancien Régime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais”.

Desse modo, a discussão sobre a legitimidade do poder estatal, por meio da teoria do contrato social, se tornou um dos principais eixos de análise dos pensadores iluministas como Locke, Montesquieu e Rousseau. Para Jean-Jacques Rousseau (1712 - 1778), a fonte de poder era o próprio povo, no seu contrato social, as pessoas alienavam toda a sua liberdade para um corpo social, ao qual todos pertenciam, e não para um soberano, como em Hobbes (WEFFORT, 2011, p. 150).

Com Rousseau o poder legislativo deixa de ser expresso por meio de uma oligarquia restrita e passa a ser expresso por todo o povo, mesmo que de forma indireta, pela representação política. Este poder também passa a ser exercido, não de forma arbitrária, mas para o próprio bem do povo, constituindo a teoria da vontade geral. (BOBBIO, 1995, p. 39).

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma, ou é outra – não existe meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei. (ROUSSEAU, 1996, p. 114).

Todavia, John Locke (1632 - 1704) considerava o contrato social como um pacto de consentimento e não de submissão, como em Hobbes (soberano) e Rousseau (corpo social). Propunha uma relação contratual entre governantes e governados, em substituição ao absolutismo monárquico, a partir do estabelecimento de um conjunto de leis escritas, a Constituição. Locke defendia que todo homem possuía alguns direitos naturais, os quais eram inatos e inalienáveis que deveriam ser respeitados pelos governantes. Dentre estes direitos se

⁶ O Liberalismo constitui-se como uma ideologia ou filosofia política, a qual é formada “[...] pelos valores, crenças e interesses de uma classe social burguesa na sua luta histórica contra a dominação do Feudalismo aristocrático-fundiário, entre os séculos XVII e XVIII, no continente europeu. Assim, o Liberalismo torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso, etc. Em seus princípios, o Liberalismo se constituiu na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista (apoiada pelos camponeses e pelas camadas sociais mais exploradas) utiliza contra o Antigo Regime Absolutista.” (WOLKMER, 2015b, p. 37).

destacam a liberdade, a propriedade privada e a resistência contra governos tirânicos (WEFFORT, 2011, p. 70).

Embora as ideias de Rousseau tenham influenciado as principais revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII e, ainda, resgatado o conceito de democracia, foi a visão lockeana de liberalismo político que fundamentou o Estado Moderno. Nessa linha, o Estado se mantinha inerte para não violar as liberdades privadas do indivíduo, tendo limites ao exercício do poder político dos governantes.

No entanto, com Montesquieu (1689 - 1755), em sua principal obra *O Espírito das Leis*, é que se consolida a engenharia institucional do Estado Liberal, a partir da teoria da separação dos poderes ou equipotência.

Montesquieu estabeleceu, como condição para a existência do Estado de direito, a separação dos poderes em executivo, legislativo e judiciário e a independência entre eles. A ideia de equivalência consiste em que essas três funções deveriam ser dotadas de igual poder. (WEFFORT, 2011, p. 93).

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do poder do direito civil.

Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (MONTESQUIEU, 1996, p. 167-168).

Na obra *O Espírito das Leis*, Montesquieu, em seu Livro XI, que versa sobre “as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”, considera que a atividade legislativa não deve ser realizada pelo poder executivo e, tampouco, pelos tribunais, sendo que ambos ficam subordinados a lei. No caso dos juízes, ainda é atribuído por Montesquieu que as sentenças destes devem estar vinculadas ao texto preciso da lei. O poder de julgar não deve estar unido ao poder legislativo, pois o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário face a ação legislativa do juiz. O poder de julgar não pode estar unido, também, ao poder executivo, pois o magistrado teria a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Nesse sentido, as teorias dos pensadores iluministas levaram a fundamentar as duas principais revoluções burguesas do final do século XVIII, a Revolução Francesa (1789) e a Independência dos Estados Unidos (1776). Tais eventos impulsionaram e proliferaram o modelo de Estado Liberal, o ordenamento jurídico, bem como o sistema de codificação das

leis civis moderno. O “novo” Estado Liberal objetivava a formação de um governo de leis em oposição a um governo de homens baseado em princípios da divisão dos poderes, na defesa e garantia a direitos e liberdades individuais.

O Estado Liberal passa a ser constituído e regulado pelas constituições modernas, as quais incorporam em seus textos os direitos individuais clássicos. Estes direitos individuais são frutos do processo de racionalização do poder político proposto pelas teorias iluministas. A positivação deste processo pode ser observada, por exemplo, no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 e que, posteriormente, foi incorporado a Declaração Francesa de 1791, o qual dispõe que: “Toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem em absoluto constituição.”

Para Bobbio (1995, p. 54), o processo de codificação, predominante nos séculos XVIII e XIX, levou a uma mecanização da Justiça, a qual fora reduzida a uma mera aplicadora da lei. Segundo o referido autor, cultuava-se o texto da lei, cuja interpretação deveria estar balizada na intenção do legislador. Assim,

[...] o direito é a expressão ao mesmo tempo da autoridade e da razão. É a expressão da autoridade visto que não é eficaz, não vale se não for posto e feito valer pelo Estado (e precisamente nisto pode-se identificar no movimento pela codificação uma raiz do positivismo jurídico); mas o direito posto pelo Estado não é fruto de mera arbitrariedade, ao contrário é a expressão da própria razão (da razão do príncipe e da razão dos filósofos, isto é, dos doutos que o legislador deve consultar). (BOBBIO, 1995, p. 54).

As codificações civis⁷ e o modelo liberal de organização do Direito, neste período, estavam amplamente vinculados a um conjunto de normas, organizadas num sistema racional, que tinham como objetivo fundamental regular toda a vida da sociedade privada. Desta forma, a compreensão liberal do Direito teve como fonte única o Estado, a neutralidade das normas e a concepção do homem como sujeito abstrato.

Desse modo, o Direito, desde o século XIX, passa a exercer uma função legitimadora do modo de produção dominante objetivando manter a nova ordem social burguesa. Nesse

⁷ Um dos marcos no processo de codificação, neste período, foi a publicação do Código Civil Napoleônico, em 1804, o qual constitui o ápice do positivismo jurídico na França e o surgimento da Escola da Exegese. (WOLKMER, 2006, p. 192).

sentido, a classe burguesa constituía uma nova ordem, uma ordem industrial, contendo o progresso, isto é, o desenvolvimento da indústria e das ciências (LÖWY, 1998, p. 11).

Isso se deu porque, após a conquista do poder político pelos burgueses, estes necessitavam solidificar, manter e difundir seus pressupostos ideológicos, em oposição à antiga ordem social aristocrática. O sistema jurídico liberal com bases racionalistas e individualistas induziu os juristas à busca do sentido do direito somente no texto legal. Segundo Kelsen (1997, p. 12), “[...] o Direito se compreende como um sistema de normas, um conjunto de relações lógicas desvinculadas da natureza e do homem que dela faz parte”.

Nesse contexto, a cultura jurídica monista ocidental contemporânea se constituiu por meio de um Estado moderno que propiciou ao povo a garantia de direitos legais, segurança, ordem e liberdade comercial, em contrapartida da obrigação de pagar impostos e se submeter ao controle social e a coerção estatal (leis). Inicialmente, o Estado agiu de forma mais violenta, opressiva e ostensiva sobre os indivíduos, que ao passar dos anos estabeleceu um processo de condicionamento e controle mais requintado. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 61).

Dessa forma, Estado de Direito liberal, com o objetivo de erradicar as diferenças pessoais características dos períodos medievais e absolutistas monárquicos, não considerou as desigualdades sociais e econômicas, tratando todos os indivíduos de forma idêntica perante a lei. Entretanto, esta postura apenas acentuou a concentração do poder econômico capitalista em detrimento das desigualdades sociais (LÖWY, 1998, p. 65).

Esse contexto de críticas ao Estado Liberal propiciou a expansão de novas teorias políticas e ideológicas, como o marxismo e o socialismo utópico que, por meio de perspectivas distintas, questionavam o individualismo exacerbado do constitucionalismo liberal. Tais críticas ao liberalismo são aprofundadas e difundidas, principalmente, após os impasses sucessivos da economia mundial nos anos de 1920 e 1930, o período entre guerras, que levaram o mundo a uma grande depressão econômica e convulsão social. (HOBSBAWN, 1995, p. 91-92).

Na esteira destes acontecimentos, a Revolução Russa (1917) e a conseqüente expansão das ideias marxistas em diversos países impulsionaram uma revisão do liberalismo político e econômico de Estado. Os ideais revolucionários de 1917, em quarenta anos, tinham um terço da humanidade vivendo em regimes diretamente derivados do modelo soviético, de apropriação coletiva dos meios de produção. (HOBSBAWN, 1995, p. 61).

Embora horrorizadas pela visão de mercados fora de controle, fazendo com que as fortunas se evaporassem juntamente com os locais de trabalho, enquanto levavam negócios viáveis a falência, as vítimas do colapso da bolsa no final dos anos 1920 tinham poucas dúvidas quanto a onde procurar o resgate: no Estado claro; num Estado forte, forte ao ponto de ser capaz de forçar as circunstâncias gerais a coincidirem com a sua vontade. As opiniões sobre a melhor saída da difícil situação podem ter diferido, até consideravelmente, mas não havia desacordo sobre quem podia pôr a situação geral no caminho afinal escolhido: o Estado, claro equipado com os recursos indispensáveis a tarefa: o poder, isto é, a capacidade de levar as coisas a cabo, e a política, isto é, a habilidade de decidir como as coisas devem ser feitas. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 19).

A temeridade do expansionismo das revoluções de cunho marxista, por parte dos países capitalistas, dirimiu as resistências para os processos de transição do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). Neste sentido, no início do século XX, surgem as primeiras constituições a garantirem direitos fundamentais mínimos: a Carta Mexicana de 1917 e a Constituição de *Weimar*⁸ de 1919.

Dessa forma, o modelo codificado a partir da segunda metade do século XX foi tornando-se incipiente e esgotado face às pressões sociais para atendimento das mais diversas demandas que se apresentavam no cotidiano da sociedade.

O Estado baseado nos pressupostos liberais foi enfraquecendo, sendo substituído pelo Estado de Direito Social, este de maior cunho intervencionista e que se constituía como garantidor das crescentes demandas sociais. Os governos ocidentais deste período se obrigaram a priorizar as questões sociais sobre as econômicas em suas políticas de Estado, visando também evitar as ameaças da radicalização da esquerda ou da direita. (HOBSBAWN, 1995, p. 99).

Entretanto, o Estado Social cresce de forma desmedida se tornando o verdadeiro Leviatã de Hobbes, com seu gigantismo e sua lógica tecnocrática. As constituições, que no Estado Liberal abordavam apenas a garantia de direitos individuais e uma estrutura básica de Estado, no Estado Social passaram a abordar uma série de temas, desde os direitos sociais até as funções de direção das estâncias políticas e da própria sociedade. O Estado foi, pouco a pouco, se reaprimorando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa. (BOBBIO, 2007, p. 25).

⁸ A Constituição de *Weimar* ficou assim conhecida em razão da Assembleia Constituinte ter ocorrido na cidade alemã que lhe cedeu o nome. A referida constituição apresenta diversas normas que versam sobre direitos sociais, tais como: a garantia a todos de uma existência digna, os princípios normativos de justiça social, os direitos sociais do trabalho, a negociação coletiva de trabalho, entre outros.

O modelo de Estado Social também encontrou críticas e opositores, principalmente a partir de 1970, com a crise do petróleo, o desenvolvimento dos governos neoliberais⁹ e o processo de globalização econômica. Esse novo paradigma propõe o retorno de um Estado mínimo, aos antigos moldes liberais.

Os grandes arquitetos do Consenso (neoliberal¹⁰) de *Washington*¹¹ são os detentores da economia privada, em geral empresas, grupos ou fundos de investimentos gigantescos que controlam a maior parte da economia internacional e têm meios de ditar a formulação de políticas e a estruturação do pensamento e da opinião. (CHOMSKY, 2002, p. 22).

Nos anos 1970, contudo, o progresso começou a parar, confrontado com o desemprego crescente, a inflação aparentemente incontrolável e a incapacidade crescente dos Estados de cumprir a sua promessa de cobertura abrangente. Aos poucos, ainda que de modo cada vez mais grave, os Estados manifestaram a incapacidade de cumprir as suas promessas; aos poucos, mas aparentemente de forma incontrolável, a fé e a confiança na potência do Estado começaram a desgastar-se. Funções antes reclamadas e ciosamente guardadas pelos Estados como monopólio seu, e amplamente consideradas pelo público e pelos formadores de opinião mais influentes como obrigações e missão inegáveis dos Estados, de repente pareciam demasiado onerosas e vorazes de recursos para os Estados-nação as suportarem. (BAUMAN; BORDONI, 2016, p. 20).

Dessa forma, os termos e condições impostos pelo Consenso de *Washington* promoveram a perda da centralidade e o enfraquecimento do Estado Nação enquanto unidade econômica, política e social, bem como fortaleceram a influência dominante dos organismos financeiros internacionais, das elites locais e da burguesia estatal nos ganhos econômicos, promovendo a má distribuição de renda e a desigualdade social. (SANTOS, 2002a, p. 38).

Nesse contexto, a teoria neoliberal produz consequências e perdas nos campos políticos, sociais, culturais, econômicos e jurídicos. No campo do Estado e do Direito, o Consenso de *Washington* propõe a formação de um Estado fraco, principalmente, em relação às ações de intervenção na economia e na redução de investimentos em políticas públicas

⁹ As duas principais referências de governos neoliberais, que surgiram no final dos anos 1970 e começo dos anos 1980, foram os governos de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, e de Margaret Thatcher, na Inglaterra, ambos com respostas conservadoras para a crise do Estado do Bem-estar. (SIDEKUM et al., 2016, p. 582).

¹⁰ O neoliberalismo é uma ideologia que pode ser definida e constituída por quatro características elementares: a) a economia deve ter como primazia o crescimento, o qual apresenta a capacidade de resolver a maioria dos problemas econômicos e sociais existentes; b) a crença de o crescimento econômico depende prioritariamente do dinamismo do mercado, por meio das ações do setor privado; c) as desigualdades existentes no bojo das sociedades são essenciais para o crescimento da economia; d) a necessidade da desregulação de todos os obstáculos que dificultam a livre competição. (SIDEKUM et al., 2016, p. 581).

¹¹ O Consenso de *Washington* ocorreu nos Estados Unidos, em novembro de 1989, e contou com a participação de organismos financeiros internacionais, como o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e a Reserva Federal dos Estados Unidos, bem como do Governo Norte-americano, com o objetivo de estabelecerem diretrizes e condições aos países que necessitem de ações de cooperação econômica e concessão de empréstimos. (SANTOS, 2002a, p. 37).

sociais, como saúde, educação, segurança, cultura, entre outras. Quanto ao Direito, o Estado deve promover o arcabouço legal que legitime o livre mercado e a todos aqueles indivíduos ligados a economia mundial, flexibilizando os direitos sociais historicamente conquistados. (SANTOS, 2002a, p. 39).

Segue-se que, entre os anos 70/90 do século XX, o capitalismo monopolista alcança nova etapa de complexidade e avanço, caracterizado por um processo de desorganização, reordenação e flexibilização global do capital internacional. É a fase de grande concentração de corporações internacionais, da formação de blocos econômicos e da integração de mercados (Capitalismo monopolista globalizado). Tendo em conta esta trajetória contemporânea mais recente é que cabe visualizar também as complexas transformações que atravessaram o Estado Capitalista, as formas de descentralização do poder, a crescente presença de novos sujeitos participantes (individuais e coletivos) e a especificidade de polos normativos insurgentes e informais que expressam a retomada de certas práticas pluralistas. (WOLKMER, 2015b, p. 44).

Portanto, da análise histórico-política da trajetória da cultura jurídica monista ocidental contemporânea, depreende-se a constituição de um Direito moderno eurocêntrico vinculado a um Estado neoliberal de influência capitalista que promove nas relações sociais, econômicas e políticas a divisão entre incluídos e excluídos. Um Direito que não atende as demandas atuais da sociedade para a resolução de seus principais conflitos e problemas.

Nesse âmbito, não é possível o desenvolvimento de um discurso jurídico que possibilite um enfrentamento a esse cenário com bases nos atuais axiomas dogmáticos do positivismo jurídico monista. Há a necessidade de um novo ideário jurídico que considere suas características e limitações, mas, principalmente, tenha como foco a população e, dentre este, uma abordagem pluralista do fenômeno jurídico.

1.2 O PLURALISMO JURÍDICO COMO REFERENCIAL CRÍTICO TRANSFORMADOR.

A compreensão do pluralismo jurídico como um referencial crítico transformador do Direito e da própria sociedade requer o estudo de uma concepção social de mundo com olhar especial para a realidade latino-americana em perspectiva crítica, interdisciplinar e libertadora. Para tanto, é necessária uma abordagem sobre a concepção, as características e as principais teorias que definem o pluralismo jurídico e seus autores de referência. Assim, é

possível constituir as bases para a compreensão de um referencial transformador com base comunitária e participativa.

O ponto de partida para a análise das características das diversas teorias do pluralismo jurídico parte do seu oposto de matriz conceitual, a saber, o monismo jurídico (CARVALHO, 2013, p.14). Isto porque a teoria juspolítica do monismo jurídico estabelece que somente apresentam validade as normas jurídicas cuja origem seja o Estado.

Desse modo, a hegemonia do Estado em controlar a formulação das normas esvazia qualquer outro espaço de elaboração de leis na sociedade. A racionalidade no processo de constituição das normas jurídicas confere à mesma sua validade objetiva.

O monopólio do Estado sobre a legalidade do Direito tem como fundamento a soberania nacional, não havendo outras formas de expressão ou manifestação do Direito que não seja a estatal. O Estado se legitima com um poder soberano, este controlado e regulado pelo Direito. (WOLKMER, 2015b, p. 49). Ademais,

[...] a construção do moderno Direito ocidental está indissolúvelmente vinculada a uma organização burocrática, a uma legitimidade jurídico-racional e a determinadas condições socioeconômicas específicas, permite configurar que os pressupostos da nova dogmática jurídica, enquanto estatuto científico de representação burguês-capitalista, estarão assentados nos princípios da estatalidade, unicidade, positividade e racionalização. (WOLKMER, 2015b, p. 46).

Nesse sentido, a formação do Direito moderno, de características eurocêntricas, está vinculada aos anseios e necessidades estabelecidos pelo sistema econômico capitalista e, dessa forma, pela própria sociedade burguesa. Assim, há a constituição de um monismo jurídico como um projeto da modernidade liberal-capitalista.

No entanto, as contradições estabelecidas pelo modelo liberal-burguês de Estado, as quais predominaram na formação do Direito moderno, promoveram um grave colapso de escopo social e econômico. Tal colapso gerou crises de legitimidade dos processos estatais de produção e aplicação do Direito.

Desse modo, o esgotamento do modelo jurídico tradicional, vinculado ao Estado moderno, se denota numa crise no Direito e, assim, numa crise paradigmática da própria dogmática jurídica estatal. Esta crise paradigmática do Direito moderno promove o seu afastamento “(...) das práticas sociais cotidianas, desconsiderando as emergentes manifestações extralegislativas, dando pouca atenção às contradições das sociedades liberal-burguesas, principalmente das necessidades materiais dos pólos periféricos.” (WOLKMER, 2015b, p. 78-79).

A dogmática jurídica, na concepção de Warat (1995b, p. 144), possibilita ao Direito estatal legitimar o seu poder, garantir o seu funcionamento, de forma irrestrita, tendo como parâmetro a ficção de um limite racional. Para o autor, a Dogmática Jurídica constitui uma falsa percepção de segurança jurídica, “uma espécie de realismo fantástico que permite à lei de direito organizar as regras do jogo social.” (WARAT, 1995b, p. 144).

A dogmática jurídica é o magma particular de significações imaginárias que constituem (heteronomamente) o mundo do direito e organizam a vida social de maneira correlativa. Estamos falando da criação de uma instituição, que precisa pressupor-se instituída para instituir-se, estabelecer o equilíbrio entre a realidade social e as pulsões do indivíduo, emergir do caos imaginando sentidos e codificando suas transgressões. (WARAT, 1995b, p. 148).

Neste contexto, desenvolveu-se um pensamento crítico, contra hegemônico, em relação ao monismo jurídico e a própria dogmática jurídica, de forma distinta na América Latina. Uma crítica que foi sendo forjada, principalmente nos enfrentamentos sociais em face do terrorismo de Estado (WARAT, 1995b, p. 150). O terrorismo de Estado representa a forma mais típica do emprego de ações violentas e repressivas aos direitos individuais e fundamentais que são propagadas pelos próprios constituintes do Estado e, conceitualmente, é a oposição ao Estado de direito (WARAT, 1995a, p. 150-151)

Portanto, tendo em vista as incompletudes destacadas, referentes ao monismo jurídico, em aplacar as crises institucionais do Estado e do Direito para com as necessidades da sociedade, as concepções pluralistas constituem alternativas ao modelo vigente. A constituição de um direito que não se limita ao direito estatal, “mas que envolve também um direito vivo, que surge no seio da própria sociedade, apresentando, às vezes, maior legitimidade do que os atos normativos emanados das instituições públicas.” (CARVALHO, 2013, p. 16).

Incluso a crise do Estado e do Direito na modernidade ecoa nos diversos ramos da área jurídica, com destaque para a questão ambiental, ao considerar uma nova dimensão de direitos fundamentais abrangendo um conceito de Estado de Direito Ambiental¹². Esta concepção,

¹² “O Estado de Direito Ambiental, portanto, é uma teoria que surgiu como crítica à situação de degradação atual e às teorias tradicionais do Estado moderno, que não se coadunam mais com os novos desafios enfrentados; como uma nova ética institucional, incorporando ao Estado a responsabilidade com o meio ambiente e a proteção do planeta, por meio de deveres específicos; e uma mudança de racionalidade e de atitudes, buscando a conscientização por meio do empoderamento e da institucionalização de políticas de respeito à natureza. Para tanto, surge uma compreensão de que a proteção dos sistemas ecológicos é essencial para a redução de riscos e

contempla elementos jurídicos, sociais e políticos numa condição ambiental que promova uma harmonia entre os ecossistemas e a garantia a plena satisfação da dignidade para além do ser humano. (LEITE, 2008).

Quanto ao aspecto histórico de constituição da proposta do pluralismo jurídico, encontram-se elementos em diversos períodos, anteriores inclusive a existência do Estado moderno, desde a vigência do Império Romano até o final da Idade Média. Os romanos utilizavam como fontes do Direito Romano, além da lei expressa pelo aparato institucional do Império, o direito consuetudinário, expressado por meio dos costumes do povo e reconhecido pelos juristas. Por fim, os romanos também permitiam aos povos conquistados a manutenção da aplicação do seu Direito constituído, promovendo assim uma coexistência de sistemas jurídicos distintos e flexibilizando a aplicação do próprio Direito Romano. (WOLKMER, 2015b, p. 199-200).

Em relação ao período medieval, a descentralização dos poderes político, administrativo e jurídico possibilitou a coexistência de uma diversidade de sistemas jurídicos, formando assim uma pluralidade jurídica. Na Idade Média, encontravam-se presentes o Direito Canônico, o Direito Romano, o direito resultante dos costumes ligados às relações senhoriais entre servos e nobres, as normas ligadas as cidades e as corporações de ofício, sendo estes reconhecidos e válidos. Assegurava-se a cada uma destas manifestações a autonomia em constituir o direito (WOLKMER, 2015b, p. 200).

Com o advento do Estado moderno, num primeiro momento absolutista e, posteriormente, sobre a nova égide do liberalismo econômico, verifica-se a supressão do formato legal do pluralismo jurídico para a dominação plena do reconhecimento à vigência do monismo jurídico estatal. O Estado se constitui como fonte única e exclusiva do Direito e não reconhece qualquer outra forma de manifestação originária que não seja a estatal.

Todavia, face às incompletudes evidenciadas para dirimir e atender as demandas e conflitos sociais emergentes, por meio da aplicação do direito monista estatal vigente, novas alternativas com base no ideal do pluralismo jurídico fez com que se promovesse um resgate deste. Principalmente a partir do século XX, novas teorias pluralistas do Direito passam a ser construídas ou reformuladas de forma a atender mais adequadamente a realidade social.

para a garantia da qualidade de vida, vinculada à conscientização do valor intrínseco da natureza, independentemente de sua utilidade ou da valoração humana atribuída, na adoção de uma ética biocêntrica.” (LEITE; *et al*, 2017, p. 68).

Emergem desta realidade diversas concepções sobre o pluralismo jurídico, que no Brasil em seu contexto periférico podem ser sintetizadas nas seguintes dimensões:

Tendo em conta o cenário periférico brasileiro e algumas tipologias consagradas, as manifestações prático-teóricas de pluralismo jurídico compreendem três frentes de luta:

a) Positivismo Jurídico de Combate: é o uso de certos mecanismos do próprio Direito positivo para dar efetivação às normas ou textos legais já conquistados e elaborados formalmente, provenientes do interesse coletivo, mas que não são aplicados em favor de segmentos populares. É a luta dos operadores jurídicos (advogados, assessores jurídicos dos movimentos sociais) para fazer valer as conquistas legais que são aviltadas e sonegadas pelos próprios aparelhos oficiais do Estado.

b) Hermenêutica Judicial Alternativa: é a prática interpretativa feita por juízes progressistas nos tribunais. Esse procedimento técnico de “hermenêutica alternativa” ou do “uso alternativo do Direito”, como é mais conhecido entre teóricos e acadêmicos, implica explorar, de forma crítica e democrática, as contradições, ambiguidades e as crises do Direito legislado em benefício das camadas sociais menos favorecidas, injustiçadas e excluídas.

c) Direito Insurgente: é o direito paralelo, vivo e comunitário que emerge permanentemente dos interesses e necessidades da sociedade. É a criação e o reconhecimento de direitos fundamentais (direito à vida, à liberdade, à sobrevivência, etc) distintamente das normas positivas oficiais, engendrados nos conflitos e nas lutas de grupos sociais, podendo coexistir ou opor-se às leis elaboradas pela atividade estatal. Trata-se de outra legalidade que não se ajusta necessariamente ao Direito convencional, podendo ser vista como um “novo” Direito no espaço de manifestações plurais comunitárias. (SIDEKUM et al., 2016, p. 217-218).

O pluralismo jurídico “(...) designa a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.” (SIDEKUM et al., 2016, p. 217). Em contraponto,

A preocupação de Weber em definir a especificidade e o lugar privilegiado do direito entre as demais fontes de normatividade em circulação nas relações sociais no seio das sociedades capitalistas levou-o a centrar a sua análise no pessoal especializado encarregado da aplicação das normas jurídicas, as profissões jurídicas, a burocracia estatal. Segundo ele, o que caracterizava o direito das sociedades capitalistas e o distinguia do direito das sociedades anteriores era o construir um monopólio estatal administrado por funcionários especializados segundo critérios dotados de racionalidade formal, assente em normas gerais e abstractas aplicadas a casos concretos por via de processos lógicos controláveis, uma administração em tudo integrável no tipo ideal de burocracia por ele elaborado. (SANTOS, 2003, p. 163).

No entanto, diante da superação de uma visão monista e das diversas perspectivas pluralistas, surge um pluralismo comunitário participativo como um referencial crítico transformador que perpassa pelo empoderamento das comunidades, pelas lutas sociais que culminaram em novos direitos, pelo processo de descolonização e pelo próprio significado

transformador da mobilização coletiva. Dessa forma, há a constituição de um pluralismo jurídico de base comunitária e participativa, com “(...) uma prática pedagógica desafiadora, despertando estrategicamente para uma reflexão libertadora e comprometida com nossas sociedades.” (WOLKMER, 2015b, p. 09-11).

Quanto ao aspecto da regulação, Santos (2003, p. 237) aponta que o mercado se desenvolveu em detrimento do Estado e que ambos se desenvolveram em detrimento da comunidade de forma extremamente acentuada no período do Estado liberal clássico. Todavia, apesar das conquistas ocorridas nos anos de vigência do modelo de Estado social e, assim, ter-se estabelecido, neste período, um maior equilíbrio entre Estado e mercado, as práticas neoliberais presentes na pós-modernidade promoveram uma nova hegemonização do mercado, e a supremacia deste, perante o Estado e a comunidade.

Así, el paradigma jurídico clásico monista y estatista no encuentra más sintonía en la realidad social y en sus instituciones tradicionales de producción y resolución de conflictos. Lo que se exige es una transformación democrática y participativa de la justicia. La administración de la justicia atraviesa como un todo la problematización del contexto de crisis y de fragmentación, generando la imprecisión de cambiar los procedimientos jurisdiccionales del Estado moderno y el profundo cuestionamiento de sus implantes históricos en la evolución colonizadora de los países de Latinoamérica.¹³ (WOLKMER, 2015a, p. 161).

Desta forma, o pluralismo jurídico aqui abordado é o que se concretiza como um referencial crítico transformador da sociedade vigente, o qual se propõe a construir uma nova visão social de mundo para o campo do Direito. Conforme Lowy (2000, p. 13), o termo visão social de mundo é constituído sobre dois aspectos:

a) trata-se da visão de mundo social, isto é, de um conjunto relativamente coerente de idéias sobre o homem, a sociedade, a história, e sua relação com a natureza (e não sobre o cosmos ou natureza enquanto tais);

b) esta visão de mundo está ligada a certas posições sociais (*Standortgebundenheit*) – o termo é de Manheim – isto é, aos interesses e à situação de certos grupos e classes sociais.

As visões de mundo podem ser ideologias (um exemplo clássico: liberalismo burguês no século XIX) ou utopias (o quiliasmo de Thomas Munzer). Elas podem combinar elementos ideológicos e utópicos: por exemplo, a filosofia do Iluminismo. Além do mais, uma mesma visão de mundo poder ser concebida de modo ideológico ou utópico: basta comparar o romantismo de Adam Muller com o de Novalis. Enfim, a mesma visão de mundo pode ser um caráter utópico num dado momento histórico, para tornar-se, em seguida, numa etapa anterior, uma ideologia (é o caso do positivismo e de certas formas do marxismo, como veremos mais adiante).

¹³ Tradução livre: “Assim, o paradigma legal monista e estatista clássico não encontra mais harmonia na realidade social e em suas instituições tradicionais de produção e resolução de conflitos. O que é necessário é uma transformação democrática e participativa da justiça. A administração da justiça atravessa como um todo a problematização do contexto de crise e fragmentação, gerando a imprecisão de mudar os procedimentos jurisdiccionais do Estado moderno e o profundo questionamento de seus implantes históricos na evolução colonizadora dos países latino-americanos.” (WOLKMER, 2015a, p. 161).

Portanto, uma abordagem pluralista do Direito, a partir de uma matriz contra hegemônica e transformadora, a qual decorre dos movimentos sociais e populares e que inaugura novas formas políticas individuais e coletivas. (WOLKMER, 2015a, p. 162).

O marco teórico da nova cultura no Direito está centrado no fenômeno “prático-teórico” do pluralismo jurídico comunitário participativo. Trata-se da redefinição do espaço político e normativo, o qual se desenvolve como resposta a ineficácia e desgaste da legalidade liberal e individualista. Dessa forma, os movimentos sociais caracterizam-se como poder constituinte para gerar legitimidade por meio das práticas sociais e confirmar os direitos construídos a partir do processo histórico de lutas. (WOLKMER, 2018, p. 279).

Nesse sentido, a cultura jurídica centralizadora e individualista produzida pelo desenvolvimento colonial burguês capitalista promove o favorecimento de uma produção legislativa e aplicação jurisdicional formal e ritualizada. A referida produção legislativa e a aplicação jurisdicional são, em sua maioria, desconexas dos interesses e das reais necessidades de grande parte da sociedade. Nesse contexto, os movimentos sociais com suas características intrínsecas de “[...] *identidad, autonomía comunitaria, las necesidades fundamentales, participación democrática de base, expresión cultural de lo “nuevo”, toda una influencia liberadora de la ley, del Derecho y de la justicia.*”¹⁴ (WOLKMER, 2018, p. 279-280).

Wolkmer (2015a, p. 162-163) aponta cinco elementos materiais e formais condicionantes para a constituição de um pluralismo jurídico do tipo comunitário e participativo: a legitimidade de novos sujeitos sociais ou coletivos (movimentos sociais/sujeitos periféricos); a justa satisfação das necessidades humanas; a descentralização do espaço comunitário participativo; os processos condizentes à uma racionalidade libertadora; e o desenvolvimento pedagógico para uma ética da alteridade¹⁵.

Assim, uma *práxis* pluralista para o Direito significa considerar as perspectivas epistêmicas subalternas como uma forma de conhecimento que possibilita uma perspectiva

¹⁴ Tradução livre: “[...] identidade, autonomia comunitária, necessidades fundamentais, participação democrática básica, expressão cultural do “novo”, uma influência libertadora da lei, lei e justiça.” (WOLKMER, 2018, p. 279-280).

¹⁵ A perspectiva da ética da alteridade estabelece ao ser humano uma mudança em seu interior, objetivando uma sociedade melhor. Desta forma, o direito não se reduz apenas ao racionalismo tecnicista dogmático, o qual conduz e norteia códigos e normas, mas se tornará promotor da paz e do bem para todos. (LÉVINAS, 2005, p. 294).

crítica do conhecimento hegemônico nas relações de poder envolvidas. Trata-se de reconhecer uma forma de conhecimento que vem de baixo, pois todo o conhecimento se situa epistemicamente ou com o poder dominante ou com o subalterno. (GROSGOUEL, 2008, p. 8).

A globalização neoliberal é hoje um fator explicativo importante dos processos econômicos, sociais, políticos e culturais das sociedades nacionais. Contudo, apesar de mais importante e hegemônica, esta globalização não é a única. De par com ela e em grande medida por reação a ela está emergindo um outra globalização, constituída pelas redes e alianças transfronteiriças entre movimentos, lutas e organizações locais ou nacionais que nos diferentes cantos do globo se mobilizam para lutar contra a exclusão social, precarização do trabalho, o declínio das políticas públicas, a destruição do meio ambiente e da biodiversidade, o desemprego, as violações dos direitos humanos, as pandemias, os ódios interétnicos produzidos direta ou indiretamente pela globalização neoliberal. Há, assim, uma globalização alternativa, contra-hegemônica, organizada da base para o topo das sociedades. (SANTOS, 2002b, p. 13).

Neste sentido, configuram-se duas visões sociais de mundo referentes à globalização. A primeira, de base hegemônica perante a sociedade, apresenta como elemento norteador o capital, o lucro, acima de qualquer valor.

A segunda, de fundamentos contra-hegemônicos, compreende a globalização como uma oportunidade de se constituírem redes entre os indivíduos ou entre grupos da sociedade. É composta pelas forças vivas da sociedade, por protagonistas de uma sociedade civil de caráter social, comunitário e cooperativo. Como o processo de globalização hegemônica se estende por quase todos os espaços do globo terrestre, a contra-hegemonia, neste caso é resultante da organização e mobilização coletiva, em forma de movimentos dos Sem Terra, Indígenas, trabalhadores, desempregados, ambientalistas, comunitários, estudantes, pequenos agricultores, entre outros.

(...) a voracidade com que a globalização hegemônica tem devorado, não só as promessas do progresso, da liberdade, da igualdade, da não discriminação e da racionalidade, como a própria ideia da luta por elas. Ou seja, a regulação social-hegemônica deixou de ser feita em nome de um projeto futuro e com isso deslegitimou todos os projetos de futuro alternativos antes designados como projetos de emancipação social. A desordem automática dos mercados financeiros é a metáfora de uma forma de regulação social que não precisa da ideia de emancipação social para se sustentar e legitimar. Mas, paradoxalmente, é dentro deste vazio de regulação e de emancipação que estão surgindo em todo o mundo iniciativas, movimentos, organizações que lutam simultaneamente contra as formas de regulação que não regulam e contras as formas de emancipação que não emancipam. (SANTOS, 2002b, p. 17).

Nesse sentido, o paradigma pluralista do Direito apresenta dois elementos fundamentais que envolvem a melhor interpretação da complexidade dos acontecimentos contemporâneos no contexto da globalização e seus impactos no universo jurídico, bem como

a proposta de uma versão emancipadora do Direito como instrumento disponível aos sujeitos coletivos mais desprotegidos e vulneráveis. (RUBIO, 2013, p. 55).

Diante da crise dos paradigmas da modernidade em responder aos anseios e necessidades mais básicas das grandes massas, necessita-se de um novo modelo para romper com os atuais padrões culturais políticos e jurídicos vigentes. O dogmatismo, a linearidade e a concepção eurocêntrica do direito e da política promovidas pela racionalidade moderna não são suficientes para lidar com toda a complexidade inerente as sociedades contemporâneas.

Dessa forma, em contraposição ao cenário posto, tendo em vista a vigência de uma ideologia monista centralizadora do direito que garante unicamente ao Estado o poder de domínio sob o monopólio do exercício da atividade jurisdicional, têm-se os fundamentos da proposta de um pluralismo jurídico comunitário participativo.

Nesse contexto, Santos (2007, p. 33) aponta alguns vetores principais para a garantia de concretização de mudança paradigmática do direito e do próprio sistema judiciário: profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; nova organização e gestão judiciárias; revolução na formação de magistrados desde as faculdades de direito até a formação permanente; novas concepções de independência judicial; uma relação de poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais próxima dos movimentos sociais e organizações sociais; uma cultura jurídica democrática e não corporativa.

Todavia, Santos (2007, p. 29) destaca que no campo contra hegemônico há uma demanda crescente de cidadãos que tomaram consciência de que são sujeitos de direitos, principalmente sociais e econômicos, e assim, tem no direito e nos tribunais um instrumento essencial para a concretização das necessidades fundamentais. Estes cidadãos muitas vezes são expostos a situações de injustiças sociais e vulneráveis a violências, extremismos, perdas de direitos, entre outros por parte de diversos segmentos da sociedade.

Assim, encontram-se determinadas “batalhas jurídicas” nas quais movimentos sociais, como os movimentos de lutas pela terra, comunidades quilombolas, indígenas, associações de moradores, entidades estudantis, entre outros, conquistaram ou mantiveram direitos por meio de processos judiciais. Porém, as demandas que são recebidas de forma individual, coletiva ou, por meio de entidades ou movimentos sociais são apenas uma parte que se apresenta da demanda judicial presente.

Para além dessa demanda, verifica-se uma procura por acesso à justiça decorrente de determinados cidadãos que possuem consciência de seus direitos, mas que não conseguem reivindicar seus direitos quando são violados. Isto porque estes cidadãos não se sentem acolhidos pela atual estrutura do sistema judicial e são subliminarmente excluídos face a dificuldade do acesso às autoridades judiciais envolvidas, ao vocábulo jurídico pomposo e até arrogante, pela ostentação dos edifícios e vestes de todos, entre outros. (SANTOS, 2007, p. 31).

Neste sentido, para romper com a fonte exclusiva da produção do Direito pelo Estado, encontra-se a necessidade de uma verdadeira revolução democrática do direito e da justiça, que apenas terá sentido e irá gerar resultados se ocorrer de forma mais ampla e que englobe, também, a democratização do Estado e da sociedade. (SANTOS, 2007, p. 9)

Santos (2007, p. 44) considera que as reformas que visem combater a morosidade do sistema judiciário apenas no âmbito da burocracia, do legalismo e do positivismo podem até garantir uma justiça mais célere, mas não necessariamente mais cidadã. Assim, a revolução democrática da justiça constitui uma luta que vislumbra não apenas a celeridade judicial ou qualidade de justiça, mas fundamentalmente a responsabilidade social e uma justiça cidadã. “Por consequência, não há que negar a produção de uma normatividade paralela e plural no bojo das comunidades, uma normatividade para além do Direito do Estado”. (WOLKMER, 2015b, p. 225).

Una proyección paradigmática de normatividad y jurisdicción para las condiciones del capitalismo periférico desde el Sur latinoamericano (y las extensiones a otros espacios locales y descoloniales) impone visualizar, en el instrumental pedagógico emancipador, el mecanismo más auténtico y legítimo para definir las condiciones de Un pluralismo jurídico comunitario-participativo, dirigido hacia una cosmovisión que compatibilice múltiples aspectos de la vida humana, en sus dimensiones globales, regionales, sectoriales, sociales, individuales y naturales. Se dirá que, pensar hoy en pluralismo, es pensar un pluralismo difuso e interconectado en diferentes espacios, de nuevo tipo, marcado por una perspectiva participativa e interdisciplinaria, un pluralismo ampliado que, en el contexto de la complejidad periférica de los países del Sur (con particularidad en latinoamérica), no rompe del todo con la presencia del poder estatal y mucho menos la excluye, pero busca en cierta complementariedad una institucionalidad (refundación del Estado), o sea compatibilizar cierta unicidad con la multiplicidad en las diferencias.¹⁶ (WOLKMER, 2018, p. 283-284).

¹⁶ Tradução livre: “Uma projeção paradigmática de normatividade e jurisdição para as condições do capitalismo periférico do Sul da América Latina (e as extensões para outros espaços locais e decoloniais) impõe visualizar, nos instrumentos pedagógicos emancipatórios, o mecanismo mais autêntico e legítimo para definir as condições de Um pluralismo jurídico participativo da comunidade, voltado para uma visão de mundo que compatibilize múltiplos aspectos da vida humana em suas dimensões global, regional, setorial, social, individual e natural. Será dito que pensar no pluralismo hoje é pensar em um pluralismo difuso e interconectado em diferentes espaços, novamente marcado por uma perspectiva participativa e interdisciplinar, um pluralismo expandido que, no contexto da complexidade periférica dos países do Sul (particularmente na América Latina), não rompe

Verifica-se, desse modo, na contemporaneidade, a ocorrência de movimentos que culminam em proposições para uma mudança paradigmática do direito e do sistema judiciário. Estas proposições constituem elementos integrativos de ações e exemplos de pluralismo jurídico que ocorrem em diversos países que compõem a América Latina, daí a importância de um olhar específico sobre as experiências dos países latinos que tiveram como foco o pluralismo jurídico comunitário participativo.

1.3 PLURALISMO JURÍDICO E PRÁTICAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

A trajetória da cultura jurídica no Brasil apresenta uma relação intrínseca com suas características histórico-políticas e as relações destas com as suas contradições socioeconômicas. Desde o processo de relação e submissão econômica e política entre a colônia e a metrópole, perpassando pela constituição das oligarquias ruralistas hegemônicas e o individualismo liberal burguês concentrador de renda e poder político, a cultura jurídica nacional brasileira exerceu sua supremacia estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes normativas. Nesse contexto, verifica-se a importância em se compreender o desenvolvimento do pluralismo jurídico no Brasil e as novas práticas de solução de conflitos emergentes.

No Brasil, o debate sobre pluralismo jurídico e práticas de solução de conflitos teve como experiência pioneira o projeto “O Direito Achado na Rua”, da Universidade de Brasília desenvolvido a partir das ideias de Roberto Lyra Filho¹⁷ e da Nova Escola Jurídica Brasileira -

completamente com a presença do poder do Estado e muito menos a exclui, mas procura de certa forma complementar uma institucionalidade (refundação do Estado), isto é, tornar certa unicidade compatível com a multiplicidade de diferenças.” (WOLKMER, 2018, p. 283-284).

¹⁷ Roberto Lyra Filho (1926-1986) foi docente e pesquisador na área do Direito, tendo atuado na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro na UFRJ e, também, na UnB, nas quais desenvolveu estudos e pesquisas ligados ao Humanismo Dialético e à Filosofia e Sociologia Jurídica. É um dos expoentes brasileiros do pensamento jurídico crítico e de esquerda. “Fundou a Nova Escola Jurídica Brasileira-NAIR, cujo boletim era a Revista Direito & Avesso. Nela defendia que o direito não se reduzia à norma, nem a norma à sanção. Contestava o monismo jurídico, o monopólio da legitimidade do direito pelo Estado que, a seu ver, estava na práxis histórica, na abolição da sociedade de classes e nos direitos humanos (sem se prender às declarações oficiais). Seu pensamento teve grande influência no Direito Achado na Rua, movimento ligado especialmente aos professores José Geraldo de Sousa Junior e Alexandre Bernardino Costa, ambos docentes da UnB.” (DIREITO ACHADO NA RUA, 2018).

NAIR, com o objetivo de compreender a atuação jurídica dos novos sujeitos coletivos e as formas consequentes de criação do direito por eles desenvolvidas. Dessa forma, o modelo de investigação objetiva determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos ainda que *contra legem*, bem como a possibilidade de elaborar um projeto político de transformação social e, por fim, enquadrar os dados destas práticas sociais criadores de direitos e, assim construir novas categorias jurídicas. (SOUSA JUNIOR, 2002, p. 51).

As bases que moldaram “O Direito Achado na Rua” remetem às pressões sociais ocorridas no Brasil no final da década de 1970 e início da década de 1980, na abertura democrática e término do regime militar. Nesse período, os movimentos sociais se constituem como catalisadores de novos sujeitos coletivos que constroem um novo “[...] quadro de significações culturais de suas próprias experiências, ou seja, do modo como vivenciam suas relações, identificam interesses, elaboram suas identidades e afirmam direitos.” (SOUSA JUNIOR, 2002, p. 46).

Nesse contexto, a proposta é compreender o Direito como um modelo de legítima organização social da liberdade que se apresenta “[...] como positividade da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda.” (LYRA FILHO, 2006, p. 101-102).

Assim, Lyra Filho (2006) constitui uma concepção de Direito que se desenvolve a partir dos espaços públicos; destes, de forma figurativa e simbólica, destaca-se a rua. É neste espaço público, a rua, que as relações sociais se estabelecem, por meio da participação democrática e permitem a construção de uma visão social de mundo crítica e transformadora, com foco numa cultura de cidadania e direitos humanos.

Cabe destacar que a rua, para Lyra Filho (2006), passa a formar um espaço público de enorme simbologia, pois nele caracterizam-se os espaços das novas sociabilidades, dos movimentos sociais, da contestação e reivindicação dos oprimidos, da vivência humana, nas quais se estabelecem novos direitos.

O Direito Achado na Rua faz referência político-epistemológica dado o seu reconhecimento como um importante movimento nesse duplo campo. Enquanto tal, sempre em viés crítico tal como se registra em cada volume da “Série”, alude ao conjunto das formas de mobilização e de organização das classes e dos grupos sociais constituídos pelos movimentos sociais, que instauram práticas políticas novas em condições de abrir espaços sociais inéditos e de revelar novos atores na cena política capazes de criar direitos, dentro de uma noção de intensificação das experiências democráticas e dos diálogos constitucionais. **Articulando nos planos teórico e prático o potencial emancipatório do Direito (Boaventura de Sousa Santos), compreendido como “a enunciação de princípios de uma legítima**

organização social da liberdade” (Roberto Lyra Filho), a sub-linha “O Direito Achado na Rua” (Linha Sociedade, Conflitos e Movimentos Sociais) – expressão criada por Roberto Lyra Filho, desde seus estudos de Teoria jurídica, social e criminológica, e que constitui uma das mais antigas linhas de pesquisa da Faculdade de Direito da UnB (1987), certificada pelo Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq) – reúne estudos sobre o (re)conhecimento de novos saberes e práticas pedagógicas, incluindo experiências de extensão universitária e outras formas de participação e de aprofundamento da democracia. **Partindo da concepção teórica do pluralismo jurídico, o “Direito Achado na Rua” estimula trabalhos em três dimensões: o conhecimento do Direito e suas formas de difusão, como a educação jurídica; o acesso à justiça, incluindo estratégias de defesa e produção de direitos socialmente constituídos pelos sujeitos coletivos de direito; e os direitos humanos. (grifo nosso). (SOUSA JUNIOR; SOUSA; 2015, p. 25).**

É desse modo que “O Direito Achado na Rua” é estruturado na UnB, como um projeto que se desenvolve a partir de uma nova práxis para o direito, com ações voltadas para o acesso democrático à Justiça e a educação jurídica. As atividades do projeto “O Direito Achado na Rua” se diversificam em diversas temáticas, tais como: o ensino do direito, a assessoria jurídico popular e as práticas jurídicas emancipatórias. (SOUSA JUNIOR, 2008, p. 06).

Nesse contexto, as ações desenvolvidas na UnB para a área do Direito, com base epistemológica (crítica) e orgânica, com “O Direito Achado na Rua” propõem “[...] o desenvolvimento de uma práxis do direito realizada na medida da interação e diálogo com os sujeitos coletivos de direitos, organizados comunitariamente, em sindicatos e movimentos sociais.” (CORREIA; ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JUNIOR, 2016, p. 92). Como uma das dimensões desta práxis de base epistemológica e orgânica, tem-se a assessoria jurídica popular direcionada para atividades que envolvam a educação jurídica popular, por meio de referenciais teóricos metodológicos da educação popular que objetivam a emancipação e empoderamento dos cidadãos para transformarem a realidade na qual estão inseridos.

Ademais, insta consignar que, “O Direito Achado na Rua” não fica restrito à UnB, sendo que o mesmo se encontra disposto como construção e base teórica de diversos pesquisadores e linhas de pesquisa no âmbito nacional e internacional numa visão crítica do direito. Um dos percursos que tem sido tomado por estas linhas de pesquisa, em relação ao “O Direito Achado na Rua”, é a área de educação em direitos humanos com foco na *práxis*. Nesse sentido, busca-se uma formação emancipadora e cidadã com foco nos direitos humanos, com o objetivo de ressaltar a característica formativa crítica para a transformação social da realidade. (SOUSA, 2016, p. 178).

Assim, com o foco em uma educação em direitos humanos voltada à *práxis*, por meio do “Direito Achado na Rua”, tem se constituído propostas de democratização político-social que repudiam todas as formas de opressão e violência produzidas na sociedade. Inúmeras ações têm decorrido desta *práxis*, principalmente no meio acadêmico universitário, por meio de projetos de pesquisa e extensão que tem a proposta como referência, dentre eles destacam-se: os cursos de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, da Universidade Federal da Paraíba – UFB e da Universidade Federal de Goiás – UFG; o projeto “Observatório Permanente da Justiça Brasileira”, organizado pelas Faculdades de Direito da UnB e da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; o grupo de pesquisa “O Direito Achado na Rua”, da UFSM; os grupos de extensão e pesquisa “Loucura e Cidadania”, desenvolvidos no Centro de Referência em Direitos Humanos da UFB. (SOUSA, 2016, p. 178).

No contexto do “Direito Achado na Rua”, a UnB também desenvolve a experiência do projeto das Promotorias Legais Populares - PLP’s, apesar de não ser a instituição criadora do referido projeto, que ganhou espaço na universidade e institucionalizou-se como o único da América Latina a ser promovido e vinculado a uma organização não governamental. As PLP’s proporcionam um espaço importante para “O Direito Achado na Rua” de interlocução com a *práxis* jurídica.

Dessa forma, o “Direito Achado na Rua”, a partir de uma abordagem teórica do pluralismo jurídico comunitário participativo, promove ações de educação jurídica e popularização do Direito, o acesso à justiça e a defesa dos direitos humanos.

Uma outra experiência desenvolvida no Brasil, de forma plural de acesso à justiça, foi o “Projeto Balcão de Direitos” que tem como escopo articular e promover o acesso às práticas jurídicas, mas com a valorização do saber local. O projeto foi desenvolvido a partir da demanda por assistência jurídica apresentada por 25 líderes comunitários de favelas da cidade do Rio de Janeiro¹⁸ por meio das ações do Viva Rio¹⁹ em 1996. (ANTUNES, 2013, p. 254).

¹⁸ As áreas assistidas pelo projeto compreendiam as comunidades carentes e favelas da Rocinha, Chapéu Mangueira e Babilônia, Cantagalo e Pavão-Pavãozinho, no Morro Santa Marta, no Parque Maré, na Praia de Ramos e, recentemente, criou novos núcleos em Santa Cruz, Pedra de Guaratiba e Acari. (PALMISCIANO, 2005, p. 52).

¹⁹ O Viva Rio é uma associação de fins não econômicos, filantrópica, de caráter assistencial e social que foi fundada em 1993, na cidade do Rio de Janeiro, por profissionais liberais, intelectuais, artistas, ativistas sociais, lideranças sociais, dentre outros membros em geral da sociedade civil organizada, em reação as ondas de violência que acometiam a cidade no início da década de 90. Entre outras ações, a partir de 1996, implantou o Projeto Balcão de Negócios, as ações da ONG Viva Rio permanecem até a atualidade. (VIVARIO, 2018).

Inicialmente, o projeto consistia somente no atendimento jurídico gratuito, por meio de orientações, informação e assistência jurídica, para os membros de comunidades que não possuíam acesso aos mesmos, tendo em vista sua condição socioeconômica e cultural. No entanto, ao transcorrer das ações, novas necessidades das comunidades foram aparecendo e as limitações do projeto em atender tais demandas também foram expostas em virtude do seu viés assistencial.

Assim, o “Projeto Balcão de Direitos” foi se desenvolvendo para uma característica mais integradora, participativa e de valorização dos conhecimentos e vivências da comunidade. O projeto, além das ações assistenciais na área jurídica, passou a promover a justiça comunitária, a prevenção de conflitos, a educação na área de direitos humanos e o acesso à justiça numa dimensão coletiva.

No Balcão de Direitos há uma espécie de transição de um projeto meramente assistencialista de informação e divulgação de direitos nos setores excluídos na sociedade para uma inserção de fato nas comunidades, constatada as limitações das propostas assistencialistas. **Assim, a atuação tem o objetivo de inserir a mediação na comunidade como meio para favorecer sua autonomia e autogestão na administração de conflitos.** Tal modalidade de justiça comunitária não desvincula a dimensão individual da coletiva, ou seja, a resolução de um conflito deve ser avaliada em conjunto com o contexto da comunidade, sua dimensão valorativa e de privação material. Outro aspecto que merece atenção é a importância para a prevenção de conflitos que o Balcão de Direitos exerce. (grifo nosso). (ANTUNES, 2013, p. 255).

Para Warat (2005), projetos nesse enfoque promovem a “desescolarização” do Direito, ou seja, o domínio do conhecimento erudito de um saber deixa de pertencer a um determinado grupo de indivíduos e passa a uma instância de aprendizagem concretizada, por meio do diálogo com o outro. “Um diálogo sobredeterminado pelo conjunto de imago-ideias constitutivas de sua microcultura comunitária. Desta forma, aprende-se o Direito entendendo de pessoas e não de normas.” (WARAT, 2005, p. 202).

Ao longo dos anos de realização do projeto, ocorreu o empoderamento das comunidades em relação ao conhecimento e domínio das leis e dos seus direitos individuais e coletivos, uma consequência da desescolarização do Direito. O Direito positivo, de cunho estatal e monista, na maioria dos casos não apresenta resolutividade para as comunidades das favelas do Rio de Janeiro, em consequência da realidade socioeconômica que estão inseridas. Todavia, a resolução alternativa de conflitos proposta pelo Balcão de Direitos às comunidades, por meio da mediação ou da conciliação, foram consideradas por aquelas

peessoas das comunidades como mais adequada as suas realidades e aos seus contextos social, político, econômico e cultural. (PALMISCIANO, 2005, p. 56).

Segundo o entendimento dos coordenadores do Balcão, a metodologia jurídica tradicional seria insuficiente para operar a peculiaridade do cotidiano das favelas. Como o Balcão não tem qualquer poder de punição ou de coação no que tange ao cumprimento das conciliações e mediações que realiza, procura conscientizar os envolvidos no processo de que aquela forma de resolução alternativa tenderia a estar mais atenta às suas realidades. Procura-se, pois, atuar de forma a legitimar esse tipo de atuação e resolução de conflitos entre os moradores das comunidades. Não existem estatísticas sobre o cumprimento/descumprimento desses acordos mediados pelo projeto, contudo, tendo em vista que a grande massa de envolvidos nos acordos não retorna, presume-se que estejam sendo respeitados com valor de lei, pelas partes. Os coordenadores relatam ainda que o Balcão é procurado como alternativa ao poder do tráfico, também reconhecido nessas comunidades como legítimo e, por sua vez, como alternativa à ausência ou escassez da malha de proteção estatal a essas populações. (PALMISCIANO, 2005, p. 56-57).

Portanto, o Balcão de Direitos constitui uma real experiência de um pluralismo comunitário participativo ao promover espaços comunitários para resolução de conflitos, democratizar o acesso à justiça, valorizar o saber local efetuando a interlocução deste com o conhecimento acadêmico e garantir o conhecimento sobre o direito e as leis as comunidades das favelas. O projeto ao longo da sua história, em razão de seus êxitos, é multiplicado pelo Ministério da Justiça em 14 estados brasileiros e, ainda, em diversas universidades por meio projetos acadêmicos de extensão e pesquisa. (VIVARIO, 2018).

Frente à crise paradigmática do Direito, às dificuldades na resolução de conflitos, às críticas ao monismo jurídico pós-moderno e às transformações na práxis jurídica impulsionada pela Constituição Federal brasileira de 1988 - CFB, o Poder Judiciário brasileiro tem apresentado, nas duas últimas décadas, por meio de determinadas ações e reformas com vias de proporcionar um sistema judiciário mais acessível e célere. Um dos marcos institucionais inaugurais destas reformas foi à aprovação da Emenda Constitucional n. 45²⁰ a CFB, a qual propiciou a autonomia das defensorias públicas²¹, a constitucionalização da

²⁰ A Emenda Constitucional nº 45 foi aprovada em 08 de dezembro de 2004, provocando profundas alterações em nosso ordenamento jurídico. Dentre outros, a referida emenda versou sobre os seguintes assuntos: direitos e garantias fundamentais, intervenção federal, organização dos poderes constitucionais, competência dos poderes, magistratura, (STF), (STJ), (TRF), juiz federal, Justiça do Trabalho, Tribunal de Justiça, Ministério Público, Defensoria Pública, orçamento, sumula vinculante, efeito vinculante, controle externo, composição do conselho nacional de justiça, composição do (TRT).

²¹ A Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o § 2º, ao artigo 134, da CFB: “§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.”

justiça itinerante²², bem como a possibilidade de aprovação pelo Supremo Tribunal Federal de súmula vinculante²³, com a inclusão de efeito vinculante²⁴ a mesma. (SANTOS, 2007, p. 25).

Ademais, cabe destacar o “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Ágil e Republicano” firmado em dezembro de 2004, entre os presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal. O documento estabeleceu 11 compromissos fundamentais para o aperfeiçoamento do sistema judicial brasileiro. Dentre esses pontos, destacam-se a implementação da reforma constitucional do judiciário, a qual garantiu a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, da instalação do Conselho Nacional de Justiça; e a deflagração dos trabalhos da Comissão Especial Mista do Congresso Nacional, que propôs medidas legislativas que tornaram mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

Um segundo ponto de destaque do referido Pacto foi a reforma do sistema recursal brasileiro, o qual constituiu na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que alterou o Código de Processo Civil brasileiro com o objetivo de agilizar e simplificar os julgamentos – sem prejuízo das garantias individuais.

Como terceiro ponto, o Pacto entre os Poderes brasileiros fomentou a elaboração de estratégias e ações que garantissem a progressiva ampliação da Defensoria Pública da União e o estabelecimento de parcerias para a ampliação das Defensorias Estaduais da nação. Tal medida reconhecia o descompasso entre o número de quadros oferecidos pelas Defensorias Públicas da União e dos Estados em relação às necessidades de uma sociedade como a brasileira, extremamente desigual e empobrecida.

²² A Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o § 2º, ao artigo 107, da CFB: “§ 2º Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.”

²³ A Emenda Constitucional nº 45 acrescentou o artigo 103-A, da CFB: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

²⁴ A Emenda Constitucional nº 45 alterou o § 2º, do artigo 102, da CFB: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

Quanto ao seu quarto ponto, o referido Pacto propunha o fortalecimento e ampliação da atuação da justiça itinerante, principalmente, em relação aos juizados especiais como forma de reconhecimento de direitos de determinados segmentos da população brasileira que apresentam dificuldade de acesso à justiça e de informação sobre seus direitos.

Os procedimentos de Execução Fiscal constituíram o quinto ponto proposto pelo pacto entre os poderes brasileiros. Tal ponto teve como objetivo garantir de forma mais célere as ações de cobrança judicial do erário público em face de sonegadores e inadimplentes que se beneficiavam das possibilidades legais de postergarem as demandas judiciais.

Como sexto ponto, o pacto estabeleceu a realização de novos debates e diálogos para a construção de alternativas efetivas para solucionar o problema dos precatórios vencidos e não pagos. A possibilidade de realização de novos parcelamentos e audiências de conciliação para a redução do montante devido e, conseqüentemente, o atendimento àqueles que aguardam o recebimento dos seus valores, principalmente os decorrentes dos governos estaduais e municipais.

