

**a**a

---

**Willian de Melo<sup>1</sup>**

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar a abordagem e o tratamento dado ao direito indígena nas mais recentes Constituições da América Latina, relacionando o denominado Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e a ideia de descolonialidade. Nesse sentido, busca-se primeiramente apresentar um panorama histórico do continente quando da chegada dos primeiros europeus e o processo de exclusão característico da relação metrópole-colônia, a qual também se reflete na relação havida entre o direito moderno, de origem estatal, e o direito indígena. Também serão analisadas a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, bem como a influência que exerceram sobre as mais recentes constituições latino-americanas, bem como o tratamento dado por estas constituições ao direito e à justiça indígena. Por fim, busca-se estabelecer a relação entre modernidade e colonialidade, bem como a importância das novas Constituições latino-americanas para a construção de uma ordem jurídica multicultural e descolonizada.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Pluralismo jurídico. Justiça indígena. Giro descolonial.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the approach and treatment given to indigenous law in the most recent Latin American Constitutions, relating the so-called New Latin American Democratic Constitutionalism and the idea of decoloniality. In this sense, we sought first to present a historical panorama of the continent when the first Europeans arrived and the characteristic process of exclusion of the metropolis-colony relationship, which is also reflected in the relationship between modern law, of state origin, and the indigenous law. The International Labor Organization - ILO Convention 169 and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples were also analyzed, as well as the influence they had on the most recent Latin American constitutions, as well as the treatment given by these constitutions to indigenous law and justice. Finally, the relationship between modernity and coloniality was examined, as well as the importance of the new Latin American Constitutions for the construction of a multicultural and decolonized legal order.

**Keywords:** Constitutional Law. Legal pluralismo. Indigenous justice. Decolonial turn.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a abordagem e o tratamento dado ao direito indígena nas mais recentes Constituições da América Latina, relacionando o denominado Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e a ideia de descolonialidade.

Diante disso, busca-se inicialmente discutir o contexto histórico e social do continente no momento da chegada dos primeiros europeus, bem como a eclosão do paradigma da modernidade e da colonialidade, o qual acaba por se refletir também na relação existente entre o direito moderno e o direito dos povos indígenas.

A partir dessa relação, pretende-se discutir a pretensa superioridade do direito positivo emanado do Estado frente ao direito indígena, bem como as implicações do choque entre essas duas experiências jurídicas distintas para a construção do chamado pluralismo jurídico.

Em seguida, serão brevemente analisadas a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assim como suas relações e influências sobre as Constituições latino-americanas nos temas relacionados aos direitos e o direito dos povos indígenas.

Não se pretende analisar com profundidade a Constituição de cada país, mas simplesmente classificar cada uma delas de acordo com o grau de aderência aos mencionados instrumentos internacionais, explicitando o tratamento dado por cada uma delas ao tema indígena.

Finalmente, será discutida a questão da descolonialidade e a superação do binômio modernidade-colonialidade, analisando como o Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, especialmente as Constituições de Equador e Bolívia, podem contribuir para a formação de realidades mais plurais e multiculturais.

## **1 DIREITO MODERNO, DIREITO INDÍGENA E PLURALISMO JURÍDICO**

Ao contrário do que poderia supor a racionalidade eurocêntrica, a história da América Latina não se inicia em 1492 com a chegada de Cristóvão Colombo. Quando do desembarque dos primeiros europeus nas ilhas caribenhas, nos Andes, o império inca se espalhava por cerca de 4.300 km, desde a atual fronteira sul da Colômbia até o rio Maule, no território chileno, sendo o lar de 10 milhões de pessoas que viviam em quatro cantões que, por sua vez, eram subdivididos em diversas outras províncias. Cada cantão e província eram administrados, respectivamente, por um comandante e um governador, os quais eram selecionados pelo imperador dentre os membros da nobreza inca. Dentro de cada província havia, ainda, chefes classificados hierarquicamente conforme o número de famílias ou casas que tinham sob sua responsabilidade (FAUSTO, 2000, p. 16).

Por volta do ano de 1500, estima-se que viviam aproximadamente 4 milhões de indígenas somente no território que corresponde no presente ao Brasil e, apesar de não ter se desenvolvido nas terras brasileiras uma civilização tão pujante quanto a inca, diversos povos, desde as várzeas da bacia amazônica, passando pelo cerrado, até o extenso litoral, prosperavam e praticavam formas particulares de organização e cultura.

