

CENÁRIOS DA CULTURA JURÍDICA DE ABYA YALA: os valores pré-coloniais em institucionalidades emergentes

SCENARIOS OF ABYA YALA'S LEGAL CULTURE: the pre-colonial values in emerging institutions

Antônio Carlos Wolkmer

Doutor em Direito
Universidade La Salle (UNILASSALLE)
acwolkmer@gmail.com
Brasil

Débora Ferrazzo

Mestra e Doutoranda em Direito
Universidade Federal do Paraná (UFPR)
dferrazzo@hotmail.com
Brasil

Artigo recebido em: 27/07/2017 Aprovado em: 05/09/2017

Resumo

A cultura jurídica latino-americana é resultado de um violento processo de conquista e colonização que, no curso da modernidade ocidental, pautou-se na negação das formas autóctones de produção e reprodução da vida. Entretanto, nas últimas décadas, um movimento que vem do Sul e que tem sido denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, tem aglutinado processos de luta e transformação de instituições representativas do Estado a partir da resistência de coletivos sociais, em especial, das comunidades indígenas. Esse movimento significa, por um lado, uma série de inovações pluralistas no âmbito da teoria jurídica ocidental, mas por outro, significa o resgate de valores ancestrais presentes nas culturas de Abya Yala desde antes da conquista. Compreender essa relação é o propósito deste estudo, que, adotando metodologia histórico-crítica, percorrerá três momentos da composição dos cenários de Abya Yala: distinções e similaridades entre culturas existentes no continente antes da conquista, a implantação de instituições e sistemas jurídicos pelo colonizador e finalmente, as lutas populares deflagradas nas últimas décadas no âmbito desse constitucionalismo andino, síntese de processos políticos interculturais e de ricas experiências de interlegalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Abya Yala; cultura jurídica; eurocentrismo; pluralismo; descolonização.



Abstract

The latinamerican Legal culture is result of violent process of conquest and colonization, which in the occidental modernity course was based on the denial of the autochthonous forms of production and reproduction of life. However, in the last decades, coming from the South a movement that has been denominated "new Latin American constitutionalism", has agglutinated processes of struggle and transformation of institutions representative of the State from the resistance of social collectives, especially of the indigenous communities. This movement mean a series of innovations pluralists in western theory legal ambit, but, also means the recovery of ancestral values present in the Abya Yala cultures since before the conquest. Understanding this relation is the purpose of this study, which adopting historical-critical methodology, will cover three moments of the composition of the Abya Yala scenarios: distinctions and similarities between cultures existing on the continent prior to the conquest, the institutions and legal systems implantation by the colonizer and, finally, the popular struggles deflagrated in the last decades in this Andean constitutionalism ambit synthesis of intercultural political processes and rich experiences of inter-legality.

KEYWORDS: Abya Yala. legal culture. Eurocentrism. pluralism. decolonization.

Refletir sobre a cultura jurídica contemporânea de Abya Yala, América Latina após a colonização, suas “inovações” jurídico-políticas, requer que se tenha em consideração tanto a tradição originária do continente quanto a influência do processo de colonização ibérica deflagrado a partir do século XVI. Assim, compreendendo “cultura jurídica” como conjunto de representações padronizadas de legalidade/ilegalidade presentes nos processos de produção e reprodução de ideias, comportamentos e instituições situadas em determinadas formações sociais, percebe-se que a cultura jurídica latino-americana é profundamente marcada pela reprodução dos modelos romano-germânicos, os quais foram impostos no processo de conquista e colonização do continente, passando por algumas adaptações em distintos momentos da história até se consolidar durante o desenvolvimento das repúblicas a partir do fim do século XIX.

