



**MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE  
PERNAMBUCO CENTRO DE CIÊNCIAS  
JURÍDICAS FACULDADE DE DIREITO DO  
RECIFE**

**ANÁLISE COMPARADA DA TUTELA CONSTITUCIONAL DOS ÍNDIOS NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DOS POVOS ORIGINÁRIOS CAMPESINOS  
NA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009**

Autor: Jenner de Melo Oliveira

Orientador: Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

**RECIFE  
2019**

**Jenner de Melo Oliveira**

**ANÁLISE COMPARADA DA TUTELA CONSTITUCIONAL DOS ÍNDIOS NA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DOS POVOS ORIGINÁRIOS CAMPESINOS  
NA CONSTITUIÇÃO BOLIVIANA DE 2009**

**Monografia apresentada como requisito  
obrigatório à obtenção do título de Bacharel em  
Direito pela Universidade Federal de  
Pernambuco.**

**Direito Constitucional**

**RECIFE**

**2019**

Autor: Jenner de Melo Oliveira

Título: Análise Comparada da Tutela Constitucional dos Índios na Constituição Federal de 1988 e dos Povos Originários campestres na Constituição Boliviana de 2009

Trabalho Acadêmico: Monografia Final de

Curso Objetivo: Obtenção do Título de

Bacharel em Direito UFPE – Universidade

Federal de Pernambuco

Áreas de Conhecimento: Direito Constitucional

Aprovado em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti (Orientador)

---

Prof<sup>(a)</sup>. Dr(a).

---

Prof<sup>(a)</sup>. Dr(a).

Dedico este trabalho a todas as pessoas que  
caminharam ao meu lado durante estes cinco  
anos!

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por ter guiado meu caminho até esse momento, guiando meus passos e me orientando a sempre percorrer o caminho certo, pois sem sua benção nada seria realizado.

Aos meus pais, por todo esforço que fizeram para eu chegar onde estou hoje, por terem passado uma vida difícil, fazendo o possível e o impossível para que eu tivesse a oportunidade de estar aqui, com tudo que conquistei e irei a conquistar, sempre se desdobrando em mil para que pudessem realizar cada pedido, sonho e interesse meu.

Ao meu professor e orientador Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, por seus ensinamentos que contribuíram muito tanto para minha formação acadêmica quanto para visão de mundo que tenho hoje.

Enfim, agradeço a todos que contribuíram ao longo da minha vida para que eu me tornasse a pessoa que sou hoje. Meus sinceros agradecimentos!

Se o homem falhar em conciliar a justiça e a liberdade,  
então falha em tudo.

**Albert Camus**

## RESUMO

A tradição constitucional latino americana é marcada por constituições de caráter eminentemente excludente e retórico. Dentro de tal referencial, é de fundamental importância analisar o contexto histórico-sociológico que se relacionou à essa mudança de perspectiva especificamente nos contextos Boliviano e brasileiro, tanto os fatores comuns aos países, como aqueles específicos de cada um. No projeto foi realizada uma análise científica comparativa a respeito das inovações teóricas das supracitadas constituições no que se refere ao regramento constitucional dos povos indígenas, apontando as características que são consideradas inovadoras no que tange a Teoria da Constituição e modo de se compreender a participação da população na vida política. Buscando posteriormente relacionar com o contexto político, histórico e social que permearam as respectivas constituintes e incentivar discussões a respeito de adoção de mecanismos que permitam a participação direta dos povos originários/indígenas na vida política do país, observada a crise de representatividade vivenciada, além dos mecanismos e previsões constitucionais no que tange a proteção e ao reconhecimento de direitos fundamentais dos povos originários.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional Comparado; Novo constitucionalismo latino americano; Constituição boliviana de 2009; Plurinacionalismo; Constituição Federal de 1988.

## **ABSTRACT**

The Latin American constitutional tradition is marked by constitutions of an eminently excluding and rhetorical character. Within this framework, it is of fundamental importance to analyze the historical-sociological context that was related to this change of perspective specifically in the Bolivian and Brazilian contexts, both the factors common to the countries and those specific to each one. In the project, a comparative scientific analysis was carried out regarding the theoretical innovations of the aforementioned constitutions regarding the constitutional rule of the indigenous peoples, pointing out the characteristics that are considered innovative with regard to the Constitution Theory and how to understand the participation of the population in political life. Seeking later to relate to the political, historical and social context that permeated the respective constituents and encourage discussions about the adoption of mechanisms that allow the direct participation of indigenous / indigenous peoples in the political life of the country, observed the crisis of representativeness experienced, in addition to the mechanisms and constitutional provisions regarding the protection and recognition of fundamental rights of indigenous peoples.

**Keywords:** Comparative Constitutional Law; New Latin American constitutionalism; Bolivian Constitution of 2009; Plurinationalism; Federal Constitution of 1988.



## SUMÁRIO

|                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO .....                                                                                        | 11 |
| 1. CONTEXTO HISTÓRICO BOLIVIANO: MOVIMENTO CULTURAL INDÍGENA E O ESTOPIM PARA A NOVA CONSTITUIÇÃO ..... | 14 |
| 2. A CONSTITUIÇÃO DE 2009 NO CONTEXTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO AMERICANO .....                        | 21 |
| 3. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS BOLIVIANAS RELATIVAS AOS POVOS ORIGINÁRIOS.....                          | 25 |
| 4. DA PARTICIPAÇÃO INDÍGENA NO PROCESSO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE .....                       | 32 |
| 5. REGRAMENTO DOS POVOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....                                 | 39 |
| CONCLUSÃO.....                                                                                          | 46 |
| REFERÊNCIAS .....                                                                                       | 49 |

## INTRODUÇÃO

.O trabalho do estudioso de qualquer área que deseje mergulhar no passado confronta-se inicialmente com vestígios, que em maior ou menor número, chegaram até o lapso-temporal no qual ele se apresenta.<sup>1</sup> A compreensão do direito (enquanto processo) prescinde de uma análise e estudo de fatos históricos precedentes ao presente. É válido salientar que esse processo, para que traga resultados confiáveis e crédulos, deve contextualizar não só o estudo dogmático da História do direito, mas toda uma perspectiva filosófica, sociológica e antropológica dos fatos sociais (não apenas os que se relacionam de modo imediato com o direito).

O direito constitucional enquanto expressão clara da natureza política de uma sociedade nas relações jurídicas necessita de um estudo contextualizado historicamente para que se compreendam suas bases ideológicas, ou melhor, sua ideologia constitucional. É de suma importância destacar que aqui se considera o direito como (também) um fenômeno social, e não apenas normativo. Logo, o direito é um subsistema social dentro dos sistemas sociais, como a religião, a moral, a economia, sendo aberto as influências de tais subsistemas enquanto partícipes do mesmo ambiente social, no que se conhece como acoplamento estrutural.<sup>2</sup>

Contudo, tal processo não é totalmente aleatório, uma vez que o direito tem a característica da autopoiese (sobretudo nos países dogmaticamente organizados), e dessa forma ele tem a capacidade de escolher o que vai ou não ser positivado no ordenamento jurídico de acordo com suas próprias regras. Por isso, Luhmann faz a comparação do acoplamento estrutural com a membrana plasmática de uma célula, uma vez que esta controla o que entra e o que sai do ambiente interno da célula de acordo com suas necessidades.

É de se destacar que o estudo histórico que pretenda bases científicas deve-se pautar em alguns pressupostos teóricos que lhe garantam mais rigor na compreensão dos fatos. Dentre os principais pressupostos situa-se a tentativa de neutralidade axiológica, que se aproxima de um esforço no que concerne a deixar as concepções subjetivas do estudioso de lado para se tentar fazer uma análise que se aproxime da neutralidade.

Além disso, o estudioso deve assumir a sua incapacidade de abarcar de modo perfeito a realidade concreta, devido ao abismo gnoseológico existente entre fato, ideia e linguagem.

---

<sup>1</sup>KOSELLECK, Reinhart. **La investigación de una historia conceptual y su sentido sócio-político**. Rubí, Barcelona. Antrophos editorial, 2009

<sup>2</sup>LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

Desse modo, o estudioso deve trabalhar com os chamados tipos ideais, assumindo-os como aproximações e abstrações da realidade fática através da transformação das ideias em linguagem.<sup>3</sup> Por fim, deve-se ter uma visão não escatológica da história<sup>4</sup>, não fazendo projeções determinísticas baseadas nas condições existentes, uma vez que o andamento da História não se dá de modo linear e previsível.

A busca a seguir é por uma análise comparada entre a tutela e regramento constitucionais referentes aos povos originários (ou indígenas) no âmbito da Constituição da Bolívia promulgada em 2009 e a Constituição Federal brasileira de 1988.

Destarte, faz-se necessário esclarecer a natureza lógico-etimológica dos termos História Constitucional. História aqui é tratada como processo, ou seja, a sucessão de fatos históricos. Já o termo constitucional é tratado como referente à organização jurídica das organizações políticas. Obviamente não se restringindo ao estudo de folhas de papel presentes nas constituições, mas buscando o sentido histórico, sociológico e ideológico das normas constitucionais.<sup>5</sup>

Também é de extrema valia apontar a pertinência temática sob a égide do direito comparado, e não na área da História do Direito. Aqui adota-se a perspectiva de que estudar o Direito Comparado (entendido como ciência autônoma e não como método), implica necessariamente a comparação de dois ou mais sistemas jurídicos vigentes sendo, preferencialmente, um deles é o sistema jurídico nacional. Logo não há que se falar em Direito comparado quando se trata de um estudo da evolução de um instituto dentro de um mesmo ordenamento jurídico<sup>6</sup>.

Entretanto, não deve ser confundido com o direito estrangeiro, uma vez que esse é analisar a realização do fenômeno social do direito em uma nação diferente da do estudioso. Da mesma forma não se pode confundir o estudo do direito comparado com o da legislação comparada, uma vez que o direito é muito mais abrangente do que os textos jurídicos<sup>7</sup>, como aduz Orione:

Entretanto, o estudo de Direito Comparado vai além do aspecto legislativo (instante

---

<sup>3</sup>WEBER, Max. **Theory of social and economic organization**. New York, Oxford university press, 1947.

<sup>4</sup>ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica para uma teoria da dogmática jurídica**. Saraiva, São Paulo, 2002.

<sup>5</sup>DANTAS, Ivo. Introdução ao Conhecimento Histórico. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru - Pernambuco, 1975**.

<sup>6</sup>DANTAS, Ivo. Direito Constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia. 2. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2006. Pag 115.

<sup>7</sup>DANTAS, Ivo. Op. Cit.

refletido no texto posto); inclui também os aspectos doutrinário e jurisprudencial. Compreende a realidade dos sistemas jurídicos em seu conjunto tais como a legislação, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática contratual, a tendência da técnica jurídica<sup>8</sup>

Em suma, a presente monografia se pautará nos já citados pressupostos epistemológicos na busca da análise comparada do regramento constitucional dos povos indígenas nos países supracitados. Uma análise com rigor do tema na constituição Boliviana de 2009, não pode se furtar de uma explanação acerca da realidade e do contexto vigentes à época da promulgação da Carta Política, assim como do que vem sendo entendido como Neoconstitucionalismo Latino Americano e sua relação com o a tutela constitucional dos povos originários na Bolívia.

De modo análogo, analisar os aspectos atinentes a realidade brasileira é mister na consecução dos fins do presente trabalho, tendo em vista sua pertinência temática associada ao Direito Comparado.

---

<sup>8</sup>DANTAS, Orione de Medeiros. Direito Constitucional Comparado Breves aspectos epistemológicos. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010. *Apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e seu estudo. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, a. 7, p. 35-51, out. 1955.

## 1. CONTEXTO HISTÓRICO BOLIVIANO: MOVIMENTO CULTURAL INDÍGENA E O ESTOPIM PARA A NOVA CONSTITUIÇÃO

Dentro desse contexto, cabe agora analisar as condições históricas da Bolívia de modo mais genérico e chegar ao momento em que se dá a ruptura com o sistema constitucional prévio e consequente implementação do texto de 2009. Importante destacar que o momento de ruptura não é instantaneamente seguido da implementação de um novo sistema, havendo uma espécie de “limbo” entre esses dois momentos, ou seja, um período (hiato constitucional)<sup>9</sup> no qual a constituição vigente não mais condiz com a realidade, sendo mera “folha de papel”<sup>10</sup>.

A observação dos dados estatísticos de que 62% da população boliviana atual é indígena não pode ser feita de modo isolado do contexto histórico-cultural da ocupação do território atual do país, que é o latino americano com maior proporção étnica de grupos indígenas<sup>11</sup>. A partir da colonização espanhola, os povos originários da região começaram a ser explorados e oprimidos, criando com o passar da história um sentimento de resistência e luta na busca por condições de vida mais próximas das que possuíam antes da chegada dos colonizadores. Desse modo, a identidade cultural indígena é forte fator influente nos valores básicos da constituição de 2009. Importante é dissertar a respeito do conceito dessa identidade cultural como:

“Conjunto de valores, tradições, práticas e representações políticas partilhado por determinado grupo humano, que expressa uma identidade coletiva e fornece leituras comuns do passado, assim como fornece inspiração para projetos políticos direcionados ao futuro.”<sup>12</sup>

Berstein, define a identidade cultural como:

(...) um conjunto coerente em que todos os elementos estão em estreita relação uns com os outros, permitindo definir uma forma de identidade do indivíduo que dela se reclama. Se o conjunto é homogêneo, as componentes são diversas e levam a uma visão dividida do mundo, em que entram em simbiose uma base filosófica ou doutrinal, a maior parte das vezes expressa sob a forma de uma vulgata acessível ao maior número, uma leitura comum e normativa do passado histórico com conotação positiva ou negativa com os grandes períodos do passado, uma visão institucional que traduz no plano da organização política do Estado os dados filosóficos ou históricos precedentes, uma concepção da sociedade ideal tal como a vêem os detentores dessa

<sup>9</sup>DANTAS Cavalcanti, Francisco Ivo. *Teoria do Estado (Direito Constitucional I)*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1989.