A cerâmica encontrada em escavações arqueológicas na ilha de Marajó impressiona por seu refinamento e sofisticação, os quais não encontram paralelo com a cerâmica indígena produzida atualmente (FAUSTO, 2000, p. 27). Crônicas dos séculos XVI e XVII dão conta que, às margens do rio Amazonas, existiam aldeias que se estendiam por mais de 7km, sendo habitadas por uma grande população, e onde havia farta produção agrícola e abundância de pescado (FAUSTO, 2000, p. 43-44).

No cerrado, os povos de língua macro-jê, apesar de serem chamados de Tapuia – gente bárbara, inimiga – pelos Tupi-Guarani do litoral, praticavam uma refinada economia bimodal, “que combina períodos de dispersão com outros de agregação em grandes aldeias, estruturadas internamente por um conjunto de metades cerimoniais, por grupos etários e por segmentos residenciais” (FAUSTO, 2000, p. 62).

Quanto aos Tupi-Guarani, estes regiam a costa brasileira, sendo que, ao sul, desde a Lagoa dos Patos até Cananéia (São Paulo), incluindo as bacias dos rios Paraná, Paraguai e Uruguai, estendia-se o território guarani, enquanto ao norte, estava o território tupinambá, desde Iguape até o Ceará, ramificando-se pelo interior até os rios Tietê e Paranapanema (FAUSTO, 2000, p. 69). “Denevam calcula que na faixa litorânea viviam cerca de 1 milhão de Tupinambá (9hab/km<sup>2</sup>), enquanto Pierre Clastres sugere a presença de 1,5 milhões de Guarani (4hab/km<sup>2</sup>) na área meridional” (FAUSTO, 2000, p. 70).

Esse breve relato do impressionante império inca e da complexa e rica rede dos principais povos que ocupavam o território que viria a ser o Brasil – sem olvidar outros povos originários que habitavam a América do Sul quando da chegada dos primeiros europeus ao continente – serve para tentar desconstruir a visão eurocêntrica e colonialista de que havia por estas bandas apenas bárbaros selvagens e incultos que precisavam ser retirados de seu estado de ignorância e atraso pela ação de uma cultura supostamente superior. Tal visão colonial deve ser revista para que se repense o papel e a importância da América Latina no curso da história:

A contra sensu, em 1492 inicia o processo de formação do indivíduo europeu. Isso porque, o início modernidade se dá também com a “descoberta” europeia, suscitando a possibilidade da Europa deixar de ser periferia do mundo muçulmano para ser o centro de outro mundo, o novo mundo. Esse novo mundo trazia tamanho benefício para a Europa que valiam a pena todos os esforços, investimentos e riscos que as navegações geravam. E esses resultados podem ser simbolizados pelo o outro e pelo o ouro. (LUZ, 2015, s.p.).

A brutal invasão e colonização do território latino-americano consolidou a tese moderna e possibilitou a dialética entre centro-periferia, transformando o continente em fonte de mão-de-obra escrava e de matéria prima, mas jamais de humanidade (LUZ, 2015, s.p.).

É preciso, portanto, resgatar a cultura, as tradições, as artes, e – por que não – as experiências jurídicas, o direito e os direitos dos povos originários da américa-latina, rompendo, assim, a lógica da relação metrópole-colônia para empoderar as populações que foram historicamente marginalizadas e excluídas pelo processo de colonização, pois a imposição de um direito de matriz europeia aos indígenas foi e continua sendo uma forma de violência.

Neste sentido, Maria Cristina V.B. Tarrega e Vitor Sousa Freitas (2015, p. 10), citados por Luiz Alberto Teixeira e Maria Cristina V.B. Tarrega (2016, s.p.), observam o seguinte:

A régua moderna produz igualmente um direito que se pretende universal, geral, abstrato, que contenha em si todos os conteúdos possíveis da vida concreta, se aplicando a todos os conflitos, exigindo dele controlar a realidade humana, seus conflitos, valendo-se da força estatal se preciso para garantir seu império. O positivismo jurídico, melhor expressão desse modo de pensar moderno, reflexo do Estado moderno, Estado de Direito, ainda busca se legitimar, mesmo admitindo que hoje se apresente com um pós-positivismo, adicionando as exatas regras aos difusos princípios, mas todos direcionados à unidade, à afirmação da completude do sistema jurídico, a legitimação do poder que se impõe e de uma certa forma de ser no mundo que se pretende universal e que não admite a diferença.