Durante muitos séculos, prevaleceu a reprodução da cultura normativa eurocêntrica, inicialmente nos termos impostos pelas metrópoles, mas posteriormente, com as lutas por independência e o rompimento com Espanha e Portugal, a reprodução seguiu conforme os interesses da elite local

(segmento criollo) que incorporaram e difundiram as fundamentações do idealismo abstrato jusnaturalista e do formalismo dogmático positivista que marcavam a tradição jurídica europeia. Mas, ainda que, enfrentando processos de marginalização e, não raramente, criminalização, subsistiram ao longo da história e por todo o continente formas originárias de organização da vida, embasadas em outra cosmovisão, em outras tradições de saberes.

Nas últimas décadas, contrapondo-se a estágios avançados de exploração, eclodiram lutas populares em diversos países, em especial da região andina, lutas que se fortaleceram e que, a partir da reivindicação de direitos específicos, produziram uma série de transformações nas instituições colonizadoras. Portanto, o cenário jurídico-político atual no continente latino-americano é resultado das influências colonizadoras, mas também do resgate de dimensões da racionalidade pré-colonial que resistiu ao processo de colonização. Analisar esse cenário e essas influências que confluíram para refundar as instituições oficiais e redefinir a cultura jurídica na região será o propósito do desenvolvimento seguinte. Tal intento se estruturará em três momentos: inicialmente, buscar-se-á identificar alguns traços distintivos na própria cultura pré-colonial, a partir de uma

metodologia histórico-crítica¹ que identifica elementos da realidade sobre a qual se conforma e se manifesta o fenômeno normativo: o modo de produção, a visão de mundo, a estrutura de poder e a formação social. A segunda etapa discutirá a questão da colonização, percorrendo três momentos de formação da cultura jurídica no curso da modernidade: a implantação de instituições das metrópoles durante a conquista e colonização, as influências das representações consolidadas na época do pós-independência e a cultura legal na contemporaneidade tardia. Por fim, já no terceiro momento, discutirá os antecedentes das transformações oriundas de lutas de coletivos sociais no continente. Na conclusão, examinará algumas transições paradigmáticas verificadas no estágio presente da cultura normativa, buscando evidenciar que as institucionalidades contemporaneamente inauguradas no continente, embora tratadas como “inovações”, remontam as tradições ancestrais de Abya Yala.

1. ABYA YALA ANTES DO ENCONTRO COM O COLONIZADOR: traços distintivos da cultura originária em perspectiva histórico-crítica

Não há uma, mas inúmeras histórias nas terras de Abya Yala que remontam há milhares de anos. Essas histórias são repletas de significados e não somente narram a trajetória da existência dos povos ancestrais do continente, como também orientam, através de tradições tão antigas quanto sua própria origem, a produção e reprodução da vida de suas comunidades, como se nota pelas cosmovisões. Abya Yala – que posteriormente passou a ser chamada de “América” – era, segundo López-Hernandez (2004), a forma como a comunidade Tule-Kuna, que habitava a região do Panamá e Ocidente da Colômbia denominava suas terras e, a seu exemplo, muitas outras comunidades passaram a adotar a denominação antes da chegada do colonizador. Abya Yala significa, conforme o autor, “terra de maturidade plena” ou “terra de sangue vital”.

As ricas histórias e múltiplas experiências no continente, entretanto, a partir do encontro com o colonizador, passaram a ser “encobertas”, conforme Dussel (1993) discute, representando o “encobrimento” do “Outro”, que expressou a negação ontológica das subjetividades distintas às do homem branco europeu e nesse processo, muitas das materializações culturais das comunidades autóctones,

¹ Para maior detalhamento sobre tal proposta metodológica, conferir Wolkmer, 1999; 2005.

foram destruídas, usurpadas e, quando não, subalternizadas. Por isso, alcançar a compreensão dessas histórias não é tarefa fácil, posto que os relatos que chegam até os dias atuais assim o fazem pela transmissão oral entre gerações das comunidades que resistiram (às quais não foi reconhecido o desenvolvimento da escrita²) ou pelos registros nos diários de viagens dos cronistas que acompanhavam as expedições de colonização. Inclusive, segundo o advogado indígena (aymará) Moisés Idón Chivi Vargas (2013, p. 279), é somente através dos cronistas e dos quipucamayoc – elite do império inca que manejava os quipos – que se podem conhecer as formas de justiça pré-colonial. Entretanto, os registros dos cronistas já não representam o próprio relato das comunidades sobre suas formas de existência, mas sim, uma das compreensões possíveis sobre essas formas, precisamente, a compreensão do colonizador.

