



Marcelo Paiva dos Santos

DA NATUREZA COMUM DA FORMA DE SER DOS
POVOS. UMA ANÁLISE JURÍDICA EM SENTIDO
NEGATIVO.

Anexo III

Dissertação de Doutoramento em Direito, na área de Ciências Jurídico-Filosóficas, Orientada pelo Dr. José Manuel Aroso Linhares e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Agosto/2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
CURSO DE DOUTORAMENTO EM DIREITO**

MARCELO PAIVA DOS SANTOS

**DA NATUREZA COMUM DA FORMA DE SER DOS POVOS.
UMA ANÁLISE JURÍDICA EM SENTIDO NEGATIVO.**

COIMBRA

2017

MARCELO PAIVA DOS SANTOS

ANEXO III

COIMBRA

2017

SUMÁRIO

1.	ARGENTINA.....	1
1.1	A POSIÇÃO DA SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DE SALTA.	2
1.2	A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS PELOS POVOS INDÍGENAS. ...	8
2.	BOLÍVIA.....	9
2.1	A QUESTÃO ESPECÍFICA DO.....	11
2.2	A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DA BOLÍVIA.	16
2.3	A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES BOLIVIANAS.	21
3.	BRASIL.....	22
4.	CHILE.	26
4.1	A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO CHILE.	27
4.2	A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES CHILENAS.	27
5.	COLÔMBIA.....	29
5.1	A POSIÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA.....	30
5.2	A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES COLOMBIANAS.	33
6.	EQUADOR.....	35
6.1	A POSIÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL DO EQUADOR.	42
6.2	A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES EQUATORIANAS.....	54
7.	GUIANA FRANCESA.	57
7.1	A POSIÇÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL DA FRANÇA.	58
8.	PARAGUAI.....	58
8.1	A POSIÇÃO DO JUIZ PENAL DE GARANTIAS DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIAL DO DEPARTAMENTO DE AMAMBAY – PARAGUAY.....	59

8.2	A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES PARAGUAIAS.	62
9.	PERU.	62
9.1	A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO PERU.....	63
9.2	A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES PERUANAS.....	66
10.	REPÚBLICA COOPERATIVA DA GUIANA.	66
10.1	A POSIÇÃO DA SUPREMA CORTE DE JUDICATURA DA REPÚBLICA COOPERATIVA DA GUIANA.....	67
10.2	A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES GUIANESAS.	67
11.	SURINAME.	68
11.1	ALGUMAS NOTAS SOBRE AS OMISSÕES LEGAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO SURINAME.	71
11.2	A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE UM CASO OCORRIDO NO SURINAME.	73
12.	URUGUAI.	76
13.	VENEZUELA.	77
13.1	A POSIÇÃO DA SALA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTIÇA DA REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA.	78
13.2	A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELA VENEZUELA E A NÃO SUJEIÇÃO DO PAÍS À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.	79

1. ARGENTINA.

A Constituição da Nação Argentina, de 1994, determina a proteção do patrimônio cultural em seu artigo 41, combinado com o artigo 75, inciso 19.¹

No artigo 19 se estabelece que as ações privadas que não atentem contra a moral pública, os bons costumes ou a integridade de terceiros estão isentas da autoridade dos magistrados; ou seja, admite-se o pluralismo e a aceitação das diferenças, ainda que limitada. Saliente-se que, no artigo 25, há um resquício do privilégio ao eurocentrismo pautado na previsão do fomento estatal para a migração europeia.

Por último, em seu artigo 75, inciso 17, a Constituição traz uma cláusula específica atinente à situação dos povos indígenas, que tem sido criticada pela pouca amplitude e vaguidade, onde se estabelece que é uma das atribuições do Congresso Nacional reconhecer a preexistência étnica e cultural dos povos indígenas, garantindo-lhes o respeito à sua identidade, à educação bilíngue e intercultural, à personalidade jurídica de suas comunidades e a posse e propriedade comunitárias das terras tradicionalmente ocupadas.²

¹ Todos os artigos citados disponíveis em: <http://www.senado.gov.ar/delInteres>. Acesso em 14 de outubro de 2015.

² Rubén E. Figari, citando Rodolfo Stavenhagen, apresenta as seguintes críticas: “a) Deja abierta la cuestión de cómo se decide si existen o no minorías en algún estado; b) no reconoce derechos a las minorías como tales, sino simplemente a las personas que pertenezcan a dichas minorías y c) no se afirman los derechos en forma positiva, sino sólo se dice que no se negarán sus derechos a dichas personas.” FIGARI, R. E.. Un caso de diversidad cultural indígena en los delitos de índole sexual. Em: **Ciencias Penales/Revista Lexis Nexis, Argentina**. Disponível em: < http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/cultura%20indigena.pdf > Acesso em 28 ago 2015. O texto de Stavenhagen do qual se extraíram as referidas críticas é o seguinte: STAVENHAGEN, R. Derecho Internacional y derechos indígenas. Em: KROTS, E.. **Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho**. Barcelona: Ed. Anthropos, 2002, p. 183. No mesmo sentido são as disposições do art. 15, em seus incisos I e II, da Constituição da Província de Salta: “Art. 15 - I. La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta. Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad comunitaria de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley. II. El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores

1.1 A POSIÇÃO DA SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA DE SALTA.

A Suprema Corte de Justiça de Salta apreciou o recurso de cassação interposto por um membro do povo Wichí, enquanto defesa técnica face à decisão da Sala III, da Câmara de Acusação, que negou o recurso de apelação deduzido pelo acusado.³

O caso sob análise pode ser resumido da seguinte forma: José Fabián Ruiz, membro do povo Wichí, foi acusado de manter relações sexuais com a filha de sua mulher, quando a menor contava entre nove e onze anos de idade, vindo a engravidá-la. A defesa do acusado alegou que a decisão recorrida teria sido arbitrária, pois não teria considerado prova decisiva, que tivera por finalidade mostrar que no caso concorria um suposto estado de necessidade de respeito à identidade étnica e cultural do imputado. Entendera-se pela extemporaneidade da prova relativa aos costumes ancestrais do povo Wichí, com o que se incorrera em um excesso ritualístico protelatório do direito de defesa. Em razão das vicissitudes processuais que impediram a parte de efetuar o aporte da referida prova antes do auto de processamento, entendeu a recorrente que haveria que se admitir em alçada a ponderação da referida evidência de caráter substancial. Ademais, se alegou também que teria havido um engano e uma má interpretação nas primeiras manifestações da denunciante porque sua representação originária teria sido induzida.

Os juízes destacaram na sentença que quando o juiz originário resolveu processar o acusado já teria sido juntado o laudo antropológico. Contudo, apesar da especial abordagem que a análise da referida prova demandava, o que se verificou na formação do juízo decisório foi tão somente uma valoração pejorativa para o imputado, sem que tivesse em conta aspectos especialmente importantes que exsurtem do contexto, tais como a aceitação social de que nesses grupamentos

indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relacionado con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.” Id. (nota de rodapé nº 23)

³ Para a referida decisão da Suprema Corte de Justiça de Salta: SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. FALLO CJS 28526/6. Disponível em: <
<http://juriscortefallo.justiciasalta.gov.ar/wescrito11.aspx?5749,#Fallo> > Acesso em 27 ago 2015.

humanos as mulheres materiam relações sexuais desde temprana idade, mais concretamente a partir da primeira menstruação - *matrimonio privignático*; ou seja, aquele que se dá tanto com a mãe quanto com a filha -. Observou-se uma perplexidade no processamento penal do acusado tanto a partir da declaração do Presidente da Comunidade Lapocho Mocho quanto da declaração da mãe da menor, o que foi reforçado pelo conteúdo do laudo antropológico. Tais elementos teriam mostrado a existência do pontual contexto de convivência do imputado e da vítima em um marco de costumes ancestrais que haveria que ter resultado útil para apreciar uma possível distorção da compreensão da conduta atribuída como um injusto penal.⁴

A magistrada María Cristina Garros Martínez, no entanto, entendera que a demandante não poderia pretender ter êxito na alegação da inaplicabilidade da lei penal nacional a respeito do exercício indiscriminado dos direitos derivados da condição de indígena e de sua identidade cultural, a menos que se conferisse a esses uma condição de direitos constitucionais absolutos, que não possuiriam, e muito menos quando uma decisão em tal sentido teria como consequência o desconhecimento de outros direitos individuais cuja essencialidade surge da interpretação integral das normas que comporiam o complexo constitucional aplicável ao caso. Para além disso, entende a magistrada que o art. 8, da Convenção 169 da OIT, ainda que apregoe a consideração dos costumes ou o

⁴ Neste sentido, "... no ha sido razonable la evaluación que el juez hiciera de la influencia que tendrían, en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado." Id. E, ainda, "... al ilustrativo párrafo de la resolución que lo confirma donde se indica que todo lo que hace la forma de vida, creencias e idiosincracia de la comunidad wichí, son aspectos que nada tienen que ver con los argumentos que dan sustento al auto respectivo (...). Es precisamente ese descuido por la incidencia que en la imputación subjetiva tiene en el caso la pertenencia del encartado a un pueblo originario, la que permite ver, a las claras, que la declaración de su responsabilidad a los fines de ser llevado a juicio, no se ha cumplido con arreglo a una ponderación integral." Id. Desta forma, conclui-se "Que la situación antes descripta cobra especial trascendencia, en tanto los arts. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y 15 de la Constitución Provincial garantizan el respeto a la identidad de los pueblos indígenas, lo que supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aún provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta, lo que no ha ocurrido en el presente caso." Id. Entendeu-se, portanto, pela declaração de nulidade do auto de processamento do acusado.

direito consuetudinário da comunidade indígena, o faz com o inarredável dever de confronto com os *bloqueios de legalidade e constitucionalidade*, ou seja, porque assistiria aos referidos povos o direito de conservar seus costumes e instituições próprias sempre que estas não fossem incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos – art. 8.2, da Convenção 169 da OIT – e que os métodos que os povos interessados recorrem tradicionalmente para reprimir os delitos cometidos pelos seus membros deveriam ser respeitados na medida em que fossem compatíveis com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos – art. 9.1, da Convenção 169 da OIT -, mesmo que no momento de impor sanções penais previstas pela legislação geral a membros de ditos povos se tenham em conta as suas características econômicas, sociais e culturais – art. 10.1, da Convenção 169 da OIT -.⁵ Também entendera a referida magistrada que teria havido uma violação dos direitos à integridade pessoal e à dignidade humana com a conduta reiterada do acusado face à vítima menor de idade. Ademais, sustentar que a conduta sob exame não se constituiria em agressão porque se trataria de outra concepção cultural de integridade física ou por não haver sofrido a menor nenhum dano psico-emocional, significaria afastar-se do conceito de *integridade pessoal*, do qual a *integridade sexual* seria somente um dos componentes. As razões que a defesa do imputado apontara para convalidar os costumes do povo Wichí se resumiriam na seguinte frase: *modo de vivir de la comunidad wichí*.⁶ Ponderou-se, também, que muitos costumes indígenas não seriam vistos positivamente pelas mulheres dos referidos povos, relacionando-se os

⁵ Neste sentido, “... las decisiones judiciales deben resultar adecuadas a los compromisos asumidos por la República Argentina en la materia específica, pero evitando la intolerancia o la defensa de costumbres que implican la restricción y menoscabo de los derechos fundamentales de la persona humana pues ello, además de resultar atentatorio contra el sustrato filosófico-axiológico del bloque de constitucionalidad, se encuentra expresamente vedado por el mismo (cf. art. 30 Declaración Univ. Derechos del Hombre, 29 Pacto SJCR, art. 5.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 8 Convenio 169 OIT). (...) Posicionarse constituye un desafío para quienes tienen a su cargo la aplicación del derecho y a través de éste de las políticas internacionales sobre derechos humanos (entre quienes se cuentan los redactores de los tratados incluidos en el art. 75, inc. 22 de la C.N.). Fundamentalmente, ello hace al imprescindible orden social que todas las personas requieren para el efectivo ejercicio de los derechos inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática (arts. 28 Declaración Universal DDHH, 29 Pacto S.J.C.R.), propia del Estado de Derecho que caracteriza a la República Argentina.” Id.

⁶ Id.

mesmos mais com um determinismo cultural que com a convalidação boa ou positiva, que justificasse sua tolerância frente à norma penal contrária. A magistrada também observou que no momento de se analisar a vigência dos direitos culturais dos povos indígenas da América, a fim de enquadrar juridicamente a questão dos costumes frente aos direitos humanos fundamentais, seria imprescindível ter em conta a posição da Corte Interamericana de Derechos Humanos, uma vez que a interpretação do referido tribunal sobre os artigos da Convención Americana de Derechos Humanos resultaria em incontornável pauta a ser tomada em consideração pelos poderes constituídos argentinos no âmbito de sus competencias e, conseqüentemente, también para os superiores tribunais provinciales, no sentido de resguardar as obrigações assumidas pelo Estado argentino no sistema interamericano de protección dos direitos humanos. Diante disto, ainda que a atenção devida à diversidade cultural constitua um requisito esencial para assegurar a eficacia das normas de protección dos direitos humanos, tanto no plano nacional quanto no internacional, com igual claridade, a invocação das manifestações culturais não podem atentar contra os estándares universalmente reconhecidos de observância e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, a Corte Interamericana rechaçaria com firmeza as *distorções do chamado 'relativismo cultural'*.⁷

Afora as demais razões expendidas na fundamentação do voto vencido da magistrada María Cristina Garros Martínez,⁸ o que se pode deduzir do enredo

⁷ Id.

⁸ A exemplo das seguintes: "19) Que, por lo demás, los derechos fundamentales invocados por el recurrente encuentran su límite en los mismos cuerpos normativos que los declaran (fundamentalmente arts. XXVIII DA DD HH, 29, 2º párr. Decl. Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 29.b y 30 pacto SJCR; art. 14 Const. Nac., 16 Const. Pcial.). Al mismo tiempo, debe ponerse de manifiesto que forman parte de los derechos y obligaciones de jerarquía internacional los deberes de obediencia a la ley (XXXIII Decl. Americana DD HH), de respetar derechos y libertades de los demás y de convivir con las demás personas de modo que éstas puedan formar y desenvolver íntegramente su personalidad (art. XXIX DA DD y Deberes del Hombre; 27 y 29 1º párr. Decl. Universal de DD HH; 32 Convención Americana (Pacto SJCR); 4 Pacto Internac. DD Ec., Socs. Cult., además de las normas contenidas en las Constituciones Nacional y Provincial). En tal sentido, al analizar los términos del Convenio 169 y su aplicabilidad en el marco normativo imperante en cada uno de los Estados Partes, el Juez Sergio García Ramírez, en su voto razonado concluyente emitido en el caso 'Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni', precisó – según precedentes del Tribunal Internacional - que conforme el artículo 29 de la Convención Americana, relativo a la interpretación de este instrumento, ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de 'limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de

cualquiera de los Estados Partes (...). En otros términos, quienes se hallan protegidos por el régimen de la Convención no pierden por ello – aún si ésta contuviera restricciones o limitaciones de derechos precedentes, que no es el caso - las libertades, prerrogativas o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran. En el precedente analizado, quedó plasmado el principio según el cual la Convención Americana, aplicada en los términos de la interpretación que ella misma autoriza, y que además figura en las reglas de la materia conforme al Derecho de los Tratados, debe significar un sistema normativo de protección segura para los indígenas de nuestro continente, no menos que para los otros pobladores de los países americanos a los que llega el sistema tutelar de la Convención. 20) Que la aplicabilidad al caso de autos de las prescripciones del Código Penal en razón de la naturaleza de la conducta sancionada y de la entidad de los derechos en juego, de acuerdo al artículo 8º del Convenio 169 OIT y en el marco de los límites precedentemente comentados, se adecua al principio de ‘unidad nacional’ que el Constituyente ha postulado en el Preámbulo de la Constitución Nacional, sin que ello obste a la efectivización de los compromisos asumidos por el Estado Nacional con la firma de tratados internacionales, en virtud de la interpretación integradora que exige el texto constitucional. Al respecto, resulta conveniente destacar que muy recientemente, el 30 de Junio del corriente año, en Ginebra y después de 22 años de negociaciones, los miembros del nuevo ente de Naciones Unidas (ONU) - sustituto de la Comisión de Derechos Humanos - decidieron por 30 votos contra 17 la aprobación de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas – cuyo proyecto invocó en su defensa el recurrente a fs. 255 -, que contempla el reconocimiento de derechos de este colectivo tales como la preservación de sus valores culturales y de su identidad étnica, o la protección ante cualquier intento de expulsión de sus territorios ancestrales, a través de la figura de la autodeterminación. Sólo dos países votaron en contra, Canadá y Rusia, mientras que otros 15 se abstuvieron, entre ellos Argentina. Según el canciller argentino, Jorge Taiana, presente en la votación, el motivo de la abstención fue la falta de elementos que permitan poner al mismo nivel el derecho de autodeterminación de los pueblos y el principio de unidad nacional (fuente <http://argentina.indymedia.org/news/2006/07/421284.php>), que adscribe a la inquietud expresada por el Juez García Ramírez (v. punto precedente) en cuanto a que, no obstante los distintos instrumentos que tienden a la protección de la cultura indígena (entre los que citó aquél Proyecto de Declaración), el Convenio 169 debe aplicarse evitando decisiones que, lejos de asegurar la igualdad de todas las personas establezcan una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de los derechos humanos. 21) Que, respecto de la alegación de arbitrariedad por la supuesta discriminación que el pronunciamiento supondría en detrimento de sus derechos como indígena, cabe señalar que, lejos de configurar una discriminación en contra de un individuo perteneciente a un grupo indígena determinado, la decisión del tribunal ‘a quo’ importa el reconocimiento de la igualdad de condiciones para ser receptores y deudores de los derechos y obligaciones establecidos en los pactos internacionales de derechos humanos (art. 1.1 Convención Internacional sobre todas las formas de Discriminación Racial) pues la no aplicación de esta norma no implicaría el respeto a su cultura sino, por el contrario, la desvalorización discriminatoria de la misma al constituir un modo de impedimento al acceso a condiciones de progreso del grupo al que pertenece, única finalidad que podría justificar el reconocimiento de un ‘derecho distinto’ (art. 1.4 de la Convención citada). Bajo tales condiciones, el fallo cuestionado no infringe – como lo sostiene la recurrente - el deber del Estado de asegurar el pleno desarrollo de los derechos y libertades fundamentales de un grupo indígena, ni obsta al derecho a que los integrantes de la comunidad asentada junto a la Ruta Provincial 86 (km. 18) tenga su propia vida cultural, sino que tiene como norte la necesidad de considerar el ser humano dentro del medio social en que vive y sus derechos en relación con el medio social en que son ejercidos. 22) Que otro punto en el que radicaría, a juicio de la recurrente, la arbitrariedad del pronunciamiento, se relaciona con la duda que a su entender existiría en cuanto a la madurez requerida en la víctima, que daría aplicación al principio ‘in dubio pro reo’ (fs. 253). Al respecto, es de señalar que no existe duda alguna, ante la conceptualización de esta última como ‘niña’ y no como ‘mujer’, ‘ama de casa’, ‘esposa’, o cualquiera de los otros términos utilizados por la defensa para referirse a la víctima, invocando para ello la salvedad prevista por el art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño (‘Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’). Según la defensa y de acuerdo al

argumentativo de que se valera a mesma é a opção clara pelo quadro axiológico da cultura dominante, da qual a mesma faz parte, sob a justificativa de que orientações decorrentes de normas de tratados internacionais internalizados pelo Estado argentino, dos quais jamais tiveram a possibilidade de apreciação os povos indígenas – *poder de voto sobre os mesmos* -, bem como decisões jurisprudenciais tanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto da Corte Suprema de Justiça da Nação argentina, é que os referidos balizamentos seriam suficientes para afastar o respeito ao modo de vida do povo Wichí. Isto se potencializaria com a ofensa a um direito de uma menor indígena que, sob a ótica dos valores informativos da vida em sociedade da cultura dominante, se traduziria em uma conduta criminosa. A magistrada também ressalta em seu voto que o acusado teria frequentado até o terceiro ano primário e que era beneficiário há três anos do *Plano Jefes/as de Hogar*, o que, para além de evidenciar o contato do mesmo com as instituições da cultura dominante do país, demonstraria uma suposta capacidade de compreender a ilicitude dos fatos cometidos pelo mesmo. No entanto, em momento algum pondera-se no sentido de mostrar que a internalização das regras de comportamento de um povo por um membro de outro povo não podem se traduzir na frequência de uma criança a um pequeno período escolar em idade tenra, menos ainda que a relação de um *indígena* com alguma política pública ofertada pelo aparelho estatal se traduza na admissão pelo mesmo das regras de comportamento da cultura dominante; antes, tais políticas públicas nada mais são do que a salutar tentativa de aproximação que deve ser tão somente *ofertada* aos povos originários, não podendo servir de pretexto para que seus membros sejam forçados a se submeterem às regras de convívio da cultura dominante. Ademais, os argumentos a favor da suposta *vítima* também são oriundos de fatores caracterizadores da cultura dominante e que não deveriam servir de justificativa para a penalização de

‘derecho consuetudinario wichí’ – cuya existencia, por otra parte, no ha sido acreditada en autos -, Estela Tejerina ya era mujer al momento de iniciarse ‘el matrimonio con Ruiz’ (fs. 171). Cabe destacar que, además de no haberse probado la existencia de otra norma que irrefutablemente disponga que la niña wichí a los 9, 10, 11 o 12 años alcanzó la mayoría de edad, la ley 23849, por la que el Estado Argentino aprobó esta Convención, especifica expresamente en su art. 2º, con relación al art. 1º de la misma, que ‘la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad’, sin salvedad alguna.” Id.

comportamentos tidos como admissíveis para o povo indígena. A enculturação de uma pessoa só pode ser considerada quando esta estiver submergida na cultura do povo que a acolheu, que já não faça mais parte do convívio em sua comunidade de origem. No caso em análise, ficou claro que o acusado e a vítima sempre viveram junto ao seu povo de origem. Os contatos com a cultura dominante se deram porque foram desenvolvidas políticas públicas aproximativas, nas quais se oportunizou aos membros do povo Wichí a participação. No mesmo sentido, a conclusão da magistrada no sentido de que o povo Wichí não importasse em um grupo étnico totalmente fechado, que mantivesse seus princípios culturais de forma totalmente pura, não pode se constituir um argumento para reforçar a ideia de que já teria havido uma assimilação suficiente das regras de convívio da cultura dominante. Mesmo que os povos originários sejam conhecedores das regras da cultura dominante, isto não significa que tenham abdicado de suas regras próprias e que tenham que estar sujeitos aquelas regras que não lhes dizem respeito. Todos os tratados e convenções internacionais firmados e ratificados pela Argentina, bem como o quadro axiológico-normativo estampado na Carta política são normas que não tiveram a participação de povos originários e que, portanto, não os podem vincular quando havidos nos seus *territórios originários* e envolvendo *pessoas de suas comunidades*.

Dessa forma, acertadamente, os outros dois magistrados membros da Corte de Justiça da Província de Salta se manifestaram pelo provimento do recurso interposto pelo acusado.

1.2 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE O RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS PELOS POVOS INDÍGENAS.

A sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua, de 31 de agosto de 2001, ainda que não se refira a um caso específico de algum povo originário estabelecido no território da Argentina, atesta de forma incontestável a posição acima expendida da magistrada María Cristina Garros Martínez no que se refere à primazia das regras de convívio de índole europeia-ocidental sobre quaisquer outras

regras oriundas de povos originários.⁹ Neste sentido, assim se pronunciou a Corte: “... al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado ‘relativismo’ cultural.”¹⁰ Os direitos humanos obrigariam todas as pessoas que vivessem circunscritas a territórios de países submetidos à jurisdição da Corte, independentemente de haver em referidos territórios povos originários que, em situações-limite, sequer ainda foram contatados pelos membros da cultura dominante, tal como ocorre na Amazônia. O que haveria de se perguntar é se seria possível condenar um indígena de uma tal tribo a um crime semelhante ao membro do povo Wichí, como se aludiu, ou qualquer outro delito estabelecido pelo Direito argentino. A saída fácil pela assunção do caráter universal dos direitos humanos, como se percebe, pode trazer complicações de ordem prática que podem se constituir em flagrantes injustiças. O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, portanto, impediria que tais situações desarrazoadas viessem existir.

2. BOLÍVIA.

A Constituição Política da Bolívia, de 2009, ainda em seu preâmbulo, afirma a pluralidade e a diversidade de seres e culturas.¹¹

Já no seu artigo 1º se estabelece que a Bolívia é um Estado intercultural fundado na pluralidade e, dentre outros, no pluralismo cultural, objetivando um processo integrador. No mesmo sentido, os artigos 9-1 e 9-2, combinados com o artigo 98, impõem as finalidades do Estado dirigidas ao respeito mútuo e ao diálogo intracultural, intercultural e plurilíngue.

Em seu artigo 2º, a Constituição boliviana afirma a pré-existência das

⁹ Para a referida sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. SENTENÇA. COMUNIDADE MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI. NICARÁGUA. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf > Acesso em 28 ago 2015.

¹⁰ Id.

¹¹ Para os artigos citados: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/listadonordes>. Acesso em 14 de outubro de 2015.

nações e povos indígenas, garantindo-lhes o domínio do território e o direito à livre determinação, que abrange a autonomia, o autogoverno, a cultura e o reconhecimento de suas instituições.

Importante salientar que no artigo 8º são estabelecidos os princípios ético-morais, de matriz indígena, a serem promovidos pelo Estado Boliviano: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (não seja preguiçoso, não seja mentiroso, nem seja ladrão), suma qamaña (viver bem), ñandereko (vida harmoniosa), teko kavi (vida boa), ivi maraei (terra sem mal) e qhapaj ñan (caminho ou vida nobre).

Além disso, no seu artigo 3º há a especificação do que se entende por *nação boliviana*, na qual estão incluídos os povos indígenas, as comunidades interculturais e afrobolivianas. Já o artigo 21-1 afirma o direito de autoidentificação cultural. Neste mesmo sentido, o artigo 30-I define o conceito de nação e povo indígena e no artigo 30-II especifica os direitos a eles conferidos, dos quais merecem destaque os seguintes: a titulação coletiva das terras, o autogoverno, a participação nos órgãos e instituições do Estado, a propriedade intelectual coletiva dos seus saberes, o exercício dos seus sistemas políticos, jurídicos e econômicos de acordo com sua cosmovisão. Ainda, o artigo 32 estende esses direitos aos afrobolivianos no que forem compatíveis. O artigo 5º especifica os idiomas oficiais da Bolívia, abrangendo os idiomas dos povos indígenas, além do castelhano. Também o artigo 11-II-3 especifica o procedimento e princípios vetores da formação do governo comunitário dos povos indígenas.

O artigo 31 dispõe sobre a proteção às formas de vida das nações e povos indígenas isolados ou não contactados.

A perspectiva tradicional indígena do direito à saúde (artigos 35,36 e 42), do direito à educação (artigos 78, 79, 91, 95 e 96), do direito à autonomia e autogoverno (artigos 289-293 e 304) e do direito à propriedade (artigo 394) também são resguardados pela Constituição da Bolívia.

O artigo 179 dispõe sobre a jurisdição indígena com igual hierarquia da jurisdição ordinária. A especificação da jurisdição indígena se dá nos artigos 190 e 191 que, apesar da adoção da perspectiva indígena (competência, autoridades, princípios, valores, normas e procedimentos), garantem o direito à vida, o direito à defesa e os demais direitos e garantias estabelecidos na Constituição.

2.1 A QUESTÃO ESPECÍFICA DO RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO INDÍGENA ORIGINÁRIA CAMPENSINA.

Apesar de já se ter tentado mostrar os problemas de ordem prática que a saída *constitucionalizadora* do pluralismo jurídico e o consequente reconhecimento da jurisdição indígena têm gerado na Bolívia, algumas notas a mais, bem como a apresentação de alguns outros casos práticos, procurará melhor elucidar a questão, mostrando que a saída pela admissão do *direito da forma de ser dos povos* e o respeito incondicional às populações originárias pode ser mais proveitosa e juridicamente mais ajustada. Prova da falha da saída constitucionalizadora já tem sido atestada por um dos mais influentes incentivadores da própria solução, Boaventura de Sousa Santos, que já tem reconhecido o *processo de desconstitucionalização* que na prática as alterações constitucionais sob o assunto vêm sofrendo.¹² Boaventura chega mesmo a admitir que a *Ley de Deslinde Jurisdiccional* boliviana, que foi criada para regulamentar a coordenação entre a justiça ordinária e a justiça indígena, foi um “... atentado contra el proyecto de Estado plurinacional.”¹³

O não respeito aos modos de vida originários dos povos indígenas, portanto, que vem refletido no próprio desrespeito às suas formas de resolução de controvérsias, atestado pelo fracasso institucionalizado que a referida *Ley de Deslinde Jurisdiccional* vem representando, acaba por mostrar o quão superadora pode ser a saída desde o reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, como ora se propõe.

O que se percebe, portanto, é que a tentativa de *conciliação* entre a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena, nada mais é do que a tentativa de legitimação da preponderância de uma forma de vida sobre a outra, a de índole

¹² Para tanto: SANTOS, B. S.. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. Traducción de Antoni Jesús Bonet y José Luis Exeni Rodríguez. Em: SANTOS, B. S.; RODRÍGUEZ, J. L. E.. (Eds.) **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Quito: Ediciones Abya-Yala/Fundación Rosa Luxemburgo, 2012, pp. 11-48, especificamente às p. 14 e p. 27, bem como pp. 44 e ss., onde se apresentam algumas propostas para fortalecer os projetos constitucionais, tanto da Bolívia quanto do Equador.

¹³ Ibid. p. 36.

eurocêntrica sobre a indocêntrica. Isso se verifica seja a exemplo do disposto no Código de Procedimento Penal boliviano – Lei 1970, de 25 de março de 1999 -, que estabelece, em seu art. 28, que a ação penal será extinta quando o delito for cometido dentro de uma comunidade indígena e campesina por um de seus membros contra outro e suas autoridades tenham resolvido o conflito segundo o direito consuetudinário indígena; contudo, desde que a referida resolução não seja contrária aos direitos fundamentais e garantias das pessoas assinalados na constituição política do Estado.¹⁴

Ainda que não se possa negar a relevância, em termos humanitários, que o asseguramento de muitos direitos e garantias ao nível constitucional representaram em termos de *humanização* do próprio Direito, valer-se da prática legislativa, viés constitutivo político-jurídico do Direito, pode não ser o caminho mais acertado para se impor valores de um quadro axiológico-normativo de um povo sobre outro. Construções jurisprudenciais prévias são fundamentais para a consolidação e estabilização de um marco regulativo e, ainda, a *índole jurídico-constitucional* não decorre, necessariamente, de um texto positivado.

Ainda que mais categórica quanto ao respeito à forma de regulação do convívio dos povos originários, a Lei do Serviço Nacional de Reforma Agrária – Ley nº 1715, de 18 de outubro de 1996 -, o referido diploma não deixa de destacar, na parte final do seu art. 3, § III, uma limitação, qual seja a da não incompatibilidade com o sistema jurídico nacional.¹⁵ Outra limitação no mesmo sentido, mas ressaltando a impossibilidade de colisão com a constituição, decorre do disposto no art. 16, da Lei Contra a Violência Intrafamiliar e Doméstica – Ley nº 1674, de 15 de

¹⁴ Exemplo esse extraído da análise expendida por José Luis Exeni Rodríguez e Martín Bazurco Osorio: OSORIO, M. B.; RODRÍGUEZ, J. L. E.. Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad. Em: SANTOS, B. S.; RODRÍGUEZ, J. L. E.. (Eds.) **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Quito: Ediciones Abya-Yala/Fundación Rosa Luxemburgo, 2012, pp. 51-52.

¹⁵ Levantamento também efetuado por Rodríguez e Osorio. Ibid. p. 52. Estabelece o aludido § III, do art. 3, da Lei 1715/1996 o seguinte: “Art. 3, § III – (...) La distribución y redistribución para el uso y aprovechamiento individual y familiar al interior de las tierras comunitarias de origen y comunales tituladas colectivamente se regirá por las reglas de la comunidad, de acuerdo a sus normas y costumbres. En la aplicación de las leyes agrarias y sus reglamentos, en relación a los pueblos indígenas y originarios, deberá considerarse sus costumbres o derecho consuetudinario, **siempre que no sean incompatibles con el sistema jurídico nacional.**” Id. (grifo nosso)

dezembro de 1995 -.¹⁶ Rodríguez e Osorio ressaltam que a única lei, anterior à nova Constituição, que trazia a colaboração entre a justiça ordinária e a indígena, foi a Lei Orgânica do Ministério Público – Ley nº 2175, de 06 de fevereiro de 2001 – que, no seu art. 17, estabeleceu o dever do Ministério Público de prestar colaboração às autoridades naturais das comunidades originárias, indígenas e campesinas, caso essas requeressem.¹⁷

Em certa medida, pode-se dizer que a recorrência da jurisdição indígena originária campesina à justiça ordinária, em casos mais graves, não deixa de representar um *fracasso parcial do sistema*.¹⁸ Também se verifica a vulnerabilidade da jurisdição indígena naqueles casos em que os transgressores são pessoas que não são membros da comunidade. Em casos extremos, sobretudo quando há situações de reincidência, pode haver o emprego da violência, sendo justamente este um dos argumentos para se justificar que pessoas alheias às comunidades, nações ou povos indígenas sejam julgadas pela justiça ordinária. Tratam-se, portanto, de “... ejercicios de sometimiento y dominación que expresiones de coordinación o cooperación.”¹⁹

O texto constitucional boliviano reformado, de 1995, já previa em seu artigo 171 o reconhecimento da capacidade de resolução alternativa de conflitos, utilizando normas próprias dos povos indígenas originários.²⁰ A situação se alterou com a

¹⁶ Levantamento também efetuado por Rodríguez e Osorio. Id. Estabelece o aludido art. 16, da Lei 1674/1995 o seguinte: “Art. 16º. (AUTORIDADES COMUNITARIAS). En las comunidades indígenas y campesinas, serán las autoridades comunitarias y naturales quienes resuelvan las controversias de violencia en la familia, de conformidad a sus costumbres y usos, siempre **que no se opongan a la Constitución Política del Estado** y el espíritu de la presente ley.” Id. (grifo nosso)

¹⁷ Ibid. p. 53. Estabelece o aludido art. 17, da Lei 2175/2001 o seguinte: “Artículo 17º.- (Deber de Cooperación con Autoridades Naturales) (...) el Ministerio Público deberá prestar la colaboración necesaria a las autoridades naturales de las comunidades originarias, indígenas y campesinas, que sí lo requieran, a fin de llevar a cabo las diligencias solicitadas.” Id.

¹⁸ Como bem ressaltam Rodríguez e Osori. Ibid. p. 121.

¹⁹ Id. “... las represalias o el cuestionamiento a las decisiones de la autoridades propias en el marco de la administración de justicia son resultado de la debilidad de la organización y de la comunidad.” Ibid. p. 122.

²⁰ Ibid. p. 124. “El señalamiento del carácter ‘alternativo’ claramente subordinaba a los pueblos indígenas originarios, sus autoridades e instituciones y su capacidad de administrar justicia, a la justicia ordinaria dominante, ya que se podía ejercer cuando la justicia ordinaria no fuera eficiente o no alcanzara todo el territorio nacional, o en el mejor de los casos por la preferencia de quienes se sometiesen a las ‘normas propias’, pero no como la manifestación ‘natural’ del autogobierno o de la libre determinación, y mucho menos como una expresión real del pluralismo jurídico. En esas

constituição boliviana de 2009. Agora, constitucionalizou-se o direito ao exercício dos sistemas políticos, jurídicos e econômicos próprios com uma maior clareza e contundência. Hoje, a função judicial é única e se exerce através das jurisdições ordinária, agroambiental, especiais e indígena originária campesina – art. 179 -. A jurisdição indígena, portanto, passou a ser reconhecida, ao menos no texto constitucional, como parte integrante dos mecanismos legais e legítimos do Estado boliviano para exercer a justiça.²¹ O estabelecimento da igualdade hierárquica no referido art. 179 da Constituição boliviana entre as justiças indígena e ordinária pouco tem auxiliado em termos práticos. Basta se pensar nos reflexos negativos que a Ley de Deslinde Jurisdiccional tem gerado.²² Mesmo o disposto no art. 30 da Constituição, quando reconhece o direito das nações e povos indígenas originários campesinos ao exercício dos sistemas jurídicos próprios de acordo com suas cosmoviões, quase nada também tem surtido de efeitos práticos.²³ O que se verifica, portanto, é que o esgotamento da juridicidade na constitucionalidade muito

condiciones, las 'normas propias' eran un mero instrumento para subsanar las deficiencias del propio Estado." Id.

²¹ Ibid. pp. 124-125.

²² Como já analisado no corpo principal da tese.

²³ Em termos *constitucionais*, portanto, "... los sistemas jurídicos propios de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos hacen la esencia misma de la potestad del pueblo boliviano de ejercer justicia, y no son simples alternativas válidas para los márgenes do sistema." Ibid. p. 125. No entanto, a prática judicativo-decisória da justiça ordinária, simplesmente pela adoção da flagrantemente inconstitucional Ley de Deslinde Jurisdiccional, tem sido em sentido absolutamente diferente, ou seja, tem havido uma sobreposição da justiça ordinária hegemônica sobre a justiça indígena. No dizer de Raúl Prada Alcoreza, "A pesar de haber consultado a las organizaciones y pueblos indígenas, se ha desechado los aportes de la participación, prefiriéndose el consejo del gremio de abogados que ha cerrado filas contra cualquier apertura. Por eso se tiene una norma que norma los procedimientos propios de las naciones y pueblos indígenas; lo que implica una violación de los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios. La Ley de Deslinde Jurídico termina arrinconando a la jurisdicción indígena originaria campesina, dejándola en un espacio tan restringido que prácticamente no le queda materia importante de administración de justicia. Después de esta ley la jurisdicción indígena originaria campesina termina supeditada a la jurisdicción ordinaria y al sistema de justicia hegemónico, que sigue siendo el liberal. (...) De acuerdo con la ley aprobada de deslinde jurisdiccional, esta coordinación [entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria] se ha reducido a una completa supeditación de la jurisdicción indígena originaria campesina a la jurisdicción ordinaria. Para lograr a abrirse a una efectiva coordinación complementaria e intercultural es indispensable abrogar la ley de deslinde, construir otra ley de manera colectiva, como exige la Constitución, potenciar y expandir las formas y la práctica de la justicia comunitaria, creando mecanismos de coordinación en distintos niveles, dependiendo del alcance y de las competencias en los distintos niveles y planos de la jurisdicción indígena originaria campesina." ALCOREZA, R. P.. Estado plurinacional comunitario autonómico y pluralismo jurídico. Em: SANTOS, B. S.; RODRÍGUEZ, J. L. E.. (Eds.) **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Quito: Ediciones Abya-Yala/Fundación Rosa Luxemburgo, 2012, p. 427 e p. 443. Para a análise crítica completa de Raúl Prada Alcoreza sobre a Ley de Deslinde Jurisdiccional da Bolívia: Ibid. pp. 425-440.

pouco tem favorecido em termos de implementações de soluções jurídicas para problemas de ordem prática envolvendo povos originários. Aquele viés consagrador e estabilizador de direitos decorrente da atuação jurisdicional se mostra inafastável. Ademais, a índole jurídico-constitucional não é prejudicada pelo fato de um determinado direito ainda não estar positivado em um texto constitucional expressamente. O problema se potencializa quando o terreno das lutas é permeado por uma população preponderantemente indígena, como é o caso da Bolívia, distinguindo-se, assim, de países como a Colômbia ou o México. Na Bolívia, “... los impactos de los posibles desencuentros o conflictos de competencia pueden abarcar amplias extensión territoriales y un sin número de personas. En este sentido el impacto social de cualquier forma de pluralismo jurídico es mucho mayor en un contexto de mayorías indígenas.”²⁴ Certeiras, portanto, as críticas de Rodríguez e Osorio em relação ao disposto nos arts. 8 e 9, ambos da Convenção 169, da OIT, pois tais disposições

[...] parece[n] ir a contracorriente del reconocimiento de sus sistemas propios de administración de justicia, al establecer como límite de acción el marco jurídico nacional, máxime cuando en el artículo 2, en la definición de pueblo indígena, se incorporan elementos relacionados con su origen evidentemente pre estatal. Es decir, se reconocen unos sistemas de administración de justicia, con un carácter pre estatal, pero su límite de acción es el marco normativo emergente de la constitución estatal.²⁵

Assim, a solução que se propõe através do reconhecimento, num primeiro momento no âmbito judicial, do *direito da forma de ser dos povos*, evitaria a sobreposição de um modelo de administração da justiça hegemônico sobre outro não hegemônico, ainda que aplicável à maioria da população boliviana, que é formada por pessoas de povos indígenas. Tal reconhecimento teria como consequência o respeito incondicional inclusive às formas de resolução de controvérsia que são empregadas pelos povos originários, independentemente de haver o reconhecimento da jurisdição indígena em termos constitucionais.

²⁴ OSORIO, M. B.; RODRÍGUEZ, J. L. E.. Op. cit. p. 126.

²⁵ Ibid. p. 136.

2.2 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DA BOLÍVIA.

Foi proferida, em 25 de fevereiro de 2015, pela *Sala Segunda* do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, a sentença constitucional plurinacional 0152/2015-S2,²⁶ que teve como caso de origem o furto de uma CPU de computador da escola da comunidade por um de seus membros, o qual foi condenado pela justiça comunitária a açoites, agressões físicas e ao pagamento de três mil bolívares e quatro caixas de cerveja. Contudo, mesmo tendo o acusado cumprido a sentença, tivera sido novamente agredido, juntamente com sua companheira, tendo seus pertences sido confiscados e sendo expulsos de seu terreno. Para além disso, deliberou-se em assembleia comunitária a expulsão do acusado e de sua companheira da comunidade, ficando proibidos de retornarem à comunidade, sob a ameaça de morte.

A recorrente, mãe do acusado,²⁷ pleiteou na referida ação de amparo

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. SENTENÇA Nº 0152/2015-S2. Disponível em: <http://ajurisprudencia.tcpbolivia.bo/jurisprudencia/envio/enviocontenido.php?fnombres=justicia%20comunitaria&tiposentencia=0&tiporecurso=0> > Acesso em 25 ago 2015.

²⁷ A sentença apresenta a seguinte fundamentação em relação à legitimidade da mãe do acusado: "... el art. 129.I de la referida Norma Suprema [Constituição da Bolívia], refiere que esta acción tutelar: '... se impondrá por la persona que se crea afectada, por otra a su nombre con poder suficiente o por la autoridad correspondiente de acuerdo con la Constitución, ante cualquier juez o tribunal competente, siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata ...'." Id. E, ainda: "La SCP 0108/2013 de 25 de enero, señala lo siguiente: 'La acción de libertad disciplinada por el art. 125 de la Constitución, se configura como un mecanismo de tutela, inserto en el brazo tutelar del control plural de constitucionalidad, tal como se desarrolló en el Fundamento Jurídico IV.4 de la presente Sentencia; en ese orden, en principio, debe precisarse que su activación para la tutela de derechos fundamentales en contextos diferentes a los del ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina, está circunscrita a cuatro presupuestos esenciales: 1) Atentados contra el derecho a la vida; 2) Afectación de los derechos a la libertad física, así como a la libertad de locomoción; 3) Acto y omisión que constituya procesamiento indebido; y, 4) Acto u omisión que implique persecución indebida.' Ahora bien, en coherencia con los postulados propios del pluralismo, la interculturalidad y la descolonización, el ejercicio del control plural de constitucionalidad, en su ámbito tutelar a través de la acción de libertad en relación a decisiones emergentes de la jurisdicción indígena originario campesina, no se encuentra sometida a los presupuestos procesales aplicables a los cuatro supuestos antes descritos, toda vez que los derechos fundamentales en contextos intraculturales son sujetos de interpretación y de tutela de acuerdo a pautas inter e intra culturales de interpretación, aspecto que en teoría constitucional, implican la aplicación de otra pauta específica de interpretación para las acciones de defensa: el pro actione, en virtud del cual, más allá de ritualismos o formalidades de orden procesal, el control plural de constitucionalidad en relación a decisiones emergentes de la jurisdicción indígena originario campesina, debe asegurar la justicia material a la luz

constitucional a concessão da tutela no sentido de que se deixasse sem efeito todas as determinações dadas pelas autoridades demandadas, que se ordenasse a restituição de todos os bens de seu filho que teriam sido confiscados e se extinguísse a proibição de ingresar em sua comunidade de origem, devendo cessar a hostilidade a sua família, pleiteando-se, ainda, o pagamento dos danos e prejuízos. O Juiz de Garantias, através da Resolução 157/2014, concedeu a tutela solicitada, entendendo pela cessação imediata de toda resolução, ato ou determinação assumida pelas autoridades da comunidade de Suncallo que tivesse ordenado ou dispusese sobre a expulsão da comunidade o acusado e sua família ou o privasse do direito à propriedade rural, ao trabalho agrícola; enfim, que cessassem todas as medidas de fato.²⁸

Apesar da sentença sob análise reconhecer a jurisdição indígena originária

del paradigma del vivir bien en los términos desarrollados en el Fundamento Jurídico VI.5 de la presente Sentencia, por tanto, se concluye que para decisiones emergentes de dicha jurisdicción, interpretando bajo pautas interculturales el derecho a la vida como parámetro de activación de la acción de libertad, este mecanismo, será el idóneo para tutelar derechos vinculados a la vida a la luz del paradigma del vivir bien, flexibilizándose en este caso cualquier ritualismo o presupuesto procesal exigido para la activación de la acción de libertad en relación a decisiones que no emerjan de la jurisdicción indígena originaria campesina. En el orden de ideas señalado y también a la luz del pro actione, la realización del test del paradigma del vivir bien a través del ejercicio de la acción de libertad, podrá tutelar derechos directamente vinculados con la vida, todos ellos interpretados bajo pautas inter e intra culturales, por lo que sus contenidos esenciales en el marco de la cosmovisión de cada pueblo o nación indígena originario campesina, podrá ser sustancialmente diferente a la concepción tradicional de los derechos fundamentales en contextos diferentes a los de la administración de justicia indígena originaria campesina, aspecto que justifica la flexibilización de presupuestos y procedimientos establecidos para la acción de libertad en los términos gramaticales del art. 125 de la CPE.” Id.

