

# **Reflexões sobre pluralismo jurídico e direitos indígenas na América do Sul**

**Simone Rodrigues Pinto**

## **Introdução**

A modernidade trouxe consigo as concepções de estado-nação e monismo jurídico, que foram respaldadas por políticas de homogeneização cultural e centralização político-jurídica. No entanto, as disputas sobre direitos dos imigrantes, dos indígenas e de outras minorias culturais estão gerando questionamentos a respeito destes pressupostos que têm governado a vida política mundial durante décadas. Segundo Rachel Fajardo, a falta de ações que contemplem a diversidade dos Estados cria déficit de legitimidade da institucionalidade jurídica oficial.

A discussão sobre o direito das minorias está longe de ser pacífica. Surpreendentemente, a tradição política ocidental tem se ocupado muito pouco com estas questões. O modelo fictício de estado-nação tem obscurecido as demandas de grupos étnicos minoritários e moldado os debates sobre política, economia e direito. No âmbito da filosofia política contemporânea, podemos discutir pluralismo contrapondo as visões liberais e comunitárias acerca do bem. Embora ambas as correntes diverjam na maneira em que compreendem as sociedades plurais da atualidade, acreditam que é possível formular um ideal de justiça adequado a esta pluralidade. Liberais como John Rawls e Ronald Dworkin compreendem que existe diversidade de concepções individuais acerca da vida digna que coexistem numa sociedade plural. Assim, priorizam a neutralidade estatal através da promoção dos direitos fundamentais, que limitem a soberania popular. Este tipo de liberalismo ofusca as reivindicações dos indígenas enquanto coletividade e reduzem sua participação nos processos democráticos em função da desigualdade histórica em que estão inseridos.

Por outro lado, comunitaristas como Michael Walzer e Charles Taylor estão preocupados em assinalar a multiplicidade de identidades sociais culturalmente específicas

e historicamente referidas, priorizando a soberania popular enquanto participação ativa dos cidadãos na vida pública. Walzer, comentando a obra de Taylor, desenvolve uma tipologia de liberalismo, denominando de liberalismo 1 e liberalismo 2. O primeiro tipo reforça a idéia de direitos individuais frente a um Estado neutro, ou seja, sem projetos de cunho coletivo, seja cultural ou religioso. O segundo tipo de liberalismo interessa-se pela sobrevivência e promoção cultural de um grupo majoritário, promovendo sua cultura e religião, mas sem se descuidar dos direitos básicos dos cidadãos que não fazem parte deste grupo estejam garantidos. Estas propostas refletem a antiga tensão entre direitos coletivos e liberalismo clássico.

Will Kymlicka sugere repensar a tradição liberal e seu individualismo filosófico, procurando desenvolver, a partir do liberalismo, uma teoria que dê conta do status das minorias nacionais. Ele desenvolve uma tipologia dos diferentes tipos de direitos das minorias. Ele classifica-os como a) direitos de auto-governo: delegação de poderes a minorias nacionais, por meio de algum tipo de federalismo; b) direitos poliétnicos: apoio financeiro e proteção legal para determinadas práticas associadas com determinados grupos étnicos ou religiosos e c) direitos especiais de representação: cargos políticos garantidos para grupos étnicos ou nacionais no seio das instituições centrais do Estado que o engloba. Assim procura reconciliar o liberalismo com as demandas relativas a direitos coletivos.

Um dos efeitos da concepção de Estado monocultural sobre os povos indígenas foi a sistemática imposição dos princípios e formas de organização de sua vida social e o controle das suas formas de solução de conflitos. Muitos povos resistiram a estas imposições e internamente mantiveram seus próprios modelos de justiça, chamados de *usos e costumes*. Dessa forma, o chamado "novo multiculturalismo" na América Latina consiste em processos de reformas constitucionais que buscam reconstituir os Estados como pluriculturais e multiétnicos, reconhecendo, em especial, o direito consuetudinário indígena. O direito

consuetudinário foi concebido como um conjunto de normas e práticas legais e estruturas de autoridade utilizadas por grupos indígenas em lugar do direito estatal ou em conjunção com este.