² A complexa forma censitária adotada no império Inca, por exemplo, através dos quipos – sistema de cordões com cores, nós e espaços que sistematizavam informações sobre todas as comunidades do império, com um grau de precisão admiráveis – não foi reconhecida como forma de registro de informações, ou como escrita. Além da codificação de dados por meio dos quipos, Bond (2004, p. 109) sublinha que, ainda que a maioria dos historiadores não reconheça uma escrita incaica, ou ao menos não a tenham desenvolvido, existem relatos de cronistas, como Sarmiento de Gamboa, Cristóbal de Molina e Fernando Montesinos, que informam da “existência de uma escritura ideográfica (quellca) – cujo exemplo maior teriam sido os painéis históricos da

Os primeiros cronistas, entre outros, Cieza de León, que visitou pessoalmente [a Colônia], o autor anônimo do Sítio de Cuzco, Cristóbal de Molina e Garcilaso de la Vega, limitando-nos aos mais importantes, nos deixaram uma boa descrição política da antiga [Colônia], enquanto conquistas dos Incas. Através deles sabemos o nome, localização e uma parte da história dos principais grupos indígenas do território: a princípio, as duas mais importantes, os Collas de Hatun Colla e os Lupacas de Chucuito, ambas ao norte do lago Titicaca, cuja rivalidade permitiu a penetração inca; em seguida, uma série de tribos, tais como os Canchis, os Pacases, os Quillagas, os Carangas, os Charcas e outras mais (VELLARD, 1963, p. 28-29. Sem grifo no original. Tradução livre dos autores³).

Corroborando com tais narrativas, importa a discussão feita por Dussel (1997, p.11-22), quando demonstra a ausência de uma perspectiva que integrasse vertical e horizontalmente a história da “América Ibérica” e sobre a dificuldade de reconhecer

pinacoteca criada por Pachacuti nas redondezas de Cuzco”

³ Le premiers chroniqueurs, entre autres Cieza de León, qui visita personnellement le Collao, l'Auteur anonyme du siège de Cuzco, Cristobal de Molina et Garcilaso de la Vega, pour nous limiter aux plus importants, nous ont laissé une bonne description politique de l'ancien Collao et de sa conquête par les Incas. Par eux nous connaissons le nom, la situation et une partie de l'histoire des principaux groupes indigènes de ce territoire: d'abord les deux plus importants, les Collas de Hatun Colla et les Lupacas de Chucuito, tous deux au nord du lac Titicaca, dont la rivalité favorisa la pénétration incaïque; puis une série de tribus telles que les Canchis, les Pacases, les Quillagas, les Carangas, les Charcas et d'autres encore.

o próprio papel na história sem tal perspectiva. Segundo o filósofo, a integração horizontal da história latino-americana deveria partir do passado mais remoto, isso significa, por exemplo, ultrapassar o século XVI espanhol, retroceder e ampliar horizontes, enquanto que a enquanto cores, nós e espaços que sistematizavam informações sobre todas as comunidades do império, com um grau de precisão admiráveis – não foi reconhecida como forma de registro de informações, ou como escrita. Além da codificação de dados por meio dos quipos, Bond (2004, p. 109) sublinha que, ainda que a maioria dos historiadores não reconheça uma escrita incaica, ou ao menos não a tenham desenvolvido, existem relatos de cronistas, como Sarmiento de Gamboa, Cristobal de Molina e Fernando Montesinos, que informam da “existência de uma escritura ideográfica (quellca) – cujo exemplo maior teriam sido os painéis históricos da pinacoteca criada por Pachacuti nas redondezas de Cuzco” que a integração horizontal insere a história da América no contexto mundial, porque é necessário ultrapassar as fronteiras do cotidiano para compreender o próprio mundo, do contrário tal cotidiano reivindicaria universalidade. Em suma, não se pode explicar a história de um povo sem situá-la em seu contexto, proporções e sentido, os quais são encontrados a partir da história universal.