²⁸ Id. A fundamentação adotada pelo Juiz de Garantias foi a seguinte: “1) La jurisdicción indígena originaria campesina de acuerdo al art. 190 de la CPE, respeta el derecho a la vida, a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la constitución y también en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos (DD.HH.), estableciendo el art. 119.I, expresamente que: ‘Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina’, de ahí se establece que el respeto a derechos y garantías, marca el límite de la validez, de las resoluciones y determinaciones de la jurisdicción indígena originaria campesina; y, 2) Las sanciones impuestas a la accionante y su familia por las autoridades de la Comunidad Suncallo del cantón Tajani, como la expulsión y la expropiación o privación de su propiedad rural, prohibición del trabajo agrícola, no se encuentran enmarcadas dentro del ordenamiento jurídico vigente, porque conforme ha señalado la jurisprudencia constitucional, las determinaciones y decisiones que adopten las autoridades en el ejercicio de la jurisdicción indígena originaria campesina tienen su límite y validez en el respeto de los derechos y las garantías constitucionales y los establecidos en el bloque de constitucionalidad.” Id.

campesina,²⁹ não deixando de caracterizar o referido sistema de administração da justiça,³⁰ entendeu-se que o referido reconhecimento deve se dar nos limites impostos pela Constituição da Bolívia.³¹ Ainda que não percebendo suficientemente que o viés *normativo* das constituições são orientados pelos valores objetivados nos *princípios jurídicos*, a sentença não deixa de destacar que um dos referidos valores

²⁹ Nos seguintes termos: “La SCP 1127/2013-L 30 de agosto, al respecto señaló que: ‘... está claro que las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, incluyendo sus propios sistemas de justicia.’” Id.

³⁰ No seguintes termos: “... su forma de administración de justicia, contiene una particularidad, que no la tiene la jurisdicción ordinaria, que ha sido muy bien rescatada por el aymara Fernando Huanacuni Mamani, en su obra Vivir Bien/Buen Vivir, al sostener: ‘... el sistema jurídico comunitario, antepone la vida y el respeto a la libertad. Frente a una ruptura en la armonía de la comunidad, no se recurre a prácticas punitivas, sino que toda la comunidad coadyuva para que la forma de existencia o el ser humano que ha salido de este equilibrio y armonía vuelva a ellos, asignándole roles de trabajo para devolverle la sensibilidad y la comprensión de que la vida es conjunta y de la necesidad de complementación y cuidado entre todos. La premisa para los pueblos indígenas originarios es la comunidad, trascendiendo lo individual; la comunidad es el pilar esencial de toda la estructura y organización de vida, que no se refiere simplemente a la cohesión social, sino a una estructura y percepción de vida que va mas allá de los seres humanos y que se relaciona con toda forma de existencia en una común-unidad de interrelación e interdependencia recíproca.’” Id.

³¹ Nos seguintes termos: “... los sistemas de justicia indígena originario campesinos, reconocidos por la Constitución Política del Estado, adquieren legitimidad e idoneidad, siempre que en su practica se respeten derechos y garantías fundamentales previstos en la Norma Suprema, por ejemplo: el respeto a la vida, la prohibición absoluta de tortura y el derecho a la defensa, constituyen premisas máximas que no pueden ser suprimidos por los sistemas de justicia comunitarios, actuar en contrario implicaría ir contra nuestra Ley Fundamental y los postulados máximos contenidos en ella, convirtiendo a sus autores en los responsables de la vulneración de derechos constitucionales (art. 110.II de la CPE). (...) se debe tener presente que la naturaleza de la justicia indígena originaria campesina es buscar el equilibrio-armonía de la comunidad, así como la preservación de la vida y el respeto de los derechos y las garantías constitucionales, no siendo para de ella el carácter punitivo o castigador, debido a que su cosmovisión es la de ser reparadora o restauradora de los derechos.” Id. Desta forma, “... la Norma Suprema, reconoce a la jurisdicción originaria campesina la facultad de administrar justicia, con independencia y autonomía; pero, la condiciona al respeto a la vida, el derecho a la defensa y los demás derechos y garantías previstos en nuestra ley fundamental (art. 190.II de la CPE), puesto que nuestra Norma suprema goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, incluyendo a las determinaciones asumidas por la justicia indígena.” Id. E, ainda: “... si bien es cierto que las naciones y pueblos indígena originario campesinos, tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, incluyendo sus propios sistemas de justicia, que se encuentran reconocidos por la Constitución Política del Estado, adquiriendo legitimidad e idoneidad, no les da atribuciones para que en su práctica vulneren derechos y garantías fundamentales previstos en la misma norma suprema, más al contrario implica que en sus usos y costumbres deben respetar esos derechos fundamentales, como la vida, prohibición de tortura, debido proceso, defensa y otros, que se constituyen en premisas máximas, que no pueden ser suprimidos por los sistemas de justicia comunitarios, toda vez que, lo contrario implicaría ir contra la ley fundamental y sus postulados máximos contenidos en ella, más aún cuando la naturaleza de la justicia indígena originaria campesina, es buscar el equilibrio y armonía de la comunidad que tienen como postulados la preservación de la vida y el respeto de los derechos y garantías constitucionales, no siendo su carácter punitivo o castigador, debido a que su cosmovisión es reparadora de derechos.” Id.

seria o do *pluralismo axiomático*, fruto de um Estado plural fundado na interculturalidade.³² Baseando-se nos princípios da interculturalidade, da complementariedade e da descolonização, a sentença entendeu que os direitos fundamentais vigentes para os membros das nações e povos indígenas originários camponeses não poderiam seguir as mesmas pautas de interpretação nem poderiam conter os mesmos elementos configurativos próprios do núcleo duro dos direitos fundamentais em contextos diferentes à jurisdição indígena originária camponesa. O paradigma do *vivir bien*, portanto, se configuraria como uma verdadeira pauta de interpretação inter e intracultural de direitos fundamentais, desde a qual os valores plurais supremos irradiariam de conteúdo os atos e decisões que emanassem da justiça indígena originária camponesa, constituindo-se em uma garantia plural destinada a evitar decisões desproporcionais e contrárias às guias axiomáticas do Estado Plurinacional da Bolívia. Diante disso, as decisões da jurisdição indígena denunciadas como lesivas a direitos fundamentais em contextos interculturais, no exercício do controle plural de constitucionalidade, deveriam ser analisadas a partir do marco dos seguintes parâmetros de axiomaticidade proporcional e razoável, próprios do paradigma do *vivir bien*: “... a) armonía axiomática; b) decisión acorde con cosmovisión propia; c) ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y

³² O que se consignou sob os seguintes fundamentos: “... la Constitución aprobada en 2009, se caracteriza no solamente por su ‘valor normativo’, sino esencialmente por su ‘valor axiomático’. En efecto, ésta característica tipifica a la Norma del Estado Plurinacional de Bolivia como una Constitución Axiomática, en mérito de la cual, el fenómeno de constitucionalización del ordenamiento jurídico, es decir, el proceso de irradiación de contenido en las normas infraconstitucionales y en todos los actos de la vida social, no solamente comprende normas constitucionales positivizadas, sino también, valores supremos directrices del orden constitucional. En este contexto, es pertinente señalar que el pluralismo y la interculturalidad, constituyen los elementos de refundación del Estado Plurinacional de Bolivia, en mérito de los cuales, el Valor Axiomático de la Constitución, adquiere un matiz particular, ya que las directrices principistas y los valores plurales supremos en el Estado Plurinacional de Bolivia, irradiarán de contenido a todos los actos infraconstitucionales incluidas las decisiones de las autoridades indígena originario camponesas; además, en virtud al principio de complementariedad que postula la interculturalidad, estos valores plurales supremos irradiaran toda la vida social armonizando así las bases sociológicas de una sociedad plural, consolidando una verdadera cohesión y armonía social. En efecto, el pluralismo como elemento fundante del Estado Plurinacional de Bolivia, implica el reconocimiento de una pluriculturalidad y por ende un pluralismo axiomático, que postula valores plurales supremos insertos en el Preámbulo de la Constitución y también en su art. 8.” Id.

pueblo indígena originario campesina; y, d) proporcionalidad y necesidad estricta.”³³

O Tribunal Constitucional Pluracional decidiu que as autoridades e membros da comunidade Suncallo, cantão Tajani, segunda seção Mocomoco, vulneraram os direitos à propriedade da demandante, pois não podiam dispor sobre a expropriação da vivenda da demandante e de seus terrenos da forma como o fizeram, pois existiriam procedimentos e instâncias competentes para estabelecer as circunstâncias. Ademais, houve vulneração do direito à vida e integridade dos membros da família da demandante; vulnerabilizou-se, também, o direito à inviolabilidade do domicílio. De outro lado, ao terem expulsado a demandante e seus familiares da comunidade, vulnerabilizou-se o direito ao trabalho da demandante, pois a mesma viveria do produto de seu trabalho em suas terras dentro da comunidade, consistindo-se tal meio de subsistência em fonte de alimentação e ingressos econômicos. Também foram vulnerados o direito ao devido processo e à defesa, pois as decisões foram tomadas ao calor de uma assembléia, transgredindo as normas, regulamentos e estatutos internos da comunidade, cerceando-se, portanto, o direito de defesa. Desde as referidas razões, entendera a Segunda Sala do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia que o Juiz de Garantias teria atuado de forma correta ao conceder a tutela pleiteada, com o que decidiu-se pela confirmação integral da Resolução nº 157, de 17 de junho de 2014, pronunciada pelo Juiz terceiro de Partido e Sentença Penal de El Alto, do Departamento de La Paz.³⁴

O caso em análise mostra como uma face do respeito incondicional à *forma de ser dos povos*, aqui projetada no exercício de uma jurisdição genuína dos povos originários, pode colocar situações as quais se apresentam como verdadeiros abusos de direitos estabelecidos pelos próprios povos indígenas. Foram notórios os abusos cometidos em relação à demandante, ao acusado originário e demais familiares à luz dos direitos estabelecidos por suas comunidades de origem.

No entanto, em se discordando da decisão do Juiz de Garantias, referendada pelo Tribunal Constitucional boliviano, justamente pela ofensa que

³³ Id.

³⁴ Id.

ocorreria ao *direito da forma de ser dos povos*, uma vez já estando esse reconhecido, ainda que ciente das limitações de índole constitucional asseguradas na atual carta política boliviana para a jurisdição indígena, haveria que se apresentar alguma alternativa de posicionamento dos poderes públicos ordinários ante interpelações como a havida pela demandante. O que se poderia oportunizar é a possibilidade da cultura dominante, através dos poderes constituídos, sobretudo através de ações de índole administrativa, providenciar o acolhimento de pessoas que não mais quisessem permanecer com seus povos de origem. Assim como para as pessoas que estão sujeitas ao Direito existem as implicações decorrentes da responsabilidade que se contrapõe à autonomia e, assim, a possíveis sancionamentos derivados do aparelho estatal, também os indígenas devem estar cientes de que se desejam a autonomia e o respeito aos seus modos de vida originários também devem concordar com as implicações daí decorrentes. Contudo, dados os valores informativos da regulação da vida em sociedade que foram se desenvolvendo, estruturando essa dimensão prática do homem de matriz europeia-ocidental, sendo um dos mais importantes justamente aquele que se assenta na noção de *homem-pessoa* que, se explorada proveitosamente e em seus limites, permite mesmo assegurar o incondicional respeito a *forma de ser dos povos*, não se pode negar que casos haverão em que muitos direcionamentos adotados pelas autoridades de povos não regulados pelo Direito se constituirão em flagrantes ofensas ao referido princípio. A manutenção de um diálogo proveitoso entre as diversas culturas, sempre se oportunizando a acolhida daqueles que não mais desejem se submeter ao quadro axiológico de seu povo de origem, pode se constituir uma alternativa asseguradora da efetividade da proteção a dimensões da personalidade das mais importantes.

2.3 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES BOLIVIANAS.

Não foram localizadas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionáveis ao *direito da forma de ser dos povos*.

3. BRASIL.

Apesar da análise do marco regulatório brasileiro relacionado aos povos indígenas já ter sido expendida ao longo do texto principal da investigação, dada a atualidade e correlação que o caso dos indígenas da aldeia localizada no município de Dourados, no Estado do Mato Grosso do Sul, guarda com o que se propõe, passa-se ao estudo do referido caso. Ademais, trata-se da aldeia indígena mais densamente povoada do Brasil, possuindo também o maior número de indígenas encarcerados.³⁵

Apesar da existência de inúmeros textos legais - pactos, protocolos, declarações e afins - tanto de caráter nacional quanto internacional, para a proteção dos direitos dos povos indígenas, constantes têm sido as violações a esses direitos que fazem parte da universalidade dos direitos humanos.³⁶ Uma das principais razões da conflituosidade entre os indígenas e entre esses e não indígenas seria a redução do espaço vital dos territórios tradicionais. A reserva indígena de Dourados, criada no início do século XX, teve o intuito do confinamento. Para ali os indígenas deviam se dirigir por livre vontade ou sob ameaças e pressões. O intuito era liberar terras para a frente de expansão agrícola de colonização interna.³⁷

Os presos indígenas, no Estado de Mato Grosso do Sul, estariam sendo vítimas de violações de direitos e garantias constitucionais, sobretudo em face da falta ou deficiência de assistência jurídica. Segundo os autores, baseados em dados de pesquisas do ano de 2008, do total de indígenas envolvidos em crimes na região apenas 22% teriam recebido uma devida e adequada assistência jurídica, incluindo-se aqui a presença de intérprete judicial, o que haveria de ser feito em cumprimento ao disposto no Art. 12 da Convenção nº 169 da OIT, ratificada pelo Brasil.³⁸

³⁵ KADWÉU, E. V.; PACHECO, R. A. S.; PRADO, R. C. O.. População carcerária indígena e o direito à diferença: o caso do município de Dourados, MS. Em: **Revista Direito GV**. 7(2), Jul-Dez 2011, p. 470. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n2/a05v7n2.pdf> > Acesso em 08 ago 2015.

³⁶ Ibid. p. 469.

³⁷ Ibid. pp. 478-479. "... cada etnia traz consigo características próprias, especificidades configuradas a partir de realidades linguísticas, históricas, ecológicas e cosmogônicas distintas." Ibid. p. 479.

³⁸ Ibid. p. 480.

A percepção do tempo foi um dos pontos levantados em dois casos práticos envolvendo indígenas. Perícia antropológica realizada para aferir a *capacidade sociopsicológica e cultural* dos índios da aldeia Tey Kuê, localizada no município de Caarapó/MS - dos indígenas S. V. (iniciais) (processo n. 1136/2003) e S. B. (iniciais) (processo n. 1128/2003) – levantou que a dúvida era saber se esses indígenas tinham condições de compreender as instruções processuais apresentadas durante as audiências. O perito judicial teria advertido que a questão relativa aos prazos a serem cumpridos pelos indígenas diante da Justiça era um fator a ser observado com acuidade. Os prazos prescricionais, por exemplo, geralmente não eram cumpridos porque o indígena, em sua cultura e de acordo com seu modo de ser, apresentava uma forma diferente da percepção do mundo *ocidental* quanto à forma de lidar com o tempo. O mesmo perito explicou que um analista incauto poderia apressar-se em concluir que a perda de prazos e o ritmo dos Guaranis que, à óptica dos não indígenas pareceria lento, seria peculiar apenas aos índios residentes nas áreas mais recônditas da reserva ou àqueles destituídos de maior educação formal. No entanto, isto não seria o que ocorreria. A percepção do tempo dos indígenas, mesmo já, ao menos teoricamente, enculturados, seria diferente daquela havida pelos não indígenas.³⁹

Outro exemplo da não aplicação do direito indigenista é o procedimento adotado nos interrogatórios policiais. Em tais casos, a autoridade policial não utiliza o auxílio de um intérprete a maior parte das vezes, deixando de seguir a orientação estabelecida no Art. 12 da Convenção nº 169, da OIT. Tal prática estaria gerando situações de flagrante violação dos *direitos indígenas* e também dos *direitos indigenistas*.⁴⁰

A situação dos indígenas aprisionados no município de Dourados/MS levanta a questão da própria compreensão que deva se dar ao disposto no Art. 231

³⁹ Ibid. pp. 481-482.

⁴⁰ Ibid. pp. 482-483. “Os guarani kaiowá são falantes nativos da língua guarani e o português se afigura como uma segunda língua completamente distinta para eles.” Ibid. p. 483. Os autores explicam que direito indígena e direito indigenista não são sinônimos: “O primeiro constitui o direito costumeiro ou direito consuetudinário, enquanto que o direito indigenista consiste em normas legislativas feitas pelo Estado e impostas aos indígenas.” Ibid. p. 486.

da Constituição brasileira,⁴¹ pois ali, ao menos para alguns doutrinadores, vigoraria o princípio constitucional do respeito à diversidade étnica cultural,⁴² o que afastaria, inclusive, a hipótese de se considerar um período de enculturação. Afinal, em se tratando de um indígena, haveria que respeitar seus costumes e tradições, não havendo uma restrição mesmo encontrando-se os indígenas fora de seus territórios.

A questão colocada pelos autores traz à tona a possibilidade de ser invocado o *direito à forma de ser dos povos* como um critério jurídico a robustecer a posição acima esboçada. No entanto, entende-se que todo e qualquer ato que resultasse em prejuízo a um indígena, como os exemplos acima expostos mostraram, e que não implicasse na ofensa de algum outro direito de um não indígena, haveriam que ser evitados, podendo-se invocar o *direito da forma de ser dos povos*. Assim, a dilação de um prazo em benefício de um indígena que não teria nem compreendido adequadamente a noção de tempo dos não indígenas ou nem sido assistido por um intérprete haveria que ser concedida com base no *direito da forma de ser dos povos*. Contudo, superado um período mínimo de enculturação, desde que comprovado por laudo pericial elaborado por profissional habilitado para tanto, e implicando o respeito a um costume ou tradição indígena numa ofensa a algum direito dos não indígenas, não haveria que se falar da invocação do direito da forma de ser dos povos.

O estudo sob análise mostra que muitas das condutas praticadas por indígenas da região de Dourados/MS e tidas como delituosas consistiriam em crimes de menor potencial ofensivo praticados entre membros da tribo e dentro dos limites territoriais da aldeia. A reiteração de pequenos delitos estaria levando os indígenas ao encarceramento; afinal, o Direito é que estaria sendo aplicado aos mesmos e não a forma própria dos mesmos de regulação da vida em comunidade.⁴³

⁴¹ O referido artigo estabelece o seguinte: “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.” CONSTITUIÇÃO do Brasil. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > Acesso em 08 ago 2015.

⁴² KADWÉU, E. V.; PACHECO, R. A. S.; PRADO, R. C. O.. Op. cit. p. 487.

⁴³ Ibid. pp. 489-490. “... conviver com os vícios e a violência dos padrões capitalistas de interação humana é condenar o indígena à degradação física, psíquica e moral, apressando a sua morte, tanto física, quanto espiritual ou cultural. O indígena, ao ser encarcerado por um determinado

Tal panorama reforça que o reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* pode se apresentar como um ferramental jurídico apto à solução de (des)encontros das diferenças que envolvam indígenas. Referido *direito* viria ao encontro tanto da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (art. 8º, parágrafos 1 e 2) quanto do projeto de Declaração da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre os Direitos dos Povos Indígenas bem como da Convenção nº 169 da OIT, ratificada pelo Brasil.

Recentemente, em 17 de dezembro de 2015, uma decisão inédita da Câmara Única do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, acatando pedido efetuado pela Advocacia da União, na Apelação Criminal Nº 0090.10.000302-0 - BONFIM/RR, entendeu que crime de homicídio praticado entre indígenas e dentro de uma terra indígena⁴⁴ e que foi punido pela própria comunidade indígena,⁴⁵ em consonância com o disposto no art. 57 do Estatuto do Índio⁴⁶ c/c art. 231 da Constituição do Brasil, impossibilita a persecução criminal pelo aparelho estatal brasileiro, pois configuraria uma ofensa ao princípio do *bis in idem*. Se estaria ante o direito humano da “... autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte.”⁴⁷ O Des. Mauro Campello ressalta que apesar de estar *ainda em aberto o debate no direito brasileiro*, haveria uma *forte inclinação*, sobretudo por casua do disposto no preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, em se *considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos*, conferindo-se à mesma, em razão disso, um *status supralegal*, o que se faria em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras de Campello, “Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que

tempo, acaba tendo sua cultura vilipendiada, fato que é contrário à proteção que lhe dá a Constituição Federal de 1988 e demais Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário.” Ibid. p. 490.

⁴⁴ O crime de homicídio foi cometido dentro da Terra indígena Maoá/Pium.

⁴⁵ Desde a imposição de uma sanção por Tuxauas e Membros do Conselho da Comunidade Indígena do Manoá.

⁴⁶ Que estabelece que: “Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.”

⁴⁷ Para o voto do Relator, Desembargador Mauro Campello: CAMPELLO, M.. Voto do Relator na Apelação Criminal Nº 0090.10.000302-0 - BONFIM/RR. Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/305751553/andamento-do-processo-n-009010000302-0-apelacao-criminal-17-02-2016-do-djrr?ref=topic_feed > Acesso em 20 fev 2016.

votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do *jus puniendi* de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.”⁴⁸

Ainda que a referida decisão não trate especificamente de um caso de externalização de uma *expressividade comportamental típica* de um indígena fora dos limites territoriais de sua comunidade originária e que teria se configurado em ofensa à esfera de direitos de outrem, o caso é exemplar e inovador quanto ao reconhecimento da jurisdição indígena, constituindo-se, portanto, num reforço ao respeito à *forma de ser dos povos* indígenas, bem como num elemento despoletador de uma construção inovadora de futuros juízos judicativo-decisórios que deverão ser elaborados em casos similares.

4. CHILE.

A Constituição do Chile, de 1980, portanto, ainda da era Pinochet, estatui em seu artigo 10 que cabe ao Estado proteger e fomentar o patrimônio cultural da nação. Adicione-se, ainda, a proteção à liberdade de consciência e de manifestação (artigo 6º), bem como a igualdade perante a lei e a impossibilidade de declaração pelas autoridades de distinções arbitrárias entre as pessoas (artigo 2º).⁴⁹

⁴⁸ Id. Na explicação de Rafael Braga, desde a Advocacia da União, “Na cultura indígena, a maioria das sanções aplicadas nestas situações não são caracterizadas por privação da liberdade. Os índios entendem que o cárcere retira uma força de trabalho da comunidade, de modo que são aplicadas outras medidas sancionatórias. No caso, lideranças das comunidades Anauá, Manoá e Wai Wai impuseram ao índio, dentre outras, a sanção de remoção, ou seja, a saída da comunidade Manoá por cinco anos, período no qual ele deverá prestar trabalho comunitário e cumprir o regimento interno do povo Wai Wai. O índio também não poderá comercializar nenhum produto sem permissão da tribo onde estará instalado. Deverá, ainda, aprender a cultura e a língua dos Wai Wai. Em deliberação anterior do conselho da comunidade indígena do Manoá, outras ações já haviam sido impostas, como a construção de uma casa para a esposa da vítima e a proibição de se ausentar da região sem permissão da tribo. Todas as medidas foram aplicadas tendo como base a autoridade, o uso e os costumes indígenas.” BRAGA, R.. AGU obtém decisão inédita e afasta condenação de índio já punido pela tribo. Disponível em: < http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/386186# > Acesso em 20 fev 2016.

⁴⁹ Para os artigos citados: Disponível em: < http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf. > Acesso em 14 de outubro de 2015.

4.1 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO CHILE.

Não se localizou decisões que tratassem mais especificamente alguma questão envolvendo a temática da *forma de ser dos povos*, que tivesse sido apreciada pelo Tribunal Constitucional do Chile.

4.2 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES CHILENAS.