As primeiras discussões sobre o tema foram dominadas por uma análise antropológica estrutural funcionalista, com um caráter implicitamente conservador, que tendia a ver as sociedades tradicionais como harmoniosas, estáticas e sem temporalidade. A partir dos anos oitenta, as análises antropológicas passaram a rechaçar estas concepções e começaram a ver o direito consuetudinário e o direito estatal não mais como sistemas paralelos, mas como distintas esferas legais que coexistiam numa relação mutuamente constitutiva. O pluralismo jurídico passou a ser entendido cada vez mais como uma relação de dominação e resistência, ou seja, os paradigmas legais dominantes fixando parâmetros para as normas e práticas legais dos subordinados. Sally Falk Moore propôs a idéia de campo social semi-autônomo, observando que em um campo pequeno, como uma comunidade, suas regras, costumes e símbolos podem ser vulneráveis às regras, decisões e outras forças que emanam do mundo mais amplo que o rodeia. Partindo deste argumento, Sally Merry observa que o sistema legal externo penetra o campo, mas nem sempre o domina, pois há espaço para a resistência e a autonomia. Estabelece-se assim a crença no uso contra-hegemônico do direito como instrumento de emancipação de povos marginalizados.

Esta tem sido a luta de muitos movimentos indígenas na América Latina, procurando recuperar sua própria autonomia por meio do direito de autogestão e do reconhecimento da jurisdição especial indígena. Sensível aos avanços e retrocessos desta luta, este texto pretende expor um breve panorama da legislação constitucional na América Latina no que concerne aos direitos indígenas, partindo de uma reflexão histórica do conceito de autodeterminação dos povos e de reconhecimento da pluralidade étnica e cultural dos Estados.

## **Pluralismo jurídico na América Latina**

As lutas dos indígenas por reconhecimento de sua identidade cultural geraram uma legislação importante sobre os direitos dos povos no âmbito do Estado e no âmbito internacional. A reflexão sobre modelos e regimes autônomos e novas formas de representação indígena levou à aprovação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, em 1989, que define em seu artigo 8º que :

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

Somente na década de noventa, a afirmação do caráter pluricultural do Estado, a oficialização dos idiomas minoritários, a promoção da educação bilíngüe e o reconhecimento do direito consuetudinário praticado pelas comunidades indígenas foram objeto de reformas constitucionais na América Latina. Até então, refletindo as concepções prevaletentes de liberalismo político, na latino-américa, como em quase todo o mundo, dominava uma teoria jurídica fundada nas concepções Kelsenianas sobre a identidade do Estado e do Direito. O monismo jurídico proclama que somente a norma ou sistema normativo que provém do Estado tem força coercitiva e todas as outras manifestações jurídicas seriam consideradas meros costumes, podendo ser aplicadas somente na ausência do direito dominante. Esta concepção decorre de todo o esforço de consolidar o monopólio estatal da violência legítima para a perseguição e repressão dos atos delitivos.

O debate sobre o direito dos indígenas na América Latina remonta ao século XVI, quando o frei Bartolomé de Las Casas tentou construir uma teoria pacifista e de reconhecimento da diversidade cultural. Las Casas denunciou o discurso a respeito da inferioridade dos índios como um artifício para viabilizar os interesses de conquista

ocidentais. Para Las Casas, os usos e costumes indígenas que não violassem a lei divina e natural, que não afetassem a ordem econômico-política colonial nem a religião católica, deveriam ser permitidos. Alguns autores afirmam que este frei dominicano é o precursor dos direitos humanos, do anti-colonialismo e do indigenismo, com suas defesa de uma pluralidade de sistemas políticos e do reconhecimento dos governos indígenas existentes na época. Segundo ele:

Cualesquiera naciones y pueblos, por infieles que sean, poseedores de tierras y de reinos independientes, en los que habitaron desde un principio, son pueblos libres y que no reconocen fuera de sí ningún superior, excepto los suyos propios, y este superior o estos superiores tienen la misma plenísima potestad y los mismos derechos del príncipe supremo en sus reinos, que los que ahora posee el emperador en su imperio.

Las Casas foi veemente em denunciar as atrocidades cometidas pelos espanhóis na colônia, iniciando uma cruzada pela proteção dos povos indígenas. Combatia a escravização dos índios e afirmava a possibilidade de evangelizá-los sem o uso da violência. Por sua posição, fortemente contrária ao processo de espoliação que ocorria nas Américas, sofreu duras críticas. Seu principal opositor foi o jurista Juan Ginés de Sepúlveda, para quem os habitantes das terras novas eram seres inferiores, animais, pecadores contumazes que deveriam ser integrados à comunidade cristã pela força ou então eliminados, caso houvesse resistência. Se resistissem à dominação natural e justa dos povos superiores estariam justificando sua própria destruição. Na sua obra *Democrates Segundo o de las justas causas de la guerra contra los indios*, Sepúlveda exaltou o sistema de encomendas e considerou justas as guerras contra os índios que resistissem à fé cristã. Para ele, a guerra era não somente lícita, mas o único meio viável para sujeitar os nativos à Coroa Espanhola.