Por isso, propõe-se uma releitura crítica dessas informações, conjugadas com outras fontes e apreciando as distintas dimensões constitutivas da realidade, para interpretar o fenômeno jurídico que atualmente se materializa nos países andinos como resultado dessas dimensões que, se por um lado são perpassadas pelas instituições colonizadoras, por outro, também resgatam as tradições ancestrais. Trata-se de uma compreensão do direito enquanto “fenômeno sócio-cultural, inserido num contexto fático, produzido dialeticamente pela interação humana através dos tempos” (WOLKMER, 1999, p. 4) e, para compreender a materialização de tal fenômeno, propõe-se uma reinterpretação interdisciplinar de suas fontes, pelo viés econômico, político e social (WOLKMER, 2005, p. xv-xvi), portanto, nesse breve percurso histórico, serão consideradas em especial, os modos de produção, a formação social, a visão de mundo e a estrutura de poder de Abya Yala.

Feitas essas justificações metodológicas prévias, pode-se passar à uma sumária descrição acerca de alguns aspectos da história de Abya Yala e suas comunidades. A respeito de tais comunidades, há certo consenso dentre a arqueologia de que seu marco inicial de existência não seria o continente latino-americano, embora haja grande

controvérsia sobre o início da povoação desse continente, conforme explica a arqueóloga norte-americana Betty Meggers (1985, p. 23-24)⁴. Da ocupação territorial do continente decorreram inúmeras formações sociais que o historiador argentino Leon Pomer (1983, p. 4-6) seguindo a classificação originalmente proposta por Pedro Armilhas, situa em três grandes grupos: pré-agrícola (de 25.000 a 3.000 a.C.; povos viviam da caça); proto-agrícola (de 3.000 a 500 a.C.; início do desenvolvimento agrícola) e civilização (de 500 a.C. até século XV, em que surgem as altas civilizações asteca, maia e inca⁵. Embora as classificações adotem certa sucessão cronológica, o desenvolvimento das distintas sociedades não se deu de forma uniforme, sendo que algumas avançaram para as classificações seguintes, enquanto que outras não. Uma explicação atribuída a isso são as condições de sobrevivência encontradas pelos distintos povos, sendo que as mais adversas impuseram o desenvolvimento de técnicas mais avançadas, como a agricultura, o que levou ao desenvolvimento das altas civilizações

⁴ Segundo a autora, o início das formações sociais na América teria se dado entre quarenta mil e doze mil anos atrás, pela travessia da “ponte” formada entre a Sibéria e o Alasca pela baixa de cerca de cinquenta metros no nível do mar. Essa ponte teria se formado ao menos duas vezes: na primeira teriam passado os grandes mamíferos e na segunda, os primeiros homens e mulheres. Segundo Jesus Oscar (2000, p. 29-30), num período próximo ao assinalado pela autora, teriam ocorrido sucessivas

agrícolas, diferente, por exemplo, dos agricultores de florestas tropicais, como os tupi-guarani, que encontraram espaços abundantemente irrigados, com condições bastante favoráveis (NEVES; HUMBERG, 1996, p. 42-43;56-58).