O sétimo ponto versa sobre as graves violações contra os direitos humanos ocorridas no Brasil e que se avolumam a cada ano com novas denúncias, nos diversos foros competentes. A partir do pacto, passou-se a realizar no país a estruturação de um único banco de dados referentes às denúncias contra violações aos Direitos Humanos e um acompanhamento mais célere, qualificado e estruturado.

A informatização do sistema de justiça brasileiro passa a ser uma prioridade dos poderes, constituindo o oitavo ponto pactuado, em relação a investimentos, como as experiências da Justiça Eleitoral com a urna eletrônica, e a Justiça Federal com os processos eletrônicos. Deste ponto, também se desenvolveram ações conjuntas entre diversos setores e órgãos públicos federais, estaduais e municipais com fins de trocas e consultas de informações de modo instantâneo.

A produção de dados e indicadores estatísticos se constituiu como o nono item acordado com o intuito de subsidiar políticas públicas mais coerentes e acertadas no âmbito do funcionamento do poder judiciário brasileiro. Tal medida, ao longo dos anos, desde a sua implementação, vem subsidiando as ações de diversas políticas de aperfeiçoamento e ampliação de ações do poder judiciário. Estas ações também possibilitam o desenvolvimento de estudos e pesquisas na área, que contribuem para o aprimoramento dos serviços judiciais.

O décimo ponto do pacto versa sobre a coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal e demais tribunais

superiores. Neste item, a Advocacia-Geral da União assume a atribuição para que as normas e condutas administrativas da estrutura pública estejam adequadas às decisões já pacificadas, com a finalidade de prevenir a multiplicação de ações judiciais.

Por fim, o referido “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Ágil e Republicano” estabeleceu como seu décimo primeiro ponto o incentivo à aplicação das penas alternativas. Com o entendimento de que as penas alternativas são consideradas como um dos mecanismos mais adequados a garantia de reinserção social, para fins de aplicação em delitos de menor gravidade e como alternativa para o grave problema superpopulação carcerária.

Dessa forma, a procura de direitos por parte das classes sociais populares exige uma mudança de paradigmas por parte do sistema judiciário que vão além das propostas do “Pacto de Estado em Favor de um Judiciário mais Ágil e Republicano”, que veem, ao longo dos últimos anos, sendo implementada. Há a necessidade de outra cultura jurídica e judiciária que tenha como cerne uma nova concepção de acesso ao direito e à justiça.

Ainda, no Brasil, destacam-se inúmeras iniciativas, promovidas desde a promulgação da Constituição, que visam desafogar o sistema judicial e combater a morosidade, bem como promover o acesso à justiça por parte de todos os segmentos da sociedade. Dentre elas, aponta-se a justiça comunitária, a justiça itinerante, os meios alternativos de resolução de litígios, a mediação, a conciliação judicial e extrajudicial, a justiça restaurativa e os juizados especiais. (SANTOS, 2007, p. 58).

No tocante ao acesso à justiça e a administração da justiça brasileira, verifica-se determinadas iniciativas institucionais com foco na orientação jurídica e na defesa dos cidadãos em situação de vulnerabilidade econômica e cultural. Nesse sentido, destacam-se as Defensorias Públicas da União e dos Estados, a advocacia popular, as assessorias jurídicas populares das universidades, as promotoras legais e a justiça comunitária.

As defensorias públicas, conforme disposição constitucional²⁵, ocorrem no âmbito da União, do Distrito Federal e dos Estados e são subordinadas, cada qual, ao seu respectivo Poder Executivo. O artigo 134 da CFB incumbiu a Defensoria Pública, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos

²⁵ O § 1º, do artigo 134 da CFB, estabelece que: “Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.”

direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

No entanto, atualmente, ainda é baixo o número de quadros de defensores que compõem as defensorias em todas as suas esferas, o que tem levado a uma prestação de uma assistência jurisdicional seletiva. Contudo, os avanços são extraordinários, principalmente em matérias de direito difuso e coletivo, bem como a defesa e acesso ao sistema interamericano de direitos humanos²⁶.

No Brasil, a advocacia popular tem como principal foco a defesa dos direitos humanos e a efetivação de direitos coletivos e difusos em face de grupos vulneráveis da sociedade. A ação deste tipo de advocacia envolve a emancipação do cidadão, em razão da sua situação de vulnerabilidade social, dependência e subalternização. A advocacia popular tem se caracterizado por se organizar e atuar por meio de redes e entidades não governamentais, tais como: a Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares – RENAAP, Organização de Direitos Humanos Projeto Legal, Movimento de Atingidos por Barragens – MAB, Núcleo de Assessoria Jurídica Popular “Direito nas Ruas” da UFPE – NAJUP-UFPE, Instituto Socioambiental – ISA, Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência – IBDD, Grupo Tortura Nunca Mais, entre outras. (RODRIGUEZ, 2013, p. 109-113).

As universidades brasileiras, por meio dos seus cursos de direito, têm desenvolvido experiências no âmbito universitário, em suas três dimensões²⁷ de atuação, ou seja, no ensino, na pesquisa e na extensão. Assim, as atividades que envolvem o ensino e a pesquisa promovem a temática de defesa de direitos e despertam o interesse, dos estudantes, na defesa de direitos pela sociedade civil. Todavia é a extensão universitária, por meio das suas assessorias jurídicas populares ou casas da cidadania, que promove, ao estudante de direito, um contato com a realidade de violação de direitos e os sensibiliza para a necessidade de uma

²⁶ A Defensoria Pública da União criou Grupos de Trabalho com o objetivo de elaborar estratégias de atuação dirigidas ao estabelecimento de ações e à integração da DPU à rede de proteção de grupos em situação vulnerável. Nestes grupos o defensor público federal, além de orientar juridicamente o cidadão, promove acordos de conciliação e representa o interessado perante a administração pública. Atualmente, são 15 Grupos de Trabalho de atendimento a grupos considerados vulneráveis, com a atuação dos defensores nas próprias comunidades e locais de conflito. Os grupos compreendem as seguintes áreas: Catadoras e Catadores; Comunidades Indígenas; Comunidades Tradicionais; Assistência e Proteção à Vítima de Tráfico de Pessoas; Assistência as Trabalhadoras e Trabalhadores Resgatados de Situação de Escravidão; Identidade de Gênero e Cidadania – LGBTI; Migrações, Apatridia e Refugio; Rua; Mulheres; Saúde; Moradia e Conflitos Fundiários; Atendimento à Pessoa Idosa; Atendimento à Pessoa com Deficiência; Pessoas em Situação de Prisão e Enfrentamento à Tortura; Políticas Etnoraciais. (DPU, 2019).

²⁷ O artigo 207 da CFB versa sobre a autonomia que as universidades gozam referentes às matérias didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, tendo como elemento norteador de todas as suas ações o **princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão**. (grifo nosso).

atuação profissional voltada à defesa de certos grupos e temáticas. (RODRIGUEZ, 2013, p. 30-31).

A mobilização jurídica pela sociedade civil brasileira tem apresentado uma pluralidade de experiências no uso do direito por diferentes matizes de influência teórica, estratégias de prática e concepções políticas. Neste sentido, as promotoras legais e a justiça comunitária constituem ações da sociedade civil, com ou sem apoio de órgãos públicos, no desenvolvimento de práticas de emancipação dos cidadãos, a partir do conhecimento e domínio de seus direitos. (RODRIGUEZ, 2013, p. 16).

O “Promotorias Legais Populares” é um projeto que se desenvolveu inicialmente na cidade de Porto Alegre, há aproximadamente 25 anos e, seguidamente, foi implantado nas cidades de São Paulo, São José dos Campos, Taubaté, entre outros, e que se disseminou por todo o país. O PLP’s, visa a formação de uma consciência cidadã, a partir da perspectiva da construção da igualdade de direitos as diversidades étnico-racial, sexual e de classe social.

A atuação das PLP’s é pautada por ideais de justiça, democracia, dignidade e defesa dos direitos humanos das mulheres e do acesso à justiça e ampliação da cidadania, lutando pela equidade de gênero e por uma sociedade onde as mulheres sejam reconhecidas e respeitadas no que se refere ao seu valor humano, social, político e econômico.

Usada em diferentes países, a nomenclatura ‘Promotoras Legais Populares’ corresponde ao projeto de formação de mulheres que trabalham para o fortalecimento dos direitos da população e para o combate à discriminação e à opressão, por meio do conhecimento dos direitos e dos caminhos de acesso à justiça. As promotoras legais populares podem prestar orientação, aconselhar e promover a função instrumental do direito no dia a dia das mulheres, com intervenções individuais ou coletivas.

Tendo os cursos como proposta motora, o projeto possui diversas frentes de atuação: acompanhamento de casos e trabalho prático das Promotoras Legais Populares (PLPs); promoção de seminários e debates; fortalecimento de campanhas contra a impunidade; foi o primeiro movimento a propor a criação do Juizado Especial para os Crimes de Violência de Gênero (1998) e desenvolveu campanhas para atuar na formação de crianças e adolescentes, como a que se chamou “Eu Quero crescer sem violência!”. (grifei). (PLPs, 2019, não paginado).

O PLP’s promove o conhecimento da lei e dos mecanismos inerentes ao sistema judiciário como forma de empoderamento das mulheres para que possam lutar contra as desigualdades que se apresentam na sociedade brasileira em relação ao gênero em todos os espaços sociais de atuação, seja na família, escola, trabalho, igreja, entre outros. “O objetivo principal é que as participantes, ao fim do curso, estejam preparadas para orientar outras pessoas, em especial, outras mulheres”. (SANTOS, 2007, p. 50).

A proposta de consolidação de uma justiça comunitária passa pela capacitação de membros de uma determinada comunidade como futuros mediadores para a solução de conflitos locais. A justiça comunitária abrange “[...] experiências dinâmicas e flexíveis que buscam resolver determinados conflitos no âmbito da comunidade, dando uma resposta alternativa aos tradicionais processos de administração da justiça vinculados ao aparelho do Estado.” (WOLKMER, 2015b, p. 240).

No Brasil, uma experiência exitosa, nesse sentido, foi do Programa Justiça Comunitária do Distrito Federal, iniciado no ano de 2000, com o objetivo principal de levar a justiça mais próxima à comunidade. O programa inicial era composto por uma juíza, alguns servidores e colaboradores voluntários e um ônibus para atender às comunidades do Distrito Federal com dificuldades de acesso à Justiça.

O grupo tinha a compreensão que uma grande parcela da população do Distrito Federal não tinha condições de submeter suas demandas à Justiça formal, seja por razões de ordem formal ou simbólica. Os organizadores do programa tinham a clareza de que, além de inacessível financeiramente para alguns, a Justiça veicula excessivo formalismo em sua estrutura jurídica forense, promovendo ainda mais o distanciamento daqueles que mais necessitavam de um sistema protetivo de direitos. (FOLEY, 2008, p. 09).

Entretanto, diferente de outras iniciativas já citadas, o presente Programa de Justiça Comunitária constitui uma experiência de uma proposta pluralista do direito ao propor a um mecanismo alternativo e democrático de acesso à Justiça, restituindo aos cidadãos e à comunidade a capacidade de gerir seus próprios conflitos com autonomia. (FOLEY, 2008, p. 09).

O projeto, a partir do apoio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, do Ministério da Justiça, do PNUD, entre outros, foi se consolidando rapidamente. Assim, dois núcleos foram constituídos nas cidades satélites de Brasília (Taguatinga e Ceilândia). O projeto foi, posteriormente, logrando êxito e alcançando novos espaços, transformando-se em política pública pelo Governo brasileiro. (FOLEY, 2008, p. 10).

Neste sentido, a justiça comunitária brasileira foi se consolidando como um movimento que propõe uma alternativa eficaz à morosidade e à inacessibilidade do processo judicial oficial. Sendo considerado também como um instrumento de resgate do estatuto do cidadão e da comunidade, a fim de restaurar a sua capacidade emancipatória, por meio da autogestão de seus conflitos. (FOLEY, 2008, p. 20).

Embora o sistema de justiça brasileiro tenha avançado, ainda predominam iniciativas de caráter estatal perante as possibilidades de pluralidades do Direito. As iniciativas da sociedade e dos movimentos sociais ainda são meramente simbólicas, que apesar de influenciarem a forma como o sistema de justiça se estrutura, não conseguem por si só se consolidarem como alternativas ao modelo jurídico monista e estatal. Isto porque o que os impede é fundamentalmente as condições e limites econômicos necessários para a construção de alternativas.

1.4 O PLURALISMO JURÍDICO A PARTIR DE INICIATIVAS DE PAÍSES HISPÂNICOS.

Insta consignar, para o desenvolvimento do presente trabalho, a abordagem do pluralismo jurídico a partir de experiências ocorridas nos países hispânicos. Como não seria possível a abordagem de todos os países hispânicos do continente latino americano, fez-se por opção conhecer a realidade dos seguintes países: México, Colômbia, Bolívia e Equador.

Considerando o contexto dos países hispânicos, o México tem forte tradição na construção de uma juridicidade alternativa.²⁸ Segundo Correias (1996), o México é um país no qual determinadas comunidades obedecem a normas que não provêm do Estado mexicano e que possuem costumes que entram em contradição as leis deste Estado. “E não apenas indígenas, a história recente mostra casos insólitos de comunidades que, como algumas universidades, regem-se por normas que provêm de outras fontes que não as leis universitárias do estado mexicano.” (CORREIAS, 1996, p. 89).

As reformas ratificadas pelo Estado mexicano, a partir de 1989, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC²⁹ e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - PIDCYP, bem como da Convenção 169 da Organização

²⁸ Quanto ao México, cabe destacar a importante contribuição dos eméritos professores e pesquisadores ao debate de experiências de uma justiça emancipatória, informal ou popular: Alma Guadalupe Melgarito Rocha, Jesus Antonio de la Torre Rangel e Oscar Correias. (WOLKMER, 2015b, p. 224).

²⁹ O PIDESC é um tratado multilateral, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e em vigor desde, 3 de janeiro de 1976. O referido Pacto estabelece que seus membros devem trabalhar para a concessão de direitos econômicos, sociais e culturais para pessoas físicas, incluindo os direitos de trabalho e o direito à saúde, além do direito à educação e à um padrão de vida adequado. O acordo é monitorado pelo Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas e Tribais³⁰ e, posteriormente, os “Acordos de San Andrés”³¹ e a “Lei Indígena”, estabeleceram a constituição de uma nação mexicana única, indivisível e multicultural.

A insurreição do Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN), de primeiro de janeiro de 1994, deixou ao descoberto muitas deficiências do nosso sistema social, político e econômico, e inclusive revelou uma carência ética fundamental da sociedade mexicana dominante, a crioula e mestiça, para relacionar-se com o outro, com o índio. Desde o ponto de vista jurídico, podemos dizer que o movimento insurrecional de Chiapas, ao questionar o conjunto da organização de nossa convivência, implicou um forte terremoto de toda a juridicidade. (DE LA TORRE RANGEL, 2006,p. 180).

O levantamento do Exército Zapatista de Libertação Nacional (EZLN) foi pela terra e pela dignidade. A terra que não somente dá sustento material, mas também permite o desenvolvimento da comunidade e a manutenção da identidade. A partir de então, povos e comunidades indígenas do México seguem em sua luta pela terra, quando menos por conservar o que lhes sobra frente aos embates da reforma agrária de mercado que se tem implementado. (DE LA TORRE RANGEL, 2006,p. 180).

Essa dignidade se vai afirmando como sua proposta de valores culturais contra hegemônicos e com a produção de Direito como pluralismo jurídico. Na resistência indígena atual, pela experiência de pluralismo jurídico vivida por povos e comunidade do México, a partir da insurreição do EZLN, se produziu a reconquista da dignidade, da reafirmação de valores e a reivindicação de direitos.

Outra prática e experiência de pluralismo jurídico, ocorrido também no México, no município de Atitalaquia, no Estado de Hidalgo, é relatado por Rangel (2006) ao estudar o direito como arma de libertação na América Latina no contexto da sociologia jurídica e o uso alternativo do direito, referindo-se à uma comunidade campesina e a sua organização para garantir o seu direito a posse e aproveitamento da terra.

A referida comunidade campesina decorre de uma ocupação de terra, por meeiros e filhos de meeiros, da fazenda de *San Jose Bojay*, sob o argumento de que se tratava de uma área abandonada pelo seu proprietário, ou seja, uma fazenda improdutiva. Assim, os

³⁰ “A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Povos Indígenas e Tribais em Estados Independentes, apresenta importantes avanços no reconhecimento dos direitos indígenas coletivos, com significativos aspectos de direitos econômicos, sociais e culturais. A Convenção nº 169 é, atualmente, o instrumento internacional mais atualizado e abrangente em respeito às condições de vida e trabalho dos indígenas e, sendo um tratado internacional ratificado pelo Estado tem caráter vinculante.” (ISA, 2018).

³¹ O Acordo de San Andrés sobre Direitos e Cultura Indígena foi um acordo realizado entre o governo do México e o Exército Zapatista de Libertação Nacional, no ano de 1996. O referido acordo objetivava a garantia de alteração da Constituição do México para a garantia de direitos aos povos indígenas sobre autonomia, justiça e igualdade.

campesinos decidiram ocupar a fazenda e cultivá-la para o seu próprio sustento e foi o que fizeram por longos anos e de forma profícua. Todavia, após alguns anos de ocupação os herdeiros dos proprietários reivindicaram judicialmente a posse e propriedade das terras da fazenda. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 181).

A fundamentação jurídica apresentada pelos camponeses consistia numa justificativa legal alternativa, pois surgiu da sua consciência de explorados e, a partir do momento que passaram a cultivar a área da fazenda abandonada e dela tiraram o seu próprio sustento, fruto de seu trabalho, deixaram de sê-los. Aqueles campesinos a partir da compreensão da sua realidade estabeleceram que possuíam o direito de não ser explorados, de constituírem uma situação de vida digna para si, pois:

El pueblo latinoamericano es muy legalista. Exige sus derechos si tiene conciencia de que obra conforme a Derecho, esto es, de acuerdo con la ley. Sin embargo, la exigencia del pueblo de sus derechos, de acuerdo con el Derecho, no necesariamente se hace con base en el derecho vigente o positivo. El pueblo puede manejar también conceptos jurídicos basados en el sentimiento de justicia que deviene como consecuencia del conocimiento que adquiere por su experiencia e historia de pueblo explotado. Esa juridicidad que fundamenta la exigencia de sus derechos está más allá del Derecho Positivo. Se funda en la concepción misma de la justicia. Está basada en un concepto histórico de justicia, alternativo al concepto de "justicia conservadora" de la legalidad vigente.³² (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 182).

A discussão jurídica posta pela situação ocorrida com os camponeses, da fazenda de *San Jose Bojay*, implicou numa fundamentação legal alternativa que lhes delegou o direito de defender a posse da terra, a qual promove o seu sustento, bem como promover uma nova forma de organizar a posse e o uso da mesma por um novo caminho alternativo, distinto da visão hegemônica dominante. A terra passou a pertencer a todos e a ninguém ao mesmo tempo, ao passo que o domínio sobre foi delegado ao uso da comunidade. Neste sentido, praticamente a comunidade estabeleceu uma nova lei de propriedade, posse e de uso e ocupação do solo. Um direito que é alternativo ao estabelecido pelo sistema estatal vigente. Assim, esta comunidade estabeleceu para si uma legalidade para a sua forma de se organizar,

³² Tradução livre: O povo latino-americano é muito legalista. Exige seus direitos se tem consciência de que trabalha de acordo com o Direito, isto é, de acordo com a lei. No entanto, a demanda do povo de seus direitos, de acordo com a Lei, não é necessariamente baseada em lei atual ou positiva. As pessoas também podem lidar com conceitos legais baseados no senso de justiça que resultam do conhecimento adquirido por sua experiência e história de pessoas exploradas. Essa legalidade que fundamenta a demanda por seus direitos está além do Direito Positivo. Baseia-se na própria concepção de justiça. Baseia-se em um conceito histórico de justiça, alternativa ao conceito de "justiça conservadora" da legislação vigente. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 182).

reapropriando-se do poder normativo, a partir de uma nova juridicidade de origem comunitária e não dogmática positivista estatal. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 183).

Conforme, Rangel (2006), há a necessidade e a possibilidade, na contemporaneidade, frente as urgências sociais provocadas por essa sociedade pós-moderna neoliberal, da manifestação proveniente do exercício do poder normativo dos pobres. E tal manifestação somente pode se efetivar de forma emancipatória se estabelecida, por meio dos

*[...] sindicatos, los grupos campesinos reclamantes de tierra, las sociedades cooperativas, los comités de barrios, las juntas cívicas, las organizaciones de colonos, las agrupaciones gremiales, y en general, todo tipo de organización que surja de distintos sectores del pueblo, tienen la oportunidad de producir su propio derecho, su manera propia de organizarse [...]*³³. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 183).

Portanto, a experiência vivenciada por estes camponeses mexicanos na luta para manter a sua terra, a sua sobrevivência e a sua própria cultura, foi concretizada a partir da organização popular comunitária e da constituição de um direito plural, distinto do direito que emana do Estado e irradiador de novos direitos alternativos e de novas formas de se compreender a sociedade como um todo. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 186).

Assim, o uso alternativo do Direito pelas organizações populares mexicanas pode gerar um novo direito, alternativo ao atual, permitindo a reorganização da institucionalidade e da sociedade política por meio de um direito plural diverso de um direito unicamente estatal, superando injustiças.

Outra referência fundamental é a experiência da Colômbia, pois atualmente o país tem desenvolvido de forma mais exitosa práticas relacionadas ao Direito e a própria construção de justiça que possuem como referencial a justiça comunitária, os sistemas jurídicos indígenas e os sistemas jurídicos alternativos ou informais.

Na Colômbia, a manifestação teórica e prática de pluralidade latino-americana é a proveniente dos integrantes do Instituto Latino-Americano de Serviços Legais Alternativos – ILSA³⁴, de Bogotá, que apresenta uma trajetória de mais de quatro décadas e se caracteriza por ser uma entidade não governamental voltada aos estudos, pesquisas e ações de promoção

³³ Tradução livre: [...] sindicatos, grupos camponeses que reivindicam terras, sociedades cooperativas, comitês de bairro, conselhos civis, organizações de colonos, associações comerciais e, em geral, qualquer tipo de organização que surja de diferentes setores da sociedade, as pessoas têm a oportunidade de produzir o seu próprio direito, o seu próprio modo de se organizarem [...]. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 183).

³⁴ O ILSA é uma instituição não governamental, fundada em 1978, na cidade de Bogotá, Colômbia, composta por um coletivo interdisciplinar de trabalho, com formação na área do Direito e demais campos das Ciências Sociais e Humanas. O ILSA caracteriza-se por ser uma instituição que atua para o “fortalecimento de organizações e movimentos sociais, a partir de uma perspectiva crítica do direito.” (ILSA, 2018).

de “práticas jurídicas insurgentes”, com vias de maior acesso à justiça na América Latina. (WOLKMER, 2015b, 234-235).

O ILSA tem atuado ao longo dos anos, a partir de uma perspectiva crítica do direito, com o objetivo de instrumentalizar os movimentos sociais para a reivindicação e aplicação dos direitos humanos para a evolução de novos direitos e a expansão da democracia. Dessa forma, age por meio da compreensão crítica e da prática alternativa do direito, com fins de fortalecer as lutas sociais e os direitos humanos na Colômbia e em toda a América Latina. As áreas de atuação do instituto consistem nas seguintes linhas de trabalho: a) participação política e social, pela democracia e instituições pela paz; b) justiça transicional e os direitos das vítimas; c) justiça territorial e reparações coletivas; d) megaprojetos e conflitos socioterritoriais; e) territórios camponeses e soberania alimentar; f) políticas públicas com gênero, identidade e abordagens interculturais; g) direitos humanos das mulheres e justiça de gênero. (ILSA, 2018).

O ILSA tem encontrado no pluralismo jurídico um caminho teórico muito promissor, ou seja, um marco sociológico que vem dando as suas diferentes frentes de luta, sentido de viabilidade histórica, não mais como simples declaração ética, mas como reivindicação de outro direito, por parte dos novos sujeitos frente à lógica individualista do Direito existente. (WOLKMER, 2015b, 235).

Na Colômbia, é possível, também, destacar duas experiências específicas de justiça comunitária oriundas de comunidades urbanas e camponesas, dentre elas a Justiça em Equidade e os Juízes de Paz. Todavia, essas duas práticas de justiça comunitária foram reconhecidas constitucionalmente e, assim, se aproximaram de uma juridicidade mais institucional e ligada ao Estado. (FAGUNDES, 2013, p. 393-394).

A Constituição colombiana de 1991, em seus artigos 116, 246 e 247 institucionalizaram as práticas jurídicas dos Juízes de Paz e da Justiça em Equidade e, assim, absorveram formas de convivência numa perspectiva do pluralismo jurídico. Os referidos artigos resultaram de um amplo debate e posterior consenso de propostas das instituições da sociedade civil organizada e dos órgãos institucionais do Estado colombiano. “*Según estas propuestas, se buscaba crear una figura próxima a la comunidad, de origen popular, que*

resolviera conflictos que afectaran la convivencia cotidiana de una manera ágil y sin formalidades.”³⁵ (SANTAMARÍA, 2008, p. 20).

Desse modo, a Constituição da Colômbia, em seu Capítulo 1, o qual versa sobre a estrutura do Estado, em seu artigo 116, estipulou a possibilidade dos cidadãos de participarem da função de administrar a justiça, na condição de conciliadores ou na condição de árbitros habilitados pelas partes para proferir julgamentos com base na lei ou na equidade. O artigo 116 apresenta o seguinte teor:

Artículo 116. *La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*³⁶ (COLOMBIA, 1991).

Quanto às jurisdições especiais, abordadas pelo Capítulo 5, da Constituição da Colômbia, os artigos 246 e 247 apontam que:

Artículo 246. *Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.*

Artículo 247. *La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios. También podrá ordenar que se elijan por votación popular.*³⁷ (COLOMBIA, 1991).

³⁵ Tradução livre: “De acordo com essas propostas, o objetivo era criar uma figura próxima à comunidade, de origem popular, que resolvesse conflitos que afetam a convivência cotidiana de maneira ágil e não formal.” (SANTAMARÍA, 2008, p. 20).

³⁶ Tradução livre: Artigo 116. O Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal de Justiça, o Conselho de Estado, a Comissão Nacional de Disciplina Judicial, o Procurador Geral da Nação, os Tribunais e os Juizes, administram a Justiça. O mesmo acontece com a Justiça Criminal Militar.

O Congresso exercerá certas funções judiciais.

Excepcionalmente, a lei pode atribuir funções jurisdicionais em assuntos específicos a determinadas autoridades administrativas. No entanto, eles não serão autorizados a avançar processos sumários ou julgar crimes.

Os indivíduos podem ser temporariamente investidos com a função de administrar a justiça na condição de júris em casos criminais, conciliatórios ou de arbitragem autorizados pelas partes a fazer julgamentos em lei ou equidade, nos termos determinados por lei. (COLOMBIA, 1991).

³⁷ Tradução livre: “Art. 246. As autoridades dos povos indígenas podem exercer funções jurisdicionais em seu âmbito territorial, de acordo com suas próprias regras e procedimentos, desde que não contrárias à Constituição e às leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional. Artigo 247. A lei pode criar juizes de paz encarregados de resolver conflitos individuais e comunitários na equidade. Você também pode ordenar que eles sejam eleitos por voto popular.” (COLOMBIA, 1991).

Assim, a regulação das atividades dos Juízes de Paz passa a vigor com os objetivos de promover a convivência comunitária, contribuir para a solução e prevenção de conflitos e proferir suas decisões com equidade. A intenção dos constituintes e da sociedade também visava a diminuição dos formalismos processuais e, principalmente, criar as condições objetivas para promover o acesso à justiça de forma mais célere e inclusiva. (SANTAMARÍA, 2008, p. 20-21).

As atividades dos Juízes de Paz foram regulamentadas oito anos após a promulgação da Constituição colombiana de 1991, pela Lei n. 497 de 1999. A Lei n. 497 estipulou a necessidade de se organizar um pleito eleitoral democrático para escolha do ocupante do cargo de Juiz de Paz e que os postulantes devem apresentar reconhecimento e respeito pela comunidade. (FAGUNDES, 2013, p. 400).

Os conflitos que são submetidos à apreciação dos Juízes de Paz e, portanto, da justiça comunitária colombiana, estão relacionados a moradia (dificuldades de pagamento ou revisão de valores de aluguel), dívidas (valores de pequenas montas e relacionados a itens básicos de subsistência), situações de conflitos entre familiares e problemas que envolvem a ocupação do espaço público. (SANTAMARÍA, 2008, p. 21). O citado autor ainda destaca os principais elementos que permearam 45 (quarenta e cinco) casos³⁸ analisados de diferentes juízes e municípios, os quais consistem em:

- *El discurso de la ley: constituye un marco que se ha impuesto como referente para definir los asuntos por resolver, por parte de los jueces de paz.*
- *La actuación de los jueces de paz: afianza el campo jurídico formal, no obstante, las maneras de usar la ley recrean un subcampo jurídico, en el cual estos profanadores del Derecho establecen un campo de dominio social de los conflictos.*
- *Las maneras más comunes de profanación del Derecho ocurren en el uso creativo de la ley: la ley sirve para todo, la ley es el acuerdo de las partes, la ley no aplica para casos concretos, la ley es insuficiente y no existe ley que se ocupe de la comunidad.*
- *La resolución de conflictos, ya sea en escenarios urbanos o rurales, parte de un proceso constructivo sobre el objeto del conflicto y su decisión; de esta solución participan los interesados, las autoridades comunales, dirigentes o representantes de la comunidad de diferentes niveles orgánicos de éstas o miembros de la comunidad, vecinos y familiares. Lo importante en estas reuniones (audiencias) es que todos los actores pueden deliberar y participar para generar acuerdos.*

³⁸ Os casos analisados pelo autor Rosember Ariza Santamaría consistiam em julgamentos que foram fundamentados com base na equidade por Juízes de Paz de diferentes municípios da Colômbia, dentre eles: Cali, Medellín, Ibagué, Dos Quebradas, Buga, Florida e Bogotá. Os dados resultantes desta pesquisa foram divulgados pelo autor em diversos trabalhos do mesmo, destacando-se a sua própria tese doutoral e o artigo publicado no periódico “Revista IUSTA” (Universidade de Santo Tomas – Faculdade de Direito - Colômbia), no ano de 2008, sob o título *Justicia comunitaria, Justicia Indígena y Justicia informal en Colombia: el campo jurídico de las prácticas sociales y culturales de justicia*, devidamente citado nas referências da presente tese.

- *No obstante, los jueces de paz y de reconsideración no privilegian el arreglo colectivo de las diferencias, hostilidades o antagonismos vecinales y comunitarios. Incluso, los asuntos que por su naturaleza se deberían resolver en el foro pocas veces se hace de manera pública o colectiva.*

- *La práctica desarrollada por los jueces urbanos en los años transcurridos demuestra que se privilegia principalmente el arreglo particular de todos los asuntos. Esto ocurre gracias a que los hechos conocidos por estos jueces se ubican en la frontera de lo formal-informal, pero que mayoritariamente son asuntos de carácter jurídico y pocos conflictos sociales son resueltos por estos actores de la justicia.*³⁹ (SANTAMARÍA, 2008, p. 21-22).

Destaca-se também a importância de olhar para as experiências vivenciadas no direito, a partir de um enfoque pluralista jurídico comunitário participativo, em mais dois países que compõem a América Andina, a Bolívia e o Equador⁴⁰. Tal abordagem se deve ao fato de que estes dois países apresentam situações semelhantes quanto ao processo e reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

Tanto a Bolívia quanto o Equador tiveram a consolidação em seu processo de constituição político e social da cultura jurídico-política eurocêntrica colonizadora. Dessa forma, o monismo jurídico estatal predominou no processo de consolidação dos Estados nacionais boliviano e equatoriano, processo este subordinado a uma elite dominante que excluía toda a multiculturalidade existentes nestes dois países andinos.

No entanto, a partir dos primeiros anos deste século, intensificou-se uma mobilização social de massa, marcada pelo senso participativo, inclusivo e democrático de pertencimento e empoderamento daqueles excluídos (subalternos) da sociedade, que culminou em transformações no poder político e, também jurídico, desses países. A Bolívia e o Equador

³⁹ Tradução Livre: - O discurso da lei: constitui um marco que foi imposto como referência para definir os assuntos a serem resolvidos pelos juízes da paz. - A atuação dos juízes de paz: fortalece o campo jurídico formal, porém, os modos de usar o Direito recriam um subcampo jurídico, no qual estes profanadores da Lei estabelecem um campo de domínio social dos conflitos. - As formas mais comuns de profanação do Direito ocorrem no uso criativo da lei: a lei serve para tudo, a lei é o acordo entre as partes, a lei não se aplica a casos concretos, a lei é insuficiente e não há lei que tutele e proteja da comunidade. - A resolução de conflitos, seja em cenários urbanos ou rurais, parte de um processo construtivo sobre o objeto do conflito e sua decisão; esta solução envolve as partes interessadas, autoridades da comunidade, líderes ou representantes da comunidade de diferentes níveis orgânicos destes ou membros da comunidade, vizinhos e familiares. O importante nessas reuniões (audiências) é que todos os atores possam deliberar e participar para gerar acordos. - No entanto, os juízes de paz e reconsideração não privilegiam a solução coletiva de diferenças, hostilidades ou antagonismos de vizinhança e comunidade. Mesmo os problemas que, por sua natureza, deveriam ser resolvidos no fórum raramente são feitos publicamente ou coletivamente. - A prática desenvolvida pelos juízes urbanos no transcorrer dos anos demonstra que se privilegia, principalmente, o acordo particular em todos os casos. Isso ocorre graças ao fato de que os fatos conhecidos por esses juízes estão localizados na fronteira do formal-informal, mas que são na sua maioria questões jurídicas e poucos conflitos sociais são resolvidos por esses atores da justiça. (SANTAMARÍA, 2008, p. 21-22).

⁴⁰ A América Andina é formada pelos países América do Sul que possuem o seu território cortado pela Cordilheira dos Andes. São eles: Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Chile e Venezuela. Em conjunto esses países ocupam aproximadamente 5,4 milhões de quilômetros quadrados e mais de 150 milhões de habitantes.

passaram pela formatação de um novo projeto democrático de poder político para os seus Estados, tendo estes um referencial descolonizador.

As reivindicações sociais institucionalizadas em alguns países latino-americanos, em especial os andinos, têm implicado na consolidação de novos paradigmas que, aproveitando instituições colonizadoras como o Estado e a Constituição, as reinventam através da intervenção de saberes e práticas populares pré-coloniais, num movimento que Chivi Vargas denomina ‘**descolonização constitucional**’. Assim é que se pode aludir nos **Estados Plurinacionais (superando a velha forma do Estado-nação)**, como se efetiva na Bolívia, ou na reconfiguração política do Estado, como se constata na Venezuela com a criação de dois novos poderes do Estado, que complementam a antiga fórmula de Montesquieu, também nas constituições ecocêntricas, como a emblemática Constituição do Equador, que, respeitando a cosmovisão ancestral, apresenta um capítulo dedicado aos direitos da natureza. Além de inúmeras outras inovações que contribuem para a descolonização das instituições ocidentais impostas às formações sociais do continente latino-americano a partir do processo de conquista. (grifo nosso). (WOLKMER; FERRAZZO, 2016, p. 62).

As Constituições da Bolívia (2009) e do Equador (2008) instauraram a possibilidade de novas sociabilidades coletivas ou

Pluralismo jurídico que no século XXI já se identifica desde um novo padrão de reconhecimento constitucional de epistemologias e tecnologias jurídicas latino-americanas, orientadas para o reconhecimento de multi-normatividades, territórios e culturas políticas inseridas e conviventes em um território plurinacional⁴¹, como nas experiências do Equador e Bolívia. (CORREIA; ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JUNIOR, 2016, p. 84).

O reconhecimento jurídico dos métodos alternativos de solução de conflitos nos países andinos decorrentes da diversidade das práticas comunitárias trouxe força à concepção de um importante instituto, objeto de debate ao longo das últimas três décadas: a mediação. Trata-se de um processo no qual uma terceira parte, desinteressada e sem qualquer poder de decisão, facilita para que as partes em conflito construam uma solução. Em contraste com o sistema jurisdicional, a lógica da mediação oferece, potencialmente, um padrão dialógico, horizontal e participativo. (SPENGLER, 2010).

Quando operada na esfera comunitária, a mediação potencializa a sua dimensão emancipatória na medida em que trata de autodeterminação e de participação nas decisões políticas, reelaborando o papel do conflito e desenhando um futuro sob novos paradigmas.

⁴¹ “A plurinacionalidade não implica pensar uma estrutura parcializada do Estado. Não se deseja apenas construir uma parte do Estado dedicada a atender aos interesses indígenas ou negros. A plurinacionalidade não é só para as comunidades indígenas ou negras. A proposta de um Estado plurinacional é muito mais ampla e complexa. E começa, no caso de Equador e Bolívia, a forjar-se nos anos 1990 como processo político vinculado a problemas e reivindicações de identidade, território ou água.” (ACOSTA, 2016, p. 149).

A prioridade dos procedimentos alternativos ao processo judicial clássico, baseados fundamentalmente na mediação e composição de conflitos, que recebe a recomendação da ONU, constitui um importante caminho para soluções pacíficas dos conflitos vivenciados pelos cidadãos e de fortalecimento da coesão social. O acesso à Justiça é considerado um direito fundamental e um caminho para a redução da pobreza, por meio da promoção da equidade econômica e social. Onde não há amplo acesso a uma Justiça efetiva e de qualidade, a democracia está em risco e o desenvolvimento harmônico não é possível.

É evidente que o sistema judicial não pode e nem irá resolver todos os problemas de injustiças que ocorrem na sociedade, mas com certeza deve assumir sua quota de responsabilidade e assumir suas competências na resolução dos conflitos. Principalmente, nas injustiças que integram as seguintes dimensões: socioeconômica, racial, étnico-cultural, sexual, cognitiva, ambiental e histórica. (SANTOS, 2007, p. 34).

A contribuição significativa das experiências dos povos andinos permite a reflexão sobre a importância do pluralismo a partir dos sistemas normativos indígenas e suas diversidades como alternativa ao modelo monista e estatal exclusivo, pois determinados sistemas normativos indígenas são configurados como casos típicos de pluralidade jurídica.

Portanto, a trajetória contemporânea do Pluralismo Jurídico, no contexto latino americano, permitiu a compreensão e o debate teórico e prático em relação as naturezas antropológicas, sociológica e filosófica que vem revelando, ao longo do tempo, as diversas práticas de pluralidade citadas neste item. Ademais, o pluralismo jurídico intercultural é fundamental para dar voz às lutas dos povos indígenas e valem para a riqueza identitária dos países latino-americanos e para a realização da justiça histórica pós-colonial.

2 A INTERCULTURALIDADE COMO PARADIGMA PARA UM DIÁLOGO NO DIREITO

*O que é diferente não está desunido,
o que está unificado não é uniforme,
o que é igual não tem que ser idêntico,
o que é diferente não tem que ser injusto.
Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza,
temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza⁴².
(Boaventura de Sousa Santos)*

No processo de constituição de novas formas de solução de conflitos para atender as demandas da sociedade, tendo em vista o processo de crise, no qual está profundamente submerso o Direito monista estatal contemporâneo, é necessário pesquisarmos os sistemas jurídicos dos povos indígenas sobre o paradigma da interculturalidade. Esta perspectiva sobre a interculturalidade, que vem se desenvolvendo, nas últimas décadas, principalmente, nos países latino-americanos, sobre a égide da construção de novos Estados Plurinacionais, tem se configurado como um instrumento para a convivência harmônica e equilibrada e a coesão entre os povos.

Dessa forma, para a compreensão da interculturalidade como paradigma para um diálogo no Direito, será abordado neste segundo capítulo, primeiramente, as concepções e as distintas formas de interações entre o Estado, a sociedade, a diversidade cultural, o multiculturalismo e a interculturalidade.

Num segundo momento, será analisado a relação estabelecida entre interculturalidade e hermenêutica diatópica como possibilidade de estabelecimento de um diálogo cultural entre as diferentes culturas e saberes.

Finalmente, no terceiro ponto, do presente capítulo será abordado os elementos para o desenvolvimento de um diálogo intercultural no direito com o objetivo de proporcionar novas formas de solução de conflitos a partir de elementos do Direito exercido por culturas distintas do monismo jurídico estatal.

⁴² Discurso proferido por Boaventura de Sousa Santos, na Conferência intitulada “A reinvenção do Estado e o Estado Plurinacional”, oferecida no dia 03 de abril de 2007, no Hotel Cortez, na cidade de Santa Cruz, Bolívia, aos membros das Comissões no Encontro Territorial, com objetivo de qualificar os debates dos membros da constituinte boliviana. (SANTOS, 2007, p. 34-35).

2.1 DIVERSIDADE CULTURAL, MULTICULTURALISMO E INTERCULTURALIDADE

A humanidade, no transcorrer de sua história, desenvolveu uma diversidade de experiências e formas de se relacionar com o meio biótico⁴³ e abiótico⁴⁴, no qual estava inserida. Essas relações também perpassaram pelo modo de vida em sociedade que foi se estabelecendo ao longo do tempo entre os seres humanos e o meio, promovendo uma diversidade de formas de vida ou culturas⁴⁵.

Assim, para compreender o processo de construção de uma diversidade cultural, bem como o seu respectivo conceito e o direito de acesso à mesma, faz-se necessário conceituar o termo cultura. Para tanto, passa-se, inicialmente, para uma análise da conceituação de cultura, abordando o campo interdisciplinar das ciências, tais como a História, a Sociologia, a Antropologia e o Direito, finalizando com uma abordagem jurídica destas.

A palavra cultura é considerada uma das mais antigas e dotada de uma semântica ambígua, em razão da sua construção histórica. “O termo provém da raiz *colere* e apresenta diversos significados, tais como cultivar, plantar, habitar, proteger, colher, dentre outros” (WILLIANS, 2007, p. 117).

Todavia, é a partir do pensador romano Cícero⁴⁶ (século I a.C.) que se destaca o conceito mais antigo para a palavra cultura, ao ser compreendida como o cultivo ou culto do próprio espírito ou da alma (PELEGRINI; FUNARI, 2008).

Dessa forma, Cícero compreendia que o indivíduo, ao procurar o aprendizado oral, a leitura de livros, a imitação de gestos e condutas, estaria cultivando-se. No entanto, é somente no século XIX que o renomado antropólogo britânico Edward Tylor, em sua obra *Cultura primitiva*, de 1871, constitui uma definição contemporânea para o conceito de cultura. Conforme Tylor, “cultura é todo o conjunto de obras humanas, portanto, trata-se de um todo complexo que abrange conhecimento, crença, arte, princípios morais, leis, costumes e várias

⁴³ Constituem os fatores bióticos de um determinado ecossistema a flora e a fauna. Incluem neste todos os seres/organismos vivos, sejam eles animais, plantas, bactérias, entre outros.

⁴⁴ Os fatores abióticos surgem pela influência dos componentes físicos e químicos do meio (a água, o sol, o solo, o ar).

⁴⁵ “A história é sempre renovada síntese temporal, mediação aberta entre a expectativa de um futuro comum, concebido como um horizonte de possibilidades, a recepção de um passado transmitido enquanto espaço de experiência, e a vivência de um presente constitutivo da contemporaneidade enquanto atualização destas potencialidades iniciadas no passado-futuro.” (PICOTTI, 2016, p. 314).

⁴⁶ Marco Túlio Cícero (106-43 a.C) foi um advogado, político, escritor, orador e filósofo da gens Túlia da República Romana.

outras aptidões e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma comunidade ou sociedade” (ASSIS; KUMPEL, 2010, p. 518).

Os interesses nacionalistas e imperialistas das nações industriais do hemisfério norte, europeus e norte-americanos, em formação no século XIX, impulsionaram a necessidade de compreender a cultura de outros povos. A conceituação de cultura passa a ser matéria e objeto de estudo da antropologia. Entretanto, o objetivo de nações europeias e norte-americanas tinham como escopo dominar militarmente ou economicamente os demais povos (PELEGRINI; FUNARI, 2008).

Nesse contexto, as sociedades industriais do século XIX se consideravam em um estágio cultural superior às demais sociedades humanas. Estava impregnado, nessas sociedades, o preconceito e a discriminação racial, por meio da concepção de que as sociedades humanas possuíam uma única linha de evolução. (SANTOS, 2006, p. 15)

Desta forma, aos povos das nações e sociedades denominadas subdesenvolvidas eram classificadas como culturalmente selvagens e bárbaras num estado de desenvolvimento civilizacional “atrasado”, “degradante” e “retrógrado”, ao modelo imposto pelas nações desenvolvidas do hemisfério norte.

A diversidade de sociedades existentes no século XIX representaria estágios diferentes da evolução humana: sociedades indígenas da Amazônia poderiam ser classificadas no estágio da selvageria; reinos africanos, no estágio da barbárie. Quanto à Europa classificada no estágio da civilização, considerava-se que ela já teria passado por aqueles outros estágios. (SANTOS, 2006, p. 14)

No entanto, a partir do século XX, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, seguida pelos movimentos de independência das Colônias Asiáticas e Africanas e, por fim, pela proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a concepção de cultura encontra uma nova dinâmica de respeito à diversidade cultural de todos os povos. Segundo o disposto nos artigos 22 e 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), é assegurado aos povos, em relação à cultura:

Artigo XXII. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXVII. 1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.

Os conflitos que se estabeleceram nas décadas posteriores à Declaração Universal dos Direitos Humanos entre as duas principais potências mundiais, os Estados Unidos da América – EUA e a ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, período conhecido como Guerra Fria, promoveram a necessidade da proteção e da promoção da diversidade das expressões culturais dos demais povos. Isso porque o desdobramento desse conflito gerou um projeto massificante por parte destas duas potências mundiais, perante os demais países do globo, tanto no âmbito político e econômico quanto no âmbito cultural. Essas ações e condutas geraram a necessidade das nações, por meio do Estado, em reconhecerem formal e publicamente a diversidade cultural de seus povos, garantido inclusive direitos relacionados à cultura de determinados grupos étnicos e minorias (HALL, 2003, p. 81).

Tal processo impulsionou a ONU ao desdobramento e aprofundamento dos princípios dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos em tratados internacionais que garantissem a proteção de direitos específicos. Dessa forma, a Assembleia Geral da ONU propôs a estruturação de dois Pactos que codificaram os direitos estabelecidos na referida Declaração Universal, a saber: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, os direitos humanos universais, após mais de duas décadas de debates entre os Estados que integravam a ONU, foram dispostos de forma explícita, a fim de atingirem os seus objetivos com eficácia.

Finalmente, em 1966, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – Unesco, estabelece dois pactos internacionais⁴⁷, um sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o outro sobre Direitos Civis e Políticos, nos quais se verifica o reconhecimento da diversidade cultural e a vinculação desta às liberdades fundamentais. Quanto ao primeiro pacto pode-se destacar o disposto em seu artigo 15 que:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:
 - a) **Participar da vida cultural**;
 - b) Desfrutar o processo científico e suas aplicações;
 - c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.
2. As Medidas que os Estados Partes do Presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à convenção, ao desenvolvimento e à **difusão da ciência e da cultura**.
3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à **atividade criadora**.
4. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do **fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura**. (grifo nosso). (UNESCO, 1966a)

⁴⁷ Estes Pactos foram adotados pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1966, porém entraram em vigor no Brasil, por meio dos Decretos n. 591 e n. 592, ambos de 6 de julho de 1992.

O Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se constituiu com a possibilidade de ser aplicado progressivamente pelos Estados, conforme suas possibilidades econômico-financeiras e sociais.

O segundo pacto, que se refere aos Direitos Civis e Políticos, distintamente do anterior, foi estabelecido pela obrigação de que cada nação o aplicasse com eficácia imediata. Neste sentido, pode-se destacar os seguintes artigos que versam sobre a proteção e valorização da diversidade cultural:

ARTIGO 1

1. Todos os povos têm direito à **autodeterminação**. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e **cultural**. (grifo nosso).

ARTIGO 26

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

ARTIGO 27

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, **sua própria vida cultural**, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. (grifo nosso). (UNESCO, 1966b).

Já em 1982, a Unesco, por meio da Declaração do México sobre as políticas culturais, estabeleceu uma definição mais abrangente de cultura, com objetivos de proteção e promoção da diversidade cultural, ao propor a seguinte formulação, que passou, desde então, a ser referência para as nações: “conjunto de características distintas, espirituais e materiais, intelectuais e afetivas, que caracterizam uma sociedade ou um grupo social [...] engloba, além das artes e letras, os modos de viver, os direitos fundamentais dos seres humanos, os sistemas de valor, as tradições e as crenças”. (UNESCO, 1982).

A Declaração do México sobre as políticas culturais constituiu os movimentos e ações que consolidaram o processo de constituição, na década de 1980 e seguintes, dos “Direitos Humanos de Terceira Geração” ou como também são conhecidos como “Direitos de Solidariedade” ou “Direitos dos Povos”. Neste interim, faz-se necessário registrar que a terceira geração de direitos humanos estabeleceu, pela primeira vez, que os povos se constituem como sujeitos de direitos. Desse modo, passam a serem assegurados a todos os povos os direitos à autodeterminação, à independência de cunho econômico e político, à

identidade nacional e cultural, à coexistência pacífica, à paz, entre outros. (MONTIEL, 2016, p. 259).

Posteriormente, a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2001, estabeleceu a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001, a qual considera a diversidade cultural como patrimônio cultural da humanidade. A referida declaração também dispõe que a diversidade cultural é manifestada na originalidade e na pluralidade das identidades que compõem os grupos e sociedades que constituem a humanidade. (UNESCO, 2001).

A Declaração da Unesco de 2001 ainda estipulou o pluralismo cultural como uma resposta política à realidade da diversidade cultural. A diversidade cultural passa a ser reconhecida como fator de desenvolvimento, não relacionado apenas ao crescimento econômico, “[...] mas também como meio de acesso a uma existência intelectual, afetiva, moral e espiritual satisfatória.” (UNESCO, 2001).

Dessa forma, a diversidade cultural passa a promover um pluralismo cultural, no qual a cultura e suas respectivas manifestações constituem um conjunto de valores que decorrem da relação e da ação social e que tornam diferente e singular cada indivíduo do grupo social. Nesse jogo estão contidos interesses econômicos e sociais, costumes, política e muitos outros elementos que vão se somar para construir o patrimônio cultural e de acordo com as características do lugar. (LEFF, 2001).

Nesse contexto, a cultura passa a ser elemento e importante objeto de estudo e proteção dos ordenamentos jurídicos contemporâneos das diversas nações. Ademais, quanto ao Direito contemporâneo brasileiro, pode-se definir como cultura:

o complexo de atividades, instituições, padrões sociais ligados à criação e difusão das belas-artes, ciências humanas e afins, como também o processo ou estado de desenvolvimento social de um grupo, um povo, uma Nação, que resulta do aprimoramento de seus valores, instituições, criações (MACHADO, 2006, p. 901).

A própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elevou e assegurou o direito ao pleno exercício dos direitos culturais à categoria de direitos fundamentais da pessoa humana. A carta magna brasileira, também estabeleceu que o Estado garanta a proteção e a difusão da diversidade cultural de todos os grupos que compõem a população brasileira, dispostos nos seus artigos 215 e 216, os quais ainda sofreram emendas constitucionais nos anos de 2003 e 2005, conforme se verifica a seguir:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

II - produção, promoção e difusão de bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

IV - democratização do acesso aos bens de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V - valorização da diversidade étnica e regional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988).

Portanto, na contemporaneidade, outra perspectiva é aplicada à definição de cultura, a qual passa a ser adotada pelas legislações nacionais e pelos organismos internacionais, a de respeito às diversidades e às identidades culturais de todos os povos e grupos, considerando o ser humano como um ser cultural por natureza, sendo necessária a tutela e proteção de toda essa herança cultural. Isso com vistas a propiciar uma diversidade cultural que contemple as diferenças existentes entre aqueles que compõem a sociedade e esteja acessível a todos, inclusive por meio da livre circulação da palavra e da imagem.

Assim, é preciso analisar o conceito de multiculturalismo e suas principais características. A diversidade cultural considera as distinções culturais existentes entre aqueles que integram a sociedade, contemplando costumes, aspectos religiosos e morais, bem como a sua língua.

No multiculturalismo há a convivência, de forma pacífica, entre culturas distintas em determinado espaço e tempo, sem que uma delas predomine, mas estão divididas geograficamente. O termo multiculturalismo significa, numa primeira análise, “[...] a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas.” (SANTOS; NUNES, 2003, p. 26).

Todavia, o termo multiculturalismo passou a constituir um meio de delinear as distinções culturais, a partir de um contexto transnacional e global. Assim, a expressão multiculturalismo apresenta significados distintos, sendo que nem todos de escopo emancipatório. Tal conceito apresenta os mesmos desafios que o significado de “cultura”, pois estão inseridos num contexto de lutas políticas e ideológicas na sociedade. (SANTOS; NUNES, 2003, p. 26).

Os primeiros registros de aplicação da política do multiculturalismo foram constatados, a partir de 1970, no Canadá e nos Estados Unidos da América. No Canadá, as ações multiculturais são relacionadas a polietnicidade nas instituições nacionais e formas anti-discriminatórias da gestão das relações raciais. Já nos Estados Unidos, o multiculturalismo desenvolveu-se como um contraponto em relação ao insucesso do programa nacional *melting-pot*⁴⁸.

No Brasil, como já observado, a Constituição Federal de 1988 protege determinados direitos específicos que garantem o reconhecimento da vigência no país de um multiculturalismo perante todos aqueles povos que compreendem a nação. Na questão indígena, pode-se constatar esta assertiva no disposto nos artigos 231 e 232 da Constituição brasileira:

Art. 231. São reconhecidos aos índios 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.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, a Carta Magna brasileira, em contraposição ao disposto na Constituição de 1967 e aos demais diplomas legais vigentes até então no país, altera o modelo estatal de execução de políticas assimilacionistas em relação aos indígenas para uma abordagem com base no multiculturalismo.⁴⁹ Assim, conforme análise do disposto nos artigos 231 e 232 da CFB verifica-se a proteção e a valorização a pluralidade cultural dos povos indígenas no Brasil. Isto porque, no artigo 231, verifica-se o reconhecimento aos povos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as

⁴⁸ Programa de Integração Social das Diferenças.

⁴⁹ As Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946 e 1967 abordavam, em relação ao direito dos indígenas, somente a questão sobre a “terra” não garantindo direitos relacionados à cultura, língua, patrimônio cultural, entre outros.

terras que tradicionalmente ocupam”. No artigo o 232, aos povos indígenas é reconhecido o direito de ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, inclusive com a intervenção do Ministério Público.

Todavia, a Carta Magna brasileira não garante o reconhecimento de direitos mais amplos aos povos indígenas que visem contrapor as desigualdades vinculadas às minorias, não confrontando e reformulando práticas e estruturas políticas do Estado brasileiro. Apesar do reconhecimento, estabelecido pelos artigos 231 e 232 da CFB, da característica multicultural da nação brasileira, os processos e procedimentos que garantam a implantação ainda são desprovidos de regulamentação.

Quando muito, foi aceito um multiculturalismo ‘bem-comportado’, que se ocupa da diversidade enquanto diferença cultural, dentro de um determinado espaço (local, regional, nacional ou internacional), ao mesmo tempo em que repudia ou deixa de lado diferenças econômicas e sociopolíticas. Na prática, isso se manifesta em políticas que se ‘abrem’ à diversidade cultural, manifestam um relativismo cultural, ao mesmo tempo em que reforçam os mecanismos de controle e domínio do poder do Estado nacional e os interesses do capitalismo global sobre os territórios e os recursos naturais. (VERDUN, 2009, p. 94-95).

Nesse contexto, Walsh (2007, p. 53-54) destaca as limitações do multiculturalismo como política de Estado, tendo em vista as concepções ocidentais globais da modernidade, as quais predominam em relação aos movimentos sociais e as demandas e propostas subalternas. Segundo a referida autora, o multiculturalismo denota uma geopolítica do conhecimento que não reconhece as histórias locais e denota um sentido universal das sociedades multiculturais.

O termo “multiculturalismo” pode apresentar diferentes significados, tais como conservador, progressista, crítico, entre outros, a partir do objetivo de compreender a pluralidade de culturas na sociedade. Assim, a forma de inserção e participação de grupos culturais minoritários e de comunidades étnicas na sociedade pode variar segundo os diferentes significados do termo multiculturalismo. (WOLKMER, 2006, p. 118).

Num primeiro intento, a compreensão de multiculturalismo pode ser considerada, a partir do espectro de bases eurocêntricas, como um conceito desenvolvido para descrever a diversidade cultural nos Estados do hemisfério norte do globo terrestre. Este modelo tem como escopo:

[...] lidar com a situação resultante do afluxo de imigrantes vindos do Sul para um espaço sem fronteiras internas, da diversidade étnica e afirmação indenitária das minorias nos EUA e dos problemas específicos de países como o Canadá, com comunidades linguísticas ou étnicas territorialmente diferenciadas. Trata-se de um

conceito que o Norte procura impor aos países do Sul como modo de definir a condição histórica e identidade destes. Essa imposição implica a ‘exportação’ ou ‘viagem’ de conceitos ou quadros analíticos que continuam a ser veículos de uma dominação intelectual eurocêntrica.

No Sul, o conceito é associado à retórica e à agenda política dos Estados, muitas vezes com o objetivo ou o resultado de consagrar formas opressivas e excludentes de ‘comunitarismo’, por vezes associado a fundamentalismos religiosos (como na Índia). A multiplicação de adjetivações do multiculturalismo, descrito alternativamente como ‘liberal’, ‘autoritário’, ‘de empresa (*corporate*)’, ‘insurgente’, ‘de boutique’, ‘crítico’, ‘agregativo’, ‘universalista’, ‘essencialista’, ‘paradigmático’, ‘modular’, torna-o um conceito sem um conteúdo preciso, que não está necessariamente associado a perspectivas ou projetos emancipatórios. (SANTOS; NUNES, 2003, p. 30).

Sob outro aspecto, o multiculturalismo compreenderia a uma lógica cultural apolítica, não abordando os problemas da relação de poder, as desigualdades e exclusões sociais e as diversas formas de exploração do capital. Neste modelo, há uma comoção social em relação a tolerância, mas que não pressupõe a necessidade de envolvimento com o outro. Há somente um estigma de superioridade de um *locus* universal e dominante perante os outros que compreendem minorias de existências toleráveis, mas distantes. (SANTOS; NUNES, 2003, p. 31).

Outra forma de se compreender o multiculturalismo ocorre a partir de premissas estabelecidas pelo Estado em relação a determinados direitos coletivos dispensados para certos grupos ou povos minoritários. A existência cultural destes povos, e até de suas regiões, são reconhecidas, inclusive por direitos normatizados, desde que subordinados à hegemonia do Estado e de seus respectivos parâmetros legais. (SANTOS; NUNES, 2003, p. 31).

O multiculturalismo, também apresenta um modelo conceitual que utiliza os recursos das disciplinas acadêmicas eurocêntricas ao universalizar, por exemplo, a realidade do “migrante”. Isto porque, neste modelo de abordagem, as distintas situações de mobilidade forçada ou subordinada não são consideradas nas dinâmicas culturais oficiais dos Estados e da sociedade hegemônica como um todo. (SANTOS; NUNES, 2003, p. 31-32).

Por fim, o conceito de multiculturalismo pode ser associado a uma versão emancipatória, a qual tem como base o “[...] reconhecimento da diferença e do direito à diferença e da coexistência ou construção de uma vida em comum além de diferenças de vários tipos.” (SANTOS; NUNES, 2003, p. 33). Dessa forma, a constituição de um multiculturalismo emancipatório leva em consideração as diferentes configurações culturais, a ideia de uma sociedade em constante movimento, as distintas identidades culturais, a diversidade cultural dos povos, os novos direitos, entre outros.

Nesse contexto, uma abordagem emancipatória do termo multiculturalismo, o qual considera:

[...] como a condição das sociedades caracterizadas pela pluralidade de culturas, etnias, identidades, padrões culturais, socioeconômicos e culturais, abrangendo as formas pelas quais os diversos campos do saber incorporam a sensibilização a esta diversidade em suas formulações, representações e práticas. Possibilitando a convivência dos diferentes com suas diferenças mas capazes de dialogar, construir alguns objetivos comuns e agirem de forma concertada, ainda que essa generalização não garanta coerência as pesquisadoras e educadores que usam, às vezes desavisadamente, tais termos. (STRECK; REDIN; ZITKOSKI, 2010, p. 590).

Desse modo, o multiculturalismo emancipatório pode se constituir como possível forma de reconhecimento e articulação das diferenças culturais. Assim, “o pluralismo como valor aberto e democrático, que representa distinções, diversidade e heterogeneidade, tem no multiculturalismo [...] um horizonte culturalmente compartilhado e dialógico.” (WOLKMER, 2006, p. 119).