Por fim, a Coroa Espanhola permitiu às autoridades indígenas administrarem a justiça dentro de suas próprias comunidades, desde que os casos envolvessem apenas índios e que fossem de menor potencial. Ainda que a teoria de Las Casas tenha sido oficialmente acolhida, a prática segregacionista prevaleceu. Partindo da crença na inferioridade natural

dos índios, reconheceram-se seus usos e costumes e as autoridades indígenas, desde que não afetassem a “lei humana e divina”, a ordem econômica colonial e a religião católica.

O domínio português não foi muito diferente. Ainda que houvesse várias normas proibindo a escravidão dos indígenas, o esforço de submetê-los ao trabalho produtivo em benefício da colônia gerava sua desagregação. Prevalcia uma política integracionista, presente na legislação brasileira até a Constituição de 1988.

Com a independência, importou-se a noção de estado-nação e o modelo centralizado de política e direito. Impôs-se em todos os países latino-americanos a homogeneização cultural forçada e o desaparecimento dos regimes jurídicos diferenciados. As constituições dos novos Estados sequer mencionaram os indígenas, negando sua existência e sua autonomia cultural, política e jurídica. Somente mais tarde, em meados do século XX, as Constituições começaram a reconhecer a existência dos indígenas e alguns direitos específicos de suas comunidades, guiadas por políticas integracionistas e por concepções paternalistas que buscavam integrar o índio ao mercado.

Recentemente alguns países da América do Sul adotaram o sistema jurídico pluralista, reconhecendo a administração indígena da justiça. A realização plena do pluralismo jurídico nas Américas continua sendo uma utopia, mas algumas Constituições assumiram retroativamente a pré-existência das sociedades indígenas resgatando normas e costumes tradicionais. O regresso das instituições democráticas depois de muitos anos de ditadura ou guerra civil ou a existência de um processo geral de ampliação da participação política ocasionaram os principais avanços nas constituições latino-americanas. Também, as reformas que ocorreram estão respondendo às demandas por reconhecimento de grupos diversos de ameríndios que estão se organizando em níveis cada vez mais amplos e reivindicando sua cultura, seus territórios, suas instituições e seu direito a participar.

Algumas Cartas Magnas ignoram quase que por completo a problemática indígena. Belize, Chile, Guiana Francesa, Suriname e Uruguai não contemplam os direitos indígenas

em suas Constituições. No Chile, esta lacuna pode estar relacionada à ampla política do governo militar de transformar os indígenas em agricultores, empreendendo ações de assimilação. No Belize, Guiana Francesa e Suriname as poucas referências aos direitos territoriais indígenas estão em legislações secundárias, seguindo uma tradição mais anglo-saxônica de organização legal. No Uruguai, já há mais de um século que não se registra a presença de indígenas e por isto sua Constituição não se ocupa do tema. Costa Rica, El Salvador, Guiana e Honduras fazem alguma referência à questão indígena, mas de forma bastante supérflua. As organizações indígenas nestes países se encontram em processo recente de articulação.

O multiculturalismo constitucional foi-se difundindo na América Latina a partir das Constituições da Guatemala (1986) e da Nicarágua (1987). Desde então, outros países criaram suas próprias variações do reconhecimento dos direitos indígenas, levando em consideração tensões internas e forças antagônicas que transformaram as Constituições latinoamericanas em construções legais complexas. Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela possuem Constituições que representam avanços significativos. Todas de alguma forma aceitam e protegem a identidade étnica de suas minorias e quase todas reconhecem a precedência dos povos indígenas em relação ao estabelecimento do Estado.