Nesse sentido, a fundação de Tenochtitlán, a capital Asteca, tem sua origem relacionada ao desígnio divino de que o povo teria de abandonar suas terras e sair à procura daquela que seria sinalizada por uma águia, pousada em um cacto enquanto devorava uma serpente. O interessante é o local onde tal sinal teria sido localizado: uma pequena ilha, em meio a um imenso lago, o lago Texcoco. Naquele local indicado, apesar das adversidades, iniciariam uma grande civilização que chegou a abrigar mais de dois mil habitantes por quilometro quadrado (MÉXICO, 2014; BAITY, 1963, p. 160). Outra grande civilização foi a dos Olmecas, que ocupou a região próxima ao golfo do México, ao sul de Veracruz, a “Terra da Borracha” onde, partir de 1300 a.C., ocorreram transformações extraordinárias, possivelmente, a primeira civilização a

migrações, evidentes pelas distintas estruturas craniais encontradas pelos estudos arqueológicos, dentre esses povos, os agricultores que originariam as altas civilizações agrícolas e além desses, pela via marítima, teriam ingressado no continente outros povos, os coletores e moluscos.

⁵ Betty Meggers (1985, p. 179; 182) propõe outra forma de classificação: dos caçadores e coletores (sambaquis); grupo dos agricultores de florestas tropicais e grupo das grandes civilizações agrícolas.

erigir complexas construções e desenvolver um proto-urbanismo. A esta civilização e suas influências reporta-se o início do calendário e da escrita na mesoamérica (LEÓN-PORTILLA, 1997, p. 25-29).

Para Betty Meggers (1985, p. 209) Incas, Maias e Astecas experimentaram níveis de desenvolvimento superiores aos da Europa no mesmo período, em especial na tecnologia, precisão do calendário e grau de urbanização. A civilização asteca, destruída pelos conquistadores em 1521, reunia pintores, astrônomos, poetas, cirurgiões (que praticavam condições de assepsia que a Europa sequer conhecia); os Maias, por sua vez, desenvolveram a astronomia mais que os antigos gregos e também que os europeus, em certos aspectos. Tinham grande desenvolvimento científico (matemática, medicina, botânica) e artístico (representações hoje chamadas teatro). Conheciam anestesia, tinham assepsia, dominavam técnicas para trepanação no crânio sem causar morte. Já os Incas, congregavam mais de setecentos idiomas, entre os quatro grandes povos que o compunham (Chimu, Urus, Quechuas, Aymarás); toda esta imensa população e suas características eram rigorosa e minuciosamente conhecidas por meio dos quipos (POMER, 1983, p. 10-21; 31).

Milhares de textos hieroglíficos, inscritos em estelas de pedra, escadarias, lintéis, pinturas, artigos de cerâmica e livros ou códices confirmam que os sábios e sacerdotes maias estavam de posse de uma alta cultura extremamente sofisticada. Sabemos também que os maias do Período Clássico tinham vários calendários de altíssima precisão. Várias centenas de anos antes que os hindus desenvolvessem a ideia, possuíam igualmente um conceito do zero e um símbolo para denotá-lo, herdado talvez dos olmecas. Quem quer que consiga decifrar completamente a escrita maia irá descobrir um universo de ideias e símbolos, o núcleo do cosmo maia. Por enquanto podemos pelo menos afirmar que a civilização na mesoamérica clássica, da qual derivou todo o desenvolvimento ulterior, alcançou seu apogeu com os maias (LEÓN-PORTILLA, 1997, p. 31-32).

Sem grifo no original).

Tais relatos dão conta de que as sociedades pré-coloniais não eram somente distintas entre si, mas eram diversificadas também internamente: veja-se a civilização Inca, composta por centenas de povos distintos; uma riqueza humana imensurável, cuja destruição representou “um dos grandes cataclismos da história da humanidade” (POMER, 1983, p. 38), ou, seu o primeiro holocausto (DUSSEL, 1993; TODOROV, 1993, p.128 e segs.). Assim, apesar da diversidade, a visão de mundo tinha similaridade entre as distintas formações: uma visão de mundo