<sup>10</sup>LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*; trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

<sup>11</sup>U.N. GAOR, Rodolfo Stavenhagen. *Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People*. Council, 11th Sess., Agenda Item 3, at 5, ¶ 8, U.N. Doc A/HRC/11/11, (2009)

<sup>12</sup>MOTTA, Luiz Gonzaga. *Narratologia*: teoria e análise da narrativa. Brasília: Casa das Musas, 2005. Pág. 21.

cultura e, para exprimir o todo, um discurso codificado em que o vocabulário utilizado, as palavras-chave, as fórmulas repetitivas são portadoras de significação, enquanto ritos e símbolos desempenham, ao nível do gesto e da representação visual, o mesmo papel significante.<sup>13</sup>

A identidade cultural mostra-se um elemento essencial para a compreensão dos fenômenos políticos Bolivianos, como a eleição de Evo Morales e a promulgação de uma nova Constituição de caráter indigenista, por expressar as pautas dos movimentos indígenas como reconhecimento étnico e autonomia.

Tais fatos não devem ser encarados como surpresas, mas sim como resultado de um processo de fortalecimento dos laços de identidade da parcela majoritária da população daquele país e o fortalecimento de uma cultura política que permite a esse grupo um agir minimamente coeso por um projeto político para o futuro, como as Guerras da água e do gás, em que diversos grupos indígenas abraçaram a mesma causa sob um discurso comum e as mesmas formas de resistência e organização.<sup>14</sup>

A força da unidade cultural indígena pode ser identificada em vários aspectos na constituição boliviana. Dentre eles, a situação jurídica do consumo da folha de coca. Culturalmente, o uso da mesma remonta a diversos ritos domésticos e coletivos, principalmente de *quechuas* e *aymaras*<sup>15</sup>. Além disso, cientificamente são comprovados os benefícios do consumo da folha de coca em lugares que se encontram a elevadas altitudes, como forma de amenizar a fome e o cansaço do trabalho.

Diante disso a constituição boliviana traz em seu artigo 384:

Artículo 384. El Estado protege a la coca originaria y ancestral como patrimonio cultural, recurso natural renovable de la biodiversidad de Bolivia, y como factor de cohesión social; en su estado natural no es estupefaciente. La revalorización, producción, comercialización e industrialización se registrá mediante la ley.<sup>16</sup>

A observação do crescimento da maior proteção cultural indígena na constituição não pode ser vista de modo isolado, mas sim em total consonância com o advento de institutos democráticos de participação direta da população, os quais justificam a classificação do Estado Boliviano como plurinacional. Até a Revolução de 1952, os direitos políticos passivos e ativos

<sup>13</sup> BERSTEIN, Serge. “**A cultura Política**”. In: RIOUX, Jean-Pierre E SIRINELLI, Jean-François. Para uma história cultural. Lisboa: Estampa, 1998.

<sup>14</sup> ALMEIDA DE FREITAS, Marcos Luã. Etnicidade, identidade e movimento indígena Boliviano contemporâneo. In: Encontro Internacional Fronteiras e Identidades, 2012, Pelotas - RS. Encontro Internacional Fronteiras e Identidades: Caderno de Resumos. Pelotas: Editora da UFPel, 2012. p. 785-794.

<sup>15</sup> ALMEIDA DE FREITAS, Marcos Luã. Op. Cit.

<sup>16</sup> BOLIVIA. **Constitución Política del Estado**. Sucre. 2009.

na Bolívia eram reduzidos a homens alfabetizados e assalariados.

Inicialmente, esse movimento era composto majoritariamente por indígenas, trabalhadores do campo e organizações do campesino criadas sobretudo em virtude do MNR (Movimento Nacional Revolucionário).<sup>17</sup> Contudo, divergências entre os líderes do movimento acabaram gerando a ruptura do mesmo em vários subgrupos autônomos com ideologias diferentes em alguns aspectos.

Ao passo que parte desses grupos buscavam o fim da discriminação econômica dos campesinos e igualdade cultural dos indígenas, outros se aliaram a setores neoliberais. Faz-se importante destacar também que os grupos indígenas Bolivianos possuem conceitos diferentes concepções de consciência étnica cultural e política.<sup>18</sup>

A partir dos anos 90, os movimentos indígenas e dos camponeses acabaram por liderar as mudanças políticas e sociais do país, amparados também pelo contexto internacional favorável a valorização dos povos indígenas e dos direitos humanos. Dentre os eventos que marcam tal contexto estão o apoio da ONU, do FMI e de várias ONG'S no âmbito internacional aos direitos indígenas e os "500-year jubilee" da colonização latino americana em 1992, evento que chamou a atenção da comunidade internacional para a situação dos povos originários do continente.<sup>19</sup>

No âmbito nacional, o Estado passou a ser considerado como "multicultural e político" através de uma emenda constitucional em 1994 e muitos direitos indígenas passaram a ser reconhecidos por meio de leis e decretos. Entretanto, a condição econômica dessas comunidades continuava abaixo do esperado, uma vez que as mudanças não afetaram as condições de vida da população, por isso sendo identificadas como um "multiculturalismo neoliberal"<sup>2021</sup>.

Em 1999 a lei dos partidos políticos passou a permitir que as associações civis e povos indígenas pudessem indicar seus próprios candidatos para as eleições. Juntamente com algumas outras reformas, o país passou por gradativas mudanças que permitiram o maior acesso e

<sup>17</sup>SCHILLING-VACAFLOR, Almut. "Bolivia's new constitution: towards participatory democracy and political pluralism?/La nueva Constitución de Bolivia: ¿Hacia la democracia participativa y el pluralismo político?." *European Review of Latin American and Caribbean Studies/ Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe* 90 (2011): 3+. Academic OneFile. Web. 8 July 2016.

<sup>18</sup>STROEBELE, Gregor. "From indio to mestizo... to indio: New Indianist Movements in Bolivia". Latin America perspective 2 1, n. 2. (Spring). 1994.

<sup>19</sup>SCHILLING-VACAFLOR, Almut. Op. cit.

<sup>20</sup>HALE, Charles. "Neoliberal multiculturalism: the remaking of cultural rights and racial dominance in central America". Pol. Ar. Political and Anthropology review"2005;

<sup>21</sup>ASSIES, Willem and SALMAN, Ton. "Ethnicity, Competitive politics in Bolivia". Ethnopolitics. 2005

representatividade da população como um todo na vida política do país.

O surgimento do partido MAS (Movimento ao Socialismo) em 1995, através da aliança de organizações sindicais camponesas, começou a introduzir as primeiras implicações da abertura democrática boliviana, trazendo as reivindicações sociais e econômicas dos Bolivianos que buscavam representar. Os primeiros resultados são observados nas eleições do mesmo ano para os cargos municipais<sup>22</sup>. O ápice do crescimento da representatividade dos camponeses-indígenas se dá nas eleições presidenciais de 2005, com a eleição de Evo Morales com 54% dos votos, sendo o primeiro presidente indígena do país.

In order to explain this electoral victory, it is important to recall the great (and rather successful) social protests of 2000 ('water war') and 2003 ('gas war'), as well as the MAS party's ability to form alliances with different sectors of society, such as indigenous lowland and highland organizations, urban intellectuals and workers, trade unions, and leftist groups. Additional explanatory factors included the civil society's lack of trust in traditional political parties and the pressing demands of the poor, who counted on Morales to give priority to their needs and to improve their living conditions instantly.<sup>23</sup>

A Assembleia constituinte foi convocada alguns meses após Morales assumir a presidência da Bolívia. SCHILLING-VACAFLOR ainda destaca:

The demand for constitutional change with the broad participation of those who had hitherto been excluded (9) had been expressed publicly with great repercussion by the indigenous lowland organizations in their IV protest march of 2002 (Romero 2005, 155ff). Afterwards it had been adopted by the highland indigenous-campesino organizations. Hence, during the 'gas war' the main demands (the 'Agenda of October') had been the nationalization of hydrocarbon resources and the drafting of a new constitution. The indigenous-campesino organizations had originally demanded that civil society organizations and not political parties should develop the new constitution (see Articulo Primero 2005). This demand was due to the poor reputation of political parties and the idea that the 'pure' and sovereign participation of civil society should not be 'contaminated' or co-opted by party politics. There had also been an agreement between MAS and the indigenous organizations that stipulated that indigenous representatives would be granted 16 reserved seats in the Constituent Assembly. This agreement was broken by MAS when it passed the law calling the elections for the Constituent Assembly; its strategic aim in doing so was to concentrate the votes for its own party. It was thus practically impossible for indigenous campesino groups to nominate candidates for the assembly without allying with a political party (particularly the MAS party). The Constituent Assembly offered MAS

<sup>22</sup>SCHILLING-VACAFLOR, Almut. Op. cit.

<sup>23</sup> SCHILLING-VACAFLOR, Almut. Op. cit. Tradução livre: “Para explicar essa vitória eleitoral, é importante retornar aos movimentos sociais de 2000 (guerra da água) e de 2003 (guerra do gás), assim como a habilidade de formar alianças com diferentes setores da sociedade como os indígenas das terras baixas, as organizações das terras altas, intelectuais urbanos e trabalhadores, uniões sindicais e grupos de esquerda. Outros fatores que explicam são a falta de confiança nos partidos de política tradicional e as demandas sociais dos mais pobres, que contavam com Morales para priorizar suas necessidades e melhorar suas condições de vida de modo imediato”



the possibility to carry out profound state reforms that would not have been possible in the opposition dominated Congress. The governing party managed to obtain a large number of assembly seats: 137 of 255 delegates were affiliated with MAS. Many of the MAS delegates (approximately 60, interview with General Secretary Isaac Avalos 2007) stemmed from its founder organizations CSUTCB, Cocaleros and Colonizadores. The indigenous lowland organizations and CONAMAQ had far fewer representatives in the assembly (four and eight delegates respectively), largely due to their more distant relations with the government. Consequently, they were not able to introduce their demands to the same extent as the organizations closer to MAS had done, and they frequently expressed their discontent with the constitutional reform process (interviews with Nelida Faldin 2007 and Samuel Flores 2007).<sup>24</sup>

Dentro desse contexto, as reuniões da constituinte foram marcadas por fortes divergências entre vários grupos ali representados. Ao passo que o MAS buscava priorizar a inclusão de dispositivos que fortalecessem o Estado Boliviano no âmbito nacional, os grupos indígenas e camponeses visavam dar maior importância a proteção do meio ambiente e trazer meios de representação direta nos órgãos do Estado.

Apesar dos frequentes conflitos, os indígenas e camponeses acabaram se aliando na produção de documentos que traduziam as demandas jurídico-políticas dos dois grupos de modo harmonizado. Contudo, apesar de concretizarem direitos relativos à esses grupos no texto final, cerca de 100 artigos do projeto da constituinte foram modificados pelo poder constituído, mostrando certa fraqueza do poder constituinte frente ao constituído. Esse processo era permitido pela legislação boliviana, que previa a capacidade do congresso de modificar o texto proposto antes de se realizar o referendo.

A convocação da constituinte foi feita em 2006, sendo o referendo para a ratificação do texto constitucional realizado apenas em 2009. Como destacado anteriormente, inúmeros foram os pontos de divergências no processo de elaboração da constituição, tornando o processo

---

<sup>24</sup>SCHILLING-VACAFLOR, Almut. Op. cit. Tradução livre: “A demanda pela mudança constitucional com a liderança daqueles que haviam sido excluídos até então foi expressa publicamente através da grande repercussão da quarta marcha de protestos dos grupos camponeses das terras baixas. Na guerra do gás, as principais demandas eram a nacionalização das fontes de hidrocarbonetos do país e a confecção de uma nova constituição. As organizações indígena-camponesas inicialmente exigiram que organizações civis e não partidos políticos deveriam desenvolver a constituição. Essa demanda se devia a baixa reputação dos partidos políticos e à ideia de que a “pura” e soberana participação da sociedade civil não deveria ser contaminada pelos partidos políticos. Havia ainda um acordo entre o MAS e organizações indígenas que estipulava que seriam garantidas 16 vagas aos indígenas na assembleia constituinte. Esse acordo foi quebrado pelo MAS quando passou a lei convocando as eleições para a constituinte. A estratégia do partido com essa decisão era concentrar os votos no próprio partido. Era praticamente impossível que os indígenas conseguissem nomear membros para a assembleia constituinte sem se associarem a partidos políticos (sobretudo ao MAS). A constituinte proporcionou ao MAS a oportunidade de desenvolver profundas reformas estatais que não seriam possíveis pelo congresso ainda dominado pela oposição. O partido do governo conseguiu um grande número de assentos na assembleia constituinte: foram 137 dos 255 participantes. Já a participação das organizações indígenas foi bastante reduzida, fazendo com que elas não tivessem facilidade de introduzir suas demandas, assim como os grupos próximos ao MAS.”

mais duradouro. Contudo, as tensões mais acentuadas deram-se entre os partidos da oposição e o MAS.