Esse direito, que é fruto da modernidade, tem como característica mais importante o entendimento de que o saber jurídico constituía um sistema hermético, formado por regras coesas entre si, mas que era indiferente às interferências de saberes diversos, tais como os sociológicos e os históricos. Ademais, o direito estava fortemente atrelado à figura do Estado, só tendo valor se fosse dele emanado, segundo a suposta cientificidade do saber jurídico, nos termos da moderna ciência do século XIX (TEIXEIRA; TARREGA, 2016, s.p.).

Tal visão do direito, fundamentalmente ancorada em um pensamento europeu e moderno, tende a conceber os povos indígenas como coletividades desprovidas de leis e regras, visto que sua organização “primitiva” e desprovida de Estado não seria capaz de gestar uma ordem jurídica.

Todavia, conforme observa Shelton Davis (1973, p. 10, apud CURI, 2012, s.p.), toda sociedade possui um conjunto de categoriais culturais, regras ou códigos que estabelecem os direitos e deveres existentes entre seus membros. Do rompimento de tais regras surgem divergências e, para resolvê-las, “existem meios institucionalizados mediante os quais as regras jurídicas são reafirmadas e/ou redefinidas” (1973, p. 10, apud CURI, 2012, s.p.).

O direito indígena, nesse sentido, caracterizar-se-ia como um direito costumeiro ou consuetudinário, distinguindo-se, por um lado, por estar inserido na comunidade e fortemente conectado com a cultura em todas as suas vertentes, formando com ela um corpo único; por outro lado, a força e o conteúdo do direito indígena advém da tradição comunitária que se manifesta nos usos e costumes (CURI, 2012, s.p.).

Na lição de Cuevas Gayosso (2004, p. 29), para os povos indígenas, seu direito consuetudinário atende a uma visão de mundo em cujas bases estão princípios ancestrais relacionados com a ordem natural, o respeito pelo homem e seu meio ambiente. São regras aceitas e aplicadas porque a consciência dita que são boas para os homens. Sua aplicação não requer necessariamente a inclusão de tais regras em textos normativos, uma vez que, normalmente, seus princípios gerais estão gravados na consciência de um povo, guiando sua conduta e orientando a resolução de problemas específicos.

O mesmo autor destaca três características principais do direito costumeiro indígena, que são: a natureza ancestral da norma; sua aceitação geral por um grupo e; sua perenidade. Ele acrescenta, ainda, de forma intuitiva, a característica de ser uma norma que não é necessariamente escrita (GAYOSSO, 2004, p. 38).

Porém, deve ser observado que a classificação do direito indígena como consuetudinário e não escrito é alvo de críticas, já que ele é normalmente inferiorizado pela doutrina frente ao direito emanado do Estado, normalmente escrito e codificado. De fato, dentro da visão moderna de direito apresentada acima, um direito não escrito e originário da cosmovisão dos povos indígenas seria visto com desdém. Como aquela concepção tradicional ainda é dominante, é possível afirmar que as críticas são acertadas.

Conforme observa Magdalena Gómez (2002, p. 246), não só o direito indígena, mas também sua aplicação e administração pelos povos tradicionais têm sido vistos com preconceito:

No es un secreto que los pueblos indígenas han practicado formas de jurisdicción, es decir, han “administrado justicia” y ésta es una función exclusiva del Estado. Han establecido normas y sanciones, sin tener facultad legislativa reconocida y el hecho de que no haya sido escritas o formalizadas no les exime de su naturaleza jurídica. También han gobernado a sus pueblos a través de un sistema de cargos. Por lo tanto históricamente han subsistido en la ilegalidad. A juicio del derecho, los pueblos indígenas no tienen atribuciones para tales actos ilegales realizados por particulares a los que les está expressamente prohibido ejercerlas.