Tendo como pano de fundo documental as Petições nrs. 619/03, 429/05 e 581/05, apreciadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, indígenas do Chile, da etnia Mapuche, alegaram a “... violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (...) [tendo havido o] procesamiento y condena [dos mesmos] por delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad, con una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso y tomando en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria”.⁵⁰

A Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que as razões expendidas em sede de condenação dos peticionários indígenas foram baseadas em estereótipos e pré-juízos étnicos negativos, que exteriorizaram pré-juízos pessoais dos magistrados chilenos em relação aos imputados e que foram decisivos para estabelecer a responsabilidade penal dos mesmos (fundamentalmente a participação no fato delitivo e a especial intenção terrorista). Referidas decisões judiciais se deram em um contexto onde meios de comunicação social e partes da sociedade chilena adotaram estereótipos desfavoráveis e concepções do que denominam como *la cuestión mapuche*, o *problema mapuche* ou o *conflicto mapuche*, que deslegitimaram a reivindicação dos direitos territoriais do povo

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. SENTENÇA. INDÍGENAS MAPUCHE. CHILE. Disponível em <
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf > Acesso em 19 ago 2015.

indígena mapuche e qualificaram seus protestos sociais de forma generalizada como violenta, apresentando-os como geradores de um conflito entre o povo indígena mapuche e o resto da população da área. Desta forma, os tribunais que condenaram os indígenas mapuche careceram de imparcialidade nos casos concretos ao ditar as sentenças penais condenatórias. Tratou-se de um tratamento discriminatório que não tem uma justificação objetiva e razoável, nem persegue um fim legítimo, crescendo de uma relação de proporcionalidade entre os meios utilizados e o fim perseguido, violando-se o princípio do devido processo legal – art. 8.1 da Convenção Americana –. Privou-se, com isso, os indígenas do direito a um juiz imparcial. Em razão disso, o Estado chileno foi condenado a:

(i) adoptar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole para dejar sin efecto, en todos sus extremos, las sentencias penales condenatorias emitidas en contra de los señores Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequero Pichún Paillalao, Víctor Manuel Ancalaf LLaupe, Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, José Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y la señora Patricia Troncoso Robles; (ii) brindar, de forma gratuita e inmediata, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas del presente caso que así lo soliciten; (iii) realizar las publicaciones y radiodifusión de la Sentencia según lo indicado en la misma; otorgar becas de estudio en instituciones públicas chilenas en beneficio de los hijos de las ocho víctimas del presente caso que así lo soliciten; (iv) regular con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso; (v) pagar a cada una de las ocho víctimas del presente caso la cantidad fijada en la Sentencia por concepto de indemnización de los daños materiales e inmateriales; (vi) pagar las cantidades fijadas en la Sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos. Asimismo, la Corte dispuso que el Estado debe reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cantidad erogada durante la tramitación del presente caso.⁵¹

Observa-se no referido caso apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos recentemente que a existência do reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* corroboraria no reforço argumentativo expendido na referida decisão, pois o respeito à cultura indígena Mapuche também pode ser visto como decorrência do próprio *direito da forma de ser dos povos*, que está para além do

⁵¹ Para o resumo da referida decisão: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RESUMEN DE DECISIÓN. INDÍGENAS MAPUCHE. CHILE. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_279_esp.pdf > Acesso em 19 ago 2015.

mero direito à *cultura*, que comumente os textos constitucionais sulamericanos costumam apresentar. Afinal, como já argumentado ao longo da investigação, ao se tocar a esfera da própria subjetividade humana, revestindo-se, mesmo, na própria *expressão última da subjetividade humana toda expressividade comportamental típica* de um povo, o *direito da forma de ser dos povos*, que tem como um de seus arimos constitutivos estruturantes o próprio *habitat* originário dos povos indígenas, sobrepõe-se àquilo que comumente vem designado como *cultura* nos textos constitucionais. Como mostrou a exploração de alguns dos elementos co-constitutivos da *forma de ser dos povos*, a cosmovisão de um povo também pode derivar da relação que o povo guarda com seu território. Ademais, povos indígenas que habitam terras altas e têm suas conformações fisiológico-corporais configuradas para tais regiões, se retirados de seus territórios de origem, podem vir a sofrer danos irreparáveis e, em casos extremos, até mesmo a morte por inadaptação a terras baixas. Desta forma, o elemento co-constitutivo estruturante da *forma de ser dos povos território originário* precisa ser respeitado.

5. COLÔMBIA.

A Constituição da Colômbia, de 1991, reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação em seu artigo 7º. No artigo 8º, estabelece a obrigação do Estado e das pessoas de proteger as riquezas culturais da nação. Em seu artigo 10, considera como oficiais os idiomas dos grupos étnicos que formam comunidades com tradições linguísticas próprias, ao lado do idioma castelhano. Também, no artigo 63, impõem-se a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade das terras comunais dos grupos étnicos. Já o artigo 13 estabelece o princípio da igualdade perante a lei, vedadas as discriminações, cabendo ao Estado adotar medidas para a consecução da igualdade real em favor de grupos discriminados e marginalizados. Por sua vez, o artigo 28 estabelece o direito à liberdade. Ainda, em seu artigo 70, a Constituição colombiana afirma a igualdade e a dignidade de todas

as manifestações culturais que convivem no país.⁵²

Note-se, também, que a Constituição da República da Colômbia prevê quota obrigatória de representantes das comunidades indígenas e das minorias políticas, tanto na composição do Senado (artigo 171) quanto na composição da Câmara de Representantes (artigo 176). De igual forma, no artigo 330, se estabelece o regimento do Conselho de governo dos territórios indígenas.

O direito à identidade cultural é resguardado pelo artigo 339 da Constituição, garantindo-se aos indígenas e aos grupos étnicos o desenvolvimento do seu plano de vida e de modelo de economia de acordo com seus usos, costumes e valores culturais próprios, desde que não contrários à Constituição e às leis da República. Também o artigo 246 estabelece as jurisdições especiais dos povos indígenas dentro de seus territórios tradicionais, guiadas pelas suas próprias normas e procedimentos, desde que não contrários à Constituição e à lei.

5.1 A POSIÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA.

Um caso emblemático apreciado pela Corte Constitucional colombiana se refere ao indígena Francisco Gembuel Pechene, que foi acusado de instigação a homicídio, tendo sido condenado pela justiça indígena a 60 chicotadas. Indignado com a punição, Gembuel recorreu à justiça ordinária, tendo recebido uma sentença favorável ao seu pleito quando se anulou a assembléia indígena que resultou em sua punição originária. A Corte Constitucional da Colômbia decidiu por revogar a sentença proferida pelo *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao*, restabelecendo-se a decisão proferida pela justiça indígena.⁵³

No referido julgado houve o reconhecimento constitucional do princípio da diversidade étnica e cultural. Como fundamento, invocou-se o dever do Estado de

⁵² Para os artigos citados: http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf. Acesso em 14 de outubro de 2015.

⁵³ Para o inteiro teor da decisão da Corte Constitucional da Colômbia: CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. SENTENÇA N° T-523/97. Disponível em: < <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm> > Acesso em 20 ago 2015.

garantir que todas as formas de ver o mundo possam coexistir pacificamente, ainda que a conflituosidade possa daí emergir. Seria dever do Estado preservar a convivência pacífica em seu território, garantindo o direito dos seus associados enquanto cidadãos com o reconhecimento de suas necessidades particulares, como membros de grupos culturais distintos. Diante disso, estaria vedado ao Estado impor uma concepção de mundo particular, ainda que vista como valiosa, pois tal atitude atentaria contra o princípio do respeito à diversidade étnica e cultural e o tratamento igualitário das diferentes culturas.⁵⁴

Tratou-se, assim, da invocação do dever de respeito do Estado às *cosmovisões*, às *perspectivas sobre o mundo*, que haveriam que conviver pacificamente. No entanto, para além das dificuldades de ordem prática de tal argumentação, sobretudo quando se pensa nas limitações que normalmente se colocam ao nível constitucional, tais como os direitos humanos, o que se percebe é que o indígena Gembuel, com sua atitude de inconformismo ante à decisão contrária que lhe tivera sido imposta, acabou por negar sua própria cosmovisão. Afinal, esta, como bem lembra Ermanno Vitale, deriva do fato de um grupo transmitir, de geração a geração, suas crenças morais, religiosas, seus costumes sociais, suas concepções das instituições político-jurídicas que regulam a convivência, fixando papéis, funções e hierarquias entre seus membros sobre a base de uma moral social consolidada através do tempo à qual se apelaria e se resumiria no termo mágico *cosmovisão*.⁵⁵

Para além da falta de uma fundamentação acerca das razões últimas do respeito às cosmovisões dos povos indígenas, o que seria justificável desde o reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, a recorrente tentativa de conciliar o inconciliável, mitigando-se um real respeito ao diverso, quando não haveria que se falar de intromissão de um forma de regulação do convívio sobre

⁵⁴ Id. “En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante.” Id.

⁵⁵ VITALE, E.. Derechos (de los) indígenas y derechos fundamentales. Una reflexión crítica. Traducción de Andrea Greppi. Em: GIRAUDO, L.. (Ed.) **Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 07. (Cuadernos y Debates – 191)

outra, redundando em dificuldades insuperáveis, tal como o caso deixa exposto. Se por um lado se reconhece a diversidade étnica e cultural e a cosmovisão que as sustenta, por outro, a admissão das limitações dos direitos humanos acaba por se converter em um argumento para o inconciliável: admitir penalizações desumanas – à luz do Direito – sob o argumento do respeito à diversidade – jurisdição indígena -.

Tivessem os magistrados se valido tão somente do reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* como raiz fundante da diversidade, pois que expressão da própria subjetividade humana e, assim, exploração proveitosa da própria noção de *homem-pessoa*, não havendo que se falar de limitações de um ordenamento sobre o outro, estaria superada a referida contradição.⁵⁶

Um tal posicionamento não afasta a possibilidade de índole político-administrativa de estar o aparelho estatal dos países sulamericanos constantemente buscando um diálogo com os povos assentes em culturas diferentes da de viés europeu-ocidental. A disponibilização dos Estados ao acolhimento de pessoas que não concordem com as cosmovisões de seus povos originários e estejam interessadas no modelo de convívio daqueles da cultura preponderante pode ser um caminho salutar para se evitar a perduração de práticas consideradas desumanas e, portanto, violadoras dos direitos e garantias assegurados pelo Direito. O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, limitado ao período de enculturação e estendido aos modos de vida empregados por povos não adeptos do Direito, vem reforçar o inafastável respeito à *pessoa humana* em um viés o mais alargado o possível.⁵⁷

⁵⁶ Ermanno Vitale, no entanto, se posiciona no sentido que os direitos fundamentais, no sentido de *lei dos mais fracos*, seriam negados pelas autoridades das comunidades indígenas quando as mesmas considerariam uma intrusão nos usos e costumes tradicionais. Ibid. p. 10.

⁵⁷ Vale deixar consignado o alerta dado por Ermanno Vitale sobre as recorrentes alterações constitucionais que têm sido promovidas em muitos países sulamericanos sob a justificativa de outorgar *direitos*: “Atribuir rango constitucional, por medio de reformas continuas, a todo aquello que parece digno de ser protegido en el nivel más elevado de la jerarquía normativa, pero vaciando con ello de significado la constitución, que resulta incesantemente inflacionada, constituye una tendencia peligrosa, además de constituir un error tanto teórico como político. En lugar de buenas leyes ordinarias para hacer frente a problemas reales – por ejemplo los que tienen las comunidades indígenas -, se hacen incesantes reformas constitucionales. El resultado es que la idea misma de constitución como ley fundamental que contiene el elenco de los derechos fundamentales de la persona y el ciudadano y la organización de los poderes del Estado que sirven para garantizar tales derechos, queda desarticulada. Si todo es fundamental o constitucional, nada lo será ya realmente. De este modo, las constituciones se convierten en un bazar de principios, programas e

5.2 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES COLOMBIANAS.

Um caso que resultou na edição de algumas resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos contendo medidas provisionais para a Colômbia diz respeito ao povo indígena Kankuamo, que teriam sido expulsos de suas terras originárias e ameaçados por membros do movimento guerrilheiro armado das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC -.⁵⁸ A Corte entendeu, através da Resolução de 21 de novembro de 2011, por levantar as medidas provisionais em face da Colômbia, desde 05 de julho de 2004, que foram a favor do povo indígena Kankuamo, sem prejuízo das medidas de proteção ao referido povo que continuaram a caber ao Estado colombiano.⁵⁹

A referida Resolução apresentou todo um histórico evolutivo dos problemas enfrentados pelo povo indígena Kankuamo, preponderando, mais uma vez, a questão do afastamento forçado dos mesmos de suas terras originárias. O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos* ante uma tal situação poderia servir de fortalecimento ao enredo argumentativo dos magistrados, pois o *habitat* originários de povos nativos é parte estruturante da própria *cosmovisão* dos mesmos e, assim, toca a própria *subjetividade* de seus membros.

Outro caso de deslocamento forçado de pessoas se deu com a comunidade de afrodescendentes que habitavam ancestralmente territórios da bacia do Cacarica, na Colômbia.⁶⁰ O referido deslocamento forçado teria ocorrido em

incluso indicaciones reglamentarias contradictorias. Así, todo vuelve a la discrecionalidad, por no decir el arbitrio, de los poderes existentes en el campo político y económico, empezando por los que participan en las Cortes Constitucionales. No en vano, parece ser que el actual – por así decir – indiscutido Presidente de la república bolivariana de Venezuela suele llamar a la constitución de su país <<la bicha>>.” Ibid. p. 16. Vitale se referiu ao ex-Presidente Hugo Chávez.

⁵⁸ As referidas resoluções foram as seguintes: de 5 de julho de 2004, de 30 de janeiro de 2007, de 3 de abril de 2009, bem como a de 21 de novembro de 2011. Para um resumo das providências adotadas pela Colômbia, das reivindicações do povo Kankuamo, bem como das medidas provisionais exaradas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Resolução de 21 de novembro de 2011. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/Kankuamo_se_06.pdf > Acesso em 20 ago 2015.

⁵⁹ Id.

⁶⁰ Para a referida sentença: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. DECISÕES. AFRODESCENDENTES. COLÔMBIA. Disponível em <

1997, desde a operação militar *Génesis*, tendo como objetivo o combate às FARC. Simultaneamente, grupos paramilitares das *Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá - ACCU -*, desde a Operação Cacarica, forçaram o deslocamento de povos afrodescendentes de seus territórios ancestrais, que foram objeto de exploração ilegal por parte de empresas madeireiras com permissão ou tolerância do Estado colombiano.⁶¹

Como medidas de reparação, a Corte Interamericana decidiu pelas seguintes:

“... i) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; ii) continuar eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones abiertas, así como abrir las que sean necesarias, con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a todos los responsables de los hechos del presente caso; iii) publicar y difundir la Sentencia de la Corte Interamericana; iv) brindar el tratamiento adecuado y prioritario que requieran las víctimas del presente caso, en el marco de los programas de reparaciones previstos en la normatividad interna; v) restituir el efectivo uso, goce y posesión de los territorios reconocidos en la normativa a las comunidades afrodescendientes agrupadas en el Consejo Comunitario de las Comunidades de la Cuenca del río Cacarica; vi) garantizar que las condiciones de los territorios que se restituyan a las víctimas del presente caso, así como del lugar donde habitan actualmente, sean adecuadas para la seguridad y vida digna tanto de quienes ya han regresado como de quienes aún no lo han hecho; vii) garantizar que todas las personas que hayan sido reconocidas como víctimas en esta Sentencia reciban efectivamente las indemnizaciones establecidas por la normatividad interna pertinente, y viii) pagar a los familiares de Marino López una indemnización como compensación por daños materiales e inmateriales ocasionados.”⁶²

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf > Acesso em 20 ago 2015. A referida sentença foi de 20 de novembro de 2013. “La cuenca del río Cacarica está habitada, principalmente, por descendientes de africanos, originariamente traídos y sometidos a condiciones de esclavitud en las Américas durante la época de la colonia. Esas poblaciones se fueron organizando en comunidades y se asentaron en forma lineal a lo largo de las corrientes de agua, en caseríos o en pueblos aferrados a los ríos, quebradas y caños.” Id.

⁶¹ Id. “... emprendieron un avance de norte a sur desde el Parque Nacional de los Katios a lo largo del río Cacarica, pasando por Bijao y otras comunidades ubicadas en la ribera de ese río, para finalmente llegar a las riberas de los ríos Salaquí y Truandó, donde desarrollaron operaciones conjuntas con el Ejército. En el marco de la ‘Operación Cacarica’, los paramilitares ejecutaron a Marino López en Bijao y desmembraron su cuerpo. Posteriormente a esos hechos, varios centenares de pobladores de la cuenca del río Cacarica se vieron forzados a desplazarse a Turbo, Bocas de Atrato y Panamá, donde permanecieron en diferentes asentamientos por varios períodos durante los cuatro años posteriores. En Turbo las condiciones de vida de los desplazados se caracterizaron por falta de atención por parte del gobierno, hacinamiento, malas condiciones y falta de privacidad. Posteriormente, muchas de las personas desplazadas retornaron a otras comunidades de paz en territorios del Cacarica. Además, con posterioridad a los hechos de febrero de 1997, los desplazados siguieron siendo objeto de actos de hostigamiento, amenazas y violencia por parte de grupos paramilitares.” Id.

⁶² Id.

Também no referido caso pode se perceber que a cosmovisão dos povos afrodescendentes, habitantes da bacia do rio Cacarica, na Colômbia, foi violada, valendo-se também aqui apontar que o uso do *direito da forma de ser dos povos* robusteceria a argumentação fundamentadora da decisão.

6. EQUADOR.

Logo no seu preâmbulo, na Constituição do Equador de 2008, se reconhecem as raízes milenares, forjadas por mulheres e homens de distintos povos. Celebra-se a natureza, entendida na linguagem indígena como *Pacha Mama*, asseverando que o povo equatoriano faz parte da mesma e que ela é vital para a existência de todos. Também são reconhecidas as diversas formas de religiosidade e espiritualidade. Apela-se a todas as formas de sabedoria de todas as culturas, que enriquecem a todos como sociedade. Por fim, ressaltam-se as lutas sociais de libertação frente a todas as formas de dominação e colonialismo, decidindo-se, sobre tais fundamentos, construir uma nova forma de convivência cidadã, em diversidade e harmonia com a natureza, para alcançar o *bem viver*, ou seja, o *sumak kawsay*. Decide-se, ainda, pela construção de uma sociedade que respeite, em todas as suas dimensões, a dignidade das pessoas e as coletividades.⁶³

Em seu art. 1, a referida constituição equatoriana, tratando dos elementos constitutivos do Estado e dos seus princípios fundamentais, pontua que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, **intercultural, plurinacional** y laico.”⁶⁴ No art. 2 se estabelece que o castelhano é o idioma oficial do Equador, mas que o referido idioma, juntamente com o *kichwa* e o *shuar*, são idiomas oficiais de relação intercultural e que os demais idiomas ancestrais são de uso oficial para os povos indígenas nas zonas onde habitam e nos termos que fixar a lei. No entanto, o Estado respeitará e estimulará a conservação e uso dos referidos idiomas ancestrais.

⁶³ Para os artigos constitucionais citados: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Disponível em < <http://www.asambleanacional.gob.ec/> > Acesso em 29 ago 2015.

⁶⁴ Id. (grifo nosso)

Aparentemente, o que se verifica é uma contradição no referido dispositivo, pois estabelece que o Equador é um Estado plurinacional e intercultural, mas se dispõe que somente o castelhano será o idioma oficial.⁶⁵

No art. 3, nº 3, se estabelece como um dever primordial do Estado fortalecer a unidade nacional *na diversidade*. No nº 7 do mesmo art. 3, se prevê a proteção do patrimônio natural e cultural do país. No art. 4 se estabelece que uma das dimensões do território equatoriano é a *cultural*, enquanto legado dos antepassados e povos ancestrais. Todas as equatorianas e equatorianos são considerados cidadãos pelo art. 6, sendo-lhes assegurados todos os direitos previstos na constituição. A nacionalidade equatoriana, enquanto vínculo jurídico-político das pessoas com o Estado, existe sem prejuízo de pertencer a pessoa a alguma das nacionalidades indígenas que coexistem no *Equador plurinacional*. No art. 7 se prevê que as pessoas pertencentes a comunidades, povos ou nacionalidades reconhecidos pelo Equador com presença nas zonas de fronteira são consideradas equatorianas e equatorianos por nascimento.

No Título II, intitulado *Direitos*, são estabelecidos os *princípios de aplicação dos direitos – Capítulo primero* -. Assegura-se no art. 10 que as pessoas, comunidades, povos, nacionalidades e coletividades são titulares e gozarão dos direitos garantidos pela constituição e nos instrumentos internacionais.

No *Capítulo segundo*, do mesmo *Título II*, são arrolados os *Derechos del buen vivir*, ou seja, do *sumak kawsay*. No art. 14 da constituição equatoriana se estabelece que os indígenas têm direito de viver em um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, que garanta a sustentabilidade e o *buen vivir*, o *sumak kawsay*. Ocorre que para os indígenas terem um *sumak kawsay* eles devem respeitar os direitos coletivos baseados nos instrumentos internacionais de direitos humanos – art. 57 -. Além disso, o *buen vivir* está desconectado da conformação do poder no sistema político e da estrutura da produção, da distribuição e do consumo. Trata-se de “... la apelación a un recurso de la retórica política sin mayores

⁶⁵ Observação esta do Grupo de Trabalho sobre direitos humanos e direitos coletivos (CONAIE – Fundación Tukui Shimi), coordenado por Mónica Chuji e com a participação redacional de Mikel Berraondo e Pablo Dávalos. CHUJI, M.. (Coord.) **Derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades. Evaluación de una década (1998 – 2008)**. Quito: IWGIA, 2009, p. 103. (Documentos de IWGIA)

consecuencias al momento de definir y establecer las condiciones de la producción y distribución. Cuando se observa lo atinente a la política económica, puede comprenderse que no hay una relación entre lo establecido con el *sumak kawsay*.”⁶⁶

O art. 21 establece o direito à cultura, apresentando-se relativamente mais explícito quanto às culturas não europeia-ocidentais. No entanto, limita-se a invocação da *cultura* quando se atentar contra os direitos reconhecidos na constituição.⁶⁷

O *Capítulo cuarto* todo – do art. 56 ao art. 60 -, do aludido *Título II*, trata dos direitos das comunidades, povos e nacionalidades. São os chamados *derechos colectivos*. Em relação à Constituição de 1998, a de 2008 passou a reconhecer explicitamente como sujeitos de direitos as comunidades, comunas, povos, nacionalidades, ao povo afrodescendente e, pela primeira vez, ao povo montubio.⁶⁸ É estabelecida a equiparação dos direitos coletivos constitucionalmente assegurados, limitando-os ao previsto nos instrumentos internacionais de direitos humanos – art. 57 -, para além dos direitos consagrados na própria constituição.

Um dos requisitos básicos para o pleno exercício e respeito às formas de vida dos povos autóctones é justamente a garantia do consentimento livre, prévio e informado dos referidos povos, o que vem estatuído tanto na Convenção nº 169, da OIT, ratificada pelo Equador, em seu art. 6, quanto na Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, aprovada em 2007, com o voto

⁶⁶ CHUJI, M.. (Coord.) Op. cit. pp. 104-105.

⁶⁷ O referido dispositivo constitucional assim está redigido: “Art. 21.- Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas. No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en la Constitución.” CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Op. cit.