Os partidos tradicionais, até então marcados por uma política neoliberal, não exprimiam a vontade popular de modo mais significativo, haja vista que não representavam as aspirações indígenas e camponesas. Durante o período de governo dessa política, houve a privatização das minas do país (principal atividade econômica nacional) levando uma parcela considerável de Bolivianos ao desemprego.<sup>25</sup>

Apesar disso, esses partidos ainda gozam de forte influência nos rumos políticos do país, o que pode ser explicado pelo viés sociológico do conceito constitucional de Lassale, no qual os fatores reais de poder influem diretamente na composição constitucional de uma nação. Assim, o poderio econômico elevado desses grupos tradicionais seria um fator de poder determinante na sua força política ainda elevada.

Os partidos opositores, apesar de sua representação em números absolutos da população ser baixa, conseguiram 110 das 255 vagas na constituinte.<sup>26</sup> Dentro desse contexto, o processo foi marcado por fortes tensões entre tais partidos tradicionais e os grupos que buscavam colocar as mudanças aspiradas pela maioria esmagadora da população na constituição. Nesse sentido, Hammond destaca:

Escrever a constituição foi um processo tortuoso. A constituinte se reuniu em Sucre, a capital judicial da Bolívia, em agosto de 2006 até dezembro de 2007. Apesar de a oposição ter uma representação na assembleia fora da proporção da representação popular da mesma, foram organizados vários protestos em Sucre e tentaram derrubar a constituinte. Manifestantes atacaram fisicamente deputados, especialmente as mulheres com vestes indígenas. Desse modo, a assembleia foi realocada para Oruro, em terras amigáveis, contudo houve o boicote da oposição, mas o texto foi promulgado em 14 de dezembro de 2007<sup>27</sup>

Não obstante, os embates políticos entre os partidos não terminaram, uma vez que, como já fora citado anteriormente, a legislação permitia mudanças do congresso ao texto confeccionado pela constituinte. Em 2008, as emendas foram objeto de profundas negociações, chegando a haver confrontos físicos entre civis, entrando o país em um estado de instabilidade social. Os opositores do governo tentaram destituir Morales do poder através do *recall*, contudo a população decidiu pela permanência do primeiro presidente indígena com 67 por cento dos

---

<sup>25</sup>HAMMOND, Jonh. **Indigenous Community justice in Bolivian Constitution of 2009.**

<sup>26</sup>HAMMOND, Jonh. Idem. Ibidem.

<sup>27</sup>HAMMOND, Jonh. Idem. Ibidem.

votos no referendo. Hammond ainda destaca:

Foram mortos entre 11 e 30 manifestantes pró-governo no período. Essas mortes e o perigo de uma guerra civil levaram boa parte dos grupos que apoiavam a oposição a afastarem-se do apoio a eles. Contudo, a campanha contra a constituição continuou e a oposição no senado se negava a programar o referendo para a ratificação popular, até que milhares de civis, junto ao presidente Morales, fizeram uma passeata em La Paz em outubro. E quando o referendo foi finalmente proposto, houve a fácil aprovação popular<sup>28</sup>

Tal descrição acaba por identificar mais uma vez a visão sociológica de Lassale da constituição juntamente a visão moderna da teoria da constituição de que o titular do poder constituinte é o povo, uma vez que a força popular em situações de descontentamento geral acaba por ser soberana. Apesar de todo imbróglio, a constituição foi aprovada pelo referendo e positivou uma série de demandas historicamente associadas as lutas indígenas dentro do país.

Contudo, também se percebem claras influências das negociações com a oposição no período constituinte no texto constitucional, como por exemplo o fato do limite dos latifúndios de 5.000 hectares ter apenas efeito “ex nunc” (aplicando-se apenas a novas terras), o que acaba por enfraquecer a reforma agrária, uma vez que as terras já existentes não poderiam ser objeto de desapropriação<sup>29</sup>. Também a regra constitucional que limita a reeleição presidencial a dois mandatos foi fruto das negociações, uma vez que o texto original não previa limite de mandatos para o chefe do executivo nacional.

---

<sup>28</sup>HAMMOND, Jonh. Idem. Ibidem.

<sup>29</sup>**Nueva Constitución Política del Estado de Bolivia**, título 1, Capítulo 2, art. 169. (2009)

## 2. A CONSTITUIÇÃO DE 2009 NO CONTEXTO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO AMERICANO

Antes de localizar a constituição boliviana no contexto do novo constitucionalismo latino americano, faz-se necessário conceituar tal movimento e diferenciá-lo do neoconstitucionalismo e posteriormente do novo constitucionalismo plurinacional, uma vez que o problema da flexibilidade terminológica é de relevo fundamental no estudo das ciências sociais.<sup>30</sup>

De acordo com os ensinamentos de Viciano e Dalmau, o neoconstitucionalismo estaria mais próximo da teoria geral do direito, uma vez que visa uma análise da dimensão positiva da constituição e a transformação do Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito<sup>31</sup>. Deste modo, é uma construção doutrinária fruto da academia. Já o novo constitucionalismo é um movimento que surge como fruto das manifestações e reivindicações populares. Destaca Pedro Augusto Brandão:

O Novo Constitucionalismo, ao mesmo tempo em que absorve alguns comandos do Neoconstitucionalismo, notadamente, a infiltração da Constituição no ordenamento jurídico, ostenta, como preocupação central, a legitimidade democrática da Constituição, garantindo a participação política – de forma que só a soberania popular pode determinar a alteração da Constituição – e recuperando a origem democráticoradical do Constitucionalismo Liberal Revolucionario Jacobino. Trata-se, portanto, de uma “teoria (democrática) de la Constitución” (Viciano e Dalmau, 2010, p. 18/19).

Essa Teoria, com alguns obstáculos, tem se materializado nos processos constituintes da Venezuela, Bolívia e Equador, pelo que os autores denominam de “Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Assim, umas das principais diferenças que marca o velho Constitucionalismo da América Latina, em relação ao Novo Constitucionalismo, se refere aos processos constituintes. Enquanto aquele era fruto de um acordo de elites, baseado em interesses comuns, este faz parte de uma dinâmica participativa e marcada por tensões. Nas palavras de Dalmau “es um constitucionalismo sin padres”, onde só o povo pode sentir-se progenitor da Constituição, em contraposição aos pais da Constituição do velho Constitucionalismo.<sup>32</sup>

<sup>30</sup>DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**. Curitiba, Juruá. 2010. Pág. 29.

<sup>31</sup>BRANDÃO, Pedro Augusto. **O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)** / Pedro Augusto Domingues Miranda Brandão. – Recife: O Autor, 2013. Pág. 17

<sup>32</sup>BRANDÃO, Pedro Augusto. Idem. Ibidem. Pág. 18.

Desse modo, o novo constitucionalismo enquanto movimento mais ligado a forças sociais, possui características do neoconstitucionalismo, mas de nenhuma maneira de confunde com ele. Esse está diretamente ligado ao fundamento jurídico de uma Estado de direito se pautar no respeito a constituição, podendo ser associado a teoria Kelseniana, considerando a constituição como fonte de validade das normas infraconstitucionais e remetendo a própria criação dos chamados tribunais constitucionais.

Assim, a constituição pode ser visualizada como portadora dos valores supremos consagrados pela sociedade<sup>33</sup>, devendo esses valores ser considerados superiores e passíveis de específico controle realizado por órgãos específicos. Já o conceito do novo constitucionalismo está mais relacionado ao modo como a participação popular vai ser regulada na constituição, na busca de mecanismos que facilitem a inclusão de meios de participação direta da população na escolha de prioridades nos rumos políticos do país.

Dalmau ainda destaca que, nesse novo constitucionalismo é contraponto ao constitucionalismo antigo, este marcado por constituições retóricas, débeis e descontextualizadas com a realidade latino-americanas, fruto de adaptações fracassadas e acordos de elites<sup>34</sup>. Já aquele seria uma esperança das sociedades que o tomaram como modelo na tentativa de trazer uma constituição forte, original e vinculante, e através dessa mudança embasar verdadeiras revoluções constitucionais.

Nesse contexto, esse Novo constitucionalismo latino-americano é preconizado pela Constituição Colombiana de 1991 e mais recentemente nas constituições do Equador, Bolívia e Venezuela, marcadas pela busca da legitimidade popular nos processos que envolvem a Constituição.

Temporalmente a constituição venezuelana foi precursora do movimento, apresentando as características básicas comuns tanto ao processo equatoriano, quanto Boliviano, ressalvadas algumas peculiaridades próprias de cada realidade.

“Efetivamente, o primeiro processo Constitucional de acordo com os postulados do Novo Constitucionalismo foi na Constituição da Venezuela de 1999, cujas características são as seguintes: i) referendo ativador do processo constituinte ; ii) referendo de aprovação do texto Constitucional; iii) rigidez para a reforma Constitucional, de modo que o poder constituinte derivado não possa reformar a Constituição. Nesse caso, somente o poder originário pode modificar o texto

<sup>33</sup>DANTAS, Ivo. O valor da Constituição. Idem. Ibidem.

<sup>34</sup>MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina**. In: Tempo exterior. n 17. julho/dezembro 2008. p. 5-15

constitucional, retirando-se dos poderes constituídos, por si só, a possibilidade de alterar a Constituição, tendo em vista que todas as alterações devem se submeter ao crivo popular”<sup>35</sup>

Posteriormente, as características foram positivadas também nos processos constituintes da Bolívia e Equador. No caso específico Boliviano, o artigo 408 da constituição de 2009 permite que a reforma da mesma, que tenda a alterar profundamente as bases fundamentais dela, deve ser feita através da chamada “assembleia constituinte originária plenipotenciária”, ativada por referendo que pode ser convocado mediante solicitação de: 20% do eleitorado, pela assembleia legislativa plurinacional e pelo presidente ou governador. Logo, a participação popular é posta em níveis jamais presenciados em sistemas constitucionais adotados no país.

Uma característica inovadora no sistema constitucional trazido pelo documento de 2009 é exatamente a instauração do sistema plurinacional, caracterizado, dentro outros aspectos, pela soberania dos veredictos de tribunais indígenas dentro do país, não podendo suas decisões serem revistas por outros órgãos do judiciário. “O Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano é um modelo de pluralismo jurídico igualitário, em que os povos indígenas, efetivamente, participam da elaboração da palavra final, em termos de interpretação constitucional”<sup>36</sup>. Contudo, esses tribunais indígenas não podem aplicar penas de morte por exemplo, proibidas expressamente pelo texto constitucional.

É importante destacar que o que caracteriza o plurinacionalismo não é exclusivamente a participação dos indígenas, mas sim dos setores subalternos que foram historicamente excluídos do processo de aplicação e produção do direito, tais quais os quilombolas brasileiros, os negros africanos, feministas latino-americanas etc.

Todavia, não se deve confundir tal característica como pressuposto do novo constitucionalismo latino-americano, uma vez que esse movimento está mais relacionado a inclusão de métodos que ampliem a participação direta da população na democracia instituída pelo texto constitucional e no próprio processo de elaboração do mesmo, sendo sua observação mais associada a uma consequência do mesmo.

Ademais, surge como característica formal dessas Constituições i) originalidade, com novas formulas Constitucionais; ii) amplitude, que também está relacionada com a necessidade de manutenção da vontade do poder constituinte, limitando o campo de

<sup>35</sup>BRANDÃO, Pedro Augusto. Op. Cit. Pág. 21.

<sup>36</sup>BRANDÃO, Pedro Augusto. Idem. Ibidem. Pág. 140.

atuação dos poderes constituídos – tanto o Parlamento quanto o Tribunal Constitucional; iii) complexidade, de cunho institucional, embora com uma linguagem acessível; iv) rigidez Constitucional.

Já as características materiais do Novo Constitucionalismo buscam intensificar a participação popular no âmbito democrático, construindo uma aproximação entre o governo e a soberania popular, mediante novas formas de democracia e participação cidadã. Nesse cenário, com o desenvolvimento de uma democracia participativa, os partidos políticos têm o seu papel reduzido, pois é limitado pela intervenção direta da população.

Por fim, ainda como característica material, observa-se o controle da economia pelo estado como forma de reduzir as desigualdades econômicas através da implantação de novas e variadas formas de economia solidária, inclusive com o resguardo dos recursos naturais, fruto da luta dos movimentos sociais contra o neoliberalismo<sup>37</sup>

Observa-se também a interferência econômica do Estado como ponto em comum dos textos constitucionais que se enquadram no novo constitucionalismo americano. Contudo, não fora tal característica inovadora num plano da teoria da constituição, haja visto que a constituição Mexicana de 1917 (e posteriormente a da República de Weimar em 1919) preconizou esse processo, na busca pela atenuação das desigualdades sociais geradas pelos ideários liberais aplicados de modo absoluto.

Assim, retomando a característica da inclusão de grupos étnicos e sociais marginalizados anteriormente pela adoção de um estado plurinacional, não se pode identificar ela como elemento essencial do que se nomeia Novo constitucionalismo. Em outras palavras, o reconhecimento da participação e de direitos aos grupos indígenas de modo específico, por exemplo, não é comum a todo o grupo de constituições enquadradas no conceito.

Contudo, pode-se analisar a conquista desses direitos como consequência do ideário contido nas características materiais de participação popular com o contexto histórico específico da Bolívia, no qual a população indígena é uma maioria absoluta em termos populacionais, mas sempre fora privada da participação efetiva nas decisões políticas do país.

---

<sup>37</sup>BRANDÃO, Pedro Augusto. Idem. Ibidem. Pág. 140.