Já o termo interculturalidade, semelhante ao multiculturalismo, apresenta uma abordagem ampla de distintos significados e usos, em especial quando relacionada às conquistas de novos direitos e transformações sociais decorrentes das ações de movimentos sociais. Isto porque a interculturalidade também pode ser abordada sob um aspecto conservador, ligado à um sistema dominante global de capital e mercado.

O termo interculturalidade pode ser explicado por meio de três perspectivas distintas, a partir de seu uso e sentido contemporâneo e conjuntural: a primeira é a relacional, a segunda é a funcional e a terceira é a crítica. (WALSH, 2012, p. 26-27).

A perspectiva relacional restringe a interculturalidade ao “simples” contato e relação entre culturas, não levando em consideração as estruturas da sociedade, tais como as sociais, as políticas e as econômicas, em sua totalidade e complexidade. Dessa forma, as diferentes culturas se sobrepõem umas sobre as outras, conforme a estrutura social, estabelecendo relações de superioridade e inferioridade entre si. Portanto, a interculturalidade, na perspectiva relacional, se refere a uma troca entre culturas que pode se estabelecer em condições de igualdade ou desigualdade. (WALSH, 2012, p. 26).

O segundo parâmetro conceitual para compreender a interculturalidade é o funcional e está relacionado à consideração e reconhecimento da diversidade cultural no bojo da estrutura social estabelecida. Nesse sentido, a perspectiva da interculturalidade sob o aspecto funcional visa a promoção do diálogo, da convivência e da tolerância, com fins de garantir um controle

dos conflitos étnicos culturais e de promover uma “falsa impressão” de estabilidade social. Na perspectiva funcional, o pensamento intercultural não significa reconhecimento e respeito a diversidade cultural, mas somente um mecanismo neoliberal de fluxos e acúmulos capitalistas que não visam a formação de sociedades mais equitativas e igualitárias. (WALSH, 2012, p. 26-27).

Por fim, o terceiro parâmetro para compreender o conceito de interculturalidade é o crítico, o qual entende o modelo intercultural se constitui num processo de transformação das estruturas sociais a partir das demandas da subalternidade. A interculturalidade compreendida criticamente é lastreada em processos permanentes de legitimidade, equidade e igualdade entre as diferentes culturas em contraponto à desigualdade, inferiorização, racialização e discriminação. (WALSH, 2012, p. 27).

La interculturalidad, en cambio, aún no existe. Es algo por construir. Va mucho más allá del respeto, la tolerancia y el reconocimiento de la diversidad; señala y alienta, más bien, un proceso y un proyecto social, político, epistémico y ético, dirigido a la construcción de sociedades, relaciones y condiciones de vida nuevas y distintas. Aquí me refiero no solo a las condiciones económicas, sino también a las que tienen que ver con la cosmología y la vida en general, incluyendo los conocimientos y saberes, la memoria ancestral y la relación con la madre naturaleza y la espiritualidad, entre otras. Estos son parte del problema de las relaciones y condiciones históricas y actuales de dominación, exclusión, desigualdad e inequidad, como también de la conflictividad que estas relaciones y condiciones engendran —y las lógicas y racionalidades que forman parte de ellas—, es decir la colonialidad con sus cuatro ejes o potestades ya señalados.⁵⁰ (WALSH, 2008, p. 164).

Nesse contexto, adota-se para o desenvolvimento deste trabalho a perspectiva teórica crítica sobre a interculturalidade. Lembrando que o uso do termo interculturalidade desenvolve-se de forma mais contundente na América Latina, com foco nos movimentos sociais que ocorreram a partir das décadas de 1980 e 1990⁵¹, num contexto de direitos culturais indígenas vinculados a uma educação escolar bilíngue.

⁵⁰ Tradução livre: “A interculturalidade, no entanto, ainda não existe. É algo para construir. Vai muito além do respeito, da tolerância e do reconhecimento da diversidade; pontos e encoraja, ao contrário, um processo e um projeto social, político, epistémico e ético, voltado para a construção de novas e diferentes sociedades, relações e condições de vida. Aqui refiro-me não apenas às condições econômicas, mas também àquelas que têm a ver com cosmologia e vida em geral, incluindo conhecimento e conhecimento, memória ancestral e a relação com a Mãe Natureza e espiritualidade, entre outras. Estas fazem parte do problema das relações e condições históricas e atuais de dominação, exclusão, desigualdade e desigualdade, bem como do conflito que essas relações e condições geram - e as lógicas e racionalidades que fazem parte delas -, ou seja, a colonialidade, com seus quatro eixos ou poderes já indicados.” (WALSH, 2008, p. 164).

⁵¹ No Brasil, em termos constitucionais, o Ministério da Educação criou o Comitê Consultivo da Educação Indígena, na década de noventa. Assim, a partir da Lei 9.394 de 1996, a qual estabeleceu as Diretrizes e Bases da Educação - LDB nacional, foi reconhecida a educação indígena no país. Posteriormente, em 1998, foi implantado o Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas (RCNEI) e, em seguida, as referidas legislações são complementadas para incluir as demandas das populações negras.

Toda a produção bibliográfica que analisamos, assim como os depoimentos dos(as) entrevistados(as) dos diferentes países foram unânimes em afirmar que o termo interculturalidade surge na América Latina no contexto educacional e, mais precisamente, com referência à educação escolar indígena. (CANDAUI; RUSSO, 2010, p. 155).

Desse modo, compreender a interculturalidade a partir de uma perspectiva teórica crítica, passa, primeiramente, pela superação histórica dos processos culturais impostos sobre os povos indígenas na América Latina. A violência etnocêntrica imposta sobre as populações indígenas, desenvolvida do período colonial até o início do século XX, tinha como objetivos principais difundir e consolidar a cultura hegemônica ocidental e eurocêntrica dominante, bem como eliminar a cultura dos povos originários latino-americanos. (CANDAUI; RUSSO, 2010, p. 154 - 155).

Num segundo momento, com a implementação e consolidação dos Estados Nacionais, a partir dos séculos XIX e XX, instaura-se um processo de assimilação sobre a cultura dos povos indígenas. Assim, os Estados Nacionais Modernos impõem a homogeneização da sua cultura dominante sobre os povos indígenas, por meio de políticas assimilacionistas.

A construção de uma identidade nacional para cada novo Estado latino-americano significou a exclusão e invisibilidade para todos aqueles que não se reconheciam na cultura europeia. Assim como os indígenas, culturas de matriz africana não encontraram espaço na educação escolar e até hoje encontram dificuldade de difusão no continente. (CANDAUI; RUSSO, 2010, p. 158).

Todavia, a partir das décadas de 1970 e 1980, diversas organizações governamentais e não-governamentais foram se difundindo em âmbito internacional, tendo como escopo a defesa dos direitos indígenas e a preservação cultural destes povos. As ações partiam de experiências entre universidades, movimentos sociais e setores progressistas da igreja católica latino-americana. Tais práticas locais podem ser relacionadas aos movimentos internacionais de proteção e valorização da cultura dos povos originários latino-americanos. Esta prática, no entanto, ainda se relacionava à uma tentativa de integração dos povos indígenas, mesmo que reconhecendo sua cultura e seus direitos, ao modo de vida ocidental e da tutela dos Estados Nacionais.

Numa nova configuração, as décadas de 1980 e 1990 são marcadas em toda a América Latina por movimentos sociais e governamentais progressistas⁵², nos quais a perspectiva intercultural promove o reconhecimento político e cultural e, também, reivindica a igualdade para o acesso a bens e serviços aos povos indígenas. Esses movimentos sociais protagonizados, principalmente, pela organização política e social das diversas etnias indígenas unidas, denunciam os diversos problemas que os afetam, por meio das discriminações, injustiças sociais e desigualdades sofridas. Pode-se verificar, nesse sentido, em países como Bolívia e Brasil⁵³, nos quais as escolas nas aldeias ou tribos têm sido implantadas, coordenadas e gerenciadas por professores indígenas e projetos que tenham como fundamento e referência a cultura indígena. (CANDAUI; RUSSO, 2010, p. 157).

Entretanto, os direitos e políticas públicas alcançadas são constantemente restringidos nas ações de implementação pelos órgãos governamentais, tendo em vista as políticas neoliberais vigentes e as pressões de organismos internacionais comprometidos com uma lógica globalizante e mercadológica. Assim, uma interculturalidade de perspectiva funcional tem sido aplicada neste contexto, no qual são incorporados determinados direitos vinculados a diversidade cultural de forma residual. Porém, estas ações governamentais não estabelecem mudanças de caráter estrutural nas sociedades não enfrentando os problemas reais, somente dirimindo conflitos explícitos.

A complexa conjuntura atual, considerando de forma mais específica, a operação do multiculturalismo neoliberal e uma interculturalidade de corte funcional como dispositivos de poder que permitem a permanência e o fortalecimento das estruturas sociais estabelecidas e sua matriz colonial. Por outro lado, e ainda mais central, é o interesse em colocar no cenário – pensando a partir e com as lutas acima assinaladas – uma perspectiva crítica da interculturalidade, que se encontra enlaçada com uma pedagogia e práxis orientadas ao questionamento, transformação, intervenção, ação e criação de condições radicalmente distintas de sociedade, humanidade, conhecimento e vida. (WALSH, 2009, p. 14).

É nesse contexto que a perspectiva crítica da interculturalidade se processa com base numa justiça cultural que compõe um quadro de lutas sociais e políticas nos países da América Latina em prol dos povos indígenas.

⁵² Neste período, aproximadamente onze países (Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela) do continente latino-americano estabeleceram em suas Constituições de seus Estados direitos que garantem as características multiétnica, pluricultural e multilíngue de suas populações. Dessa forma, políticas públicas que contemplassem a diversidade cultural passaram a ser desenvolvidas nestes países. (CANDAUI; RUSSO, 2010, p. 163).

⁵³ Cabe destacar que a Bolívia apresenta no seu conjunto populacional uma população majoritariamente indígena chegando a aproximadamente 65% e o Brasil 0,3% de sua população composta por indígenas. (CANDAUI; RUSSO, 2010, p. 157).

2.2 INTERCULTURALIDADE E A HERMENÊUTICA DIATÓPICA

Um dos paradigmas da modernidade ocidental corresponde à possibilidade da positivação e universalização dos direitos humanos, desde 1948 até os dias atuais, com inúmeros tratados, acordos, resoluções internacionais que ampliaram sobremaneira estes direitos, porém elementos como a desigualdade e a exclusão persistem na sociedade ocidental. Os processos de desigualdade e exclusão estão à margem dos princípios universais dos direitos humanos, pois são resultantes da contradição do próprio desenvolvimento capitalista e seus espaços de poder.

A partir da complexidade das relações de poder que são constituídas juntamente ao desenvolvimento do capitalismo, impõe-se uma cultura, ideologias, linguagem, as quais legitimam e reproduzem este sistema. Dessa forma, o que se apresenta como crítica ou oposição a esse modelo passa a ser rechaçado, excluído e marginalizado, pois desafia a verdade absoluta imposta.

A desigualdade e a exclusão são dois sistemas de pertença hierarquizada. No sistema de desigualdade, a pertença dá-se pela integração subordinada enquanto que no sistema de exclusão a pertença dá-se pela exclusão. A desigualdade implica um sistema hierárquico de integração social. Quem está em baixo está dentro e a sua presença é indispensável. Ao contrário, a exclusão assenta num sistema igualmente hierárquico, mas dominado pelo princípio da segregação: pertence-se pela forma como se é excluído. Quem está em baixo, está fora. Estes dois sistemas de hierarquização social, assim formulados, são tipos ideais, pois que, na prática, os grupos sociais inserem-se simultaneamente nos dois sistemas, em combinações complexas. (SANTOS, 2006, p. 280).

Assim, pode-se considerar que a desigualdade se constitui como um fenômeno de plano social e econômico. Todavia, a exclusão se compõe como um fenômeno de plano cultural e social. Dessa maneira, a igualdade e a diferença devem ser abordadas sobre o ponto de vista da realidade do sistema econômico, político e social vigente na contemporaneidade.

As normas de Direito traduzem a forma com a qual a sociedade capitalista lida com aqueles que cometem transgressões em relação a verdade absoluta imposta. Os grupos sociais que afrontam o plano cultural e social do sistema sofrem a exclusão, a rejeição e a segregação. Conforme preconiza Foucault (2013, p. 21), a estes transgressores caberá a heterotopia⁵⁴.

⁵⁴ “Ente todos estes lugares que se distinguem um dos outros, há os que são absolutamente diferentes: lugares que se opõem a todos os outros, destinados, de certo modo, a apagá-los, neutralizá-los ou purificá-los. São como contraespaços.” (FOUCAULT, 2013, p. 21).

As heterotopias biológicas, essas heterotopias de crise, desaparecem cada vez mais e são substituídas por heterotopias de desvio: isto significa que os lugares que a sociedade dispõe em suas margens, nas paragens vazias que a rodeiam, são antes reservados aos indivíduos cujo comportamento é desviante relativamente a média ou a norma exigida. (FOUCAULT, 2013, p. 22).

A modernidade e o capitalismo conduzem a gestão da desigualdade e da exclusão num processo político extremamente complexo. A complexidade aumenta constantemente, da mesma forma que também crescem e se agravam as desigualdades e as exclusões. O universalismo se constitui como elemento primordial para a gestão da desigualdade e da exclusão. Neste sentido, o universalismo se configura no dispositivo ideológico neste processo, assumindo duas configurações, a primeira de um universalismo antidiferencialista e o segundo o universalismo diferencialista. (SANTOS, 2006, p. 283).

O universalismo antidiferencialista atua na negação das diferenças, ou seja, permite somente a comparação simples, de forma homogeneizada, entre cidadãos, não permitindo comparações mais complexas. Pode-se considerar que ele opera pela descaracterização das diferenças e identidades.

Já o universalismo diferencialista atua na absolutização das diferenças, ou seja, opera segundo a norma do relativismo, que não permite a comparação entre situações transculturais. Desse modo, o universalismo diferencialista atua pela intensificação abstrata de várias diferenças ou identidades. Portanto, o universalismo antidiferencialista possibilita a desigualdade e a exclusão pelo excesso de semelhança e o universalismo diferencialista promove a desigualdade e a exclusão, por meio do excesso de diferença. (SANTOS, 2006, p. 284).

No que respeita à desigualdade, a função consiste em manter a desigualdade dentro dos limites que não inviabilizem a integração subordinada, designada de inclusão social pelas políticas estatais. Os direitos sociais e econômicos universais, o rendimento mínimo de inserção social e as políticas compensatórias, ('fome zero', bolsa escola, abono de família, assistência social) são os mecanismos modernos (muito diferentes entre si) para manter a desigualdade em níveis toleráveis. Obviamente tais níveis variam segundo a intensidade das lutas políticas e a capacidade do Estado e dos media para trivializar a desigualdade. No que se respeita a exclusão, a função consiste em distinguir, entre as diferentes formas de exclusão, aquelas que devem ser objeto de assimilação ou, pelo contrário, objeto de segregação, expulsão ou extermínio. Esta distinção é feita segundo critérios através dos quais o Estado tenta validade socialmente as diferenças entre o louco ou o criminoso perigoso e o não perigoso; entre o bom e o mau imigrante; entre o povo indígena bárbaro e o assimilável; entre o opositor e o comunista ou, mais recentemente, o terrorista; entre o desviante sexual tolerável e o intolerável; entre o muçulmano fundamentalista e o não fundamentalista; etc. (SANTOS, 2006, p. 284).

Entretanto, este modelo de controle social, por meio da gestão da desigualdade e da exclusão, em prática pela modernidade e o sistema capitalista, se encontra atualmente em

crise. Primeiramente, porque este modelo somente era aplicado em uma pequena parte dos Estados que compõem o globo⁵⁵. Num segundo momento, devido às transformações ocorridas no capitalismo mundial que impactaram as produções e empregos nacionais, colapsando as estruturas de apoio social dos Estados.

As transformações impostas por esta crise das instituições do Estado, inclusive das instituições e estruturas democráticas, estão colapsando desde políticas públicas sociais até privatizações de segmentos estratégicos públicos. Instituições tradicionais de organização política e da sociedade, como os partidos políticos e os sindicatos, perderam espaço de representatividade, credibilidade e reconhecimento político por parte da população em geral. Sendo que, nos casos dos sindicatos ocorreram diversos processos de esvaziamento dos mesmos em razão das novas configurações do capital mundial, do desemprego, do custo da mão de obra e robotização do trabalho.

Todavia, ante aos sistemas de desigualdade e exclusão e sua ampliação por meio da crise imposta ao Estado na atualidade, torna-se urgente uma ação contra hegemônica. Esta ação contra hegemônica objetiva uma reinvenção do próprio Estado por meio de novas práticas democráticas.

Dado o espaço-tempo global em que se passa este novo cosmopolitismo tem de articular diferentes formas democráticas, as quais terão de ser elas próprias multiculturais se quiserem ser o instrumento propiciador de uma nova articulação entre políticas de igualdade e políticas de identidade segundo o imperativo que enunciei: temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracterize. (SANTOS, 2006, p. 316).

Contudo, essas práticas envolvem a construção de um novo processo de globalização, de caráter contra hegemônico, crítico, emancipatório, cosmopolita, subalterno e insurgente. Tal movimento promoverá a superação dos sistemas de desigualdades e de exclusão para a configuração de um novo sistema entre políticas de igualdade e identidade, construídos através de um diálogo intercultural entre os povos e nações oprimidos do hemisfério sul do globo terrestre.

Nesse contexto, importa o estudo do conceito de hermenêutica diatópica como um elemento de diálogo intercultural entre diferentes saberes e culturas, com objetivo de

⁵⁵ Destaca-se que os modelos referidos são o da social democracia e do Estado Providência, os quais tiveram maior abrangência e atuação nos países do Atlântico Norte, mais especificadamente a América do Norte e a Europa Ocidental (inclusive esta última foi palco da política econômica e social do Estado de Bem Estar Social).

reconhecer e aplicar novas formas de solução de conflitos a partir de elementos do Direito exercido pelas comunidades indígenas.

O conceito de hermenêutica diatópica foi inicialmente constituído por Panikkar (2004), que considera que hermenêutica diatópica é uma “[...] reflexão temática sobre o fato de que os *loci (topoi)* de culturas historicamente não-relacionadas tornam problemáticas a compreensão de uma tradição com as ferramentas de outras e as tentativas hermenêuticas de preencher essas lacunas.” (PANIKKAR, 2004, p. 208).

O termo hermenêutica diatópica também foi abordado por Santos (2009), com a finalidade de promover e dirimir os processos que constituem a universalização dos Direitos Humanos perante as nações do globo. O objetivo do autor é o de estabelecer uma agenda mínima praticável em cada nação, tendo como escopo o respeito à diversidade cultural e a promoção do diálogo intercultural. (SANTOS, 2009, p. 15).

Para Tubino (2016), o processo constituinte da hermenêutica diatópica se assemelha ao do diálogo:

Diatópica significa que nunca ponemos ambos pies en el topos del otro; siempre estamos entre los dos y desde allí interpretamos gestos, creencias, categorías, mensajes. En otras palabras, al interpretar nos movemos dinámicamente estableciendo vínculos inéditos.

La hermenéutica diatópica, al igual que el diálogo, posee un nivel existencial y un nivel dialéctico, y el primero es condición constante («arjé») del segundo. El encuentro afectivo y vivencial es el momento del acercamiento, de la copertenencia. La interpretación teórica del investigador es el momento del distanciamiento, es una elaboración teórica de las vivencias interculturales que busca hacerlas inteligibles desde los presupuestos de nuestros respectivos topoi. La tensión irresoluble entre familiaridad y extrañeza es por eso intrínseca a la hermenéutica entre culturas⁵⁶. (TUBINO, 2016, p. 85).

Dessa forma, a hermenêutica diatópica evidencia que não há interpretações prontas ou acabadas, que não há culturas completas e que as interpretações culturalmente contextualizadas, geralmente possuem uma legitimidade local e não global. Assim, a incompletude não é visível a partir do interior das culturas e, para torná-la visível, é necessário o exercício de visualizar, por meio (a partir) do outro. (TUBINO, 2016, p. 88).

⁵⁶ Tradução livre: “Diatópico significa que nunca colocamos os dois pés um sobre o outro; estamos sempre entre os dois e a partir daí interpretamos gestos, crenças, categorias, mensagens. Em outras palavras, ao interpretar, nós nos movemos dinamicamente estabelecendo links sem precedentes.

A hermenêutica diatópica, como o diálogo, tem um nível existencial e um nível dialético, e o primeiro é uma condição constante (“arje”) do segundo. O encontro afetivo e experiencial é o momento de reaproximação, de cooperação. A interpretação teórica do pesquisador é o momento do distanciamento, é uma elaboração teórica de experiências interculturais que busca torná-las inteligíveis a partir dos orçamentos de nossos respectivos *topoi*. A tensão insolúvel entre familiaridade e estranheza é, portanto, intrínseca à hermenêutica intercultural.” (TUBINO, 2016, p. 85).

Está é a proposta da abordagem metodológica, por meio do uso da hermenêutica diatópica, de visualizar as próprias convicções e visão de mundo a partir das convicções e visão de mundo do outro. Isto proporciona a possibilidade de ver nossa incompletude e, também de constatar o caráter não evidente de nossas evidências. Com os diálogos interculturais experimentamos constantemente a necessidade de explicar ou de justificar as ideias ou ações, as quais em nossa cultura são evidentes ou de senso comum. (TUBINO, 2016, p. 88-89).

O grande desafio da política emancipatória na atualidade é a transformação do conceito e da prática dos Direitos Humanos, de características de um localismo globalizado⁵⁷ para uma proposta cosmopolita⁵⁸. Neste sentido, são cinco premissas básicas que assegurariam essa transformação cosmopolita dos Direitos Humanos, a saber: a superação do debate sobre o universalismo e relativismo cultural; a aceitação das formas distintas de concepção da dignidade humana, principalmente pelo fato de que nem todas as culturas sequer possuem este conceito em termos do Direito; a compreensão da incompletude cultural de todas as culturas em relação às concepções de cada uma sobre a dignidade humana; a constatação de que as diversas culturas no mundo possuem versões distintas sobre a dignidade humana em relação a profundidade, reciprocidade e abertura; a conscientização de que todas as culturas acabam por distribuir as pessoas e os grupos sociais entre dois princípios: o da igualdade e o da diferença. (SANTOS, 2009, p. 14-15).

Desse modo, as cinco premissas listadas acima constituem um diálogo intercultural sobre a dignidade humana que pode constituir uma concepção de Direitos Humanos que

⁵⁷ Santos considera como a primeira forma de globalização, o localismo globalizado. “Consiste no processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso, seja a atividade mundial das multinacionais, a transformação da língua inglesa em língua franca, a globalização do *fast food* americano ou da sua música popular, ou seja a adoção mundial das leis de propriedade intelectual ou de telecomunicações dos EUA.” (SANTOS, 2009, p. 12).

⁵⁸ À terceira forma de globalização, Boaventura de Sousa Santos, designa por cosmopolitismo, o qual considera o “[...] conjunto muito vasto e heterogêneo de iniciativas, movimentos e organizações que partilham a luta contra a exclusão e a discriminação sociais e a destruição ambiental produzidas pelos localismos globalizados e pelos globalismos localizados, recorrendo a articulações transnacionais tornadas possíveis pela revolução das tecnologias de informação e de comunicação. As atividades cosmopolitas incluem diálogos e articulações Sul-Sul; novas formas de intercâmbio operário; redes transnacionais de lutas ecológicas, pelos direitos da mulher, pelos direitos dos povos indígenas, pelos Direitos Humanos em geral; solidariedade anticapitalista entre o Norte e o Sul. O Fórum Social Mundial que se reuniu em Porto Alegre a partir de 2001 é hoje a mais pujante afirmação de cosmopolitismo no sentido aqui adotado. Não uso cosmopolitismo no sentido moderno convencional. Para mim, cosmopolitismo é a solidariedade transnacional entre grupos explorados, oprimidos ou excluídos pela globalização hegemônica. O cosmopolitismo que defendo é o cosmopolitismo do subalterno em luta contra a sua subalternização.” (SANTOS, 2009, p. 12-13).

caracterizam as diversas culturas. Com essas premissas é possível propor um diálogo intercultural que possa analisar os diferentes *topoi*⁵⁹ culturais de cada cultura. Os *topoi* são os lugares comuns e culturais de cada comunidade, constituem o conjunto de normas culturais que as formam.

Pode-se, assim considerar que a hermenêutica diatópica

[...] baseia-se na ideia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua, por meio de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisso reside o seu caráter diatópico. (SANTOS, 2009, p. 15).

Todavia, a hermenêutica diatópica apresenta um dilema em sua concepção, pois aquelas culturas consideradas completas poderiam participar de diálogos interculturais sem terem a possibilidade de serem descaracterizadas ou absorvidas por outras culturas. Nesse sentido, apenas uma cultura historicamente dominante e hegemônica perante outras culturas teria a possibilidade de se autodenominar incompleta, sem ter a possibilidade de deixar de existir. (SANTOS, 2009, p. 17).

Nesse contexto, o impasse em razão da completude cultural pode ser constituído quando uma determinada cultura, ao se compreender completa, não irá participar de diálogos culturais com outras culturas, pois poderá se tornar vulnerável e passível de conquista⁶⁰. No entanto, fechar-se para qualquer outra cultura é uma estratégia suicida, por isso Santos (2009, p. 17) propõe que se deva “[...] senão elevar as exigências do diálogo intercultural até um nível suficientemente alto para minimizar a possibilidade de conquista cultural, mas não tão alto que destrua a própria possibilidade do diálogo.”

Pakkinar (2004, p. 221) também considera os riscos de uma abordagem cultural focada somente no Ocidente. Isto porque não existem valores transculturais dominantes, tendo em vista que um valor existe como tal exclusivamente em um dado contexto cultural. No entanto,

⁵⁹ “Podemos compreender *topoi* como lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura, que funcionam como premissas de argumentação que, por sua evidência, não se discutem e tornam possíveis a produção e a troca de argumentos.” (SANTOS, 2009, p. 15).

⁶⁰ Como exemplo de culturas que acreditavam ser completas, verifica-se o conflito cultural instaurado entre o conquistador espanhol e o povo inca no Peru, numa das maiores insurreições indígenas das Américas: “[...] às minas espanholas foram lançados centenas de índios escultores, arquitetos, engenheiros e astrônomos, confundidos entre a multidão escrava, para realizar um tosco e esgotador trabalho de extração. Para a economia colonial, a habilidade técnica destes indivíduos não interessava. Eles só eram contados como trabalhadores não qualificados.” Mas não se perderam todos os sinais daquelas culturas destruídas. A esperança de renascimento da dignidade perdida incendiaria numerosas sublevações indígenas. Em 1781, Túpac Amaru sitiou Cuzco.” (GALEANO, 2009, p. 32).

[...] pode haver valores interculturais, ou, podemos dizer, uma crítica intercultural é de fato possível, não consistindo em avaliar um construto cultural a partir das categorias de outro, e sim na tentativa de compreender e criticar um problema humano específico com as ferramentas de compreensão de diferentes culturas envolvidas, e, ao mesmo tempo, na consideração temática de que a própria consciência e, mais ainda, a formulação do problema, já são culturalmente condicionadas. (PANIKKAR, 2004, p. 221).

Portanto, a hermenêutica diatópica consiste num processo de reciprocidade entre culturas com a finalidade de propor alterações nas premissas argumentativas de determinada cultura em argumentos compreensíveis, acessíveis e com credibilidades em outras culturas. Somente assim será possível estabelecer um diálogo intercultural com equidade e equilíbrio entre grupos sociais culturalmente distintos.

Com o intuito de dirimir os possíveis conflitos decorrentes de imperativos transculturais, Santos (2009) propõe cinco pontos que devem ser seguidos por aqueles grupos sociais e culturais que tenham como objetivo o diálogo intercultural:

1. Da completude à incompletude. O verdadeiro ponto de partida do diálogo é o momento de frustração ou de descontentamento com a cultura a que pertencemos. Esse sentimento suscita a curiosidade por outras culturas. A hermenêutica diatópica aprofunda, à medida que progride, a incompletude cultural, transformando a consciência inicial de incompletude, em grande medida difusa e pouco articulada, numa consciência autorreflexiva.

2. Das versões culturais estreitas às versões amplas. As culturas têm grande variedade interna, e a consciência dessa diversidade aprofunda-se à medida que a hermenêutica diatópica progride. Das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida para o diálogo intercultural a que representa o círculo de reciprocidade mais amplo, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro. No que respeita às duas versões da cultura ocidental dos Direitos Humanos, a liberal e a social democrática, deve ser privilegiada a última, porque amplia para os domínios econômico e social a igualdade que a versão liberal apenas considera legítima no domínio político.

3. De tempos unilaterais a tempos partilhados. Pertence a cada comunidade cultural decidir quando está pronta para o diálogo intercultural. A cultura ocidental, durante séculos, não teve qualquer disponibilidade para diálogos interculturais mutuamente acordados e agora, ao ser atravessada por uma consciência difusa de incompletude, tende a crer que todas as outras culturas estão igualmente disponíveis para reconhecer a sua incompletude e, mais do que isso, ansiosas para se envolver em diálogos interculturais com o Ocidente. O direito à pausa antes de avançar para uma nova fase, bem como a reversibilidade do diálogo são cruciais para impedir que ele se perverta e se transforme em conquista cultural ou em fechamento cultural recíproco. A ausência ou a deficiente explicitação de regras para o diálogo intercultural podem transformá-lo na fachada benevolente sob a qual se escondem trocas culturais muito desiguais. Da mesma maneira, o estabelecimento unilateral do fim do diálogo intercultural é diferente quando tomado por uma cultura dominante ou por uma cultura subordinada. No primeiro caso, frequentemente manifestam-se objetivos imperiais, como a “luta contra o terrorismo”, enquanto no caso de culturas subordinadas trata-se, muitas vezes, de autodefesa ante a impossibilidade de controlar minimamente os termos do diálogo. A vigilância política, cultural e epistemológica da hermenêutica diatópica é, pois, uma condição do êxito desta.

Cabe às forças, aos movimentos e às organizações cosmopolitas defender as virtualidades emancipatórias da hermenêutica diatópica dos desvios reacionários.

4. De parceiros e temas unilateralmente impostos a parceiros e temas escolhidos por mútuo acordo. Talvez a condição mais exigente da hermenêutica diatópica seja a ideia de que tanto os parceiros como os temas do diálogo devem resultar de acordos mútuos. No que respeita aos temas, a convergência é muito difícil de alcançar, porque a possibilidade de tradução intercultural dos temas é inerentemente problemática e porque em todas as culturas há temas demasiadamente importantes para ser incluídos no diálogo com outras culturas. Ainda assim, o importante para a hermenêutica diatópica é a direção, a noção e o sentimento de incompletude da cultura.

5. Da igualdade ou diferença à igualdade e diferença. O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja prosseguido de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. (SANTOS, 2009, p. 17-18).

Desse modo, Santos (2009), ao propor as orientações e imperativos transculturais acima, estabelece as condições para uma interculturalidade progressista. Tal procedimento objetiva concretizar um diálogo intercultural entre grupos sociais e culturais distintos, tendo como ferramenta metodológica principal a hermenêutica diatópica.

No mesmo sentido, aponta Tubino (2016, p. 90), o qual afirma que a hermenêutica diatópica não considera devidamente as relações de poder intra e interculturais que podem existir entre as culturas no momento que é estabelecido o diálogo intercultural. O referido autor continua a destacar que a simetria intra e intercultural são condições *sine qua non* para a concretização de um diálogo intercultural.

Para Tubino (2016, p. 91-92), quando ocorrem condições assimétricas entre grupos sociais e culturais, principalmente em relação à injustiça cultural e a injustiça distributiva (social), o diálogo intercultural se configura em um instrumento de conquista hegemônica para legitimar as desigualdades econômicas e sociais existentes. Para o autor, por exemplo, no caso de um diálogo intercultural sobre os Direitos Humanos, deve se ter a consciência de estabelecer o mesmo a partir de um cosmopolitismo subalterno e não com o foco predominante de um localismo globalizado.

Nesse contexto, pode-se analisar e exemplificar a necessária relação intrínseca entre hermenêutica diatópica, interculturalidade e direitos humanos, na questão entre o *topos* dos direitos humanos na cultura ocidental, o *topos* do *dharma*⁶¹, na cultura hindu e o *topos* da *umma*⁶² na cultura islâmica. Esta comparação, num primeiro momento, enseja as dúvidas e as críticas na relação entre *topois* seculares e religiosos que afirmam a inviabilidade. Todavia, conforme Santos, nesta situação específica deve-se considerar dois elementos em relação aos termos secular e religioso, por meio de uma abordagem a partir da hermenêutica diatópica. O primeiro ponto se refere à distinção propriamente dita entre religioso e secular na cultura ocidental e numa determinada cultura não-ocidental. Não há elementos equivalentes conceituais e distintos entre as duas culturas perante os conceitos de religioso e secular. Num segundo ponto, pode-se destacar que mesmo na cultura ocidental, o processo de secularização não é absoluto, havendo pontos de confluências e variações, entre diversos Estados ocidentais. Portanto, a própria distinção entre religioso e secular deve ser submetida a hermenêutica diatópica. (SANTOS, 2006, p. 448).

Considerando os direitos humanos, a partir do *topos* do *dharma*, pode-se considerar que os mesmos são incompletos, tendo em vista que não estabelecem o elo entre o indivíduo e o todo (cosmos). Os direitos humanos são fundamentados na relação dogmática e tecnicista da concepção ocidental entre direitos e deveres. Neste sentido, os direitos humanos somente podem estabelecer direitos para aqueles a quem seja possível exigir deveres.⁶³ Dessa forma, verifica-se que não é possível, na visão ocidental dos direitos humanos, garantir direitos a natureza e as gerações futuras. (SANTOS, 2006, p. 449).

⁶¹ “*Dharma* é aquilo que mantém e dá coesão e, portanto, força, a qualquer coisa dada, à realidade, e, em última análise, aos três mundos. A justiça mantém o funcionamento das relações humanas; a moralidade mantém a pessoa em harmonia; a lei é o princípio organizador das relações humanas; a religião é o que mantém o universo em existência; o destino é o que nos vincula ao nosso futuro; a verdade é a coesão interna de algo; uma qualidade é aquilo que permeia algo com um caráter homogêneo; um elemento é a mínima partícula consistente, espiritual ou material; e assim por diante.” (PAKKINAR, 2004, p. 230-231).

⁶² “Os passos do Corão em que surge a palavra *umma* são tão variados que o seu significado não pode ser definido com rigor. O seguinte, porém, parece ser o certo: o conceito de *umma* refere-se sempre a comunidade étnica, linguística ou religiosa de pessoas que são o objeto do plano divino da salvação. À medida que a actividade profética de Maomé foi progredindo, os fundamentos religiosos da *umma* tornaram-se cada vez mais evidentes e, conseqüentemente, a *umma* dos árabes foi transformada na *umma* dos muçumanos.” (SANTOS, 2006, p. 450).

⁶³ Numa perspectiva liberal individualista. Numa concepção social do direito, é possível estabelecer direitos sem vincular subjetivamente os deveres. Como por exemplo o casos dos direitos difusos e coletivos.

Todavia, a visão de mundo que concebe o *dharma*, não tem como enfoque se interessar em identificar o direito de um determinado indivíduo em relação ao outro, ou do indivíduo perante a sociedade. O *dharma* tem como escopo a designação do caráter *dharmico* (direito, verdadeiro, coerente, entre outros) de uma determinada conduta inserida na complexidade do todo (cosmos). O *dharma* se constitui como primordial, não sendo possível ser abordado em categorias morais ou epistemológicas. Nele estão englobados conflito e solução ou o que se deve e o que não se deve. (PANIKKAR, 2004, p. 231).

Nosso ponto de partida não é um indivíduo, mas toda a complexa concatenação do real. Para proteger o mundo, em nome da proteção deste universo, diz *Manu*, o *Svayambhu*, aquele que existe *per se*, organizou as castas e seus deveres. O *dharma* é a ordem da realidade como um todo, aquilo que mantém o mundo coeso. O dever do indivíduo é manter seus direitos, é descobrir seu lugar em relação à sociedade, ao cosmos e ao mundo transcendente. (PANIKKAR, 2004, p. 231).

Assim, ao analisar o *dharma*, a partir do *topos* dos direitos humanos, pode-se verificar que o mesmo também é incompleto. Isto porque, ao propor uma abordagem não-dialética para a harmonia, acaba por suplantando injustiças e negligência ao valor do conflito na compreensão e constituição de uma harmonia mais ampla. Ademais, o *dharma* não considera a questão dos impactos individuais da aflição humana sobre os indivíduos, bem como a ausência de garantias e proteções individuais, deixando estes totalmente desprotegidos.

Quanto a análise de hermenêutica diatópica aplicada entre o *topos* da *umma* na cultura islâmica e o *topos* direitos humanos na cultura ocidental. Desse modo, os direitos humanos, a partir do *topos* da *umma*, apresentam um viés de incompletude em razão dos direitos individuais não promoverem ligações e solidariedades coletivas. Já, a partir do *topos* dos direitos humanos, na questão dos direitos individuais, a *umma* potencializa demasiadamente os deveres em contraposição dos direitos, permitindo desigualdades de gênero ou de religião.

A hermenêutica diatópica mostra-nos que a fraqueza fundamental da cultura ocidental consiste em estabelecer dicotomias demasiado rígidas entre o indivíduo e a sociedade, tornando-se assim, vulnerável ao individualismo possessivo, ao narcisismo, à alienação e à anomia. De igual modo, a fraqueza fundamental das culturas hindu e islâmica deve-se ao facto de nenhuma delas reconhecer que o sofrimento humano tem uma dimensão individual irredutível, a qual só pode ser adequadamente considerada numa sociedade não hierarquicamente organizada. (SANTOS, 2006, p. 450).

Pode-se considerar, portanto, que a hermenêutica diatópica é um instrumento que possibilita a cooperação entre culturas distintas, ou seja, promove a interculturalidade entre grupos sociais culturalmente distintos. A hermenêutica diatópica também promove a constatação de incompletudes mútuas entre culturas, sendo estas incompletudes condição obrigatórias para a realização de um diálogo intercultural exitoso.

Nessa linha, torna-se difícil uma abordagem dos direitos humanos a partir da hermenêutica diatópica, tendo em vista o desenvolvimento destes ao longo da história. A cultura ocidental dominante, inclusive os processos de codificação dos direitos humanos e demais tratados e acordos internacionais, impôs seu modelo político, econômico e social perante os demais grupos sociais e nações mundiais. Na maioria das vezes, esse processo foi consolidado por meio de extrema opressão, guerras, escravidão, colonialismo, dependência financeira, entre outras.

No entanto, processo semelhante pode ser observado em determinadas culturas, não-ocidentais, quando estas também se impõem e oprimem outras culturas.

[...] o reconhecimento empobrecimento recíproco, ainda que assimétrico, da vítima e do opressor é a condição básica para um diálogo intercultural. Apenas o conhecimento da densidade e da complexidade da história nos permite actuar independente dela. O exame minucioso entra a vítima e o opressor previne-nos contra distinções demasiado estritas entre culturas, uma prevenção que é particularmente relevante no caso das culturas dominante. Um diálogo intercultural deve partir da dupla constatação de que as culturas foram sempre interculturais, e de que as trocas e interpenetrações entre elas foram sempre muito desiguais e quase sempre hostis ao diálogo cosmopolita. (SANTOS, 2006, p. 450).

Desta forma, o Direito Ocidental Moderno, por meio do Estado Nação, tem sido aplicado hegemonicamente perante todos os grupos sociais e culturais que estão submetidos a ele. Assim, o Direito Estatal hegemônico se constitui como um localismo globalizado que refuta outras formas de conceber o Direito nas diferentes culturas. Portanto, compete à hermenêutica diatópica propiciar as condições da promoção de um diálogo cultural para conceber uma política cosmopolita para o Direito Estatal. Uma proposta que o conecte com outras formas culturais de se conceber o Direito, como a dos povos originários latino-americanos, em face de uma emancipação cultural e social.

2.3 O DIÁLOGO INTERCULTURAL NO DIREITO

O diálogo intercultural, na contemporaneidade culturalmente diversa, deve superar os elementos constitutivos de um conceito novo que supere o paradigma de diálogo entre civilizações. Para superar este paradigma, figuram as diversas formas pelas quais as culturas se relacionam e podem se interagir.

Ademais, a discussão está relacionada com a viabilidade prática de se estabelecer o diálogo intercultural entre povos socialmente e culturalmente distintos, tendo como escopo o Direito. Para tanto, inicia-se o debate com a conceituação do termo diálogo cultural, bem como os procedimentos de constituição do mesmo para, em seguida, tecer a aplicação no Direito e analisar experiências de diálogo intercultural no Direito que ocorrem na América Latina.

As culturas não se configuram como entidades estáticas, elas apresentam complexidades próprias. Nesse sentido, uma das primeiras dificuldades para se estabelecer o diálogo intercultural entre culturas é a visão de compreender as mesmas como algo fixo e não passível de interações ou até integrações. “Descrever como linhas de fraturas as diferenças entre as culturas significa ignorar a permeabilidade das fronteiras culturais e potencial criativo que nelas exercem os indivíduos.” (UNESCO, 2009, p. 09).

Ao longo da história humana, é possível verificar as interligações culturais estabelecidas por meio de distintas formas de manifestação de práticas culturais. Estas práticas culturais se manifestam desde relações comerciais que se desdobravam em intercâmbios de mercadorias e pessoas, como as rotas comerciais do Renascimento Cultural europeu no Mediterrâneo, e também a Rota da Seda. Também, encontra-se a imposição de determinados valores culturais por meio dos processos forçados de colonização⁶⁴ e da própria guerra. Esses processos são constituídos como aculturação inversa, nos quais uma cultura dominante é assimilada pela cultura dominada.

Dessa forma, para o estabelecimento do diálogo intercultural, determinados estereótipos culturais devem ser superados. Isto porque os estereótipos culturais podem levar o diálogo intercultural para temas que se limitam somente nas diferenças e estas podem levar a um ambiente de intolerância de difícil reversão entre culturas.

⁶⁴ Os processos de colonização estabelecidos no continente americano, com ênfase no processo colonial na América Latina, perpetuado pelas monarquias portuguesas e espanholas por meio de um processo de colonização de exploração. Nessas colônias de exploração, o método aplicado pelo colonizador desconsiderava qualquer função ou importância dos povos originários que ali viviam, bem como do total desinteresse para a cultura destes povos. “Estes dois sistemas opostos de colonização interior mostram uma das diferenças mais importantes entre os modelos de desenvolvimento dos Estados Unidos e da América Latina. Por que o norte é mais rico e o sul mais pobre? O rio Bravo marca muito mais do que uma fronteira geográfica. O profundo desequilíbrio de nossos dias, que parece confirmar a profecia de Hegel sobre a inevitável guerra entre uma e outra América, nasceu da expansão imperialista dos Estados Unidos ou tem raízes mais antigas? Na realidade, no norte e no sul tinham-se gerado, já na matriz colonial, sociedades muito pouco parecidas e a serviço de fins que não eram os mesmos¹²⁹. Os peregrinos do Mayflower não atravessaram o mar para conquistar tesouros legendários nem para arrasar civilizações indígenas inexistentes no norte, mas para se estabelecer com suas famílias e reproduzir, no Novo Mundo, o sistema de vida e de trabalho que praticavam na Europa. Não eram mercenários, mas pioneiros; não vinham para conquistar, mas para colonizar: fundaram ‘colônias de povoamento’.” (GALEANO, 2009, p. 93).

Nesse contexto, ao analisar a união semântica das palavras “diálogo” e “interculturalidade”, tem-se, a partir de uma visão social de mundo, uma concepção que visa promover o pensar crítico-problematizador em relação à condição humana no mundo. Segundo, Paulo Freire (1987, p. 45), o diálogo implica:

O diálogo é este encontro dos homens, mediatizados pelo mundo, para pronunciá-lo, não se esgotando, portanto, na relação eu-tu. Esta é a razão por que não é possível o diálogo entre os que querem a pronúncia do mundo e os que não a querem; entre os que negam aos demais o direito de dizer a palavra e os que se acham negados deste direito. É preciso primeiro que, os que assim se encontram negados no direito primordial de dizer a palavra, reconquistem esse direito, proibindo que este assalto desumanizante continue. Se é dizendo a palavra com que, “pronunciando” o mundo, os homens o transformam, o diálogo se impõe como caminho pelo qual os homens ganham significação enquanto homens. Por isto, o diálogo é uma exigência existencial. E, se ele é o encontro em que se solidariza o refletir e o agir de seus sujeitos endereçados ao mundo a ser transformado e humanizado, não pode reduzir-se a um ato de depositar idéias de um sujeito no outro, nem tampouco tornar-se simples troca da, idéias a serem consumidas pelos permutantes.

Quanto à interculturalidade, o grande desafio está em promover a transformação da diversidade cultural por meio de um diálogo consistentemente crítico entre as culturas e das culturas, ou seja, um diálogo intercultural. Nesse ponto, segundo Freire, torna-se essencial o diálogo intercultural e, a partir deste, o desenvolvimento de uma vontade política que promova e garanta o respeito e o fortalecimento mútuo entre as culturas. (FREIRE, 1987, p. 45-46).

O diálogo intercultural, quando não refutado pelo poder estabelecido por uma determinada cultura dominante, possibilita o reconhecimento, a proteção e o respeito entre as características culturais próprias de cada sociedade. Assim, os desafios do diálogo intercultural, num mundo multicultural, estão relacionados com o conjunto de requisitos necessários para uma interação com o “outro”, ou seja, com o “diferente de nós”. Esses requisitos ou características são basicamente de natureza comunicativa e de visões (concepções) de mundo. O sucesso do diálogo intercultural está mais relacionado com elementos como a capacidade básica de ouvir o outro, a flexibilidade cognitiva, a humildade, a empatia e a hospitalidade do que o conhecimento técnico sobre outra cultura. (UNESCO, 2009, p. 09-10).

A Unesco⁶⁵ destaca modelos de diálogos interculturais exitosos e que foram aplicados em situações de pós-conflitos com objetivo de reconstrução de relações entre grupos sociais distintos. Esses modelos de diálogo demonstram que o que diferencia pode também contribuir para unir ao contemplar os testemunhos da humanidade comum. Dentre os modelos, destacam-se a Comissão de Verdade e Reconciliação Sul-Africana e os processos de reconciliação nacional em Ruanda; a promoção de “lugares de memória” (a prisão de *Robben Island* na África do Sul, a ponte de *Mostar* na Bósnia e os Budas de *Bamiyan* no Afeganistão). (UNESCO, 2009, p. 10).

Nesse contexto, a promoção do diálogo intercultural se destaca, sobretudo pelo fortalecimento da autonomia, a partir do conhecimento de que cada povo tem sobre si e da sua capacidade de transmitir um conjunto de referências a outro povo. Portanto, faz-se necessário o fortalecimento da autonomia de todos os envolvidos, mediante ações que possibilitem a interação, sem danos às identidades culturais pessoais ou coletivas. Pode-se também, nesse ponto, citar casos de sucesso, como o dos estudos cartográficos comunitários, os quais auxiliaram a capacitar “[...] as populações indígenas que procuram recuperar no plano internacional o direito à terra e aos recursos ancestrais e um desenvolvimento autonomamente definido.” (UNESCO, 2009, p. 10).

Pakkinar (2004) afirma que, para o estabelecimento de um diálogo cultural entre distintos grupos sociais e culturais, em relação aos Direitos Ocidentais, se deve observar no mínimo dois requisitos. O primeiro consiste na criação de espaços para que outras culturas do mundo se desenvolvam e constituam suas próprias concepções correspondentes ou opostas aos Direitos Ocidentais.

O autor destaca que tal premissa é fundamental para a sobrevivência de culturas não ocidentais e que a abordagem intercultural é o instrumento teórico-filosófico mais eficaz. Como segundo requisito, o autor propõe a necessidade de que seja estabelecido, entre aqueles

⁶⁵ No Relatório Mundial da Unesco de 2009 são apresentadas as seguintes recomendações aos Estados, às organizações internacionais e regionais - sejam elas intergovernamentais ou não governamentais - às instituições nacionais e às entidades do setor privado, em relação ao Diálogo Intercultural:

“Dever-se-ia continuar a apoiar as redes e as iniciativas favorecendo o diálogo intercultural e interconfessional, em todos os níveis, permitindo que novos parceiros – nomeadamente as mulheres e os jovens – sejam parte integrante do diálogo. Para esse fim, seria necessário:

a) Elaborar medidas que permitam, aos membros das comunidades e aos grupos vítimas de discriminação e de estigmatização, participar na definição dos projetos concebidos para lutar contra os estereótipos culturais. b) Apoiar as iniciativas que visem desenvolver espaços reais e virtuais e fornecer meios para facilitar a interação cultural, em particular nos países onde exista um conflito intercomunitário. c) Valorizar os “lugares de memória”, que tenham valor simbólico e favorecer a reconciliação entre as comunidades no contexto geral da aproximação entre as culturas.” (UNESCO, 2009, p. 34).

que promovem o diálogo intercultural, um espaço para as críticas recíprocas. Para ele somente, a partir destas premissas constitui-se uma civilização mais humana. (PANIKKAR, 2004, p. 236-237).

O processo de diálogo intercultural consiste no reconhecimento e no respeito de formas distintas de conhecimento e os seus modos de expressão, costumes e tradições dos participantes. Por conseguinte, para a resolução de conflitos, o diálogo intercultural tem como referência básica a igual dignidade dos participantes. Dessa maneira, para o estabelecimento de um diálogo intercultural se faz necessário o empoderamento de todos os envolvidos, sem a perda ou redução da identidade cultural pessoal ou coletiva.

Nesse sentido, mostra-se salutar dar relevância a um diálogo intercultural acerca dos direitos humanos para que se chegue a esse tão esperado consenso. Esse será o elemento universalista da concepção de dignidade humana.

Cada cultura possui o seu próprio entendimento sobre os direitos considerados mínimos e nenhuma cultura é completa. As lacunas existentes podem ser preenchidas por meio do diálogo entre as culturas, considerando as fraquezas e pontos fortes de cada uma, a fim de se aprender com elas e alcançar uma concepção intercultural dos direitos humanos.

Assim, a ótica intercultural está direcionada à organização de uma sociedade democrática, que considere a diversidade, o respeito à diferença e à igualdade, com políticas de reconhecimento da identidade de todos os povos, pressupondo uma perspectiva intercultural das políticas libertadoras de direitos humanos. (LIMA; CROCETTA, 2019, p. 109-110).

Nesse sentido, torna-se primordial o estabelecimento de princípios que sejam constituídos a partir do diálogo intercultural com metodologias que garantam a consulta e mobilização dos grupos sociais. Para tanto, é necessário políticas públicas que promovam a equidade com relação ao direito a diferença cultural.

O Direito, a partir da sua configuração ocidental e tradição ligada ao Estado Nação e a modernidade, é extremamente reativo para o estabelecimento de um diálogo intercultural para a construção de novas experiências e transformações no sistema jurídico. A premissa do monismo jurídico na construção do arquétipo do Direito positivado acaba por refutar qualquer outra forma de se compreender a realidade posta.

Desse modo, compreender o Direito a partir de experiências culturais atreladas ao historicismo do Estado Nação e às suas particularidades históricas não propiciarão o diálogo intercultural. No entanto, tendo em vista a proposta de estabelecer um diálogo intercultural no Direito, deve-se executá-lo, para que este se efetive, segundo algumas premissas:

*En el paradigma emergente, el principio de la autodeterminación interna es tan importante como el de la autodeterminación externa. Tenderán a desaparecer las distinciones entre ciudadanos y no ciudadanos, entre emigrantes y nacionales, y, además, las ciudadanías -tal y como las nacionalidades-tenderán a ser plurales. La tónica retórica del espacio mundial está orientada hacia la hermenéutica diatópica y el **diálogo intercultural**, y se asienta en los topoi de la democracia, del*

cosmopolitismo y del patrimonio común de la humanidad. Durante las primeras fases de la transición para-digmática, deberá también privilegiarse una tónica del Sur no imperial.

En el espacio mundial, la dimensión de providencia social del Estado consiste en garantizar la experimentación con nuevas formas de sociabilidade internacional y transnacional, basadas en conceptos alternativos de soberanía que tiendan a la creación de instancias parciales de gobierno transnacional (incluyendo gobiernos locales transnacionalmente articulados en red). También en este caso, el Estado asume en la transición paradigmática una naturaleza dual: un número creciente de relaciones que el paradigma dominante concibe como relaciones externas será reconceptualizado como relaciones internas.⁶⁶ (grifo nosso) (SANTOS, 2003a, p. 390).

Pode-se verificar que o Estado e seu correspondente jurídico não são os únicos elementos que possuem a tutela e a possibilidade de produzirem o Direito. O pluralismo jurídico comunitário participativo, os Estados plurinacionais andinos, entre outras experiências, são possibilidades alternativas de se constituir o Direito a partir de outros paradigmas sociais, culturais, políticos e econômicos.

Os Estados plurinacionais decorrem dos processos de constitucionalismo plurinacional, o qual é baseado nas relações interculturais igualitárias que reconfiguram os direitos constitucionais e o próprio Estado nacional. As novas configurações do Estado plurinacional não são reduzidas a alterações e emendas que promovam reconhecimentos de ordem cultural, mas sim espaços políticos e garantias de direitos para a deliberação intercultural em ambientes democráticos. (GRIJALVA, 2009, p. 117).

O Estado plurinacional e intercultural é mais um passo em relação aos questionamentos já propagados em outros momentos históricos ao Estado nacional efetuados pelo Estado social e o Estado federal, para uma transformação estrutural.

O constitucionalismo plurinacional só pode ser profundamente intercultural, uma vez que a ele corresponde constituir-se no âmbito de relação igual e respeitosa de distintos povos e culturas, a fim de manter as diferenças legítimas, e eliminar – ou, ao menos, diminuir – as ilegítimas, mantendo a unidade como garantia da diversidade. O desenvolvimento do Estado plurinacional e intercultural, no entanto, não tem sido livre de tensões, contradições, retrocessos e paradoxos. De fato, uma versão ou fase sua, que passou a ser denominada de Estado multicultural, é

⁶⁶ Tradução Livre: “O paradigma emergente, o princípio da autodeterminação interna é tão importante quanto o da autodeterminação externa. As distinções entre cidadãos e não-cidadãos, entre emigrantes e nacionais, tenderão a desaparecer e, além disso, os cidadãos - assim como as nacionalidades - tenderão a ser plurais. A retórica tónica do espaço mundial é orientada para a hermenêutica diatópica e o **diálogo intercultural**, e baseia-se nos *topoi* da democracia, do cosmopolitismo e do patrimônio comum da humanidade. Durante as primeiras fases da transição paradigmática, um tópico do Sul não imperial também deveria ser privilegiado.

No espaço global, a dimensão da providência social do Estado é garantir a experimentar com novas formas de sociabilidade internacional e transnacional, com base em conceitos alternativos de soberania que tendem a criar instâncias parciais de governança transnacional (incluindo governos locais transnacionalmente articulados rede). Também neste caso, o Estado assume uma dupla natureza na transição paradigmática: um número crescente de relações que o paradigma dominante concebe como relações externas será reconceitualizado como relações internas. (grifo nosso) (SANTOS, 2003a, p. 390).

caracterizada pela integração formal de dimensões étnicas e culturais nos textos constitucionais. Trata-se de um reconhecimento culturalista que subtrai as condições políticas e econômicas concretas dos povos e nacionalidades indígenas. Essa subtração leva o Estado multicultural a uma contradição, uma vez que nega, ou, ao menos, subvalora as próprias condições de existência dos povos cujas culturas busca defender e promover. (GRIJALVA, 2009, p. 117-118).

Nesse sentido, tendo em vista as limitações do multiculturalismo, a plurinacionalidade se desenvolve numa perspectiva de estabelecer um diálogo intercultural, promovendo assim uma renovação crítica ao modelo anteriormente proposto. Dessa forma, o diálogo intercultural, permeando o próprio Direito, propicia a constituição de um Estado formado por nações e povos unidos, com base em identidades culturais profundas e, principalmente uma vontade de integração que supere as possíveis diferenças. (ACOSTA, 2016, p. 149).

A plurinacionalidade promove a autonomia e a diferença e a interculturalidade, por meio de um diálogo intercultural, preconiza as relações entre elementos distintos fazendo uso de encontros e diálogos. Nesse contexto, destaca-se o disposto na Constituição da Bolívia de 2009, a qual, já em seu artigo 1º, estabelece um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário para a Bolívia.

ARTÍCULO 1

*Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, **intercultural**, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la **pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico**, dentro del proceso integrador del país.*⁶⁷ (Grifo nosso) (BOLÍVIA, 2009).

Ademais, a Constituição da Bolívia de 2009 estabelece uma composição da nação boliviana resultante da interação de quatro contingentes humanos. O primeiro seria composto pela população não indígena, mas nascida ou naturalizada no país formada por bolivianas e bolivianos. O segundo contingente é formado pelas nações e povos indígenas originários camponeses. O terceiro e quarto grupos são formados pelas comunidades interculturais e os afro-bolivianos. Portanto, é possível constatar que a nação boliviana é resultante de um processo intercultural, a partir da interação dos quatro grupos populacionais citados.

ARTÍCULO 3

La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las

⁶⁷ Tradução livre: ARTIGO 1 - A Bolívia é constituída em um Estado Social Unitário de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, **intercultural**, descentralizado e autônomo. A Bolívia se baseia na **pluralidade e no pluralismo** político, econômico, **jurídico**, cultural e linguístico, dentro do processo integrador do país. (Grifo nosso). (BOLÍVIA, 2009).

*comunidades interculturales y afrobolivianas que em conjunto constituyen el pueblo boliviano.*⁶⁸ (BOLÍVIA, 2009).

A Constituição da Bolívia combina as instituições liberais com as indígenas. Assim, o Poder Judiciário se estabelece por meio da Jurisdição Ordinária e da jurisdição Indígena Originária Campesina - IOC. A jurisdição IOC é exercida pelas suas próprias autoridades e possui a mesma hierarquia que a Jurisdição Ordinária, conforme o disposto no artigo 179, incisos I e II, da Constituição boliviana. Desse modo, a convivência entre as respectivas jurisdições são baseadas nos princípios do Poder Judiciário são estabelecidos pelo artigo 178, no qual há a incorporação da interculturalidade e do pluralismo jurídico.

ARTÍCULO 178

*I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, **interculturalidad**, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.*⁶⁹ (Grifo nosso). (BOLÍVIA, 2009).

ARTÍCULO 179

I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley.

*II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía.*⁷⁰ (BOLÍVIA, 2009).

Portanto, é possível analisar que um dos objetivos centrais da Constituição da Bolívia de 2009 é a de promover o desenvolvimento da interculturalidade pautado num diálogo democrático e no pluralismo social, político e jurídico. Os princípios presentes, no referido texto constitucional, são constituídos pelas diversidades étnica, cultural e geracional, como também pelos princípios da equidade, da interculturalidade e da não discriminação.

Outrossim, pode-se considerar que o Direito ocidental compreende uma área reativa para o estabelecimento de um diálogo intercultural. O Direito ocidental e o Estado Nação

⁶⁸ Tradução livre: ARTIGO 3 - A nação boliviana é composta da totalidade dos bolivianos e bolivianas, dos povos indígenas originários camponeses, das comunidades interculturais e afro-bolivianas que juntos constituem o povo boliviano. (BOLÍVIA, 2009).

⁶⁹ Tradução livre: “ARTIGO 178 - I. O poder de transmitir justiça emana do povo boliviano e baseia-se nos princípios de independência, imparcialidade, segurança jurídica, publicidade, honestidade, rapidez, gratuidade, pluralismo jurídico, **interculturalidade**, igualdade, serviço à sociedade, participação cidadã, harmonia social e respeito pelos direitos.” (Grifo nosso). (BOLÍVIA, 2009).

⁷⁰ Tradução livre: “ARTIGO 179 - I. A função judicial é única. A jurisdição ordinária é exercida pelo Supremo Tribunal de Justiça, tribunais departamentais de justiça, tribunais de condenação e juízes; competência agroambiental do Tribunal e juízes agroambientais; a jurisdição indígena camponesa indígena é exercida por suas próprias autoridades; haverá jurisdições especializadas reguladas por lei. II. A jurisdição ordinária e a jurisdição nativa camponesa indígena gozarão da mesma hierarquia.” (BOLÍVIA, 2009).

constituem espaços de uma completude cultural, tendo em vista sua ligação à tradição moderna.