Nesse sentido, Gómez (2002, p. 259) também critica o discurso que defende que as normas do direito indígena devem se “harmonizar” com a ordem jurídica estatal e a Constituição, de onde não se fala em jurisdição para os povos indígenas, mas em “sistemas normativos” ou de “consideração de usos e costumes na emissão de decisões judiciais”. Tal “harmonização” equivale em rebaixar a jurisdição à resolução de questões menos importantes (“roubo de galinha” na opinião da autora).

Essa harmonização serviria a uma banalização do direito indígena, já que ela não é feita nos princípios constitucionais, mas em sua regulamentação, havendo manifesta resistência em situar o direito indígena como um tipo de direito constitucional do multiculturalismo. Essa concepção provocaria uma reavaliação do multiculturalismo em si, levando-o além de um mero “folclorismo jurídico”, ou seja, de uma simples enumeração e codificação de “costumes”, assim como era feito com festividades e vestimentas (GÓMEZ, 2002, p. 260).

A ordem jurídica do multiculturalismo é um processo político que expressa o movimento dos povos indígenas e suas reivindicações pelo reconhecimento de direitos que precedem à própria criação do Estado. Por outro lado, o ordenamento jurídico excludente da diversidade, que cada vez mais exige novas categorias e conceitos, deve ser questionado, exigindo uma transformação ética e ideológica que permita rechaçar as diversas formas de discriminação contra os povos indígenas e o racismo (GÓMEZ, 2002, p. 260).

Ao tentar compreender situações não abrangidas nesse ordenamento, acaba-se por recorrer a expressões como “usos e costumes”, “costume legal” e “direito consuetudinário”, que continuam a subordinar o direito indígena (GÓMEZ, 2002, p. 261).

Para que o direito indígena não seja colocado como subalterno perante o direito positivo, torna-se necessária a adoção de uma concepção pluralista, que é aquela que “surge com a interface entre a antropologia e o estudo das leis, criando uma abordagem interdisciplinar denominada de antropologia do direito ou antropologia jurídica” (CURI, 2012, s.p.).

Na lição de Magdalena Gómez (2002, p. 261),

[...] el concepto de “pluralismo legal” se ha utilizado con el ánimo de romper con la visión de las expresiones mencionadas y de promover el reconocimiento de sistemas alternativos al del orden jurídico nacional.  
[...] pluralismo jurídico significa asumir la diversidad de sistemas de resolución de conflictos y con ello se reducen las potencialidades de un principio que debe permear todas las disposiciones jurídicas del orden nacional que se reconozca pluricultural.

Assim, observa-se que a classificação do direito indígena como consuetudinário só faz sentido quando ele é contraposto ao direito positivo, sendo que tal comparação coloca aquele em uma posição subalterna e inferiorizada. A superação do estado de subalternidade do direito indígena é justamente o que pluralismo jurídico busca alcançar.

O direito indígena simplesmente existe. Ele não é inferior ou superior ao direito positivo produzido pelo Estado. Para os povos indígenas, seu direito está gravado nas suas tradições, na sua mundividência, nas suas crenças religiosas, sendo o guia de conduta e o modo de resolução de conflitos que faz sentido dentro de suas comunidades, sendo a imposição do direito estatal a estes povos, por isso, uma forma de violência.

Enquanto o direito estatal produz regras voltadas ao indivíduo, o direito das sociedades indígenas tem como destinatário o sujeito coletivo (CURI, 2012, s.p.). São direitos cujo reconhecimento e exercício são necessários para assegurar a própria existência dos povos indígenas, sendo o mais fundamental o direito ao território, ou seja, o espaço onde esses povos exercem controle político e podem tomar decisões segundo sua cultura (GÓMEZ, 2002, p. 266).

O exercício de suas próprias formas de organização social e política também possui grande relevância para os direitos coletivos dos povos indígenas, já que eles possuem seus regulamentos, formas de controle social, sistemas de cargos, mecanismos e procedimentos para a manutenção da vida comunitária (GÓMEZ, 2002, p. 266).

Esses direitos são essenciais à autodeterminação dos povos indígenas, visto que estão voltados à coletividade, seus arranjos sociais e à própria existência das comunidades. Dessa forma, devem ser impostos limites à interferência do direito estatal junto a esses povos, devendo o Estado atuar não como interventor, mas como mediador de conflitos e interesses (CURI, 2012, s.p.).