### 3. DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS BOLIVIANAS RELATIVAS AOS POVOS ORIGINÁRIOS

Feitas as exposições acerca do contexto pré-constituição de 2009 e sua relação com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, lembrando a não associação automática entre o mesmo e o reconhecimento de direitos constitucionais aos povos originários, cabe agora analisar as disposições da Constituição Boliviana de 2009 que tratam expressamente da tutela dos “Nações e Povos indígena originário campesinos”, conforme cunhado pelo exposto texto constitucional Boliviano. A respeito do termo, Ana Maria Martins Amorim faz as seguintes observações:

Em seu desenvolvimento, o conceito indígena originário campesino/a(s) carrega algumas especificidades históricas e semânticas. O termo indígena é principalmente utilizado pelos povos das terras baixas e dos grupos mais identificados com os documentos internacionais como o Convenio 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Entretanto, indígena é um termo pejorativo, sobretudo para os povos da região andina, de onde surgiram dois termos: originário, vindo de “comunidades originárias” que já existiam na colônia, ou campesino, que se adotou a partir da Revolução de 1952. Já os termos nações e povos se referem às “colectividades humanas cuya existencia es anterior a la invasión colonial española y constituyen unidades históricamente desarrolladas a partir de tradiciones, idioma, instituciones, organización, cosmovisión u otras características que les dan una identidad cultural compartida (art. 2 y 30-I)”, segundo Albó e Romero (2009, p.5)<sup>38</sup>

Dessa forma, é possível afirmar que, ao menos do ponto de vista retórico da linguagem, o Poder Constituinte Boliviano demonstrou cautela no que se refere a significação e abrangência da denominação utilizada, buscando não restringir excessivamente o termo. Aliando-se a essa análise qualitativa da escolha do termo, associe-se uma perspectiva quantitativa de que o termo é repetido 114 (cento e quatorze) em 80 (oitenta) artigos vezes ao longo dos 410 (quatrocentos e dez) artigos da Constituição Boliviana. A primeira referência se dá logo no artigo segundo, nos seguintes termos:

Artículo 2.

Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación

<sup>38</sup>MARTINS, Ana Maria. **Os direitos indígenas no Estado Plurinacional da Bolívia: Um estudo da discursividade legislativa em tempos de pós-colonialidade**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas, da Universidade de Brasília – Unb. Páginas 16-17. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16163/1/2014\\_AnaMaria%20MartinsAmorim.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16163/1/2014_AnaMaria%20MartinsAmorim.pdf)



de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.<sup>39</sup>

Assim, logo após o primeiro artigo trazer a qualificação do Estado Boliviano, é reconhecida, com fundamento na existência “pré-colonial”, uma gama de direitos ligados autonomia dos povos originários. Dado o fato de o artigo fazer parte de um Capítulo denominado “Modelo de Estado”, é possível afirmar que o texto escrito coloca “topograficamente” o reconhecimento de tais garantias como aspecto fundamental do que se propõe do Estado Boliviano.

Ainda nesse capítulo, é feita referência aos idiomas oficiais da Bolívia, dentre os quais obrigatoriamente deve seguir ao menos dois nas repartições oficiais, sendo um deles necessariamente o Castelhana e o outro deve ser um dentre todos os idiomas dos povos originários enumerados no texto constitucional<sup>40</sup>.

No que diz respeito a composição política e participação dos povos originários no Estado Boliviano, é possível enumerar um vasto rol de mandamentos constitucionais<sup>41</sup>. A já citada autonomia política se observa diretamente interligada à forma de participação Comunitária na Democracia, exercida mediante autogoverno, deliberação, representação qualitativa e o exercício de direitos coletivos dos povos originários de acordo com normas e procedimentos próprios, designação ou nomeação de autoridades e representantes (representação qualitativa), aprovação de Estatutos autônomos e constituição de Autonomias Indígena Originário Campesinas (AIOC) com institucionalidade governante própria<sup>42</sup>.

O autogoverno e a livre determinação desses grupos estão previstos no capítulo que trata da “autonomia indígena originária campesina”. As comunidades, nações ou povos que habitem territórios ancestrais podem elaborar estatuto próprio, organizando-se segundo seus próprios regulamentos, instituições, autoridades, procedimentos a fim de desenvolver e exercer suas próprias instituições democráticas; de gerir e administrar seus recursos naturais; criar e administrar taxas, patentes e contribuições especiais em seu âmbito; administrar seus impostos; planificar e gerir

<sup>39</sup> Nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, título 1, Capítulo 1, art. 2. (2009). Tradução livre: “Dada a existência pré-colonial das Nações e povos indígena originário campesinos e seu domínio ancestral sobre seus territórios, se garante sua livre determinação no marco da unidade do Estado, que consiste em seu direito a autonomia, ao autogoverno, a sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e a consolidação de suas entidades territoriais, conforme esta Constituição e a lei.”

<sup>40</sup> Aymara, araona, baure, bésiro, canichana, cavineño, cayubaba, chácobo, chimán, ese ejja, guaraní, guarasu'we, guarayu, itonama, leco, machajuyai-kallawaya, machineri, maropa, mojeño-trinitario, mojeño-ignaciano, moré, mosetén, movima, pacawara, puquina, quechua, sirionó, tacana, tapiete, toromona, uru-chipaya, weenhayek, yaminawa, yuki, yuracaré e zamuco.

<sup>41</sup> Dentre eles os artigos: 2; 11-II; 26, 4 ; 83; 146, VII ; 147, II; 147, III; 209, 210 E 211 ; 269 , 270 , 273 , 278 , 284- II; 289 A 296 ; 303 , 340 ; 352 ;

<sup>42</sup> Disponível em: <https://www.oep.org.bo/procesos-electorales-y-consultas/democracia-comunitaria/>

seu próprio território, sistema elétrico, patrimônio cultural e natural, etc. A intenção não é só superar o passado do Estado moderno liberal, mas com ele paradigmas que não se adequaram à realidade andina, como a agenda do multiculturalismo e o neoliberalismo, ambos identificados com os governos da década de 90.<sup>43</sup>

Importa aqui apontar para uma modificação ocorrida no texto que prevê a existência das AIOC. A redação original trazia os seguintes dizeres: “A conformação de entidades territoriais indígenas originários baseia-se na consolidação de seus territórios ancestrais...”. Contudo, após revisões por reivindicações de opositoristas da Media Luna a redação passou a ser: “A conformação de entidades territoriais indígenas originários baseia-se na consolidação de seus territórios ancestrais, atualmente habitados por esses povos e nações...”. Obviamente a adição dessa expressão limita a quantidade de povos que poderiam ascender à autonomia<sup>44</sup>.

Some-se a tal disposição a previsão de que os espaços políticos, dentre os quais os parlamentos plurinacionais e departamentais ou ainda os ministérios do Poder Executivo e a Corte Constitucional deverão refletir proporcionalmente a composição da sociedade, nela incluída a proporção dos povos originários campesinos<sup>45</sup>.

A Constituição boliviana (2009), não se pauta tão somente em um modelo de democracia representativa, mas sim de referência plural, com ativa participação dos povos indígenas proveniente do próprio caráter de soberania popular alimentado, consubstanciando a intervenção concreta do povo na vida política e cotidiano social, através de mecanismos de ampliação da participação popular.

Desse modo, tem-se a previsão referendo para decisões que possuam temática de interesse público nacional; a revogação de mandato para a manutenção ou retira de um representante já eleito; a assembleia e o cabildo, onde decisões tomadas dentro desse âmbito devem ser consideradas, mesmo que não possuam poder vinculatório para com o Estado. Além do mais, por ingerência direta da Convenção 169 da OIT, a Constituição da Bolívia ainda prevê a convocação de uma consulta prévia à população indígena originária campesina, com poder de decisão sobre medidas legislativas e/ou administrativas que lhes afetem e tratem sobre os seus territórios<sup>46</sup>.

Além do autogoverno, os povos indígenas tiveram reconhecido o direito a administrar seus próprios conflitos. Dessa forma, as jurisdições indígenas integram o Poder Judiciário em

<sup>43</sup>OLIVEIRA FILHO, Gabriel B. G. Cultura, identidade e cidadania no novo constitucionalismo latino americano. In: Anais do 4 Seminário interdisciplinar em Sociologia e Direito – GT 04: CIDADANIA, DIREITO À CIDADE E DESCOLONIALISMO NO ÂMBITO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO. Niterói: PPGSD v. 4, p. 29-40, 2014-A.

<sup>44</sup>SCHAVELZON, Salvador. A assembleia Constituinte da Bolívia: etnografia do nascimento de um Estado Plurinacional. Tese de doutorado. Niterói: PPGAS-Museu Nacional, 2010. Página 457.

<sup>45</sup>OLIVEIRA FILHO, Gabriel B. G. Revista Brasileira de Sociologia do Direito. Issh 2359-5582. O indígena originário campesino e o Estado plurinacional da Bolívia. Páginas 139-158.

<sup>46</sup>VASCONCELOS, Jaqueline Maria; AZEVEDO, Álvaro de Azevedo. O PLURINACIONALISMO DA BOLÍVIA: A INCLUSÃO DO OUTRO PELO EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA. Revista de Direito Brasileira | São Paulo, SP | v. 18 | n. 7 | p. 352 - 362 | Set./Dez. 2017

igual hierarquia com a justiça ordinária e suas decisões devem ser acatadas por todas as pessoas e autoridades públicas<sup>47</sup>. Como já afirmado anteriormente, a própria constituição estabelece alguns limites materiais às decisões dos mesmos, sendo vedada a pena de morte, por exemplo.

Dentro desse aspecto limitativo, surge a maior parte das críticas sobre a reforma do judiciário Boliviano em dois aspectos: a questão dos castigos corporais e a pena de morte, comuns em alguns povos, e a indagação de como um Estado que defende a generalidade da lei poderia aceitar jurisdições que adotassem julgamentos, punições diferentes?<sup>48</sup>

Para responder o primeiro questionamento, se faz mister observar que a Bolívia é um Estado Plurinacional, composto por mais de 36 povos diferentes<sup>49</sup>, cada um com a sua história e seus costumes. Continuar a oprimir esses povos em nome do monismo jurídico e de um medo da quebra do sistema jurídico unidirecional seria relegar ao lixo todo o passado dessas comunidades, em nome de uma cultura eurocêntrica.

Em segundo lugar, constatamos que esses Tribunais não estão totalmente livres em aplicar os seus costumes, haja vista que a Constituição estabeleceu alguns limites. O primeiro deles está no respeito à dignidade da pessoa humana:

Artículo 190, II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución.

O artigo 191 da Constituição Boliviana ainda estabelece quais critérios de competência devem ser observados para que determinado fato juridicamente relevante possa ser apreciado por uma jurisdição Indígena originário Campesina:

Artículo 191.

La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino.

II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial:

1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciadores o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos.
2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional.
3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos

<sup>47</sup>OLIVEIRA FILHO, Gabriel B. G. Idem. Ibidem.

<sup>48</sup>MOSIÑO, Eric Cícero Landívar. INDIGENISMO Y CONSTITUCIÓN EN BOLIVIA (UN ENFOQUE DESDE 1990 A LA FECHA). Rev. boliv. de derecho, nº 19, enero 2015. Pag. 498.

<sup>49</sup>MOSIÑO, Eric Cícero Landívar. Idem. Ibidem. Pag. 502.

efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.<sup>50</sup>

Nesse interim, há exigência de um vínculo subjetivo especial entre as pessoas que são membros da respectiva nação ou povo indígena originário campesino e a respectiva jurisdição. Há ainda uma previsão de vínculo territorial, se aplicando a jurisdição indígena aos fatos e relações jurídicas que os efeitos se observem dentro do território correspondente ao respectivo povo ou nação. Um terceiro elemento tratado pela constituição é a previsão de uma Lei de Organização Jurisdiccional a qual poderia delimitar os assuntos sujeitos a jurisdição indígena.

É possível associar tal mandamento constitucional à teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva. Se entende que tal norma é de eficácia limitada, os tribunais indígenas só poderiam começar a atuar após a edição de uma Lei específica de organização judiciária. Se se entende ser de eficácia contida, os tribunais indígenas poderão exercer imediatamente sua jurisdição em acordo com os demais limites constitucionais, mas a Lei específica posterior pode vir a limitar tais efeitos.

De qualquer forma, tal discussão já não tem tanta aplicabilidade teórica atualmente, tendo em vista que a Ley de Deslinde Jurisdiccional já promulgada desde 29 de dezembro de 2010<sup>51</sup>.

Já em relação ao órgão executivo, tem o/a Presidente a obrigação de designar ministros, respeitando o caráter plurinacional<sup>52</sup>, assim como no Tribunal Superior Eleitoral, o qual dos seus 7 membros, dois devem ser de origem indígena campesina<sup>53</sup>.

Em relação ao tópico de Direitos e Garantias Fundamentais, o texto Boliviano traz em seu capítulo quarto um subsistema específico relativo os direitos reconhecidos aos povos originários. Primeiramente, há a preocupação, mais uma vez, de delimitar quem seriam os “Nações e povos indígena originário campesinos”, como “toda coletividade humana que compartilhe identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, territorialidade e cosmovisão, cuja existência seja anterior à invasão colonial espanhola”<sup>54</sup>.

<sup>50</sup>BOLIVIA. Constitución Política del Estado. Sucre. 2009.

<sup>51</sup>DE LA QUINTANA G, Huascar. “LEY DE DESLINDE JURIDICCIONAL”. ESTABLECIMIENTO DE UN NUEVO MARCO JURISDICCIONAL EM BOLIVIA. Disponível em: [https://www.academia.edu/5209924/An%C3%A1lisis\\_pol%C3%ADtico\\_de\\_la\\_Ley\\_de\\_deslinde\\_jurisdiccional](https://www.academia.edu/5209924/An%C3%A1lisis_pol%C3%ADtico_de_la_Ley_de_deslinde_jurisdiccional)

<sup>52</sup> **Artículo 172.** Son atribuciones de la Presidenta o del Presidente del Estado, además de las que establece esta Constitución y la ley: [...] 22. Designar a las Ministras y a los Ministros de Estado, respetando el carácter plurinacional y la equidad de género en la composición del gabinete ministerial.