Cabe destacar que atualmente os documentos mais avançadas no que tange ao reconhecimento de direitos indígenas na América do Sul são as Constituições da Colômbia, do Equador, da Venezuela, do Brasil e do Paraguai, embora cada uma delas enfatize temas diferenciados. A Constituição do Paraguai é tecnicamente bem elaborada, com influência de teorias antropológicas mais modernas, mas a falta de práticas participativas no país esvazia sua eficácia. A Constituição Federal brasileira, por exemplo, apresenta importantes avanços, como o aproveitamento dos recursos naturais pelos índios e a participação do Ministério Público, mas o reconhecimento multicultural está longe de ser completo. O artigo 232 dispõe

que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para atuar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

O Estado brasileiro não reconhece nenhum direito de autogestão e o processo de demarcação de terras é lento e cheio de obstáculos. Além disso, apesar de reconhecer as múltiplas fontes da cultura nacional (art.215,1º) estabelece o monolingüismo. Ainda que permita a educação bilíngüe, estabelece a língua portuguesa como idioma oficial em todo o território.

Artigo 13: A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

Artigo 210 §2º: O ensino fundamental regular será feito em língua portuguesa e será assegurado, também, às comunidades indígenas o uso de suas línguas maternas e métodos próprios de aprendizagem.

Atualmente as Constituições do Equador e da Colômbia são os documentos mais elaborados em matéria de direitos indígenas. Ainda que sua plena aplicação não aconteça ainda, o texto constitucional é bem aceito pelos movimentos indígenas. Na Colômbia tem sido construída uma ampla jurisprudência para discutir a matéria indígena.

Em seu artigo 7º, a Constituição colombiana estabelece que “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*. O reconhecimento da pluralidade étnica oferece uma visibilidade importante para os indígenas no país. Além disso, avança um pouco mais quando reconhece os idiomas falados por estas etnias como línguas oficiais do país: “*El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe*” (artigo 10). Apesar de ter um número proporcionalmente pequeno de indígenas na soma total de sua população, a Constituição colombiana garante a representação das comunidades indígenas no Senado. O artigo 171 estabelece que “*habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas*”. Este ajuste

garante uma participação mais efetiva na construção das leis nacionais, fortalecendo os movimentos indígenas locais.

O avanço mais significativo relativo ao pluralismo jurídico é o reconhecimento da jurisdição especial indígena. O artigo 246 estabelece que *“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”*. A articulação entre a jurisdição especial indígena e o direito estatal ainda está em construção, mas o debate tem enriquecido a temática. Também contempla o direito de autogestão: *De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades (...)*.

No Equador, o movimento indígena é forte e bem articulado e o que parece ser o maior obstáculo para a plena realização das prescrições constitucionais é uma certa instabilidade das instituições políticas. Já no primeiro artigo da Constituição há o reconhecimento da nação como multiétnica: *“El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico”*. Assim garante o direito à educação bilingue, à diversidade cultural e a proteção ao conhecimento ancestral coletivo.

O direito consuetudinário indígena é reconhecido no artigo 191 da Constituição, que estabelece que *“Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”*.

A Venezuela deu um salto qualitativo importante e a Constituição de 1999 ampliou bastante o leque de direitos indígenas. Sua definição de terra indígena é uma das mais avançadas da América Latina. Também reconhece os idiomas indígenas como oficiais, garante a educação bilingue e a preservação dos lugares sagrados. Está garantida também a representação indígena na Assembléia Nacional e em outros corpos deliberativos: *“Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuelaelegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres”*. O artigo 260 reconhece a jurisdição especial indígena conforme disposto: *“Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”*.

Ainda que a proteção constitucional dos direitos indígenas esteja em franca expansão, o reconhecimento de uma jurisdição própria, como expressão fundamental do controle sobre sua ordem social, e do direito de ser regido por seus próprios costumes e autoridades ainda é incipiente. Na América do Sul, o reconhecimento da jurisdição especial indígena está exposto nas Constituições da Bolívia, da Colômbia, do Equador, do Paraguai, do Peru e da Venezuela. Muitas carecem de regulamentação infra-constitucional, mas demonstram a disposição de aceitar a prática legal indígena em articulação com o direito estatal. Fora da América do Sul, apenas a Constituição do México faz expressa referência à jurisdição indígena. As Constituições da Nicarágua e do Panamá se remetem a legislações específicas.

A quebra do rigor estabelecido pelas doutrinas e legislações que fortalecem o monismo jurídico demonstram um avanço tardio, mas importante no respeito ao direito dos ameríndios. Séculos se passaram para que a legislação reconhecesse que o que é diferente

não necessariamente é inferior. Ainda há muito o que se mudar na consciência nacional para que as contribuições constitucionais se tornem efetivas.