## **2 O DIREITO INDÍGENA NAS “NOVAS” CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS**

Antes de discutir o tratamento dado ao direito indígena nas mais recentes constituições latino-americanas, é interessante tecer alguns breves comentários acerca dos regulamentos existentes sobre o assunto no plano do direito internacional, visto que exerceram sua influência sobre muitas das constituições promulgadas no continente.

Nesse sentido, um dos documentos mais importantes é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), denominada “Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais”, cuja adoção se deu em 27 de junho de 1989.

A magnitude da Convenção 169 pode ser percebida em diversas perspectivas, tais como: o uso da expressão “povos” para identificar os grupos indígenas; a adoção da consciência de identidade como critério fundamental para determinar a quem se aplica a Convenção; determinar a consulta aos povos indígenas sempre que “sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los

diretamente”; direito aos recursos naturais existentes em suas terras, dentre outros (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT, 1989, s.p.).

Todavia, diante do que foi exposto anteriormente sobre o pluralismo jurídico, merecem críticas os seguintes dispositivos da Convenção 169:

Artigo 8º

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

[...]

Artigo 9º

1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

[...]

(OIT, 1989, s.p.).

Como se percebe, os dispositivos acima transcritos tratam o direito indígena como consuetudinário e o coloca em posição de subalternidade perante os sistemas jurídicos nacionais e “os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”, o que não se coaduna com a construção de um verdadeiro pluralismo jurídico. Apesar disso, é inegável a importância da Convenção 169 para o avanço do reconhecimento do direito e dos direitos dos povos indígenas nas constituições latino-americanas que viriam depois dela.

No México, movimentos indígenas se basearam na Convenção 169 para organizar suas demandas e questionar a reforma constituinte. Na Guatemala, grupos rebeldes indígenas condicionaram a assinatura do Acordo de Paz à ratificação da Convenção pelo Estado. Já no Chile, a pressão das organizações pela ratificação da Convenção atuou como fator de articulação (URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008, s.p.).

Da mesma forma, a Convenção 169 influenciou fortemente a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, assinada em 2007, e que apresentou diversos avanços, incluindo, dentre outros, o direito à autodeterminação, o “direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais”, o reconhecimento das “leis, tradições, costumes e regimes de posse da terra”, e o direito de promover, desenvolver e manter seus costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU, 2007, s.p.).

Verifica-se, portanto, que a Declaração, apesar de submeter o direito indígena às normas de direitos humanos, empodera as autoridades comunitárias e privilegia as tomadas de decisões nos assuntos internos e a administração de justiça pelos povos indígenas.

A influência dos instrumentos citados acima nas mais recentes constituições latino-americanas é importante, mas, conforme lembra Marés (1998, p. 185, apud URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008, s.p.), os direitos indígenas mereceram pouca atenção ao longo da história:

É necessário ressaltar que até a década de 80, com raras exceções, as Constituições latino-americanas nem sequer se referiam aos direitos dos povos indígenas, alguns países criaram um sistema jurídico à margem da diferença étnica, como a Bolívia, de maioria de população indígena, que somente alterou a situação na reforma constitucional de 1994.

Na lição de Barié (2003, p. 87, apud URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008, s.p.), nas últimas décadas, a reorganização constitucional dos países latino-americanos pode ser classificada segundo o grau de aderência aos instrumentos internacionais sobre direitos indígenas e pelo alcance dos direitos reconhecidos por elas, dividindo-se os Estados em três grupos, conforme exposto abaixo.

No primeiro grupo estão aqueles que não incorporaram em suas leis fundamentais direitos para as minorias étnicas e não trazem em suas constituições o conceito de indígena. Estão nesse grupo Belize, Chile, Guiana Francesa, Suriname e Uruguai. No segundo grupo estão os Estados que, pontualmente, concedem algum tipo de proteção constitucional aos povos indígenas, mas o fazem de maneira incompleta e em uma perspectiva evolucionista e assimilacionista. Incluem-se aí Costa Rica, El Salvador, Guiana e Honduras. Por fim, no terceiro grupo, estão aqueles Estados que possuem Constituições com um amplo rol de direitos indígenas, ainda que com amplitude e alcance diversos: Guatemala, Nicarágua, Brasil, Argentina, Panamá, Bolívia, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru e a Venezuela (2003, p. 87, apud URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008, s.p.).