<sup>53</sup> **Artículo 206. II.** El Tribunal Supremo Electoral está compuesto por siete miembros, quienes durarán en sus funciones seis años sin posibilidad de reelección, y al menos dos de los cuales serán de origen indígena originario campesino.

<sup>54</sup> Constituição da Bolívia, Artigo 30.

A partir dessa definição, há a expressa incorporação na constituição da chamada “Cosmovisão indígena” o que certamente é um elemento estranho à Teoria da Constituição Tradicional. “A cosmovisão indígena incorporada é uma experiência que, certamente, reconstrói e, ao mesmo tempo, desconstrói a racionalidade monolítica que o Direito e a modernidade estão acostumados.”<sup>55</sup>

A inclusão do conceito ao texto da constitucional representa uma virada epistemológica no constitucionalismo latino americano. A modernidade trouxe consigo uma forte devoção à ciência e a racionalidade, considerando assim com secundárias as outras formas de saber, como a espiritualidade, o intuitivo e a sensibilidade<sup>56</sup>. As constituições latino americanas sempre acabaram por legitimar modelos europeus de regramento constitucional, muitas vezes apartados da realidade social e furto de pressões de minorias étnicas dotadas de força política e econômica.

Nesse contexto, é possível afirmar que a Bolívia, por meio da Constituição, se insere em um processo de transição jurídica, no qual o Estado legitima e reconhece justiças originárias indígenas em oposição ao ideal eurocêntrico e colonizador do monismo jurídico. Em outras palavras, começou-se um processo de abandono do velho modelo de estrutura política administrativa herdada do Estado Nação, que estava em crise de legitimidade e governabilidade<sup>57</sup>. Destaque-se que as estruturas do Estado Nação continuam existindo na realidade jurídica constitucional Boliviana, não obstante estejam passando por processos de transformação e ressignificação.

Após a conceituação, o artigo seguinte traz um rol de direitos: existir livremente; a ter a própria identidade cultural, religiosa, espiritualidades, práticas e costumes e a própria cosmovisão; direito a ter a identidade cultural junto à cédula de identidade, passaporte ou outro documento de identificação com validade legal; a livre determinação e territorialidade; a que suas instituições façam parte da estrutura geral do Estado.

Ainda traz a titulação de terras e territórios; proteção a seus lugares sagrados; a criação e administração de sistemas, meios e redes de comunicação próprios; a valorização, respeito e promoção dos saberes e conhecimentos tradicionais, de sua medicina tradicional, seus idiomas,

<sup>55</sup> Pedro Augusto Dantas. Op. Cit. Pag 94

<sup>56</sup> SANTAMARIA, Ramiro Ávila. El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho em la constitución de 2008. Quito. 2011.P.46 E 47. Disponível em: <http://www.rosaluz.org.ec/es/meidateca/documentos/239-neoconstitucionalismo>. Acesso em:

<sup>57</sup> CÁRCERES DAN, Vivian Lara. Nascimento, Diogo de Carvalho. Análises sobre o Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano. Revista Direito e Práxis. Pagina 360. Rio de janeiro, vol. 04, N. 14, 2016. Issn: 2179-8966

rituais, símbolos e vestimentas; viver em um meio ambiente são; a ter a propriedade intelectual coletiva de seus saberes, ciências e conhecimentos; a ter uma educação intracultural, intercultural e plurilíngue em todo o sistema educativo.

Além de um sistema único de saúde que respeite sua cosmovisão e práticas tradicionais; ao exercício de seus sistemas jurídicos, políticos e econômicos de acordo com sua cosmovisão; a participação nos benefícios de exploração de recursos naturais em seus territórios, os quais só serão explorados mediante consulta prévia obrigatória, que deverá ocorrer em outros casos em que medidas legislativas ou administrativas forem susceptíveis de afetar-lhes; participação em órgãos e instituições do Estado, além da já citada autonomia.

Afora esse capítulo específico, a Carta Boliviana traz diversos dispositivos reforçando tais direitos ou ainda ampliando-os.

O Estado reconhece a titulação coletiva sobre seus territórios e protege e garante a propriedade comunitária, que compreende o território indígena originário campesino, as comunidades interculturais originárias e as comunidades campesinas, estabelecendo que a propriedade coletiva é indivisível, imprescritível, inalienável, irrenunciável (art. 394,III).

Além disso, se reconhece a medicina tradicional dos povos indígenas, assim como assegura propriedade intelectual, histórica, cultural e o patrimônio das nações e povos indígenas (art. 42). Nos centros educativos, dispõe que serão respeitados a espiritualidade das nações e povos indígenas (art. 87) e que na educação superior, levar-se-á em conta o conhecimento “universal” e os saberes coletivos dos povos indígenas (art. 91), inclusive resgatando suas diferentes línguas (art. 95, II). Determina também que são patrimônio dos povos indígenas: os mitos, as cosmovisões, a história oral, as danças, as práticas culturais, os conhecimentos e as tecnologias tradicionais, de forma que esse patrimônio faz parte da expressão e identidade do Estado (art. 100).<sup>58</sup>

Em suma, é evidente que a Constituição Boliviana avançou de modo jamais visto no que tange a previsão de direitos e garantias aos povos e nações indígena originário campesinas ao garantir inclusive a autonomia político, administrativa e financeira dos territórios indígenas originários campesinos. Não obstante, não se podem ignorar os diversos dispositivos que tiveram seu conteúdo moldado diante de pressões de setores relacionados à Media Luna.

---

<sup>58</sup>Dantas, Pedro Augusto. Idem. Ibidem. Pág. 96-97.

## DA PARTICIPAÇÃO INDÍGENA NO PROCESSO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

A convocação e instalação da Assembleia Nacional Constituinte marcam efetivamente um importante passo no desfazimento do Hiato Constitucional observado e identificado por meio de uma série de acontecimentos que já indicavam a total dissonância entre o Sistema Jurídico vigente no Brasil na década de 1980 e as aspirações populares.

Um marco da organização da sociedade civil foi a campanha “Diretas já” que, em 1984, levou multidões às praças públicas exigindo eleições diretas para Presidente da República. Esse processo de organização popular vai desembocar no movimento pró-constituinte <sup>59</sup>.

Não obstante o movimento não tenha logrado êxito de imediato, com a vitória de Tancredo Neves na eleição por Colégio Eleitoral em 1985, o então presidente eleito defendeu a necessidade de convocar todo o país para que fosse discutida uma nova carta constitucional. “Ficou assim delineado o processo de transição democrática que deveria passar pela retirada do entulho autoritário da Carta vigente; por sensibilizar e envolver toda sociedade no debate constitucional; e pela convocação de uma assembleia nacional constituinte <sup>6061</sup>”.

O debate iniciou-se em julho de 1985, com a criação da Comissão Afonso Arinos (que ficou conhecida como “Comissão dos Notáveis”), por meio do Decreto nº 91450 de 18 de julho de 1985, por José Sarney, que sucedera a Tancredo em virtude da morte desse:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, (...) CONSIDERANDO que todos os brasileiros, todas as instituições representativas da sociedade, públicas ou privadas, devem colaborar com os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, para que se obtenha ampla representatividade nacional; CONSIDERANDO que o Poder Executivo tem o dever de participar desse trabalho coletivo, inclusive convidando alguns dos muitos brasileiros ilustres e capazes para essa colaboração,

DECRETA:

Art. 1º. Fica instituída, junto à Presidência da República, uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 (cinquenta) membros de livre escolha do

---

<sup>59</sup> Evangelista, Carlos Augusto Valle Evangelista. *Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988*/ Carlos Augusto Valle Evangelista. – Rio de Janeiro: UFRJ/ IFICS, 2004. p. 49.

<sup>60</sup> Idem. *Ibidem*.

<sup>61</sup> NOGUEIRA, André Magalhães. *Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88*. In: ABREU, Alzira Alves de; BELOCH, Israel; LATMAN-WELTMAN, Fernando; LAMARÃO, Sérgio Tadeu de Niemeyer (Coord.). *Dicionário Histórico-Biográfico brasileiro (CD-ROM)*. Rio de Janeiro: FGV.

Chefe do Executivo.

Art. 2º. A Comissão, que se auto-reglamentará, será presidida por um de seus membros, designado pelo Presidente da República, e desenvolverá pesquisas e estudos fundamentais, no interesse da Nação Brasileira, para futura colaboração aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte .

Parágrafo único. O presidente da Comissão designará seu Secretário Executivo.

Art. 3º. O Ministério da Justiça proverá os meios necessários ao funcionamento da Comissão, que se instalará no dia 20 de agosto de 1985 e concluirá, no prazo de dez meses, seus trabalhos, reputados relevantes para a Nação.

Não obstante ter se reunido durante 11 meses e ter o anteprojeto entregue ao Ministro de Justiça e publicado em diário oficial em 26 de setembro de 1986, não houve encaminhamento de forma oficial à Constituinte para servir de subsídio para o trabalho constituinte . De acordo com Michiles, o conteúdo Inovador e os avanços na questão social teriam provocado maior reação das correntes conservadoras<sup>62</sup>. Houve ainda críticas em relação ao:

Elevado número de membros na comissão e o fato de não serem as pessoas indicadas para tal função, uma vez que tradicionalmente esta era uma tarefa reservada aos juristas. Do outro lado, denunciava-se uma tentativa de controle do poder executivo sobre o processo constituinte , visto que a comissão foi formada por decreto presidencial tendo seus membros nomeados pelo presidente, e por isso atuavam de maneira a imprimir na constituição um formato que atendesse aos interesses do governo negando a liberdade e soberania da futura Assembleia Constituinte <sup>63</sup>.

Apesar de não ter sido formalmente incorporado ao processo constituinte , o anteprojeto da Comissão dos Notáveis foi utilizado como subsídio pelas Subcomissões e Comissões temáticas, como “ficou evidenciado no anexo do Relatório da Subcomissão VII-C, Subcomissão que tratou da temática Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias”<sup>64</sup>.

O Regimento interno nº 2 da ANC previu a divisão das discussões e sistematizações das mesmas através de temáticas e áreas especializadas, por meio da criação de subcomissões, comissões temáticas e, por fim, uma compatibilização em um único projeto pela Comissão de

<sup>62</sup> MICHILES, Carlos [e al.]. *Cidadão constituinte : a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

<sup>63</sup> GONÇALVES, Mônica. OS “NOTÁVEIS” E O POVO: PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DE CONSTITUIÇÃO DA COMISSÃO AFONSO ARINOS (1985-1986). 38º Encontro Anual da ANPOCS. GT39: Teoria Política e Pensamento Político Brasileiro - Normatividade e História. Disponível em: <https://anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt39-1/9205-os-notaveis-e-o-povo-participacao-popular-na-elaboracao-do-anteprojeto-de-constituicao-da-comissao-afonso-arinos-1985-1986/file>

<sup>64</sup> Índios na constituinte . Evangelista. Pag. 50.



Sistematização. As comissões<sup>65</sup> foram previstas no artigo 15 do já citado Regimento Interno.

A Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, a qual será o objeto central desse tópico, era parte integrante da Comissão da Ordem Social.

Durante as audiências destinadas a questão indígena algumas das instituições/representantes apresentaram ou reforçaram propostas encaminhadas anteriormente. Os grupos indígenas, mesmo quando trazendo propostas em separado, mostraram uma convergência nos destaques e nos principais pontos abordados e reivindicados. Dentre eles se destacam pela incidência nas várias propostas: o reconhecimento da posse da terra, a demarcação, o usufruto das riquezas naturais e do subsolo, da inalienabilidade das terras indígenas, das invasões, preservação ambiental, o reconhecimento da formação pluriétnica da nação, o reconhecimento da língua indígena como instrumento da educação, a extensão dos direitos políticos<sup>66</sup>.

Em uma das audiências públicas, ficou marcada a participação de Airton Krenac, então coordenador Nacional do Movimento Indígena:

Não estamos pedindo absolutamente nada a ninguém, estamos sim exigindo respeito, o respeito por sermos os primeiros habitantes desta terra que hoje chamam de Brasil. Somos habitantes originários deste lugar. O respeito e o acatamento ao nosso povo é o mínimo que nos devem. Há muita gente neste País, hoje, e não podemos jogar todos vocês de volta ao mar, deveríamos ter feito isso em 1500, quando chegou uma só caravela, mas não fizemos por uma série de razões e resolvemos conviver e construirmos, ao longo desses quatro séculos, uma dolorosa experiência de relação humana, uma relação trágica que consumiu 90% de nossa população, dos aproximadamente 10 milhões de índios que habitavam o litoral, não passamos hoje de uma pequena e reduzida seqüência de grupos indígenas, em alguns casos, somando cinco, trinta, sessenta, duzentas, mil pessoas. A grande maioria dos grupos étnicos do Brasil, hoje, somam menos de 800 pessoas.