fortemente religiosa, marcada pelo culto aos deuses, tanto que em alguns casos, como o dos Incas, o poder político se definia por essa religiosidade: o Imperador era o próprio descendente do Deus Sol. Também os Astecas cultuavam seu Deus e quando subjugavam outros povos nas guerras exigiam o reconhecimento de sua supremacia, embora, após tal ritual, pouco mudasse a realidade do povo vencido, o qual poderia reconstruir seus costumes e manter suas autoridades (POMER, 1983, p. 11; 32; CÁRCERES, p. 30). Tais formas de dominação, embora em nada pudessem se comparar com as que o continente viria a conhecer na resistência ao colonizador, eram as mais atrozes até então conhecidas, de modo que quando os europeus chegaram, foram recebidos como libertadores por alguns povos, como os Totoneca e Tlascaltecas, importantes aliados dos espanhóis na derrota dos Astecas (TAPAJÓS, 1979, p. 85; LEONARD, 1971, p. 141).

Outra similaridade possível diz respeito à formação social – que fica mais evidente no contraste com as sociedades europeias: ainda que existissem distintas classes e funções sociais, sua distribuição não era rígida e era possível a transição entre classes, inclusive a ascensão, com o ingresso de pessoas de origem humilde a grupo dirigente sociedade, com se via na

civilização Asteca, e ainda nessa, a possibilidade de escravos (tlatlacotin) conquistarem sua liberdade, o que poderia ocorrer até mesmo por casamento com pessoa livre, e de possuírem terras. Dentre os Incas, uma estrutura que subsiste nos descendentes de quéchuas e aymarás, é a formação em ayllus, pequenas comunidades agropastoris que poderiam chegar a agregar centenas de famílias por laços de parentesco ou aliança. Os ayllus baseavam-se no trabalho cooperativo e não conheciam a divisão em classes sociais, tampouco a propriedade privada (CÁRCERES, 1992, p. 17; 27; JESUS OSCAR, 2000, p. 69). Sobre o tema, há uma interessante nota de Mariátegui às críticas formuladas à sociedade incaicas, atribuindo a estas falta de liberdade dos homens. Ocorre que o conceito de liberdade individual é um fenômeno moderno e liberal, a base jurídica da civilização capitalista e essa forma de liberdade não integrava a realidade dos povos incas, que não reivindicavam a liberdade de mercado, de concorrência ou indústria. Tanto que o autor assinalava que, passado um século do regime republicano, com todas as suas leis, ainda subsistia – como de fato ainda subsiste – o que chamou de “comunismo indígena” (conceito perfeitamente viável se não for reduzido ao sentido moderno de comunismo). E conclui

que tal se dá não por ser o índio refratário ao progresso, mas sim, porque o individualismo era estranho à sua realidade, sua visão de mundo (MARIÁTEGUI, 2008, p. 91- 96; ESPINOZA SORIANO, 1989, p. 123-127, 202-211).

Com relação ao modo de produção, dentre as altas civilizações vigorava uma lógica de distribuição dos trabalhos conforme aptidões pessoais. O avançado desenvolvimento agrícola – Incas, Maias e Astecas haviam desenvolvido o cultivo do milho, cacau, batata, mandioca e muitas outras desconhecidas pelos europeus – permitia uma alta produtividade, cujos excedentes eram distribuídos realizando-se festejos públicos (BAITY, 1963, p. 53; LEONARD, 1971, p. 10;17-18; 106-107). Portanto, o trabalho em Abya Yala não se desenvolveu orientado pelo acúmulo de riquezas, mas sim, para satisfação de necessidades da comunidade e o mesmo se deu com o desenvolvimento das ciências. A lógica do trabalho como meio de acumular riquezas é inserida a partir da colonização, inicialmente sob regime de escravidão – indígena e negra– evoluindo para formas, algumas contraditórias entre colônia e metrópole, no processo que Ruy Mauro Marini (1976) descreve como “divisão internacional do trabalho”, reservando à América sempre as etapas mais rudimentares nos processos produtivos,

assim como as condições mais precárias de execução do trabalho e acesso restrito aos bens produzidos.