*Soy consciente de la dificultad de ensamblar estas reglas de la argumentación en la diversidad de culturas existentes y distintas a la cultura occidental, que poseen sus propios criterios éticos, de procedimiento y sustanciales. Es un tema hoy en alza y controvertido el de la diversidad cultural y la crítica al imperialismo ético de la civilización occidental, apoyado en la convicción de que la ética occidental es la más perfecta, por su evidencia racional y humanitarismo, debiendo por ello prevalecer sobre otras éticas más retrasadas*⁷¹. (SORIANO, 1997, p. 229).

Todavía, os sistemas normativos não estatais, ao não estarem institucionalizados junto ao Direito positivado estatal, são rechaçados de forma veemente e, ainda, são tachados como “primitivos”, “arcaicos”, entre outros. Nesse sentido, não há possibilidades do desenvolvimento de qualquer alternativa jurídica mínima de outras formas de constituição de novos sistemas jurídicos. Também se constata que não há o estabelecimento de contato e, de certa forma, diálogos entre possíveis sistemas jurídicos em formação, com a possibilidade de serem incorporados ou assimilados pelo direito formal positivista. (GUARTAMBEL, 2010, p. 46).

Por conseguinte, o Estado apresenta o elemento nação, como lastro de sua legitimidade política e jurídica. A constituição do Estado Nação se estabelece por meio da sua unidade política, jurídica e, de preferência, apenas um povo, uma cultura, um idioma e uma religião. No entanto, depara-se com o processo histórico da formação dos Estados Nação até a atualidade, com situações de Estados com mais de uma nacionalidade, com aspectos culturais distintos, pluralidade de idiomas e religiões. (GUARTAMBEL, 2010, p. 47).

Porém, mesmo estes Estados, com uma pluralidade de idiomas, culturas, nacionalidades e religiões, apresentam um ordenamento jurídico de configuração monista. Tais Estados não reconhecem os diferentes aspectos e características culturais daqueles grupos sociais que o integram, mas não apresentam sentimento de pertença aos mesmos, pois realmente não os integram.

O Direito deve ser analisado à luz de uma conexão com a dialética da opressão e libertação que podem ser verificadas na maioria das tradições culturais, independente das

⁷¹ Tradução livre: “Estou ciente da dificuldade de reunir essas regras de argumentação na diversidade de culturas existentes e distintas da cultura ocidental, que têm seus próprios critérios éticos, processuais e substanciais. É um tema que está em ascensão e é controverso o da diversidade cultural e a crítica do imperialismo ético da civilização ocidental, apoiada pela convicção de que a ética ocidental é a mais perfeita, devido à sua evidência racional e humanitarismo. Portanto, prevalecer sobre outras éticas mais atrasadas.” (SORIANO, 1997, p. 229).

distintas formas de manifestação. Nesse contexto, o cenário principal é a libertação humana como opção de emancipação em contraposição às características que desfavorecem o ser humano. Isso porque o diálogo intercultural se constitui como o meio para o encontro dialógico entre distintas tradições culturais, de forma que as culturas podem intercambiar suas experiências, examinar sua possível equivalência e assim inteirar-se. (BETANCOURT, 2016, p. 166 e 169).

Fomentando a interação entre as diferentes tradições culturais da memória de libertação da humanidade, o diálogo intercultural pode, portanto, contribuir para precisar o caráter da participação cultural na configuração do *ethos* dos direitos humanos no sentido concreto de um esforço em conseguir, com o apoio da pluralidade cultural, uma cultura universal da libertação humana, entendendo que seria universal porque nasce da participação solidária das culturas neste projeto. Toda cultura deve estar disposta, portanto, a revisar em sentido autocrítico, e à luz do objetivo comum do *ethos* dos direitos humanos, sua ordem estabelecida, ou melhor dito, as ordens graças às quais logrou sua estabilidade vigente com tal cultura; e, dado o caso, deve estar disposta também a corrigir seu curso de acordo com as exigências éticas que se derivam de sua participação no projeto comum. (BETANCOURT, 2016, p. 169).

O diálogo intercultural, por meio da hermenêutica diatópica, pode propiciar ao Direito, novas possibilidades e caminhos para resolução de conflitos por métodos até então não aplicados. Assim, configura-se a oportunidade de constituírem-se novas formas e perspectivas de compreender e aplicar o Direito, a partir de novos paradigmas para propiciar e garantir uma “melhor” (integral) qualidade de vida⁷² em sociedade. Ademais, o diálogo intercultural propiciará ao Direito a ampliação da sua visão (cosmovisão ou sistêmica) do fato social posto, a sua tutela e de um modo mais próximo da sociedade. Os resultados desse processo propiciarão uma dinâmica mais resolutiva para os problemas apresentados ao Direito.

Nesse contexto, a interculturalidade crítica proporciona o *locus* para a concretização de um diálogo intercultural com o Direito a fim de possibilitar a descolonização do Estado, constituindo um novo Estado de caráter Plurinacional. Na sua forma mais básica e inserida no contexto da América do Sul, a plurinacionalidade é um termo que descreve e, principalmente, reconhece a realidade de um determinado país, considerando que povos, nações ou nacionalidades indígenas e afrodescendentes convivem com brancos e mestiços.

A interculturalidade e a plurinacionalidade se complementam e se constituem como instrumento de transformação do Estado e, conseqüentemente, do Direito. Esta transformação vai ao encontro de uma nova lógica plurinacional, tendo como referência não a divisão entre os povos, mas sim uma estrutura mais adequada. (WALSH, 2008, p. 167).

⁷² Neste aspecto optar-se-á pela compreensão do termo qualidade de vida, no seu aspecto mais abrangente, ou seja, “[...] o nível de vida material e o do bem-estar físico e espiritual”. (DERANI, 1997, p. 77).

Ante as já apresentadas limitações do Estado moderno ocidental e do capitalismo global, há que se constituir uma nova política de direitos. Uma nova política que permita uma abordagem comprometida e reconstituída em relação às classes populares e suas lutas emancipatórias. Para tanto, faz-se necessário uma nova composição dos direitos humanos, tendo como referências novos paradigmas fundantes. (SANTOS, 2006, p. 463).

Dessa forma, estes novos paradigmas fundantes, ou princípios básicos, permitem estabelecer o diálogo intercultural por meio da hermenêutica diatópica e, assim, constatar as diferentes concepções hegemônicas no Direito e no Estado. Tal procedimento propiciará a formatação de novos campos do saber em relação aos poderes político e jurídico, bem como o social e o econômico.

Nessa perspectiva, será possível a formatação de uma nova concepção, de caráter intercultural, dos direitos humanos, reduzindo drasticamente os elementos influenciadores da modernidade ocidental. Entretanto, os desafios estão postos e se impõem fortemente, pois as condições atualmente dispostas ampliam as distintas formas de opressão de viés capitalista e globalizante perante toda a sociedade.

Segundo Santos (2006, p. 464-469), os movimentos para a constituição de uma concepção pós-colonial e pós-imperial dos direitos humanos se tornam urgentes. Uma nova concepção pautada do diálogo intercultural entre os diferentes grupos sociais e cumprindo as seguintes premissas: o direito ao conhecimento; o direito de levar o capitalismo global à julgamento num tribunal mundial; o direito à transformação do direito de propriedade segundo a trajetória do colonialismo para a solidariedade; o direito à concessão de direitos a entidades incapazes de terem deveres, nomeadamente a natureza e as gerações futuras; o direito à autodeterminação democrática; o direito à organização e participação na criação de direitos.

Passa-se, portanto, a analisar cada uma das premissas apontadas por Santos (2006) para uma nova e libertadora constituição dos direitos humanos. A primeira consiste no direito ao conhecimento, no qual, se efetiva a construção e o acesso à um novo conhecimento que tem como escopo uma nova epistemologia do Sul. Um conhecimento desprovido da visão social de mundo do colonizador que partisse o elo entre opressores e oprimidos. Uma nova concepção que viabilizasse o conhecimento-emancipação.

Num segundo ponto, pode-se destacar o direito de levar o capitalismo global perante julgamento num tribunal mundial. Tal premissa visa suprimir a lógica da relação do capitalismo com o progresso e responsabilizá-lo pelos danos causados a natureza e ao outro. O referido tribunal deverá ser formatado numa lógica contra hegemônica, com foco na responsabilidade e cuidado global.

Como terceira premissa, apresenta-se o direito à transformação do direito de propriedade segundo a trajetória do colonialismo para a solidariedade. O direito à propriedade individual figura como um dos elementos essenciais da concepção ocidental dos direitos humanos. Entretanto, esse direito figura na tensão provocada ao longo da história de ocupação colonial ao Sul global, por meio da legitimidade alegada pela ocupação europeia as terras do “novo mundo”.

A um conceito cheio de conotações políticas, como o conceito de ocupação, segue-se um conceito neutro de posse física, o direito à propriedade de uma determinada coisa. Esta coisa, no momento em que é criada a teoria burguesa da propriedade, é basicamente a terra, e tanto assim que o próprio conceito de propriedade passa a designar, na linguagem comum, a própria coisa, isto é, a terra como propriedade. Locke é o grande criador desta concepção. Com grande clarividência, Rousseau viu no direito de propriedade concebido como um direito individual, a semente da guerra e do sofrimento humano, bem como a destruição da comunidade e da natureza. (SANTOS, 2006, p. 466).

A problemática nesse ponto, relacionada à propriedade privada, reside na ampliação ao longo dos anos das empresas multinacionais, dos investidores internacionais e do próprio capital especulativo propriamente dito, que atualmente operam valores superiores a diversos Estados. Estes grupos passam a ter o poder de influenciar e, até mesmo, ditar políticas e serviços públicos nestes países. Nesse ponto, sugere-se a constituição de um coletivo que esteja para além do Estado e do mercado.

Santos (2006) propõe como a quarta premissa para a renovação dos direitos humanos, numa abordagem pós-imperial, o direito à concessão de direitos a entidades incapazes de terem deveres, nomeadamente a natureza e as gerações futuras. Para ele, deve-se combater as exclusões arbitrárias em relação ao outro de natureza distinta a nossa (não humanos), por exemplo, a flora e a fauna. Deve-se, também, garantir a integralidade dos direitos do outro que se configura num tempo distinto do atual, a saber, as futuras gerações.

Consequente propõe-se uma quinta premissa, a qual tem como escopo o direito à autodeterminação democrática. Esta premissa é intrinsecamente ligada ao modelo de colonialismo e imperialismo ocidental. Ao longo dos tempos, foi aplicada incessantemente

para garantir o fracasso de revoluções populares e a independência das colônias da América Latina.

Não se pode deixar de consignar nessa premissa, a questão indígena, dos povos originários do continente latino-americano. Negando-se aos mesmos o direito à sua autodeterminação desde os primeiros contatos nos processos iniciais de conquista até os dias atuais.

Em relação a autodeterminação dos povos, Santos (2006) destaca a importância histórica, política e jurídica da Declaração Universal dos Direitos dos Povos de Argel (1976). Segundo o autor, esta declaração demonstra o modelo de uma reconfiguração dos direitos humanos numa proposta contra hegemônica, destacando-se que a referida carta não constitui um documento governamental.

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos foi constituída em contraposição ao caráter individualista da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que privilegia os direitos individuais em contraposição aos direitos coletivos dos povos. Dessa forma, em 1976, dirigentes de nações que não compunham o escopo dos países do Hemisfério Norte ocidental reuniram-se em Argel, juntamente com economistas, juristas, lideranças populares, entre outros, e aprovaram a referida Carta de Argel.

Entre todo o teor disposto na referida Carta, destaca-se o disposto nos artigos 5º, 6º e 7º, pois aproxima-se da proposta de renovação dos direitos humanos, a partir de uma concepção contra hegemônica, como se pode observar:

Artigo 5º

Todo povo tem o direito imprescindível e inalienável à autodeterminação. Determina seu estatuto político com inteira liberdade sem qualquer ingerência estrangeira.

Artigo 6º

Todo povo tem o direito de se libertar de toda dominação colonial ou estrangeira direta ou indireta e de todos os regimes racistas.

Artigo 7º

Todo povo tem direito a um regime democrático que represente o conjunto dos cidadãos, sem distinção de raça, de sexo, de crença ou de cor e capaz de assegurar o respeito efetivo pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos.

Por fim, é proposto o direito à organização e participação na criação de direitos. Com esta premissa, tem-se como objetivo a continuidade e fortalecimento das ações contra hegemônicas que já ocorrem, porém agora com maior intensidade. Isto porque as minorias, por meio de suas organizações e participação políticas, promovem vitórias sobre a maioria em

determinadas oportunidades. A dominação e controle do sistema capitalista visa combater insistentemente este direito humano, tendo em vista a ameaça que representa para a manutenção do *status quo*. Por isso, a manutenção e ampliação deste direito é imprescindível para a configuração do processo de renovação dos direitos humanos num enfoque contra hegemônico.

3 PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DOS SISTEMAS NORMATIVOS INDÍGENAS.

Os povos indígenas têm o direito a conservar e fortalecer suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, se assim o desejarem, na vida política, econômica, social e cultural do Estado (Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Art. 5º).

Na atualidade, são mais de 350 milhões de pessoas no mundo pertencentes a aproximadamente 5000 grupos étnicos distribuídos por 100 Estados nacionais. Estas pessoas, em sua maioria, são indígenas que passaram por um processo de imposição e submissão de territórios, culturas, tradições, costumes, línguas, entre outros, por um Estado-nação.

Essa população indígena que integram comunidades e/ou povos foram oprimidos, hostilizados e privados dos seus direitos ao longo do processo de conquista hispânica e portuguesa ao nomeado “novo” continente. Todavia, estes “crimes” cometidos sobre os povos originários da América Latina não impediram, ao longo do tempo, estes povos de resistirem e lutarem pelo seu território e sua cultura.

A luta pela autodeterminação e o seu reconhecimento perante a necessidade de autonomia e desenvolvimento de um modo de vida coerente com a sua história se viu consagrada num primeiro plano no ordenamento jurídico internacional. Já num segundo momento, a luta destes povos indígenas foi travada em relação aos Estados-nação, na constituição de um novo modelo estatal que configurasse no Estado Plurinacional.

Nesse contexto, para o desenvolvimento do estudo sobre os pressupostos e fundamentos dos sistemas normativos indígenas, abordar-se-á, inicialmente o processo de colonialismo dos sistemas jurídicos indígenas na América Latina, desde as conquistas coloniais das nações absolutistas da Península Ibérica até a formação dos Estados Plurinacionais.

Posteriormente, analisar-se-á os direitos dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o processo histórico-jurídico da formação da legislação indigenista no Brasil. Por fim, verificar-se-á os principais instrumentos internacionais de garantia dos

direitos dos povos indígenas e, ainda, os elementos que consolidaram a formação dos Estados Plurinacionais latino americanos.

3.1 SISTEMAS JURÍDICOS INDÍGENAS: COLONIALISMO JURÍDICO E PLURALIDADE DE DIREITOS

O estudo sobre o desenvolvimento da cultura jurídica monista ocidental contemporânea requer a análise do desenvolvimento da juridicidade vinculada ao poder do Estado. Desse modo, a compreensão da formação do Estado Moderno e seu monopólio para a produção de normas jurídicas, por meio do estudo da sua constituição histórica e de suas principais teorias legitimadoras, é essencial para a formulação de um pluralismo jurídico crítico e emancipatório, em alternativa a cultura jurídica monista contemporânea.

A presença da história indígena na América Latina abarca determinadas incertezas em relação à forma e ao período de colonização deste território. Estima-se que, por volta de 12 mil a 35 mil anos atrás, uma era glacial no planeta teria provocado a redução do nível do mar e propiciado espaços de travessia entre os continentes Asiático e Americano⁷³. Todavia, não há um entendimento unânime em relação ao processo de ocupação do continente americano pela humanidade, nem ao período exato. Esses povos passaram a ocupar o continente americano e, assim, constituíram diversas culturas, idiomas e formas distintas de organização social e política.

No entanto, a partir do ano de 1492, inicia-se o processo de conquista e colonialismo ao “Novo Mundo”, ou seja, ao continente “descoberto”⁷⁴ pelos europeus, inicialmente por aqueles que compunham os países da Península Ibérica⁷⁵. Este processo de conquista e colonialismo dos portugueses e espanhóis à América provocou um grande impacto cultural e demográfico nos povos indígenas.

⁷³ Devido a redução do nível do mar neste período, abriu-se uma faixa de terra, denominada Beríngia, a qual permitiu a travessia de povos oriundos do continente asiático. No entanto, também há o entendimento de que o processo de colonização do continente americano possa ter ocorrido pelo mar pelo estreito de Bering, no mesmo período. (CUNHA, 2012, p. 07-08).

⁷⁴ O termo “descoberto”, que por um longo período foi utilizado pela história oficial latino-americana, desconsidera de forma preconceituosa e arbitrária os povos originários que habitavam o continente americano. Para a abordagem no presente estudo, optou-se pelo uso da palavra “conquista”, a qual representa de forma mais fidedigna a realidade que se passou naquela época.

⁷⁵ Portugal e Espanha compunham a região geográfica do continente europeu denominada de Península Ibérica. Estas duas nações foram as primeiras do continente a constituírem Estados Absolutistas. Assim, aliado à experiência e tradição cultural das navegações e os interesses financeiros em expandir seus territórios e obterem riquezas, configurou-se um processo de disputa entre os dois países para a conquista do continente americano.

A chegada dos europeus à América causou um choque demográfico-cultural nas populações nativas. A conquista e a colonização luso-hispânica trouxeram profundas mudanças socioculturais nas comunidades autóctones através da formação de uma complexa rede de relações, amistosas ou não, que se estabeleceu entre os indígenas e os europeus, como forma de inserir os grupos indígenas na civilização cristã-ocidental. (COLAÇO, 1998, p. 113).

A expansão do capitalismo mercantil, nesse período, promoveu ações por parte dos conquistadores europeus em relação aos povos indígenas que levaram a um genocídio. A população estimada no continente americano de 80 milhões de habitantes foi reduzida para 10 milhões ao passo de apenas cem anos⁷⁶.

O número extremamente superior da população indígena em relação aos invasores europeus não permitiu uma vantagem estratégica nos processos de enfrentamentos e conflitos, mesmo nas primeiras décadas de conquista do “novo continente”. A estrutura social, política, econômica e militar europeia eram constituídas em bases macroétnicas⁷⁷, o que lhe permitia agir socialmente de forma planejada e unificada. (RIBEIRO, 2010, p. 57).

Dessa maneira, na América Latina, este processo de conquista pelo colonialismo europeu, se utilizou, na maioria das vezes, da diversidade de etnias⁷⁸ encontradas de formas dispersas, sem uma unidade política. As milhares de etnias existentes, com suas culturas e línguas próprias, cresciam e se subdividiam, sem a constituição de elementos de bases macroétnicas. Assim, o conquistador europeu dispunha de vantagens bélicas, políticas e sociais, as quais resultaram num genocídio e etnocídio dos povos indígenas, sem precedentes. (RIBEIRO, 2010, p. 58).

⁷⁶ “Sin entrar en detalles, y para dar sólo una idea general (aun si uno no se siente con pleno derecho a redondear las cifras), diremos que en el año de 1500 la población global debía ser de unos 400 millones, de los cuales 80 estaban en las Américas. A mediados del siglo XVI, de esos 80 millones quedan 10. O si nos limitamos a México: en vísperas de la conquista, su población es de unos 25 millones; en el año de 1600, es de un millón.” (TODOROV, 2010, p. 200-201).

⁷⁷ “Constituem bases macroétnicas as transformações sociais e econômicas, aliadas a novos elementos culturais, os quais propiciam o desenvolvimento de sistemas mais complexos e eficazes de produção da agricultura, comércio, produtos manufaturados, circulação de bens e pessoas, entre outros, em grande escala. Desse modo, ocorre uma estruturação social, em classes, num primeiro momento, rural e urbana.” (RIBEIRO, 2010, p. 53).

⁷⁸ “O contrário ocorreu no México, na Guatemala e no Altiplano andino, onde o europeu se defrontou com índios de alta civilização. Logo depois da conquista, que ali ocorreu efetivamente, as populações indígenas foram subordinadas ao dominador espanhol, que simplesmente substituiu a antiga classe dominante, de ordem sacerdotal, liquidando-a e ocupando seu lugar de mando. A partir de então, as populações indígenas, convertidas em campesinato ou em servos urbanos, se esforçam dramaticamente para conservar seu ser, seus saberes e seus valores.” (RIBEIRO, 2010, p. 57-58).

As epidemias provocavam incontáveis mortes entre a população indígena por agentes patogênicos da varíola, do sarampo, da coqueluche, da catapora, do tifo, da difteria, da gripe, da peste bubônica, e possivelmente da malária, para as quais a população indígena não possuía defesas imunológicas próprias, bem como os conflitos armados, por meio de conquistas de territórios e escravos ocasionaram a dizimação dos índios. (CUNHA, 2012, p. 17).

Nas narrativas do Frei Bartolomé de Las Casas⁷⁹, podemos verificar as impressões do clérigo face ao infortúnio ao qual os povos indígenas foram submetidos ao serem contatados pelo conquistador espanhol:

Sobre essas ovelhas mansas, e assim dotadas das qualidades mencionadas por seu Autor e Criador, caíram os espanhóis, assim que as conheceram, como lobos, tigres e leões crudelíssimos, famintos de muitos dias. E outra coisa não tem feito, de quarenta anos a esta parte, até hoje, sim, hoje, neste dia o fazem, senão despedaçá-las, mata-las, angustiá-las, afligi-las, atormentá-las e destruí-las por estranhas, novas e várias formas de crueldade, jamais vistas nem lidas ou ouvidas. Delas, algumas poucas se mencionarão a seguir. Chegaram a tal grau que, havendo na Ilha Espanhola cerca de três contos de almas, que vimos, não há hoje duzentas pessoas de seus naturais. (LAS CASAS, 2017, p. 15).

[...]

Na Ilha Espanhola que, como dissemos, foi a primeira onde os cristãos entraram e começaram os grandes estragos e perdições dessas gentes, e que primeiro destruíram e despovoaram, começando, os cristãos, a tomar as mulheres e filhos dos índios para servir-se e para usar mal deles, e comer-lhes suas comidas, que saíam de seus suores e trabalhos. Não se satisfaziam com aquilo que os índios lhes davam de bom grado, conforme os recursos que dispunham, o que é sempre bem pouco. Pois, não costumam ter mais do que ordinariamente necessitam, e que conseguem com pouco trabalho. E aquilo que basta para três casas, de mais ou menos 10 pessoas cada uma, para um mês, um cristão come e destrói em um dia. (LAS CASAS, 2017, p. 17).

[...]

Os cristãos, com seus cavalos, espadas e lanças começaram a fazer matanças e estranhas crueldades com eles. Entravam nos povoados e não deixavam crianças, nem velhos, nem mulheres paridas sem que lhes rasgassem o ventre e as fizessem em pedaços. Como se dessem com alguns cordeiros dentro de seus apriscos. Faziam apostas sobre quem de uma facada, abria um homem ao meio, ou de um golpe lhe cortava a cabeça ou lhe abria as entranhas. Tomavam as crianças das tetas das mães, pelas pernas, e batiam com suas cabeças na rocha. Outros as jogavam em rios, pelas costas, rindo e gozando, e ao vê-las na água diziam: move-te, corpo de tal. As outras crianças enfiavam a espada juntamente com as mães, e assim com todos quantos encontravam diante de si. (LAS CASAS, 2017, p. 18).

Os relatos do Frei Bartolomé de Las Casas, muitos presenciados por ele, apresentam ações bárbaras dos espanhóis para com um povo que, na maioria dos casos, sempre foi cordial e interessado nas relações e interações desde o primeiro contato. O Frei ainda destaca que as

⁷⁹ Bartolomé de las Casas (1474 - 1566) foi um frade dominicano espanhol, cronista, teólogo, bispo de Chiapas (México) e grande defensor dos índios. É considerado o primeiro sacerdote ordenado na América. Escreveu diversas obras, nas quais se pode constatar a forma com a qual o conquistador espanhol efetuou o processo colonial junto aos povos indígenas. Algumas de suas principais obras: Liberdade e Justiça para os povos da América; Cristianismo e defesa do índio americano; O paraíso destruído; entre outras.

crueledades praticadas pelos conquistadores espanhóis aos índios ocorreram em todas as terras que eles chegavam. As matanças, as tiranias, a escravidão e as opressões abomináveis eram aplicadas constantemente e de forma impiedosa pelo sistema colonial espanhol aos povos indígenas.

A escravidão foi um dos instrumentos aplicados pelos conquistadores europeus no processo de conquista e dominação dos povos indígenas. O processo colonialista luso-hispânico não objetivava, pelo menos nos primeiros séculos, a colonização destas “novas terras”, por meio da emigração de europeus. Dessa maneira, havia a falta de mão de obra necessária para garantir com êxito o processo de exploração das riquezas das colônias. Os indígenas se tornaram esta mão de obra, sem custos de qualquer tipo de remuneração, por meio do trabalho forçado imposto pelo europeu.

Depois que todos os índios da terra desta ilha foram colocados na servidão e na calamidade daqueles da Espanhola, vendo-se todos morrer e perecer sem remédio, uns começaram a fugir para os montes, outros se enforcavam de desespero, e se enforcavam maridos e mulheres, e enforcavam os filhos consigo. E, pelas crueldades de um espanhol muito tirano (que eu conheci), enforcaram-se mais de duzentos índios. Dessa maneira pereceu infinita gente.

Houve um oficial do rei nesta ilha, e lhe deram trezentos índios por repartição, e, ao cabo de três meses, tinha matado duzentos e sessenta nos trabalhos das minas; e de todos não lhe restaram senão trinta, que era o dízimo. Depois deram-lhe outros tantos e mais, e também os matou, e mais lhe davam, e mais matava, até que morreu e o diabo levou sua alma.

Em três ou quatro meses, estando eu presente, **morreram de fome mais de sete mil crianças, por levarem os pais e mães para as minas.** Vi outras coisas espantosas.

Depois combinaram em perseguir os índios que estavam pelos montes, onde fizeram estragos medonhos. E assim assolaram e despovoaram toda aquela ilha, que vimos agora há pouco, e é uma grande pena e compaixão vê-la despovoada e feita toda uma solidão. (grifo nosso). (LAS CASAS, 2017, p. 35).

Cumprе ressaltar que toda violência aplicada aos povos indígenas latino-americanos não pode ser considerada como um comportamento ou conduta isolada e praticada de forma unilateral por aqueles que se aventuravam a atravessar o Atlântico em péssimas condições de alimentação e higiene. A forma pela qual o sistema colonial europeu foi conduzido na América Latina foi deliberada, institucionalmente, pelo *satus quo* vigente no período. As estruturas políticas, sociais, econômicas e religiosas⁸⁰ da época e vigentes na Península Ibérica, não apenas, tinham total ciência das atrocidades cometidas por seus mandatários aos povos indígenas, como também ordenavam que assim se procedesse.

⁸⁰ Neste caso, destaca-se que a estrutura religiosa existente no período colonial, em Portugal e na Espanha, era a Igreja Católica Apostólica Romana.

A legitimidade para a supressão do direito às terras e da violência aplicada aos povos indígenas era baseada em concepções teóricas⁸¹ de bases filosóficas, jurídicas e religiosas. Desde as teorias da guerra justa e da escravidão natural, bem como o direito da guerra para com os povos indígenas, objetivam legitimar a ação colonialista no continente latino-americano.

Nesse sentido, destaca-se o histórico debate ocorrido entre o filósofo, Juan Ginés de Sepúlveda e o frei dominicano e bispo de Chiapas (México), Bartolomé de Las Casas, em 1550, em razão dos conflitos e discussões entre conquistadores e religiosos partidários dos indígenas sobre a legalidade das ações e conquistas dos espanhóis no novo continente. Segundo Sepúlveda, a Teoria da Guerra Justa é fundamentada em quatro argumentos que possibilitam a guerra permitida ao povo cristão em face dos povos indígenas:

- a) os índios se encontram em um estado tal de barbárie que se torna imperioso dominá-los pela força para libertá-los de tal estado;
- b) a guerra aos índios se justifica como castigo pelos crimes que eles cometem contra a lei natural com sua idolatria e sacrifício de vítimas humanas aos deuses;
- c) a guerra movida em desfavor dos índios se justifica como meio de defender as vítimas inocentes dos sacrifícios humanos e evitar outros atos contra a natureza;
- d) é justa a guerra contra os índios para preparar o caminho para a propagação da religião cristã e para facilitar o trabalho dos evangelizadores. (LAS CASAS, 2017, p. 36).

A Igreja Católica Romana vislumbrou no processo de colonialismo latino-americano uma oportunidade de ampliar o seu número de fiéis e do seu domínio e importância política. Portanto, a catequização dos índios, tornou-se tarefa primordial da Igreja, bem como o apoio e legitimação as conquistas coloniais europeias.

Dessa forma, a história dos povos indígenas, em especial, na América Latina, constitui um trágico enredo de guerras, dominação, saques, genocídios, promovidos pelos conquistadores europeus e o seu modelo eurocêntrico de concepção de mundo. O processo de conquista ocorre também no aspecto jurídico ao direito eurocêntrico se opor ao direito indígena, sobrepujando o mesmo. Assim, o direito dominante do colonizador se impõe aos povos conquistados e colonizados.

Nesse contexto, os conquistadores europeus também estabeleceram sua hegemonia, por meio do seu sistema jurídico, o qual foi imposto aos povos indígenas. Entretanto, em relação ao direito indígena, eram aceitos os usos e costumes que não atentavam contra a hegemônica colonialista europeia. Todavia, o monopólio para julgar questões cíveis e penais,

⁸¹ Pode-se citar como exemplo destes tratados teóricos as seguintes obras: “Requerimento de Injunção aos Índios” (1514), de Palacio Rubios; “Os Índios e o Direito da Guerra” (1539), de Francisco de Vitoria; “*Tratado sobre las Justas Causas de la Guerra Contra los Indios*” (1550), de Juan Ginés de Sepúlveda.

consideradas de maior gravidade ou que ameaçassem a hegemonia colonial, ficava de competência irrestrita da jurisdição eurocêntrica. O direito indígena tinha como competência, portanto, na sua jurisdição as situações de menor gravidade. (GALVAN, 1997, p. 19).

Os povos indígenas têm sofrido agressões durante gerações pelos impérios coloniais, posteriormente, pelos Estados nacionais, por religiosos e, ainda, pelos diversos interesses econômicos que permeiam as terras e florestas demarcadas ou ocupadas por indígenas. No entanto, em face destes elementos históricos, os povos indígenas se organizaram ao longo de décadas e passaram a lutar pelo reconhecimento de seus direitos, no âmbito nacional e internacional. O respeito à dignidade individual e coletiva dos povos indígenas tornou-se a temática principal das suas lutas e da sua emancipação em relação ao domínio estatal. (STAVENHAGEN, 2007, p. 12).

Desse modo, nas últimas décadas, as demandas dos povos indígenas por direitos foram recepcionadas e tuteladas pela legislação internacional e, também, por determinados Estados nacionais. Entretanto, os povos indígenas ainda seguem sendo vítimas de discriminações, principalmente em relação às mulheres e as crianças. Apesar da existência de legislações que promovem o reconhecimento do direito à diferença dos povos indígenas, as políticas públicas governamentais nestas áreas são precariamente aplicadas. (STAVENHAGEN, 2007, p. 13).

Determinados países do continente latino-americano, com forte influência das nacionalidades indígenas em sua composição populacional, desenvolveram novas legislações que permitiram a convivência de sistemas jurídicos distintos. Estes Estados afastaram suas características centralizadoras da produção do direito, ou seja, do monismo jurídico eurocêntrico, e estabeleceram o reconhecimento constitucional ao direito à diferença dos povos indígenas.

Nesse sentido, estes Estados Latino-Americanos têm reconhecido o pluralismo jurídico existente em seus territórios, promovendo assim o reconhecimento do Direito e da própria jurisdição indígena. Ademais, esses Estados promoveram diversas reformas constitucionais que tutelaram e garantiram os direitos à propriedade da terra e do território, os direitos à educação, à cultura, ao idioma, ao reconhecimento do direito consuetudinário, e, em determinados países, à autonomia e governo próprio. Todavia, ainda estão presentes diversos casos de violações aos direitos humanos dos povos indígenas.

As primeiras pesquisas dos séculos XVIII e XIX apontavam para a compreensão de que os povos indígenas haviam desenvolvido em relação ao direito somente a abordagem do direito consuetudinário. Todavia, a partir da segunda metade do século XX, por meio da antropologia e, principalmente, da antropologia jurídica e, também, dos movimentos sociais indígenas, que se compreendeu que o direito indígena apresenta uma complexidade mais profunda que um sistema jurídico costumeiro.

Dessa forma, a importância das normas que regem a vida da comunidade e a sua estruturação é o que permite considerar a existência de sistemas normativos locais que constituem um autêntico direito indígena, que forma um sistema normativo de regulação e sanção, com normas, procedimentos e autoridades, o qual possui um território e regula as formas de convivência e organização social de um determinado povo. (ZOLLA; MÁRQUEZ, 2014, p. 153-154).

El derecho indígena es una fuerza cohesiva importante de los pueblos y comunidades indígenas; representa uno de los elementos centrales de la identidad étnica y un vector crucial para la reproducción de los intereses colectivos. Así como el derecho positivo nacional organiza al Estado dentro del concepto de soberanía, el derecho indígena se articula para garantizar la existencia y reproducción del pueblo indígena, y su sentido de conjunto es la cohesión y reproducción colectivas; por ello, es un derecho cuyas prioridades son la defensa de la integridad territorial y de recursos del pueblo indígena y sus comunidades, la legitimación de las autoridades propias y el restablecimiento de relaciones de solidaridad y reciprocidad. No es un derecho estructurado con una concepción punitiva, sino restauradora del tejido social. Su instrumento principal no es la cárcel ni la segregación del individuo, sino la reparación del daño y la reincorporación del infractor a la vida comunitaria. Por esto mismo, incluye también una dimensión de lo que en la sociedad hegemónica se denomina "readaptación social".⁸² (ZOLLA; MÁRQUEZ, 2014, p. 154-155).

Cumprir consignar que o direito indígena também se configura como um direito de resistência, por meio do qual os povos indígenas fortalecem seus vínculos sociais e sua cultura, em contraposição ao direito monista estatal. No entanto, a pressão realizada pela concepção ocidental excludente tem, aos séculos de conquista e dominação no continente americano, excluído qualquer forma distinta de sistema jurídico que não o estatal. O

⁸² Tradução livre: O direito indígena é uma importante força que promove a coesão dos povos e comunidades indígenas; representa um dos elementos centrais da identidade étnica e um vetor crucial para a reprodução dos interesses coletivos. Assim como o direito positivo nacional organiza o Estado dentro do conceito de soberania, o direito indígena garante a existência e a reprodução dos povos indígenas, e seu sentido como um todo é a coesão e a reprodução coletivas; Portanto, é um direito cujas prioridades são a defesa da integridade territorial e dos recursos dos povos indígenas e suas comunidades, a legitimação de suas próprias autoridades e o restabelecimento de relações de solidariedade e reciprocidade. Não é um direito estruturado com uma concepção punitiva, mas um restaurador do tecido social. Seu principal instrumento não é a prisão nem a segregação do indivíduo, mas a reparação dos danos e a reincorporação do infrator à vida comunitária. Por isso, inclui também uma dimensão do que na sociedade hegemônica se denomina "readaptação social".

colonialismo europeu negou a possibilidade de construção de uma realidade pluricultural na América Latina.

O direito indígena apresenta como objetivo central a garantia da reprodução do modo de vida do povo, possibilitando a manutenção da sua integridade sociocultural. Os procedimentos aplicados pelos sistemas normativos indígenas, no geral, promovem ações inclusivas e conciliatórias entre os membros da comunidade. Geralmente, esses procedimentos têm como escopo conciliar e reparar o dano, como premissas, em detrimento da punição ou do castigo.

As penas privativas de liberdade são aplicadas, no direito indígena, somente nos casos de delitos mais graves e tem como escopo um caráter temporário reduzido. Isto porque as penas privativas de liberdade para o direito indígena, em sua maioria, visam pressionar para resolver o conflito e reparar o dano. De forma distinta, atua o direito monista estatal em relação a pena privativa de liberdade, pois tem como função central promover a punição (castigo). (ZOLLA; MÁRQUEZ, 2014, p. 157).

Ademais, é importante destacar que o direito indígena e suas características, inclusive as de cunho costumeiro, variam conforme as diferentes etnias indígenas existentes. A complexidade de cada cultura indígena promove a constituição de distintos sistemas jurídicos vigentes entre os povos do continente latino-americano.

*La doctrina más especializada coincide en señalar que el Derecho consuetudinario indígena consiste en una serie de prácticas, normas, valores, principios normativos, autoridades, instituciones y procedimientos que permiten a los pueblos y comunidades indígenas regular su vida social, resolver conflictos y establecer un orden en el marco de su cultura y necesidades sociales. Tal Derecho incluye pautas antiguas o nuevas, propias o adoptadas, pero correspondientes al sistema cultural de los interesados y percibidas como propias. También contiene reglas para crear o cambiar normas. Es decir, este Derecho consuetudinario consiste en el reconocimiento de un corpus de reglas estático, sino de la potestad de los titulares de crear y darse sus normas a sí mismos.*⁸³
(VARGAS, 2015, p. 102–103).

⁸³ Tradução livre: “A doutrina mais especializada coincide em apontar que o direito consuetudinário indígena consiste em uma série de práticas, normas, valores, princípios normativos, autoridades, instituições e procedimentos que permitem que povos e comunidades indígenas regulem sua vida social, resolvam conflitos e estabeleçam uma ordem. no quadro da sua cultura e necessidades sociais. Tal Lei inclui diretrizes antigas ou novas, próprias ou adotadas, mas correspondentes ao sistema cultural das partes interessadas e percebidas como próprias. Também contém regras para criar ou alterar regras. Isto é, este direito consuetudinário consiste no reconhecimento de um corpus de regras estático, mas sim no poder dos proprietários de criar e dar seus próprios padrões.” (VARGAS, 2015, pp. 102-103).

Pode-se, portanto, considerar o direito indígena como um conjunto de preceitos, instituições e procedimentos ancestrais, reconhecidos pela comunidade e baseados na cosmovisão filosófica presente na mesma. A aplicação deste direito é de competência das autoridades legitimadas pelo grupo social que pertencem e têm como responsabilidade o equilíbrio social de forma natural. (GUARTAMBEL, 2010, p. 210).

Outro elemento que também configura os costumes e, conseqüentemente, o próprio direito indígena vigente, é o processo de transformação do comportamento do grupo social em determinadas áreas. Influências que podem ser advindas do contato com as sociedades não indígenas e de outra forma são intrínsecas ao próprio movimento social interno da comunidade. Nesse sentido, pode-se citar novos direitos que se configuram em relação às mulheres e aos jovens indígenas. Estes ocupam novos papéis sociais perante o seu grupo, em função das suas atuações de resistência e manutenção da cultura, o que lhes proporciona novos direitos. Portanto, os sistemas normativos indígenas constituem sistemas jurídicos propriamente ditos e, não somente, costumes e sanções com objetivos de resolver conflitos. (ZOLLA; MÁRQUEZ, 2014, p. 157).

Ademais, o direito indígena ao longo da história foi se constituindo fora dos códigos escritos, oriundos dos Estados Nacionais e de seu respectivo direito liberal tradicional. Apesar deste direito dominante possibilitar acesso à jurisdição estatal e conceder direitos humanos individuais aos povos indígenas, o direito liberal tradicional ignorou a existência e a vigência dos direitos coletivos que constituem os povos originários. (GUARTAMBEL, 2010, p. 208).

O reconhecimento do direito indígena ocorreu, inicialmente, no plano internacional, com a Convenção n. 169, da OIT, sobre povos indígenas e tribais, por meio de seu artigo 8º, números 1 e 2:

ARTIGO 8º

1. Na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração.
2. Esses povos terão o direito de manter seus costumes e instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais previstos no sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para a solução de conflitos que possam ocorrer na aplicação desse princípio.

Desse modo, os costumes ou o direito consuetudinário dos povos indígenas, devem ser considerados quando for aplicada a legislação nacional aos mesmos. O artigo 8º, da Convenção n. 169, da OIT, garante aos povos indígenas a manutenção das suas práticas jurídicas e das suas instituições. Entretanto, estas devem respeitar os direitos fundamentais

consagrados pela ordem jurídica nacional, bem como os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. (VARGAS, 2015, p. 102-103).

Cumprе ressaltar, ainda os artigos 5º e 34, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Artigo 5º. Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.

Artigo 34. Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos. (ONU, 2007).

Nesse contexto, pode-se ainda destacar o disposto nos artigos 21.2 e 22, itens 1 a 4 da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Artigo XXI. Direito à autonomia ou à autogovernança.

[...]

2. Os povos indígenas têm direito a manter e desenvolver suas próprias instituições indígenas de decisão. Têm também direito de participar da tomada de decisões nas questões que afetam seus direitos. Poderão fazê-lo diretamente ou por meio de seus representantes, de acordo com suas próprias normas, procedimentos e tradições. Têm ainda direito à igualdade de oportunidades de participar plena e efetivamente, como povos, de todas as instituições e foros nacionais, e a eles ter acesso, inclusive os órgãos deliberativos.

Artigo XXII. Direito e jurisdição indígena.

1. Os povos indígenas têm direito a promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

2. O direito e os sistemas jurídicos indígenas serão reconhecidos e respeitados pela ordem jurídica nacional, regional e internacional.

3. Os assuntos referentes a pessoas indígenas ou a seus direitos ou interesses na jurisdição de cada Estado serão conduzidos de maneira a proporcionar aos indígenas o direito de plena representação com dignidade e igualdade perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, à igual proteção e benefício da lei, inclusive ao uso de intérpretes linguísticos e culturais.

4. Os Estados tomarão medidas eficazes, em conjunto com os povos indígenas, para assegurar a implementação deste Artigo. (OEA, 2016).

Ambos os diplomas legais internacionais, referenciados acima, reconhecem os costumes, as práticas e, principalmente, os sistemas jurídicos indígenas. Todavia, mesmo com as conquistas no âmbito internacional, em relação ao estabelecimento de leis e princípios básicos de reconhecimento dos direitos das etnias indígenas, verifica-se a resistência dos Estados latino-americanos em colocar em prática as normativas internacionais. Os governos, por meio de suas estruturas nacionais no âmbito das funções legislativas e judiciárias,

resistem ao cumprimento na prática das disposições internacionais que garantem os direitos ao respeito aos costumes ancestrais dos povos indígenas. (VARGAS, 2015, p. 104).

A perda do monopólio da produção do Direito pelo Estado e as relações com segmentos ligados a atividades de exploração mineraria, madeireira, agrícola, entre outras, provocam a rejeição dos agentes públicos estatais em garantir ou promover os sistemas normativos dos povos indígenas. Destacando-se que a legislação internacional vigente é recente e, assim, necessita de movimentos nas universidades e cursos de direito, bem como ações em relação aos operadores do Direito, tais como juízes, promotores, advogados, entre outros, face ao respeito e ao reconhecimento dos direitos dos povos indígenas.

Nesse contexto, constata-se que nas sociedades nas quais predomina o direito estatal monista positivo como instituto máximo de produção do Direito e, conseqüentemente da própria lei, não se permite espaço para outras formas de desenvolvimento do Direito. Neste modelo, do Estado Nação, na centralização de determinar o que é o Direito, todas as condutas humanas passam a ser codificadas seja por leis escritas ou por regulamentos ou decretos. A estrutura do Estado controla o Direito, tanto na elaboração das leis, quanto na interpretação realizada pelos tribunais.

Outrossim, nas sociedades em que predomina o direito consuetudinário, por meio do uso dos costumes, a constatação do que se configura como direito é resultante de investigação e elucidação. Nesse sentido, é possível ao operador do direito utilizar elementos da ciência jurídica e aplicar os mesmos nas sociedades em estudo. Para tanto, o que constitui o direito nas sociedades que aplicam o direito consuetudinário são basicamente:

- 1) *normas generales de comportamiento publico;*
 - 2) *mantenimiento del orden interno;*
 - 3) *definición de derechos y obligaciones de los miembros;*
 - 4) *reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de, recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque);*
 - 5) *reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales);*
 - 6) *definición y tipificación de delitos, distinguiendose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien publico;*
 - 7) *sanción a la conducta delictiva de los individuos;*
 - 8) *manejo, control y solución de conflictos y disputas;*
 - 9) *definición de los cargos y las funciones de la autoridad publica.*⁸⁴
- (STAVENHAGEN, 1990, p. 31).

⁸⁴ Tradução livre: 1) regras gerais de comportamento público; 2) manutenção de ordem interna; 3) definição de direitos e obrigações dos membros; 4) regulamentação do acesso e distribuição de recursos escassos (por exemplo, água, terra, produtos florestais); 5) regulamentos sobre transmissão e troca de bens e serviços (por exemplo, herança, trabalho, produtos de caça, presentes matrimoniais); 6) definição e classificação de crimes, geralmente distinguindo crimes contra outros indivíduos e crimes contra a comunidade ou o bem público; 7) sanção ao comportamento criminoso dos indivíduos; 8) gestão, controle e resolução de conflitos e disputas; 9) definição das posições e funções da autoridade pública. (STAVENHAGEN, 1990, p. 31).

Outro método aplicado para o estudo do direito consuetudinário é a análise sistemática de casos concretos de conflitos e disputas e suas conseqüentes soluções. Desse modo, o investigador pode compreender as normas e regras jurídicas aplicadas por meio de uma forma mais dinâmica de reconhecer o direito de um determinado grupo social ou sociedade. As lides são analisadas a partir do seu contexto histórico e estrutural. (STAVENHAGEN, 1990, p. 33).

Quanto aos âmbitos do direito consuetudinário indígena, pode-se destacar que há uma variedade correspondente ao número de etnias indígenas existentes⁸⁵. No entanto, determinadas temáticas, independente da diversidade étnica dos povos indígenas latino-americanos, permeiam a estrutura fundamental do direito consuetudinário. São destacados, neste sentido, alguns elementos fundamentais que constituem o direito consuetudinário dos povos indígenas, tais como: o direito à terra, à persecução de delitos (direito penal) e os procedimentos de administração da justiça. Cabe ressaltar que estes elementos não são finitos e absolutos, tendo em vista a diversidade étnica dos povos indígenas latino-americanos. (STAVENHAGEN, 1990, p. 39).

As análises promovidas pela antropologia jurídica têm apontado para duas características básicas que permeiam os sistemas jurídicos indígenas na atualidade, a primeira é de escopo prático, relacionada à organização política, jurídica e religiosa. A segunda característica está relacionada à concepção de mundo ou cosmovisão das comunidades indígenas. Quanto à organização dos povos indígenas, a mesma se concentra, principalmente, na figura do cacique, o qual exerce um controle sobre a comunidade, partilhando o mesmo com os conselhos dos anciãos e outros colaboradores. (GALVÁN, 1997, p. 53).

A cosmovisão dos povos indígenas, mesmo que na atualidade, estão relacionadas intrinsecamente com seu passado milenar, no continente latino-americano. “*Las fuerzas que*

⁸⁵ “*Así como los Estados en la esfera internacional tienen sus fronteras, su soberanía, vuelta la vista hacia dentro, al interior de los Estados, cada comuna, comunidad, pueblo o nacionalidad indígena tiene su campo de acción determinado, dentro de esa esfera tiene plena jurisdicción como establece los convenios internacionales, incluso la carta magna ecuatoriana reconoce a cada comunidad indígena, consecuentemente está dotando de jurisdicción dentro de su circunscripción territorial, puesto que una nacionalidad constituyen la reunión de los pueblos y un pueblo de comunidades y comunas, sin embargo cada una de estas son diversas y cuentan con sus propias manifestaciones, expresiones, costumbres, símbolos, creencias, tradiciones, lo que indica que estando unidas son diversas, ello implica que pese a tener potestades jurisdiccionales deben respetar otras circunscripciones del estado nación, incluso comunidades indígenas diferentes.*” (GUARTAMBEL, 2010, p. 228).

mueven dichos elementos de la naturaleza pueden ser benéficos o destructivos, la misión del hombre sobre la Tierra es no alterar este equilibrio inestable.”⁸⁶ (GALVÁN, 1997, p. 53).

Conforme, Guartambel (2010, p. 229), em relação às características do direito indígena, pode-se destacar os seguintes elementos: a comunidade, a autoridade, as sanções e os procedimentos. Dessa forma, a comunidade, para os povos indígenas, constitui, conceitualmente, não apenas a soma de todos os indivíduos que compõem o grupo social, mas uma coletividade comprometida com cada um que a integra. A solidariedade de cada um para com o outro, bem como a organização, a unidade e a vinculação histórica com seus ancestrais moldam a comunidade e os indivíduos que a ela pertencem. Nessa relação de identificação, interação e pertencimento para com a comunidade indígena faz com que todo o grupo esteja coeso aos seus costumes, tradições, rituais e cosmovisão.

O elemento de autoridade compõe a estrutura social dos povos indígenas e é decorrente das suas relações em comunidade e se incorpora ao direito consuetudinário. Assim, o parentesco, os vínculos sociais, culturais e filosóficos são permeados por uma ou mais figuras de autoridade no bojo da comunidade indígena. Essa autoridade pode ser exercida perante a família, por meio da figura dos pais, dos anciões, do líder guerreiro, do líder eleito pela comunidade, do líder espiritual, entre outros. Esses líderes exercem a autoridade para conduzirem decisões de conflitos internos e externos a comunidade, opções de plantio, caça, pesca, coleta, mudança de território e outros. (GUARTAMBEL, 2010, p. 231).

As sanções e os procedimentos delas decorrentes, no direito consuetudinário indígena, ocorrem, primeiramente, na forma de prevenção pelas autoridades que compõem a comunidade. A integração social do indivíduo ocorre desde o seu nascimento, nas relações com os demais membros da comunidade, todos são responsáveis por cada um. Assim, desde a infância, o indivíduo já se está assimilando, aprendendo e se integrando no modo de vida da comunidade. Quando determinada falta é cometida, opta-se, inicialmente, pela reflexão do infrator para que este compreenda a importância do convívio em comunidade, evitando-se a sanção que visa despertar o medo. No entanto, a sanção, por meio de medidas corretivas⁸⁷, também está presente para delitos de maior gravidade. Estas também objetivam uma

⁸⁶ Tradução livre: “As forças que movem esses elementos da natureza podem ser benéficas ou destrutivas, a missão do homem na Terra não é alterar esse equilíbrio instável.” (GALVÁN, 1997, p.53).

⁸⁷ Como exemplo de sanções mais contundentes que visam corrigir as infrações e redimir o infrator podemos citar: a justiça indígena que utiliza banhos intermitentes de água para retirar as impurezas que levaram à determinada conduta irregular, tendo em vista que a água, ocupa em diversas culturas indígenas uma configuração de purificação do corpo e do espírito; o uso de plantas ou animais que promovam reações alérgicas ou de irritação na pele do infrator para que esse reflita, em razão do dano que tenha causado. (GUARTAMBEL, 2010, p. 233-236).

reparação, compensação, uma reflexão espiritual, não promovendo privações de liberdade por mais de algumas horas ou poucos dias. (GUARTAMBEL, 2010, p. 232-233).

Na justiça aplicada pelos povos indígenas, constatam-se determinadas garantias de proteção à integridade dos direitos da coletividade dos membros que integram a comunidade. Assim, são verificados no direito consuetudinário indígena determinados direitos básicos invioláveis, tais como o direito à vida, o direito à integridade individual, direito à liberdade, direito à defesa e o direito à participação.

3.2 OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O processo colonialista instalado pela coroa portuguesa para com o Brasil usurpou as terras daqueles que aqui viviam há milênios e por justificativas políticas, jurídicas, filosóficas e religiosas se apropriou de todo o território. A relação portuguesa para com os povos indígenas seguiu a mesma conduta abordada pelos espanhóis, relações de aproximação quando houvesse interesse e conflitos, massacres, genocídios e escravidão na maioria dos casos. Dessa forma, não havia interesse, por parte do Estado Monárquico português, em resguardar qualquer direito ou garantia aos povos originários que já habitavam o Brasil.⁸⁸

Os direitos territoriais indígenas ficaram quase dois séculos sem qualquer tutela por parte da “metrópole” portuguesa. Somente em 1680 que Portugal estabeleceu o Alvará Régio, o qual estabeleceu a necessidade de se respeitar a posse dos índios sobre suas terras, reconhecendo como seus primeiros ocupantes e “donos” naturais. (ARAÚJO, 2006, p. 24).

O Alvará Régio de 1680 estabelecia que:

[...] E para que os ditos Gentios, que assim decerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeias: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer moléstia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou

⁸⁸ “Povos e povos indígenas desapareceram da face da terra como consequência do que hoje se chama, num eufemismo envergonhado, ‘o encontro’ de sociedades do Antigo e do Novo Mundo. Esse morticínio nunca visto foi fruto de um processo complexo cujos agentes foram homens e micro-organismos, mas cujos motores últimos poderiam ser reduzidos a dois: ganância e ambição, formas culturais da expansão do que se convencionou chamar o capitalismo mercantil. Motivos mesquinhos e não uma deliberada política de extermínio conseguiram esse resultado espantoso de reduzir uma população que estava na casa dos milhões em 1500 aos pouco mais de 800 mil índios que hoje habitam o Brasil.” (CUNHA, 2012, p. 10-11).

tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas. (BRASIL, 1680).

Todavia, o Alvará Régio não promoveu efeitos práticos por parte dos responsáveis legais pela administração política da colônia. As terras pertencentes aos povos indígenas eram constantemente vilipendiadas pelos conquistadores portugueses, os quais não sofriam qualquer punição, quando não eram incentivados a conquistarem tais áreas.⁸⁹

Posteriormente, promoveu-se a política de organização dos povos indígenas em aldeamentos⁹⁰, principalmente os organizados e administrados pelas ordens religiosas, os que mais prevaleceram foram os jesuítas. Estes aldeamentos ficaram conhecidos como as Missões, em virtude do dispositivo legal que normatizava os mesmos, por meio do Regimento das Missões de 1686. As Missões tinham como objetivo principal a catequização dos índios e a descaracterização e renúncia dos seus usos, costumes e tradições culturais. (ARAÚJO, 2006, p. 25).

As políticas de aldeamentos praticadas pelos missionários e, posteriormente, pelos órgãos governamentais promoveram a disseminação de epidemias entre os povos indígenas, devido à alta concentração de pessoas em pequenos espaços territoriais. As epidemias de sarampo e varíola, principalmente, avançavam com tamanha rapidez nos aldeamentos que dificilmente apresentavam algum tipo de crescimento populacional ou taxa de natalidade. Tanto os aldeamentos religiosos quanto os laicos terminavam em um ciclo de captura ou acolhimento de novos indígenas de forma intermitente, tendo em vista as altas taxas de mortalidade por doenças ou fome. (CUNHA, 2012, p. 11).

Já a partir da Lei de 06 de junho de 1755, editada pelo Marquês de Pombal, os aldeamentos ou missões foram substituídos pelos “Diretórios dos Índios”, os quais perduraram até o ano de 1798 e tiveram a sua administração realizada não mais por clérigos da Igreja, mas sim por administradores indicados pelo Governo Colonial. Os Diretórios também cumpriam a função de limitar o espaço territorial dos povos indígenas, concedendo

⁸⁹ “[...] o esbulho das terras indígenas, tanto nos territórios originais quanto nos aldeamentos para onde haviam sido descidas, continuava, a tal ponto que a 20 de dezembro de 1741, um Breve *Immensa Pastorum Principis* papa Bento XIV aos arcebispos e bispos do Brasil, renovando os famosos Breves de 1537 a 1539, proibiu, sob pena de excomunhão – de que só poderia ser absolvido pelo próprio papa – que se escravizassem os índios, se os despojassem de seus bens e propriedades e se os levassem para fora de suas terras.” (CUNHA, 1987, p. 61-62).

⁹⁰ “A localização dos aldeamentos obedece a considerações de várias ordens. Para incentivar o contato com os portugueses, facilitando assim tanto a civilização dos índios quanto a utilização de seus serviços, são em geral situados próximo das povoações coloniais. Na Lei de 1611 serão expressamente situados a uma distância suficientemente segura de núcleos de povoamento brancos para que uns não possam prejudicar aos outros.” (MOISÉS, 1992, p. 118-119).

aos mesmos uma dimensão que não propiciava as reais condições para o desenvolvimento e a manutenção de todas as suas características socioculturais.

Ademais, a Carta Régia, de 02 de dezembro de 1808, foi editada, a qual estabelecia como devolutas todas as terras que fossem conquistadas daquelas comunidades indígenas que não se submetessem ao julgo do domínio da coroa portuguesa. Estas terras, consideradas devolutas, eram disponibilizadas para o processo de concessão colonial, com objetivos de expandir a colônia e ocupar as terras tradicionalmente indígenas. Conforme se pode verificar no texto da referida Carta Régia:

Pedro Maria Xavier de Ataíde e Mello, do meu Conselho, Governador e Capitão General da Capitania de Minas Geraes. Amigo. Eu o Príncipe Regente vos envio muito saudar. Sendo-me presente tudo o que a Junta que fui servido crear para a conquista e civilização dos Indios e navegação do Rio Doce, fez subir a minha real presença, como fructo das suas observações, e do que lhe constou pelos Commandantes da força armada em conformidade das minhas reaes ordens, pedindo-me com muito louvavel zelo e grande conhecimento de causa alguma providencias mui saudaveis tanto para promover a civilização dos Indios que têm mostrado querer viver pacificamente aldeados debaixo da protecção de minhas leis, logo que viram cessar a tyrannia dos Indios Botocudos, como tambem para favorecer o estabelecimento de alguns sujeitos que têm concorrido para erigir fabricas de mineração e trabalhos de agricultura nestes terrenos novamente restaurados, o que muito desejo promover: sou servido, conformando-me com as propostas da mesma Junta, determinar-vos, para que assim o façais immediatamente resgatado das incursões dos Indios Botocudos, ou ainda outros quaesquer, cosidereis como devolutos todos os terrenos (...). (BRASIL, 1808).

Tal direito – congênito e originário – dos povos indígenas sobre suas terras, independente de titulação ou reconhecimento formal, consagrado ainda no início do processo de colonização, foi mantido no sistema legal brasileiro do regime imperial, por meio da “Lei de Terras de 1850”, Lei n. 601 de 18 de setembro de 1850, na qual se pode observar:

Das terras reservadas

Art. 3º Compete á Repartição Geral das Terras Publicas:

[...]

§ 3º Propor ao Governo as terras devolutas, que deverem ser reservadas: **1º para a colonização dos indígenas**; 2º para a fundação de Povoações, abertura de estradas, e quaisquer outras servidões, e assento de Estabelecimentos Públicos. (grifo nosso). (BRASIL, 1850).

Todavia, o Decreto n. 1318, de 30 de janeiro de 1854, regulamentou a Lei de Terras de 1850 e possibilitava aos presidentes das Províncias, ao demarcar as terras indígenas, realizar o procedimento de aldeamentos dos índios. Neste processo, se reduzia ou, na maioria das vezes, se suprimida a área originária ocupada pelos povos indígenas, as quais eram repassadas para o processo de colonização do Governo Imperial brasileiro.

Esta autonomia administrativa e de gestão dos presidentes das províncias sobre a disponibilização de terras devolutas aos povos indígenas não possibilitava a garantia mínima de manutenção dos seus territórios originários. O Decreto n. 1318 de 1854, estabelecia que:

Art. 72. Serão reservadas terras devolutas para colonização, e **aldeamento de indígenas** nos distritos, onde existirem hordas selvagens.

Art. 73. Os Inspetores, e Agrimensores, tendo notícia da existência de **tais hordas** nas terras devolutas, que tiverem de medir, procurarão instruir-se de seu gênio e índole, do número provável de almas, que elas contêm, e da facilidade, ou dificuldade, que houver para o seu aldeamento; e de tudo informarão o Diretor Geral das Terras Públicas, por intermédio dos Delegados, indicando o lugar mais azado para o estabelecimento do aldeamento, e os meios de obter; bem como a extensão de terra para isso necessária.

Art. 74. A vista de tais informações, o Diretor Geral proporá ao Governo Imperial a reserva das terras necessárias para o **aldeamento**, e todas as providencias para que este se obtenha.

Art. 75. As terras reservadas para **colonização de indígenas**, e por eles distribuídas, são destinadas ao seu usufruto; e não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por ato especial, não lhes conceder o pleno gozo delas, por assim o permitir o seu estado de civilização.

Art. 76. Os mesmos Inspetores, e Agrimensores darão notícia, pelo mesmo intermédio, dos lugares apropriados para a fundação de Povoações, abertura de estradas, e quaisquer outras servidões, bem como para assento de Estabelecimentos Públicos; e o Diretor Geral das Terras Públicas proporá ao Governo Imperial as reservas, que julgar convenientes. (grifo nosso). (BRASIL, 1854).