Há cinco ou seis grandes grupos étnicos, com população expressiva, que são os tikunas do Solimões, aproximadamente 20 mil; é o povo yanomami com aproximadamente 20 mil; são os índios tukanos: tuiucas, baraçanos, deçanos, piratapuias, são os parentes tukanos de língua geral e diversas que habitam o rio Negro, que somam aproximadamente 30 mil pessoas; são as populações que habitam a região do Pará, que são os grupos mais expressivos. Somos hoje 180 grupos étnicos, 150 ficam na faixa das 800 a mil pessoas. Fomos reduzidos a quase nada. A História do Brasil está lotada de sangue indígena. Constituiu-se uma tradição de matança e

<sup>65</sup>I – Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II – Comissão da Organização do Estado; III – Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo; IV – Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições; V – Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças; VI – Comissão da Ordem Econômica; VII – Comissão da Ordem Social; VIII – Comissão da Família, da Educação, Cultura e Esportes, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação; IX – Comissão de Sistematização.

<sup>66</sup>Evangelista, Carlos Augusto Valle Evangelista. Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988/ Carlos Augusto Valle Evangelista. – Rio de Janeiro: UFRJ/ IFICS, 2004. Página 58.

espoliação do povo indígena neste País.

Procurei, todos os dias em que tive oportunidade de acompanhar os trabalhos desta Subcomissão, pautar minha posição para a serenidade, respeito, e reconhecimento da complexidade da situação que vivemos neste País; por uma posição de reconhecimento de que numericamente somos muito poucos, por sua posição de reconhecimento de que somos apenas 0.16% da população nacional e que não podemos impor políticas ao Estado. Sabemos que na contagem das questões nacionais, somos muito poucos, pesamos muito pouco

(..) responsabilidade dos Constituintes de hoje é a de fazer o que o Estado nunca fez, que é firmar um tratado de paz com o povo indígena, que será uma pré-condição para nossa vida, uma pré-condição para iniciarmos os entendimentos, para iniciarmos a cooperação, porque até agora não houve condição para isso, até agora houve uma guerra surda, até agora foi o Executivo agindo às escondidas contra o povo indígena<sup>67</sup>.

Fica evidente no discurso Krenac, e no de outros representantes dos interesses indígenas nas audiências públicas da ANC, a busca pelo reconhecimento de direitos originários por parte de um segmento étnico minoritário em termos relativos ao total da população Nacional, mas dotados de significação histórica e cultural na formação social do país, e seu confronto com os demais interesses econômicos (de fazendeiros, mineradores e madeireiros – à época – e das grandes multinacionais, mais recentemente).

A mobilização em prol da causa indígena foi defendida por diversos setores e instituições dentro da sociedade. Silvio Coelho elenca algumas das organizações que lutavam pelo reconhecimento de direitos indígenas na Constituição: Associação Brasileira de Antropologia (ABA), Pró-Índio-SP, Associação Nacional de Apoio ao Índio (ANAI); União das Nações Indígenas (UNI); Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Conselho Indigenista Missionário (CIMI)<sup>68</sup>.

Mundukuru aponta também para a vinculação da União das Nações Indígenas (UNI) e seus integrantes com o CIMI (Conselho Indigenista Missionário):

A organização [do movimento indígena] começou a ocorrer efetivamente no início dos anos 1970, quando o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), órgão ligado à CNBB, passou a atuar como idealizador e realizador de assembleias de chefes indígenas (...) era propósito do CIMI que os indígenas presentes também tomassem consciência de seu papel histórico na transformação da sociedade. Desse modo, com a “tomada de consciência” das lideranças indígenas, que passaram elas próprias a organizar assembleias, surge em meados de 1980 a União das Nações Indígenas. Seu propósito era “manter um diálogo com as lideranças regionais, locais e com o Estado,

<sup>67</sup> ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ATAS DE COMISSÕES). Página 162. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c\\_Subcomissao\\_Dos\\_Negros\\_Populacoes\\_Indigenas.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas.pdf). Acesso em: 14 de maio de 2019

<sup>68</sup> SANTOS, Sílvia Coelho dos. *Os povos indígenas e a Constituinte*. Florianópolis: Ed. Da UFSC/Movimento, 1989. Página 9

para tornar visível sua existência e para mostrar que era possível construir uma aliança permanente entre os povos para a luta por seus direitos<sup>69</sup>

Ainda em 1986, em reunião da UNI com entidades de apoio em São Paulo, foi desenvolvida ação na busca por se garantir os direitos indígenas foi por meio da “Proposta de Programa Mínimo de Campanha Pré-Constituinte”, que foi pautada em 5 pontos: 1– Reconhecimento dos direitos territoriais dos povos indígenas como primeiros habitantes do Brasil; 2 – Demarcação e garantia das terras indígenas; 3 – Usufruto exclusivo, pelos povos indígenas, das riquezas naturais existentes no solo e no subsolo dos seus territórios; 4 – Reassentamento, em condições dignas e justas, dos posseiros pobres que se encontram em terras indígenas; 5 – Reconhecimento e respeito às organizações sociais e culturais dos povos indígenas com seus projetos de futuros, além das garantias de plena cidadania<sup>70</sup>.

Apesar de tais mobilizações, nenhum indígena foi eleito para o Congresso responsável pela Constituinte<sup>71</sup>. Não obstante, os grupos indígenas se faziam presentes em Brasília constantemente buscando acompanhar e participar das discussões.

Foi a partir da ação de um grupo de indígenas que o projeto chegou até os constituintes. Em 22 de abril de 1987, um grupo de cerca de 40 indígenas, conseguiu entrar no Congresso, inclusive na sala do deputado Ulysses Guimarães, presidente da Constituinte<sup>72</sup>. Segundo matéria do Jornal Porantim, publicado pelo CIMI, eles entraram na sala de Ulysses e começaram a cantar. “Quando Ulysses abriu a porta e viu a manifestação, rodeada de jornalistas, nada conseguiu falar. Parou e, boquiaberto, ficou olhando. Um cocar foi colocado em sua cabeça e a proposta em suas mãos. Ulysses não entendeu coisa alguma”<sup>73</sup>.

Ainda de acordo com o Jornal, no mesmo dia o grupo conseguiu entrar em contato com o Deputado José Carlos Sabóia, que encampou a proposta e a encaminhou oficialmente à

<sup>69</sup>MUNDURUKU, Daniel. “Posso ser quem você é sem deixar de ser o que sou”: a gênese do movimento indígena brasileiro. In: LUCIANO, Gersem José dos Santos; HOFFMANN, Maria Barroso; OLIVEIRA, Jô Cardoso de (Orgs.). *Olhares indígenas contemporâneos*. Brasília: Centro Indígena de Estudos e Pesquisas – Cinep, 2012, p.104-118. *Apud: A mobilização pelos Direitos Indígenas na Constituição de 1988: articulações do Conselho Indigenista Missionário e da União das Nações Indígenas através do Jornal Porantim (1985-1988) – Edgar Ávila Gandra; Felipe Nunes Nobre*

<sup>70</sup>PORANTIM: em defesa da causa indígena. Brasília, a. VIII, n.90[92], outubro de 1986

<sup>71</sup>GANDRA, Edgar Ávila; NOBRE, Felipe Nunes. A mobilização pelos Direitos Indígenas na Constituição de 1988: articulações do Conselho Indigenista Missionário e da União das Nações Indígenas através do Jornal Porantim (1985-1988). *Fronteiras: Revista de História* | Dourados, MS | v. 18 | n. 32 | p. 136 - 157 | Jul. / Dez. 2016. Página 13.

<sup>72</sup>GANDRA, Edgar Ávila; NOBRE, Felipe Nunes. Idem. Ibidem. Página 14.

<sup>73</sup>PORANTIM: em defesa da causa indígena. Brasília, a. IX, n.98, maio de 1987

Constituinte . Destaque-se em momento algum é feita pelo jornal associação entre o grupo de indígenas e a CIMI e UNI.

Em votações iniciais na subcomissão as propostas indígenas alcançaram sucesso, tendo, contudo, encontrado ameaças quando perpassou na Comissão de Sistematização, que tinha como relator Bernardo Cabral, sobretudo na conceituação do que seriam as terras indígenas, como será mais destrinchado adiante. Apesar das tensões geradas pelo texto substitutivo, na votação em plenário foi aprovada redação bastante próxima a proposta original<sup>74</sup>.

As adversidades durante o processo de tramitação do anteprojeto original deveram-se, sobretudo, a publicação de uma série de matérias a partir de 9 de agosto de 1987 pelo Jornal Estado de São Paulo, nas quais acusava o CIMI de, forjadamente, estar defendendo os interesses dos indígenas a pretexto de uma estratégia de internacionalizar a Amazônia brasileira e beneficiar cartéis internacionais de mineradoras<sup>75</sup>. No dia 20 de agosto seguinte, Dom Luciano Mendes de Almeida, presidente da CNBB, falou aos constituintes sobre as posições defendidas pela Igreja.

Diante da situação, foi criada Comissão Parlamentar de Inquérito a fim de investigar a fundo as denúncias feitas pelo Estadão. Após analisar os documentos enviados pelo Jornal, o relator do processo, Ronan Tito do PMDB/MG, concluiu pela improcedência das acusações, chegando inclusive a sugerir que fossem remetidas cópias do relatório e da documentação para a autoridade competente para que fosse aberto inquérito policial a fim de apurar “fortes indícios de falsidade ideológica” em face do Jornal.

É possível afirmar que as dificuldades e pressões sofridas pelos indígenas no reconhecimento e avanço constitucional relativo a seus direitos e garantias acabaram por se assemelhar nos dois países objeto de análise, tendo em vista a comum pressão das forças econômicas destacadamente no que se refere aos direitos referentes a propriedade relativa dos povos autóctones. Também há clara semelhança no que tange a modificação considerável dos textos dos anteprojeto e dos efetivamente positivados nas constituições Brasileira e Boliviana.

---

<sup>74</sup>GANDRA, Edgar Avila; NOBRE, Felipe Nunes. Idem. Ibidem. Página 18.

<sup>75</sup>GAIGER, Júlio M. G. **Direitos indígenas na constituição brasileira de 1988; e outros ensaios**. Brasília, CIMI, 1989. Página 3.

Observadas as nuances gerais das participações tanto dos próprios indígenas como dos outros grupos que funcionaram como lobistas da causa indígena, cabe agora analisar os dispositivos constitucionais referentes aos povos indígenas na Constituição Federal de 1988.

#### 4. REGRAMENTO DOS POVOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Feita a análise do contexto constituinte e sua relação com a participação dos povos originários, cabe agora debruçar-se sobre o regramento dos povos indígenas na Constituição Federal de 1988. Objetivamente, o texto traz um capítulo específico sobre direitos indígenas (Capítulo VII – Dos índios, do título VII - Da Ordem Social, Artigos 231 e 232). Afora o capítulo específico, há outras previsões esparsas “que afetam direitos e interesses das populações indígenas num total de 11 dispositivos”<sup>76</sup>.

Logo de início cabe destacar que o texto se refere aos povos originários ora como índios (no capítulo específico- há a repetição por 5 oportunidades do termo), ora como Povos ou populações indígenas (cuja repetição é observada em 10 situações) nas disposições esparsas. Como é de largo conhecimento, a denominação índio “atribuída aos habitantes da América pelos colonizadores, que durante muito tempo chamaram a América de Índias Ocidentais. Essa denominação, além de refletir a visão do colonizador, generaliza e uniformiza grupos nacionais diferentes, apagando as especificidades de cada nação.”<sup>77</sup>

Dentro desse referencial, lembrando a já citada flexibilidade terminológica própria das ciências sociais, aqui já é possível traçar uma primeira diferença entre as nomenclaturas dadas aos povos pré-coloniais nas constituições ora estudadas: é possível afirmar que o Poder Constituinte Boliviano teve maior zelo quanto ao termo escolhido, de modo que se observa tratamento uniforme em toda constituição e cuidado em não legitimar uma linguagem simbólica que traz, de início, tanto um erro histórico, quanto a visão colonizadora. Por tais motivos, aqui terá preferência o uso da expressão “populações indígenas”<sup>78</sup> (também usada pelo constituinte brasileiro), tendo em vista sua maior propriedade técnica e histórica, além de ser referenciado em um número que representa duas vezes a utilização do termo “índio(s)”.

Apesar da utilização tecnicamente imprópria do termo “índios” por algumas vezes,

<sup>76</sup> GAIGER, Júlio M. G. Direitos indígenas na constituição brasileira de 1988; e outros ensaios. Brasília, CIMI, 1989. 24 p. Pág 1.

<sup>77</sup> "Origem do nome índio na América" em Só História. Virtuoso Tecnologia da Informação, 2009-2019. Consultado em 08/03/2019 às 18:04. Disponível na Internet em <http://www.sohistoria.com.br/curiosidades/indio/>

<sup>78</sup> O conceito de povos indígenas sugerido pela ONU em é: “As comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade, e estão decididos a conservar, a desenvolver e a transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos.” Luciano, G.S. (2006). «O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje.» (PDF). Edições MEC/Unesco. Consultado em 2019.

uma análise mais profunda da significação das disposições constitucionais referentes aos indígenas marca uma quebra na tradicional relação entre o Estado Brasileiro e os povos indígenas.

Antes da promulgação da Constituição, os direitos conferidos pelo ordenamento jurídico brasileiro eram garantidos até que os mesmos se transformassem em “civilizados”<sup>79</sup>, como observado no Estatuto do Índio, que apesar de ser considerado progressista à época, tinha como objetivo a integração dos indígenas à “comunhão nacional”. Dessa forma, ao instituir direitos fundamentais à sobrevivência física e cultural dos indígenas, buscando garantir sua organização social conforme seus usos e costumes, a Constituição supera o modelo jurídico assimilacionista anterior<sup>80</sup>. Essa nova perspectiva pode ser observada pela redação dos artigos 215, caput e § 1º; 216 e 231 caput<sup>82</sup>.