Vale ressaltar que as Constituições da Nicarágua (1987) e do Brasil (1988) exerceram influência sobre a Convenção 169 da OIT. Todavia, atualmente, os instrumentos constitucionais mais avançados em termos de direitos e garantias dos povos indígenas são os da Bolívia, Equador, Venezuela e Colômbia (2003, p. 87, apud URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008, s.p.).

Esse movimento, surgido nas últimas três décadas do século XX e que avança pelo início do século XXI, é denominado de Novo Constitucionalismo Democrático Latino-americano. Ele representa o surgimento de um novo modelo constitucional baseado na riqueza cultural do continente, sendo o resultado das lutas de parcelas excluídas das sociedades da América Latina (TEIXEIRA; TARREGA, 2016, s.p.).

De acordo com Antônio Carlos Wolkmer (2010, p. 143155, apud TEIXEIRA; TARREGA, 2016, s.p.), esse movimento se divide em três fases:

A primeira fase teria tido por resultado as constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991), ambas com forte caráter socializante e reconhecedor de direitos coletivos e plurais. O segundo ciclo, representado pela constituição da Venezuela, se caracteriza por um constitucionalismo participativo e pluralista. Por fim, o terceiro ciclo desse novo constitucionalismo é representado pelas recentes e vanguardistas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), cujas novidades incluem um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um paradigma não universal e único de Estado de Direito, reconhecedor da coexistência de experiências de sociedades interculturais (sejam indígenas, comunais, urbanas e camponesas) e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional, de forma a conviverem instâncias legais diversas em igual hierarquia-jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa.

Especialmente quanto a Equador e Bolívia, Boaventura de Sousa Santos (2012, p. 13) afirma que foram os países que apresentaram as mudanças constitucionais mais significativas no curso dos movimentos encampados por indígenas e outras organizações sociais e populares. Desta maneira, as constituições de ambos países contêm o gérmen de uma mudança paradigmática do direito e do Estado modernos, sendo possível se falar em um processo de refundação política, social, econômica e cultural.

No que tange à justiça indígena, diz Santos (2012, p. 13) que:

El reconocimiento de la existencia y legitimidad de la justicia indígena que, para remitirnos al periodo posterior a la independencia, venía de décadas atrás, adquiere un nuevo significado político. No se trata solo del reconocimiento de la diversidad cultural del país o de un expediente para que las comunidades locales y remotas resuelvan pequeños conflictos en su interior, garantizando la paz social que el Estado en ningún caso podría garantizar por falta de recursos materiales y humanos. Se trata, por el contrario, de concebir la justicia indígena como parte importante de un proyecto político de vocación descolonizadora y anticapitalista, una segunda independencia que finalmente rompa con los vínculos eurocéntricos que han condicionado los procesos de desarrollo en los últimos doscientos años.

O reconhecimento da justiça (ou jurisdição) indígena é um passo importante na direção da construção de um pluralismo jurídico. No contexto latino-americano, Equador e Bolívia ostentam as formas mais avançadas de reconhecimento constitucional dos direitos e, especialmente, do direito dos povos indígenas, já que admitem que esses povos possuem um sistema jurídico próprio e a soberania para aplicá-lo, administrando justiça segundo suas próprias tradições.

### 3 O PENSAMENTO DESCOLONIAL E O DIREITO INDÍGENA

Observa Boaventura de Sousa Santos (2012, p. 20) que “la dificultad en reconocer y valorar la diversidad intercultural tiene un nombre viejo pero igualmente válido: se llama colonialismo”. O colonialismo é um sistema que torna naturais as relações de dominação e subordinação, baseando-as em diferenças étnicas ou raciais. Nesse sentido, revela-se a monoculturalidade e colonialidade do Estado moderno, já que tem por base uma norma eurocêntrica que oculta a diversidade em vez de celebrá-la (SANTOS, 2012, p. 20).

Em que pese países como Equador e Bolívia reconhecerem o problema da colonialidade e possuírem, inclusive, órgãos estatais voltados à descolonização, descolonizar instituições, práticas e mentalidades é algo que irá demandar muito tempo, pois a realidade é muito colonialista e isto se manifesta de formas diversas, sendo o racismo a mais conhecida (SANTOS, 2012, p. 21).