O modo de produção pré- colonial tem forte relação com a cosmovisão predominante, segundo a qual cada pessoa constitui um elemento indissociável da natureza, por isso, não se fala em individualismo, tampouco em exploração e dominação da natureza: o sentido da existência de cada pessoa se efetiva no convívio com sua comunidade – ayllu – e na coexistência harmônica com os outros componentes da natureza. Também essa dimensão da realidade foi enfrentada pela visão de mundo do colonizador, para quem o mundo natural começava a ser um espaço a ser dominado, por ser considerado contrário à civilização, e o direito foi um dos espaços estratégicos de difusão da racionalidade ocidental colonizadora. E a partir desse embate entre visões de mundo tão distintas, pode-se dizer que “A cultura e a civilização americanas não são pré-

hispanicas, mas aquela que lenta e sincreticamente foi se construindo depois” (DUSSEL, 1997, p. 19-20).

2. NOVO DISCURSO JURÍDICO NA ABYA YALA COLONIZADA: o monismo e o estatismo

A partir do século XV começam a emergir novas institucionalidades no continente junto ao processo de colonização, caracterizando-se por uma normatividade difusa eurocêntrica, sob influência das tradições romanística, canônica e germânica, secularizadas e unificadas no reinado dos Reis Católicos, ainda se manifestando na forma de um pluralismo legislativo insurgente a reger relações entre metrópole e colônias espanholas na América. Como na colônia não existia um direito específico, a legislação oficializada da colônia foi a primeira fonte, composta pelo Código de las Siete Partidas (1256-1265), pelo Ordenamiento de Alcalá de Henares (1348), pelos Fueros Municipales e Fuero Real e, finalmente, pela Lei de Toro. Predominaram o primeiro e a última na implantação de instituições no continente (OTS Y CAPDEQUI, 1968.

p. 44-46). Por outro lado, na colonização lusitana (particularmente o Brasil), combinou-se à legislação tradicional vigente, o peso e a autoridade das Ordenações Reais (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas). Simultaneamente à transposição das fontes jurídicas da metrópole, resistiam fontes plurais e emergentes, marcando a cultura jurídica pelo ideário humanista presente na luta perseverante de alguns teólogo-juristas

(Francisco de Vitória, Francisco Suarez e Domingo de Soto), e que influenciaram legislações especiais, como as Leyes de Índias (WOLKMER, 1998, p.81).

Dessa forma vai se formando a normatização colonizadora do Novo Mundo, o Direito Indiano, a partir da diversidade geográfica e da distinção entre indivíduos e grupos sociais, objetivando, conforme explica Jesus A. de la Torre Rangel(1991. p. 16-17), harmonizar três fatores intimamente interligados: os interesse econômicos e políticos da Coroa; a política de lucro e riqueza dos conquistadores, e a “evangelização e bom trato aos índios.” Esse direito, cujas regras frequentemente modificavam-se, denotando certo casualismo, teve no direito espanhol aplicado às respectivas colônias uma das principais fontes, seguido de arranjos contratuais firmados entre participantes e chefes de expedições (as capitulações) e pelas instruções, normas gerais com diretrizes de administração civil e militar e delegações de poderes aos governantes e descobridores. Em 1680 ocorre a Recopilação de Leis dos Reinos das Índias, uma portentosa compilação com 9 livros e 6.377 leis, tratando de direito privado, controle das penalidades e condição jurídica dos índios (WOLKMER, 1998, p.82; OTS Y CAPDEQUI, 1968, p.