⁶⁸ No art. 257 se establece, también, o seguinte: “Art. 257.- En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones.” Id.

favorável do Equador, especificamente em seus arts. 19 e 32. Desta forma, o art. 57, nº 7, da Constituição do Equador de 2008 estabelece a consulta prévia, livre e informada da comunidade, sendo essa obrigatória e oportuna.⁶⁹ No passado, o Equador, inclusive através de um Comitê Tripartido do Conselho de Administração da Organização Internacional do Trabalho, que foi designado para analisar uma reclamação contra o Estado relativa à assinatura de um convênio de exploração petrolífera no território do povo Shuar, recebeu o apontamento de que “... una reunión de mera información no se puede considerar en conformidad con lo dispuesto en el Convenio.”⁷⁰ Também foi enfatizado pelo referido Comitê que as consultas devem envolver a “... organizaciones, instituciones y organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas.”,⁷¹ concluído-se que a exclusão da principal organização do povo Shuar na assinatura do convênio constituiu uma violação das disposições da Convenção nº 169 da OIT.⁷²

No art. 57, nº 10, prevê-se a possibilidade de se criar, desenvolver, aplicar e praticar o direito próprio ou consuetudinário das comunas, comunidades, povos e nacionalidades indígenas, afroequatorianos e o povo montubio. No entanto, se estabelece que tal direito não poderá vulnerar direitos constitucionais, em particular o das mulheres, crianças e adolescentes, o que, em termos práticos, pode colocar situações em que os modos originários de vida, bem como suas formas de regulação, não serão respeitados, havendo a sobreposição do Direito hegemônico sobre os direitos dos referidos povos. Referido direito, especificamente em relação aos povos indígenas, vem reforçado pelo disposto no art. 171, que estabelece a *Justiça indígena*, assegurando que as autoridades das comunidades, povos e nacionalidades indígenas exercerão funções jurisdicionais com base em suas tradições ancestrais e seu direito próprio, dentro do seu âmbito territorial, com

⁶⁹ Para o referido art. 57, nº 7, da Constituição do Equador: Id. O referido direito vem reforçado de forma específica ao Legislativo no nº 17 do referido art. 57: “17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos.” Id.

⁷⁰ Na citação do relatório do Grupo de Trabalho sobre direitos humanos e direitos coletivos (CONAIE – Fundación Tukui Shimi), coordenado por Mónica Chuji e com a participação redacional de Mikel Berraondo e Pablo Dávalos. CHUJI, M.. (Coord.) Op. cit. pp. 100-101.

⁷¹ Ibid. p. 101.

⁷² Id.

garantia de participação e decisão das mulheres. Para tanto, as autoridades aplicarão normas e procedimentos próprios para a solução das controvérsias internas, desde que não sejam contrários à Constituição e aos direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais.⁷³

Como se observa, a tentativa de conciliação de quadros axiológicos estruturados em valores distintos acaba encontrando um obstáculo praticamente intransponível quando se pensa em casos práticos que apresentem conflitos de valores decorrentes, por exemplo, de *expressividades comportamentais típicas* e que tenham sido solucionados pela justiça indígena. O fato do referido dispositivo constitucional assegurar que o Estado garantirá que as decisões da jurisdição indígena serão respeitadas pelas instituições e autoridades públicas não indígenas acaba por poder vir a se tornar letra morta. Afinal, muitas *expressividades comportamentais típicas* dos povos indígenas são absolutamente violadoras dos mais elementares direitos de índole europeia-ocidental. Trata-se, portanto, de uma tentativa de aproximação de quadros axiológicos que, ao se vincular à obediência da funcionalidade performática do Direito, se frustra. O exemplo retro apresentado da Lei de Deslinde Jurisdicional boliviana deixou isto de todo evidenciado. As limitações dos direitos constitucionalmente assegurados, dos direitos humanos e a própria sujeição ao controle de constitucionalidade das decisões das autoridades indígenas acabam por deixar aos referidos povos uma reserva muito restrita de possibilidades de resolução de suas controvérsias conforme os valores informantes do convívio que foram sendo construídos ao longo do tempo por tais povos. Ademais, pode-se entender que se restringe a possibilidade de resolução de conflitos conforme suas regras, de forma explícita, aos povos indígenas, pois somente a esses povos a constituição destacou dispositivo específico.

Ainda no citado art. 57, em seu número 11, se estabelece o direito dos povos indígenas, afroequatorianos e o povo montubio de não serem desalojados de suas terras ancestrais, o que significa uma garantia jurídica para uma dimensão

⁷³ Também é de se destacar o art. 189, que estabelece o seguinte: “Art. 189.- Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.” Id.

estrutural da *forma de ser dos povos*, qual seja a do *espaço territorial* que ancestralmente lhes pertence.

O número 12 do art. 57 reconhece o direito *coletivo* aos referidos povos – indígenas, afroequatorianos e povo montubio – de manter, proteger e desenvolver os conhecimentos coletivos, suas ciências, tecnologias e saberes ancestrais; os recursos genéticos que contêm a diversidade biológica e a agrobiodiversidade; suas medicinas e práticas de medicina tradicional, com inclusão do direito a recuperar, promover e proteger os lugares ritualísticos e sagrados, assim como plantas, animais, minerais e ecossistemas dentro de seus territórios e o conhecimento dos recursos e propriedades da fauna e da flora, proibindo-se toda forma de apropriação sobre seus conhecimentos, inovações e práticas. Percebe-se, portanto, que várias dimensões do *direito da forma de ser dos povos* restam resguardadas constitucionalmente no Equador. Basta se recordar de alguns dos inúmeros elementos co-constitutivos da *forma de ser dos povos* para se verificar tal asseguração jurídico-político. Este direito permite aos referidos povos denunciar a destruição de lugares sagrados, a biodiversidade, a contaminação do ambiente, a manipulação e roubo dos recursos genéticos. O Estado deve garantir, no caso da medicina ancestral, o reconhecimento dos médicos tradicionais – yachak, parteiras, pajuyuk -.⁷⁴

O art. 57, 14, também estabelece como um direito *coletivo* o do desenvolvimento, fortalecimento e potencialização do sistema de educação intercultural bilingue, com critérios de qualidade, desde a estimulação temprana até o nível superior, conforme a diversidade cultural, para o cuidado e preservação das identidades em consonância com suas metodologias de ensino e aprendizagem, garantindo-se uma carreira docente digna. A administração do sistema será coletiva e participativa, com alternância temporal e espacial, baseada na vigilância

⁷⁴ CHUJI, M.. (Coord.) Op. cit. p. 108. O referido art. 57, 12, remete para o art. 21 da Constituição do Equador, onde se estabelece que aos povos em isolamento voluntário – não contactados – são assegurados seus territórios, sendo de posse ancestral irredutível e intangível, vedando-se todo tipo de atividade extrativa. Questiona-se se em caso de invasão por parte do Estado equatoriano de um território de um povo isolado se estaria ante um caso de *etnocídio*, o que não deixa de se apresentar como uma limitação, pois não se confunde com genocídio, tal como já se está regulado pelo Direito equatoriano. Para o referido questionamento: Ibid. pp. 108-109.

comunitária e rendição de contas. Como se observa, se de um lado, positivamente, se assegura a manutenção do ensino sem desprezar a língua materna das crianças dos referidos povos, de outro, reforçam-se os critérios alienígenas às culturas dos mesmos no que se refere à educação, o que, ainda que guarde um viés negativo, permite que seja cobrado do Estado equatoriano informações periódicas sobre o avanço das ações empreendidas para melhorar a qualidade da educação,⁷⁵ o que se mostra como um fator positivo.

No número 13, do art. 57, está previsto o direito à manutenção, recuperação, proteção, desenvolvimento e preservação do patrimônio cultural e histórico dos referidos povos como parte indivisível do patrimônio do Equador, cabendo ao Estado prover os recursos para o efeito. Assegura-se aqui duas dimensões de capital importância do *direito da forma de ser dos povos*, quais sejam a cultural e a histórica.

Para além de outros direitos estabelecidos aos aludidos povos no art. 57 da Constituição do Equador, o art. 58 prevê que, para fortalecer a sua identidade, cultura, tradições e direitos, se reconhecem ao povo afroequatoriano os direitos estabelecidos na Constituição, na lei e nos pactos, convênios, tratados, declarações e demais instrumentos internacionais de direitos humanos.

Igualmente, no art. 59, se reconhecem os direitos *coletivos* aos povos montubios para garantir seu processo de desenvolvimento humano integral, sustentável, as políticas e estratégias para seu progresso e suas formas de administração associativa, a partir do conhecimento de sua realidade e o respeito de sua cultura, identidade e visão própria, de acordo com a lei. No entanto, restringem-se aqui os referidos direitos ao disposto em lei específica.

O Capítulo Sétimo, do Título II, traz os chamados direitos da natureza ou *Pacha Mama*.⁷⁶ Remete-se aqui a análise crítica expendida no corpo da tese sobre a

⁷⁵ Ibid. p. 107.

⁷⁶ Para uma tentativa de aproximação da filosofia andina com o confucionismo e a referida relação com a concepção europeia-ocidental, judaico-cristã e greco-romana do Direito e, especialmente, dos direitos humanos: GARCÍA, A. P.. Derechos humanos y derechos de la naturaleza: el individuo y la Pachamama. Em: **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho – CEFD** -. Nº 27, 2013, pp. 81-95. Disponível em: < <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/2456> > Acesso em 06 set 2015.

adequação de se entender a natureza como possuidora de *direitos*, o que, frise-se, afronta a própria lógica da *responsabilidade e autonomia*, inerentemente *humana* e caracterizadora performática do Direito.

6.1 A POSIÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL DO EQUADOR.

Foi interposta ação extraordinária de proteção contra decisões da justiça indígena adotadas em 16 e 23 de maio de 2010 por um membro do povo de Panzaleo, da nacionalidade kichwa, sendo proferida a sentença Nº 113-14-SEP-CC, referente ao Caso Nº 0731-10-EP, pela Corte Constitucional do Equador.⁷⁷ O referido caso se referiu ao assassinato de um membro da paróquia Zumbahua, da população indígena kichwa, do cantão Pujili, província de Cotopaxi, sendo imputada a responsabilidade criminal a cinco jovens indígenas da comunidade de Guantopolo, atribuindo-se as sanções conforme a justiça indígena. Os referidos jovens teriam se submetido à justiça indígena da Comunidade Indígena de La Cocha; contudo, sendo também julgados pela justiça ordinária, cumprindo pena em regime fechado na Capital Quito, o que se constituiria em um duplo julgamento. Questionou-se na referida ação se as sanções atribuídas pela justiça indígena aos cinco jovens seriam ou não uma violação dos direitos humanos fundamentais e se seriam ou não atos de selvageria, barbárie e primitivismo, como várias autoridades do Estado teriam sustentado. Questionou-se, também, se os membros das comunidades indígenas devem ou não se submeterem à jurisdição indígena ou se é um caso de vontade das partes se submeterem. Indagou-se sobre os mínimos jurídicos que as autoridades indígenas deveriam observar em suas decisões. Pleiteou-se a suspensão imediata de todos os processos judiciais iniciados contra os dirigentes indígenas de La Cocha por parte da *Fiscalía* e Juizados de Garantias Penais de Cotopaxi. Pediu-se, ainda, a imediata liberdade dos cinco jovens indígenas por estarem sendo processados e julgados duas vezes, violando-se o art. 76, 7, *i*, da Constituição do Equador. Por fim,

⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. SENTENCIA Nº 113-14-SEP-CC. Disponível em < <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0731-10-EP.pdf> > Acesso em 06 set 2015.

requisitou-se a suspensão da adoção de qualquer resolução interpretativa sobre jurisdição indígena por parte da Corte Nacional de Justiça.

Os terceiros interessados alegaram violação de direitos em relação aos mesmos por parte da jurisdição indígena – violações de direitos inerentes às pessoas, linchamento, violação do direito à defesa em todo o processo indígena, impossibilidade de contar com um advogado ou um terceiro imparcial que defendesse seus interesses, pois teriam sido submetidos a torturas por vários dias. Não houve nem prazo razoável nem os meios adequados para preparar a defesa; não houve um juiz imparcial nem a presunção de inocência teria sido respeitada, sendo que um dos acusados foi obrigado a se declarar culpado -. Os cinco acusados, no entanto, manifestaram estar de acordo com a justiça indígena imposta aos mesmos, entendendo que a justiça ordinária não poderia voltar à causa.

Restou consignado na referida sentença tratar-se do primeiro caso, em matéria de ação extraordinária, submetido à Corte Constitucional de Justiça do Equador envolvendo decisões jurisdicionais da justiça indígena, com o que referida decisão assumiria a dimensão objetiva do referido tipo de ação extraordinária, constituindo-se um precedente sobre a matéria.

Entendeu-se que o caso em análise tinha por objetivo resolver os seguintes problemas jurídicos:

1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales? 2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?⁷⁸

Entendeu-se que a Corte Constitucional de Justiça entende, e assim o declara, que a justiça indígena do povo Kichwa Panzaleo não julga nem sanciona a afetação à vida enquanto um bem jurídico protegido e direito subjetivo da pessoa, senão que o assume, o julga e o sanciona enquanto gera um conflito múltiplo entre as famílias e na comunidade, que deve ser resolvido com o fim de restaurar a

⁷⁸ Id.

harmonia da comunidade. Neste sentido, não se julga o atentado contra a vida considerada individualmente. Diante disto, a referida Corte constatou que a justiça indígena, quando conhece casos de morte não resolve a respeito da afetação ao bem jurídico *vida*, como fim em si mesmo, senão em função das afetações que este fato provoca na vida da comunidade.

Diante da referida posição, a Corte Constitucional de Justiça do Equador colocou os seguintes questionamentos:

¿Cuál es la obligación del Estado frente a bienes jurídicos de especial relevancia para la Constitución ecuatoriana, para el Derecho Internacional y, particularmente, para el Derecho Penal Internacional?, y, consecuentemente, en tanto no existen derechos ilimitados, ¿bajo qué horizontes normativos debe examinarse la vulneración de bienes jurídicos de especial relevancia, cuando son cometidos por ciudadanos indígenas, dentro o fuera de sus comunidades?⁷⁹

Entendeu-se que a simples remissão ao dever de respeito à Constituição e aos tratados internacionais de direitos humanos – art. 57, nº 1, e art. 171, ambos da Constituição do Equador -, seriam insuficientes e implicariam no esvaziamento do direito pelo simples fato de que, por sua estrutura e composição, tanto suas tradições ancestrais quanto suas normas e procedimentos próprios não são equivalentes ou equiparáveis, nem por via do silogismo nem por via analógica, ao direito ordinário, nem adjetivo nem processual, pelo que todo o exame de constitucionalidade, desde essa perspectiva, lançaria um resultado errôneo, tanto para a justiça indígena quanto para a justiça ordinária. Em razão da referida particularidade, haveria que se reconhecer que se trata de um direito próprio, distinto do direito ordinário, pois operaria e funcionaria com princípios e regras distintas deste. Daí que seria destacável a coerência do Constituinte de Montecristi ao distinguí-los e estabelecê-los como *Justiça Ordinária* e *Justiça Indígena*.

Quanto ao direito à vida, a Corte entendeu que, diferentemente do direito próprio dos povos e nacionalidades indígenas, onde a vida da pessoa é protegida na medida em que aporta à materialização do bem jurídico protegido, que é a comunidade, no direito comum, o direito à vida é protegido em si mesmo, isto é, pelo

⁷⁹ Id.

simples fato de sua existência.⁸⁰ Igualmente, o direito à vida é uma norma imperativa e inderrogável do direito internacional geral, consagrada como um valor e um bem transcendental para a comunidade nacional e internacional. Em consequência disto, em que pese as autoridades indígenas gozarem de autonomia jurisdiccional, esta se encontraria submetida à Constituição e, portanto, estariam referidas autoridades condicionadas a proteger os direitos nelas estabelecidos, ou seja, a inviolabilidade da vida. Diante disto e em razão do disposto no art. 66, nº 1, da Constituição do Equador, o conhecimento de todos os casos de morte sempre corresponderiam ao Estado, restando acertado o auto de chamamento a juízo dos acusados.⁸¹

Em razão dos referidos argumentos, entendeu a Corte Constitucional de Justiça do Equador por proferir a seguinte decisão:

1. Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria. 2. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios. 3. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el *non bis in idem* o doble juzgamiento. 4. De conformidad con los artículos 11 numeral 8, y 436 numerales 1 y 6 de la Constitución de la República, la Corte Constitucional establece las siguientes reglas de aplicación obligatoria que las autoridades indígenas, autoridades administrativas y jurisdiccionales, así como los

⁸⁰ “Es así que la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución y por ende por el Estado de derechos y justicia, es el punto de arranque o prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que constituye la máxima obligación del Estado proteger y sancionar todo acto que atente contra la vida.” Id.

⁸¹ “De igual forma, en nada afecta al orden jurídico legal penal y a los principios y reglas constitucionales, reconocer el derecho que tiene todo ciudadano indígena que se vea sometido a la justicia penal ordinaria, bajo los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho interno, de ser considerado y que se respete su condición económica, social y cultural. En consecuencia, la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso.” Id.

medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, observarán de manera obligatoria, a partir de la publicación de la sentencia, bajo los siguientes términos: a) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios. b) Las autoridades de la justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. e) Es obligación de todo medio de comunicación público, privado o comunitario que para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción, al tenor de los razonamientos desarrollados en la parte motiva de esta sentencia. De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos propios. 5. Que el Consejo de la Judicatura organice un proceso sistemático de difusión de esta sentencia con todos los operadores de justicia relacionados, debiendo diseñar una política institucional apropiada para lograr una eficaz y generalizada implementación administrativa y financiera de las instancias de cooperación y coordinación intercultural a nivel nacional, tanto en el ámbito del Ministerio Público como en las instancias judiciales pertinentes. 6. Que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en conjunto con la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública y la Secretaría Nacional de Gestión de la Política, organicen a la brevedad posible un proceso nacional de difusión de esta sentencia en el nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua. 7. Notifíquese la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutive de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley, debiendo traducirse la parte resolutive al idioma Kichwa para ser divulgada entre las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo de la provincia de Cotopaxi. 8. Publíquese una gaceta exclusiva en español y Kichwa, y, la parte resolutive publíquese en español y Kichwa en un diario de circulación nacional.⁸²

O que pode se observar na referida decisão, permeada pelo clamor popular amplamente difundido pelos meios de comunicação equatorianos no sentido de denegrir e estigmatizar as formas de resolução de controvérsias próprias dos povos indígenas do Equador, foi uma tentativa equivocada de justificar um duplo julgamento e, conseqüentemente, uma dupla sanção aos imputados – pela justiça indígena primeiro e pela justiça ordinária num segundo momento – com o desiderato de salvaguardar a forma entendida como mais apropriada de proteção do direito à vida, ou seja, forma essa informada pelos valores exclusivamente europeu-ocidentais, relegando toda a cosmovisão indígena e, portanto, a *forma de ser dos*

⁸² Id.

povos indígenas, a um segundo plano, onde valores, práticas, tradições, etc., foram colocados de lado por simplesmente se entender que a sistemática de proteção do direito à vida deve se sobrepor a qualquer modo alternativo de proteção. O que se viu, portanto, mais uma vez, foi a imposição da visão europeia-ocidental sobre as demais visões do mundo, fazendo-se prevalecer, novamente, um quadro axiológico específico em detrimento de outros. Não se trata, como tentou justificar a decisão, de uma solução indígena que não valorou o bem jurídico *vida* como fim em si mesmo, mas de uma forma de valorar a vida que difere daquela de tipo europeu-ocidental. O desrespeito aos povos indígenas, portanto, mesmo em se tratando de um caso havido no seio de uma comunidade indígena e envolvendo exclusivamente membros de povos indígenas, preponderou. Em momento algum se ponderou sobre o tipo de justificativa que caberia, aos olhos da jurisdição ordinária de tipo europeu-ocidental, à aplicação da pena de morte em alguns países ou estados dentro de países que também se valem do Direito desde sua específica matriz civilizacional, quando o que se verifica, na realidade, nada mais é do que a reprimenda da lei do talião. Não é o fato de se aplicar uma pena que não implique no encarceramento que a conduta delituosa dos indígenas que retiraram a vida de um de seus membros não foi sancionada; ao contrário, muito mais humano e menos degradante são os meios sancionatórios da justiça indígena se comparados ao referido tipo de pena.

No voto vencido do magistrado Fabián Marcelo Jaramillo Villa, remetendo à decisão proferida pela Corte Constitucional colombiana, em 1996, apontou que as características da plurinacionalidade e da interculturalidade não contradizem o conceito de Estado unitário, senão o conceito de Estado homogêneo, isto é, comportam o reconhecimento de uma heterogeneidade cultural dentro de um determinado território e a existência de minorias historicamente invisibilizadas e, como consequência daquilo, discriminadas. Diante disto, a interculturalidade e a plurinacionalidade não constituem um risco ao Estado unitário nem à democracia. Ao contrário, robustecem o princípio de unidade, respeitando a diversidade étnica e cultural e fortalecendo uma democracia sustentada nos direitos e o respeito às minorias. A constituição do Equador consagraria a interculturalidade tendente a manter uma relação de diálogo permanente entre a cultura majoritária e as demais culturas existentes no país.

Quanto ao pluralismo jurídico, para além de outros fundamentos, Jaramillo Villa destacou que o art. 171 da Constituição do Equador mais que reconhecer às autoridades das comunidades, povos e nacionalidades indígenas suas funções jurisdicionais, estabelece também a obrigação do Estado de garantir o respeito às decisões da jurisdição indígena, em especial por parte das instituições e autoridades públicas.⁸³

Em relação aos três problemas jurídicos levantados pela Corte,⁸⁴ o referido magistrado posicionou-se no sentido de que no caso La Cocha, no exercício de suas faculdades jurisdicionais e de seu direito à identidade cultural, a comunidade, através de suas autoridades, resolveu o conflito interno sobre a base de seu direito próprio.⁸⁵ No entender de Jaramillo Villa, desde uma interpretação intercultural do caso, respeitando a cosmovisão indígena, se pôde concluir que durante o julgamento e aplicação das sanções, as autoridades indígenas de La Cocha, numa

⁸³ “Cabe destacar que adicional a estos derechos, para implementar el pluralismo jurídico, el ordenamiento legal interno establece que las actuaciones y decisiones de todos los operadores de justicia ordinaria deben estar enmarcadas en los principios de diversidad, igualdad, *non bis in ídem*, *pro* jurisdicción indígena e interpretación intercultural. Por lo que, el pluralismo jurídico plantea el gran reto de que los sistemas de justicia ordinario y especial indígena mantengan una activa, constante, directa y estrecha coordinación, basada en el diálogo, la cooperación y el respeto mutuo y permanente.” Id.

⁸⁴ Os referidos três problemas jurídicos levantados pela Corte foram os seguintes: “1. ¿El proceso de juzgamiento llevado a cabo por la comunidad indígena de La Cocha por la muerte del señor Marco Antonio Olivo Palio se efectuó respetando el derecho a la seguridad jurídica contenido en el artículo 82 de la Constitución? 2. ¿Las autoridades indígenas de La Cocha eran competentes para conocer el juzgamiento de la muerte de Marco Antonio Olivo Palio en virtud de la autonomía jurisdiccional prevista en el artículo 171 de la Constitución? 3. ¿En el presente caso se ha vulnerado el derecho a la no revictimización del accionante y su familia, consagrado en el artículo 78 de la Constitución de la República?” Id.