Mas o que vem a ser a descolonialidade?

A descolonialidade constitui-se em uma forma de pensar, produzir e valorizar conhecimentos que não correspondam à lógica da colonialidade, do mesmo modo que busca afastar pressupostos e teorias eurocêntricas. Por um lado, o pensamento decolonial tem como intenção refletir criticamente sobre as relações de poder e de colonialidade no âmbito do conhecimento, por outro, também se preocupa com a construção de saberes que resgatem e empoderem os conhecimentos oprimidos e subalternizados (ZEIFERT; AGNOLETTI, 2019, s.p.).

Enrique Dussel (2000, s.p., apud ZEIFERT; AGNOLETTI, 2019, s.p.) estabelece uma relação direta entre modernidade e colonialidade, já que a primeira se reveste de uma narrativa eurocêntrica que

busca ocultar as consequências da segunda. Dentro de tal narrativa, a sociedade moderna se descreve como a civilização mais desenvolvida e superior, firmando, ainda que de forma inconsciente, uma postura eurocêntrica. Essa posição autoafirmada de superioridade acaba por colocar outros povos e culturas em condição de inferioridade.

O direito moderno, como já exposto, adota essa mesma postura. Ele assume um lugar de superioridade frente a outras experiências jurídicas que, por sua vez, acabam sendo marginalizadas, ignoradas, ridicularizadas.

Fazendo referência à teoria crítica do direito brasileira, Tercio Sampaio Ferraz Junior e Guilherme Roman Borges (2020, p. 145) propõem uma crítica ao paradigma europeu de racionalidade construído na modernidade, como forma de superação do binômio modernidade-colonialidade, ou seja, para a consecução do giro descolonial, apresentando-a como “[...] uma negação da razão moderna e sua instrumentalidade supostamente a serviço de libertação e progresso, mas que no fundo e a cabo produzem distorções e desencontros culturais com a sociedade brasileira”.

Apesar de os autores fazerem referência à teoria crítica e à sociedade brasileira, tais ideias podem ser aplicadas à América Latina como um todo, visto que todo o continente se constituiu historicamente sob uma experiência galgada no binômio modernidade-colonialidade.

Partir de perspectivas cotidianamente aceitas impede ler o que a antropologia jurídica já o fez há muito quando percebeu que direitos tradicionais estão mais próximos de um direito modelo e menos de um direito sanção, clássica distinção entre culturas de vergonha e de culpa; que direitos tradicionais são flexíveis por essência, seja em termos de autoridade, de jurisdição, de acomodação de fatos a preceitos normativos, de formas variadas de punições e não estáveis e nem uniformes etc., sem que isso represente necessariamente arbitrariedade e irracionalidade (FERRAZ JUNIOR; BORGES, p. 146).

O direito indígena, cujo caráter essencialmente coletivo foi apresentado acima, enquadra-se na categoria de “direito modelo” e flexível. Assim, qualquer tentativa de conformá-lo à moldura das tradicionais teorias europeias o colocaria em uma posição subalterna e inferiorizada.

O giro descolonial, por outro lado, é capaz de fazer com que setores silenciados da sociedade sejam ouvidos, refundando o Estado a partir de um olhar plurinacional e multinacional, fazendo com que várias nações, representantes de várias culturas, sejam reconhecidas, e não apenas uma (MÉDICI, 2012, p. 135, apud TEIXEIRA; TÁRREGA, s.p.).

Nesse sentido, as Constituições de Equador e Bolívia são exemplos de que é possível repensar o Estado e a teoria do direito a partir de um viés plural, promovendo o acolhimento e o empoderamento de povos, culturas e experiências jurídicas que vêm sendo marginalizados e excluídos desde 1492.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Muito antes da chegada dos primeiros europeus à América-Latina, o continente já tinha história, culturas e tradições próprias. Uma profusão de povos indígenas, com milhões de indivíduos que praticavam um modo de vida baseado em uma visão de mundo totalmente diversa da europeia. A

modernidade e a “descoberta” da América cria uma periferia para a Europa, transformando os povos originários – segundo a visão eurocêntrica – em “bárbaros” e “selvagens” que deveriam ser dominados e domados segundo os ditames culturais da metrópole.