Além destes, é reconhecido o direito das comunidades indígenas de utilização também no nível fundamental, a utilização de línguas maternas e processos próprios de aprendizagem (art. 210, §2).

Nesse ponto em específico, observa-se que na constituição Boliviana a garantia de inserção de métodos próprios de ensino dos povos indígena originário campestre é ampliada, também sendo garantidos nos ensinos médio e superior, além da previsão de que as repartições públicas bolivianas deveriam obedecer pelo menos uma língua indígena além do castelhano.

Em suma, não obstante a constituição de 1988 ter significado uma virada de

<sup>79</sup>CURI, Melissa Volpato. OS DIREITOS INDIGENAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSILIUM – Revista Eletrônica de Direito, Brasília n. 4, v; 1 maio/ago 2010. Pagina 2.

<sup>80</sup> CURI, Melissa Volpato. Idem. Ibidem. Pagina 3.

<sup>81</sup> De acordo com Ana Paula Joaquim: “O ideal assimilacionista, fortemente influenciado pelo positivismo, consistia em compreender o indígena como em um estágio cultural inferior e transitório, o qual necessitava de ajuda para se preparar para a civilização. Assim, acreditava-se que o processo de evolução dos seres humanos seria único e que a civilização ocidental seria o seu plano mais avançado.” Universidade de São Paulo. **Direito Constitucional Indígena, uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol**, 2013. Tese para obtenção de mestrado.

<sup>82</sup> **Art. 215.** O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.)

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

**Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (EC no 42/2003) I–as formas de expressão; II–os modos de criar, fazer e viver; III–as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV–as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V–os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

**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.

paradigma no tratamento jurídico dado aos indígenas no Ordenamento brasileiro, no que diz respeito aos direitos culturais, a carta política boliviana traz um rol mais extenso de direitos e garantias que pode ser observado tanto no que diz respeito a uma redação mais analítica, quanto numa extensão material de incidência mais ampla.

Perpassada a questão cultural propriamente dita, passa-se agora a observar as referências acerca das Terras indígenas. De início, é válido destacar que o estabelecimento de territórios indígenas é crucial para que haja o cultivo das peculiaridades culturais que caracterizam cada agrupamento indígena. Desse modo, é possível afirmar que, apesar de haver a sistemática separação didática entre os aspectos culturais e as terras indígenas no presente estudo, há uma relação direta de interdependência entre os dois pontos. A separação também se faz necessária diante das peculiaridades sociais brasileiras quanto a ameaças significativas em relação às terras ocupadas pelos indígenas.

O artigo 20 é expresso quanto a propriedade da União sobre as terras “tradicionalmente ocupadas” pelos indígenas. Uma primeira suposição de prejuízo aos povos indígenas diante de tal previsão parece precipitada. O objetivo dos preceitos é impedir a alienação das terras indígenas. “Nesse contexto, é errado supor que o fato de os índios não terem propriedade de suas terras implique prejuízo a eles.

De fato, a menos que se entenda que os índios devam vender suas terras, a fórmula constitucional preserva adequadamente os direitos territoriais indígenas”<sup>83</sup>. Além disso, se pertencem à União, as terras indígenas integram também o patrimônio Público (vinculado ou reservado para o fim de garantir aos indígenas os seus direitos sobre as terras)<sup>84</sup>, razão pela qual podem ser defendidas por qualquer cidadão por meio de Ação Popular, também prevista na Constituição.

A Constituição traz expressamente o conceito de “terras indígenas”:

**Art. 231.**

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

---

<sup>83</sup>GAIGER, Júlio M. G. Direitos indígenas na constituição brasileira de 1988; e outros ensaios. Brasília, CIMI, 1989. 24 p. Pág 4.

<sup>84</sup>SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 41ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.



Por meio de tal conceito, a Constituição corrobora o entendimento acima esposado referente a dependência da terra para reprodução cultural, tendo em vista que coloca a imprescindibilidade da terra à preservação cultural como requisito essencial do próprio conceito de “terra indígena”.

Há ainda a previsão de que os índios detêm a posse permanente dessas terras, sendo as mesmas inalienáveis e imprescritíveis (art. 231 §§ 2 e 4). Há ainda no mesmo artigo, em seu inciso 6, a previsão de que serão nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, domínio e posse de terras indígenas<sup>85</sup>. “Observa-se que há a uma repetição de disposições com efeitos iguais, justificada pela experiência histórica de permanente desrespeito aos direitos territoriais indígenas”<sup>86</sup>.

Ainda no que diz respeito a esse tema, Dalmo Dallari corrobora a posição acima esposada:

(...) ninguém pode tornar-se dono de uma terra ocupada por índios. Todas as terras ocupadas por indígenas pertencem à União, mas os índios têm direito à posse permanente dessas terras e a usar e consumir com exclusividade todas as riquezas que existem nelas. Quem tiver adquirido, a qualquer tempo, mediante compra, herança, doação ou algum outro título uma terra ocupada por índios, na realidade não adquiriu coisa alguma, pois estas terras pertencem à União e não podem ser negociadas. Os títulos antigos perderam todo o valor, dispondo a Constituição que os antigos titulares ou seus sucessores não terão direito a qualquer indenização.<sup>87</sup>

A União também tem o dever expresso na Constituição de demarcar as terras, com a previsão de conclusão em 5 anos a partir da promulgação da Carta Magna de 1988 (art. 67 do ADCT). Há entendimento majoritário de que os direitos dos indígenas sobre suas terras não dependem de demarcação, sendo esta apenas um procedimento administrativo que visa identificar com maior precisão as terras, mas não tem o condão de constituir ou desconstituir direitos<sup>88</sup>. Isso porque se entende que tais direitos indígenas seriam originários, tomando como

---

<sup>85</sup>A remoção dos indígenas de suas terras só poderá ocorrer de modo excepcional respeitadas as seguintes condições: “Salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.”(Art 231, 5)

<sup>86</sup>GAIGER, Júlio M. G. Op. Cit. Pag. 6.

<sup>87</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. “O que são Direitos das Pessoas”, Abril Cultural/Brasiliense, 1984, pp. 54-55 apud LOBO, Luiz Felipe Bruno. Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina. São Paulo, LTr, 1996, p.53

<sup>88</sup>GAIGER, Júlio M. G. Op. Cit. Pag. 7.

base a interpretação do artigo 231, caput.

Isso significa que a constituição reconhece que os direitos territoriais indígenas precedem o Estado enquanto fonte de direito, exatamente por serem direitos anteriores ao próprio Estado. Coerentemente com esta compreensão, a expressão utilizada no texto constitucional, ao se referir aos direitos indígenas, é **reconhecer**. Em outras palavras, se os direitos indígenas são anteriores ao Estado, não cabe a Constituição senão reconhecê-los, sabendo-os pré-existentes.<sup>89</sup>

Em relação a tal tema, cabe destacar o recente parecer 001/2017 da Advocacia Geral da União (Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU), assinado por Michel Temer, inclui a tese do marco temporal que ameaça a demarcação de novos territórios indígenas, pois segundo tal tese para um território ser demarcado os nativos precisam comprovar que o habitavam desde 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal atual.

Porém, para que o indígena comprove tal fato, há a necessidade da existência documental que ateste a ocupação do território pelos autóctones no referido ano. Contudo, os povos indígenas, principalmente aqueles considerados isolados ou em vias de integração, não possuem a cultura do porte de documento de qualquer espécie, dessa forma, a comprovação da fixação do índio no aldeamento não se torna possível.

A tese do marco temporal, que se volta também contra os quilombolas, constitui uma forma pouco sutil de violar a Constituição de 1988, que não foi a primeira a proteger os direitos dos povos indígenas (isso ocorre desde 1934), mas foi a primeira a conceder aos povos indígenas um capítulo próprio, reconhecendo seus direitos originários. O absurdo lógico e jurídico da tese pode ser resumido dessa forma: como os direitos indígenas são originários, isto é, antecedem o próprio Estado brasileiro, e como a proteção constitucional deles, de qualquer forma, já vinha de décadas, os índios não poderiam voltar às terras de que foram expulsos e só teriam direito às que ocupavam em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição – o chamado “marco temporal”<sup>90</sup>.

Além disso, o marco temporal é inconstitucional, já que a Constituição Federal de 1988 no Art. 231 reconhece o direito originário dos povos indígenas, isto é, reconhece a relação de pertencimento e dependência que os autóctones têm com a terra, por isso assegura o direito indígena à posse da terra que ocupam tradicionalmente. Entretanto, a Constituição não destaca

<sup>89</sup>GAIGER, Júlio M. G. Op. Cit. Pag. 7.

<sup>90</sup>Michel Temer, a AGU e a legitimação do genocídio dos povos indígenas. 21/jul/2017. Disponível em: <http://apib.info/2017/07/21/michel-temer-a-agu-e-a-legitimacao-do-genocidio-dos-povos-indigenas/>. Acesso em: 9 de março de 2019.

nenhum componente temporal para que haja a efetivação da demarcação dos territórios nativos.

Analisando comparativamente o tratamento territorial dado às terras dos povos originários campesinos na Bolívia, verifica-se de início uma diferença crucial: a propriedade territorial. Ao passo que na Constituição Federal de 1988 a propriedade é da União, a Carta Boliviana atribuía a propriedade aos povos originários. O que acaba por implicar no próprio modo de autonomia administrativa que os mesmos detêm, chegando inclusive a ter seus órgãos como partícipes da estrutura formal do Estado, além das capacidades de criar e administrar taxas, patentes e contribuições especiais em seu âmbito; administrar seus impostos; planificar e gerir seu próprio território, sistema elétrico, patrimônio cultural e natural, etc.

Perpassada a análise referente aos territórios, faz-se mister destrinchar as disposições constitucionais referentes a relação entre os recursos naturais e os povos indígenas. O texto constitucional previu que os indígenas detêm o usufruto<sup>91</sup> exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, não sendo aqui consideradas as riquezas do subsolo (artigo 231, §2), ainda incluindo como nulos os atos de exploração das riquezas naturais do solo, rios e lagos integrantes das terras (artigo 231, §6) , sendo aplicada a mesma exceção atinente a aos atos que limitem a posse das terras pelos índios (casos de relevante interesse público da União, a ser definido em lei complementar). Ainda se prevê que:

**Artigo 231. §6**

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Desse modo, é possível a exploração natural “externa” das terras indígenas, tendo como pré-requisitos constitucionais a autorização pelo Congresso Nacional e a oitiva das comunidades indígenas, não se fazendo quaisquer referências ao caráter vinculante ou não do parecer dos afetados, sendo mais razoável a interpretação de que a apreciação de sua vontade ser necessária, mas de qualquer maneira vinculante (tal qual ocorre nos casos referentes a declaração de Estado de Sítio e Defesa e oitiva dos Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional).

---

<sup>91</sup>Destaque-se o caráter especial do usufruto conferido aos indígenas que tem “caráter eviterno, é transferido mortis causa, é exercido coletivamente, e embora incluindo coisas fungíveis, estão os beneficiários isentos de caução”. GAIGER, Júlio M. G. idem. Ibidem. Pag. 7.

Finalizando o Capítulo “Dos Índios”, a Constituição prevê que os indígenas, suas comunidades e organizações como partes legítimas (não havendo quaisquer menções a formas de organização especiais para participação em juízo<sup>92</sup>) para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesse (art. 232), sendo atribuição do Ministério Público intervir em todos os atos do processo (art. 232 e art. 129, V).

Frise-se que aqui o Ministério Público estará exercendo a função de fiscal da lei e não será representante processual dos interesses indígenas, como no modelo anterior. Não obstante, caso os povos indígenas interessados tenham seus direitos afetados e por quaisquer motivos não tenham provocado o judiciário para defendê-los, o Ministério Público Federal tem como uma de suas atribuições institucionais previstas na constituição a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas (Artigo 129, V).

Ainda se frise que a prática hoje também tem evidenciado a participação da Defensoria Pública como instituição ativa na defesa dos interesses indígenas<sup>93</sup>, tendo em vista que a redação do artigo 134 da constituição permite interpretação no sentido de legitimar atuação nesse sentido.

Por fim, ainda há dois artigos dispersos na Constituição que tratam da competência Legislativa exclusiva da União em matérias sobre populações indígenas (artigo 22. XIV) e a competência jurisdicional da Justiça Federal em julgar e processar disputas que envolvam direitos indígenas (Artigo 109. XI). Comparativamente com a Constituição Boliviana, a mesma traz expressamente a previsão de que será atribuição da Defensoria del Pueblo a promoção da defesa dos direitos dos povos e nações indígena originário campesinos (Artigo 218, II, da Constituição Boliviana).

---

<sup>92</sup>Sob a égide do sistema jurídico constitucional anterior à Constituição de 1988, o exercício da legitimidade processual era limitado e condicionado a assistência da FUNAI ou do Ministério Público.

<sup>93</sup>**Índios Tapeba buscam a DPU no Ceará diante de ameaça de despejo.** Site da Defensoria Pública da União. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/noticias-ceara/137-noticias-ce-slideshow/35138-em-busca-de-direitos-indios-tapeba-buscam-a-dpu-diante-de-ameaca-de-despejo>

## CONCLUSÃO

Por fim, reitera-se a importância do estudo da história de um país para que se compreendam de modo efetivo e contextualizado os modelos constitucionais e os conteúdos de cada constituição já elaborada por eles, além das próprias relações entre diferentes constituições do mesmo país, num estudo comparado. Parafraseando o professor Ivo Dantas, percorrer tal caminho histórico é de fundamental importância, inclusive para identificarem-se as bases ideológicas que embasam cada constituição, no que ele chama de Ideologia Constitucional.