⁸⁵ “Derecho ancestral que cuenta con procedimientos previos establecidos en virtud de sus prácticas tradicionales. En otras palabras, es posible determinar que en la justicia indígena del pueblo Kichwa Panzaleo existe un derecho propio que tiene como fuente a la costumbre. (...) Su derecho propio, así como los procedimientos y prácticas en él establecidos, gozan de predictibilidad. Esto quiere decir que los miembros de la comunidad conocen y pueden predecir los procedimientos a seguir y las consecuencias que tendrán sus acciones en caso de ser juzgadas por sus autoridades. Esta característica es básica y fundamental en la costumbre como fuente de derecho, puesto que aquella permite garantizar la previsibilidad, la publicidad, la seguridad jurídica y la aceptación de las prácticas y procedimientos dentro la comunidad. De modo que, es en función del principio de predictibilidad, que las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales en ejercicio del artículo 171 de la Constitución, pues para garantizar el respeto a la Constitución y a los derechos humanos, las normas y procedimientos propios para resolver sus conflictos internos deben ser predecibles y aplicadas únicamente a sus conflictos internos y dentro de su territorio. Esto debido a que, por sus características y naturaleza, su derecho propio es conocido, público y predecible solo para los miembros de la comunidad. Sólo ellos conocen el derecho que les va a ser aplicado y por tanto sólo les es aplicable a ellos, por parte de sus autoridades, en atención a la predictibilidad y la seguridad jurídica.” Id.

aplicação direta do art. 171 da Constituição equatoriana, para a solução do conflito interno, produzido dentro do âmbito territorial de sua comunidade, aplicaram normas e procedimentos próprios sem contrariar a Constituição nem os direitos humanos reconhecidos nos instrumentos internacionais, pois garantiram o direito à segurança jurídica e, como conseqüência deste, o direito ao devido processo e à tutela judicial efetiva.

Quanto à competência das autoridades indígenas, decidiu o referido magistrado no sentido de que as autoridades indígenas aplicaram diretamente o art. 171 da Constituição do Equador, em razão dos seguintes elementos:

1. El señor Marco Antonio Olivo Palla, era miembro del pueblo Kichwa Panzaleo, 2. Los señores Flavio Candeleja Quishpe, Iván Candeleja Quishpe, Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Klever Fernando Chaluisa Umaj inga, y Manuel Orlando Quishpe Ante, son miembros del pueblo Kichwa Panzaleo, 3. La muerte de la víctima ocurrió en territorio de la comunidad indígena; y, 4. Se trataba de un conflicto interno de la comunidad.⁸⁶

Ademais, ressaltou-se que os acusados concordaram e consentiram com o julgamento, aprovação essa que também se dera em relação aos familiares da vítima quanto dos acusados.

Em relação à supressão à vida que se operou no caso e o tratamento dado pelos povos indígenas da etnia Kichwa, o magistrado asseverou que nos casos de morte provocada, igualmente como no restante dos casos, o que se busca é a solução do problema social e familiar, uma vez que em tais situações a família e a comunidade se vêem fortemente afetadas. Deste modo, a justiça indígena é essencialmente conciliatória e reparatória, não tendo como fim julgar o delito como tal nem ir contra a pessoa que cometeu uma infração. O que se busca é a solução do problema e a restauração do equilíbrio na comunidade para evitar que esta estrutura se veja ameaçada, pelo que as sanções que se aplicam ao infrator formam parte disso, da reparação.⁸⁷ Desta forma, na justiça indígena do povo Kichwa

⁸⁶ Id.

⁸⁷ Tanto é assim que na Ata 23 de maio de 2010, "... se deja plena constancia de este hecho cuando señala que: 'se ha resuelto en este caso de la muerte, por lo que tanto los involucrados así como para los habitantes de la parroquia Zumbahua y sus comunidades, que subsanado y la tranquilidad, la paz y la armonía se ha establecido'." Id.

Panzalei suas autoridades julgam os atentados contra a vida desde sua dimensão objetiva, buscando solucionar o conflito gerado na família e na comunidade como resultado da morte provocada, garantindo com isto a convivência em harmonia da comunidade. Interpretando referida concepção à luz da Constituição e dos convênios internacionais sobre direitos, entendeu o magistrado que, no direito comum, o direito à vida é protegido pelo simples fato de sua existência mas também pelo seu valor supremo como eixo e centro da convivência da sociedade.⁸⁸ Neste sentido, sem que exista interferência arbitrária nem diminuição do direito de autonomia jurisdicional das comunidades, povos e nacionalidades indígenas, a justiça ordinária e a justiça indígena, em garantia do direito à vida das pessoas devem intervir e atuar de modo coordenado e conjunto, investigando, julgando e sancionando todo delito que coloque em risco tal direito. Neste contexto, as autoridades indígenas atuam somente instadas, de modo que o agravado ou a vítima têm a faculdade de denunciar. Diante de tal elemento estrutural da justiça indígena, se deve considerar que, de acordo com o ordenamento jurídico equatoriano e os tratados internacionais de direitos humanos, todos os delitos contra a vida, por sua importância e pelos efeitos que esses geram para a sociedade, podem ser conhecidos pelas autoridades judiciais ainda quando as partes não apresentem uma denúncia, ou seja, a diferença do estabelecido na justiça indígena, a justiça ordinária tem a obrigação de perseguir, conhecer, investigar e sancionar qualquer atentado contra a vida, inclusive de ofício. Desta forma, no caso de uma omissão de denúncia de um atentado contra a vida havido nos povos indígenas, caberá ao Estado equatoriano encampar a persecução criminal, através da justiça ordinária. No caso em análise, destacou o magistrado que as evidências periciais de índole antropológica mostraram que o povo Panzaleo da nacionalidade Kichwa de

⁸⁸ “Es así que la vida, como bien jurídico protegido por la Constitución y los tratados internacionales, es la base para la existencia y ejercicio de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos; por lo que, constituye la máxima obligación del Estado perseguir, juzgar y sancionar todo acto que atente contra la inviolabilidad de la vida. No solo en cuanto a derecho objetivo sino también en cuanto a derecho subjetivo inherente a cada persona. En definitiva, a todos los operadores jurídicos, de manera prioritaria, les corresponde proteger y garantizar el derecho a la vida en todas sus dimensiones. Especialmente, porque cualquier vulneración a este derecho genera una afectación de graves repercusiones para la armonía no solo de la comunidad inmediatamente afectada sino también para toda la sociedad en general.” Id.

Cotopaxi julga atentados contra a vida, e mais especificamente na comunidade de La Cocha, pelos antecedentes que foram documentados e referidos por especialistas na matéria, já haviam sido julgados outros conflitos internos da mesma natureza, isto é, derivados de atentados contra a vida. Portanto, no caso concreto, no momento dos fatos, não existiu risco algum de impunidade uma vez que a comunidade indígena de La Cocha, através de suas autoridades e respeitando o devido processo consagrado dentro de seu próprio direito, conheceu, investigou, julgou e sancionou oportunamente a morte ocorrida dentro do seu território, atividade jurisdicional essa que se cumpriu a partir do pedido efetuado pelos familiares da vítima.

Sobre tais fundamentos, entendeu o magistrado que a Corte Constitucional estima necessário adotar medidas de reparação integral frente às intervenções posteriores da justiça ordinária, a fim de garantir a firmeza das decisões adotadas na justiça indígena assim como os direitos constitucionais das autoridades indígenas que conheceram e julgaram a causa. Garantindo-se o princípio do *non bis in idem*, contido no art. 76, nº 7, letra *i* da Constituição do Equador e no art. 344 do Código Orgânico da Função Judicial, que previne o duplo julgamento, e protegendo o direito de todos os envolvidos na causa, a Corte deixa sem efeito e valor jurídico todas as atuações e providências ditadas na justiça ordinária a partir do início das instruções fiscais, para o que corresponderia às autoridades jurisdicionais que avocaram conhecimento da causa na justiça ordinária, devendo-se, portanto, arquivar os expedientes. Desta forma, em cumprimento ao inciso 2º, do art. 171 da Constituição, todas as instituições e autoridades públicas deverão respeitar as decisões adotadas pelas autoridades da comunidade indígena de La Cocha no caso da morte violenta do Senhor Marco Antonio Olivo Palio.

Finalmente, a teor do disposto no art. 78 da Constituição do Equador, as vítimas de infrações penais gozarão de proteção especial e se garantirá às mesmas sua não revitimização, particularmente no que se refere à obtenção e valoração de provas. Dita norma também prevê que as vítimas deverão ser protegidas de qualquer ameaça ou outras formas de intimidação. No caso em tela o magistrado entendeu que a família da vítima não recebeu proteção por parte do Estado e dos operadores jurídicos, posto que a partir da morte do Senhor Marco Antonio Olivo

Palio seus familiares têm sido expostos constantemente a uma série de situações que lhes tem causado maior sofrimento, exposição e, inclusive, sentimentos de intimidação. A partir do debate em torno do caso, a família, a comunidade e as autoridades indígenas têm tido que suportar as críticas e questionamentos às sanções impostas e à inferiorização que se deu a respeito da justiça indígena e seu direito próprio.⁸⁹ Em razão disso, entendeu o magistrado que, dentro de uma leitura intercultural dos fatos, as sanções impostas pelas autoridades indígenas não colocaram em risco a vida dos imputados nem vulneraram seus direitos humanos. Consequentemente, a Corte Constitucional determina que a emissão de imagens, reportagens periodísticas e opiniões nas quais se aborde sobre o real significado destas práticas sancionatórias da justiça indígena, qualificando-as como atos de *linchameto* e *tratamento desumano*, gera vulneração ao direito constitucional de poder contar com uma informação verdadeira, plural e contextualizada e, a sua vez, no caso da família Olivo Pallo os revitimiza. O que cabe, portanto, às autoridades da justiça ordinária é o respeito às decisões proferidas pela justiça indígena. Diante disto, devem se dar por encerrados e arquivados todos os processos judiciais abertos na justiça ordinária contra os imputados. Por todas as referidas razões sentenciou o juiz Fabián Marcelo Jaramillo Villa no seguinte sentido:

1. Declarar que no ha habido vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica en las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010 por la Asamblea General Comunitaria de La Cocha. 2. Declarar que las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha, en el caso concreto, actuaron en aplicación directa del artículo 171 de la Constitución de la República, así como del artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial. 3. Declarar la vulneración del derecho constitucional de no re victimización (Art. 78 de la Constitución) del señor Víctor Manuel

⁸⁹ “A este respecto la Corte Constitucional estima necesario explicar que para la comunidad indígena de La Cocha, las sanciones corporales no constituyen una tortura o un acto cruel o degradante sino que las mismas tienen como única finalidad la restitución del equilibrio y la sanación de los involucrados. En su contexto, este tipo de ‘sanciones’ constituye la única vía para restaurar el equilibrio quebrantado. Además, al ser aplicadas públicamente cumplen una labor ejemplificadora y preventiva que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer ese tipo de faltas en un futuro; así como también evitar la reincidencia del infractor. (...) Por tanto, a la luz de una interpretación intercultural, este tipo de sanciones no constituyen prácticas que tengan como fin la tortura o la degradación de la dignidad de las personas; por el contrario, son medios tradicionales propios de sus costumbres con un alto significado simbólico que tienen por objeto devolver a los infractores su función dentro de la comunidad y su dignidad como miembro de la misma; así como también buscan restaurar el equilibrio y la armonía con la naturaleza y sus valores.” Id.

Olivo Palio y su familia. 4. Como medidas de reparación integral se dispone lo siguiente: a. Las autoridades judiciales ordinarias en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 171 de la Constitución deberán respetar las decisiones adoptadas por las autoridades de la comunidad indígena de La Cocha, quienes conocieron investigaron, juzgaron y sancionaron la muerte de Marco Antonio Olivo Palio en aplicación del derecho propio, por lo que les corresponde archivar los procesos correspondientes a fin de evitar un doble juzgamiento. b. Los medios de comunicación social públicos, privados o comunitarios, al emitir o difundir noticias, reportajes, documentales o mensajes relacionados con asuntos de justicia indígena deberán evitar toda desnaturalización o estigmatización del significado del proceso de justicia indígena y estarán en la obligación de aplicar de manera estricta los principios de verificación, contextualización y veracidad de la información. c. Poner en conocimiento del Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comunicación el contenido de esta sentencia a fin de que, en el marco de sus competencias, la difunda entre los medios de comunicación a nivel nacional; y, con el apoyo de universidades y centros educativos que cuenten con conocimientos de justicia indígena, generen espacios de capacitación para periodistas y medios de comunicación, respecto a plurinacionalidad e interculturalidad; los derechos constitucionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; del contenido y alcance del pluralismo jurídico y la justicia indígena existente en el Ecuador. d. Poner en conocimiento del Consejo de la Judicatura la presente sentencia, a fin de que en el marco de sus competencias y atribuciones, realice una debida, oportuna y generalizada difusión de esta sentencia en las instancias pertinentes de la función judicial; así como también, lleve a cabo talleres de capacitación a fiscales y jueces a nivel nacional respecto a plurinacionalidad e interculturalidad; los derechos constitucionales de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; del contenido y alcance del pluralismo jurídico y la justicia indígena existente en el Ecuador. e. Poner en conocimiento del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de la Defensoría del Pueblo, para que conjuntamente difundan esta sentencia a nivel local, provincial y nacional con las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en su propia lengua. 5. Notificar la presente sentencia a las partes interesadas y a las autoridades referidas en la parte resolutive de la misma, de conformidad con lo establecido en la Constitución y la ley. 6. Traducir íntegramente esta sentencia al idioma quichua para que sea divulgada entre las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo de la provincia de Cotopaxi. 7. Publicar el contenido íntegro de esta sentencia en una gaceta exclusiva en español y quichua; y, publicar la parte resolutive de la sentencia, en español y quichua, en un diario de amplia circulación nacional. 8. Transmitir la presente sentencia de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado, en cumplimiento del artículo 66 numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.⁹⁰

Como pode se observar no voto vencido proferido pelo juiz Fabián Marcelo Jaramillo Villa, procurou-se harmonizar o quadro axiológico de índole europeia-ocidental insculpido tanto na Constituição do Equador quanto nos tratados internacionais com o quadro axiológico do povo Kichwa, sem que com isto se possa afirmar que se relegaram os direitos e garantias assegurados pelo Direito equatoriano e pelos tratados internacionais. Ao contrário, procurou-se mostrar que o verdadeiro respeito à diversidade e, assim, às pessoas em geral,

⁹⁰ Id.

independentemente de seus povos de origem, passa pelo respeito à *forma de ser dos povos*.

6.2 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES EQUATORIANAS.

Em 27 de junho de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou como responsável o Estado do Equador por violação ao direito à consulta, em razão de ter permitido que uma empresa petroleira privada realizasse atividades de exploração no território do povo indígena Kichwa de Sarayaku desde finais dos anos 1990. O Estado do Equador também foi declarado responsável por haver posto gravemente em risco os direitos à vida e à integridade pessoal dos membros da referida comunidade indígena, pois não garantiu o direito à propriedade comunal. No mesmo sentido, o Estado também foi declarado responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial.⁹¹

A Corte observou que o art. 21 da Convenção Americana protege a vinculação estreita que os povos indígenas guardam com suas terras, assim como com os recursos naturais dos territórios ancestrais e os elementos incorporais que se desprendam deles. Por isto, a proteção de seu direito à propriedade é necessária para garantir sua sobrevivência física e cultural e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintivas serão

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. SENTENÇA. POVO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU. EQUADOR. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf > Acesso em 08 set 2015. “El territorio en donde se encuentra ubicado el Pueblo de Sarayaku es de difícil acceso. El desplazamiento entre Puyo y Sarayaku demora entre 2 y 3 días a través del río Bobonaza y aproximadamente ocho días por vía terrestre. Los Sarayaku subsisten de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. Las decisiones sobre temas de especial trascendencia para el Pueblo se toman en la tradicional Asamblea comunitaria, denominada Tayjasaruta. Además, se encuentra organizado bajo un Consejo de Gobierno integrado por líderes tradicionales de cada comunidad (kurakas o varayuks), autoridades comunitarias, ex dirigentes, mayores, sabios tradicionales (yachaks) y grupos de asesores y técnicos de la comunidad. De acuerdo con la cosmovisión del Pueblo Sarayaku, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritus (supay), que se encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares.” Id, desde o resumo da sentença.

respeitadas, garantidas e protegidas pelos Estados. Ainda que não estivesse em dúvida a propriedade comunal do Povo Sarayaku sobre seu território, cuja posse exerce de forma ancestral e imemorial, a Corte considerou pertinente destacar o profundo laço cultural, imaterial e espiritual que aquele povo mantém com seu território, em particular, com as características específicas de sua *selva viviente* (Kawsak Sacha) e a relação íntima entre esta e seus membros, que não se limita a assegurar sua subsistência, senão que integra sua própria cosmovisão e identidade cultural e espiritual. A Corte estabeleceu que o reconhecimento do direito à consulta prévia, livre e informada das comunidades e povos indígenas e tribais está cimentada, entre outros, no respeito a seus direitos à cultura própria ou identidade cultural, os quais devem ser garantidos, particularmente, em uma sociedade pluralista, multicultural e democrática como é a do Equador. A Corte estabeleceu, ainda, que uma das garantias fundamentais para assegurar a participação dos povos e comunidades indígenas nas decisões relativas a medidas que afetem seus direitos, em particular seu direito à propriedade comunal, é o reconhecimento de seu direito à consulta, o qual está reconhecido no Convênio Nº 169, da OIT, entre outros instrumentos internacionais complementares. Diversos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, através de sua normatividade interna e por meio de seus mais altos tribunais de justiça, têm incorporado os estândares sobre a importância da consulta ou da propriedade comunitária. Ademais, vários tribunais internos de Estados da região, que têm ratificado o Convênio Nº 169 da OIT, têm se referido ao direito à consulta prévia em conformidade com as disposições do mesmo. Outros tribunais de países que não ratificaram dito Convênio têm se referido à necessidade de levar a cabo consultas prévias. No caso do Equador, a normatividade interna hoje em dia tem plenamente reconhecido o direito à consulta. A obrigação de consulta, para além de constituir uma norma convencional, é também um princípio geral do Direito Internacional. Está claramente estabelecida a obrigação dos Estados de realizar processos de consulta especiais e diferenciados quando vão afetar determinados interesses das comunidades e povos indígenas. Tais processos devem respeitar o sistema particular de consulta de cada povo ou comunidade, para que se possa entendê-lo como um relacionamento adequado e efetivo com outras autoridades estatais, atores sociais ou políticos e terceiros

interesados. O Tribunal estabeleceu que a obrigação de consultar as Comunidades e Povos Indígenas e Tribais sobre toda medida administrativa ou legislativa que afete seus direitos, reconhecidos na normatividade interna e internacional, implica o dever de organizar adequadamente todo o aparato governamental e as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, em particular suas normas e instituições, de tal forma que a consulta possa ser levada a cabo efetivamente em conformidade com os estândares internacionais na matéria.⁹²

A Corte declarou, por unanimidade, o seguinte:

1. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación. 2. El Estado debe neutralizar, desactivar y, en su caso, retirar la pentolita en superficie y enterrada en el territorio del Pueblo Sarayaku, con base en un proceso de consulta con el Pueblo, en los plazos y de conformidad con los medios y modalidades señalados en los párrafos 293 a 295 de esta Sentencia. 3. El Estado debe consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estândares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio, en los términos de los párrafos 299 y 300 de esta Sentencia. 4. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades, en los términos del párrafo 301 de esta Sentencia. 5. El Estado debe implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos obligatorios que contemplen módulos sobre los estândares nacionales e internacionales en derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas, dirigidos a funcionarios militares, policiales y judiciales, así como a otros cuyas funciones involucren relacionamiento con pueblos indígenas, en los términos del párrafo 302 de esta Sentencia. 6. El Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso, de conformidad con lo establecido en el párrafo 305 de la presente Sentencia. 7. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en los párrafos 307 y 308 de la presente Sentencia. 8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 317, 323 y 331 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos de los referidos párrafos y de los párrafos 335 a 339 de la presente Sentencia, así como reintegrar al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas la cantidad establecida en el párrafo 334 de la misma. 9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto dispositivo segundo, en relación con los párrafos 293 a 295, de la presente Sentencia. 10. Las medidas provisionales ordenadas en el presente caso han quedado sin efecto, en los términos del párrafo 340 de la Sentencia. 11. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que

⁹² Id.

el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.⁹³

O que se percebe na referida decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos é que a exigência da consulta prévia, clara e informada das comunidades indígenas, se constitui em um meio de assegurar que os modos de vida específicos dos povos indígenas, suas *formas de ser*, sejam realmente protegidas. Afinal, não parece restarem dúvidas de que a *forma de ser dos povos* é preservada quando se oportuniza aos seus portadores que sejam ouvidos quando *dimensões co-constitutivas* de referidas *formas de ser* se vejam ameaçadas.

7. GUIANA FRANCESA.

A Guiana Francesa qualifica-se como um departamento ultramarino da França; assim, segue a Constituição e a legislação francesas.

Na Constituição Francesa, dentre os direitos individuais, merecem destaque a igualdade (artigo 1º) e a liberdade (artigo 72-3).⁹⁴

Os departamentos ultramarinos possuem poder de regulamentação para o exercício de suas competências (artigos 72 e 74), podendo adaptar as leis e outras regulamentações francesas às características e particularidades de suas coletividades (artigo 73). De toda sorte, estas regulamentações e adaptações não podem versar sobre nacionalidade, direitos e garantias individuais, estado e capacidade das pessoas, organização da justiça, defesa nacional, direito penal e processo penal, política externa, moeda e câmbio, entre outros determinados em lei.

⁹³ Id.

⁹⁴ Para os artigos citados: CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Disponível em < http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution_01-2015.pdf > Acesso em 14 de outubro de 2015.

7.1 A POSIÇÃO DO CONSELHO CONSTITUCIONAL DA FRANÇA.

Não foi possível localizar algum julgado com pertinência temática relacionável à questão da *forma de ser dos povos*, possivelmente porque o Conselho Constitucional da França tem uma função diferente das outras cortes constitucionais, não julgando casos de particulares.

8. PARAGUAI.

Tanto o preâmbulo quanto o artigo 1º da Constituição Nacional da República do Paraguai, de 1992, afirmam o pluralismo e reconhecem a dignidade humana.⁹⁵

Os direitos à igualdade (artigos 46-48) e à liberdade (artigo 9º e ss) compõem o direito à expressão da personalidade e a formação da própria identidade, conforme previsto no artigo 25 da Constituição.

Os reflexos do pluralismo e da identidade cultural na educação estão previstos no artigo 73. De igual forma, o pluralismo cultural é reafirmado no artigo 140, que dispõe sobre as línguas oficiais do Paraguai – o castelhano e o guarani – qualificando as demais línguas indígenas como patrimônio cultural.

Ademais, a Constituição Nacional da República do Paraguai estabelece em seu Título II, que trata dos direitos, dos deveres e das garantias, no Capítulo V, o tratamento dos povos indígenas. Há o reconhecimento dos povos indígenas, considerados como grupos de culturas anteriores à formação e organização do Estado paraguaio (artigo 62).