O direito moderno também adotou a mesma racionalidade dominadora, impondo-se como superior frente ao direito dos povos originários que, assim como eles, foram excluídos, inferiorizados e marginalizados. Nesse sentido, observou-se que a classificação do direito indígena como “consuetudinário” ou “costumeiro” é um reflexo desse modo de pensar, já que o coloca em posição subalterna em relação ao direito estatal, normalmente escrito e codificado.

Para que se supere essa visão do direito indígena se faz necessária a adoção de uma visão pluralista do direito, de modo que seja reconhecida sua relevância para a vida e a organização dos povos originários da América Latina. Ele é um direito originado de tradições, culturas e saberes ancestrais; está voltado a questões comunitárias e coletivas, representando uma visão de mundo e uma forma de viver. O direito indígena deve conviver em harmonia com o direito estatal, mas não ser “harmonizado” com esse, pois tal harmonização implicaria, ao final, em sujeição.

No campo do direito internacional, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas representam um avanço na construção desse pluralismo. Embora tais instrumentos também mereçam críticas por classificar o direito indígena como consuetudinário e sujeitá-lo aos sistemas jurídicos de cada país e aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, é inegável sua importância nos avanços observados nas mais recentes constituições latino-americanas em matéria de direitos dos povos indígenas.

O Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano, especialmente nas experiências de Equador e Bolívia, tem ampliado os direitos indígenas de uma forma sem precedentes na história do continente, resgatando, também, a importância do direito e da justiça indígena, descolonizando o direito e resgatando um pouco da dignidade desses povos, pelo menos em termos formais.

## REFERÊNCIAS

CUEVAS GAYOSSO, Jose Luis. La costumbre jurídica de los pueblos indígenas en la constitución del estado de veracruz, méxico (2000), de la norma a la praxis. In: ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (Coord.). **La construcción del estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho: XII Jornadas Lascasianas**. México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

CURI, Melissa Volpato Curi. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. **Espaço Ameríndio**. Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216/23719> Acesso em 16 set. 2020.

FAUSTO, Carlos. **Os índios antes do Brasil**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020.

GÓMEZ, Magdalena. Derechos indígenas y constitucionalidad. In: KROTZ, Esteban (Ed.). **Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho**. Rubí, Barcelona: Anthropos Editora; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Izatapalapa, 2002, p. 235-278.

LUZ, Cícero Krupp da. Do eurocentrismo à ocidentalização: itinerários da estrutura sócio-jurídica latino-americana de exclusão do outro. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 49, n. 63, p. 137-156, jan/jun. 2015. Disponível em: <http://ojs.ite.edu.br/index.php/ripe/article/view/52/100> Acesso em: 15 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração das nações unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao\\_das\\_Nacoes\\_Unidas\\_sobre\\_os\\_Direitos\\_dos\\_Povos\\_Indigenas.pdf](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf) Acesso em 30 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Convenção 169**. 1989. Disponível em [https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236247/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.htm) Acesso em 30 set. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia**. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2012. pp. 11-48.

TEIXEIRA, Luis Alberto; TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro descolonial. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 237-260, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/3ac618ca3d4fb5aac76550ab3f8e6b78.pdf> Acesso em 15 set. 2020.

URQUIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. Questão indígena na América Latina: direito internacional, novo constitucionalismo e organização dos movimentos indígenas. **Brazilian Journal of Latin American Studies**. São Paulo, v. 7, n. 12, p. 199-222, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.1676-6288.prolam.2008.82316> Acesso em 30 set. 2020.

ZEIFERT, Anna Paula Bagetti; AGNOLETTI, Vitória. O pensamento descolonial e a teoria crítica dos direitos humanos: saberes e dignidade nas sociedades latino-americanas. **Revista Húmus**. São Luís, v. 9, n. 26, pp. 197-218, 2019. Disponível em <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12077> Acesso em 30 set. 2020.

**Recebido em:** 08 de junho de 2022

**Avaliado em:** 10 de julho de 2022

**Aceito em:** 15 de novembro de 2022

1 Faculdade de Direito do Sul de Minas. E-mail: [williandemelo81@gmail.com](mailto:williandemelo81@gmail.com)