Os procedimentos de aldeamentos, a redução do tamanho das áreas ocupadas, ou até mesmo a expulsão dos povos indígenas das terras por eles ocupadas foram praticados de forma sistemática durante o período imperial no Brasil. Tais condutas levaram a perda absoluta da terra por diversos povos indígenas durante, não apenas no Império, mas também nas fases republicanas seguintes.⁹¹

Desse modo, a proclamação da República no Brasil, em 15 de novembro de 1889, apesar de promover a ruptura com o regime imperial e instaurar a forma republicana do exercício do poder político no país, pouco alterou o modelo socioeconômico brasileiro. A “Primeira República” ou “República Velha” foi direcionada para atender os interesses das oligarquias rurais brasileiras, principalmente a elite cafeeira, não desenvolvendo qualquer apoio ou incentivo às classes populares do país. (FONSECA, 2009, p. 73).

A Primeira República marca um ciclo de três regimes políticos, aos quais o Brasil foi submetido no século XIX, desde as décadas iniciais deste, como Brasil Colônia (1500-1822), sua passagem de maior duração como Império (1822-1889) e o término como República

⁹¹ “O Brasil independente marca um retrocesso no reconhecimento dos direitos indígenas: no mesmo período em que o índio se torna o símbolo de uma nova nação nega-se-lhe tanto a soberania quanto a cidadania. *Os índios*, declara o deputado Montesuma ecoando a opinião geral dos Constituintes de 1823, *não são brasileiros no sentido político em que se toma; eles não entram conosco na família que constitui o império* – Sessão de 25.09.1823, Diário da Constituinte.” (CUNHA, 1987, 63-64).

(1889-1930). Um século marcado pelo tráfico de pessoas trazidas da África para serem escravizadas e, em seus últimos anos, com uma política de imigração europeia em larga escala. O século XIX foi “palco” de grandes conflitos entre oligarquias regionais e o poder central, revoltas populares em diversos períodos e guerras internacionais contra nações vizinhas ao Brasil. Entretanto, em relação ao poder e privilégios poucos avanços ocorreram naqueles cem anos, privilegiando em especial as oligarquias rurais latifundiárias. (CUNHA, 2012, p. 47).

Para os povos indígenas não foi diferente da exclusão social, política, econômica e cultural a que foram submetidos a população que não compunha o poder constituído da época, inclusive agravou-se a situação, pois a constituição brasileira, promulgada em 1891, previa em seu artigo 64, a transferência das terras devolutas da União para as respectivas unidades federativas.

Art 64 - Pertencem aos Estados às minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Parágrafo único - Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados. (BRASIL, 1891).

Os estados, para fins de seus próprios processos internos de expansão, desenvolvimento agrícola e colonização, usurparam as terras ocupadas pelos povos indígenas de forma mais contundente. Este processo agravou ainda mais a situação dos índios no Brasil em relação a ocupação de terras, acarretando problemas diversos no país a longo prazo para os povos indígenas.⁹²

Ademais, a Constituição de 1891 não abordava ou promovia a garantia de nenhum direito aos povos indígenas. Tal medida, em relação à ausência de regulação ou garantia de direitos, visava um processo de “branqueamento” da população brasileira, tendo em vista o

⁹² “Exemplo disso ocorreu quando o estado do Amazonas concedeu a particulares boa parte das terras ocupadas pelos índios Ticuna com base no mencionado artigo 64. A concessão se dava a partir de um regulamento elaborado para incorporar as terras devolutas ao patrimônio estadual e que exigia uma série de providências que certamente não foram realizadas devido à sua complexidade diante das condições da época – como medições e vistorias in loco. Tais providências, se tivessem sido implementadas, teriam constatado a presença de inúmeras comunidades indígenas e provavelmente evitado os conflitos surgidos a partir daí. Embora a Constituição de 1891 excepcionasse as terras situadas na faixa de fronteira daquelas que seriam transferidas aos estados, estes fizeram pouco caso da exceção e expediram inúmeros títulos incidentes sobre terras indígenas naquelas regiões. Datam dessa época títulos indevidamente conferidos sobre as terras dos índios Guarani-Kaiowá, no Mato Grosso do Sul, como também as primeiras invasões na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, quando Roraima ainda integrava o estado do Amazonas.” (ARAÚJO, 2006, p. 27).

interesse existente desde o período Imperial do Brasil de suplantarem a população negra e indígena no país. (FONSECA, 2009, p. 75).

Nas primeiras décadas do século XX, a situação dos povos indígenas se agravou em relação àqueles que se colocavam no caminho do processo de colonização europeia e das diversas frentes de expansão para o interior, principalmente nos estados das regiões sul, sudeste e centro oeste do Brasil. Nesse período, conflitos, combates e até mesmo ações de extermínio ocorriam frequentemente em relação aos índios. O Museu de São Paulo, na época, difundia a necessidade do extermínio daqueles povos indígenas que se contrapusessem em relação ao avanço da “civilização”. As ações dos governos estaduais para a contratação de bugreiros⁹³ na “caça” e extermínio de indígenas contavam com incentivos do governo republicano. No entanto, estas ações e omissões institucionais por parte dos governos estaduais e federal, levou o país a ser acusado por crimes de extermínio a indígenas no XVI Congresso dos Americanistas de 1908, ocorrido em Viena.

Neste contexto, foi criado, pelo Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910, no governo republicano, o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN, ligado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, com objetivos de promover a proteção e integração dos indígenas e, ainda, de fundar colônias agrícolas.

Art. 1º O Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, criado no Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tem por fim:

- a) **prestar assistência aos índios do Brasil**, quer vivam aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados;
- b) estabelecer em zonas férteis, dotadas de condições de salubridade, de mananciais ou cursos de água e meios fáceis e regulares de comunicação, centros agrícolas, constituídos por trabalhadores nacionais que satisfaçam as exigências do presente regulamento. (Grifo nosso). (BRASIL, 1910).

As atividades do SPI⁹⁴, desde a sua origem, visavam um protecionismo aos povos indígenas, com o foco no processo de aculturação, assimilação e integração para que pudessem se tornar cidadãos brasileiros produtivos. Dessa forma, o SPI garantia a segurança e

⁹³ “Bugreiro, ou, mais explicitamente, o caçador de índios, foi assim uma profissão criada e necessária ao capitalismo em expansão nesta parte da América. As tropas de bugreiros compunham-se, em regra, com 8 a 15 homens. A maioria deles era aparentada entre si. Atuavam sob o comando de um líder. A quase totalidade dos integrantes desses grupos eram “caboclos”, que tinham grande conhecimento sobre a vida no sertão. Atacavam os índios em seus acampamentos, de surpresa. Às vítimas poucas possibilidades havia de fuga.” (SANTOS, 1997, p. 27-28).

⁹⁴ “Com a criação do SPI, o reconhecimento dos títulos dos índios sobre suas terras recebeu novo tratamento legal. O SPI esteve envolvido com a pacificação de grupos indígenas, com a criação de postos indígenas e gestão de inspetores que aplicavam as técnicas de contato de Rondon, mantendo atitudes defensivas até estabelecer amizade com os índios e consolidar a pacificação. A partir de então, buscava-se junto aos governos estaduais garantir uma reserva (terras) para a sobrevivência física dos índios.” (ALVES; VIEIRA, 2017, p. 90).

integridade dos indígenas sob sua proteção e promovia a formação dele para a vida em sociedade e no mundo do trabalho.

O objetivo do SPI era que os índios passassem a agricultores com suas glebas de terras, deixando hábitos hostis, passando a conviver com os camponeses, protegendo o índio em seu próprio território. Punha-se cobro a velha prática dos descimentos, que desde os tempos coloniais vinham deslocando tribos de seu habitat para a família dos vilarejos civilizados. A proposta do SPI indica para as autoridades estatais que os índios, estavam índios, numa situação transitória, por isso pretendiam incorporá-los a comunhão nacional, melhorando o indígena para formar uma sociedade homogênea e harmoniosa. (ALVES; VIEIRA, 2017, p. 90-91).

Cabe destacar que o SPI foi o marco institucional que separou, definitivamente, as políticas indigenistas realizadas no Brasil até o final do período imperial que estavam vinculadas à Igreja Católica. Assim, o processo de catequização dos indígenas e as ações missionárias religiosas não estavam vinculados às políticas de gestão e desenvolvimento dos povos indígenas sobre a tutela do SPI. A ação do SPI passa a ser, desde o seu início, laica, com objetivos vinculados ao desenvolvimento do Estado republicano.

A partir de 1918, o SPI foi separado da Localização de Trabalhadores Nacionais, por meio do Decreto-Lei n. 3454, de 6 de janeiro de 1918. Todavia, o objetivo central do órgão governamental indígena, mesmo com a sua separação e independência administrativa e política, continua a ser a assimilação e integração dos povos indígenas sobre a sua tutela.

Quanto à tutela dos índios, destacam-se dois diplomas legais expedidos no período da Primeira República, a Lei n. 3071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil brasileiro) e o Decreto n. 5484, de 1928, os quais estabeleciam a incapacidade jurídica dos mesmos e o poder de tutela do SPI sobre eles. “Os indígenas tornaram-se tutelados do Estado brasileiro, um direito que implicava num aparelho administrativo único, mediando as relações índios – Estado – sociedade nacional.” (FREIRE, 2016, p. 02).

Os indígenas eram considerados, portanto, a partir da vigência do Código Civil de 1916, como pessoas relativamente incapazes e tuteladas pelo Estado por meio do SPI. Figuravam ao lado das crianças e adolescentes menores de 16 anos, apesar de absolutamente incapazes, também possuíam tutela da família e do Estado. O SPI exerceu sua tutela sobre os povos indígenas até o ano de 1967 quando, a partir de inúmeras denúncias de abusos e violências para com os indígenas e constatações de corrupção foi extinto e, assim substituído pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI.

As políticas e ações perpetradas pelo SPI apresentavam características semelhantes às ações desempenhadas no período colonial e imperial, principalmente nas ações de aldeamentos. Alguns métodos praticados pelos membros da Igreja Católica, principalmente no período colonial, como acolher os indígenas com moradias e alimentação precárias, mas existentes, distribuição de roupas e utensílios pessoais, a educação musical e até a formação em “ofícios”, foram também aplicados pelos membros do SPI.

As expedições pelos sertões em busca dos povos indígenas levaram a constituição de um corpo de funcionários do SPI composto, principalmente, por militares, dentre estes se destaca o marechal Cândido Rondon⁹⁵. Essas expedições contribuíram para a catalogação geográfica de diversas regiões do país, bem como contribuíram com a formação da antropologia no Brasil e das coleções de cultura material indígena dos museus brasileiros e estrangeiros. (ARAÚJO, 2006, p. 27).

Após a Revolução de 1930, foi promulgada a Constituição de 1934, a qual dispôs o direito ao reconhecimento da posse aos indígenas sobre as suas terras. A segurança jurídica do direito a posse aos indígenas sobre a terra estava disposta no artigo 129, da Constituição de 1934, o qual previa que: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.” (BRASIL, 1934).

Posteriormente, com a outorga da Constituição de 1937 e a instauração do Estado Novo, manteu-se a previsão da Carta anterior em relação a posse da terra aos indígenas. O artigo 154, da Constituição de 1937, reconhecia a posse aos indígenas sobre as suas terras, conforme se pode verificar: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.” (BRASIL, 1937).

As demais Constituições brasileiras de 1946 e 1967 mantiveram o direito a posse das terras indígenas, por meio dos seus artigos 216 e 186, respectivamente. Apesar das referidas Constituições serem vinculadas a regimes políticos distintos, possuíam o mesmo escopo protetivo em relação às terras indígenas, mas eram omissas em outras matérias como o

⁹⁵ “O Marechal Cândido Rondon (1865-1958), que foi o primeiro presidente do órgão e exerceu grande influência na condução de suas políticas ao longo de praticamente toda sua história. Rondon não apenas concebeu como levou à risca as posturas sertanistas. Sua prática indigenista se originou de sua atuação à frente da Comissão de Linhas Telegráficas Estratégicas do Mato Grosso ao Amazonas (1907-1915), na qual experimentou diversas das técnicas de relacionamento com os índios que posteriormente transferiu ao SPI. Por suas posturas e feitos recebeu as maiores congratulações civis e militares oferecidas aos brasileiros. Em 1957 foi inclusive indicado ao Prêmio Nobel da Paz.” (ARAÚJO, 2006, p. 27-28).

reconhecimento à autodeterminação. Dessa forma, pode-se verificar o disposto nos citados artigos:

Constituição de 1934:

Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem. (BRASIL, 1946).

Constituição de 1967:

Art 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes. (BRASIL, 1967a).

O período correspondente a ditadura militar, entre 1964 a 1985, promoveu inúmeras mudanças na ordem legislativa e administrativa referente aos povos indígenas, consolidadas a partir da extinção do SPI, em 1967, com a criação, em seguida, da FUNAI. Foram realizadas diversas denúncias⁹⁶ contra a gestão do SPI, tais como: corrupção, gestão fraudulenta do patrimônio indígena, crimes contra a propriedade, homicídios, as quais assolaram as estruturas do já fragilizado órgão durante a década de 1960. (ARAÚJO, 2006, p. 30).

A Lei n. 5.371, de 05 de dezembro de 1967, autorizou a instituição da FUNAI, em substituição ao SPI, com as seguintes finalidades:

Art. 1º [...]

I - estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista, baseada nos princípios a seguir enumerados:

- a) respeito à pessoa do índio e as instituições e comunidades tribais;
- b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nela existentes;
- c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional;
- d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas;

II - gerir o Patrimônio Indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;

III - promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;

IV - promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;

V - promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional;

VI - despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;

⁹⁶ Pela avaliação feita pela Comissão Parlamentar de Inquérito de 1967, percebemos que os conflitos em torno da questão indígena e suas terras remontam a períodos pretéritos. A Comissão encerrou seus trabalhos em 10 de setembro de 1968, um ano depois, tendo seu relatório final publicado no Diário Oficial. Essa Comissão visitou os quase 130 postos existentes na época, resultando num calhamaço de processo com 21 volumes e 5515 páginas sendo relatado pelo procurador crimes cometidos por funcionários. No entanto, muitos crimes estavam prescritos ou não punidos por falta de provas, como por exemplo, crimes contra a propriedade dos índios, desvio de verbas públicas, recibos falsos, genocídio, etc. (ALVES; VIEIRA, 2017, p. 99).

VII - exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio. (BRASIL, 1967b).

A FUNAI surge com a atribuição de tutora dos indígenas, responsável pelos direitos, bem como a garantia do desenvolvimento de atividades nas áreas da educação, médico-sanitária, gestão do patrimônio indígena, entre outras. Entretanto, nos primeiros anos, a fundação se encontra ligada aos problemas institucionais do extinto-SPI, tendo em vista que funcionários, estrutura administrativa e de processos de gestão eram todos provenientes da antiga estrutura.

Todavia, profundas alterações se iniciam com a “Emenda Constitucional n. 1 de 1969”, a qual, já nos seus primeiros artigos, estipula as terras indígenas como integrantes do patrimônio da União, afastando das mesmas as ameaças praticadas por segmentos privados e pelos estados em relação ao seu domínio. Uma das alterações coloca a responsabilidade sobre as questões indígenas como de responsabilidades do governo federal, possibilitando a unificação das políticas nacionais.

Art. 4º. Incluem-se entre os bens da União:

[...]

IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

Art. 8º. Compete à União:

[...]

XVII - legislar sobre:

o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional;

Ademais, a Emenda Constitucional de 1969, por meio do seu artigo 198, possibilitou aos indígenas o direito ao usufruto das riquezas naturais provenientes das suas terras e de todas as utilidades nelas existentes. Os parágrafos 1º e 2º⁹⁷ do referido artigo estabeleciam que qualquer posse ou ocupação em terras indígenas estariam declaradas nulas e extintos seus efeitos jurídicos. Por fim, esses parágrafos apontavam, ainda, que não havia qualquer possibilidade de ação ou indenização contra a União aos que tiveram declarada a nulidade ou a extinção da posse ou ocupação de terras habitadas por indígenas. Pode-se constatar no disposto no artigo 198, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

⁹⁷ “É digno de nota, por exemplo, a declaração do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cordeiro Guerra, durante um julgamento: “o que está dito no artigo 198 é mais ou menos o que está dito no artigo 1º do primeiro decreto bolchevique: Fica abolida a propriedade privada. Revogam-se as disposições em contrário”. Manifestações deste tipo obviamente não traduziam qualquer discussão jurídica sobre o tema, mas apenas demonstravam a profunda oposição que um tratamento justo para os índios despertava em setores do Judiciário brasileiro.” (ARAÚJO, 2006, p. 30-31).

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio. (BRASIL, 1969).

No início da década de 1970, os movimentos indígenas começaram a ser constituídos, os quais passaram a receber o apoio de determinados segmentos e setores da sociedade, como os movimentos populares, organizações não-governamentais, sindicatos, instituições, entre outros. O foco de luta social dos movimentos indígenas estava voltado principalmente nas questões de marginalização das suas condições econômicas, sociais, étnicas e culturais. Nesse período, se destaca a atuação do Movimento Indígena Contemporâneo, o qual atuava como protagonista da luta e resistência dos direitos indígenas no Brasil.

Nesse período também foi sancionada a Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, a qual estabeleceu o Estatuto do Índio. O referido diploma legal preconiza em seu artigo 1º que “a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.” (BRASIL, 1973).

No entanto, o Estatuto, apesar de determinados avanços ligados ao disposto na legislação e a repressão do Regime Militar em relação aos movimentos populares, incluso os movimentos indígenas, manteve a concepção integracionista.⁹⁸ A manutenção do disposto no Código Civil de 1916, sobre a situação dos índios como relativamente incapazes, necessitando ser tutelados, aliada à questão da visão de comunhão nacional para com os índios, impediam o desenvolvimento da sua própria cultura, costumes e tradições.

⁹⁸ “De acordo com o princípio integracionista, os índios são indivíduos não evoluídos, membros de populações em um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional (art. 1º da OIT 107 /53), ou seja, são um nível inicial do processo de evolução, se comparados com a sociedade não-índia. Por isso, o Estado tem a responsabilidade de buscar sua integração à sociedade, da qual são vistos como excluídos, a fim de possibilitar-lhes o desenvolvimento. O objetivo estatal de integrar os índios à sociedade não-índia, de forma progressiva e harmoniosa; estabelece o respeito à manutenção das comunidades indígenas, seus valores culturais, tradições e costumes apenas durante o processo de transição e integração dos índios. O Estado considerava a condição indígena como transitória, até a concretização do propósito de total assimilação à comunhão nacional (sociedade não-índia).” (VITORELLI, 2016, p. 34).

No contexto em que foi editado, o Estatuto do Índio representou, de fato, um avanço na proteção dos direitos indígenas. Contudo, por trás de declarações bem-intencionadas de harmonia, preservação da cultura e ‘integração’, a pretensão da norma era, de modo ‘progressivo e harmonioso’, fazer com que os índios deixassem de existir enquanto tais, passando a integrar uma chamada ‘comunhão nacional’ que nada mais era do que a sociedade não-indígena. O Estatuto do Índio, embora tenha trazido importantes normas de proteção dos índios, não albergava o mais importante dos direitos, que é o direito de continuar existindo enquanto índio. Não se reconheceu que os índios, enquanto tais, já fazem parte da comunhão nacional, preferindo-se estimular, ainda que de modo velado, a extinção progressiva dos traços culturais diferenciados das comunidades indígenas. (VITORELLI, 2016, p. 31).

O Estatuto, por ainda estar em vigência no Brasil, é utilizado nos tribunais brasileiros e, em virtude das suas características limitadas em relação às políticas indigenistas, provoca determinados anacronismos em decisões judiciais. Nesse sentido, temas já refutados pelos estudos indigenistas contemporâneos como aculturação, integração, silvícola, incapacidade civil, entre outros, são utilizados como estrutura fundante de decisões judiciais. Entendimentos nas decisões judiciais, referentes à avaliação da condição indígena ou da constatação da integração a sociedade para avaliação do menor ou maior grau de compreensão da ilicitude da conduta, por exemplo, são tomados sem a realização de perícias antropológicas. As avaliações realizadas, sem os devidos laudos periciais, incorrem em percepções e leituras estigmatizantes. (VITORELLI, 2016, p. 33).

Para avaliar o Estatuto do Índio e suas implicações sobre as políticas indigenistas, faz-se necessário compreender o período do regime político vigente no Brasil. Os Governos Militares, a partir da sua política de desenvolvimentismo nacionalista do país, com a intensa intervenção do aparato estatal na economia de mercado, principalmente com obras estruturantes de grande monta, entravam em colisão com os direitos indígenas.

Como exemplo deste desenvolvimentismo, destaca-se o Plano de Integração Nacional⁹⁹ - PIN, o qual se constituía num programa governamental instituído pelo Decreto Lei n. 1.106, de 16 de junho de 1970, durante o governo do general Emílio Garrastazu Médici. O PNI tinha por objetivo realizar obras de infraestrutura econômica e social no Norte e no Nordeste do país. Obras como a construção da rodovia Transamazônica, estão no escopo do PIN. As obras e intervenções promovidas pelo PIN ocasionaram danos ambientais graves, com repercussões na flora e na fauna de ecossistemas com equilíbrios frágeis, causando

⁹⁹ O Programa de Integração Nacional foi constituído com a finalidade específica de financiar o plano de obras de infraestrutura, nas regiões compreendidas nas áreas de atuação da SUDENE e da SUDAM e promover sua mais rápida integração à economia nacional.

desastres naturais e impactando diretamente o modo de vida e a sobrevivência de diversos povos indígenas.¹⁰⁰

Em virtude da estratégia política desenvolvimentista desenhada pelos militares para o Brasil, passou-se a realizar um estrito controle sobre a FUNAI, desde a indicação de militares para a sua presidência, quanto à manipulação e o desvirtuamento os processos de identificação e demarcação das terras indígenas.

No interesse de ampliar o controle dos Governos Militares foi estabelecido, por meio do Decreto n. 88.118, de 23 de fevereiro de 1983, novos procedimentos para o processo administrativo de demarcação de terras indígenas. Esses procedimentos previam os estudos técnicos, por meio dos funcionários de carreira da FUNAI, mas este estudo deveria ser submetido à aprovação de um grupo de trabalho, o qual figura na esfera de controle absoluto do governo. Tais procedimentos podem ser constatados no disposto no artigo 2º, do Decreto n. 88118 de 1983, o qual versa que:

Art. 2º. A demarcação das terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se refere o artigo 17, item I, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, será precedida de reconhecimento e delimitação das áreas.

§ 1º **A FUNAI, através dos seus técnicos e especialistas, procederá os levantamentos e estudos sobre a identificação e delimitação das áreas indígenas.**

§ 2º Concluídos os estudos preliminares e levantamentos de campo, a definição da área indígena levará em conta o consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação e a situação atual, indicando, quando for o caso, a presença de não índios na área proposta, bem como a existência de benfeitorias, povoados ou projetos oficiais.

§ 3º **A proposta da FUNAI será examinada por um Grupo de Trabalho**, composto de representantes do Ministério do Interior, Ministério Extraordinário para Assuntos Fundiários, Fundação Nacional do Índio e de outros órgãos federais ou estaduais julgados convenientes, que emitirá parecer conclusivo encaminhando o assunto a decisão final dos Ministros de Estado do Interior e Extraordinário para Assuntos Fundiários.

§ 4º Aprovada a proposta, será encaminhada ao Presidente da República o projeto de decreto estabelecendo os limites da área indígena considerada, cuja demarcação far-se-á com base no ato homologatório. (Grifo nosso). (BRASIL, 1983).

¹⁰⁰ “Em que pesem os dispositivos legais que o próprio governo criou, na prática o que ocorreu foi um processo sistemático de negação dos direitos territoriais dos índios, demarcando-se terras diminutas e permitindo-se a exploração das áreas remanescentes por empresas, a exemplo do que aconteceu com as terras do povo Waimiri-Atroari, no Amazonas, exploradas até hoje pela mineradora Paranapanema. Outro expediente utilizado foi a remoção de índios de suas terras, transferindo-os para outras áreas com o intuito de permitir a construção de estradas. Aqui o caso mais emblemático foi o do povo Panará, que em 1975 foi levado à revelia para o Parque Indígena do Xingu em decorrência da abertura da Rodovia Cuiabá-Santarém, a BR-163. A construção da estrada e a remoção do território tradicional ocasionaram a morte de mais da metade daquele povo. Somente nos anos 90, os Panará conseguiram retomar uma parte do seu território tradicional, após longa batalha administrativa e judicial.” (ARAÚJO, 2006, p. 35).

Estes procedimentos se perpetuaram até o término do período da ditadura militar, em 1985. Este, após duas décadas de repressão política e censura, apresentava grande desgaste junto a população, aliado aos problemas econômicos e sociais aos quais o país estava submetido, somado aos protestos e às resistências que se instalaram contra o regime e as exigências de liberdades individuais e políticas, por meio da abertura democrática provocaram o fim da Ditadura Militar no Brasil. A passagem do poder se dá por meio de um governo eleito de forma indireta, por um colégio eleitoral, que fica responsável pelos processos de abertura democrática do país, bem como a realização de uma nova Assembleia Nacional Constituinte para a elaboração da Carta Magna Cidadã brasileira.

Neste interim, os movimentos indígenas também se envolveram em todo o processo de transição e abertura política do país, bem como da constituinte que se aproximava, com vistas de conquistar e ampliar seus direitos. Os povos indígenas passaram a atuar de forma integrada e reivindicavam a ruptura com todo o modelo vigente até então no país. A luta reivindicava por processos de demarcação de terras que realmente representassem a necessidade e a realidade com os seus direitos originários na garantia, não apenas de sobrevivência e disponibilidade de recursos naturais, mas que também garantissem a preservação da sua cultura. O rompimento com o modelo da tutela do Estado sobre os índios e a garantia destes da sua autonomia e da sua autodeterminação. Todos estes elementos foram os subsídios para a composição do que se constituiu a Constituição Federal de 1988, vigente no país e, nas demais leis esparsas que se desdobraram dela e garantem direitos aos povos indígenas.

A Constituição de 1988 se caracterizou como um grande marco para a proteção e o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no Brasil. E aos indígenas foi considerado o direito à diferença, rompendo assim o paradigma assimilacionista¹⁰¹, e também lhes foi conferido direitos permanentes e coletivos.

A Constituição, em seus primeiros artigos, dispõe sobre os elementos que constituem os objetivos fundamentais do Brasil, podendo-se constatar a vedação a qualquer forma de discriminação. Assim, resguarda-se aos povos indígenas a proteção quanto as ações que acarretem formas discriminatórias, não apenas de particulares, mas do próprio Estado. Dessa forma, o artigo 3º, inciso IV, da Constituição estabelece que:

¹⁰¹ Pode-se verificar esta mudança de paradigma como, por exemplo, no desaparecimento de expressões consagradas na tradição constitucional como competência da União para "legislar sobre a incorporação de silvícolas na comunidade nacional". Alterando, assim, para expressões mais amplas e não assimilacionistas, como para "legislar sobre populações indígenas", conforme o disposto no Artigo 22, inciso XIV, da Constituição de 1988. Configura-se como uma significativa mudança de perspectiva. (CUNHA, 1990, 312).

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

A Constituição aborda, nos seus artigos que compõem o seu capítulo VIII, conteúdos específicos sobre os povos indígenas. Apesar de o referido capítulo dispor de somente dois artigos, apresentam uma ampla e profunda gama de proteção e garantias aos povos indígenas, como se pode verificar:

CAPÍTULO VIII DOS ÍNDIOS

Art. 231. São reconhecidos aos índios 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.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as 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.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o artigo 231 *caput* da Constituição Federal reconhece aos povos indígenas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, constituem a proteção e a promoção consolidada dos direitos fundamentais. Os artigos 231 e 232 da Constituição positivaram o reconhecimento da condição multicultural e pluriétnica da sociedade brasileira. Assim, há a garantia de “reconhecimento da existência de minorias

nacionais e a instituição de normas de proteção de sua singularidade étnica, especialmente de suas línguas, costumes e usos.” (SILVA, 2014, p. 868).

O disposto no artigo 231, § 2º, da Constituição de 1988 garante aos povos indígenas a posse das terras, de forma permanente, nas quais habitam, como espaços de reprodução de seus costumes e a preservação das suas culturas, resguardando o usufruto exclusivo dos bens naturais.

A capacidade processual dos povos indígenas foi outra inovação estabelecida pelo constituinte originário a Carta Magna de 1988, a eles foi conferida a possibilidade de postulação em juízo individualmente, por meio de suas comunidades ou organizações. Ao Ministério Público Federal coube a incumbência de garantir os direitos indígenas e de intervir nos processos que estejam relacionados aos direitos dos povos indígenas.

Ademais, a capacidade processual dos povos indígenas, estabelecida por meio do artigo 232, da Constituição de 1988, possibilitou constituírem seus mandatários, sem a necessidade de qualquer tipo de autorização do órgão governamental indígena, no caso FUNAI. A legitimidade processual para defenderem seus direitos e interesses foi um grande avanço e permitiu a autonomia dos povos.

Se, com o advento da Constituição de 1988, é conferida ao indígena, de modo expresso, a capacidade processual (art. 232), a qual é um atributo da personalidade, é possível concluir, por interpretação, que a norma também lhes concedeu a plena capacidade civil, uma vez que a capacidade processual decorre da possibilidade de contrair direitos e assumir obrigações na ordem jurídica. Não haveria sentido, portanto, em se atribuir aos índios capacidade processual e lhes negar a capacidade civil. (VITORELLI, 2016, p. 81).

Na ótica da valorização e proteção à cultura e aos costumes, a Constituição estabelece a garantia expressa e assegura às comunidades indígenas uma educação ministrada, não somente em sua língua, mas também com processos de socialização próprios.

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

[...]

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. (BRASIL, 1988).

Nesta mesma linha, o disposto no artigo 215 da Constituição estabelece o pleno exercício e o acesso aos direitos culturais, por meio da proteção irrestrita do Estado às manifestações das culturas indígenas nos seguintes termos:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º **O Estado protegerá as manifestações das culturas** populares, **indígenas** e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

II produção, promoção e difusão de bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

IV democratização do acesso aos bens de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V valorização da diversidade étnica e regional. (Grifo nosso). (BRASIL, 1988).

Os movimentos indígenas, aliados a setores da sociedade civil organizada, tiveram papel fundamental para a consolidação dos direitos dos povos indígenas na Constituição de 1988. Entidades como a União das Nações Indígenas - UNI, Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC, Centro Ecumênico de Documentação e Informação - CEDI, Comissão Pró-Índio São Paulo - CPI-SP, Associação Brasileira de Antropologia – ABA, entre outras, com as suas mobilizações, encontros, debates e discussões promoveram o fortalecimento e o engajamento dos movimentos indígenas no Brasil e no mundo. A participação e a aproximação das organizações indígenas em organismos internacionais, como a ONU e a OEA, bem como outros órgãos especializados promoveram o fortalecimento dos povos em relação as suas reivindicações pelos seus direitos e a de defesa da diversidade cultural¹⁰².

Cumprido destacar, que o processo da Constituinte não elegeu nenhum representante indígena para o Congresso Nacional, mas estiveram presentes, em todo o processo de discussão, elaboração e aprovação da Constituição de 1988, representantes dos povos

¹⁰² Nota-se o caso do processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no qual a Comissão de Direitos Humanos da OEA concedeu liminar para que o governo brasileiro finalizasse o processo de demarcação. O governo brasileiro, no ano de 2005, por ato do presidente da República a época, efetuou o ato de homologação da área, o que provocou posteriormente a uma forte oposição manifestada em petição (PET n. 3.388 RR) ao Supremo Tribunal Federal - STF com o intuito de anular a homologação. Foi em função desses conflitos que o STF apresentou seu julgamento favorável à homologação, porém condicionando sua decisão a dezenove salvaguardas. (ARAÚJO, 2006, p. 42).

indígenas e suas respectivas organizações.¹⁰³ As questões indígenas permearam o debate no Congresso Nacional com forte tônica, garantindo uma proteção ampla, principalmente em relação a dois artigos estratégicos na Constituição vigente. Todavia não foi estabelecido nenhum tipo de avanço que pudesse implicar em mudanças mais contundentes em relação ao Estado Monista, tanto nas questões jurídicas quanto políticas e culturais. (VERDUN, 2009, p. 95-96).

As mudanças morfológicas e gerenciais desencadeadas no Brasil nos primeiros anos da década de 1990 – se implicaram num maior acesso dos indivíduos aos ‘serviços’ prestados pelo Estado nos distintos ‘setores’ ou ‘políticas’ governamentais (saúde, educação escolar, assistência social, apoio técnico e financeiro a produção etc.) – muito pouco contribuíram para que superássemos a matriz colonialista na relação com os povos indígenas. Antes, cresce a suspeita de que, o que vem se processando, são transformações na tecnologia e nas técnicas de dominação e de domesticação da insatisfação indígena, que de maneira alguma pretende atacar as assimetrias e promover relações equitativas. (VERDUN, 2009, p. 98).

No entanto, há que se considerar que apesar dos grandes avanços promovidos pela Constituição de 1988, verifica-se que, em todos os governos que se sucederam até o presente momento¹⁰⁴, nenhum se dispôs a estabelecer avanços em relação a transformação do Estado brasileiro num Estado plurinacional. Um Estado que garantisse a autonomia e a autodeterminação dos povos indígenas, com a reestruturação do Estado brasileiro¹⁰⁵.

No Brasil, conforme o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE de 2010, se encontra um contingente significativo de indígenas no país com cerca de 896 mil pessoas que se declararam ou se consideravam indígenas, destes 517.383 vivem em Terras Indígenas e 379.534 estão habitando em locais fora de Terras Indígenas. Esta população indígena é constituída por 305 etnias distintas, com 274 línguas. (IBGE, 2010).

¹⁰³ O Cacique Mário Juruna, foi o primeiro deputado federal indígena do Brasil, exerceu o mandato de 1983-1987, mas não se elegeu para a Constituinte. Entretanto, teve participação ativa no processo de debates e encaminhamentos das comissões e projetos que se referenciavam a questão do índio e do meio ambiente, as quais culminaram nos dispositivos legais da Constituição brasileira de 1988.

¹⁰⁴ Não se poder deixar de destacar a atual situação de ameaças, na qual se encontra as políticas relacionadas aos povos indígenas no Brasil. Desde a escolha dos atuais Ministros do Meio Ambiente da Agricultura, ambos ligados aos setores do agronegócio e da bancada ruralista no Congresso Nacional. Como a recente indicação do novo presidente da FUNAI, o qual possui por longa data atuações em contraposição aos direitos dos povos indígenas e também é ligado a bancada ruralista.

¹⁰⁵ “Quando muito, foi aceito um multiculturalismo ‘bem comportado’, que se ocupa da diversidade enquanto diferença cultural, dentro de um determinado espaço (local, regional, nacional ou internacional), ao mesmo tempo em que repudia ou deixa de lado diferenças econômicas e sociopolíticas. Na prática, isso se manifesta em políticas que se ‘abrem’ à diversidade cultural, manifestam um relativismo cultural, ao mesmo tempo em que reforçam os mecanismos de controle e domínio do poder do Estado nacional e os interesses do capitalismo global sobre os territórios e os recursos naturais.” (VERDUN, 2009, p. 94-95).

A história social de formação do Estado brasileiro, desde o período colonial revela as profundas desigualdades sociais vividas entre o seu povo. De outro modo, o direito sempre esteve a serviço (e ainda está), e sempre foi elaborado por uma elite social burguesa sedenta de poder. A produção normativa teve como uma de suas funções o exercício do controle social sobre as classes menos favorecidas, escamoteada por interesses políticos e econômicos. Por isso, a atual Carta Política, mesmo revestida desses velhos interesses, ainda assim, representa um avanço como instrumento normativo para a garantia de direitos, além de criar mecanismos que abrem perspectivas para a transformação da sociedade atual. É no reconhecimento de uma sociedade pluralista que o direito atual se obriga a normatizar as relações sociais, não mais com a velha concepção de seguir unicamente a norma genérica e abstrata para todos os conflitos, mas com uma nova forma de encará-los na sua singularidade. (CUSTÓDIO; LIMA, 2009, p. 286).

Portanto, para o Brasil, torna-se preeminente uma reestruturação que rompa com a visão monocultural e garanta novos mecanismos fundamentados na pluralidade e no pluralismo político, econômico, jurídico e cultural. A partir de então, será possível a formação de uma plataforma plural que possibilite: a constituição de um Parlamento Indígena ou a estruturação de um sistema de cotas para a garantia da representação política indígena; uma demarcação e regularização dos territórios; a difusão de sistemas educacionais e de saúde próprios e que respeitassem a cultura e a tradição indígena; a promulgação de um novo “Estatuto dos Povos Indígenas”; a institucionalização do associativismo indígena e de organizações indígenas, entre outros.

3.3 INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS DE GARANTIA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO PLURINACIONAL.

Inicialmente, insta consignar, como um dos principais instrumentos jurídicos internacionais vigentes relacionados à tutela e proteção dos povos indígenas, a Convenção n. 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais, da Organização Internacional do Trabalho – OIT¹⁰⁶, o qual entrou em vigor em 1991. A referida Convenção é resultante da revisão e atualização da

¹⁰⁶ A Organização Internacional do Trabalho foi fundada em 1919 e decorreu dos acordos do Tratado de Versalhes, após o término da Primeira Guerra Mundial. A OIT tem como objetivo primordial promover a justiça social. A organização foi vencedora do Prêmio Nobel da Paz em 1969, a sua estrutura é tripartite, na qual representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores de 183 Estados-membros participam em situação de igualdade das diversas instâncias da Organização. A OIT tem como competência a formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (Convenções e Recomendações). Estas Convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião. (OIT, 2019).

Convenção n. 107, da OIT, que passou a vigorar em 1957 e, após três décadas, foi revisada em 1989 pela Conferência Geral entrando em vigor dois anos depois. O número de países que ratificaram o Convênio n. 169 da OIT, até o presente momento, chega a 23. O Convênio n. 169 da OIT, aborda entre outros, o direito à posse das terras que ocupam tradicionalmente os povos indígenas, bem como o reconhecimento de seus valores sociais e religiosos, o direito ao acesso aos serviços de saúde, o direito às igualdades de condições de emprego e ao uso e reconhecimento ao direito consuetudinário indígena.

A OIT, desde a sua criação, tem como um dos seus objetivos fundamentais as questões referentes aos povos indígenas, principalmente em seu histórico de opressões e explorações das condições de trabalho, desde as dominações coloniais até a atualidade. A partir de 1921, a organização iniciou diversos estudos sobre as condições de trabalho a que estavam submetidos os povos indígenas. Sendo que, em 1926, fora instituído uma comissão de peritos, especializada em trabalho indígena, com a premissa de estabelecer normas internacionais pertinentes à temática. (OIT, 2011, p. 05).

Dessa forma, esses estudos desenvolvidos pela OIT promoveram a constituição de diversas Convenções que visavam resguardar os direitos dos povos indígenas em relação à exploração e às condições de trabalho a que eram submetidos. Todos estes esforços resultaram na Convenção n° 107, de 1957, a qual inicialmente abordava sobre os direitos à terra e às condições de trabalho, saúde e educação, das populações indígenas e tribais.

Entretanto, os direitos fundamentais dessas populações continuaram a ocorrer, mesmo nos países e localidades que haviam se libertado do jugo de dominação e exploração colonial. Isto porque estas comunidades eram submetidas a condições precárias e diferenciadas do restante da população não indígena ou tribal de determinadas nações.

Nesse sentido, a partir da eclosão dos movimentos sociais e culturais ligados a revolução cultural, política, econômica e social dos anos de 1968 e seguintes, ocorridos em diversos países do globo, houve a organização política e cultural de determinados segmentos de povos indígenas e tribais. Estes grupos passaram a lutar e a se organizar de forma política para garantir e promover as suas origens étnicas e culturais e, conseqüentemente, para seu direito de serem diferentes sem deixarem de ser iguais. (OIT, 2011, p. 06).

Conscientes de sua importância e sob a orientação de sólidas organizações de promoção de seus interesses e proteção de seus direitos, esses povos passaram a assumir, eles próprios, o direito de reivindicar, acima de tudo, sua identidade étnica, cultural, econômica e social, rejeitando, inclusive, serem chamados de “populações”. A própria Convenção n° 107, até então considerada um marco histórico no processo de emancipação social dos povos indígenas, passou a ser criticada por suas tendências integracionistas e paternalistas, fato admitido pelo próprio Comitê de

Peritos que, em 1986, considerou-a obsoleta e sua aplicação inconveniente no mundo moderno. Sensível a essas críticas e atento às rápidas transformações sociais do mundo atual, o Conselho de Administração incluiu uma proposta de revisão da Convenção nº 107 na pauta das Conferências Internacionais do Trabalho de 1988 e 1989, com vistas a garantir a preservação e sobrevivência dos sistemas de vida dos povos indígenas e tribais e sua ativa e efetiva participação no planejamento e execução de projetos que lhes dissessem respeito. (OIT, 2011, p. 06-07).

Assim, a Convenção n. 169, sobre povos indígenas e tribais, foi adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em 1989, revendo a Convenção nº 107. A nova convenção permite a participação em comissões paritárias de representações de indígenas e de suas organizações sociais para as ações de observação dos Comitês da OIT que são responsáveis por examinar as reclamações apresentadas contra os Estados. A referida atribuição está prevista no artigo 24, da Constituição da OIT.

A Convenção n. 169, da OIT é considerada o instrumento de direito internacional, mais completo para proteger os direitos das populações indígenas e tribais para que estes possam garantir a conservação dos seus costumes, em relação as sociedades nacionais nas quais habitam. *“El Convenio sigue siendo, y probablemente lo seguirá siendo durante cierto tiempo, el único instrumento jurídico internacional ahora en vigor y abierto para la ratificación que se refiere específicamente a los derechos de los pueblos indígenas y tribales.”*¹⁰⁷ (STAVENHAGEN, 2007, p. 17).

O disposto no artigo 1º, da Convenção n. 169 da OIT, prevê que:

ARTIGO 1º

1. A presente Convenção aplica-se a;

- a) povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais;
- b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

2. A autoidentificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

¹⁰⁷ Tradução livre: “A Convenção continua, e provavelmente continuará a ser por algum tempo, o único instrumento legal internacional agora em vigor e aberto à ratificação, que se refere especificamente aos direitos dos povos indígenas e tribais.” (STAVENHAGEN, 2007, p. 17).

Nesse contexto, o artigo 1º, da Convenção n. 169 da OIT, como consequência das heranças¹⁰⁸ decorrentes do processo colonial e republicano, tem como objetivo reconhecer aos povos indígenas a autonomia e autodeterminação dos mesmos, para o respeito dos seus próprios costumes ou tradições. A constituição de legislações e regulações especiais, também é resguardada aos povos indígenas para a garantia e manutenção da sua cultura e modo de vida.

Outro dispositivo internacional a ser destacado é o capítulo 26, da Agenda 21, de 1992, o qual foi aprovado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro. O capítulo 26, da Agenda 21, recomenda, aos países membros, a proteção das terras indígenas contra as atividades que promovam riscos ao meio ambiente ou ameça ao modo de vida social e cultural das populações indígenas.

A Agenda 21 comprometeu os Estados a legislarem e a promoverem políticas públicas que promovam um maior controle sobre os territórios indígenas com vistas a preservação das suas terras e de seus recursos naturais. Os Estados também se responsabilizam pela preservação dos usos e costumes indígenas, bem como da proteção da propriedade, principalmente a intelectual e os conhecimentos tradicionais.

Desde a vigência da Agenda 21, foram construídos diversos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais com foco na proteção e garantia dos direitos dos povos indígenas, entre eles destacam-se: a Convenção das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas, a Convenção contra a Desertificação e o estabelecimento do Foro das Nações Unidas sobre as Florestas. (STAVENHAGEN, 2007, p. 17-18).

A Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992¹⁰⁹, aprovada no Rio de Janeiro, que inicialmente foi assinada por 141 países, atualmente já são mais de 160 países membros, estabelece em seu artigo 8º, alínea “j”, a adaptação da legislação nacional para a preservação e o respeito ao modo de vida tradicional dos povos indígenas com fins de conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, conforme se verifica abaixo:

¹⁰⁸ Como herança dos processos colonial e republicano para com os povos indígenas (originários) se destacam os “[...] problemas afins vinculados à desapropriação territorial, à subordinação política, à debilitação cultural e à discriminação. Cabe anotar que ao acontecimento colonial seguiram-se as políticas de extermínio e assimilação do século XIX, o integracionismo forçado de meados do séc. XX e, finalmente, as políticas de ajuste estrutural de fins do séc. XX e início do séc. XXI, as quais têm significado novas formas de exclusão para com os povos indígenas e, inclusive, têm posto em questão sua própria existência como povos.” (FAJARDO, 2009, p. 12).

¹⁰⁹ A Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992 foi ratificada no Brasil pelo Decreto Federal nº 2.519 de 16 de março de 1998.

Art. 8º. Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:
[...]

j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas; (BRASIL, 2000, p. 12).

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi resultante de um amplo projeto com a participação de organizações indígenas de diversos países e é considerada o documento mais importante para os povos indígenas, em relação a temática dos direitos humanos. Apesar das semelhanças com alguns dispositivos da Convenção n. 169 da OIT, a Declaração avança principalmente na temática dos direitos humanos que são assumidos pelos Estados signatários. (STAVENHAGEN, 2007, p. 19).

A OEA, ao longo de sua histórica atuação, tem se dedicado à “questão indígena”, desde o seu primeiro Congresso Indigenista Interamericano realizado em 1940. Assim, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, versa sobre conteúdos e bens jurídicos semelhantes à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Entretanto, a referida Declaração Americana vai além ao promover o incentivo e a garantia de direitos e políticas públicas, conforme as realidades regionais dos povos indígenas.

Esta Declaração também estabelece a realização de pesquisas e estudos para subsidiarem os países membros sobre a situação dos direitos humanos dos povos indígenas de determinadas regiões. A capacidade e a competência para o julgamento de determinados casos de afronta aos direitos humanos dos povos indígenas, inclusive por omissão, de determinados Estados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Já a Declaração e o Programa de Ação de Viena, aprovada na Conferência Mundial de Direitos Humanos no ano de 1993, dispõe sobre as populações indígenas e sua importância para o desenvolvimento e o pluralismo da sociedade. A Declaração propõe aos Estados a tomarem medidas, consoante o estabelecido na legislação internacional, com o objetivo de garantir e promover o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das populações indígenas. Também são destacados pelo Programa de Ação de Viena a garantia da igualdade, a não promoção da discriminação e o reconhecimento e a valorização da diversidade étnica, cultural e dos sistemas de organização social dos povos indígenas.

A Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância, realizada em Durban, no Sul da África, em 2001, abordou os direitos dos povos indígenas em relação ao racismo e da discriminação racial. A Declaração de Durban reconheceu que os povos indígenas têm sido vítimas de discriminação durante séculos em todo o mundo, devido a sua origem e identidade indígena, sendo que são sujeitos livres e iguais em dignidade e direitos e, assim protegidos por lei. (STAVENHAGEN, 2007, p. 20).

Nesse contexto, os povos e organizações indígenas que se encontram distribuídos na América Latina têm, ao longo das últimas décadas, concentrado seus esforços no intuito de transformar os Estados Nação em que vivem. As ações dos indígenas e suas organizações têm como centralidade objetiva a constituição de novas práticas de decisão e a estruturação de novos processos político-administrativos junto aos Estados, nos quais estão incluídos as suas terras.

Dessa forma, o processo de transformação destes Estados nação e as respectivas constituições em Estados Plurinacionais perpassam por um caminho de novas configurações de estruturação de poder com bases pluralistas. A tônica que fundamenta estas reivindicações é centrada nos direitos coletivos que os constituem como povos indígenas.

O Estado plurinacional exige a incorporação dos códigos culturais dos povos e nacionalidades indígenas. Ou seja, há que se abrir as portas a um amplo debate para transitar a outro tipo de Estado que não esteja amarrado às tradições eurocêntricas. Neste processo, em que será necessário repensar as estruturas estatais, há que se construir uma institucionalidade que materialize o exercício horizontal do poder. Isso implica ‘cidadanizar’ individual e coletivamente o Estado, criando espaços comunitários como formas ativas de organização social. A própria democracia tem de ser repensada e aprofundada. (ACOSTA, 2016, p. 26).

Ademais, a maioria das Constituições dos Estados latino-americanos reconhecem o pluralismo étnico e cultural no bojo de suas nações. Assim, o princípio de igualdade perante a lei deixa de ter o seu fundamento na uniformidade, sendo que para a efetividade deste princípio é necessário o reconhecimento do direito à diferença. (MALLOL, 2004, p. 90).

Nas declarações de numerosos encontros nacionais e internacionais (fóruns, assembleias, congressos, oficinas etc.) promovidos pelas organizações indígenas dos países latino-americanos, adverte-se sobre um processo de ampliação das reivindicações dos povos indígenas e a sua articulação com a problemática nacional. Assim, as organizações indígenas foram convergindo cada vez mais a respeito de temas como o direito à livre determinação e à autonomia, à democracia, os direitos territoriais e de propriedade intelectual coletiva dos saberes e conhecimentos indígenas, os recursos naturais, a educação bilíngue e intercultural, o pluralismo jurídico, a igualdade, a participação política na tomada de decisões, a consulta, o bem viver, entre outros. (SÁNCHEZ, 2017, p. 17).

Nesse sentido, as décadas de 1980 e 1990 foram cruciais para os países da América Latina, pois estes passaram por profundas reformas em suas constituições. As novas Cartas reconhecem a diversidade cultural, linguística e legal no âmbito de seus territórios. Os povos indígenas e as comunidades camponesas tiveram o reconhecimento e a garantia de seus direitos, por meio da construção do Estado¹¹⁰ de caráter multiétnico, pluricultural e já, em determinados países, com o reconhecimento do pluralismo jurídico.

Nas décadas seguintes até a atualidade, surge a formação de um novo ciclo de um constitucionalismo pluralista, por meio do disposto na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007. Essa Declaração, juntamente com a intensificação dos movimentos dos povos indígenas e as suas organizações, em concomitante aos movimentos populares do período, resultam no processo de reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas.

“A Declaração reconhece os sistemas jurídicos indígenas, em conformidade com os direitos humanos, sem limitar este reconhecimento às leis ou instituições internas. Isso permite fundar um pluralismo jurídico, igualitário ou paritário.” (FAJARDO, 2016, p. 497).

Em síntese, os princípios de todo o Estado democrático consistem no governo da maioria, porém com respeito às minorias. Deste modo, há um reconhecimento jurídico do Estado Nação pluriétnico, pluricultural e multilinguístico para redefinir as relações entre os grupos, culturas e línguas que o integram, com objetivo de estabelecer uma igualdade de valor entre eles. O pluralismo passa a constituir a essência, o direito à diferença e à diversidade para uma igualdade efetiva e de uma democratização real do Estado e da sociedade. “Em definitivo, trata-se de construir uma democracia participativa com democracia plural e multicultural.” (MALLOL, 2004, p. 91).

Neste contexto, os povos indígenas tiveram a possibilidade de ter reconhecidos suas próprias estruturas institucionais, suas tradições e cultura, bem como seus sistemas jurídicos. Os dois Estados que ajustaram suas constituições, conforme os interesses de sua população e,

¹¹⁰ Em relação a este Estado de caráter multiétnico, pluricultural e pluralista no âmbito jurídico, pode-se citar: “a promulgação de novas constituições, nas quais são reconhecidos os direitos dos povos indígenas, como nas da Nicarágua (1987), Brasil (1988), Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Argentina (1994), Bolívia (1995), Equador (1998) e Venezuela (1999). Os direitos reconhecidos e as suas abrangências variam segundo as condições históricas e sociopolíticas de cada país e conforme as forças políticas que os povos indígenas conseguem reunir a favor dos seus direitos.” (SÁNCHEZ, 2017, p. 25).

em atendimento ao disposto o artigo 34, da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, foram o Equador, em 2008, e a Bolívia em 2009.

As duas nações, Bolívia e Equador, reconhecem o direito à autodeterminação dos povos indígenas e constituem o Estado Plurinacional¹¹¹. A partir de então, são constituídos “novos princípios de organização do poder, com foco na diversidade, na igual dignidade dos povos, na interculturalidade e num modelo de pluralismo legal igualitário, com um reconhecimento expresso das funções jurisdicionais indígenas.” (FAJARDO, 2016, p. 497).

Na Bolívia e no Equador, o Estado plurinacional foi alçado à categoria constitucional – o que não implica necessariamente que bolivianos e equatorianos vivam um Estado plurinacional. Ainda há um longo caminho a ser percorrido pela Bolívia, onde mais se avançou nesta direção. No Equador, pouco ou nada foi feito. É óbvio que tão somente uma declaração constitucional não assegura, na prática, a existência ou a construção de um Estado plurinacional e intercultural. A realidade não muda com uma Constituição, por mais vanguardista que seja. No entanto, o debate está instalado nestes países e em outros da região. No Peru, por exemplo, dentro de algum tempo, é possível antecipar que essa questão seja abordada seriamente inclusive no plano constitucional. (ACOSTA, 2016, p. 144).

Desse modo, as Constituições da Bolívia e do Equador reconhecem aos povos indígenas o direito ao próprio direito ou ao sistema jurídico indígena, ao autogoverno e autoridades indígenas próprias e à jurisdição indígena. Quanto a constituição de um sistema jurídico indígena, o Equador, no seu processo de constitucionalismo, reconheceu a “natureza” como sujeito de direitos. A concepção adotada foi a biocêntrica, lastreada na visão ética alternativa, ao promover um valor a ser tutelado ao meio ambiente (biótico e abiótico). Já a Constituição boliviana, de 2009, não concebe a mesma visão biocêntrica, à *Pacha Mama*¹¹². Isto porque, diferentemente da Constituição do Equador, a da Bolívia mantém em seu texto processos de apropriação dos recursos naturais por meio da industrialização. (ACOSTA, 2016, p. 28).

A formação destes Estados plurinacionais é considerada vitoriosa, em face da exclusão social, política e econômica, nas quais eram submetidos os povos indígenas pelas antigas classes dominantes. Dessa forma, a constituição destes novos Estados plurinacionais abrem

¹¹¹ “A plurinacionalidade não nega a nação, mas propõe outra concepção de nação. Reconhece que não existe apenas uma nação ou apenas uma nacionalidade. Assume uma nação de nacionalidades diversas que têm convivido em estado de permanente enfrentamento. O Estado “moderno” e liberal, herdeiro de estruturas e práticas coloniais, sobre o qual se estabeleceu um esquema de dominação oligárquico, uma e outra vez tratou de embranquecer a sociedade, negar e apagar diversidades, ignorar ou reprimir a existência de culturas e línguas dos povos e nacionalidades que existiam antes da Conquista. A plurinacionalidade, enquanto nova concepção de organização social, resgata a pluralidade de visões étnicas e culturais para repensar o Estado. Para mencionar apenas algumas referências, os direitos coletivos – e não apenas os direitos individuais – também são importantes. Igualmente, interessa uma nova forma de relacionar-se com a Natureza, que abriria as portas a uma cidadania ambiental e ecológica, tal como já discutimos.” (ACOSTA, 2016, p. 145-146).

¹¹² Tradução livre: “Mãe Terra”.

espaço para a possibilidade de inserção das classes indígenas e camponesas integrarem um novo momento de uma hegemonia histórico e política destas nações.

Não se pode mais sustentar o discurso do desenvolvimento, que, com suas raízes coloniais, justifica visões excludentes. Requeremos um discurso contra-hegemônico que subverta o discurso dominante e suas correspondentes práticas de dominação. E, igualmente, novas regras e lógicas de ação, cujo êxito dependerá da capacidade de pensar, propor, elaborar e, inclusive, indignar-se – globalmente, se for o caso. O Bem Viver questiona o conceito eurocêntrico de bem-estar. É uma proposta de luta que enfrenta a colonialidade do poder. Sem minimizar a contribuição indígena, temos de aceitar que as visões andinas e amazônicas não são a única fonte inspiradora do Bem Viver. Em diversos espaços no mundo – e inclusive em círculos da cultura ocidental – há muito tempo têm se levantado diversas vozes que poderiam estar de alguma maneira em sintonia com essa visão, como os ecologistas, as feministas, os cooperativistas, os marxistas e os humanistas. (ACOSTA, 2016, p. 34).

O modelo de Estado configurado pela Constituição da Bolívia, segundo seu artigo 1º, já citado nesta tese, preconiza que o mesmo seja “[...] Unitario, Social de Direito Plurinacional Comunitário descentralizado e com autonomia [...]”. (BOLÍVIA, 2009). O referido artigo apresenta uma característica declarativa, em virtude de expressar a ideologia e a filosofia que configura o Estado boliviano.

A Constituição boliviana, inicialmente, prevê um Estado com somente um centro de poder político, ou seja, unitário. Em seguida, se declara um Estado Social de Direito que priorizará primeiro os interesses coletivos que os individuais, mas que se configura num modelo liberal¹¹³ do poder público. A característica Plurinacional Comunitária considera a natureza multicultural do país, no qual todos os povos indígenas ou tradicionais convergem na nação boliviana¹¹⁴. Por fim, um Estado descentralizado com autonomia. Estas características denotam a distribuição do poder público com base territorial, com a perspectiva de promover uma articulação entre a estrutura do Estado e os povos indígenas e os departamentos, províncias e municípios. (BONIFAZ, 2010, p. 22-23).

El reconocimiento de la pre-existencia de los pueblos indígenas con relación a la nación boliviana, tiene dos utilidades prácticas: por un lado, reafirma su condición de colectividades (pueblos o naciones), lo que les otorga derechos colectivos (territoriales, culturales y de libre determinación); por otro, asigna a estos derechos carácter histórico, aunque no con alcances de reconstitución de sus

¹¹³ Como modelo liberal de poder público para o Estado Plurinacional boliviano, destaca-se a manutenção e valorização da democracia, portanto da divisão dos poderes de forma igualitária e em harmonia, a manutenção do sufrágio universal secreto, enfim liberdades políticas individuais do cidadão, entre outros.

¹¹⁴ A declaração do caráter plurinacional do Estado implica o reconhecimento de nações e povos indígenas em condição de sujeitos coletivos, conseqüentemente, o reconhecimento dos direitos coletivos. (BONIFAZ, 2010, p. 22).

territorialidades originarias. Asimismo, hace equivaler la libre determinación de los pueblos a la autonomía indígena, en el marco de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con lo que desaparece la amenaza de la autodeterminación con alcances similares a los reconocidos para los estados en el derecho internacional público. En el caso de nuestro país, la construcción plurinacional se funda en la pre-existencia de indígenas que, en su calidad de sujetos colectivos, se asumen como naciones indígenas articuladas en torno a identidades culturales compartidas. La principal proyección se refiere a una comunidad política pluralista flexible, con multiniveles asimétricos, en la que se reconoce la autonomía indígena con base en sus derechos históricos¹¹⁵. (BONIFAZ, 2010, p. 22-23).

As instituições políticas liberais, por meio da Constituição boliviana, são combinadas com as indígenas. Assim, tem-se como prioridade a participação cidadã direta sobre as decisões delegadas (referendo, iniciativas legislativas cidadãs, consultas prévias, entre outras). Todavia, a referida Carta Magna da Bolívia também reconhece a democracia comunitária que se caracteriza pela adoção de decisões consensuadas, deliberações e autoridades próprias, participação direta, rotatividade de cargos, entre outros. (BONIFAZ, 2010, p. 23-24).

A democracia comunitária tem plena vigência no espaço, no qual ela é praticada, conforme dispõe o artigo 26, inciso I, número 4, da Constituição da Bolívia, a seguir.

ARTÍCULO 26

I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres.

II. El derecho a la participación comprende:

[...]

4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.¹¹⁶ (BOLÍVIA, 2009).

¹¹⁵ Tradução livre: “O reconhecimento da preexistência dos povos indígenas em relação à nação boliviana tem duas utilidades práticas: por um lado, reafirma sua condição de coletividades (povos ou nações), que lhes confere direitos coletivos (direitos territoriais, culturais e culturais). autodeterminação); por outro, atribui a esses direitos um caráter histórico, embora não com o escopo de reconstituição de suas territorialidades originais. Da mesma forma, equivale a autodeterminação dos povos à autonomia indígena, no marco da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, desaparecendo assim a ameaça de autodeterminação com alcance semelhante àqueles reconhecidos Estados em direito internacional público. No caso do nosso país, a construção plurinacional baseia-se na preexistência de indígenas que, como sujeitos coletivos, se assumem como nações indígenas articuladas em torno de identidades culturais compartilhadas. A projeção principal refere-se a uma comunidade política pluralista flexível, com níveis múltiplos assimétricos, em que a autonomia indígena é reconhecida com base em seus direitos históricos.” (BONIFAZ, 2010, p. 22-23).