No artigo 63, impõe-se a limitação dos *direitos fundamentais* estabelecidos na Constituição como barreira ao exercício da voluntária sujeição às normas consuetudinárias dos povos indígenas, com o que já se pode perceber que mesmo que se trate da externalização de uma *expressividade comportamental típica* terá o

⁹⁵ Para o texto da Constituição Nacional da República do Paraguai consultado: CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY. Disponível em < www.bacn.gov.py > Acesso em 07 ago 2015.

magistrado dificuldades jurídico-metodológicas para a formação do respectivo juízo judicativo-decisório no sentido de isentar de responsabilidade um membro de um povo indígena paraguaio, mesmo que o acusado ainda se encontre no período de enculturação. A mesma dificuldade valerá para pessoas de outros povos que externalizem *expressividades comportamentais típicas* no território paraguaio, ainda que dentro do período de enculturação, caso tais comportamentos infrinjam quaisquer direitos fundamentais.

A mesma limitação de índole constitucional vem reforçada no artigo 65, quando garante aos povos indígenas o direito de participar na vida econômica, social, política e cultural do país, *de acordo com seus usos consuetudinários*, mas, também, conforme a Constituição e as leis nacionais.

Por fim, o artigo 256 exige que todas as sentenças judiciais estejam fundadas na Constituição e na lei.

8.1 A POSIÇÃO DO JUIZ PENAL DE GARANTIAS DA CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIAL DO DEPARTAMENTO DE AMAMBAY – PARAGUAY.

Apesar da dificuldade de acesso a julgados no âmbito da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça do Paraguai, conseguiu-se encontrar posicionamentos judiciais que vêm sendo adotados pelo Juiz Penal de Garantias da cidade de Amambay, Paraguai, Advogado José Gabriel Valiente González, que guardam estreita relação com a questão do reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*.

Em novembro de 2014, os meios de comunicação paraguaios fizeram ampla divulgação do ocorrido em uma comunidade indígena do Distrito de Gral. Resquín, Departamento de San Pedro, onde membros da etnia Mbya-guarani ultimaram uma mulher indígena por praticar a bruxaria ou *payé vai*.⁹⁶

Para os povos originários paraguaios, a bruxaria é vista como um crime

⁹⁶ Para a reportagem completa: VALIENTE, J. G.. La ley penal y payé vai. Em: **ABC Color**. Disponível em < <http://www.abc.com.py/edicion-impres/suplementos/judicial/la-ley-penal-y-paye-vai-1313559.html> > Acesso em 07 ago 2015.

grave, sendo castigado com a pena de morte pelo direito consuetudinário, pois tal *maligna prática* poderia acarretar a ira dos deuses com a consequência de pragas, epidemias ou desastres naturais, ofendendo-se, sob a ótica dos indígenas, a saúde pública. Os guaranis entenderiam que o feitiço provocaria, indiretamente, um mal a uma pessoa e, para eles, a morte por bruxaria seria o mesmo que a morte por assassinato.

Segundo Gonzáles, ao menos 10 indígenas da etnia Mbya-guarani estariam sendo processados por homicídio e outros fatos puníveis em decorrência de rituais de bruxaria. Afora as limitações impostas pelos direitos fundamentais trazida no texto constitucional paraguaio – Art. 63 -, o Paraguai teria ratificado, através da Lei nº 234/1993, a Convenção nº 169, da OIT, que trata dos direitos dos povos indígenas, ficando, assim, os tribunais paraguaios obrigados a ter em conta o costume de ditos povos para se pronunciarem sobre questões penais, afora atentarem-se às características econômicas, sociais e culturais dos indígenas. A Lei paraguaia nº 904/1981, em seu Art. 6º, por sua vez, dispõe que nos processos penais atinentes a indígenas os juízes deverão ter em conta o direito consuetudinário desse povo, devendo solicitar orientações a especialistas ou aos indígenas. O Código de Processo Penal paraguaio, de outra parte, em seu Art. 433 e seguintes, regula o processo penal a membros de comunidades indígenas e dispõe sobre a assistência obrigatória de peritos culturais, especializados em questões indígenas, que auxiliariam fiscais e juízes em suas decisões sobre atos praticados por indígenas.

A análise dos referidos diplomas legais, para González, levaria à conclusão de que para se processar um indígena por um crime, no Paraguai, haveria que se ter em conta a cultura do mesmo e fazer uso do auxílio de um perito cultural, que elucidaria os julgadores sobre os valores imperantes na comunidade nativa do indígena acusado. Quanto aos indígenas Mbya-guarani, de General Resquín, González entende que seria necessário e justo ter em conta a cultura dos mesmos no momento de julgar as suas condutas não somente para cumprir o mandato constitucional e convênios internacionais mas também por estrita equidade.

Uma das práticas que tem sido adotada por González, juntamente com membros do Ministério Público, Defensoria Pública, peritos e líderes indígenas, bem

como o indígena a quem se atribui a comissão de algum fato punível, é o *Aty Guazú*, ou seja, uma *reunião grande*, ocasião na qual os líderes indígenas entregam aos homens brancos os indígenas acusados. Há uma audiência preliminar em que o magistrado decide qual procedimento aplicar, se eleva os autos a juízo oral e público ou opta por outras saídas previstas, como o procedimento abreviado, critério de oportunidade ou suspensão condicional do procedimento.⁹⁷

A análise das disposições constitucionais e infraconstitucionais do ordenamento jurídico paraguaio bem como as saídas jurídicas de que o Juiz González tem se valido mostram as dificuldades de ordem prática que o não reconhecimento de uma esfera específica, representativa de *expressividades comportamentais típicas*, traz consigo. O reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, ao menos para aqueles casos em que ainda não tenha havido a enculturação mínima do indígena, poderia resolver mais facilmente os casos práticos que assim se apresentassem. Os casos narrados mostram que mesmo que os indígenas imputados fossem conhecedores das normas paraguaias, essas não teriam sido internalizadas pelos mesmos, o que se dera em respeito as suas próprias tradições. Ademais, as condutas se realizaram, ao que parece, dentro de território indígena. Daí que a solução de índole jurídico-criminal, desde a figura do *erro culturalmente condicionado*, nos termos desenvolvidos por Zaffaroni, também não fosse a mais acertada, pois se continuaria a responsabilizar pessoas que orientariam suas vidas desde um específico quadro axiológico através de um regulador do convívio social alheio. *Bruxaria*, à luz do ordenamento jurídico paraguaio não é uma conduta tida como passível de reprovação criminal. Para além disso, o indígena imputado da prática de bruxaria o fez com plena consciência do que estava fazendo, não se tratando de uma hipótese de *erro*. Este, se houvesse, haveria que ser ponderado em face da transgressão equivocada de alguma norma do Direito paraguaio. No entanto, a saída de viés político-administrativo adotada por Gonzáles e por outros membros de poderes paraguaios instituídos mostrou um lado altamente positivo, pois se impediu que um indígena fosse executado pela simples

⁹⁷ Justicia llega a los confines del Departamento. Noticias de la Circunscripción Judicial de Amambay. Disponível em < <http://www.cja.gov.py/justicia-llega-a-los-confines-del-departamento/> > Acesso em 07 ago 2015.

prática de um ato de *bruxaria*. Diálogos nesse sentido sempre acabam sendo proveitosos, sobretudo quando oportunizam às pessoas de um dado povo deixarem suas culturas de origem e optarem por outras formas de vida quando se opõem a práticas e facetas da cosmovisão de seu povo originário.

8.2 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES PARAGUAIAS.

Os casos envolvendo povos indígenas e o Estado do Paraguai submetidos à Corte Interamericana e Direitos Humanos encontrados versaram sobre terras tradicionais dos indígenas que teriam sido repassadas a entes privados.⁹⁸

9. PERU.

Apesar de, em 1994, o Peru ter adotado a Convenção 169 da OIT, nem os ordenamentos nacionais sobre indígenas nem os programas sobre a matéria registraram avanços de alguma índole, considerando-se a aplicação dos regramentos básicos sobre Comunidades Nativas e Comunidades Campesinas, de 1978 e de 1987, respectivamente.⁹⁹

O Estado Peruano pauta-se pela defesa da pessoa humana (artigo 1º), resguardando-se especialmente a vida e a identidade (artigo 1º inciso 1), a igualdade (artigo 1º, inciso 2), a liberdade de expressão (artigo 1º, inciso 4), a participação na vida cultural (artigo 1º, inciso 17), a identidade étnica e cultural

⁹⁸ Para as decisões localizadas: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. DECISÕES. INDÍGENAS. PARAGUAI. Disponível em < <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es> > Acesso em 18 ago 2015.

⁹⁹ ORTEGA, R. R.. **Manual para la formación en derechos indígenas. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales.** 2ª ed. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2005, p. 65 e nota de rodapé nº 32. O autor refere-se ao Decreto Lei 22.175, de 09 de maio de 1978 e à Lei 24.656, de 13 de abril de 1987. Id.

(artigo 1º, inciso 19) e a legalidade (artigo 1º, inciso 24a).¹⁰⁰

A Constituição do Peru, de 1993, apesar de ter consagrado a jurisdição especial para as comunidades indígenas – art. 149 -, introduziu outras normas consideradas como de alto risco para a segurança territorial, como a livre disposição que outorgou às comunidades nativas e campesinas sobre as áreas de seus domínios comunais. Ocorre que regulamentações posteriores, a exemplo da Lei de Terras, de 1995, acabaram por impulsionar uma ação de dissolução do regime de comunidades territoriais indígenas com apoio no poder dispositivo outorgado às comunidades.¹⁰¹

A Constituição do Peru trata das Comunidades Nativas no Capítulo VI, do Título III, que versa sobre o regime econômico. No inciso 19, do art. 2, da Constituição do Peru, menciona-se que toda pessoa tem direito a sua identidade étnica e cultural e que o Estado reconhece e protege a pluralidade étnica e cultural da nação. Apenas no artigo art. 89 menciona-se que as comunidades nativas têm existência legal e são consideradas pessoas jurídicas, autônomas em sua organização, no trabalho comunal e no uso e na livre disposição de suas terras, assim como no econômico e administrativo, dentro do marco que a lei estabelece. Considera-se, ainda, a imprescindibilidade de suas terras, salvo no caso de abandono. Consigna-se, também, que o Estado peruano respeita a identidade cultural das comunidades nativas. Também o artigo 48 define como idiomas oficiais o quéchua e o aimara ao lado do castelhano. Estabelece, ainda, a representação das comunidades nativas e dos povos originários nos Conselhos Regionais – art. 191 -.

9.1 A POSIÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO PERU.

Através da sentença N° 00017-2010-AI/TC, o Tribunal Constitucional do

¹⁰⁰ Para os artigos da Constituição do Peru consultados: CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Disponível em < <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf> > Acesso em 17 ago 2015.

¹⁰¹ Id.

Peru assegurou que as corridas de touros, ainda que representem a consagração de maus tratos a animais, em razão de se tratarem de expressão da cultura do país, se tratariam de eventos culturais e, portanto, constitucionais.¹⁰²

Mesmo em casos semelhantes ao sob análise, a invocação do *direito da forma de ser dos povos* poderia servir para robustecer o enredo argumentativo formador dos respectivos juízos judicativo-decisórios, constituindo-se aqui o referido *direito* na representação de parcela da esfera atinente à própria subjetividade do povo peruano, não se constituindo, portanto, em um entrave argumentativo.

Na sentença Nº 03343-2007-PA/TC, o Tribunal Constitucional do Peru se pronunciou sobre um caso de suposta contaminação da bacia hidrográfica de um rio peruano, o que ameaçaria suas populações, especialmente as indígenas, sendo agressoras três empresas petroleiras. Valendo-se do conceito de *Constituição Ecológica*, o Tribunal Constitucional do Peru entendeu por defender os direitos das populações indígenas com base em disposições constitucionais atinentes ao meio ambiente.¹⁰³ Na referida decisão o Tribunal Constitucional ressaltou o direito à identidade étnica – art. 2, inciso 19 da Constituição do Peru -, sendo esse uma espécie de direito à identidade cultural - sentença do Expediente Nº 0006-2008-PI/TC, fundamento 21 -. O direito à identidade étnica consistiria na possibilidade que teria a pessoa que pertencesse a um grupo étnico determinado de ser respeitada em seus costumes e tradições próprias da etnia à qual pertencesse, evitando-se com isso que desaparecesse a singularidade de tal grupo. Isto é, o *direito da etnia a existir* em conformidade com a herança dos valores de seus ancestrais e debaixo dos símbolos e instituições que diferenciam uma comunidade das demais.¹⁰⁴

Uma vez já tivesse havido o reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, se facilitaria e robusteceria a fundamentação da decisão sob o argumento de que o *habitat* originário de um povo, como já explicado, é parte estruturante do próprio *existir* das pessoas de um dado povo e, assim, base de sustentação do

¹⁰² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. PLENO JURISDICCIONAL. SENTENCIA Nº 00017-2010-AI/TC. Disponível em < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00017-2010-AI.html> > Acesso em 17 ago 2015.

¹⁰³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENCIA Nº 03343-2007-PA/TC. Disponível em < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html> > Acesso em 18 ago 2015.

¹⁰⁴ Id.

modo de ser daquele povo; portanto, algo intocável. O mesmo se diga quando a sentença assevera que comporia o direito à igualdade e o direito à diferença,¹⁰⁵ pois se estaria com isso garantindo o direito à singularidade e sobrevivência de todas as culturas e, assim, preservando a *forma de ser* de cada um dos respectivos povos.

Uma terceira sentença do Tribunal Constitucional peruano convocável é a de Nº 04611-2007-PA/TC, que tratou do direito à honra das comunidades nativas.¹⁰⁶ O caso tratou-se de um recurso de amparo interposto contra o diretor do semanário peruano *El Patriota*, sob a alegação de que teriam vulnerado os direitos da Comunidade Nativa Sawawo Hito 40 a sua honra, imagem, ao trabalho e mesmo ao direito de contratar, pois se atribuiu à mesma a cumplicidade com a empresa florestal Venao S.R.L. em determinados delitos. O Tribunal Constitucional peruano se posicionou no sentido de que a honra seria um valor fundamental das comunidades nativas, reconhecendo a titularidade coletiva deste direito no referido caso, apesar de sua configuração constitucional *intuito personae*, o que se mostra como um desacerto, pois poderia se valer, como procurou se mostrar nas sínteses da tese, da compreensão dos referidos *direitos* como *direitos individuais*, mas relativos a um *bem coletivo*. Buscou-se, com isso, segundo o Tribunal, superar uma visão homogeneizante da sociedade peruana como sendo portadora de um único padrão cultural e únicos valores fundantes. O reconhecimento da diversidade em termos constitucionais permitiria se incorporar específicos direitos para os povos indígenas e, com isto, a plena afirmação e o livre desenvolvimento do seu *ethos* social.¹⁰⁷

A invocação do *direito da forma de ser dos povos* no referido caso poderia assegurar a proteção de um *bem coletivo*, não havendo o risco de uma sobreposição de esferas sob proteção; antes, a especificação daquele âmbito singular que, ao mesmo tempo em que representa a configuração de viés coletivo da subjetividade humana, representa, concomitantemente, a singularidade da pessoa,

¹⁰⁵ Id. (subitem 27)

¹⁰⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENCIA Nº 04611-2007-PA/TC. Disponível em < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html> > Acesso em 18 ago 2015.

¹⁰⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. VOTO DE LA MAGISTRADA LANDA ARROYO Y ETO CRUZ. SENTENCIA Nº 04611-2007-PA/TC. Disponível em < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04611-2007-AA.html> > Acesso em 18 ago 2015.

pois que constitutiva daquela *expressão última da subjetividade humana* que todas as pessoas carregam consigo.

9.2 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES PERUANAS.

Não se localizou uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que tivesse tratado de alguma questão relacionável com a *forma de ser dos povos*.

10. REPÚBLICA COOPERATIVA DA GUIANA.

As modalidades da política do Estado e da sociedade guianeses para o manejo das relações com os povos indígenas do país se encontram, basicamente, na Ata de Independência, subscrita em 1966, na Constituição e na Ata Ameríndia.¹⁰⁸

Diferentemente do que ocorre com a Guiana Francesa e o Suriname, a República Cooperativista da Guiana reconhece a existência de comunidades indígenas ou ameríndias em seu território e aceita que tais comunidades, em razão de suas trajetórias históricas e a natureza e características de suas culturas, possam ter reconhecido direitos especiais em favor das mesmas; direitos esses que transcendem a gama de direitos individuais outorgados aos nacionais guianeses em geral. Aceita-se, ainda, a responsabilidade do Estado perante essas comunidades, apesar da generalidade e imprecisão dos dispositivos legais a respeito do assunto. Em relação ao texto constitucional, destaca-se a honra e o respeito da Nação a todas as culturas do país – art. 35 -, a liberdade de consciência e religiosa – art. 145 -, a não discriminação, ressaltando-se que a proteção aos indígenas não se enquadraria como discriminação – art. 149 -, bem como a previsão da criação, definição de funções e regime de funcionamento da chamada Comissão de

¹⁰⁸ ORTEGA, R. R.. Op. cit. p. 62.

Relações Étnicas – art. 212 A -. Apesar disso, em nenhuma das referidas disposições constitucionais se definem e assinalam com precisão quais direitos específicos seriam reconhecidos aos ameríndios em matéria de respeito à sua identidade, governo e autonomia, terra, recursos naturais, acessos aos serviços públicos básicos, etc., nem mesmo a determinação de alguns delineamentos básicos a respeito do modo como se cumpriria a concretização de tais direitos. No entanto, se atribui ao Estado o direito de desconhecer os direitos dos ameríndios, tal como a expropriação, sem indenização, das terras dos mesmos para diversos fins – art. 142 -. Na Ata Ameríndia, por sua vez, o que se verifica é uma herança, quase inalterada, do modelo colonial, mantendo-se o indígena debaixo de um regime de tutela e dependência, apoiando-se na consideração do mesmo como incapaz, vislumbrando sua cultura enquanto expressão de atraso e selvageria.¹⁰⁹

10.1 A POSIÇÃO DA SUPREMA CORTE DE JUDICATURA DA REPÚBLICA COOPERATIVA DA GUIANA.

Não se conseguiu localizar uma decisão da Suprema Corte de Judicatura da República Cooperativa da Guiana relacionável com a questão da *forma de ser dos povos*.

10.2 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE DECISÕES GUIANESAS.

No mesmo sentido, não foi localizado nenhum julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos com correlação ao assunto da *forma de ser dos povos*.

¹⁰⁹ Ibid. p. 63.

11. SURINAME.

Da mistura do passo marcado à frente e atrás dos índios tupinambás, do rebolado dos negros e dos giros corporais com batidas das palmas das mãos dos europeus nasceu o *carimbó*, dança típica que representa significativa parcela da cultura paraense. O pisar firme, o gingado sedutor e o rodopiado embalado pelas batidas das mãos talvez sejam os gestos que, unidos, permitem uma impressão da *forma de ser* das pessoas de Belém. Daqui se iniciou a caminhada até o Suriname. Um relato, ainda que brevíssimo, das pesquisas efetuadas no referido país merece uma abordagem mais descritiva das peculiaridades da sociedade surinamesa, pois se há país no continente sulamericano que possa bem representar a multiculturalidade, esse é o Suriname.

Na madrugada atravessada no aeroporto de Belém, à espera do vôo a Paramaribo, já foi possível ter uma ligeira ideia do que se encontraria: mais um mosaico cultural que nem mesmo os povos da Guiana Francesa conseguem superar. Eram feições de brasileiros negros, cafuzos, caboblos, misturadas com possíveis descendentes de indianos, javaneses, e algumas que sequer permitiam arriscar a origem.

Dos brasileiros contatados e observados, facilmente se percebia que se tratavam de pessoas com precárias condições financeiras, praticamente nenhuma escolaridade e muitos *sonhos* em mente. Sonhos que pareciam se apagar quando eram indagados acerca das razões que rumavam ao Suriname, mesmo no caso daqueles que de forma sincera não escondiam o que pretendiam, como no caso dos garimpeiros.

Mas o que mais saltava aos olhos eram as mulheres. Semblantes assustados que não conseguiam esconder a tristeza de deixarem para trás suas famílias, muitas delas com filhos pequenos, para se aventurarem em uma viagem que sequer as permitiria sonharem com uma data de retorno. Pior que isto, sequer permitia às mesmas colocarem para fora a angústia que passavam por saberem que o que lhes esperaria seria uma vida das mais degradantes possíveis: a prostituição, inicialmente aquiescida pelas mesmas, mas posteriormente forçada, pois as dívidas

de viagem que assumiam ao aceitarem a mudança para Paramaribo e os garimpos da região assim as impunha.

Dos garimpeiros as histórias foram as mais variadas. O sonho do eldorado, a vontade da volta sem ao menos terem chegado ao destino, o desejo de conseguirem dar uma condição de vida melhor aos seus familiares, uma pequena, praticamente inexistente, ambição acima do necessário a uma vida digna. Para estes, sobretudo aqueles que por lá já tinham estado por outros períodos, já possuíam a exata dimensão do que lhes aguardava, ao contrário das mulheres.

Mal decolara a aeronave e começaram as aeromoças, todas negras, surinamesas de origem, a distribuir o formulário da imigração. Os olhares entre os garimpeiros e mulheres brasileiras se entrecruzavam. Começaram as perguntas de uns aos outros sobre de que se tratava aquilo. Um ou outro que já havia passado pela situação começava a explicar que tinha de *colocar o nome e o documento*. O problema era que o formulário era em *holandês e inglês*. O resultado foi que a grande maioria permanecia com os documentos nas mãos sem preenchimento. Percebendo uma passageira que preenchia com certa *fluidez* o referido formulário, não se demorou para se solicitar ajuda à mesma. A dificuldade surgiu quando se chegou nas perguntas do tipo *quantas noites permanecerá no país?* e *nome e endereço em que vai ficar hospedado?*. Mesmo após mais de uma explicação, insistia a brasileira, já bastante assustada, em dizer que só sabia que teria um rapaz a esperando no aeroporto, sendo que sequer o nome do mesmo conhecia. Enfim, estava mais que certo que a viagem se tratava de um tráfico internacional de seres humanos. Chegando ao Suriname, já era de se imaginar que as autoridades imigratórias facilmente identificariam as pessoas que para ali se dirigiam para fins ou de prostituição ou de garimpo de ouro. Ocorre que afora um ou outro olhar de repreensão nada mais faziam os agentes de imigração.

Parada quase que obrigatória dos garimpeiros, sobretudo originários do Estado do Maranhão, era o Hotel Esmeralda. O nome já dizia tudo: símbolo de um sonho da riqueza, ao menos para aqueles iniciantes, que ainda se iludiam com a atividade do garimpo. Aos mais experientes, a conversa tinha um tom diferenciado, perceptível na sobriedade dos *planos para o futuro*.

A vida no garimpo é regida pela moeda *ouro*. Não se trabalha com dinheiro. Tudo é medido em gramas do metal. O dinheiro ganho, não mais que 20% da quantidade encontrada pelo garimpeiro, desde um método de sucção do cascalho, ou 5% quando o mesmo se vale de uma máquina retro-escavadeira. Gente simples, do olhar triste, mas que, mesmo assim, ainda consegue manter o sorriso no rosto, talvez a marca d'água dos brasileiros. Na *currutela*, espécie de vila central do garimpo, quase tudo se encontra: mulheres, comida, remédios, ferramentas, roupas, tudo a preço de ouro.

Amanheceu o dia e, depois de pouco mais de uma hora e meia, saindo de Belém, aterrisou-se no Aeroporto Internacional de Paramaribo, a mais de 45 quilômetros do centro da cidade. Era 1º de julho, dia da celebração do fim da escravidão no país. As ruas da orla do Rio Suriname e adjacências estavam tomadas por um colorido e alegria indescritíveis. Há coisas que só se pode descrever vivenciando-as: o sentimento de ser *diferente* entre a maioria é uma delas.