Por isso, analisar e compreender as inovações trazidas pela constituição boliviana prescinde de uma compreensão de sua história e de suas raízes étnicas, perpassando pelo massacre indígena na colonização espanhola e pela exploração e marginalização da população indígena e campesina mesmo após a independência. Os anseios sociais positivados nesse texto constitucional não podem ser vistos como fruto do acaso, mas sim como resultado de um longo e gradativo processo de conquistas jurídicas das minorias, as quais ainda não devem ser tidas como encerradas.

Ainda cabe identificar o Novo constitucionalismo latino americano como um processo intimamente ligado as conquistas trazidas com o texto de 2009, uma vez que identifica a aquisição de mecanismos que viabilizam a participação direta da população na democracia boliviana.

Essa tendência é observada em vários aspectos da constituição boliviana como por meio do referendo, da iniciativa legislativa, da revocatória do mandato, dos conselhos e das consultas prévias. Como característica anexa e de certo modo resultante do Novo constitucionalismo, a inclusão dos povos historicamente excluídos dos processos políticos está presente no ideário constitucional Boliviano, dentre os quais estão os indígena-campesinos.

Não obstante, ressalte-se que a inclusão de mecanismos de participação direta dos indígenas não é característica comum a todos os países identificados no movimento, mas sim decorrência da conjuntura social específica da Bolívia.

Em suma, a constituição boliviana de 2009 inaugura novas formas de pensar o constitucionalismo, superando (teoricamente) o monoculturalismo eurocêntrico através de mecanismos que permitiram a implantação do pluralismo cultural. Notadamente, o Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano é uma representação desse modelo, uma vez que os indígenas participam da elaboração da palavra final em termos de interpretação da constituição.

Contudo, não se pode dizer que o processo de formação dessa nova leitura do constitucionalismo se tem por acabado, uma vez que o objeto de estudo ainda está sob a influência da marcha da história sobre seus resultados e peculiaridades. Não obstante, é possível concluir que os povos sobre os quais esses modelos estão sendo implementados (entre eles os Bolivianos) e aplicados começam a desenvolver um sentimento de questionamento acerca aplicação de modelos eurocêntricos muitas vezes não condizentes com a vontade e a realidade almejada pelo titular do poder originário

Já a análise relativa aos indígenas na Constituição Federal de 1988 permite também afirmar, conforme observado ao longo do trabalho, que houve sim avanço no reconhecimento de direitos constitucionais relativos aos povos indígenas, sobretudo tendo em vista que foi o primeiro texto constitucional brasileiro que dedicou atenção em capítulo específico relativo aos indígenas, reconhecendo inclusive direitos originários relativos aos mesmos junto às suas terras.

É possível afirmar que vários aspectos históricos referentes aos povos indígenas brasileiros são bastante similares aos indígenas Bolivianos, sobretudo no que diz respeito a massacre indígena associado ao modelo de colonização aqui observado e pela exploração e marginalização da população indígena. Esses pontos em comum na realidade social acabaram por significar a tutela constitucional significativa referente a proteção e ao estímulo a manutenção da cultura interna das populações indígenas observada em ambas as constituições.

Apesar das semelhanças, a constituição boliviana pode ser associada a uma tutela mais densa e detalhada do tema “povos indígenas” em seu texto constitucional. E essa característica não pode ser analisada em levar em consideração o “fator real de poder” social, dado que 62% da população boliviana atual é indígena, sendo o país latino americano com maior proporção étnica de grupos indígenas.

O quantitativo relativo atual de povos indígenas no Brasil, de acordo com o último senso do IBGE, é de 896.917 pessoas, as quais o que correspondem aproximadamente a 0,47% da população total do país. Logo, como fator real de poder do ponto de vista demográfico, a população indígena brasileira é significativamente menor que a boliviana, o que trouxe como reflexo tratamento constitucional menos detalhado.

Não obstante, a própria existência do tratamento dos povos indígenas no texto constitucional (apesar dos números relativos baixos na composição demográfica), feito de modo inaugural na constituição de 1988, demonstra o fato de que o legislador constitucional passou a dar maior importância e relevo jurídico-político a situação dos povos autóctones, os quais

passam a ter direitos e garantias tutelados pelo documento de maior hierarquia normativa no ordenamento jurídico.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica para uma teoria da dogmática jurídica**. Saraiva, São Paulo, 2002.

**ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (ATAS DE COMISSÕES)**. Página 162. Disponível em: [http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c\\_Subcomissao\\_Dos\\_Negros,\\_Populacoes\\_Indigenas,.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros,_Populacoes_Indigenas,.pdf). Acesso em: 17 de maio de 2019

ASSIES, Willem and SALMAN, Ton. **“Ethnicity, Competitive politics in Bolivia”**. Ethnopolitics. 2005

BERSTEIN, Serge. **“A cultura Política”**. In: RIOUX, Jean-Pierre E SIRINELLI, Jean-François. Para uma história cultural. Lisboa: Estampa, 1998.

BOLIVIA. **Constitución Política del Estado**. Sucre. 2009.

BRANDÃO, Pedro Augusto. **O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano: participação popular e cosmovisões indígenas (Sumak Kawsay e Pachamama)** / Pedro Augusto Domingues Miranda Brandão. – Recife: O Autor, 2013.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CÁRCERES DAN, Vivian Lara. **Nascimento, Diogo de Carvalho. Análises sobre o Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano**. Revista Direito e Práxis. Página 360. Rio de janeiro, vol. 04, N. 14, 2016. Issn: 2179-8966

CONSILIUM – Revista Eletrônica de Direito, Brasília n. 4, v; 1 maio/ago 2010.

CURI, Melissa Volpato. **OS DIREITOS INDIGENAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL**.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **“O que são Direitos das Pessoas”**, Abril Cultural/Brasiliense, 1984, pp. 54-55 apud LOBO, Luiz Felipe Bruno. Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina. São Paulo, LTr, 1996, p.53

DANTAS Cavalcanti, Francisco Ivo. **Teoria do Estado (Direito Constitucional I)**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1989.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DANTAS, Ivo. Introdução ao Conhecimento Histórico. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru - Pernambuco, 1975**.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**. Curitiba, Juruá. 2010. Pág. 29.

DANTAS, Orione de Medeiros. Direito Constitucional Comparado Breves aspectos epistemológicos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010. Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito comparado e seu estudo. Revista da Faculdade



de Direito da UFMG, Belo Horizonte, a. 7, p. 35-51, out. 1955.

DE LA QUINTANA G, Huascar. **“LEY DE DESLINDE JURIDICCIONAL”. ESTABLECIMIENTO DE UN NUEVO MARCO JURISDICCIONAL EN BOLIVIA.** Disponível em: [https://www.academia.edu/5209924/An%C3%A1lisis\\_pol%C3%ADtico\\_de\\_la\\_Ley\\_de\\_deslinde\\_jurisdiccional](https://www.academia.edu/5209924/An%C3%A1lisis_pol%C3%ADtico_de_la_Ley_de_deslinde_jurisdiccional) . Acesso em: 15 de maio de 2019

EVANGELISTA, Carlos Augusto Valle Evangelista. **Direitos indígenas: o debate na Constituinte de 1988– Rio de Janeiro: UFRJ/ IFICS, 2004. Página 49.**

FREITAS, Marcos Luã A. de. **Etnicidade, identidade e movimento indígena Boliviano contemporâneo.** In: Encontro Internacional Fronteiras e Identidades, 2012, Pelotas - RS. Encontro Internacional Fronteiras e Identidades: Caderno de Resumos. Pelotas: Editora da UFPel, 2012. p. 785-794.

GAIGER, Júlio M. G. **Direitos indígenas na constituição brasileira de 1988; e outros ensaios.** Brasília, CIMI, 1989.

GANDRA, Edgar Avila; NOBRE, Felipe Nunes. **A mobilização pelos Direitos Indígenas na Constituição de 1988: articulações do Conselho Indigenista Missionário e da União das Nações Indígenas através do Jornal Porantim (1985-1988).** Fronteiras: Revista de História Dourados, MS, v. 18, n. 32, p. 136 – 157. 2016.

GONÇALVES, Mônica. **Os “notáveis” e o povo: participação popular na elaboração do anteprojeto de constituição da comissão Afonso Arinos (1985-1986).** 38º Encontro Anual da ANPOCS. GT39: Teoria Política e Pensamento Político Brasileiro - Normatividade e História. Disponível em: <https://anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt39-1/9205-os-notaveis-e-o-povo-participacao-popular-na-elaboracao-do-anteprojeto-de-constituicao-da-comissao-afonso-arinos-1985-1986/file>. Acesso em: 14 de maio de 2019

HALE, Charles. **“Neoliberal multiculturalism: the remaking of cultural rights and racial dominance in central America”.** Pol. Ar. Political and Antropology review”2005

HAMMOND, Jonh. **Indigenous Community justice in Bolivian Constitution of 2009.**

HOFFMANN, Maria Barroso; OLIVEIRA, Jô Cardoso de (Orgs.). **Olhares indígenas contemporâneos.** Brasília: Centro Indígena de Estudos e Pesquisas – Cinep, 2012, p.104-118. Apud: A mobilização pelos Direitos Indígenas na Constituição de 1988: articulações do Conselho Indigenista Missionário e da União das Nações Indígenas através do Jornal Porantim (1985-1988) – Edgar Ávila Gandra; Felipe Nunes Nobre .

JOAQUIM, Ana Paula. Universidade de São Paulo. **Direito Constitucional Indígena, uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol,** 2013. Tese para obtenção de mestrado.

KOSELLECK, Reinhart. **La investigación de una historia conceptual y su sentido sócio-político.** Rubí, Barcelona. Antrophos editorial, 2009

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição;** trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2002.

Luciano, G.S. (2006). «**O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje.**» (PDF). Edições MEC/Unesco. Consultado em 2019.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. **Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina**. In: Tempo exterior. n 17. julho/dezembro 2008.

MARTINS, Ana Maria. **Os direitos indígenas no Estado Plurinacional da Bolívia: Um estudo da discursividade legislativa em tempos de pós-colonialidade**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Estudos Comparados sobre as Américas, da Universidade de Brasília – Unb. Páginas 16-17. Disponível em: [http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16163/1/2014\\_AnaMaria%20MartinsAmorim.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16163/1/2014_AnaMaria%20MartinsAmorim.pdf). Acesso em: 12 de maio de 2019

MICHILES, Carlos [e al.]. **Cidadão constituinte : a saga das emendas populares**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MOTTA, Luiz Gonzaga. **Narratologia: teoria e análise da narrativa**. Brasília: Casa das Musas, 2005.

MUNDURUKU, Daniel. **“Posso ser quem você é sem deixar de ser o que sou”: a gênese do movimento indígena brasileiro**. In: LUCIANO, Gersem José dos Santos;

NOGUEIRA, André Magalhães. **Assembléia Nacional Constituinte de 1987-88**. In: ABREU, Alzira Alves de; BELOCH, Israel; LATMAN-WELTMAN, Fernando; LAMARÃO, Sérgio Tadeu de Niemeyer (Coord.). **Dicionário Histórico-Biográfico brasileiro (CD-ROM)**. Rio de Janeiro: FGV.

"Origem do nome índio na América". Virtuoso Tecnologia da Informação, 2009-2019. Consultado em 08/03/2019 às 18:04. Disponível na Internet em: <http://www.sohistoria.com.br/curiosidades/indio/>. Acesso em: 09/03/2019

“Índios Tapeba buscam a DPU no Ceará diante de ameaça de despejo”. Site da Defensoria Pública da União. Disponível em: <https://www.dpu.def.br/noticias-ceara/137-noticias-celideshow/35138-em-busca-de-direitos-indios-tapeba-buscam-a-dpu-diante-de-ameaca-de-despejo>. Acesso em: 11/07/2019.

**Nueva Constitución Política del Estado de Bolivia**, título 1, Capítulo 2, art. 169. (2009)

PORANTIN: em defesa da causa indígena. Brasília, a. IX, n.98, maio de 1987

SANTAMARIA, Ramiro Ávila. **El neoconstitucionalismo transformador: El Estado y el derecho em la constitución de 2008**. Quito. 2011. Disponível em: <http://www.rosaluz.org.ec/es/meidateca/documentos/239-neoconstitucionalismo>. Acesso em:

SANTOS, Sílvia Coelho dos. **Os povos indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: Ed. Da UFSC/Movimento, 1989.

SCHILLING-VACAFLOR, Almut. **"Bolivia's new constitution: towards participatory democracy and political pluralism? /La nueva Constitución de Bolivia: ¿Hacia la democracia participativa y el pluralismo político?"**. European Review of Latin American

and Caribbean Studies/ *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe* 90 (2011): 3+. Academic OneFile. Web. 8 July 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 41ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

STROEBELE, Gregor. “**From indio to mestizo... to indio: New Indianist Movements in Bolivia**”. *Latin America perspective* 21, n. 2. (Spring). 1994.

U.N. GAOR, Rodolfo Stavenhagen. **Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights and Fundamental Freedoms of Indigenous People**. Council, 11th Sess., Agenda Item 3, at 5, ¶ 8, U.N. Doc A/HRC/11/11, 2009.

VASCONCELOS, Jaqueline Maria; AZEVEDO, Álvaro de Azevedo. **O Plurinacionalismo Da Bolívia: A Inclusão Do Outro Pelo Exercício Da Democracia**. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, SP, v. 18, n. 7, p. 352 – 362, Set./Dez. 2017

WEBER, Max. **Theory of social and economic organization**. New York, Oxford university press, 1947.