¹¹⁶ Tradução livre: ARTIGO 26 - I. Todos os cidadãos e cidadãs têm o direito de participar livremente na formação, exercício e controle do poder político, diretamente ou através de seus representantes e individual ou coletivamente. A participação será equitativa e em igualdade de condições entre homens e mulheres. II. O direito de participação inclui: [...] 4. A eleição, designação e indicação direta dos representantes dos povos indígenas e nações indígenas, de acordo com suas normas e procedimentos próprios (BOLÍVIA, 2009).

Os povos indígenas, por exemplo, designam as suas autoridades tradicionais, as quais passam a exercer determinadas competências, inclusive junto ao governo, em ambos os Estados Plurinacionais (Bolívia e Equador). Estes novos mecanismos de governabilidade estão relacionados ao direito de autonomia e autodeterminação dos povos indígenas. Composições multiétnicas também são avançadas para a composição de cargos e funções públicas, inclusive de minorias populacionais.

A Constituição equatoriana de 2008 configura o Equador como um Estado Plurinacional e, nesta, constata-se a inclusão como parte do Estado equatoriano, por exemplo, em seu artigo 56, os povos indígenas e tradicionais, afro-equatorianos e os povos costeiros. Desse modo, a Constituição de 2008 elimina as classificações liberais de direitos, com o objetivo de não estipular qualquer tipo de hierarquia entre os direitos constitucionais. É utilizada, pelo referido diploma constitucional, uma divisão temática como direitos de participação, direitos de liberdade para substituir direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. (GRIJALVA, 2009, p. 125).

Em relação aos direitos coletivos, a Constituição de 2008 denomina-os como:

“direitos das comunidades, povos e nacionalidades”, para destacar que também outros direitos podem ser eventualmente exigidos de forma coletiva. De acordo com o seu artigo dez, os titulares desses direitos são pessoas, comunidades, povos, nacionalidades e coletividades; e o artigo onze indica que todos os direitos podem ser exigidos de forma individual ou coletiva. (GRIJALVA, 2009, p. 125).

Ademais, em relação à justiça indígena, a Constituição equatoriana de 2008 garante às autoridades das comunidades, povos e nacionalidades indígenas o exercício das funções jurisdicionais, com base nas tradições ancestrais e no seu direito próprio, conforme o disposto no artigo 171:

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de

*coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.*¹¹⁷ (EQUADOR, 2008).

No contexto da justiça indígena, a Constituição equatoriana, em seu artigo 189, estabelece que os juízes de paz não poderão prevalecer sobre a justiça indígena.¹¹⁸ Aos povos indígenas também é resguardado o direito de “criar, desenvolver, aplicar e praticar seu direito próprio ou consuetudinário, que não poderá vulnerar direitos constitucionais, em particular os direitos de mulheres, meninas, meninos e adolescentes”. (EQUADOR, 2008).

A obrigatoriedade das decisões de autoridades indígenas é uma condição essencial para que haja uma verdadeira jurisdição indígena, inclusive para que esta não seja criminalizada pelas autoridades estatais e pela opinião pública. Quanto ao controle constitucional sobre a jurisdição indígena, este só poderia ter como função posicionar o exercício de tal jurisdição sob o marco de uma compreensão intercultural dos direitos constitucionais. Sua função não é a de desvirtuar a autonomia e a diferença cultural que a própria constituição reconhece e garante a essa jurisdição. Para efeitos da Corte Constitucional, ele deverá assegurar em seu funcionamento institucional algumas formas de análise ou diálogo intercultural. (GRIJALVA, 2009, p. 130).

Nesse contexto, os Estados Plurinacionais apresentam não apenas uma configuração de ampliação de direitos e inclusão nos processos políticos para os povos indígenas e tradicionais, mas representam uma ruptura de paradigmas com os modelos sociais e culturais vigentes até a contemporaneidade. O reconhecimento da diversidade étnica pelos diplomas constitucionais destes Estados implicam na concretização de um pluralismo político, econômico, jurídico e cultural.

O Bem Viver proposto pelos povos indígenas na Bolívia e no Equador objetiva a construção de um novo modelo de sociedade, na qual seja instaurada uma nova relação com a natureza, a sociedade e a vida democrática. Estes elementos já são justificativas para a rejeição ao modelo liberal de organização política e social da sociedade e desenvolvimento econômico.

¹¹⁷ Tradução livre: “Art. 171. - As autoridades das comunidades indígenas, povos e nacionalidades exercerão funções jurisdicionais, baseadas em suas tradições ancestrais e em seu próprio direito, em seu âmbito territorial, com garantia de participação e decisão das mulheres. As autoridades deverão aplicar suas próprias normas e procedimentos para a solução de seus conflitos internos, e que não sejam contrários à Constituição e aos direitos humanos reconhecidos nos instrumentos internacionais. O Estado assegurará que as decisões da jurisdição indígena sejam respeitadas pelas instituições e autoridades públicas. Tais decisões estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade. A lei estabelecerá os mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária.” (EQUADOR, 2008).

¹¹⁸ “Art. 189. Os juízes e juizes da paz se dirimirão em equidade e terão competência exclusiva e obrigatória para conhecer os conflitos individuais, comunitários, de vizinhança e de contravenção, que são submetidos à sua jurisdição, de acordo com a lei. Em nenhum caso a privação de liberdade pode ser estabelecida nem deve prevalecer sobre a justiça indígena.” (EQUADOR, 2008).

O desafio é vislumbrar a plurinacionalidade como exercício de democracia inclusiva, mas, sobretudo, como proposta de vida na diversidade, em maior harmonia e proximidade com a Natureza. A plurinacionalidade, então, não pode deixar de ser lida junto com outras definições que guardam relação com o território e com o manejo das riquezas naturais. Em um exercício permanente de resistência e também de construção, sobretudo nestas últimas décadas, os povos e nacionalidades foram atores locais, nacionais e internacionais nas lutas democráticas. (ACOSTA, 2016, p. 147-148).

Portanto, a plurinacionalidade e a interculturalidade remetem à formação de Estados constituídos por povos livres e com identidades culturais fortes, baseados em princípios como o do Bem Viver. Estes princípios se consolidam em contraposição à intolerância, à exploração econômica e social, à corrupção, à segregação política e visam a formação de um Estado plurinacional e que se configure como uma alternativa ao modelo até então vigente na contemporaneidade.

4 FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, A PARTIR DE UM DIÁLOGO INTERCULTURAL E PLURALISTA DO DIREITO

*Assakoro rika kīwahta poimnra kīm 'yīari*¹¹⁹
(Associação Indígena - *Aikatuk*, Associação dos Povos Indígenas do *Mapuera* e Conselho Geral dos Povos *Hexkaryana*, 2019)¹²⁰

A ordem constitucional que foi construída ao longo dos séculos na América Latina, mesmo após a “independência” das monarquias absolutistas europeias, mantiveram uma abordagem eurocêntrica e de produção de normativa ligada a centralidade do Estado. A soberania deste ente estatal atuou de forma tão violenta quanto o período colonial e, em determinados casos, até mais agressiva para com os povos indígenas originários, seus costumes e sua forma de organização social e jurídica.

O Direito Indígena foi rechaçado e esquecido por ser considerado uma forma organizativa normativa primitiva e ultrapassada se comparada com o Direito Estatal. Entretanto, nas últimas duas décadas, principalmente, o Direito Indígena vem recebendo o seu reconhecimento e *status*, como a possibilidade de reconhecimento, por meio da instauração dos Estados Plurinacionais. Dessa maneira, a possibilidade de conhecimento, análise e compreensão do Direito Indígena ficou mais acessível com possibilidades de contribuir e “ensinar” novas práticas, métodos e meios de resolução de conflitos para o Direito Estatal.

Dessa forma, para a análise do tema sobre as novas formas de solução de conflitos, a partir de um diálogo intercultural e pluralista do direito, realizar-se-á, primeiramente, uma pesquisa sobre o direito consuetudinário indígena e seu reconhecimento como sistema jurídico na América latina. Em seguida, serão abordadas as possibilidades de diálogos e, também, conflitos existentes entre o Direito Estatal e o Direito Indígena. Num terceiro momento, refletir-se-á em relação à concepção do Direito Indígena como novo paradigma de pluralidade para o direito contemporâneo. Finalmente, num quarto ponto, buscar-se-á comprovar que os Direitos Indígenas podem se constituir em uma normatividade que produz novos meios de

¹¹⁹ Tradução livre: “Só é possível ter força quando estamos juntos.”

¹²⁰ Associações e entidades não governamentais, que representam os povos indígenas *Katxuyana*, *Kahyana*, *Tunayana*, *Yatxuryana*, *Txikiyana*, *Waiwai*, *Xerew*, *Katwena*, *Mawayana*, *Mĩnpoyana*, *Parukwoto Hixkaryana*, *Karamayana*, *Karapawiyana*, *Xowyana* e demais povos das terras indígenas *Kaxuyana-Tunayana*, *Trombetas Mapuera* e *Nhamundá* – Mapuera.

solução de conflitos para a transformação do direito estatal, com apresentação de algumas experiências práticas de soluções de conflitos em comunidades indígenas.

4.1 O DIREITO CONSUETUDINÁRIO INDÍGENA E SEU RECONHECIMENTO COMO SISTEMA JURÍDICO

A concepção monista do Direito, conforme já verificado anteriormente, identifica o Estado como única instância legítima para a produção da normatividade e, também como detentor do uso legítimo da violência. Dessa forma, no âmbito do território de competência estatal, há somente um único sistema jurídico, qual seja o Direito estatal.

O monismo jurídico constitui a corrente hegemônica no mundo ocidental, a qual qualifica o Direito moderno como monopólio estatal da uniformização jurídica. Nessa abordagem, o Direito moderno é o único sistema jurídico válido e reconhecido pelo Estado. Seus ideólogos e partidários, conforme aponta Guartambel (2010, p. 45) afirmam que:

[...] no ser el derecho reconocido por el Estado, carecería de toda efectividad en su aplicación y violaría el principio de la seguridad jurídica y el Estado de derecho. Esta corriente no admite la posibilidad de convivencia de dos o más derechos o sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico (Estado) y si los hay carecen de reconocimiento legal por consiguiente todo lo que no está escrito en la ley no existe, no tiene validez.¹²¹

No entanto, o Direito socialmente existente é aquele que ocorre como parte das relações e conflitos que se resolvem nos espaços sociais. O Direito não se estabelece por meio da retórica técnica de especialistas da área jurídica que tornam o mesmo incompreensível para o cidadão comum. Estes especialistas da área jurídica, os quais compõem verdadeiras elites jurídicas constroem “torres de marfim”, com inúmeras mensagens criptográficas para a sociedade que tentam organizar. O respectivo distanciamento estabelecido permite que se desenvolvam diversos discursos jurídicos, os quais não se integram ao saber especializado, mas constituem soluções simples a problemas complexos, estes se tornam válidos por meio da compreensão coletiva. (SANTAMARÍA, 2010, p. 35).

¹²¹ Tradução livre: “[...] se não for o direito reconhecido pelo Estado, seria completamente ineficaz em sua aplicação e violaria o princípio da segurança jurídica e do Estado de direito. Esta corrente não admite a possibilidade de coexistência de dois ou mais direitos ou sistemas legais dentro do mesmo espaço geopolítico (Estado) e se não houver reconhecimento legal, pois tudo o que não está escrito na lei não existe, não é válido. (GUARTAMBEL, 2010, p. 45).

O Direito posto pelo Estado a disposição da sociedade se encontra vinculado às grandes corporações e conglomerados econômicos e fica cada vez mais distante das reais necessidades da população. Esta configuração do Direito estatal promove a formação de outro Direito, o qual apresenta componentes sociais e culturais que se aproximam da vida cotidiana e dos problemas reais da sociedade. Dessa maneira, há uma necessidade incomensurável de autodeterminação social dos processos locais no bojo da sociedade. (SANTAMARÍA, 2010, p. 35-36).

Nesse sentido, numa visão social de mundo monista e etnocêntrica do Direito, os costumes são associados ao Direito Indígena com sentido valorativo depreciativo ou desvalorizado.

En realidad, esta concepción del Derecho indígena es acorde con la concepción misma que sobre el indígena se tuvo. En su día, fueron tratados de "salvajes", de "atrasados", y sometidos a procesos de aculturación mediante las políticas de asimilación y, posteriormente, de integración, a la sociedad hegemónica, al "progreso".¹²² (MALLOL, 2004, p. 61).

As críticas positivistas em relação ao reconhecimento do Direito Indígena se relacionam à sua essência consuetudinária. Para a ideologia jurídica dominante, desde as faculdades de Direito até as demais instituições do Poder Judiciário, o costume nada mais é que uma fonte do Direito que não pode contrariar a lei escrita. O costume é considerado em uma posição desvantajosa, para o positivismo jurídico etnocêntrico, em relação a norma escrita.

Desse modo, é fundamental analisar, primeiramente, as razões políticas que envolvem a compreensão do que é um sistema jurídico, para assim resolver a questão sobre a existência de sistemas jurídicos indígenas. Esta análise perpassa pela Teoria Geral do Direito, pelo pluralismo jurídico e, por fim, pelo próprio Direito Indígena. Esses são elementos que se contrapõem com a hegemonia da cultura jurídica monista ocidental contemporânea.

Essa mesma cultura jurídica, a de base monista, confere ao Estado Moderno uma ideologia da soberania. Tal ideologia constrói a concepção de que não há nenhum poder acima do Estado, e que as normas somente emanam dele e da sua soberania. Assim, o Direito se constitui como elemento central para a garantia da soberania hegemônica para o Estado Moderno. Portanto, as razões políticas que constituem um sistema jurídico estatal já impedem

¹²² Tradução livre: "Na realidade, essa concepção do direito indígena está de acordo com a própria concepção que os indígenas tinham. Em seus dias, foram tratados como "selvagens", "atrasados" e submetidos a processos de aculturação através das políticas de assimilação e, posteriormente, de integração, à sociedade hegemônica, ao "progresso"". (MALLOL, 2004, p. 61).

qualquer outra forma de se conceber o Direito, inclusive o sistema jurídico indígena. (MALLOL, 2004, p. 64).

*Dichas razones políticas, junto con el hecho de que la Teoría General del Derecho há elaborado el concepto de sistema jurídico sobre la base de los sistemas europeos, nos llevan a la necesidad de reelaborar un concepto de Derecho, de sistema jurídico, que realmente sea "universal", vocación que, por cierto es la que persigue la própria Teoría General del Derecho.*¹²³ (MALLOL, 2004, p. 65).

Entretanto, um sistema jurídico indígena compreende todos os elementos requeridos para se constituir como um sistema normativo completo, a saber, um conjunto de regras com poder coercitivo e produzido por funcionários autorizados para tal. Cumpre destacar que as comunidades indígenas utilizam um conjunto de normas que são ameaçadas com a violência, física ou simbólica. *“De cualquier manera un sistema normativo indígena cumple con los requisitos de la definición. ¿Por qué no aceptarlo entonces? Exclusivamente por razones políticas: no conviene aceptarlo; no puede aceptarse sin mengua del poder dominante.”*¹²⁴ (CORREAS, 2011, p. 105).

A Teoria Geral do Direito forjada no mundo ocidental não possui caráter universal e hegemônico para constituir determinado parâmetro de legitimidade para com um sistema diferente do Direito estatal. As críticas e a desqualificação direcionada ao Direito Indígena são, em sua maioria, um exercício etnocêntrico e discriminatório, o qual não se sustenta na atualidade. Além dos elementos já destacados, verificam-se os avanços alcançados pelo direito internacional em relação o respeito aos povos indígenas por meio do disposto nos regulamentos da Convenção nº 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. (ONU, 2012, p. 28).

Ademais, uma abordagem sociológica do Direito é necessária para a conceituação do mesmo, a qual se extraem os seguintes elementos: “Direito como discurso prescritivo, a ameaça da violência, a autorização do discurso, o reconhecimento do discurso.” (MALLOL, 2004, p. 65).

¹²³ Tradução livre: “Estas razones políticas, juntamente com o fato de que a Teoria Geral do Direito elaborou o conceito de sistema jurídico com base nos sistemas europeus, nos leva à necessidade de retrabalhar um conceito de Direito, de um sistema legal, que realmente é "universal", vocação que, por certo, é aquela que a Teoria Geral do Direito busca.” (MALLOL, 2004, p. 65).

¹²⁴ Tradução livre: “Em qualquer caso, um sistema regulatório indígena atende aos requisitos da definição. Por que não aceitá-lo então? Exclusivamente por motivos políticos: não deve ser aceito; não pode ser aceito sem diminuição do poder dominante.” (CORREAS, 2011, p. 105).

Y esto tambien esta en las palabras iniciales de Kelsen acerca de su obra. Sin embargo, parece pasar inadvertido para dejar Jugar a la idea de que el centro de su pensamiento es "a-político", "metodológico" o "científico". Me parece que las cosas comienzan a aparecer de otra manera si pensamos el libro que el llamo Teoria pura del derecho como una teoria -una filosofia- de ninguna manera "pura", que, por razones politicas. intento fundar una ciencia pura. Es decir, en este libro, donde se enuncia una teoria mal llamada "pura", lo que verdaderamente podemos encontrar. es una muy profunda, rica, densa, filosofia politica, una reflexion acerca del derecho y el poder, y un intento. metodo logico-científico, si, de poner en su lugar a la jurisprudencia, que sera asi una ciencia que se limite a la description del derecho positivo, y que, no por ser tal ciencia del derecho tiene derecho a incluir subrepticamente ninguna justificacion de ningun Estado. Dicho de otro modo. lo que resulta "pura" es la ciencia, no la teoria que la funda.¹²⁵ (CORREAS, 1989, p. 28).

Desse modo, a construção teórica do vínculo inseparável entre o Estado e o Direito tem a sua origem na teoria jurídica liberal positivista, originalmente formulada por Hans Kelsen, na obra “Teoria Pura do Direito”, e desenvolvida ao longo do tempo por diversos teóricos da área que compactuam com a visão do autor austríaco. Para Kelsen, somente é admitido chamar de Direito o sistema normativo estatal, as normas que são exaradas pelo Estado por meio das suas atividades legislativas e demais instituições oficiais. Assim, a função legislativa estabelece (cria) a norma legal, o Poder Judiciário aplica a mesma e o Poder Executivo governa conforme o império da lei. (GUARTAMBEL, 2010, p. 45).

A partir dessa perspectiva do monismo jurídico é somente possível a existência do Direito quando o mesmo é “produzido” pelo Estado por meio de um sistema jurídico válido. Ademais, considera Guartambel (2010, p. 45-46) que:

[...] tal derecho debe ser escrito, de aplicación general y especializada, diferente de las normas filosóficas, morales, religiosas y peor consuetudinarias. Toda outra Justicia Indígena norma o sistema normativo no elaborado por el Estado resulta inválido y es considerado solamente como mera costumbre, como una práctica aislada, que a veces puede estar confundida con normas u orientaciones éticas, políticas, morales, filosóficas, espirituales y religiosas, pero que no tiene ninguna fuerza coercitiva que obligue su vigencia y aplicación general, por consiguiente inexistentes para los administradores de justicia.¹²⁶

¹²⁵ Tradução livre: “E isso também está nas palavras iniciais de Kelsen sobre seu trabalho. No entanto, parece passar despercebido para deixar jogar a ideia de que o centro de seu pensamento é "a-político", "metodológico" ou "científico". Parece-me que as coisas começam a aparecer de maneira diferente se pensarmos no livro como pura teoria do direito, como teoria - uma filosofia - de algum modo "pura", isto é, por razões políticas. Eu tento fundar uma ciência pura. Isto é, neste livro, onde uma teoria chamada "pura" é declarada, o que podemos verdadeiramente encontrar. É uma filosofia política muito profunda, rica, densa, uma reflexão sobre lei e poder e uma tentativa. método científico-científico, sim, de colocar a jurisprudência em seu lugar, que será, portanto, uma ciência limitada à descrição do direito positivo, e que, não sendo uma ciência do direito, tem o direito de incluir qualquer justificativa de qualquer Estado de forma clandestina. Em outras palavras. O que é "puro" é ciência, não a teoria que a fundamenta.” (CORREAS, 1989, p. 28).

¹²⁶ Tradução livre: “[...] tal direito deve ser escrito, de aplicação geral e especializada, diferente das normas filosóficas, morais, religiosas e piores consuetudinárias. Qualquer outra norma ou sistema normativo da Justiça Indígena não desenvolvida pelo Estado é inválido e é considerada apenas como um mero costume, como uma prática isolada, que às vezes pode ser confundida com normas ou orientações éticas, políticas, morais,

O não reconhecimento do Direito Indígena está relacionado diretamente com a negação das identidades, sociedades e culturas indígenas por parte dos Estados coloniais e pós-coloniais. Dessa maneira, os Estados modernos não reconhecem suas diversidades culturais, por meio da concepção monista do Direito nacional. Esse modelo leva os Estados a subordinarem os sistemas jurídicos indígenas ao patamar de um arcabouço de normas jurídicas não oficiais. Os povos indígenas não possuem, perante o sistema normativo oficial, segurança jurídica e as suas práticas jurídicas são criminalizadas ou consideradas sem qualquer eficácia. (STAVENHAGEN, 2007, p. 87).

Os povos indígenas passam a ser excluídos pelos Estados nacionais, os quais não reconhecem qualquer outro sistema jurídico que não seja o seu próprio, tendo em vista a fragilização do monopólio estatal na produção de normas jurídicas ou do Direito como um todo. Outrossim, o reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas, um direito originário, é medida urgente e necessária para a coexistência dos povos à luz do princípio da diversidade e da interculturalidade. Nesse sentido, os Estados nacionais são convertidos em verdadeiros Estados excludentes, por meio da imposição de um único sistema jurídico, da proteção estatal de somente um aspecto cultural, idioma e grupo social. Além disso, esse modelo tradicional, fundamentado na institucionalidade jurídico-política não, representa e nem expressa a plurinacionalidade da maioria dos países da América Latina. Desse modelo são excluídos os povos indígenas, os povos tradicionais, coletivos e movimentos sociais e as minorias, tendo os seus respectivos conhecimentos e expressões de diversidade cultural, étnica, linguística, cosmovisão e normativa desconsiderados pelo Estado nacional. (GUARTAMBEL, 2010, p. 52-53).

Desse modo, é possível observar nas comunidades marginalizadas, nos grupos minoritários, nos povos ancestrais e nos excluídos do Direito e do acesso à justiça, a configuração de maneira autônoma da sua própria justiça “não legal”. Esta “justiça” regulamenta as relações cotidianas e da sentido às condutas existentes e integradas em seu

filosóficas, espirituais e religiosas, mas isso não tem nenhuma força coercitiva que force sua validade e aplicação geral, portanto inexistente para os administradores da justiça. (GUARTAMBEL, 2010, p. 45-46).

meio, que por ela são cada vez mais aceitas e desenvolvidas pelos profanos¹²⁷ do direito. (SANTAMARÍA, 2010, p. 36).

Todavia, a “justiça indígena”, também é criticada por ser baseada na oralidade e, assim, as suas fontes e os seus processos não possuem legitimidade alguma se comparada ao Direito estatal escrito, não constituindo, portanto um sistema jurídico. Entretanto, a referida afirmação, desconsidera que a aplicação das práticas ancestrais (usos e costumes) não escritas, transmitidas oralmente por gerações, constitui como uma das fontes mais antigas do Direito. A antropologia jurídica destaca que a tradição é uma prática de todas as culturas, sendo que a mesma não é estática, está em contínua transformação e compõe uma importante fonte de criação do Direito. Para a antropologia jurídica, a eficácia e a legitimidade de um sistema jurídico não podem estar relacionadas, unicamente, à existência de normas escritas. Assim, a antropologia jurídica considera que a validade de um sistema jurídico deve estar relacionada ao seu conhecimento, a sua aceitação, ao seu respeito e a sua vigência efetiva. (ONU, 2012, p. 22).

Consoante ao acima disposto, destaca-se, por exemplo, o reconhecimento da justiça equatoriana da oralidade como um recurso que não anula a legalidade e nem a legitimidade do processo não escrito. Aponta-se o que versa o artigo 168, n. 6, capítulo quarto, que trata sobre a função judicial e a justiça indígena, na primeira seção sobre os princípios da administração da justiça, da Constituição do Equador (2008), no qual se reconhece a aplicação do sistema oral, conforme abaixo:

*Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:
[...]
6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el **sistema oral**, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.¹²⁸ (Grifo nosso). (EQUADOR, 2008).*

Dessa forma, a concepção do Direito Indígena como um sistema jurídico é baseado em critérios formais e na reorientação das análises em função dos critérios políticos e sociais que constituem qualquer sistema normativo.

¹²⁷ “Los profanadores del derecho son todos aquellos que desconocen el derecho y no son reconocidos como expertos, pero no obstante resuelven conflictos con elementos del propio derecho.” (SANTAMARÍA, 2010, p. 25).

¹²⁸ “Art. 168.- A administração da justiça, no cumprimento de seus deveres e no exercício de seus poderes, aplicará os seguintes princípios: [...] 6. A fundamentação dos processos em todos os assuntos, instâncias, etapas e procedimentos será realizada através do sistema **oral**, de acordo com os princípios de concentração, contradição e dispositivo.” (Grifo nosso). (EQUADOR, 2008).

*[...] el derecho indígena constituiría un auténtico ordenamiento jurídico. Ordenamiento que, como tal, estaría integrado por un conjunto de normas relativas a diversas materias, las cuales – salavando las distancias – se agruparían o serían susceptibles de subsumirse, como sucede en el Derecho positivo, en las diversas ramas en que se subdivide el Derecho (Derecho penal, Derecho civil, ...)*¹²⁹. (Grifo nosso). (MALLOL, 2004, p. 69).

O Direito Indígena pode ser considerado um Direito alternativo na maior parte dos casos. Isso porque o sistema normativo indígena, em sua plena eficácia, não coloca em perigo a eficácia do sistema jurídico dominante. Ocorre o contrário, ou seja, a plena eficácia do sistema alternativo não implica no desaparecimento ou ineficácia do sistema normativo estatal dominante. (CORREAS, 2011, p. 105-106).

Os processos constitucionais que incorporam a temática sobre os sistemas jurídicos indígenas abarcam direitos que se referem à pluralidade de culturas como um direito natural, o qual não deve ser segregado das demais normas e mecanismos da sociedade. Nesse sentido, os aspectos descritos, abaixo, permitem fundamentar o direito à autodeterminação e ao exercício da autonomia, como também a possibilidade aos povos indígenas de se autogovernarem. Consoante ao disposto, afirma-se que:

- 1). *El STATUS de la nueva normatividad, es decir, se deberá definir claramente si se trata de un derecho subordinado o soberano en su esfera de acción y competencia.*
- 2). *LA FUENTE U ORIGEN del derecho, si es un derecho "nuevo" creado y otorgado por el Estado como una concesión o es un derecho inherente, histórico y por lo tanto reconocido en atención a que es anterior a la creación del estado actual. Esto tendría múltiples implicaciones por ejemplo en caso de conflicto para la definición de los territorios ancestrales.*
- 3). *SU NATURALEZA.- Deberá definirse el carácter colectivo de estos derechos, el reconocimiento de los pueblos indígenas como titulares de los mismos, para que a partir de los mismos se puedan garantizar los de tipo individual para sus miembros.*
- 4). *LOS LIMITES.- Se definirá si estos derechos deberán respetar los derechos fundamentales y se mantendrán dentro del Estado Nacional.*¹³⁰ (GÓMEZ, 2000).

¹²⁹ Tradução livre: “[...] o **direito indígena constituiria um verdadeiro sistema jurídica**. Ordenamento que, como tal, seria integrado por um conjunto de normas relacionadas a diversas matérias, que – excetuando-se as devidas diferenças - seriam agrupadas ou suscetíveis, como acontece no Direito positivo, nos diversos ramos em que se subdivide o Direito. (Direito Penal, Direito Civil, ...)” (MALLOL, 2004, p. 69).

¹³⁰ Tradução livre: “1). O ESTATUTO da nova regulamentação, isto é, deve ser claramente definido se é um direito subordinado ou soberano em sua esfera de atuação e competência. 2). A FONTE ou ORIGEM do direito, se é um "novo" direito criado e concedido pelo Estado como uma concessão ou é um direito inerente, histórico e, portanto, reconhecido, dado que é anterior à criação do estado atual. Isso teria várias implicações, por exemplo, em caso de conflito para a definição de territórios ancestrais. 3). SUA NATUREZA .- A natureza coletiva desses direitos, o reconhecimento dos povos indígenas como seus titulares, deve ser definido de modo que a partir deles o tipo individual possa ser garantido para seus membros. 4). OS LIMITES.- Será definido se estes direitos devem respeitar os direitos fundamentais e permanecer dentro do Estado Nacional.” (GÓMEZ, 2000).

O fortalecimento dos movimentos indígenas, nas últimas décadas, nos países latino-americanos, consolidou determinados povos indígenas com mais força política e social que outros. Nestes povos, com maior organização política e social, intensificaram-se características essenciais que fortaleceram os seus respectivos sistemas jurídicos.

Na América Latina, os processos de reformas constitucionais foram sendo impulsionados pelo crescimento dos movimentos e lutas internas dos povos indígenas, aliados ao avanço progressista e inclusivo das normas internacionais, em matéria de reconhecimento de direitos aos indígenas. Conforme é possível de observar na Tabela – I abaixo, verificam-se os estágios das reformas constitucionais em relação ao reconhecimento do multiculturalismo, do pluralismo jurídico e da formação dos Estados Plurinacionais, em determinados países da América Latina:

Ciclos das Reformas Constitucionais Pluralistas na América Latina¹³¹ – Tabela I

Ciclos Reformas Constitucionais	Primeiro Ciclo	Segundo Ciclo	Terceiro Ciclo
Eixo	A emergência do multiculturalismo e o direito à diversidade cultural	O Estado-nação multicultural e o reconhecimento do pluralismo jurídico interno	A demanda pelo Estado Plurinacional
Período	1982-1988	1989-2005	2006-2009
Exemplos de países	- Guatemala: 1985 - Nicarágua: 1987 - Brasil: 1988	- Colômbia: 1991 - México: 1992 - Peru: 1993 - Bolívia: 1994, 2004 - Argentina: 1994 - Equador: 1998 - Venezuela: 1999	- Bolívia: 2009 - Equador: 2008
Quadro normativo internacional	- 1982 Grupo de Trabalho da ONU sobre povos Indígenas; - Revisão do Convênio 107 da OIT (1987-1989).	- Adoção do Convênio 169 da OIT sobre povos indígenas em 1989; - México ratifica em 1991, seguem-se todos os países andinos.	- Aprovação da Declaração das nações unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: a) Pelo Conselho de DH: 2006; b) Pela Assembleia: 2007
Contexto nacional	-Países com alta diversidade cultural;	- Articulação de movimentos com demandas indígenas;	- Grande presença indígena em constituintes; - Fracasso de políticas neoliberais;

¹³¹ Fonte: (FAJARDO, 2009, p. 28-29).

	-Presença indígena em contextos bélicos ou pós-bélicos (Nicarágua, Guatemala).	- Políticas neoliberais: reformas estruturais do Estado, redução de direitos sociais, abertura à transnacionais.	- Pressão para que Estado retome responsabilidade social.
Sujeitos de direitos	- Comunidades; (Nicarágua) -Grupos étnicos (Guatemala) -Populações (Brasil)	- Comunidades; - Povos Indígenas - Povos originários (Peru)	- Comunidades; Povos indígenas, nações indígenas (Bolívia) nacionalidades indígenas (Equador)
Reconhecimento	-Direito à identidade cultural (Guatemala, nicarágua) -multietnicidade (nicarágua) - autonomias (nicarágua) - Direitos indígenas (Brasil)	-reafirma-se o direito à identidade e diversidade cultural -Do direito à diversidade passa-se à definição da nação, república, estado multicultural -Inclusão de uma lista de direitos coletivos indígenas -reconhecimento do Pluralismo jurídico: autoridades próprias, direito (consuetudinário), justiça/ jurisdição -Direitos de consulta e participação	-responsabilidade social do Estado -novos direitos sociais (à água, “ao bem-estar”), e da “natureza” (Equador) -Direitos de indivíduos, grupos, comunidades, povos, nações, nacionalidades indígenas -autonomias indígenas (Bolívia) -Jurisdição indígena: deve respeitar os direitos das mulheres (Equador); dir. de defesa e garantias (Bolívia)
Limites	-o reconhecimento da diversidade não modifica o caráter do Estado -não se reconhece pluralismo jurídico nem jurisdição própria	-falta de acomodação de novas formas de participação e consulta com estruturas institucionais -redução de responsabilidade social do Estado -Desregulamentação abre novas formas de penetração de transnacionais em territórios indígenas	-novo texto de constituição da Bolívia reduz alguns avanços de texto inicial (exemplo, busca restringir justiça indígena a indígenas) e eliminou instâncias mistas de controle constitucional -Discutiui-se, mas não deixou em texto final controle misto intercultural de conflitos de competência que reflitam pluralismo jurídico igualitário

Tabela 1- Ciclos das Reformas Constitucionais Pluralistas na América Latina

Assim, determinados países latino-americanos, tais como Nicarágua (1986), Brasil (1988), Colômbia (1991), Paraguai (1992), Bolívia (1994¹³²) e Equador (1998¹³³), iniciaram reformas constitucionais que culminaram no reconhecimento de direitos originários em relação ao território para a garantia da reprodução cultural e física das tradições e costumes dos povos indígenas. Todavia, as novas reformas constitucionais na Colômbia¹³⁴ (emendas constitucionais), na Bolívia (2009) e no Equador (2008) incorporaram, em seus processos constitucionais, de forma mais direta, ampla e irrestrita, conceitos de povos indígenas, território, sistemas jurídicos especiais e participação e autonomia na administração política. Com menor impacto em medidas protetivas e garantistas para com os povos indígenas, em suas reformas constitucionais são citados países como Costa Rica (1977), México (1992), Panamá (1972, revisada em 1983), Peru (1993), Argentina (1994) Guatemala (1998).

Também é possível considerar, nesse processo de fortalecimento dos sistemas jurídicos indígenas, as diversas crises que assolam os Estados liberais capitalistas, principalmente em relação aos seus valores éticos. A partir desta crise, a ausência de um novo sistema jurídico alternativo que respondesse aos anseios da população e a reivindicação histórica do movimento indígena mundial propiciou o espaço legítimo para os sistemas jurídicos indígenas¹³⁵ que decorreram de uma visão intercultural e do reconhecimento e respeito de seus idiomas originários, educação, cultura, cosmovisão, convivência social com respeito e ética, entre outros. (GUARTAMBEL, 2010, p. 207).

Todavia, conforme destaca o antropólogo jurídico Gómez (2008, p. 212), quando se refere ao Direito Indígena se reconhece uma categoria que envolve tanto o Direito Próprio ou interno quanto o Direito Estatal. Isto porque, segundo o referido autor, não existe um sistema jurídico único e generalista, o qual abarcaria todos os povos indígenas. Há, na verdade, uma diversidade de concepções e práticas de justiça ou de noções do justo ou do injusto em cada um dos povos indígenas. Não existe uma justiça, ou conjunto de normas, procedimentos, usos e costumes que agrupem ou que se identifiquem todos os povos indígenas.

¹³² Constituição boliviana anterior ao processo constitucionalista que promulgou a nova Constituição em 2009.

¹³³ Constituição equatoriana anterior ao processo constitucionalista que promulgou a nova Constituição em 2008.

¹³⁴ Destaca-se neste ponto a possibilidade e garantia de vagas no Senado colombiano para representantes de comunidades indígenas. A medida esta disposta no artigo 171, da Constituição colombiana e foi novamente regulamentada a forma de indicação dos candidatos pelo Ato Legislativo n. 02, de 2015. (COLÔMBIA, 1996).

¹³⁵ Destaca-se que a crise do Estado monista liberal e de seu Direito Estatal propiciaram a constituição de outras justças, além da justiça indígena, baseadas em práticas sociais decorrentes das comunidades marginais, dos grupos minoritários, dos povos originários e tradicionais, articulados como resistência ao modelo imposto, tais como: a justiça comunitária e a justiça informal. (SANTAMARÍA, 2010, 36).

Nesse contexto, os movimentos indígenas, em diversos países e para além destes, constituíram Direitos próprios, em conformidade com as suas realidades culturais, políticas, econômicas, sociais e espirituais de cada povo. Esses movimentos passaram a organizar seus povos, não apenas nas questões políticas, culturais, sociais e econômicas, mas também no campo jurídico. Um exemplo, nesse sentido, são as concepções constituídas¹³⁶ pela Organização Nacional Indígena da Colômbia – ONIC, em relação ao Direito Indígena, a Lei de Origem, ao Direito Próprio, ao Direito Maior e ao Fórum Indígena, conforme se verifica abaixo:

Derecho Indígena: *Es el conjunto de todos los derechos de los pueblos indígenas de Colombia, América Latina y el mundo, consagrados en cada uno de sus sistemas jurídicos. En el derecho indígena el poder máximo lo tiene la Ley de Origen de cada pueblo, el Derecho Propio de cada pueblo del Derecho Mayor, el fuero indígena y los usos y costumbres, siendo los usos y costumbres la parte más dinámica de nuestros derechos.*

Ley Origen: *Regula las relaciones entre los seres vivos desde las piedras hasta el ser humano, en la perspectiva de la unidad, la convivencia y la pertenencia en el territorio ancestral y desde donde quiera que haya un indígena, la Ley de Origen es el saber fundamental de la espiritualidad y cultura más íntima y propia de cada pueblo indígena, también la constituyen los saberes y los conocimientos ancestrales puestos espiritual y materialmente al servicio de la justicia, su cumplimiento, garantiza el equilibrio y la armonía del orden y la permanencia de la vida, del universo y de nosotros mismos, como dueños protectores de la naturaleza, es el derecho completamente interno.*

Derecho Propio: *Está constituido por las manifestaciones culturales y la manera de relacionarnos con otros pueblos. El Derecho Propio es la expresión de los pueblos acumulada en el tiempo, está formado por los derechos e instituciones que fueron apropiadas por las luchas y resistencias históricas indígenas, por los legados de autoridad y dirección de cada pueblo, por la historia y la memoria de los antepasados, es de tipo interno y corresponde a cada pueblo en su experiencia histórica.*

Derecho Mayor: *Tiene que ver con los derechos generales de todos los pueblos indígenas, derechos supremos que permiten la esencia de la Ley de Origen y el desarrollo del Derecho Propio tanto nacional como internacional. Son las reivindicaciones por hacer y las reivindicaciones conseguidas que es necesario hacer efectivas. El Derecho Mayor es el tipo general a todo el movimiento indígena, por eso es mayor, por ejemplo, la libertad cultural, la autodeterminación, la protección de los derechos humanos, la autonomía, el derecho a hablar un idioma, el derecho a la consulta previa, es el Derecho Mayor de los pueblos indígenas, los mandatos de los congresos indígenas son parte del Derecho Mayor.*

Fuero indígena: *Son todas las leyes indígenas realizadas por no indígenas que benefician a los primeros, algunas han sido apropiadas, otras no. El fuero en realidad es un sistema normativo de apoyo a los pueblos indígenas para que se les garantice el ejercicio de los derechos, los usos y costumbres son las formas culturales, rituales, orales, consuetudinarias propias de cada sistema jurídico de los*

¹³⁶ As concepções de Direito Indígena, Lei de Origem, Direito Próprio, Direito Maior e Fórum Indígena foram elaboradas pela “Mesa 1 – direitos dos povos indígenas”, no “VII Congresso dos Povos Indígenas da ONIC”, que tinha como tema “Pela consolidação do governo próprio dos povos indígenas da Colômbia”, no ano de 2007. (ONIC, 2007).

pueblos indígenas en Colombia, que permiten resolver los problemas judiciales, contemporáneos, que se presentan en las comunidades para los cuales no había tradición judicial. Los usos y costumbres son fuentes de derechos y pautas culturales que manifiestan la Ley de Origen, en contextos de cambio cultural los usos y costumbres se fundamentan en la Ley de Origen, el Derecho Propio y el Derecho Mayor y pueden interpretar los derechos provenientes del fuero indígena¹³⁷. (Grifo nosso). (SANTAMARÍA, 2010, p. 58-60).

Os povos indígenas do Equador também denominam Direito Próprio como aquele que pertence e corresponde aos povos indígenas que surgiram da grande *Abya Yala*¹³⁸ por meio da sua diversidade cultural entre os povos indígenas. Esta diversidade se apresenta como um denominador comum à garantia do equilíbrio social. Diferentemente do Direito Ibérico opressor e distante das culturas originárias, o direito originário herdado dos ancestrais se desenvolve por força da ação indígena e está sendo recepcionado, na atualidade, nas diversas reformas constitucionais dos países da América Latina. A constituição de um Direito Próprio Indígena é resultante deste processo de compartilhamento de experiências milenares dos

¹³⁷ Tradução livre: “**Direito Indígena:** É o conjunto de todos os direitos dos povos indígenas da Colômbia, da América Latina e do mundo, consagrados em cada um de seus sistemas jurídicos. Na lei indígena, a força máxima é assegurada pela Lei de Origem de cada povo, a Lei Própria de cada povo da Lei Maior, a jurisdição indígena e os costumes e costumes, sendo os costumes e costumes a parte mais dinâmica de nossos direitos. **Lei de Origen:** Regula as relações entre os seres vivos desde a pedra até o ser humano, na perspectiva da unidade, convivência e pertença no território ancestral e desde onde quer que exista um indígena, a Lei de Origen é o conhecimento fundamentais da espiritualidade e cultura mais íntimas de cada povo indígena, são também o conhecimento e conhecimento ancestral colocado espiritualmente e materialmente a serviço da justiça, sua realização, garante o equilíbrio e a harmonia da ordem e da permanência do povo indígena. a vida, do universo e de nós mesmos, como mestres protetores da natureza, é o direito completamente inerte. **Direito próprio:** é constituído por manifestações culturais e pelo modo de se relacionar com outros povos. A Própria Lei é a expressão dos povos acumulados no tempo, é formada pelos direitos e instituições que foram apropriados pelas lutas e resistências históricas indígenas, pelos legados de autoridade e direção de cada povo, pela história e pela memória de cada povo. os antepassados, é de tipo interno e corresponde a cada cidade em sua experiência histórica. **Direito Maior:** Tem a ver com os direitos gerais de todos os povos indígenas, direitos supremos que permitem a essência da Lei de Origen e o desenvolvimento do Direito Nacional e Internacional. Estas são as reivindicações a serem feitas e as reivindicações que foram efetivadas. A Grande Direita é o tipo geral de todo o movimento indígena, por isso é maior, por exemplo, a liberdade cultural, a autodeterminação, a proteção dos direitos humanos, a autonomia, o direito de falar uma língua, o direito à consulta Antes, é a Lei Maior dos povos indígenas, os mandatos dos congressos indígenas fazem parte da Lei Maior. **Jurisdição indígena:** Todas são leis indígenas feitas por pessoas não indígenas que beneficiam a primeira, algumas foram apropriadas, outras não. A jurisdição é, na verdade, um sistema normativo de apoio aos povos indígenas, para que sejam garantidos o exercício de direitos, costumes e costumes que são as formas culturais, rituais, orais, costumeiras de cada sistema jurídico dos povos indígenas da Colômbia. , que permitem resolver problemas judiciais contemporâneos que surgem nas comunidades para as quais não havia tradição judicial. Usos e costumes são fontes de direitos culturais e diretrizes que manifestam a Lei de Origen, em contextos de mudança cultural, costumes e costumes são baseados na Lei de Origen, na Lei Própria e na Lei Maior e podem interpretar os direitos decorrentes da jurisdição indígena. (Grifo nosso). (SANTAMARÍA, 2010, p. 58-60).

¹³⁸ “*Abya Yala*, na língua do povo *Kuna*, significa “Terra madura”, “Terra Viva” ou “Terra em florescimento” e é sinônimo de América. O povo *Kuna* é originário da Serra Nevada no norte da Colômbia tendo habitado a região do Golfo de Urabá e das montanhas de Darien e vive atualmente na costa caribenha do Panamá na Comarca de *Kuna Yala* (San Blas). *Abya Yala* vem sendo usado como uma autodesignação dos povos originários do continente como contraponto a América. Muito embora os diferentes povos originários que habitam o continente atribuíssem nomes próprios às regiões que ocupavam – *Tawantinsuyu*, *Anauhuac*, *Pindorama* – a expressão *Abya Yala* vem sendo cada vez mais usada pelos povos originários do continente objetivando construir um sentimento de unidade e pertencimento.” (GONÇALVES, 2015).

povos indígenas originários que estão sendo resgatados num diálogo intercultural do Direito Indígena. (GUARTAMBEL, 2010, p. 207).

Portanto, apesar de todo o aparato estatal, ideológico, jurídico e militar, com objetivos de rechaçar e excluir os sistemas jurídicos indígenas, bem como todo o modo de vida dos mesmos, houve a resistência por parte dos indígenas que se encontram até a atualidade preservando o seu modo de vida. Os povos indígenas preservaram sua cultura, costumes e formas de desenvolvimento comunitário, em determinadas situações por resistência e, em outros casos, aprendendo a se adaptar com determinadas instituições criadas pelo próprio Estado liberal, não deixando jamais de descuidarem da sua essência indígena. (GUARTAMBEL, 2010, p. 52-53).

4.2 DIÁLOGOS E SOLUÇÕES DE CONFLITOS ENTRE O DIREITO ESTATAL E O DIREITO INDÍGENA

A confrontação ao monismo jurídico exarado sobre a tutela do Estado nação se instaurou nos movimentos constitucionais observados nas últimas décadas nos diversos países da América Latina. Dentre os diversos focos destes movimentos, estava a proteção e a garantia de direitos às minorias étnicas, o que se consolidou por meio do pluralismo jurídico.

Todavia, os conflitos estabelecidos pelo Estado nacional e, assim, pelo seu Direito Estatal para com as minorias indígenas na América Latina, se potencializam em torno de todas as características que destacam a alteridade étnica do grupo subalterno. Destacam-se a língua indígena, as diversas formas de organização sociocultural, incluindo o próprio Direito Indígena. O conflito, estendido ao ponto de assimilação, em relação à visão do Estado nacional e do seu Direito Estatal, baseia sua política na ideologia da homogeneidade como requisito máximo de soberania e unidade. Dessa maneira, a diferença cultural é somente um obstáculo a ser sobrepujado para agregar os povos indígenas ao Estado. (HAMEL, 1990, p. 205).

O Direito estatal, mesmo com toda a sua estrutura e a consolidação hegemônica, durante o seu processo histórico, político, econômico e jurídico, já analisado anteriormente, há que se considerar, jamais deteve o monopólio da orientação das relações sociais e nem deteve a resolução dos conflitos que se constituem na sociedade. Dessa forma, o Direito

Estatal, em sua crise, não compatibilizou os anseios e as necessidades da sociedade, pois como norma disciplinar emanada pela força e pela imposição do Estado burocrático¹³⁹, acaba por excluir de sua dinâmica histórica a interação com o social, econômico, político e filosófico. (WOLKMER, 2018, p. 68).

O Estado está deixando de ser o único ente responsável e competente para orientar as relações jurídicas e lidar com os conflitos que demandam na sociedade. Assim, está se redefinindo os compromissos que o Estado deve cumprir, reconfigurando a função que corresponde na regulação das relações sociais e os conflitos entre os seus integrantes. Dessa forma, as barreiras impostas pelo Estado se atenuam para com os mecanismos de regulação e de resolução dos conflitos. O sistema jurídico estatal tem transformado suas exigências de exclusividade para um sistema seletivo de preferências, no que se diz respeito à administração da justiça. (SANTAMARÍA, 2010, p. 80-81).

*Frente a esta postura es posible afirmar que existen muchos conflictos que nunca han sido del interés del Estado y que evidentemente hoy este está menos dispuesto a asumir la llamada pequeña conflictividad y los asuntos que se pueden resolver estrictamente en la esfera social. De fondo se puede pretender que el Estado neoliberal cambió de orientación y que hoy existe mayor preocupación por los mecanismos de regulación social, postura que no es plenamente cierta toda vez que este fenómeno es anterior a la existencia del neoliberalismo.*¹⁴⁰ (SANTAMARÍA, 2010, p. 81).

O referido pluralismo consolidou a possibilidade de formação em um mesmo espaço territorial da existência de formas alternativas de resolução de conflitos. Impulsionados pela diversidade cultural que permeia os povos latinos americanos, fundamentou-se a construção de um “novo” Estado. Esta nova concepção para o aparato estatal é composta por um pluralismo jurídico, político, econômico, cultural e social, e também é marcado pelos intensos processos de globalização, da descentralização da justiça e pela proteção das minorias. Tais mudanças implicam em uma reorganização do Estado, sem que o mesmo tenha perda em sua soberania e unidade nacional. (MICHEL, 2016, p. 170).

¹³⁹ Conforme Wolkmer (2018, p. 68), esta imposição do Estado burocrático ocorre na modalidade de capitalistas e, também, ocorreu nas experiências anteriores socialistas.

¹⁴⁰ Tradução livre: “Diante dessa posição, é possível afirmar que existem muitos conflitos que nunca foram de interesse para o Estado e que, evidentemente, hoje está menos disposto a assumir o chamado pequeno conflito e as questões que podem ser resolvidas estritamente na esfera social. No fundo, pode-se pretender que o Estado neoliberal mudou de orientação e que hoje existe uma preocupação maior com os mecanismos de regulação social, posição que não é totalmente precisa, já que esse fenômeno é anterior à existência do neoliberalismo.” (SANTAMARÍA, 2010, p. 81).

O reconhecimento das instâncias de resolução de conflitos, alcançado por meio das reformas constitucionais¹⁴¹, nos Estados latino-americanos, pode ser considerado a partir de então, não mais informal. Como, por exemplo, a justiça comunitária, a qual já foi abordada no primeiro capítulo deste estudo, surge como uma alternativa e resistência ao Direito Estatal e num segundo momento passa a ser cooptada pelo mesmo.

A partir do disposto na Convenção n. 169, da OIT, os Estados devem procurar a efetivação da compatibilização entre o Direito Indígena e o Direito Estatal oficial com objetivo de garantir o acesso efetivo dos povos indígenas a jurisdição do Estado. A referida Convenção também destaca que deverão ser considerados os métodos, os costumes e a cultura dos povos indígenas para a efetiva administração da justiça. (GUARTAMBEL, 2010, p. 372).

Desse modo, ante a demanda das reformas constitucionais e a legislação internacional, o estudo e compreensão dos sistemas normativos que regulam a vida social dos povos indígenas deixam de ser somente um objeto de pesquisa para etnólogos e antropólogos sociais. Os campos da antropologia, história e sociologia do direito, bem como do direito comparado passam, também, a ter como escopo a compreensão dos sistemas normativos indígenas, a forma como são percebidos e abordados suas expressões jurídicas. Os estudos com base num diálogo intercultural no Direito se desenvolvem na comparação dos sistemas normativos e sua relação com as estruturas sociais dos povos indígenas e seus possíveis correspondentes ou conexões no Direito Estatal. (ITURRALDE, 1990, p. 52-53).

Determinados pesquisadores, principalmente das áreas da antropologia e sociologia jurídica¹⁴², durante as décadas de 80 e 90, consideram a existência de sistemas jurídicos indígenas mais complexos do que se tinha compreensão até o momento. Sendo estes sistemas compostos de uma estrutura de funcionamento que se manifesta por meio de práticas sociais conduzidas pelos costumes. Dessa forma, os costumes se apresentam com o objetivo de separar e organizar as normas num único contexto, os quais constituem o direito consuetudinário indígena. Entretanto, o direito consuetudinário indígena, conforme já

¹⁴¹ Como exemplo de reformas constitucionais referentes ao reconhecimento de determinadas instâncias “alternativas” de resolução de conflitos se destaca: artigo 246, da Constituição colombiana; artigo 171, da Constituição boliviana; artigo 149, da Constituição peruana; Convenção 109 da OIT. (SANTAMARÍA, 2010, p. 81-82).

¹⁴² Neste sentido destacamos alguns pesquisadores que se dedicam ao estudo desta temática: Antônio Carlos Wolkmer, Bartolomé Clavero, Boaventura de Sousa Santos, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Fidel Tubino, Magdalena Gómez, Óscar Correas, Raquel Yrygoyen Fajardo, Rodolfo Stavenhagen, Rosember Ariza Santamaría, Tayta Carlos Pérez Guartambel, Vicente Cabedo Mallol, Xavier Albo, entre outros.

abordado nesta pesquisa, é apontado como um sistema jurídico com concepções jurídicas institucionais complexas, como por exemplo família, propriedade e associação, as quais formam conjuntos de regras que se expressam como corpos de leis. (ITURRALDE, 1990, p. 53).

As culturas indígenas da América Latina, apesar de se constituírem povos originários deste continente a milênios e terem enfrentado todo o processo de conquista e exploração até o século atual, apresentam uma configuração de sociedades igualitárias, sem marginalização e sem exclusão. A riqueza cultural e a sabedoria milenar acumulada pelos povos indígenas são exemplos destacados para a constituição de novos modelos de organização social. (CIMI, 2019).

As experiências e os saberes indígenas consideram o universo em sua totalidade e inserem o ser humano em uma complexa rede de relações que envolvem os seres, naturais e sobrenaturais, integrando a vida como um todo. Essas cosmologias não se confundem e nem podem ser contidas dentro da lógica materialista e mercadológica, com a qual estamos habituados.

[...]

Há experiências tecidas no viver indígena que oferecem possibilidades verdadeiramente sustentáveis para estas e as futuras gerações. Outros modos de estar e viver no mundo, para além do sistema capitalista, são praticados por povos indígenas e comunidades tradicionais há milênios. No entanto, eles não dispõem de poder, peso político e visibilidade suficientes para serem encarados como possibilidades para o presente, nem para o futuro. (CIMI, 2019).

Os valores simbólicos estabelecidos pelos povos indígenas, por meio de sua cosmovisão, moldam a forma como se constituem as suas relações sociais, entre si e com o meio, bem como o próprio sistema normativo. Os processos e os meios de produção, por exemplo, entre os indígenas, são formados por uma lógica distinta das sociedades capitalistas contemporâneas. A terra não configura como propriedade privada para os povos indígenas, a mesma é de posse coletiva e não individual. A própria relação estabelecida pelos indígenas com a natureza pressupõe a mesma como provedora digna de respeito e integrada numa delicada rede simbiótica de seres vivos ou não vivos. (CIMI, 2019).

Os modelos jurídicos indígenas são constituídos, a partir de elementos desta cosmovisão, em harmonia com a natureza e baseada em princípios de reciprocidade, relacionalidade, complementariedade e solidariedade. Estes princípios são propagados entre os indivíduos e a comunidade, constituindo a ideia do Bem Viver, a qual contrasta com a acumulação, exploração, preconceitos, exclusão, entre outros. (ACOSTA, 2016, p. 33).

O Bem Viver, sem esquecer e menos ainda manipular suas origens ancestrais, pode servir de plataforma para discutir, consensualizar e aplicar respostas aos devastadores efeitos das mudanças climáticas e às crescentes marginalizações e violências sociais. Pode, inclusive, contribuir com uma mudança de paradigmas em meio à crise que golpeia os países outrora centrais. Nesse sentido, a construção do

Bem Viver, como parte de processos profundamente democráticos, **pode ser útil para encontrar saídas aos impasses da Humanidade**. (grifo nosso). (ACOSTA, 2016, p. 33-34).

Todavia, é constatado o uso combinado entre o Direito Indígena e o Direito Estatal, por parte dos povos indígenas nas suas práticas cotidianas. Isto se deve, primeiramente, ao fato do próprio processo histórico de assimilação, ao qual diversos povos originários foram e são submetidos desde os processos de conquista a mais de cinco séculos. A aculturalização de determinados povos indígenas se estabeleceu de forma lenta e gradual, em outros de forma mais abrupta. Assim, os povos indígenas se veem entre aplicação do Direito Estatal e do Direito Indígena e, em determinados casos, de novas conformações destes direitos, a partir da confluência dos dois sistemas jurídicos.

Consoante ao disposto está o caso da sociedade *Mbya*¹⁴³ que ao longo dos anos, nos processos de assimilação e aculturalização, teve desarticulados os seus procedimentos judiciais e substituídos pelo Direito Estatal. No entanto, as cerimônias públicas e intracomunitárias de julgamentos foram transformadas em cerimônias clandestinas, restritas à comunidade onde ocorria o evento, com procedimentos conhecidos apenas por seus protagonistas e, entre outros casos, como resistência à justiça local. A exclusividade da comunidade *Mbya* de administrar seu próprio direito foi gradualmente desaparecendo e perdendo a difusão coletiva dos processos judiciais. Assim, um sistema judicial que foi vigoroso em outras épocas, passou a ser restringido e proibido pelas autoridades oficiais com objetivo de extinguir estas práticas originais. (MOREIRA, 2010, p. 137).

El Mbya es un subgrupo indígena de la etnia Guaraní, que se ha considerado el menos aculturado de todos, inclusive se ha comprobado que resistió a los Jesuitas, evitando participar del proyecto de las reducciones y por ese motivo fue denominado "montés". Las explicaciones más convincentes que comparto no se orientan como las clásicas crónicas a buscar la razón de la resistencia en un

¹⁴³ “Los Mbya-Guaraní forman parte de la familia lingüística Tupí-Guaraní y actualmente se encuentran en Argentina, Paraguay, Uruguay y Brasil. Em la región fronteriza de Misiones (Argentina), Paraguay y Brasil los Mbya comparten el espacio territorial con otros subgrupos Guaraní, identificados étnicamente, aunque se los designe con nombres distintos y posean diferencias culturales que los distinguen entre sí. Los otros dos subgrupos considerados como dominantes en la región oriental son los Avá Chiripá y los Pai Tavyterá. Bartomeu Meliá nos informa que los subgrupos identificados por misioneros católicos en la región, a principios del siglo pasado, culturalmente bien diferenciados, eran solamente tres: Los Pai Tavyterá, los Avá Katú Eté y los Mbya.” (MOREIRA, 2010, p. 59).

*salvajismo perpetuo o en una sociedad guerrera que combatió hasta el final, sino en los fundamentos radicales que presenta su religión.*¹⁴⁴ (MOREIRA, 2010, p. 138).

A opressão cultural, política, econômica, militar, social e, no caso desta análise, vinculada na ótica do Direito Estatal, foi implacável sobre os povos indígenas, seus costumes e tradições e, também seu sistema jurídico. O caso da comunidade *Mbya* descrito é um processo que foi difundido em relação a todos os povos indígenas que passam a entrar em contato com o modelo estatal vigente. Os casos de aproximação entre os sistemas jurídicos estão vinculados, em sua maioria, a processos de mobilização, resistência e luta social por parte dos povos indígenas para a abertura de diálogo e inserção de garantias e direitos aos mesmos.

O debate quanto ao diálogo que deve ser estabelecido entre os sistemas jurídicos estatal e indígena pode ser verificado nas palavras de Santiago de *la Cruz*, líder do povo *Chachi*¹⁴⁵ e ex-vice-presidente da Confederação da Justiça Indígena de Nacionalidades de Indígenas do Equador – CONAIE, o qual afirma que: *“la interculturalidad es la clave para coexistir y convivir pacíficamente entre pueblos, agrega ser necesario respetar la justicia estatal pero también es necesario que se respete nuestra justicia indígena, con el respeto mutuo ganamos todos.*¹⁴⁶” (GUARTAMBEL, 2010, p. 206-207).

Dessa forma, a diversidade cultural impacta diretamente a formação de uma diversidade jurídica, a qual deve ser considerada pelos sistemas jurídicos vigentes com o respeito e a tolerância como povos e como cidadãos indígenas ou não indígenas. As Constituições dos Estados Plurinacionais, como da Bolívia e do Equador, são exemplos neste sentido, pois adotam as características destacadas abaixo, por Guartambel, como forma de legitimar o reconhecimento ao Direito Indígena em seus territórios e a coexistência deste para com o Direito Estatal por meio de um diálogo intercultural entre os sistemas jurídicos avançados.

Conforme Guartambel (2010, p. 372-373), para as situações de complementação entre os Direitos Indígenas e o Direito Estatal deve-se considerar:

¹⁴⁴ Tradução livre: “O Mbya é um subgrupo indígena da etnia guarani, considerado o menos aculturado de todos, até se comprovou que resistiu aos jesuítas, evitando participar do projeto de redução e por isso foi chamado de “selvagem”. As explicações mais convincentes que compartilho não são orientadas como as crônicas clássicas para procurar o motivo da resistência em uma selvageria perpétua ou em uma sociedade guerreira que lutou até o fim, mas nos fundamentos radicais que sua religião apresenta.” (MOREIRA, 2010, p. 138).