A alegria e a cordialidade eram os traços praticamente comuns na imensa maioria das inúmeras pessoas que tomavam as ruas da orla fluvial de Paramaribo. Inúmeras eram as barraquinhas com guloseimas e bebidas. Nos sorrisos comumente se percebia a satisfação de muitos deles em ostentar os *dentes de ouro*. Mesmo as crianças com pouquíssima idade já se trajavam a rigor, coloridamente, com roupas estampadas em florais, onde o vermelho, o amarelo, o branco, o verde e o azul predominavam. Correntes em ouro nos pequeninos pescoços, orelhas, mesmo de alguns meninos, já devidamente furadas e com pequenos brincos. Nas meninas, pulseiras em ouro e outras coloridas, feitas artesanalmente. Nos adultos, as imagens não distavam, o que destoava era a mistura de hábitos que pareciam tradicionais com modismos ocidentais completando a ornamentação: tênis de marcas famosas, sendo muitos deles coloridos; camisetas de marcas conhecidas; os aparelhos celulares estavam em quase todas as mãos.

A visão foi enriquecida pelo contraste das vestimentas quando se cruzava por um descendente de javaneses, indianos ou chineses. O que se percebia é que cada um dos vários povos que compunham a população surinamesa fazia questão

de guardar suas raízes; raramente se visualizava um casal de pessoas sendo um de cada descendência.¹¹⁰ Com aparência de holandeses, colonizadores do Suriname, foram poucos os que transitavam pelas ruas, menos ainda os que ali residiam. A tolerância, contudo, poderia ser simbolizada pela bela imagem de uma mesquita islâmica e uma sinagoga judaica sendo separadas por um pequeno muro, ambas localizadas na região central de Paramaribo. No dizer de Henry L. Illes, embaixador norte-americano no Suriname: “Temos a maior reserva natural do mundo (...) E se prestar atenção ao viajar pelo Suriname, vai ouvir mais de 20 idiomas, incluindo holandês, chinês, hindu, javanês, árabe, português, alemão, francês e outros dialetos falados pelas tribos marron e pelos ameríndios.”¹¹¹ Ramdin explica que para se compreender a tolerância que paira no Suriname, apesar da diversidade sem igual, precisa entender que “... em vez de brigar uns com os outros, [eles perceberam que] deveriam viver em paz porque não tinham nenhum outro lugar para ir.”¹¹²

11.1 ALGUMAS NOTAS SOBRE AS OMISSÕES LEGAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO DO SURINAME.

Apesar de parecer paradoxal assinalar, a quase absoluta ausência de regulações legais positivas atuais no Suriname, acerca dos indígenas e marrons, voltadas a definir e por em evidência os direitos dos referidos povos, isto não significa que no passado o Estado colonial e republicano não houvesse se abtido de assumir compromissos e responsabilidades com as referidas populações. Reiterada e solenemente, o Estado colonial assumiu compromissos com as comunidades indígenas que entranhavam o reconhecimento pleno de direitos em matéria de governo, respeito às ancestrais posses territoriais e manutenção das

¹¹⁰ No dizer de Albert Ramdin, surinamês que foi secretário geral assistente na Organização dos Estados Americanos: “Comparado com a Guiana e Trinidad e Tobago, onde as culturas se misturaram totalmente, as culturas surinamesas permanecem únicas e originais” RANDIM, A.. Entrevista concedida para o periódico Diálogo. Em: **O Diálogo**. Volume 17, Nº 4, 2007, p. 16.

¹¹¹ ILLES, H. L.. Entrevista concedida para o periódico Diálogo. Em: **Diálogo**. Volume 17, Nº 4, 2007, p. 13.

¹¹² RANDIM, A.. Op. cit. p. 16.

instituições tradicionais. O Estado também firmou diversos acordos com os marrons reconhecendo aos mesmos o direito de manterem a independência que haviam conquistado pela sua rebeldia, bem como a forma de autogoverno por eles desenvolvidas e os territórios que haviam ocupado. Em 1992, para dar fim a um conflito armado, o Governo republicano surinamês firmou um compromisso com os indígenas e marrons, pois os mesmos, unidos, mantiveram a resistência armada para pôr fim à ditadura. O Estado do Suriname também tem procurado reconhecer e ratificar importantes documentos legais internacionais que contêm disposições de salvaguarda dos direitos de referidos povos. Exemplo disso é o Pacto de Direitos Civis e Políticos e Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; como Estado membro da OEA, o Suriname está comprometido tanto com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem quanto com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; com a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial e com a Convenção sobre a Proibição e Prevenção do Genocídio. Todavia, o Suriname ainda não possui um só ordenamento nacional sistemático e coerente em matéria de definição de direitos e de políticas relacionado aos povos indígenas e aos marrons. Há somente disposições dispersas em distintos ordenamentos que se relacionam com outras matérias e que aludem, tangencialmente, aos povos indígenas e aos marrons. Até agora não houve nenhum avanço tendente a conseguir que o Suriname se adapte aos lineamentos de política étnica e indígena que foram se definindo e sendo acolhidos no âmbito internacional, tal como se fez com a negativa de ratificação do Convênio nº 169, da OIT e, no âmbito nacional, na maioria dos países sulamericanos, nos textos constitucionais e legais. Em termos constitucionais o que se rechaça é somente a discriminação em razão do lugar de nascimento, do sexo, da raça, da língua, da origem religiosa, da educação, da opinião política, da posição econômica ou outra posição qualquer – Art. 8, nº 2 -.¹¹³ Roque Roldán Ortega, contudo, entende que a referida norma não se presta para a salvaguarda dos *direitos coletivos* das agrupações indígenas como

¹¹³ ORTEGA, R. R.. Op. cit. pp. 66-68. Para a constituição da República do Suriname: CONSTITUTION OF SURINAME. Disponível em < <http://www.constitution.org/cons/suriname.htm> > Acesso em 16 ago 2015.

peças coletivas.¹¹⁴ No entanto, propugnando pela defesa de *direitos individuais fundamentais para bens coletivos*, vale ressaltar que *expressividades comportamentais típicas*, caso venham a ofender outras esferas de direitos, mesmo que externalizadas dentro de um período de enculturação, continuariam sendo justificativas para responsabilizações indevidas, caso se mantenha o entendimento de Ortega.

A ausência de normas de direito positivo no sentido de garantir os direitos dos indígenas e marrons e que lhes servisse de fundamento para suas reclamações, bem com a ausência de programas efetivos do governo que permitissem, ao menos, cumprir ações para os mesmos em pé de igualdade e equilíbrio com os demais setores sociais do Suriname seriam fatores agravantes da situação. Agregue-se a isso a constante e expressa vontade do Estado de impulsionar políticas e projetos que, direta ou indiretamente, lesionariam severamente a vida e as condições de sobrevivência das sociedades indígenas e de marrons.¹¹⁵

11.2 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE UM CASO OCORRIDO NO SURINAME.

O Caso *Aloeboetoe y otros – Reparaciones*, sentenciado em 10 de setembro de 1993 pela Corte Interamericana de Direitos do Homem, tratou de um pedido de indenização por danos sofridos por uma vítima até a sua morte, por reclamantes não herdeiros nem sucessores, pertencentes à tribo Saramaca, no Suriname. O litígio se deu porque os reclamantes não eram sucessores nem herdeiros, entendendo o Estado surinamês que haveria que ser aplicado o Direito Civil vigente no Suriname. Os saramacas se constituem de escravos africanos

¹¹⁴ ORTEGA, R. R.. Op. cit. p. 68. Para Ortega, a salvaguarda dos direitos fundamentais dos membros das sociedades indígenas como pessoas se encontra estritamente ligada a existência de um regime de *direitos coletivos* que os proporcione o entorno social, econômico e cultural próprio para o exercício das garantias individuais. Id.

¹¹⁵ Ibid. p. 69. Exemplo de política atentatória aos direitos dos indígenas e marrons seria a política de terras empregada até então – 2005 – pelo Governo do Suriname. Só se reconheceria aos mesmos uma posse temporária de suas terras, mesmo que representassem seus espaços originários e tradicionais de vida. Matéria essa regulamentada pelo *Decree L-1-1982, Basic Principles on Land Policy, art. 1*. Ibid. p. 69 e nota de rodapé nº 44.

negros que fugiram dos proprietários holandeses e que, por um convênio de 19 de setembro de 1762, teriam o direito de se regerem por suas próprias leis.¹¹⁶

A Corte não considerou necessário investigar se o referido convênio seria ou não um tratado internacional; limitou-se a observar que se assim tivesse sido, hoje seria um tratado nulo por ser contrário às regras de *jus cogens superveniens*. No referido convênio, os saramacas se obrigaram, entre outras coisas, a capturar os escravos que tivessem desertado, fazendo-os prisioneiros e os devolvendo ao Governador do Suriname, que lhes pagaria entre 10 e 50 florins por cada um, a depender da distância de lugar da captura. Outro artigo facultaria aos saramacas vender aos holandeses, na qualidade de escravos, outros prisioneiros que pudessem capturar. Na visão da Corte, um convênio desta índole não poderia ser invocado ante um Tribunal Internacional de direitos humanos.¹¹⁷

A Corte não entendeu ser necessário averiguar se os saramacas gozariam ou não de autonomia legislativa e jurisdicional dentro da região que ocupavam. A única questão relevada consistiu em saber se as leis do Suriname relativas ao direito de família se aplicariam ou não à tribo Saramaca. As provas produzidas no processo permitiram deduzir que as leis do Suriname sobre a referida matéria não teriam eficácia para os saramacas. Seus integrantes desconheciam referidas leis e se regeriam por suas próprias regras. O Estado do Suriname, por sua vez, não manteria a estrutura necessária para o registro de matrimônios, nascimentos, etc., requisito indispensável para a aplicação da lei surinamesa. Além disso, os conflitos que ocorreriam desde a aludida matéria não eram submetidos pelos saramacas aos tribunais do Estado, sendo que a intervenção destes nas referidas matérias, quanto aos saramacas, era praticamente inexistente. O Estado do Suriname reconheceu no

¹¹⁶ No referido Tratado se "... expresa que ese pueblo 'adquirió sus derechos sobre la base de un tratado celebrado con los Países Bajos, por el cual se les reconoce, entre otras cosas, la autoridad local de los Saramaca (sic) sobre su propio territorio'. A dicho escrito se acompaña el texto de la convención mencionada y se añade que las 'obligaciones del tratado son aplicables por sucesión al estado (sic) de Suriname'." GALLEGOS-ANDA, C. E.; TAPIA, D. C. (Eds.) **Derechos Ancestrales Justicia en Contextos Plurinacionales**. Quito: Ministro de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 506. (Serie Justicia y Derechos Humanos - Neoconstitucionalismo y Sociedad)

¹¹⁷ Id.

processo a existência de um direito consuetudinário saramaca.¹¹⁸

A Comissão ofereceu diversas provas acerca da estrutura social dos saramacas, que teriam mostrado que a referida tribo apresentaria uma configuração familiar de cunho fortemente matriarcal, havendo casos frequentes de poligamia. O principal conjunto de parentes seria o *bêè*, formado por todas as pessoas que descendessem de uma mesma mulher. Referido grupo assumiria a responsabilidade pelos atos de quaisquer de seus membros e, teoricamente, cada um destes seria responsável pelo grupo como um todo. Isto teria como implicação que a indenização que devesse ser paga a uma pessoa seria dada ao *bêè*, sendo que seu representante a distribuiria entre seus membros. A Comissão solicitou também uma indenização a favor dos afetados e sua distribuição entre eles. No entanto, a Corte entendeu que, a partir do relatório da Comissão, pôde verificar-se que a determinação dos beneficiários da indenização não foi feita segundo o costume saramaca; não teria sido possível precisar qual teria sido a norma jurídica aplicada pela Comissão quanto a isso. À Corte pareceu que a Comissão simplesmente se guiou por um critério pragmático. Quanto à determinação do montante da indenização e sua distribuição, a Comissão observou que recorreu a *um sistema de equilíbrio*, que incluiu os seguintes fatores: a idade da vítima, seus ingressos reais e potenciais, o número de seus dependentes os costumes e solitudes dos *bushnegroes*.¹¹⁹

A Corte entendeu por bem aplicar os *princípios gerais de Direito* em razão do Suriname não ter ratificado a Convenção nº 169, da OIT, que trata dos direitos dos povos indígenas e por não existir no *direitos das gentes* nenhuma norma convencional ou consuetudinária que determinasse quem seriam os sucessores de uma pessoa. Os referidos *princípios gerais de Direito*, aos olhos da Corte, contudo, se tratariam tão somente das regras gerais sobre sucessões que seriam aplicadas em ordenamentos jurídicos de índole europeia-ocidental, ou seja, filhos, cônjuges e ascendentes estariam na linha sucessória. No entanto, a Corte entendeu que as referidas três categorias de sucessores haveriam que ser interpretadas segundo o

¹¹⁸ Ibid. pp. 506-507. Uma única prova testemunhal em contrário teria sido refutada pela Corte. Ibid. p. 507.

¹¹⁹ Ibid. pp. 507-508.

direito local, o qual não seria o Direito surinamês porque não seria eficaz quanto ao direito de família na região onde ocorrera o conflito – entre os saramacas -. A consequência, portanto, seria ter em conta o costume dos saramacas.¹²⁰

O caso colacionado mostra como o reconhecimento do *direito da forma de ser dos povos*, mesmo para situações havidas no âmbito dos próprios povos, poderia se mostrar superador enquanto uma saída jurídica para situações de conflito que fossem contrapostas ao modelo jurídico de índole europeia-ocidental. Bastaria o reconhecimento do referido *direito* no caso analisado para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos deferisse o pedido de indenização pleiteado por membros da tribo Saramaca.

12. URUGUAI.

O texto da constituição da República Oriental do Uruguai não traz uma menção expressa aos povos autóctones, restringindo-se a reafirmar os direitos de igualdade (artigo 8º) e de liberdade (artigo 10), desde que não violem a ordem pública ou prejudique terceiros.¹²¹ Segundo levantamento efetuado por Roque Roldán, em 2002, o Uruguai contaria com apenas 524 pessoas que poderiam ser classificadas como indígenas, ou seja, o equivalente a apenas 0,016% da população uruguaia de então.¹²² Segundo dados de 2011, do Instituto Nacional de Estadística do Uruguai, haveria um total de 159.319 pessoas classificáveis como indígenas ou

¹²⁰ Ibid. p. 508. “La identificación de los hijos de las víctimas, de sus cónyuges y, eventualmente, de sus ascendientes ha ofrecido graves dificultades en este caso. Se trata de miembros de una tribu que vive en la selva, en el interior de Suriname y se expresa sólo en su lenguaje nativo. Los matrimonios y los nacimientos no han sido registrados en muchos casos y, cuando así ha ocurrido, no se han incluido datos suficientes para acreditar enteramente la filiación de las personas. La cuestión de la identificación se torna aún más difícil en una comunidad en la que se practica la poligamia.” Ibid. pp. 508-509.

¹²¹ Para o texto completo da Constituição do Uruguai: CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Disponível em < <http://presidencia.gub.uy/normativa/constitucion-de-la-republica> > Acesso em 15 ago 2015.

¹²² ROLDÁN, R.. **Territorios colectivos de indígenas y afroamericanos en América del Sur y Central. Su incidencia en el desarrollo.** Disponível em < http://pueblosaltomayo.com/articulos/tierras-y-territorios/territorios%20colectivos_BID.pdf > Acesso em 15 ago 2015.

se identificariam como tal no país.¹²³

13. VENEZUELA.

O Capítulo VIII, intitulado *Dos derechos dos povos indígenas*, vem inserido no Título III da Constitución da República Bolivariana da Venezuela que, por sua vez, trata *Dos derechos humanos e garantías e dos deberes*.¹²⁴ No referido capítulo VIII, desde a *Exposición de motivos da Constitución*, buscou-se, logo de início, ressaltar a precedência milenar dos *povos indígenas* sobre os colonizadores, bem como a configuração diferenciada do viver em comunidade que os referidos povos autóctones sempre possuíram em relação aos europeus.¹²⁵ Ressalta-se, inclusive, a defesa de suas terras e vidas que os indígenas fizeram ao longo da história colonizadora. Enfatiza-se a resistência e a luta por reconhecimento dos mesmos enquanto *povos* ao longo de mais de quinhentos anos de colonização, bem como a luta pelo direito de suas terras, o que estaria se materializando com a *refundação* da República Bolivariana reinstaurada a partir de 1999 na Venezuela.¹²⁶ Tal reconhecimento pela constituição venezuelana implicaria uma profunda mudança de

¹²³ URUGUAY. CENSOS 2011. Disponível em < <http://www.ine.gub.uy/biblioteca/uruguayencifras2012/cap%C3%ADtulos/Poblaci%C3%B3n.pdf> > Acesso em 15 ago 2015. É particularmente elucidativo o estudo histórico-evolutivo dos povos indígenas no Uruguai desenvolvido por Fernando Klein, onde pode se verificar a caminhada dos referidos povos para o praticamente desaparecimento e quase completa aculturação. KLEIN, F.. El destino de los indígenas del Uruguay. Em: **Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas**. Vol. 15, 2007.1. Disponível em < <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/15/fernandoklein.pdf> > Acesso em 15 ago 2015.

¹²⁴ EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Disponível em < <http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html> > Acesso em 15 ago 2015.

¹²⁵ "...el Estado venezolano recoge una situación de hecho preexistente, que al mantenerse históricamente, fortalece el sentido de pertenencia nacional, al valorarse el aporte de la indianidad en la formación de la venezolanidad y de sus instituciones sociales básicas." Id.

¹²⁶ "De la misma manera, como consecuencia de esta lucha y de sus particulares condiciones de vulnerabilidad, los derechos de los pueblos indígenas han sido reconocidos internacionalmente como derechos específicos y originarios." Id. Quanto ao emprego do termo *pueblo*, a exposição de motivos da constituição venezuelana de 1999 expõe que "El uso del término pueblo, tal como lo expresa claramente el texto constitucional, significa el reconocimiento de su identidad específica, de las características sociales, culturales y económicas que les son propias y que los diferencian del resto de la sociedad, por tanto el uso de dicho término no podrá interpretarse en el sentido que se le da en el derecho internacional." Id.

perspectiva política e cultural, que reorientaria a condução do Estado venezuelano ao assumir seu caráter multiétnico, pluricultural e multilinguístico.

Em oposição às políticas indigenistas que até então, segundo a ótica do movimento constituinte venezuelano de 1999, teria imperado no país e que teria implicado na destruição e desaparecimento das culturas indígenas, a partir de então se consagraria o direito a cada povo indígena a manter e desenvolver sua identidade étnica e cultural, sua cosmovisão, seus valores, sua espiritualidade, bem como a preservar seus lugares sagrados e de culto.

Na referida exposição de motivos também se alude ao direito que os povos indígenas teriam de seguir praticando seus sistemas normativos internos para a regulação, sanção e restauração da paz social. Este direito à justiça seria um mecanismo de proteção aos indígenas venezuelanos que, historicamente, teriam vivido em uma sociedade que os excluiu e discriminou. Não seriam códigos ou leis escritas, senão formas de justiça que permitiriam estes povos regularem-se internamente, enfrentar os conflitos e seguir mantendo a coesão coletiva mediante a aplicação de um sistema normativo reparatório.

Menciona-se, ainda, a proteção do *habitat* dos indígenas – Capítulo IX, do Título III -; de que três deputados haveriam que representar os povos indígenas – Capítulo I, do Título V -; a possibilidade dos indígenas valerem-se de seus sistemas próprios de justiça, desde que para casos que envolvam seus próprios integrantes e tendo como limitação o estatuído na própria constituição, na lei e na ordem pública – Capítulo III, Seção Primeira, do Título V -, dentre outros direitos e garantias assegurados.

13.1 A POSIÇÃO DA SALA CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTIÇA DA REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA.

Um caso prático que se conseguiu rastrear versa sobre um recurso de amparo constitucional interposto por um Defensor Público em benefício de um adolescente indígena – Warao - que teria assassinado uma pessoa, em razão de não lhe ter sido assegurado pela jurisdição especial indígena o direito a um defensor, tendo sido a referida decisão revisada pelo *Juzgado Segundo de Control*

de la Sección Penal de Adolescentes del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, o que se fez em conformidade com o disposto no art. 134 da Lei Orgânica de Povos e Comunidades Indígenas. Todas as decisões se deram no ano de 2009. Pleiteou-se a nulidade de todas as decisões e a submissão do adolescente indígena de 12 anos de idade a um devido processo legal, de natureza penal, em conformidade com o estabelecido na Lei Orgânica para a Proteção de Crianças e Adolescentes.¹²⁷

13.2 A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELA VENEZUELA E A NÃO SUJEIÇÃO DO PAÍS À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Em 10 de setembro de 2012, o Secretário-Geral da OEA recebeu a nota formal de denúncia da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, datada de 6 de setembro de 2012, por parte do Ministério do Poder Popular para as Relações Exteriores, em representação do Governo da Venezuela. Em conformidade com o estabelecido no artigo 78.1 da Convenção Americana, a denúncia surtiu efeito a partir de 10 de setembro de 2013, cumprindo o pré-aviso de um ano previsto em dito artigo. Desta forma, as violações a direitos humanos que ocorreram na Venezuela depois de 10 de setembro de 2013 não poderão ser conhecidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Perdeu-se, assim, uma instância de proteção de direitos humanos.¹²⁸

No entanto, a denúncia da Convenção Americana por parte da Venezuela não afeta a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para conhecer assuntos relacionados com a Venezuela, pois essa, como membro da OEA, seguirá sujeita à jurisdição da referida Comissão e às

¹²⁷ Para o inteiro teor da sentença proferida pela Sala Constitucional: TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. SALA CONSTITUCIONAL. EXP. Nº 09-1440. Disponível em < <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/02-3212-2012-09-1440.HTML> > Acesso em 16 ago 2015.

¹²⁸ Para as informações, diretamente divulgadas pela OEA: OEA. Comunicado de Prensa. Disponível em < <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/064.asp> > Acesso em 17 ago 2015.

obrigações que impõem a Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, subscritas pela Venezuela em 1948. A Carta da OEA, em seu art. 53, estabelece que a OEA realiza seus fins por meio de vários órgãos, entre eles a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Assim, enquanto a Venezuela continue a ser Estado parte da OEA, a Comissão continuará cumprindo com seu mandato de promoção e supervisão da situação dos direitos humanos na Venezuela, tramitando petições, casos e medidas cautelares. Neste sentido, a jurisprudência e a prática do sistema interamericano têm reconhecido que a Declaração Americana é fonte de obrigações legais para os Estados membros da OEA, incluídos os que são parte da Convenção Americana.¹²⁹

Em relação às violações de direitos humanos ocorridas na Venezuela durante o período que esse país foi parte da Convenção Americana vinculam o Estado em conformidade com as obrigações estabelecidas em dita Convenção.¹³⁰ Desta forma, as petições recebidas pela Comissão depois de 10 de setembro de 2013, onde se verificarem que as violações aos direitos humanos ocorreram antes de referida data serão tramitadas à luz das obrigações do Estado sob a Convenção Americana, ficando suscetíveis de serem conhecidas pela Corte Interamericana. Nesse sentido, o art. 78.2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, estabelece que “... no tendrá el efecto de desligar al Estado parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto”.¹³¹

¹²⁹ Id.

¹³⁰ A Venezuela ratificou a Convenção em 23 de junho de 1977 e a denúncia entrou em vigor em 10 de setembro de 2013. Para a informação: Id.

¹³¹ Id.