### **Considerações finais**

Os estudos a respeito da administração da justiça por determinados grupos étnicos têm apontado para a tendência em angariar consenso em vez de castigo, por sua cosmovisão que desconhece esferas exclusivamente jurídicas e seu alto grau de credibilidade entre os membros desta determinada comunidade. Tudo isto faz com que o estudo do direito indígena e sua coordenação com o direito estatal seja um campo importante e rico a ser explorado.

Esta discussão relança a necessidade de repensar as relações entre grupos hegemônicos dominantes e as comunidades indígenas, tradicionalmente submetidas ao abandono, à discriminação, à segregação e ao extermínio, não só no plano econômico, político, cultural, mas também jurídico. Na maioria das regiões da América Latina, os índios se encontram alheios ao sistema jurídico estatal e, não poucas vezes, são vítimas da falta de compreensão da cultura e da língua por parte dos agentes do Estado. Eduardo Galeano conta um destes exemplos:

En 1986, un diputado mexicano visitó la cárcel de Cerro Hueco, en Chiapas. Allí encontró a un indio tzotzil, que había degollado a su padre y había sido condenado a treinta años de prisión. Pero el diputado descubrió que el difunto padre llevaba tortillas y frijoles, cada medio día, a su hijo encarcelado. Aquel preso tzotzil había sido interrogado y juzgado en lengua castellana, que él entendía poco o nada, y con ayuda de una buena paliza había confesado ser el autor de una cosa llamada parricidio.

No sistema judicial estatal estão envolvidos juízes, acusados, vítimas e testemunhas, cada qual com sua própria bagagem subjetiva de vida, seu contexto cultural, sua posição social e sua colocação hierárquica no processo. Nenhum discurso está isento de ideologia, no sentido de que sempre pressupõe atitudes e escolhas por parte daquele que o constrói, que o formula. O discurso jurídico, mais ainda, agrega valores, impõe condutas, conduz instituições, movimenta riquezas, restringe liberdades, define visões de mundo e, portanto, sustenta uma ideologia. A aparente neutralidade das leis e das decisões judiciais obscurece uma rede de disputas sociais, econômicas e culturais que subjaz ao texto normativo.

Roberto Cardoso de Oliveira chama a atenção para as falhas da comunicação intercultural quando afirma que “o contexto interétnico em que se dá a confrontação entre essas normas está contaminado por uma indisfarçável hierarquização de uma cultura sobre a outra, reflexo da dominação ocidental sobre os povos indígenas”. Assim, “o diálogo estará comprometido pelas regras do discurso hegemônico”. São estruturas de dominação, exploração e alienação que excluem as comunidades indígenas da comunidade de comunicação, e isto fica ainda mais evidente quando a arena de interação são as causas judiciais.

Muitos são os desafios para construir um Estado multicultural e uma jurisdição que corresponda a ele. Toda transformação implica em mudanças profundas na estrutura social para que as diferenças sejam consideradas valiosas e benéficas. O reconhecimento da diferença real é o primeiro passo para a construção de uma cidadania efetiva.

### **Referências Bibliográficas**

ALBUQUERQUE, Antonio Armando. Filosofia político-indigenista de Bartolomé de las Casas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina. Lumen Juris, 2004.

BARIÉ, Cletus Gregor. Pueblos indígenas y derechos constitucionales em America Latina. Bolívia: Abya Yala, 2003.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva. Lumen Juris, 2000.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

GALEANO, Eduardo. Patas arriba. Siglo XXI, 3ª. Edición, 1999.

KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural: uma teoria liberal de los derechos de las minorías. Paidós, 1996.

LAS CASAS, Bartolomé. Obra indigenista. Madrid: Editorial Alianza, 1985.

MERRY, Sally Engle. ‘Legal pluralism’. Law and Society Review, Vol. 22, 1988, pp.869-96.

MOORE, Sally Falk. Law as process: an anthropological approach. Routledge, 1978..

NADER, Laura. Harmony ideology, justice and control in a Zapotec Mountain Village. Stanford University Press, 1990.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso. O trabalho do antropólogo. Editora Unesp, 1998.

SIEDER, Rachel. Multiculturalism in Latin America: indigenous rights, diversity and democracy. Palgrave Press, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. O renascer dos povos indígenas para o direito. Juruá, 1998.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: Charles Taylor. Multiculturalismo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. pp 45-94.