¹⁴⁵ Os *Cachi* são uma nacionalidade indígena, a qual integram três comunidades indígenas situadas na Província de Esmeraldas - Equador, com mais de 8.000 integrantes.

¹⁴⁶ Tradução livre: “A interculturalidade é a chave para coexistir e coexistir pacificamente entre os povos, é necessário respeitar a justiça estatal, mas também é necessário respeitar nossa justiça indígena, com respeito mútuo todos nós ganhamos”.

1. - *La Jurisdicción y competencia en asuntos de interés colectivo, privado o pública, corresponde a las comunidades indígenas, a través de sus autoridades quienes resuelvan los conflictos que se presenten en su circunscripción territorial, sean o no indígenas los procesados.*
2. - *Las resoluciones emitidas por autoridades indígenas tendría el efecto cosa juzgada, es decir no habría lugar a recurso alguno.*
3. - *Cuando el ofendido dentro de territorio indígena, solicite ser juzgado por autoridades no indígenas (juez natural) y previo su consentimiento el caso se remitiría a la justicia estatal, en virtud que generalmente van precedidos de una secuencia de conflictos previos donde se há intentado conciliar y no se ha logrado restablecer la cohesión social. La reincidencia constituirá un factor agravante.*
4. - *Cuando se trate de conflictos que involucren a una o más comunidades de uno o más circunscripciones territoriales, se establecerá un tribunal con representación de las autoridades de todas las circunscripciones territoriales, siempre que se trate de conflictos que involucren el interés colectivo de uno o más pueblos indígenas.*
5. - *De presentarse un proceso judicial a la autoridad externa de la comunidad de donde proviene el ofendido o encausado, será motivo de nulidad de todo juzgamiento, para evitar su nulidad, la autoridad estatal deberá remitir el caso a la autoridad indígena.*
6. - *Habrà la necesidad de conformar un tribunal supremo paritario (Sala Especializada en la Corte Constitucional) compuesto por autoridades indígenas y estatales para resolver casos delicados y que requieran su revisión como órgano de última instancia, sin importar la materia del derecho. Es preciso indicar que no es suficiente la participación de peritos especializados en antropología, sociología, psicología, lingüística, o la rama o especialización que el caso amerite si al final el juez o tribunal es quien decide y para ello puede valorar el informe o peritaje pero también puede desecharlo, es subjetivo, queda a su arbitrio; diferente es el caso si el tribunal está compuesto paritariamente por indígenas y no indígena ello si posibilita una garantía para el procesamiento de un juicio justo que considere todos los elementos que configuraron las circunstancias del acto delictivo.¹⁴⁷*

¹⁴⁷ Tradução livre: “1. A jurisdição e competência em matéria de interesse coletivo, privado ou público, corresponde às comunidades indígenas, através de suas autoridades, que resolvem os conflitos que surgem em seu círculo territorial, sejam ou não indiciados os processados. 2. Resoluções emitidas pelas autoridades indígenas teriam o efeito *res judicata*, ou seja, não haveria recurso. 3. Quando ofendidos em território indígena, pedidos de julgamento por autoridades não indígenas (juiz natural) e anuência prévia, o caso será encaminhado à justiça estadual, em virtude de serem geralmente precedidos por uma seqüência de conflitos anteriores nos quais tenha havido tentou conciliar e não conseguiu restaurar a coesão social. A reincidência será um fator agravante. 4. No caso de conflitos envolvendo uma ou mais comunidades de um ou mais distritos eleitorais territoriais, um tribunal será estabelecido com a representação das autoridades de todos os constituintes territoriais, desde que sejam conflitos que envolvam o interesse coletivo de um ou mais povos indígenas. 5. Se for apresentado um processo judicial à autoridade externa da comunidade da qual a pessoa ofendida ou processada comparecer, será motivo de anulação de qualquer julgamento, para evitar sua nulidade, a autoridade estatal deve encaminhar o caso à autoridade indígena. 6. Haverá necessidade de formar um tribunal supremo (Câmara Especializada no Tribunal Constitucional) composto por autoridades indígenas e estaduais para resolver casos delicados e que exijam sua revisão como órgão de último recurso, independentemente do assunto da lei. É necessário indicar que a participação de especialistas especializados em antropologia, sociologia, psicologia, lingüística, ou ramo ou especialização que o caso merece não é suficiente se, no final, o juiz ou tribunal é quem decide e, para esse fim, pode avaliar o relatório ou perícia, mas Você também pode descartá-lo, é subjetivo, é a seu critério; O caso é diferente se o tribunal for composto de paridade indígena e não indígena, se possibilitar uma garantia para o julgamento de um julgamento justo que considere todos os elementos que configuraram as circunstâncias do ato criminoso.” (GUARTAMBEL, 2010, p. 372-373).

Desse modo, a coordenação entre o Direito Indígena e o Direito Estatal denota um grande desafio em relação a efetivação de um diálogo intercultural no Direito. A referida abordagem propiciara um caminho para melhorar o entendimento intercultural no âmbito da justiça para a construção de um efetivo contexto pluricultural com base no diálogo e na cooperação. As coordenações de demandas entre o Direito Indígena e o Estatal podem construir possibilidades para resolver conflitos de competência, estabelecimento de limites das jurisdições, propor novas formas administrativas dos sistemas de justiça, entre outros. (SANTAMARÍA, 2010, p. 114-115).

Nessa linha, o reconhecimento do Direito Indígena pode ser constatado, em determinados textos constitucionais, de países da América Latina, que incorporaram em seus textos elementos que garantem a manutenção dos sistemas jurídicos indígenas, conforme se observa na Tabela – II abaixo:

O reconhecimento do Direito Indígena nas Constituições latino americanas – Tabela II

O reconhecimento do Direito Indígena: Bolívia, Colômbia, Equador, Peru, Venezuela
<p>Bolívia, Constituição de 2009:</p> <p>Art. 30 II. No marco da unidade do Estado e do acordo com esta Constituição as nações e os povos indígenas originários campesinos gozam dos seguintes direitos: 14. Ao exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos segundo sua cosmovisão.</p> <p>Art. 179 I. A função judicial é única. A jurisdição ordinária se exerce pelo Supremo Tribunal de Justiça, os tribunais departamentais de justiça, os tribunais de sentença e os juízes; a jurisdição agroambiental pelo Tribunal e os juízes agroambientais; a jurisdição indígena originária campesina se exerce pelas suas próprias autoridades; existirão jurisdições especializadas regulamentadas pela lei. II. A jurisdição ordinária e a jurisdição indígena originária campesina gozarão de igual hierarquia.</p> <p>Art. 190 I. As nações e povos indígenas originários campesinos exercerão suas funções jurisdicionais e de competência através de suas autoridades, e aplicarão seus princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios. II. A jurisdição indígena originária campesina respeita o direito a vida, o direito a defesa e demais direitos e garantias estabelecidos na presente Constituição.</p> <p>Art. 191 I. A jurisdição indígena originária campesina se fundamenta num vínculo particular das pessoas que são membros da respectiva nação ou povo indígena originário campesino. II. A jurisdição indígena originário campesina se exerce nos seguintes âmbitos de vigência pessoal, material e territorial: 1. Estão sujeitos a esta jurisdição os membros da nação ou povo indígena originário campesino, seja que atuem como autores ou demandados, denunciantes ou querelantes, denunciados ou acusados, recorrentes ou recorridos. 2. Esta jurisdição conhece os assuntos indígena originário campesinos de conformidade ao estabelecido numa Lei de Demarcação Jurisdicional. 3. Esta jurisdição se aplica as relações e feitos jurídicos que se realizam ou cujos efeitos se produzem dentro da</p>

jurisdição de um povo indígena originário campesino.

Art. 192

- I. Qualquer autoridade pública ou pessoa deve cumprir as decisões da jurisdição indígena originária campesina.
- II. Para o cumprimento das decisões da jurisdição indígena originária campesina, suas autoridades poderão solicitar o apoio de órgãos competentes do Estado.
- III. O Estado promoverá e fortalecerá a justiça indígena originária campesina. A Lei de Demarcação Jurisdicional, determinará os mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena originária campesina com a jurisdição ordinária e a jurisdição agroambiental e todas as jurisdições constitucionalmente reconhecidas.

Art. 202

- I. São atribuições do Tribunal Constitucional Plurinacional, além das estabelecidas na Constituição e na lei, conhecer e resolver:
 8. As consultas das autoridades indígenas originárias campesinas sobre a aplicação de suas normas jurídicas aplicadas a um caso concreto. A decisão do Tribunal Constitucional é obrigatória.
 11. Os conflitos de competência entre a jurisdição indígena originária campesina e a jurisdição ordinária e agroambiental.

Art. 304

- I. As autonomias indígena originário campesinas poderão exercer as seguintes competências exclusivas:
 8. Exercício da jurisdição indígena originária campesina para a aplicação de justiça e resolução de conflitos através de normas e procedimentos próprios de acordo com a Constituição e a lei.

Colômbia, Constituição de 1991:

Art. 246

As autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial, em conformidade com suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrárias a Constituição e leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional.

Equador, Constituição de 2008:

Art. 171. As autoridades das comunidades indígenas, povos e nacionalidades exercem funções jurisdicionais, baseadas em suas tradições ancestrais e em seu próprio direito, dentro de seu âmbito territorial, com garantia de participação e decisão das mulheres. As autoridades aplicarão suas próprias regras e procedimentos para a solução de seus conflitos internos, e que não são contrárias à Constituição e aos direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais.

O Estado assegurará que as decisões da jurisdição indígena sejam respeitadas pelas instituições e autoridades públicas. Tais decisões estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade. O A lei estabelecerá os mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária.

Art. 189. Os juízes e juízes da paz se resolverão em equidade e terão competência exclusiva e obrigatória para conhecer os conflitos individuais, comunitários, de vizinhança e de contravenção, que são submetidos à sua jurisdição, de acordo com a lei. Em nenhum caso a privação de liberdade pode ser estabelecida nem deve prevalecer sobre a justiça indígena.

Peru, Constituição de 1993:

Art. 149 – As autoridades das Comunidades Campesinas e Nativas com o apoio das Rondas Campesinas, podem exercer as funções jurisdicionais dentro de seu âmbito territorial de conformidade com o direito consuetudinário, sempre que não violem os direitos fundamentais da pessoa. A lei estabelece as formas de coordenação da referida jurisdição especial com os Juizados de Paz e com as demais instâncias do poder Judiciário.

Venezuela, Constituição de 1999:

Art. 260

As autoridades legítimas dos povos indígenas poderão aplicar em seu habitat instâncias de justiça com base em suas tradições ancestrais e que somente afetem a seus integrantes, segundo suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrárias a esta Constituição, a lei e a ordem pública. A lei determinará a forma de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional.

Tabela 2 - O reconhecimento do Direito Indígena nas Constituições latino americanas

Ademais, é importante destacar que o reconhecimento do Direito e da própria jurisdição Indígena, conforme observado nas constituições de determinados países apresentados na Tabela II, pode vir a ser benéfico para o próprio Direito Estatal. Isto porque, num primeiro momento, com o reconhecimento da jurisdição indígena, o Estado tem a redução de demandas judiciais que deixam de ser de seu âmbito, evitando despesas e promovendo mais celeridade aos demais processos da sua competência. As comunidades indígenas passam a administrar a sua justiça com possibilidades de garantir maior equidade, promovendo assim sua autodeterminação. Uma outra contribuição neste ato de reconhecimento é a possibilidade de coesão da sociedade comunitária, não pelo uso da força ou opressão, mas por meio da garantia e reconhecimento de pluralidade da sociedade. Por fim, a própria descentralização da administração da justiça permite ao Estado que enseje esforços em outras áreas, como políticas públicas por exemplo. (MALLOL, 2004, p. 125-126).

Ademais, adverte-se quanto a necessidade de fortalecer e potencializar os processos de justiça informal, alternativa, comunitária e indígena, por meio da valorização de suas características democráticas. Entre as características destacadas aponta-se: a informalização para com os procedimentos de resolução de conflitos; a articulação dos procedimentos de informalização com os movimentos comunitários e incentivos a participação da cidadania; a concepção dessas como um processo permanente de aprendizagem, com fins educativos para a formação democrática e cidadã; esses sistemas de justiça devem ser compreendidos pelo Estado como uma política pública e de valorização do movimento social e popular. (SANTAMARÍA, 2010, p. 85).

Como premissa para a garantia de que seja assegurado o reconhecimento do Direito Indígena e que este possa perpassar, posteriormente a sua aprovação, às demais normativas do Estado, deve ser integrado ao diploma legal de mais alta hierarquia das nações. O reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas para garantia de sua viabilidade e crescimento deve ser consignado nos textos constitucionais dos Estados.

No entanto, o reconhecimento do pluralismo jurídico, pelas cartas constitucionais dos Estados, não é garantia a formação de Estados Plurinacionais que promovam a real inserção

das comunidades indígenas em suas esferas de poder político, econômico, social e jurídico. Mas, sim, na constituição de um pluralismo jurídico, estabelecido num âmbito da interculturalidade, que transcenda para a inclusão de atores coletivos, marcados pela identidade e o pertencimento aos interesses comunitários e comprometido com as reais necessidades humanas.

4.3 O DIREITO INDÍGENA COMO PARADIGMA DE PLURALIDADE PARA O DIREITO CONTEMPORÂNEO

No processo de análise e compreensão do Direito Indígena como instrumento paradigmático para o Direito contemporâneo, verificar-se-ão os aspectos constitutivos, como os seus elementos, as suas instituições, os seus princípios e as suas características.

Nesse sentido, considerando as variações e implicações intrínsecas a cada contexto cultural, no qual o Direito Indígena permeia, e tendo em vista a diversidade cultural existente entre as comunidades indígenas latino-americanas, serão destacados os seguintes elementos comuns:

1. *Acumula una larga tradición de prácticas probadas en un determinado contexto cultural.*
2. *Se basa en una visión global, no sectorializada.*
3. *Es administrado por autoridades nombradas y controladas por la comunidad y su asamblea.*
4. *Suele funcionar a niveles más locales y directos.*
5. *Es fundamentalmente oral y muy flexible en el tiempo y el espacio.*
6. *No es automáticamente equitativo.*
7. *Está permanentemente abierto a influencias ajenas.*
8. *Su acceso y resoluciones son rápidos y de bajo costo.*
9. *Cuando el conflicto es interno, los arreglos acordados dan alta prioridad a la recuperación social del culpable y al mantenimiento de la paz comunal, más que al castigo, como tal.*
10. *Pero si ya no se percibe ninguna posibilidad de una reconciliación o se trata de delincuentes externos y desconocidos, se prioriza la intimidación y hasta su pleno rechazo por expulsión o incluso muerte¹⁴⁸. (ALBÓ, 2000, p. 04).*

¹⁴⁸ Tradução livre: “1. Acumular uma longa tradição de práticas comprovadas em um contexto cultural específico. 2. É baseado em uma visão global, não setorizada. 3. É administrado por autoridades nomeadas e controladas pela comunidade e sua assembléia. 4. Geralmente funciona em níveis mais locais e diretos. 5. É fundamentalmente oral e muito flexível no tempo e no espaço. 6. Não é automaticamente equitativo. 7. Está permanentemente aberto a influências externas. 8. Seu acesso e resoluções são rápidos e baratos. 9. Quando o conflito é interno, os arranjos acordados dão alta prioridade à recuperação social do culpado e à manutenção da paz comunal, ao invés de punição, como tal. 10. Mas, se não houver mais possibilidade de reconciliação ou se se tratar de criminosos externos e desconhecidos, a intimidação é priorizada e até mesmo sua rejeição total pela expulsão ou mesmo pela morte.” (ALBÓ, 2000, p. 04).

Ademais, como o Direito Indígena não possui normas escritas, em forma de estrutura legal ou código, o mesmo se constata por meio de determinados elementos como preceitos, instituições e procedimentos ancestrais. Desse modo, as características, citadas acima, do Direito Indígena, abrangem elementos que compõem as populações resultantes de maior estudo na área de administração da justiça e resolução de conflitos.

Insta consignar, também, que o Direito Indígena ao não apresentar normas escritas e uma estrutura codificada das leis, conforme já observado, tem como parâmetro princípios que perpassam gerações, por meio da oralidade. Diversas Constituições, por meio do Direito Estatal, passaram a reconhecer e incorporar, em seus textos, uma espécie de “simbiose”, em relação aos termos do Direito Indígena com uma aculturação hispânica. O Equador, por exemplo, somente após 168 anos da sua independência colonial e a constituição de seu Estado nacional, incorporou na Constituição de 1998 um capítulo sobre o Direito Indígena. O referido capítulo versava sobre “Os Direitos Coletivos” e, em seu artigo 97, n. 20, reconhecia os princípios indígenas do mundo andino por meio do provérbio *Kichwa, Ama quilla, ama llulla, ama shwa*, ou seja, “não mentir, não ser ocioso e não roubar”. (GUARTAMBEL, 2010, p. 210-211).

O artigo 97, número 20, da Constituição do Equador destacava que: “Todos os cidadãos terão os seguintes deveres e responsabilidades, sem prejuízo de outros previstos na Constituição e na lei: [...] Numeral 20. - *Ama quilla, ama llulla, ama shwa*¹⁴⁹.” Posteriormente, na Constituição de 2008, do Equador, ocorreu a manutenção do referido provérbio no texto constitucional, como também a inclusão de determinados princípios indígenas.

No Direito Indígena não há, também, segundo indicam os estudos¹⁵⁰ relacionados aos sistemas jurídicos indígenas por meio de suas leis consuetudinárias, a divisão dos diversos

¹⁴⁹ Optou-se por manter a expressão, *Ama quilla, ama llulla, ama shwa*, na língua *kichwa*, (não ser ocioso, não mentir e não roubar) como o descrito na Carta Constitucional do Equador de 1998.

¹⁵⁰ “*La cuestión de la administración de justicia en el interior de las comunidades indígenas ha sido una línea de investigación que los antropólogos han empezado a desarrollar a partir de la década de 1960. Precursores de estos estudios fueron los trabajos ya clásicos de B. Malinowski *Crime and custom in savage society* (1926), de Robert Lowie “*Anthropology of way*”, y el de Karl Llewellyn y E. Adamson Hoebel *The Cheyenne way* (1941), que marcó el comienzo de los estudios contemporáneos en antropología legal con el estudio de caso como método de investigación y unidad analítica. Los estudios de Max Gluckman (1955) sobre los sistemas judiciales *barotsi* y los de Paul Bohannan (1957) entre los *tiv* aparecen posteriormente como las primeras investigaciones formales sobre costumbre legal en sociedades no occidentales. Algunos de los trabajos posteriores sobre el tema se efectuaron en México, principalmente en los estados de Oaxaca y Chiapa.*” (DOROTINSKY, 1990, p. 65).

ramos do direito estatal, como civil, trabalhista, penal, administrativo, entre outros. As experiências dos povos originários na área do Direito ocorrem a partir de uma visão global, incluindo questões culturais, políticas, filosóficas, culturais, religiosas, entre outras. Para as questões indígenas na área do Direito, há uma relação de elementos que integram os conteúdos de escopo social, jurídico e religioso. (ALBÓ, 2000, p. 04).

Nesse sentido, um dos princípios dos povos indígenas andinos a ser destacado é o da reciprocidade, por meio da Lei de *Ayni*. A referida lei se baseia nas quatro estrelas, que formam a cruz andina, as quais constitui a base da sabedoria indígena, nos aspectos filosóficos e sociológicos, destes povos indígenas. Esta sabedoria constitui uma atitude coletiva ou comunitária, no sentido de que ninguém está realmente só e apresenta uma relação de interdependência com todos. A Lei de *Ayni* contrasta com a percepção da esfera individual da filosofia ocidental, a qual se vincula a estrela polar isolada. Em outros povos é possível constatar outros elementos que moldam preceitos como o Sol - *Taita Inti*, a Lua - *Mama Killa*, a Terra - *Pachamama*, a montanha - *Apuk*, a Água - *Mamakocha* ou *Yacumama*. No oposto da boa energia está o *Hucha*, o qual promove a desarmonia, promove o mal, as enfermidades e os conflitos. (GUARTAMBEL, 2010, p. 215).

A reciprocidade, presente na Lei de *Ayni*, é marcada para os povos andinos como elemento a ser aplicado nas relações sociais, desde um cumprimento ou um sorriso que gera um novo cumprimento ou um sorriso recíproco, como receber um solavanco em resposta ao mesmo. Não se trata de um elemento de vingança, mas sim de relação recíproca, por meio da interferência no equilíbrio. Entretanto, essa visão integral do Direito Indígena varia em cada contexto cultural, de modo que não podem ser aplicados os elementos de determinam uma cultura para o que ocorre em outra.

*Una consecuencia general de todo lo anterior es que, cuando una legislación reconoce el Derecho Consuetudinario, hay que asegurar un tratamiento unitario para todos sus ámbitos, desde el nombramiento y control último de las autoridades, a través de la asamblea, hasta sus diversas esferas de actividad: rituales y celebraciones, decisiones comunales de cualquier índole, administración de la justicia en conflictos entre familias o contra toda la comunidad, manejo del territorio y otros recursos, controles al acceso individual a la tierra, etc. La visión unitaria en la comunidad debe tener su correlato en la coherencia de toda la legislación en su reconocimiento del Derecho Consuetudinario.*¹⁵¹ (ALBÓ, 2000, p. 05).

¹⁵¹ Tradução livre: “Uma consequência geral de todos os itens acima é que, quando a legislação reconhece o direito consuetudinário, é necessário assegurar um tratamento unitário para todos os seus campos, desde a nomeação e controle final das autoridades, passando pela assembléia, até suas diversas áreas de atuação.

O Direito Indígena, em relação às suas instituições, apresenta uma estrutura mais complexa com entes como a comunidade indígena, as instituições sociais, políticas, culturais, a autoridade, os conselhos ou grupos. A comunidade encontra um espaço central na vida cotidiana dos indígenas, com o seu aspecto coletivo, por meio dela desenvolvem-se as relações de respeito, valorização de princípios e os processos de formação das crianças. Os conselhos ou grupos administram os destinos da comunidade numa proposta harmônica com seus integrantes e estes integrados com o meio biótico e abiótico.

*Comunidad es más que la simple suma de individualidades, es autoridad, es unidad, es organización, es solidaridad, es vida o supervivencia. Al hablar de comunidad estamos frente a una colectividad conformada por personas descendientes de indígenas, originarios que habitaron en el vasto territorio de la Abya Yala antes de la conquista y colonización de los ibéricos, es decir cuya identidad histórica es milenaria o al menos ancestral*¹⁵². (GUARTAMBEL, 2010, p. 229).

A autoridade individualizada se constitui como um catalizador do consenso coletivo. Dessa forma, tendo em vista o caráter global do Direito Indígena, sua principal liderança comunitária não possui a necessidade de dividir o seu poder local. No entanto, mantem-se um excelente relacionamento entre aqueles que se ocupam com as questões religiosas e a liderança comunitária. As decisões mais complexas ou relevância para a comunidade são encaminhadas para a assembleia comunal ou intercomunitária, dependendo do caso. (ALBÓ, 2000, p. 05-06).

O Direito entre os povos indígenas é constituído por um conjunto de costumes reconhecidos e compartilhados pela coletividade, e sua aplicação está nas mãos das autoridades políticas do próprio grupo. Não existe um aparato administrativo específico e permanente, nem especialista profissional encarregado de elaborar e aplicar o direito. Assim, a vigência e operação do direito indígena, ou do direito consuetudinário como alguns preferem, constitui elemento indispensável à preservação e reprodução cultural da comunidade, à formação e manutenção da identidade étnica, e também é condição para o exercício do direito à autodeterminação. (VERDUM, 2013, p. 32).

Determinados povos indígenas apresentam uma forma de exercício de funções de autoridade, no sentido político-administrativo, articulada com determinados círculos ou

atividade: rituais e celebrações, decisões comunais de qualquer tipo, administração da justiça em conflitos entre famílias ou contra toda a comunidade, gestão do território e outros recursos, controles sobre o acesso individual à terra, etc. A visão unitária na comunidade deve ter sua correlação na coerência de toda a legislação em seu reconhecimento do Direito Consuetudinário.” (ALBÓ, 2000, p. 05).

¹⁵² Tradução livre: “A comunidade é mais do que a simples soma de individualidades, é autoridade, é unidade, é organização, é solidariedade, é vida ou sobrevivência. Ao falar de comunidade, estamos diante de uma comunidade formada por pessoas descendentes de indígenas, que viviam no vasto território de Abya Yala antes da conquista e colonização dos ibéricos, ou seja, cuja identidade histórica é milenar ou pelo menos ancestral.” (GUARTAMBEL, 2010, p. 229).

grupos de anciãos¹⁵³ ou de pessoas com experiências anteriores de liderança para constituírem uma espécie de grupo de apoio e orientação aos líderes. Esse grupo tem como principal objetivo orientar as autoridades no desempenho de suas funções na intenção de promover o bem estar coletivo. (GUARTAMBEL, 2010, p. 200).

Os povos indígenas da região andina, em relação as funções e atividades da liderança local, a consideram um serviço de grande responsabilidade, denominados de *mallku* ou *jilaqata*. A função de liderança como um espaço de poder “político de soberania” não encontra ressonância e nem significado em sua cultura. Um pressuposto para aqueles que são escolhidos para a função é de que tenham participado da assembleia comunal, como um período de experiências e vivências de situações para a maturidade no desempenho do cargo. Estes conhecimentos acumulados repercutem, na compreensão da comunidade, como elemento fundamental para a condução das questões que envolvem a administração e procedimentos da justiça indígena. (ALBÓ, 2000, p. 06).

No mundo Guaraní, a figura de autoridade, conhecida como *mburuvicha* ou cacique, considerada exitosa é aquela que interfere da menor forma possível na vida e no cotidiano da comunidade. No entanto, ao *mburuvicha* ou cacique se espera que exerça sua liderança de forma eficiente, principalmente, nos momentos de ameaças ao equilíbrio da vida do grupo, seja por questões internas ou externas. Nesses momentos de “crises” ou instabilidades caso a liderança não exerça ações compatíveis com o esperado para o cargo, o mesmo pode ser substituído da autoridade quando questionado por outro membro da comunidade ou pelo grupo, por meio de assembleias. (ALBÓ, 2000, p. 06).

Uma experiência etnográfica, realizada pelo pesquisador e jurista Manuel Moreira, aponta que, em suas sucessivas visitas às distintas comunidades Guaraní *Mbya*, da Província de Misiones, na Argentina, constatou-se o exercício da liderança dos caciques perante às comunidades, nas questões dos primeiros contatos para a realização da sua pesquisa. O autor, destaca que qualquer acesso às comunidades depende inicialmente da autorização dos caciques, os quais consultavam, ou não, apenas relatando posteriormente, aos seus grupos,

¹⁵³ Os anciãos para os povos indígenas andinos são os *rucuyayas*, considerados os “professores da vida”, com responsabilidades de manter o equilíbrio do universo social, baseado na harmonia e no respeito de todos integrantes para com todos para a garantia da coesão social. (GUARTAMBEL, 2010, p. 200).

conselhos ou assembleias os motivos da pesquisa. O cacique é quem, primeiramente recebe as visitas e estabelece, a partir da forma como as recebe, o tratamento que os demais componentes da comunidade irão tratar as mesmas. O cacique detém o poder da fala e é quem responde as respostas dos visitantes, quando os demais não são autorizados a ter contato com as mesmas. (MOREIRA, 2010, p. 75-76).

El “cacique” es el que tiene la palabra y quien responde a las preguntas de los visitantes. Existe un respeto discreto hacia él, que no se manifiesta en forma de temor, sino de sumisión discreta y atención constante hacia cada uno de sus gestos. Si él simpatiza con el visitante, responde con fluidez o humor en la entrevista, el grupo que asiste al encuentro también reacciona somáticamente como si fuese un organismo que sigue los estímulos de su jefe. Esa espontaneidad solo aparece en la medida en que el “cacique” permita cierta confianza con el visitante. Según los informantes que entrevisté, él también decide sobre los conflictos, aconseja a los más jóvenes, dispone o autoriza las fiestas y eventos de la comunidad¹⁵⁴. (Grifo nosso). (MOREIRA, 2010, p. 75-76).

Em relação às características do Direito Indígena, a oralidade, o critério equitativo e a abertura às influências externas constituem possibilidades de diálogo intercultural entre os sistemas jurídicos indígenas e estatal. Isto porque esses elementos do Direito Indígena são evitados de sincretismos, inovações e possibilidades de mudanças e podem também dispor ao Direito Estatal possibilidades de se flexibilizar e adaptar com mais celeridade e eficácia às necessidades da sociedade contemporânea. No sentido oposto, um exemplo típico da possível desigualdade do Direito Indígena, está relacionado, em determinados casos, com a questão de gênero, na qual, o foco da participação nas atividades públicas, como a assembleia comunal ou intercomunitária, bem como mecanismos de representação externa, privilegia os homens em detrimento às mulheres. (ALBÓ, 2000, p. 07-08).

A questão de gênero é um debate premente nas comunidades indígenas, tendo em vista as implicações das relações originárias e tradicionais de gênero praticadas. No entanto, essas relações estão sendo modificadas constantemente, variando o grau de contato com a sociedade não indígena, nestes casos com influências progressistas ou conservadoras. Considera-se, também, elementos de contato “externo”: as políticas de organismos estatais e não governamentais; as influências religiosas propagadas por missionários de diversas religiões distintas; a mobilidade indígena aos centros urbanos; as novas experiências dos

¹⁵⁴ “O cacique é quem tem a palavra e quem responde às perguntas dos visitantes. Há um respeito discreto por ele, que não se manifesta na forma de medo, mas de submissão discreta e atenção constante a cada um de seus gestos. Se ele simpatiza com o visitante, responde fluente ou humoristicamente na entrevista, o grupo que participa da reunião também reage somaticamente como se fosse um organismo que segue os estímulos de seu chefe. Essa espontaneidade só aparece na medida em que o “cacique” permite alguma confiança com o visitante. De acordo com os informantes que entrevistei, ele também decide sobre os conflitos, aconselha os mais novos, organiza ou autoriza as festas e eventos da comunidade”. (MOREIRA, 2010, p. 75-76).

povos indígenas no contexto interétnico; que tornam o debate temático de gênero extremamente complexo em relação aos povos indígenas. (SACCHI, 2012, p. 15).

Num estudo etnográfico realizado junto a comunidade indígena *Xukuru*¹⁵⁵, localizada no Brasil, analisou-se o processo organizativo, com base na premissa da inexistência de mulheres ocupando as funções de lideranças na comunidade. No entanto, verificou-se um movimento distinto por parte das mulheres da comunidade em ocuparem espaços nos processos decisórios das mesmas. Nesse sentido, destaca-se:

D. Zenilda, viúva do destacado cacique *Xicão*, mãe do atual cacique, tem seu reconhecimento com base na ideia de que possui “força”, é boa mulher *Xukuru*, dedicada a colaborar nas ações propostas. Contudo, mesmo ocupando lugar de destaque (com características relacionadas à sua situação parental), não faz parte do principal local de deliberações deste povo, o conselho de lideranças. D Zenilda apontava possibilidades de as mulheres (e jovens) ocuparem papel de destaque na economia de seus povos por meio da participação nos novos projetos destinados a eles/as, ou mesmo nas organizações existentes. Segundo ela um reposicionamento das mulheres poderia também contribuir para a construção de uma imagem mais positiva de sua sociedade perante os vizinhos regionais. (BARROS JR., p. 134-135).

Nesse caso, compreende-se que as mulheres da comunidade *Xukuru* enfrentam mais dificuldades que os homens para ser parte ativa no meio político. Todavia, num diálogo intercultural sistemático, as mulheres tem compreendido a si mesmas como uma categoria capaz de reivindicar direitos e ações específicas para sua atuação ativa. (BARROS JR., p. 136).

Uma característica presente em todas as dimensões do cotidiano dos povos indígenas e que se integra como um ente influenciador e basilador do Direito Indígena, sendo essencial para a compreensão do mesmo, é a percepção de Cosmovisão filosófica do mundo. A partir da cosmovisão, cada povo indígena reflete e concebe a respeito da ordem e do movimento do mundo. Reflete-se sobre o espaço e o tempo, sobre qual o lugar que a humanidade ocupa neste cenário global. Os indígenas, por meio da cosmovisão, compreendem as relações de interdependência e reciprocidade presente no mundo entre todos os seres vivos e o próprio meio abiótico como um todo. A cosmovisão, para os indígenas, possui um elemento

¹⁵⁵ “Os *Xukuru* habitam um conjunto de montanhas, conhecido como Serra do Ororubá, no estado de Pernambuco. Os registros sobre esses índios datam do século XVI e desde então indicavam que a sua ocupação nessa região já sofria transformações devido aos violentos processos de expropriação de suas terras. O território tradicional *Xukuru*, localizado a 216 km de Recife, possui uma superfície aproximada de 27.555 mil hectares, distribuídos em 23 (vinte e três) aldeias, com uma população de aproximadamente 12719 índios. (Cf. Dados populacionais de 2013 das etnias cadastradas no Siasi por Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI). (ISA, 2019).

simbólico forte e se materializa nos rituais, nos modos de contatos entre as pessoas, nos recursos naturais, em dimensões espirituais ou não, nos próprios caminhos da vida e da morte. (SILVA, 1994, p. 75).

Por isso, a forma como o Direito Estatal se apresenta aos povos indígenas lhes causa profunda estranheza e resistência, pois é aplicado de modo hierárquico, impessoal, opressor e desconectado da realidade dos fatos. A forma como lidam com as questões que envolvem o seu contexto social, por meio das relações intrínsecas com a coletividade, o senso de pertencimento e confiança na comunidade, nas autoridades e instituições e a percepção da cosmovisão do mundo. Portanto, a compreensão e validação dos pressupostos e elementos destacados do Direito Indígena, exigem de todos que estão integrados culturalmente ao Direito Estatal, uma postura de rompimento de paradigmas, com adequações e reformas normativas institucionais.

Ademais, a valorização que se tem em relação ao Direito Estatal, quanto ao processo e a decisão judicial, a pena, a segregação ou privação de liberdade do condenado, não possuem elementos comparativos pragmáticos no Direito Indígena. Isto porque os procedimentos punitivos (sanções) da esfera “penal” do Direito Estatal são desconhecidos da maioria dos sistemas jurídicos indígenas da América Latina. Incluso na própria lógica filosófica e cultural da cosmovisão indígena, compreende nesses casos, a valorização a restituição, a indenização, o restabelecimento da harmonia social e comunitária, em detrimento das punições físicas ou privação de liberdade do praticante dos delitos. (MOREIRA, 2010, p. 83).

Nos casos de homicídio, para a comunidade *Mbya*, o delito, em si, se encontra em segundo plano, pois a ação indesejada e reprovada pela comunidade revela uma desobediência a um plano espiritual-religioso (plano metafísico/cosmovisão) e, também social. Este fato “contamina”, de imediato, a comunidade, e se espalha como uma epidemia, assim, todos sofrem pelo “mal” causado (dano) e pelo causador do “mal”. A harmonia e o equilíbrio da comunidade são fortemente abalados, numa situação de homicídio. Para tanto, há a organização de um julgamento, o qual há a realização de uma assembleia para julgar aquele que rompeu com as regras estabelecidas oralmente. Considera-se este um julgamento com características holísticas, no qual diversas dimensões sociais, culturais e espirituais da comunidade se conectam. Durante o julgamento, que é conduzido pelas autoridades religiosa e política, os integrantes da comunidade manifestam-se com discursos, intercalados por rituais que fazem alusão aos valores comunitários. (MOREIRA, 2010, p. 106-107).

As penas aplicadas pelo Direito Indígena não encontram significado na aplicação da privação de liberdade para os seus infratores. O cárcere não representa o objetivo para com este sistema punitivo originário, pois para os povos indígenas a privação da liberdade significa mais sofrimentos, tristezas, o oposto do que se quer recuperar, por meio deste a harmonia comunitária. Os povos indígenas consideram que o cárcere não alivia a dor do ofendido e a reclusão penaliza também os parentes, amigos e a própria comunidade do ofendido. Na proposta indígena, o dano deve ser compensado ou reparado. (GUARTAMBEL, 2010, p. 249-250).

Conforme apontam os diversos estudos etnográficos e antropológicos realizados junto aos povos indígenas¹⁵⁶ originários latino-americanos, atualmente, nos casos de homicídio não ocorrem mais a aplicação da pena de morte, restando ainda a manutenção da pena de banimento. Destacando-se que não há, no Direito Indígena como no Direito Estatal, a positivação de determinadas condutas que são consideradas delituosas e, suas respectivas cominações punitivas. Isto em vista dos procedimentos, condução e término dos julgamentos que variam e necessitam ser avaliados no sentimento final de todos que dele fazem parte, incluso o sentimento final da comunidade em relação ao mesmo.

Ademais, outro elemento que completa a concepção do Direito Indígena como paradigma de pluralidade para o Direito contemporâneo, a partir de uma interculturalidade crítica à visão eurocêntrica cultural e reducionista latino-americana, é a matriz decolonialista. Deste modo, é necessário transcender e complementar a abordagem teórica libertária do pluralismo jurídico, por meio da categoria investigativa do pensamento crítico decolonial. (FAGUNDES, 2015, p. 719).

A proposta do projeto de pensamento crítico decolonial é articular algumas alternativas ou perspectivas que não sejam aquelas emanadas dos centros hegemônicos do poder, ou seja, conectadas com outras latitudes do globo unidas pelo passado histórico colonial e pelo presente de colonialidade, acaba emergindo

¹⁵⁶ Registra-se que estes povos apresentados pelos estudos são aqueles que possuem algum tipo de contato com os não indígenas. Aqueles povos indígenas que não efetivaram contato devem estar realizando os procedimentos de punição em relação ao homicídio com a pena de morte ou banimento. (MOREIRA, 2010, 107-108).

várias experiências locais e saberes culturais que foram encobertos pela modernidade. Esse intercâmbio de saberes ao confluir de forma plural, funda uma verdadeira universalidade – sem particularidade norteadora –, mas concretada no diálogo e na abertura epistêmica da pluralidade de possibilidades. (FAGUNDES, 2015, p. 721).

O pensamento decolonial propõe a reconfiguração de novas perspectivas de conhecimentos e experiências deslocadas das tradicionais dicotomias contaminadas pela modernidade. Desta maneira, todos os povos do planeta, com exceção daqueles relacionados a Europa ocidental e aos Estados Unidos da América, possuem um elemento em comum, ter que se relacionar, de forma diplomática ou por batalhas ou guerras com estas nações. Já a Europa ocidental e os Estados Unidos apresentam em comum uma história de mais de quinhentos anos de conquistas, invasões, exploração e perseguições, por meios diplomáticos ou batalhas militares e guerras em face do restante do planeta. (MIGNOLO, 2007, p. 33).

O gênese do pensamento decolonial é planetário e inclui indivíduos, movimentos sociais, instituições, entre outros, num foco de decolonização epistêmica, em razão das três ideologias seculares e imperiais da modernidade: conservadorismo, liberalismo e marxismo. A atualidade requer um pensamento decolonial que articule outras modalidades econômicas, políticas, sociais e jurídicas. (MIGNOLO, 2007, p. 45).

Quanto ao sistema jurídico latino-americano, o mesmo constitui-se como um dispositivo herdeiro da ordem social colonial conservadora, com objetivos de unificação nacional, com base em valores eurocêntricos. Assim, Mignolo aponta para novas formas de se constituir o conhecimento, por meio de um “outro” pensamento, em ruptura com o estabelecido ou imposto. (MIGNOLO, 2007, p. 45).

Portanto, a constituição de formas alternativas para a solução de conflitos, tendo os sistemas normativos indígenas como paradigma de pluralidade, está vinculada a um processo de diálogo intercultural, a partir de uma abordagem epistêmica decolonizadora. Isto porque o Direito estatal vigente opera unicamente na ótica de dominação e submissão ao Direito Indígena, inviabilizando qualquer alternativa de pluralidade jurídica.

4.4 DIREITOS INDÍGENAS COMO UMA NORMATIVIDADE QUE PRODUZ FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PARA A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO ESTATAL: EXPERIÊNCIAS PRÁTICAS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS EM COMUNIDADES INDÍGENAS

As evidências sociopolíticas têm demonstrado que há possibilidades de se repensar o sistema jurídico estatal contemporâneo a partir de uma nova reflexão sobre a capacidade deste garantir a coesão social e dar conteúdo social ao mundo jurídico é medida que se impõe. Discorrendo o entendimento de que novos sujeitos coletivos podem ser fonte de produção normativa e de novos meios de procedimentar as soluções de conflitos, tendo como diretriz a perspectiva de um pluralismo comunitário participativo como um referencial crítico transformador, constitui-se o espaço paradigmático para o Direito Indígena contribuir neste processo.

Nesse sentido, “as pesquisas antropológicas sobre resolução de conflitos têm demonstrado que cada cultura ou sociedade possui uma concepção própria de ordem social [...]”. (VERDUM, 2013. p. 33). Com isso, a possibilidade de análise em relação a outras formas de procedimentos para resolver os conflitos, bem como de novas alternativas de fontes de produção normativa, podem ser verificadas nos diversos povos indígenas que compõem o continente latino americano.

Entretanto, é necessário, inicialmente, compreender a base da crise paradigmática do Direito Estatal na América Latina, porque o mesmo, desde a sua constituição, esteve vinculado às estruturas de poder e desvinculado das práticas sociais e comunitárias. A sociedade, por meio de movimentos e manifestações diversas, busca conquistar e legitimar novos direitos voltados para a própria comunidade, independente de origem e vinculação. Todavia, estes novos direitos, mesmo que reconhecidos em normas programáticas, mas sem efetividade, fomentam as lutas e movimentos sociais em prol da concretização dos mesmos. (WOLKMER, 2018, p. 88).

Hay que comprender que la reinvención permanente de “nuevos” derechos, que asumen unas dimensiones individual, política y social, está directamente relacionada al grado de eficacia de una respuesta a la situación o condición de privación, negación o ausencia de “necesidades” fundamentales, “necesidades” configuradas como bienes que sirven para la satisfacción y realización de la vida humana. En la dinámica del espacio público cotidiano, matizado por contradicciones, rupturas y mutaciones, el proceso histórico interactúa constantemente con el núcleo representativo de las necesidades, los derechos y los conflictos. El lastre de contención de esos derechos está sedimentado en nuevos criterios de legitimación y de eficacia social, teniendo su razón de ser en la acción de identidades subalternas que, conscientes y movilizadas en un espacio cotidiano de conflictividad, reivindican, a través de formas múltiples de presión y luchas, la

*satisfacción de sus necesidades humanas fundamentales.*¹⁵⁷ (WOLKMER, 2018, p. 88).

Desse modo, se consolida na sociedade a luta por direitos, os quais, na realidade dos países latino-americanos, são considerados básicos¹⁵⁸ para a própria sobrevivência mínima de boa parte da população. As necessidades e privações impactam em uma série de demandas que tem como o horizonte objetivo a sua materialização no Direito Estatal. (WOLKMER, 2018, p. 88-89).

Com efeito, mesmo na visão do Estado Liberal monista e formal, o reconhecimento de desigualdades da democracia social exige posicionamento e ações por parte do Direito. No entanto, a lei não é aplicada a partir da abstração representada pelos problemas de igualdade formal e a substancial. Este dilema repercute na perda de legitimidade do sistema jurídico estatal e gera a descrença da sociedade em relação ao modelo jurídico institucionalizado. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 92).

No entanto, o centralismo jurídico estatal arquitetado para promover a gestão de conflitos de natureza individual e de âmbito, principalmente, civilista, se constitui como incapaz de resolver adequadamente os conflitos e demandas sociais. Os litígios que se propõe de esfera coletiva ou identificados a determinados grupos sociais não encontram respaldo no Direito Estatal. Esta ineficiência deste modelo dominante em conduzir o Direito se relaciona diretamente com estrutura da justiça estatal e a estrutura legislativa positiva vigente. (WOLKMER, 2018, p. 92).

La juridicidad de los regímenes de Seguridad Nacional juega un rol doble y paralelo dentro de una misma estructura orgánica, dando distinto tratamiento según esa relación jurídica de que se trate. Respecto a la relación Estado-individuo, en lo meramente político, desaparece el concepto de garantías individuales o derechos del hombre, que constituía el sello más amplio de la democracia liberal.

¹⁵⁷ Tradução livre: “Deve-se entender que a reinvenção permanente dos “novos” direitos, que assumem dimensões individuais, políticas e sociais, está diretamente relacionada ao grau de efetividade de uma resposta à situação ou condição de privação, negação ou ausência de “necessidades” fundamentais, “Necessidades” configuradas como bens que servem para a satisfação e realização da vida humana. Na dinâmica do espaço público cotidiano, nuançada por contradições, rupturas e mutações, o processo histórico interage constantemente com o núcleo representativo de necessidades, direitos e conflitos. O lastro de contenção desses direitos é sedimentado em novos critérios de legitimidade e eficiência social, tendo sua razão de ser na ação de identidades subalternas que, conscientes e mobilizadas em um espaço cotidiano de conflito, reivindicam, através de múltiplas formas de pressão e lutas, a satisfação de suas necessidades humanas fundamentais.” (WOLKMER, 2018, p. 88).

¹⁵⁸ Nesse sentido, destacam-se como necessidades básicas ou mínimas para uma vida digna na conjuntura social atual: o direito ao acesso a água tratada e encanada, a saúde e a educação de qualidade e gratuita; os direitos de igualdade para a mulher; o acesso as creches para os filhos das mães para estas poderem trabalhar; o direito aos povos indígenas as suas terras; o direito à propriedade coletiva dos quilombolas; o direito às minorias étnicas e dos refugiados; o direito à proteção das crianças e adolescentes; o direito à segurança pública; a necessidade de políticas públicas que promovam um desenvolvimento sustentável, harmônico e equilibrado; entre outros. (WOLKMER, 2018, p. 88-89).

Pero en las relaciones patrimoniales conservan el más puro concepto liberal, “regresando” a la más recalcitrante juridicidad sostenedora del “capitalismo manchesteriano”. En la relación política de la dicotomía Estado-individuo es remplazada por la identificación del individuo con el Estado. En el campo de las garantías individuales, la existencia real de esas garantías depende en definitiva de los gobernantes. Y en el campo de las relaciones patrimoniales retorna a las fórmulas jurídicas del liberalismo individual clásico¹⁵⁹. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 92).

O grande paradigma deste modelo estatal está relacionado à sua limitação em regulamentar somente conflitos individuais ou patrimoniais. As demandas de aspecto sociais e coletivas não encontram “eco” no modelo de estrutura jurídica vigente. Esta situação agrava, ainda mais, a situação social, já periclitante, em relação aos conflitos no campo e nos centros urbanos pelo direito a propriedade da terra e a moradia digna. (WOLKMER, 2018, p. 92).

Os bolsões de violência são impulsionados pela ausência de políticas públicas nas áreas de educação, assistência social, esporte, cultura e lazer, principalmente para crianças, adolescentes e jovens. Aliado aos problemas decorrentes das sucessivas crises econômicas do modelo capitalista vigente, que atingem os trabalhadores com menores salários, já desprotegidos pela redução de seus direitos trabalhistas, pelos baixos salários, pela falta de qualificação, têm no sistema jurídico estatal a expectativa de garantia e salvaguarda de seus direitos para a supressão destes problemas.

Dentro destas considerações, se percebem três atitudes do poder judicial:

a) Actuación tradicional a nivel dominante: en los conflictos colectivos patrimoniales, el poder judicial, a través de sus magistrados, se atiene pura y simple-mente a la aplicación de la legislación estatal oficial, determinando, cuando es solicitada, la concesión de la acción de reintegración de posesión al propietario y prescribiendo la expulsión de los invasores, utilizando, la mayoría de las veces, el órgano de la policía militar.

b) Actuación inoperante a nivel creciente: en cuanto a la ausencia y la poca eficacia del poder judicial, en los casos de conflictos por reivindicaciones de derechos a la tierra y al suelo urbano, de la ocupación o desocupación, se da a través de negociaciones por vía de la máquina administrativa. Frente a la incapacidad de la vía judicial, la resolución de los conflictos se realiza por el Estado-Administrativo, o sea, por la justicia administrativa que, en la intermediación entre las partes, define

¹⁵⁹ Tradução livre: “A juridicidade dos regimes de Segurança Nacional desempenha um papel duplo e paralelo dentro da mesma estrutura orgânica, dando um tratamento diferente de acordo com essa relação jurídica em questão. Quanto à relação Estado-indivíduo, no puramente político, o conceito de garantias individuais ou direitos humanos, que constituía o selo mais amplo da democracia liberal, desaparece.

Mas nas relações patrimoniais retêm o mais puro conceito liberal, “retornando” à juridicidade de apoio mais recalcitrante do “capitalismo manchesteriano”. Na relação política da dicotomia Estado-indivíduo, ela é substituída pela identificação do indivíduo com o Estado. No campo das garantias individuais, a existência real dessas garantias depende, em última análise, dos governantes. E no campo das relações econômicas retorna às fórmulas legais do liberalismo individual clássico.” (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 92).

los parámetros reales de la expropiación, indemnización, asentamiento o transferencia.

c) Actuación alternativa a nivel de excepción: por razones de relevancia pública y justicia social, el poder judicial opta por negar o no conceder la reintegración de la posesión, decidiendo favorablemente para los invasores desposeídos, reconociendo derechos frente a las carencias y las necesidades fundamentales. En las tres situaciones previstas, independientemente del resultado (expulsión, asentamiento o transferencia para otra área), se define, claramente, el cuadro de conflictos colectivos cotidianos articulados por movimientos sociales recientes que, excluidos y marginados del proceso sociopolítico, presionan, luchan y re-sisten por sus derechos a la tierra y a la vivienda. Tales identidades insurgentes consolidan, a partir de la transgresión y de la ruptura con lo legal instituido, los primeros indicios de una acción legitimadora de procedimientos de juris-dicción insurgente, independientes, no estatales y de una nueva legalidad que se instituye a partir de la fuerza espontánea del poder comunitario.¹⁶⁰ (WOLKMER, 2018, p. 101).

Nesse contexto, estas novas necessidades em relação aos problemas sociais e políticos postos promoveram o anseio das coletividades carentes de procedimentos e novas fontes e formas de produção normativas. Um pluralismo comunitário, participativo, crítico e transformador passa a incorporar direitos que não provêm do Estado e de nenhuma das suas respectivas instituições. Esse pluralismo emana de sujeitos coletivos históricos distintos, e como objeto desta pesquisa, destaca-se o Direito Indígena como um desses sujeitos a contribuir nesse processo.

Desse modo, o Direito Indígena está imbuído de uma cosmovisão de cunho filosófico e religioso, na qual perpassa uma dualidade harmônica, como o Sol (homem/pai) e a Lua (mulher/mãe) se complementam, mas sem perder suas individualidades (particularidades) e suas diferenças. Estes princípios de harmonia, equilíbrio, inter-relação entre homem, natureza e sociedade se estendem às condutas em comunidade. Como o conflito estabelecido entre as pessoas causa um desequilíbrio nesta inter-relação, a justiça indígena visa estabelecê-lo. O

¹⁶⁰ Tradução livre: “a) Ação tradicional no nível dominante: nos conflitos patrimoniais coletivos, o Poder Judiciário, através de seus magistrados, adere, pura e simplesmente, à aplicação da legislação estadual, determinando, quando solicitado, a concessão. da ação de reintegração de posse ao proprietário e prescrição da expulsão dos invasores, utilizando, na maioria das vezes, o corpo de policiais militares. b) Ação inoperante em um nível crescente: em termos de ausência e falta de eficácia do Judiciário, em casos de conflitos sobre reclamações de terras e direitos de terras urbanas, de ocupação ou desemprego, é dado por meio de negociações. através da máquina administrativa. Diante da incapacidade do processo judicial, a resolução dos conflitos é realizada pelo Estado Administrativo, ou seja, pela justiça administrativa que, na intermediação entre as partes, define os parâmetros reais da expropriação, indenização, pagamento ou transferência. c) Ação alternativa no nível da exceção: por razões de relevância pública e justiça social, o Judiciário opta por negar ou não a reintegração de posse, decidindo favoravelmente por invasores despossuídos, reconhecendo direitos contra necessidades e necessidades fundamentais. Nas três situações esperadas, independentemente do resultado (expulsão, assentamento ou transferência para outra área), o quadro de conflitos coletivos cotidianos articulados por movimentos sociais recentes que, excluídos e marginalizados do processo sócio-político, deprimem, lutam e redefinem - Eles atendem por seus direitos à terra e à moradia. Essas identidades insurgentes consolidam, a partir da transgressão e da ruptura com a legalidade estabelecida, os primeiros indícios de uma ação legitimadora de procedimentos jurisdicionais insurgentes, independentes, não-estatais e de uma nova legalidade que é instituída a partir da lei. força espontânea do poder da comunidade.” (WOLKMER, 2018, p. 101).

objetivo do sistema jurídico indígena, portanto, passa a ser a restauração desse equilíbrio. Dessa forma, a autoridade indígena passa a desempenhar a função de conciliador ou, até mesmo árbitro, com deveres e características a cumprir como: “[...]honestidade, imparcialidade, sabedoria, legitimidade e reconhecimento moral, habilidades sociais e comunicativo, e a gestão de técnicas persuasão e conciliação.” (BARIÉ, 2008, p. 113).

Entretanto, o Direito Indígena apresenta algumas características básicas que norteiam o processo de administração da justiça indígena, conforme se verifica abaixo:

- *Integralidad: al analizar el conflicto, no se revisa sólo los hechos, sino también el entorno, la familia y los antecedentes personales.*
- *Comunitario y público: la comunidad juega un papel importante, ya que los asuntos conflictivos son presentados y comentados en una asamblea o reunión general. El proceso de perdón y resarcimiento sucede frente a los ojos de todos, lo que le otorga más valor y sostenibilidad.*
- *Armonía y equilibrio: el restablecimiento de la armonía -no el castigo son el fin último de la justicia.*
- *Oralidad y celeridad: el proceso de administración de justicia, generalmente, es oral y no escrito, aunque al firmarse un acuerdo, puede haber un acuerdo escrito y un acto público. El procedimiento resulta muy rápido en comparación con cualquier juicio ordinario.*
- *Reconciliación: la justicia comunitaria pone énfasis en la reconciliación, el restablecimiento de las relaciones entre las partes (si es posible).*
- *Restitución: el delincuente tiene que recuperar el daño causado, por ejemplo, devolviendo el ganado que ha robado.*
- *Dinamismo: por el hecho de que el derecho indígena no está escrito y por su característica oral, es dinámico y se adapta a muchas situaciones posibles. No hay "asuntos pendientes por falta de legislación"¹⁶¹. (BARIÉ, 2008, p. 113).*

Dessa forma, os preceitos do Direito Indígena, descritos acima, por meio do diálogo intercultural, com base no pluralismo comunitário participativo, podem reconfigurar determinados procedimentos do Direito Estatal. Isto porque as características positivistas que moldaram e ainda influenciam o Direito Estatal estão postas há mais de dois séculos. Porém, neste período o a justiça estatal esteve distante da vontade popular, alijada de qualquer contato

¹⁶¹ Tradução livre: “• Integralidade: ao analisar o conflito, não apenas os fatos são revisados, mas também o ambiente, a família e o histórico pessoal. • Comunidade e público: a comunidade desempenha um papel importante, uma vez que questões conflitantes são apresentadas e discutidas em uma assembleia geral ou reunião. O processo de perdão e compensação acontece na frente dos olhos de todos, o que lhe dá mais valor e sustentabilidade. • Harmonia e equilíbrio: a restauração da harmonia - não a punição era o fim último da justiça. • Oralidade e velocidade: o processo de administração da justiça é geralmente oral e não escrito, embora quando um acordo é assinado, pode haver um acordo por escrito e um ato público. O procedimento é muito rápido comparado a qualquer teste comum. • Reconciliação: a justiça comunitária enfatiza a reconciliação, restaurando as relações entre as partes (se possível). • Restituição: o infrator deve recuperar o dano causado, por exemplo, devolvendo o gado que ele roubou. • Dinamismo: devido ao fato de que a lei indígena não é escrita e por suas características orais, é dinâmica e se adapta a muitas situações possíveis. Não há "questões pendentes devido à falta de legislação". (BARIÉ, 2008, p. 113).

e acesso a população. Partindo de um pressuposto fundamental e basilar da aplicação do direito de forma rígida aos moldes da lei. A lei que de forma “mítica” expressa a vontade popular.

Ante o contexto da falibilidade e crise do sistema jurídico estatal para resolver os conflitos em sociedade, bem como os altos índices de insatisfação das partes para com a condução e resultados do processo, independentemente do resultado da sentença, a morosidade da justiça, a característica beligerante do processo, entre outros, desenvolveram-se meios alternativos de solução de conflitos. Dessa forma, o Direito Indígena tem utilizado o sistema normativo de resolução de conflitos na aplicação do seu sistema jurídico e tem alcançado importantes resultados e satisfação dos envolvidos nos países onde ele foi implantado. Um elemento crucial neste sucesso, dentre os as diversas variáveis envolvidas, está o estabelecimento de um profícuo diálogo intercultural entre os sistemas jurídicos indígena e estatal.

Portanto, um uso alternativo do Direito, a partir de elementos de um pluralismo jurídico transformador e emancipatório, o qual constitui as diversas ações encaminhadas para que toda a juridicidade¹⁶² seja colocada à disposição da sociedade, principalmente daqueles que mais precisam dela em relação às políticas públicas estatais. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p. 100).

Este Direito, reconfigurado sobre os aspectos do pluralismo jurídico e, também, decolonizado, partirá das necessidades emergenciais, justas e latentes na sociedade, entre elas se destacam:

- a. Derecho a satisfacer las necesidades existenciales: alimentación, salud, agua, aire, seguridad, etc.;*
- b. Derecho a satisfacer las necesidades materiales: derecho a la tierra (derecho de posesión, derecho de los sin tierra), derecho al agua, derecho a la habitación y a la vivienda (derecho al suelo urbano, derecho de los sin techo), derecho al trabajo, al salario, al transporte, a guarderías infantiles, etc.;*
- c. Derecho a satisfacer las necesidades sociopolíticas: derecho a la ciudadanía en general, derecho a la participación, derecho de reunión, de asociación, de sindicalización, de desplazamiento, etc.;*
- d. Derecho a satisfacer las necesidades culturales: derecho a la educación, derecho a la libertad de credo y de religión, derecho a la diferencia cultural, derecho al ocio, etc.;*
- e. Derecho a satisfacer las necesidades difusas: derecho a la preservación ecológica, derecho de protección al consumo, etc.;*
- f. Derecho de las minorías y de las diferencias étnicas: derecho de la mujer, derecho de los afrodescendientes, de los pueblos originales, de los migrantes de los*

¹⁶² Compreenda-se juridicidade, neste momento, como normatividade, direitos subjetivos ideias e concretizações de justiça.

*refugiados, de los mestizos, de los homosexuales, del niño y del adulto mayor.*¹⁶³
(WOLKMER, 2018, p. 138-139).

Para ilustramos a presente pesquisa realizou-se coleta de casos que configuram formas alternativas de solução de conflitos, ocorridas em comunidades indígenas e catalogadas conforme indica a metodologia antropológica e etnológica para os devidos casos.

As experiências consistem em três situações, a primeira é narrada a partir dos dados obtidos junto a União de Organizações Campesinas e Indígenas de *Cotacachi* - Unorcac¹⁶⁴, sobre casos de mediação comunitária, em conflitos entre lindeiros. O segundo, versa sobre um caso de abuso sexual, para a constatação de que os sistemas jurídicos indígenas também possuem seus métodos e procedimentos que podem ser o que para os não indígenas é chamado de Direito Penal. Finalmente, tem-se o caso de uma experiência, no Brasil, de “constituição” de um sistema jurídico em uma comunidade indígena.

¹⁶³ Tradução livre: “a. Direito de atender necessidades existenciais: alimentação, saúde, água, ar, segurança, etc. ; b. Direito de atender às necessidades materiais: direito à terra (direito de posse, direito dos sem-terra), direito à água, direito à moradia e moradia (direito à terra urbana, direito dos sem-teto), direito ao trabalho, para salário, transporte, puericultura, etc.; c. Direito de atender às necessidades sócio-políticas: direito à cidadania em geral, direito à participação, direito à reunião, associação, sindicalização, deslocamento, etc.; d. Direito de atender às necessidades culturais, direito à educação, direito à liberdade de crença e religião, direito à diferença cultural, direito ao lazer, etc.; e. Direito a atender necessidades difusas: direito à preservação ecológica, direito à proteção do consumidor, etc.; f. Lei das minorias e diferenças étnicas: o direito das mulheres, os direitos dos afrodescendentes, povos originários, migrantes de refugiados, mestiços, homossexuais, crianças e idosos.” (WOLKMER, 2018, p. 138-139).

¹⁶⁴ “*La Unión de Organizaciones Campesinas e Indígenas de Cotacachi, UNORCAC, es una organización de segundo grado, reconocida jurídicamente desde abril de 1980 y con jurisdicción territorial en el cantón de Cotacachi, provincia de Imbabura en Ecuador. Agrupa a 43 comunidades de la zona andina, 2 organizaciones de base de la zona subtropical y diversos grupos organizados a nivel comunitario e intercomunal constituidos por mujeres, jóvenes, grupos culturales, deportivos, productivos, comités de micro cuencas, cajas de ahorro y crédito, profesores ambientalistas, juntas de agua, etc. El accionar de UNORCAC se centra en la reivindicación de la justicia social, ecológica y económica para las comunidades campesinas e indígenas, apuntando hacia la construcción colectiva del “Buen Vivir” o “Alli Kawsay”. Para ello realizan actividades de incidencia política en pro de los derechos indígenas, capacitación y fortalecimiento de las organizaciones y liderazgos locales y promoción del desarrollo con identidad cultural y territorial. Desde hace algunos años, la UNORCAC ha implementado la mediación comunitaria como método para resolver conflictos territoriales en y entre las comunidades que agrupa. A través del Centro de Mediación y los mediadores comunitarios la organización es llamada a intervenir como un tercero neutral en los conflictos facilitando la generación de consensos y la construcción de acuerdos em torno a la tierra.*” (UNORCAC, 2008).

4.4.1 A experiência do Centro de Mediação Comunitária: os casos da família *Guaján* e *Lanchimba*.

O primeiro caso consiste na disputa de propriedade de terras entre duas famílias, a *Guaján Tambaco* e a *Lanchimba*, ambas pertencentes a uma comunidade de *Cotacachi*¹⁶⁵, área rural e, também, de proteção ambiental, ocupada por indígenas e camponeses. O conflito de terras é comum nessa região, tendo em vista o processo de ocupação dessas áreas ao longo dos séculos, aliado a perseguição e expulsão dos indígenas no período colonial. Posteriormente, a exploração dos camponeses e indígenas se deu por latifundiários, grileiros e políticos corruptos. Atualmente o agronegócio¹⁶⁶ disputa espaço territorial com as comunidades indígenas e tradicionais por meio da forma de cultivo, especulação imobiliária, pressão política, entre outros.

A disputa se iniciou entre as duas famílias, após um processo de sucessão hereditária, no qual os direitos de propriedade dos herdeiros não ficaram bem definidos. O conflito se desencadeia quando alguns herdeiros decidem vender suas partes do terreno e verificam que as escrituras não compactuam com as divisões dos imóveis na prática. A situação é submetida ao sistema jurídico estatal equatoriano, o qual após 10 anos de disputas judiciais, com despesas em torno do processo, manutenção do imóvel, tempo envolvido das partes, não obteve resultados.

Nesse ponto, as partes envolvidas decidem solicitar a mediação pela Unorcac para o conflito de terras instaurado há mais de dez anos entre as duas famílias. A partir de então, a mediação proposta, pelos mediadores da Unorcac, cria espaços de diálogos e encontros entre as famílias para a formação de um ambiente de convívio e abertura para acolhimento de um possível acordo sobre a propriedade da terra.

A mediação ocorre, principalmente, pelo “despertar” da vontade das partes, mediada pelos colaboradores da Unorcac. O método empregado que deu fim a uma disputa judicial que já somava 10 anos (1990-2000) levou em consideração as características do Direito Indígena, tais como: integralidade, senso comunitário de pertencimento, reconciliação, oralidade,

¹⁶⁵ “A área andina de Cotacachi é o território onde povo *Kichwa* está localizado. Compreende quatro zonas agroecológicas, além da Reserva Ecológica Cotacachi-Cayaparc. As comunidades da área andina de Cotacachi têm um forte relacionamento com a *Pacha Mama* e seus elementos Sua cultura se origina e se recria, a partir de suas práticas agrícolas diárias, de preservação dos recursos naturais, saúde, ritualidade e espiritualidade. Esta cultura foi preservada ao longo da história das comunidades e sua passagem pelo domínio das curacas, incas e espanhóis. O eixo de sua constituição identitária é sua relação com o território e seus antepassados, relação que é recriada e atualizada nas celebrações comunitárias.” (UNORCAC, 2008).

¹⁶⁶ O agronegócio utiliza nas suas plantações sementes geneticamente modificadas, pratica o uso demasiado de água e do solo, o trato ao meio ambiente e o intenso uso de defensivos agrícolas, entre outros.

dinamismo, entre outros. A presente experiência demonstra como as formas alternativas de solução de conflitos podem atuar em benefício da sociedade como opção a via estatal.

*La acción de los mediadores comunitarios y la Defensoría del Pueblo Indígena ha permitido avanzar significativamente en la resolución de conflictos sobre territorios comunitarios e individuales, através del desarrollo de una metodología de intervención que combina los usos, costumbres y normas consuetudinarias de las culturas indígenas, con el marco legal vigente en materia de tierras en Ecuador.*¹⁶⁷(ILC, 2019, p. 23).

A mediação comunitária destacada no presente caso, além de promover os valores já citados, potencializou o sentimento de segurança territorial das demais comunidades indígenas vizinhas. Nos registros da mediação, em comento, os protagonistas da experiência destacaram o contexto indígena e rural, em relação ao órgão que lhes acolheu, bem como as autoridades envolvidas. Há que se destacar a importância e relevância do envolvimento das equipes da Unorcac que disponibilizam às comunidades a formação de mediadores para que possam atuar nas suas realidades, ou quando necessário irem para outras comunidades, mas de mesmo caráter.

Nesse sentido, a Unorcac desenvolveu quatro elementos principais para a aplicação da metodologia de mediação comunitária, a saber: a formação e credenciamento de mediadores comunitários; a aplicação da metodologia de mediação nas comunidades; a avaliação e o monitoramento; a promoção de ações para prevenir o surgimento de novos conflitos semelhantes aos já mediados. Assim, a formação e o credenciamento de mediadores comunitários consistem, primeiramente, na realização de cursos de capacitação com o objetivo de se apropriarem dos elementos fundamentais da lei de mediação e resolução de conflitos. Os cursos foram desenvolvidos pela Universidade Católica de Quito. As comunidades indígenas e tradicionais elegeram ou indicaram seus representantes, conforme seus costumes e tradições, para participarem da formação de mediadores. Todos os mediadores que passaram pelo curso foram inscritos no Conselho Nacional da Justiça equatoriana. (ILC, 2019, p. 23).

¹⁶⁷ Tradução livre: “A ação dos mediadores da comunidade e da Defensoria Pública do Povo Indígena permitiu um progresso significativo na resolução de conflitos sobre territórios comunitários e individuais, através do desenvolvimento de uma metodologia de intervenção que combina os usos e práticas, costumes e normas costumeiras das culturas indígenas, com o atual marco legal em matéria de terras no Equador.” (ILC, 2019, p. 23).

No entanto, a aplicação da metodologia de mediação nas comunidades indígenas e tradicionais, não possui somente a Lei de Arbitragem e Mediação como fundamento, mas também basea-se em elementos intrínsecos da cultura indígena. Assim, é estabelecida uma metodologia flexível, construída e moldada para o momento, por meio do diálogo intercultural entre os sistemas normativos e da valorização do conhecimento e das normas próprias de cada comunidade. (ILC, 2019, p. 24).

A grandes rasgos, los pasos para la mediación comunitaria consisten en que:
i) se reúne a todos los actores involucrados en el conflicto,
ii) se hace conocer la ley de la mediación, como método alternativo para resolver los conflictos, se fundamenta su validez jurídica y se valida con los actores el empleo de este método,
iii) se escucha a cada parte y cada uno presenta sus demandas y una propuesta de solución,
iv) el mediador interviene como un tercero neutral evaluando las posturas desde los fundamentos jurídicos y consuetudinarios,
*v) luego se eleva acta y las partes firman el acuerdo*¹⁶⁸. (Grifo nosso). (ILC, 2019, p. 24).

A aplicação do método da mediação possibilita chegar a soluções parciais ou integrais. Na concepção do direito originário dos povos indígenas busca-se “que todos vivam em paz”, por meio de um procedimento de diálogo que visa estabelecer perguntas, dúvidas e verdades de todas as partes envolvidas. Um processo que requer do mediador e das partes envolvidas paciência, vontade e um diálogo livre e voluntário. (ILC, 2019, p. 24).

Um terceiro elemento que constitui o processo para a aplicação da metodologia de mediação comunitária, estabelecido pela Unorcac, é a prática da avaliação e monitoramento. Tal procedimento tem como objetivo a possibilidade de trocas de experiências em relação a resultados. (ILC, 2019, p. 24).

Como quarto e último elemento para a consolidação da mediação estabelecida, tem-se a promoção de ações para prevenir o surgimento de novos conflitos semelhantes aos já mediados. Na questão de disputa de terras, por exemplo, a partir dos dados colhidos nas mediações realizadas desenvolveu-se um projeto de legalização de terras em *Cotacachi*. O projeto reduz os custos de obtenção da titulação dos imóveis, por exemplo, como forma de legalizar as áreas, evitando disputas judiciais. (ILC, 2019, p. 24).

¹⁶⁸ Tradução livre: “De um modo geral, os passos para a mediação comunitária são: i) reunir todos os atores envolvidos no conflito, ii) reconhece-se a lei da mediação, como um método alternativo para resolver conflitos, é baseada sua validade legal e o uso deste método é validado com os atores, iii) ouve-se cada parte e cada um apresenta suas demandas e uma proposta de solução, iv) o mediador intervém como um terceiro neutro que avalia as posições dos fundamentos legais e consuetudinários, v) as atas e as partes assinam o acordo.” (Grifo nosso). (ILC, 2019, p. 24).

Dessa forma, os mediadores são indígenas e agregam ao seu espaço de atuação elementos, intrínsecos à cultura das partes que estão envolvidas no caso, propiciando já num primeiro momento a segurança e confiança em todos os envolvidos. Isto propicia credibilidade ao processo de realização e avanço da mediação, com autonomia e identidade cultural. O espaço, naquele momento do ato de mediar pertence àquelas partes e seus mediadores envolvidos, e junto a eles estão todos os membros da comunidade, os antepassados, o próprio meio ambiente, apenas pelo senso de integração e comunitarismo presente.

4.4.2 Análise do caso de abuso sexual e estupro na Comunidade Indígena Josefina (Kayambi)¹⁶⁹

A Comunidade Indígena Josefina, integra o território do povo indígena *kayambi*, da Freguesia de *Cnagahua*, Província *Pichincha*, no Equador. Esta comunidade indígena integra a Confederação do Povo *Kayambi*, a qual promove a autodeterminação de suas comunidades integrantes para a organização de procedimentos próprios e aplicação de normas do Direito Indígena.

A aplicação normativa e a organização do sistema jurídico indígena está prevista na Constituição do Equador de 2008 vigente, conforme o disposto no artigo 192, n. 4, o qual estabelece que “[...] as autoridades dos Povos Indígenas exercerão funções da justiça, aplicando normas e procedimentos próprios para a solução de conflitos internos em conformidade com os seus costumes ou direito consuetudinário”. (EQUADOR, 2008).

O caso em comente se refere a uma situação de abuso sexual a uma mulher (Felisa), por mais de 10 anos, o qual era praticado pelo vizinho que a perseguia e a ameaçava, mas que culmina numa situação de estupro. Felisa comunica os líderes da comunidade sobre os abusos, agressões e maus tratos que vinha recebendo, bem como o estupro que havia ocorrido.

La mal vista siempre fui yo. Nunca levieron mal a él. Quisiera que me ayuden porque yo ya no quiero que esto siga así. El último día que me pegó yo regresaba de la reunión a mi cuarto y me acerqué a prender la televisión para apagar la luz, y como en sueños me acuerdo que recibí un puñete y al suelo, y como que quise

¹⁶⁹ Povo *Kayambi*, com uma população estimada em 120.000 habitantes. “*Su lengua principal es el Kichwa, se dedican a la producción agrícola de maíz, trigo, papa, cebada, oca, melloco, zambo y zapallo, la ganadería y la artesanía. Otra fuente de ingresos de este pueblo es el turismo, sobresaliendo las Ruinas de Cochasquí, Puntiatzil, Pucará, Quito Loma, Culebra Rumi, El Linchero, lugares en los cuales logran vender una parte de sus artesanías.*” (ETNIAS DO EQUADOR, 2019).

reaccionar y gritar y me cogió y me botó al medio cuarto y cuando reaccioné me fui a avisar a mi Hermano pero ese día no se pudo hacer nada. Y si avisaba me amenazó a matar y yo digo, mis hijos se van a quedar solos si a mí me pasa algo y me dice a mí qué me importa. (BARIÉ, 2008, p. 113).

A liderança indígena considera o caso de extrema gravidade e o encaminha para a Assembleia Geral regional, uma instância regional superior indígena. É realizada uma audiência pública com a participação da vítima, do acusado e de seus familiares, testemunhas e outras pessoas da comunidade. Nesse ponto, destaca-se a primazia do Direito Indígena, em envolver no processo de instrução, não apenas as partes e “autoridades”, mas todos os que são afetados de forma direta ou indireta pelos fatos.

Desse modo, após as falas da vítima, das testemunhas e do acusado, a comunidade se manifesta. O acusado ao final deste procedimento e perante toda a comunidade, lideranças, familiares da vítima e seus, presentes na Assembleia, reconhece as acusações como procedentes e lamenta os danos e traumas provocados.

A Assembleia, ao final, acolhe a confissão do infrator e determina a sua decisão, já identificando a pena, com o banimento do mesmo da comunidade, a entrega¹⁷⁰ dele à jurisdição da justiça estatal, o pagamento mensal (pensão alimentícia) para os seus filhos e a declaração de que nunca mais agredirá Felisa. A comunidade indígena e seus respectivos líderes, das partes, ficam com a responsabilidade da garantia do cumprimento da decisão. Em caso de possível reincidência, a Assembleia decidiu que o condenado deverá ser encaminhado para a jurisdição estatal, pois não irá mais integrar a própria etnia. O implicado é levado para se manifestar perante a Assembleia, o qual relata ter aceitado voluntariamente a decisão e que irá se comprometer a cumprir a mesma, e pede perdão a Felisa e a família dela, bem como a sua própria família e comunidade afetados. (BARIÉ, 2008, p. 113-114).

O presente caso aborda uma questão de violência sexual grave, a qual inclusive perdura no tempo. Entretanto, os elementos presentes para a condução do processo e aplicação do Direito, demonstram componentes da Justiça Restaurativa, por exemplo, da própria ideia de celeridade processual, de características retributivas, de sentimento de pertença e integração de todos os envolvidos, mais parentes e comunidade na solução dos fatos.

¹⁷⁰ Nos casos de crimes que envolvam violência sexual, estupro, homicídios, lesões corporais graves, sequestros, entre outros, por deliberação, Confederação do Povo Kayambi, os condenados por estes atos são encaminhados para o sistema jurídico estatal, mas não os isentando do cumprimento das decisões e sanções do sistema jurídico indígena.

4.4.3 A Experiência da Construção do Sistema de Justiça Indígena *Xukuru* de Ororubá

A Comunidade indígena *Xukuru*, conforme já descrito, localiza-se no Estado de Pernambuco, Brasil, tem desenvolvido e aplicado seu sistema jurídico próprio para a resolução interna de conflitos. Considerando que apesar da Constituição brasileira de 1988, não configurar o Brasil, num dos ciclos de reformas constitucionais mais avançados, em relação a questão pluralista no continente latino americano, conforme o disposto na Tabela I, é garantido aos povos indígenas em seu território, segundo os artigos 231 e 232, da CFB, a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Dessa forma, o desenvolvimento e a prática da comunidade *Xukuru*, em relação a um sistema jurídico próprio, remonta ao seu processo de demarcação e reassentamento de suas terras, ocorrido nas décadas de 80 e 90, aliado a participação e apoio do Conselho Indigenista Missionário. (LOBÔ, 2017, p. 142-143).

A reorganização social realizada devido a demarcação de suas terras promoveu a constituição de uma novos espaços políticos e religiosos, com a criação de um Conselho de Representantes, composto pelos líderes de todas as aldeias do território. O conselho tinha como objetivo inicial analisar e resolver as dificuldades enfrentadas em cada aldeia, devido ao processo de demarcação das terras. O Conselho nomeava um cacique que se responsabilizava pelos encaminhamentos das decisões do Conselho e unificava as demandas de toda a comunidade de aldeias. Conforme é possível verificar nos relatos do “pajé Zequinha” ao descrever seu diálogo com o então cacique (Xikão):

“Pajé quando essa terra tiver toda nas nossas mãos, como é que nós vamos fazer?”. Eu digo, Xikão, é muito fácil. Ele disse: é muito fácil, mas como? Aí eu disse, três coisas: trabalhar, morar e criar, por que ninguém tem nada, todo mundo tem e ninguém tem nada. Xikão, se nós destrinchando um pedacinho de terra pra cada um vai ser a mesma coisa ou pior, por que eles vão vender e nós fazendo isso aí ninguém pode vender. Ele disse: você pensou numa ideia boa. Eu disse: você tira desse pessoal aonde tem esses lotes, que venderam tudinho, e depois vai fazer de novo. Ele disse: é mesmo, mas e agora, pra nós dois resolver, nós dois resolver essa comunidade todinha? Eu disse é fácil, é em cada setor nós botar um Representante em cada setor, aqui que nós estávamos, em Pedra D’Água, Canabrava, Brejinho, em todo o canto um Representante, por que nós não pode ir lá diariamente e esse Representante que está lá, está vendo seu povo, conversando com seu povo, saber o que eles querem e depois esse Representante chega até nós e nós vamos resolver. Ele disse: nós dois? Eu disse não, agora nós vai fazer uma Comissão Interna por que no meio dessa Comissão é que vai saber o que vai fazer, como é que vai fazer, aonde é que se vai trabalhar, onde que vão criar, onde é uma morada. É muito fácil, mas não destrinchando por que destrinchando vai ficar a mesma porcaria ou pior. Aí ficou, trabalhamos muito, levantamos a Comissão e eram doze homens, que eram os mais velhos, que era pra ter uns conselhos pra dar, pois Xikão morreu e tem a Comissão até hoje. (LOBÔ, 2017, p. 144-145).

Nesse sentido, o processo de delimitação do território tradicional promoveu a constituição do sistema jurídico indígena da comunidade *Xukuru*. As instâncias de poder foram reconfiguradas e passaram das figuras do cacique, pajé e três representantes indicados pela FUNAI, para a constituição de uma Comissão Interna e do Conselho de Lideranças. (LOBÔ, 2017, p. 147).

Um representante do Conselho das Lideranças, a época, relata o processo:

A liderança que também era Representante da aldeia onde mora, tentava organizar a comunidade e qualquer problema que acontecesse na comunidade e que fosse pra que o grupo maior resolvesse alguma coisa, esse Representante levaria mensalmente para a reunião do grupo maior que seria a liderança. Briga através de cachaça, até brigas conjugais eram levadas pra reunião, qualquer tipo de confusa e, dependendo da gravidade da situação, era solicitado que a pessoa sai da área indígena (LOBÔ, 2017, p. 148).

Assim, os membros da comunidade passaram a ter a sua disposição um espaço interno, para a resolução de conflitos, que conduzia seus procedimentos conforme os preceitos tradicionais da cultura dos *Xukuru*.

Enquanto narrativa de situações fáticas analisadas pelo sistema jurídico da comunidade em questão, a bibliografia aponta duas situações, a primeira de um adolescente que cometeu furtos em determinadas aldeias e regiões vizinhas às terras indígenas e um envolvimento de um indígena numa tentativa de homicídio contra o cacique, a época *Xicão*. Nos dois casos os procedimentos avançados seguiram os ritos de chamamento das partes, realização de cerimônias e Assembleia para a apreciação dos casos e aplicação das decisões. No caso dos furtos realizados pelo adolescente, a família foi toda envolvida na composição da solução do conflito, com vias de restabelecer a harmonia da comunidade. A própria Assembleia aceitou a disponibilização pela FUNAI de uma psicóloga para auxiliar a família e o adolescente nas orientações para superação do fato. (LOBÔ, 2017, p. 150-151).

Quanto o caso do indígena no envolvimento na tentativa de homicídio ao cacique, após toda a condução do processo de mediação das partes envolvidas, a Assembleia decidiu pelo banimento do agressor, o que foi realizado. No entanto, posteriormente, por ação judicial¹⁷¹ foi decidido pela reintegração do mesmo à comunidade. Este caso destaca a diferença entre os dois sistemas jurídicos estatal e indígena. Isto porque o sistema indígena visa o restabelecimento da harmonia do grupo e a construção de uma decisão coletiva, já o sistema estatal prevê o aspecto punitivo à conduta ilícita realizada.

¹⁷¹ (Cf. APELAÇÃO CÍVEL (AC) Nº 410210/PE (2004.83.00.011425-4), Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro, Tribunal Regional Federal da 5ª. Região).

Portanto, as narrativas das experiências da comunidade *Xukuru* na constituição de seu próprio sistema jurídico, com base na sua cultura tradicional, e sua forma de funcionamento, denotam o aspecto pluralista em relação a produção de normas jurídicas, bem como a elaboração de formas alternativas de solução de conflitos desta comunidade.

4.4.4 A constituição do primeiro polo de conciliação e mediação indígena do Brasil

No estado brasileiro de Roraima¹⁷² foi implantado desde o ano de 2015, o Polo Indígena de Conciliação Maturaca, localizado na Terra Indígena Raposa Serra do Sol. O estado de Roraima possui 49.637 habitantes autodeclarados indígenas, sendo o quinto estado com a maior população indígena do Brasil. (IBGE, 2012, p. 11).

A Terra Indígena Raposa do Sol, possui uma população de 23.119¹⁷³ indígenas, os quais estão distribuídos nas seguintes etnias: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapixana e Taurepang. Destaca-se que o processo de demarcação da referida terra indígena iniciou em 1984 e alcançou sua homologação em 2005, após um amplo período de conflitos e disputas, em virtude da exploração por garimpos e madeireiras nesta mesma área.

Nesse sentido, a iniciativa pioneira do Tribunal de Justiça de Roraima (TJRR), na implantação do respectivo polo de conciliação em terras indígenas, promoveu a formação de 16 conciliadores indígenas até o ano de 2018. Estes conciliadores indígenas foram capacitados pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do tribunal, conforme a Política Nacional de Conciliação, estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2010, por meio da Resolução CNJ n. 125. Entre os conciliadores estão indígenas que também desempenham as atividades de professores, agentes de saúde e lideranças das comunidades que pertencem a diversas etnias da Terra Indígena Raposa do Sol. (CNJ, 2018).

Ademais, o TJRR estabeleceu que os termos de conciliação homologados no Polo Indígena de Conciliação Maturaca são redigidos na língua originária das partes. Tal medida, segundo o tribunal visa “valorizar a cultura dos povos indígenas brasileiros”, bem como

¹⁷² “O nome do estado de Roraima origina-se das palavras *roro* e *imã*; No idioma Yanomami *roro* significa verde, e *imã* quer dizer serra, monte, formando serra verde, refletindo o tipo de paisagem natural encontrada na região do Monte Roraima, um dos símbolos do Estado. O estado de Roraima ocupa uma área de 224.298,980 km². Limita-se a norte com a Venezuela e a República da Guiana, ao sul com o Estado do Amazonas, a leste com a Guiana e o Estado do Pará e a oeste com a Venezuela e o Estado do Amazonas. [...] Em 1943 o território federal de Roraima, foi desmembrado das terras do estado do Amazonas, e apenas em 1988, com a nova Constituição Brasileira, passa à condição de estado de Roraima.” (IBGE, 2009, p. 07-08).

¹⁷³ (ISA, 2015).

promover a inclusão e compreensão das partes em relação aos procedimentos jurídicos e direitos envolvidos. (CNJ, 2018).

Conforme o TJRR, de setembro de 2015 a novembro de 2018, foi realizado mais de 400 acordos no polo indígena de conciliação. Os atendimentos envolvem situações como “cobranças, violência doméstica, lesão corporal, desavenças causadas pelo uso de consumo de álcool e drogas”, entre outras. Os casos, em sua maioria, se encerram com o acordo de conciliação. Os percentuais pelo não cumprimento dos acordos é baixa, sendo que o polo indígena apresenta um índice de solução de acordos de 85%. (CNJ, 2018).

A demanda para a implantação do Polo Indígena de Conciliação Maturaca foi originada, a partir do envolvimento do Conselho Indígena de Roraima (CIR), junto com o Ministério Público do Estado de Roraima, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e as principais lideranças da Terra Indígena Raposa do Sol. Os apontamentos das comunidades indígenas referiam-se “[...] a questão de como vem ocorrendo os julgamentos dos povos indígenas pelo Poder Judiciário brasileiro.” (MODERNELL; ROSA; SILVEIRA, 2017, p. 05).

Isso porque as disputas judiciais persistem influenciadas pelos direitos individuais, o que restringe os direitos coletivos dos índios e demais povos tradicionais, não somente no que diz respeito à sua terra e ao seu território, mas, sobretudo, com relação aos seus direitos territoriais, o que engloba a sua dignidade e autodeterminação. Ou seja, não há um movimento articulado dos representantes do Estado Nacional brasileiro em aceitar essa espécie de “jurisdição consuetudinária indígena”⁶, resolvendo-se estes casos dependendo da disposição e sensibilidade hermenêutica de cada um dos atores jurídicos envolvidos nestes processos. Inúmeras vezes, não apenas em Roraima, mas praticamente em todo território brasileiro o Poder Judiciário e o Ministério Público - Federal e Estadual – principais receptores das demandas indígenas, olvidam-se que essas comunidades se regem por um ordenamento jurídico interno, baseado em seus costumes e tradições, distinto do ordenamento jurídico nacional. (MODERNELL; ROSA; SILVEIRA, 2017, p. 06).

A morosidade processual nas questões que envolvem as comunidades indígenas, também foi elemento de questionamento e reivindicação das lideranças indígenas que levaram a instalação do polo de conciliação. Isto porque as demandas e conflitos que envolvem indígenas acabam por ter necessidade de envolvimento de entidades e segmentos públicos diversos, ampliando os prazos processuais. “Até mesmo conflitos pequenos entre as comunidades indígenas, como por exemplo, a questão do gado que invade uma comunidade vizinha e come sua plantação, deve esperar anos para seu julgamento e, por fim, para a solução de seu conflito.” (MODERNELL; ROSA; SILVEIRA, 2017, p. 06).

A experiência em desenvolvimento no Polo Indígena de Conciliação Maturaca, apesar de constituir um avanço ao possibilitar o acesso à justiça, a celeridade processual, e até uma autodeterminação em solucionar os conflitos internos de suas comunidades, não representa um reconhecimento da aplicação do direito originário indígena em sua integralidade. Isto porque as conciliações e os termos estabelecidos nos acordos avençados não devem estar em desacordo com o disposto na Resolução n. 125, do CNJ.

Desse modo, a proposta do polo indígena de conciliação restringe-se ao disposto no artigo 231, da CFB, mas não avança como o previsto nas Constituições dos Estados Plurinacionais da Bolívia e do Equador. Não há, por parte desta experiência em Roraima, o estabelecimento de um diálogo intercultural entre os sistemas jurídicos, tendo em vista que o sistema jurídico brasileiro prevalece sobre o sistema normativo indígena.

Portanto, é possível verificar nesta experiência realizada pelo TJRR, na Terra Indígena Raposa do Sol, como um passo importante para o estabelecimento de um processo de reconhecimento à diversidade cultural indígena. Todavia, não constitui uma experiência, propriamente dita, de um processo de diálogo intercultural entre os sistemas normativos indígenas e o vinculado ao Estado brasileiro.

Contudo, as experiências apresentadas configuram os elementos que compõem a cosmovisão indígena na configuração de um sistema normativo que tem o “outro” como parâmetro ético. As narrativas requerem, por meio do estabelecimento de um diálogo cultural entre os sistemas jurídicos indígena e monista estatal, o rompimento da lógica do Direito moderno eurocêntrico. Neste sentido, a justiça e o bem comum, em perspectiva a partir do “outro” e o reconhecimento deste em suas desigualdades, numa abordagem pluralista e descolonial, configuram-se num processo dialogico de formas alternativas para a resolução de conflitos.

CONCLUSÃO

A hegemonia do Estado em controlar a produção normativa e a própria aplicação jurisdicional, durante os últimos dois séculos aproximadamente, tem provocado uma verdadeira crise paradigmática no Direito. O distanciamento do Estado e, conseqüentemente, do Direito, para com reais interesses e necessidades da maioria da sociedade, tem promovido a perda de credibilidade e legitimidade perante o modelo social existente.

A cultura jurídica centralizadora e individualista que emana do Estado, arraigada ao desenvolvimento colonial burguês capitalista, promove o favorecimento de uma produção legislativa e aplicação jurisdicional formal e ritualizada, voltada aos interesses da classe dominante. Nesse contexto, novas formas de “experiências sociais” têm emergido daqueles considerados subalternos e alijados da estrutura social vigente, em contraposição a este modelo estatal centralizador das demandas políticas, jurídicas e econômicas.

As demandas sociais por parte daqueles que estão à margem da sociedade, não encontrando eco na forma de organização política e jurídica a disposição, se tornam espaços de novas relações sociais e políticas, propiciando uma nova expressão cultural de aspectos libertadores e emancipatórios para com o Direito. Estas variantes de descentralização dos campos social, político, econômico, jurídico e cultural tem promovido a constituição de uma democracia comunitária com novos modelos de manifestações legislativas para além do monopólio estatal.

Nesse sentido, novas perspectivas de visão social de mundo têm emergido em respostas à crise do Estado e do Direito, a partir de um pluralismo jurídico transformador e emancipatório. Outrora, sistemas jurídicos e formas alternativas de soluções de conflitos que não estivessem alinhadas ao modelo monista estatal vigente de centralização do Direito seriam radicalmente refutados. No entanto, a resistência e resiliência desses “outros” sistemas jurídicos, como os dos indígenas, por exemplo, tem possibilitado a confrontação de “novas práticas” e concepções do Direito.

Consoante ao cenário proposto, em relação a crise paradigmática do Direito, constituiu-se o seguinte problema para a pesquisa: O pluralismo jurídico e a interculturalidade podem contribuir com as novas formas de solução de conflitos, a partir da análise dos sistemas jurídicos indígenas latino-americanos?

Desse modo, no intuito de responder ao problema de pesquisa, foi delineada a hipótese considerando que a cultura jurídica ocidental contemporânea, bem como o Estado nacional,

ambos de base iluminista, estão em crise e o resultado é a ineficácia em atender as demandas de conflitos presentes na sociedade. Nesse contexto, a preeminência de novos meios e métodos alternativos de solução de conflitos são condições necessárias para a formulação de um novo discurso jurídico que possibilite um enfrentamento a esse cenário. O diálogo intercultural e o pluralismo jurídico, do tipo comunitário participativo, com objetivos transformadores e emancipatórios, representam a desconstrução da visão tradicional e moderna do Direito e do Estado nacional. A relação intercultural estabelecida por meio do reconhecimento do Direito Indígena, numa visão pluralista emancipatória e comunitária, propiciam novas experiências jurídicas e novos mecanismos jurídicos capazes de contribuir na contraposição da crise do Estado e do Direito.

Por isso, considerando-se a hipótese levantada para a elaboração desta tese, se verifica a confirmação da mesma ao reconhecer que o pluralismo jurídico como um instrumento crítico emancipatório, do tipo comunitário participativo, em alternativa a cultura jurídica monista contemporânea, promove experiências práticas alternativas de produção do Direito que não estatal existentes. A constituição de procedimentos alternativos ao processo judicial clássico, baseados fundamentalmente, na mediação e composição de conflitos, que recebe a recomendação da ONU, constitui um importante caminho para soluções pacíficas dos conflitos vivenciados pelos cidadãos e de fortalecimento da coesão social. O acesso à Justiça é considerado um direito fundamental e um caminho para a redução da pobreza, por meio da promoção da equidade econômica e social. Dessa maneira, a contribuição das experiências dos povos indígenas possibilitam alternativas ao modelo monista e estatal exclusivo.

No entanto, também se verificou que a reflexão proposta para a reinterpretação do Direito, a partir do pluralismo jurídico e da interculturalidade, necessita também de uma abordagem decolonizadora do cenário social contemporâneo. Assim, a constituição de um novo diálogo para o Direito, que se configure a partir de uma linguagem que não seja imbiuída de um viés colonizador e que rompa com as doutrinas tradicionais.

Evidentemente que o Direito sozinho não pode e nem irá resolver todos os problemas de injustiças que ocorrem na sociedade, mas tem sua parcela de contribuição nesse processo. A formulação de experiências alternativas e espontâneas de uma produção normativa não estatal, vinculada à medidas e procedimentos de justiça comunitária, tribunais populares, mediação, arbitragem, conciliação, medidas restaurativas, são caminhos neste sentido.

Todavia, apesar de já serem praticados alguns mecanismos de solução de conflitos, como a conciliação e arbitragem, a justiça restaurativa, estas são aplicadas de forma institucionalizada, com autonomia mitigada. Há a necessidade de um rompimento com este modelo formal e institucionalizado, os elementos dos sistemas jurídicos indígenas nos desafiam a situações de pertencimento, inclusão e envolvimento da comunidade na atividade jurisdicional clássica, por exemplo.

As práticas alternativas de solução dos conflitos devem emergir em substituição a justiça estatal por meio de uma ótica interpretativa e emancipadora do Direito. Elementos e características que auxiliam nesse processo de construção de novas formas de resolução de conflitos, baseados na equidade tem-se: a integralidade, o pertencimento comunitário, a busca pela harmonia e o equilíbrio, a celeridade dos processos e a informalidade, a reconciliação, a restituição e o dinamismo.

Dessa forma, a reconfiguração do espaço público é medida que se impõem para uma nova visão social de mundo para o Direito. Uma concepção pautada nos aspectos do pluralismo jurídico comunitário participativo, possibilitando o diálogo intercultural, com outras formas de se conceber o Direito e recepcioná-las ou mesmo aprender com elas. Os casos abordados no capítulo quatro da presente tese demonstram um outro viés de se conceber o Direito, tanto na esfera normativa quanto jurisdicional. A preocupação com as partes envolvidas, o sentimento de integralização de todos para com o processo, bem como a busca na restauração do equilíbrio estão em contraponto ao modelo atual formalizado e institucionalizado. Em diversos casos se constata a total situação equidistante das partes para a participação e acompanhamento da sua “demanda” jurídica.

A possibilidade da auto-regulamentação dos sujeitos sociais é uma medida que deve ser adotada nos procedimentos jurisdicionais do Direito. Novas formas de constituição das áreas e profissões judiciais, como juízes e promotores, por exemplo, podem passar por processos de escolha popular e, em determinados casos, não serem profissionais da área do Direito. Uma democratização e descentralização das instâncias informais do Direito com o objetivo de se constituírem também em espaços para resolução de conflitos. Formulação de sistemas de conselhos municipais ou assembleias municipais populares para a resolutividade de questões que envolvam direitos coletivos e difusos, principalmente ligados a direitos básicos que requerem políticas públicas para a sua aplicação.

Os espaços plurais, conforme exemplos do Direito Indígena, desde que seguidos os preceitos e características, anteriormente citados, são possibilidades de novos *locus* de produção normativa. A inclusão daqueles que estão em condição subalternas na sociedade para a constituição de outro paradigma cultural de legitimidade para o Direito, com base no diálogo intercultural, pluralista e decolonial.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BOLÍVIA. **Constituição Política do Estado Boliviano de 2009**. Sucre: Ministério da Presidência. Disponível em: < https://www.charagua.gob.bo/wp-content/uploads/2019/05/constitucion_politica_de_bolvia_guarani.pdf> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: . Acesso em: 03 jun. 2016.

BRASIL. Câmara Federal dos Deputados. **Carta Régia de 2 de dezembro de 1808**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/anterioresa1824/cartaregia-40274-2-dezembro-1808-572464-publicacaooriginal-95565-pe.html> Acesso em: 12/05/2019.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. **Carta Régia de 1º de abril de 1680**. Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02>> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Decreto n. 1318, de 30 de janeiro de 1854**. Regulamento para execução da Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850. Brasília, DF: Câmara Federal dos Deputados. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1318-30-janeiro-1854-558514-publicacaooriginal-79850-pe.html>> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Decreto n. 8072, de 20 de junho de 1910**. Cria o Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais e aprova o respectivo regulamento. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D8072.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Lei n. 5371, de 5 de dezembro de 1967**. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Lei n. 6001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25/05/2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **A Convenção sobre Diversidade Biológica – CDB**. Brasília: Secretária de Biodiversidade e Florestas, 2000.

COLÔMBIA. Constituição (1991). **Constituição Política da Colômbia**. Disponível em: <<http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>>. Acesso em: 10/07/2018.

COLÔMBIA. **Constituição Política da Colômbia de 1991**. Bogotá: Tribunal Constitucional da Colômbia. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>> Acesso em: 06/07/2019.

EQUADOR. **Constituição da República do Equador de 2008**. Quito: Assembleia Nacional da República do Equador. Disponível em: <<https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/filesasambleanacionalnameuid-29/2018-08-01-constitucion-reformada.pdf>> Acesso em: 15/06/2019.

ISA. Instituto Socioambiental. **Convenção OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em países independentes n.º 169**. Disponível em: <

https://pib.socioambiental.org/pt/Conven%C3%A7%C3%A3o_OIT_sobre_Povos_Ind%C3%ADgenas_e_Tribais_em_pa%C3%ADses_independentes_n%C2%BA._169>. Acesso em: 10/07/2018.

OEA. Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 2016. Disponível em: <

https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf> Acesso em: 12/05/2019.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n.º 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 2007. Disponível em: <

https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf> Acesso em: 12/05/2019.

UNESCO. **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. 2001. Disponível em:

<http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/diversity/pdf/declaration_cultural_diversity_pt.pdf> Acesso em: 02/03/2019.

UNESCO. **Declaración de México sobre las políticas culturales**. 1982. Disponível em:

<http://portal.unesco.org/culture/es/files/12762/112762/1329542/4031mexico_sp.pdf/exico_sp.pdf> Acesso em: 02/03/2019.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O Bem Viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. Trad. Tadeu Breta. São Paulo: Editora Elefante, 2016.

ALBÓ, Xavier. *Derecho consuetudinario: posibilidades y limites*. In: **XII Congreso Internacional, Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal: Desafíos en el Tercer Milenio**, 1998, Arica: Universidade de Chile; Universidade de Tarapacá, 2000. p. 02-21. Disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/xavier_Albor.pdf> Acesso em: 06/07/2019.

ALVES, Daise; VIEIRA, Martha Victor. A legislação indigenista no Brasil republicano do SPI a FUNAI: avanços e continuidades. **Albuquerque: revista de história**. vol. 9, n. 18. jul.-dez. de 2017, p. 85-109.

ANTUNES, Fernando Luís Coelho. Pluralismo Jurídico e o Acesso à Justiça no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 379-406.

ARAÚJO, Ana Valéria; *et al.* **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006.

BARIÉ, Cletus Gregor. *Derecho Indígena y Medios Alternativos de Resolución de Conflictos*. **Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana**. Quito (Equador), n. 3, p. 110-118. 2008.

BARROS JR., Fernando. Organizações tradicionais e políticas públicas contemporâneas: avanços e retrocessos na autonomia da mulher *Xukuru*. In: SACCHI, Ângela; GRAMKOW, Márcia Maria. (Orgs.). **Gênero e povos indígenas**: coletânea de textos produzidos para o "Fazendo Gênero 9" e para a "27ª Reunião Brasileira de Antropologia". Rio de Janeiro, Brasília: Museu do Índio, FUNAI, 2012, p. 128-139.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 2016.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 14.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. 173 p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política:** A filosofia política e as lições dos clássicos. Organizado por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus 2000.

BONIFAZ, Carlos Romero. *Los Ejes de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. In: **Miradas: nuevo texto constitucional**. Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia; Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional); Universidad Mayor de San Andrés: La Paz, 2010. p. 19-36.

BETANCOURT, Raúl Fonet. Diálogo entre culturas. In: SIDEKUM, Antônio (Org.); WOLKMER, Antônio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica. **Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016. p. 166-171.

CANDAU, Vera Maria Ferrão; RUSSO, Kelly. *Interculturalidade e Educação na América Latina: uma construção plural, original e complexa*. **Revista Diálogo Educacional**. Curitiba, v. 10, n. 29, p. 151-169. jan./abr. 2010. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/dialogoeducacional/article/view/3076>> Acesso em: 05/03/2019.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). et. al. **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 13-36.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Povos Indígenas**. Disponível em: <<https://cimi.org.br/o-bem-viver-indigena-e-o-futuro-da-humanidade/>>. Acesso em: 10/08/2019.

CHOMSKY, Noam. **O Lucro ou as Pessoas:** neoliberalismo e ordem social. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

COLAÇO, Thais Luzia. O Direito indígena pré-colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 111-142.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Acordos de conciliação são escritos em língua indígena, em Roraima**. Brasília, 16 fev. 2018. Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86192-em-roraima-terminos-de-conciliacao-sao-escritos-em-linguas-indigenas>> Acesso em: 12/08/2019.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CORREAS, Óscar. *El Otro Kelsen*. In: CORREAS, Óscar (Org.). **El Otro kelsen**. Universidade Nacional Autónoma do México: México, 1989. p. 27-56.

CORREAS, Óscar. **Introdução à sociologia jurídica**. Porto Alegre: Crítica Jurídica, 1996.

CORREAS, Óscar. *La teoría general del derecho frente a la antropología política*.

Revista Pueblos y Fronteras Digital. Distrito Federal, México: *Universidad Nacional Autónoma de México*, v. 6, n. 11, p. 89-115. jun./nov. 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/906/90618647004.pdf>> Acesso em: 15/06/2019.

CORREIA, Ludmila Cerqueira; ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo. A expansão semântica do acesso à justiça e o direito achado na assessoria jurídica popular. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.) et. al. **Experiências Compartilhadas de Acesso à Justiça: reflexões teóricas e práticas.** Santa Cruz do Sul, RS: Essere nel Mondo, 2016. p. 81-98. Disponível em: <<http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-experiencias-compartilhadas-de-acesso-a-justica-ebook101.php>>. Acesso em: 15/06/2018.

COSTA, L. C. A.; MELLO, L. I. A. **História Moderna e Contemporânea.** 4. ed. São Paulo: Scipione, 1994.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *El concepto de derecho consuetudinario y los derechos indígenas en la nueva constitucion de brasil.* In: STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego. **Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena em America Latina.** México: Instituto Indigenista Interamericano (México) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica), 1990. p. 299-313.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania.** São Paulo: ClaroEnigma, 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Terra Indígena: história da doutrina e da legislação. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **Os Direitos do Índio: ensaios e documentos.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. p. 53-102.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. **El derecho como arma de liberación en América Latina: sociología jurídica y uso alternativo del derecho.** 3.ed. San Luis Potosí, México: Depto. de Publicações Faculdade de Direito, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/torre.pdf>>. Acesso em: 12/07/2018.

CUSTÓDIO, André Viana; LIMA, Fernanda da Silva. O direito fundamental à titulação de terras das comunidades remanescentes de quilombos no Brasil. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 10, n. 2, p. 275-298, jul./dez. 2019. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1931/999>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico.** São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

DOROTINSKY, Deborah . *Investigacion sobre costumbre legal indigena en los altos de Chiapas (1940 -1970).* In: STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego. **Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena em America Latina.** México: Instituto Indigenista Interamericano (México) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica), 1990. p. 65-94.

DPU. Defensoria Pública da União. **Programa de Atendimento a Grupos Vulneráveis**. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/catadores>>. Acesso em: 10/01/2019.

ETNIAS DO EQUADOR. **Pueblo Kayambi**. Disponível em: <<http://www.etniasdelecuador.com/pueblo-kayambi/>>. Acesso em: 06/07/2019

FAGUNDES, Lucas Machado. Pluralismo Jurídico e Justiça Comunitária na Colômbia: aspectos tóricos. In: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). et. al. **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 379-406.

FAGUNDES, Lucas Machado. **Juridicidades insurgentes: elementos para o Pluralismo jurídico de libertação latino-americano**. 2015. 791 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157392/336538.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 12/08/2019.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUN, Ricardo (Org.). **Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 09-62.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Jurisdição Indígena. In: SIDEKUM, Antônio (Org.); WOLKMER, Antônio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica. **Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016. p. 491-500.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOLEY, Gláucia Falsarella. **Programa Justiça Comunitária do Distrito Federal: relato de uma experiência**. 2 ed. Brasília: Editora Ideal Ltda, 2008.

FONSECA, Dagoberto José. **Políticas públicas e ações afirmativas**. São Paulo: Selo Negro, 2009.

FOUCAULT, Michel. **O Corpo Utópico, as Heterotopias**. 11-1 Edições: São Paulo, 2013.

FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **Serviço de Proteção aos Índios-SPI**. 2016. Disponível em: <<http://www.FUNAI.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi?limitstart=0#>>. Acesso em: 25/05/2019.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GALEANO, Eduardo. **As Veias Abertas da América Latina**. 12v. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

GALVÁN, Jorge Alberto González. **Derecho Indígena**. México: Editora da Universidade Autónoma do México, 1997.

GÓMEZ, Herynaldi. *D-escribiendo las justicias orales indígenas*. In: GÓMEZ, Herynaldi; Gneco, Cristóbal (Orgs.). **Representaciones legales de la alteridad indígena**. Popayan: Editora da Universidade de Cauca, 2008.

GÓMEZ, Magdalena. *Derecho Indígena y Constitucionalidad*. Artigo apresentado no XII Congresso Internacional da Comissão de Direito Pluralismo Costumey e Legal. Arica (Chile), 2000. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.alertanet.org/dc-gomez.htm>> Acesso em: 06/07/2019.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. Verbetes: *Abya Yala*. In: SADER, Emir; JINKINGS, Ivana. **Enciclopédia Latinoamericana**. São Paulo: Boitempo, 2015. Disponível em: <<http://latinoamericana.wiki.br/verbetes/a/abya-yala>> Acesso em: 06/07/2019.

GRAMSCI, Antonio. **Maquiavel, a política e o estado moderno**. 6 ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1984.

GRIJALVA, Agustín. O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição Equatoriana de 2008. In: VERDUN, Ricardo (Org.). **Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 113-134.

GRIJALVA, Agustín. O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição Equatoriana de 2008. In: VERDUN, Ricardo (Org.). **Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 113-134.

GROSGOUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, març. 2008. Disponível em:

<<https://journals.openedition.org/rccs/697>>. Acesso em: 10/01/2019.

GUARTAMBEL, Tayta Carlos Pérez. *Justicia Indígena*. Equador: *Universidad de Cuenca*, 2010.

HAMEL, Rainer Enrique. *Lenguaje y conflicto interétnico en el derecho consuetudinario y positivo*. In: STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego. **Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena em América Latina**. México: Instituto Indigenista Interamericano (México) e Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica), 1990. p. 205-230.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Eric. **Era dos Extremos**. O Breve Século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Uso da Terra e a Gestão do Território no Estado de Roraima – Relatório Técnico**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95887.pdf>>. Acesso em: 12/08/2019.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Os indígenas no Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 12/08/2019.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **O Brasil Indígena**. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/images/pdf/indigenas/folder_indigenas_web.pdf>. Acesso em: 10/08/2019.

ILC. *International Land Coalition – America Latina y el Caribe*. **Ruta de Aprendizaje: cartografia participative y empoderamiento legal**. Disponível em: <<https://www.landcoalition.org/en/regions/latin-america-caribbean>>. Acesso em: 12/08/2019.

ILSA. Instituto Latino-Americano de Serviços Legais Alternativos. **Apresentação Institucional e Linhas de Trabalho**. Disponível em: <<https://ilsa.org.co/>>. Acesso em: 10/07/2018.

ISA. Instituto Socioambiental. **Terras Indígenas no Brasil**. Disponível em: <<https://terrasindigenas.org.br/pt-br/terras-indigenas/3835>>. Acesso em: 12/08/2019.

ISA. Instituto Socioambiental. **Xukuru**. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Xukuru>>. Acesso em: 06/07/2019.

ITURRALDE, Diego. *Movimiento indio, costumbre juridica y usos de la ley*. In: STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego. **Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indigena em America Latina**. México: Instituto Indigenista Interamericano (México) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica), 1990. p. 47-63.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEITE, José Rubens Morato; *et al.* O estado de direito para a natureza: Fundamentos e conceitos. In: Dinnebier, Flávia França; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Estado de Direito Ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: Inst. O direito por um Planeta Verde, 2017. (p. 57-87). Disponível em: <<file:///C:/Users/saoe/Downloads/E-book%20Estado%20de%20Direito%20Ecol%C3%B3gico%20-%20Prof.%20Dr.%20Jos%C3%A9%20Rubens%20Morato%20Leite.pdf>> . Acesso em: 20/06/2018.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós**. Ensaios sobre alteridade. Petrópolis-RJ: Vozes, 2005.

LIMA, Fernanda da Silva; CROCETTA, Bruna Baggio. Os direitos humanos a partir de uma perspectiva intercultural. **Revista Argumentum**, Marília, v. 20, n. 1, p. 97-111, jan./abr. 2019. Disponível em: < <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/587>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

LÔBO, Sandro Henrique Calheiros . Resolvendo seus próprios conflitos: A Construção do Sistema de Justiça Indígena Xukuru de Ororubá. **Revista de Estudos e Investigações Antropológicas do Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal de Pernambuco (PPGA/UFPE)**. Recife: ago. 2017.

LOWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx Contra o Barão de Münchhausen**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MALLOL, Vicente Cabedo. **Constitucionalismo y Derecho Indígena em América Latina**. Valência: Universidade Politécnica de Valencia, 2004.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. 4.ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 167 p.

MICHEL, María Yamile Hayes. **Pluralismo jurídico en Bolivia: la coexistencia del Derecho indígena y el Derecho estatal en Bolivia**. Orientador: Prof. Dr. Vicente Cabedo Mallol. 2016. 370 f. Tese (Programa de Doutorado em Direito, Ciência Política e Criminologia) - Universidade de Valência. Espanha, 2016. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/71061303.pdf>> Acesso em: 15/06/2019.

MIGNOLO, Walter D. *El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto*. In: GOMEZ, Santiago Castro; GROSFUGUEL, Ramón. **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. p. 25-46.

MODERNELL, Bárbara D. Lago; ROSA, Vanessa de Castro; SILVEIRA, Edson Damas. **Formas alternativas de solução de conflitos na terra indígena raposa serra do sol: o primeiro polo de conciliação e mediação Indígena do brasil**. Encontro Nacional de Antropologia do Direito. São Paulo. 2017, p. 01-15. Disponível em: <<http://www.enadir2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic2>>. Acesso em: 12/08/2019.

MOISÉS, Beatriz Perrone. Índios Livres e Índios Escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos Índios no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 115-131.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de,. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTIEL, Edgar. Direitos culturais. In: SIDEKUM, Antônio (Org.); WOLKMER, Antônio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica. **Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016. p. 257-265.

MOREIRA, Manuel. **La cultura jurídica guaraní**. 2.ed. Posadas (Argentina): CEDEAD, 2010.

NATIVE PLANET. Organização - Preservando Cutluras e Empoderando Pessoas.

Comunidades Indígenas do Equador. 2016. Disponível em:

<https://www.nativeplanet.org/indigenous/ethnicdiversity/latinamerica/ecuador/indigenous_data_ecuador_chachi.shtml> Acesso em: 06/07/2019.

NEUWALD, Rovaldo José. Actinomicose cerebral: relato de caso e revisão de literatura. Revista de Ciências Médicas da Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, v. 7, n. 18, p. 19-27, jul. 2009.

O DIREITO ACHADO NA RUA. **O Direito Achado na Rua**: grupos de estudos diálogos Lyrianos. Desenvolvido pelo Coletivo Diálogos Lyrianos. Disponível em:<<http://odireitoachadonarua.blogspot.com/>> . Acesso em: 15 jul. 2018.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em:

<<https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>> Acesso em: 12/05/2019.

ONIC. Organização Nacional Indígena da Colômbia. **VII Congreso de los Pueblos Indígenas de la Organización Nacional Indígena de Colombia**. 2007. Disponível em: <<https://www.onic.org.co>> Acesso em: 15/06/2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Viviendo la Justicia: pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador**. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas. 1945. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/>>. Acesso em: 03 de mar. 2019.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PALMISCIANO, Ana Luísa S. Correia de Melo. **Lições de cidadania**: a experiência do balcão de direitos no Rio de Janeiro. 2005. 136 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-graduação em Ciência Política, 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp022098.pdf>> . Acesso em: 20 jun. 2018.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, Cesar Augusto (Org). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar: 2004. p. 205-236.

PELEGRINI, Sandra C. A.; FUNARI, Pedro Paulo. **O que é patrimônio cultural imaterial?** São Paulo: Brasiliense, 2008.

PICOTTI, Dina V. Diversidade cultural. In: SIDEKUM, Antônio (Org.); WOLKMER, Antônio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica. **Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016. p. 314-321.

PLP's. Promotoras Legais Populares. **Projeto Promotoras Legais Populares**. Desenvolvido pela União de Mulheres do Município de São Paulo. Disponível em: <<http://promotoraslegaispopulares.org.br/quem-somos/>> . Acesso em: 10 jan. 2019.

RIBEIRO, Darcy. **Falando dos índios**. Brasília: Editora UnB, 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Advocacia de interesse público no Brasil**: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/dialogos-ssobrejustica_advocacia_popular.pdf/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUBIO, David Sánchez. Pluralismo Jurídico e Emancipação Social. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Org.). **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51-66.

SÁNCHEZ, Consuelo. Para uma teoria do Estado plurinacional: a autonomia na América Latina In: VERDUN, Ricardo. IORIS, Edviges M.(Org.). **Autodeterminação, autonomia territorial e acesso à justiça**: povos indígenas em movimento na América Latina, 2017. p. 17-48

SANTAMARÍA, Rosember Ariza. *El derecho profano: justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*. Bogotá (Colômbia): Universidad Externado de Colombia, 2010.

SANTAMARÍA, Rosember Ariza. *Justicias, pluralismo y derecho socialmente existente*. **Revista Iusta**, Bogotá, v. 1, n. 28, p. 15-32, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/issue/view/335>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002b.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos Humanos: o desafio da interculturalidade. **Revista Direitos Humanos**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

Brasília, n. 02, p. 10-18. jun. 2009. Disponível em: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-humanos/revistadh2junho.pdf>> Acesso em: 05/03/2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. (org.) **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortés, 2002a, p.25-102.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia**. Espanha, Bilbao: *Desclée de Brouwer*, 2003a.

SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos para o cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura Sousa. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura Sousa. Poderá o Direito ser Emancipatório?. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, v. 65, p. 03-76, maio. 2003b.

SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

SANTOS, Sílvio Coelhos dos. **Os índios Xokleng: memória visual**. Florianópolis : Editora UFSC, 1997.

SORIANO, Ramón. **Sociologia del Derecho**. Espanha, Barcelona: Ariel Editorial, 1997.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Direito como Liberdade: o Direito Achado na Rua experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. 338 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1401/1/TESE_2008_JoseGeraldoSJunior.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Sociologia Jurídica: condições e possibilidades teóricas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; SOUSA, Nair Heloisa Bicalho. Justiça de Transição: direito à memória e à verdade. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.) et. al. **O Direito Achado na Rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina**. Brasília: UnB, 2015, v. 7, p. 23-30.

SOUSA SANTOS, Boaventura, **La Reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional**,

SOUSA, Nair Heloisa Bicalho de; RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Para uma agenda democratizante da justiça: um olhar desde a educação em direitos humanos sobre a justiça de transição. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org.) et. al. **Experiências Compartilhadas de Acesso à Justiça: reflexões teóricas e práticas**. Santa Cruz do Sul, RS: Essere nel Mondo, 2016. p. 159-184. Disponível em: < <http://www.essenelmondo.com/pt/direito-experiencias-compartilhadas-de-acesso-a-justica-ebook101.php>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Unijuí, 2010.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Derecho consuetudinario indigena en America Latina*. In:

STAVENHAGEN, Rodolfo; ITURRALDE, Diego. *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indigena em America Latina*. México: Instituto Indigenista Interamericano (México) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica), 1990.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos*. México: Unesco, 2007.

STRECK, Danilo R.; REDIN, Euclides.; ZITKOSKI, Jaime José (Orgs.). **Dicionário Paulo Freire**. 2. ed., rev. amp. São Paulo: Autêntica Editora, 2010.

TODOROV, Tzvetan. *La conquista de América: el problema del outro*. Tradução de Flora Botton Burlá. 2.ed. México: Siglo XXI, 2010.

TUBINO, Fidel. *La interculturalidad en cuestión*. Peru, Lima: Fondo Editorial, 2016.

UNESCO. **Relatório Mundial da Unesco: investir na diversidade cultural e no diálogo intercultural**. 2009. Disponível em: < www.unesco.org/en/world-reports/cultural-diversity> Acesso em: 05/03/2019.

UNORCAC. *Unión de Organizaciones Campesinas e Indígenas de Cotacachi. La Mediación Comunitaria Indígena como alternativa para resolver disputas territoriales: la experiencia de UNORCAC en las comunidades de Cotacachi*. 2008.

Disponível em:

<http://procasur.org/americalatina/images/Tierra_agua_naturales/4.%20la%20experiencia%20de%20UNORCAC%20en%20las%20comunidades%20de%20Cotacachi.pdf> Acesso em: 10/07/2019.

VARGAS, Sorily Carolina Figuera. *Jurisdicción especial indígena en Latinoamérica: una referencia específica al sistema jurídico*. Barranquilla, Colombia: Editorial Universidad del Norte, 2015.

VERDUM, Ricardo. A justiça e os direitos dos povos indígenas. In: VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma. (Orgs.). **Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013. p. 29-46.

VERDUN, Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: VERDUN, Ricardo (Org.). **Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 91-111.

VERDUN, Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: VERDUN, Ricardo (Org.). **Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009. p. 91-111.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio: Lei n.º 6.001/1973**. 3.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

VIVARIO. Instituição Viva Rio. **Projeto Balcão de Direitos**. Disponível em: <<http://www.vivario.org.br>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica/pedagogía de-colonial*. **Revista de Educação Técnica e Tecnológica em Ciências Agrícolas**. Rio de Janeiro, v. 3, n. 6, p. 25-42. 2012. Disponível em: <<http://www.ufrj.br/SEER/index.php?journal=retta&page=article&op=view&path%5B%5D=1071>> Acesso em: 02/03/2019.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad y colonialidad del poder: un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial*. In: GOMEZ, Santiago Castro; GROSGOUEL, Ramón. **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. p. 47-62.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad, plurinacionalidad y razón decolonial: refundares político-epistémicos en marcha*. In: GROSGOUEL, Ramón; HERNÁNDEZ, Roberto Almanza **Lugares Descoloniales: espacios de intervención en las Américas**. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2008. p. 152-191.

WALSH, Catherine. Interculturalidade Crítica e Pedagogia Decolonial: in-surgir, re-existir e re-viver. In: CANDAU, Vera Maria (Org.). **Educação Intercultural na América Latina: entre concepções, tensões e propostas**. Rio de Janeiro: Editora 7Letras, 2009. p. 12-42.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995a. 2 v.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995b. 3 v.

WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**, 14. ed. São Paulo: Ática, 2011. v. 1.

WILLIAMS, Raymond. **Palavras-chave: um vocabulário de cultura e sociedade**. Tradução de Sandra Gardini Vasconcelos. São Paulo: Boitempo, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. Cambios sociales y perspectivas pluralistas: impactos sobre los mecanismos de resolución de los conflictos em latinoamerica. In:

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura; SCHWARTZ, Germano. **O Direito da Sociedade**. Canoas, RS: Unilassale, 2015a, v. 2, p. 161-169.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e Interculturalidade. **Revista Seqüência da Universidade Federal de Santa Catarina**, Florianópolis, n. 53, p. 113-128, dez. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15095/13750>> Acesso em: 02/03/2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015b.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. 2.ed. Madri: Editora Dykinson. 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: da antiguidade à modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos; FERRAZZO, Débora. **Sistemas Plurais de Direito: desde Práticas Sociais e Insurgências Latino-Americanas**. Revista Direito, Estado e Sociedade da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 48, p. 47-75, jan/jun 2016. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.pucRio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=322&sid=30>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos; RADAELLI, Samuel Manica. **Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos**. Blumenau: Edifurb; Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2016. p. 166-171.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. 2.ed. Madri: Editora Dykinson. 2018.

ZOLLA, Carlos; MÁRQUEZ, Emiliano Zolla. *Los pueblos indígenas de México: 100 preguntas*. México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2014.