43-44). Nesse meio tempo, por conta do extermínio das populações indígenas denunciado por religiosos e teólogos (Alonso de la Veracruz, Vasco de Quiroga, Montesinos), a Coroa obrigou-se a criar normas que viabilizassem alguma forma de proteção às coletividades nativas, foram as Leis de burgos (1512) e as Leis Novas (1542). A primeira não logrou a eficácia necessária para cumprir seu propósito, mas ofereceu as bases para a segunda que, correspondendo aos esforços de Bartolomé de Las Casas, representaram a mais autêntica vitória do humanismo cristão da época (HANKE, 1988. p.37; HÖFFNER, 1986. p. 191).

Infelizmente, também as Leis Novas – que representavam a intenção da Coroa em conter tendências desumanizadoras da conquista e proteger a vida dos índios – tiveram pouca eficácia, por conta das reações políticas e oposições nas colônias hispânicas, de modo que, embora tenham moderado a violência, não foram capazes de erradicá-la, tampouco, a escravidão das populações indígenas (BRUIT, 1995. p. 29). De qualquer modo, a luta por proteção e defesa dos índios contou com a incansável luta de Bartolomé de Las Casas, cuja figura ardorosa e incisiva representou importante a toda a política de colonização espanhola no Novo Mundo, em especial na sua

resistência ao Requerimento, ao sistema das encomiendas e ao genocídio das populações do Novo Mundo, e essa luta influenciou a formação de legislações mais humanas – como as Leis Novas – e o início de uma filosofia centrada na garantia de direitos aos índios, na erradicação de seus sofrimentos e na sua libertação frente às injustiças e à escravidão. A força jusfilosófica de sua mensagem e o valor de sua obra expressam um projeto de convivência mais ampla entre todos os povos, “com respeito absoluto pela diversidade de raças, religiões, e culturas, o que faz dele (Las Casas) o precursor do conceito moderno de pluralismo racial, cultural, político, religioso” (LOSADA, 1975. p. 9; LAS CASAS, 1984) e jurídico. Apesar de sua importância, não foi essa orientação libertária que predominou nas colônias ibero-americanas, pois, as diretrizes fundantes da legalidade assentavam-se num jusnaturalismo escolástico, ortodoxo e universalista. Sob os reflexos culturais de um tempo marcado pela expansão marítima e pela sanguinolenta conquista, os Estados ibéricos acabaram absorvendo e implementando a filosofia da Contra-Reforma, bem como a defesa da concepção de Direito natural teológica, propagada pela catequese católica e pelo ensino do humanismo idealista e abstrato.

Nessa trajetória, inicia-se um segundo momento da cultura jurídica, representado no período pós-independência, o qual não implicou já no início do século XIX em ruptura significativa na ordem social e mudança nas relações com Espanha e Portugal, mas antes, numa reestruturação de tais relações (WIARDA, 1983. p. 17; KAPLAN, 1983. p. 55). Progressivamente foram sendo incorporados e adaptados princípios da doutrina liberal-individualista, da filosofia positivista e do ideário econômico capitalista, compatibilizando o surto eclético e adesões às novas correntes europeias (comtismo, spencerianismo, liberalismo, etc.) às velhas estruturas agrárias e elitistas, para responder a necessidades locais (WOLKMER, 2011, p. 473). Essa ideologia expressa na filosofia do positivismo foi fundamental para a construção dos novos Estados oligárquicos, visto que ao mesmo tempo representava a ruptura com o passado e o início de uma nova ordem política e legal. De acordo com Rosa del Olmo (2004, p. 165):

⁶ A “barbárie”, antes de culminar na selvageria, é conceito que sofre alterações em sua significação: sua origem é grega, explica Leopoldo Zea (2005, 51-52), e designava povos não falavam bem a língua grega, tidos como menos humanos por não dominar uma língua que não era sua; posteriormente, os romanos assumem o conceito, preenchendo-o com outro significado: será bárbaro quem vive fora da lei, da ordem da cidade (civitas). Mas novamente muda o sentido da barbárie:

a emancipação política deveria estar acompanhada da “emancipação mental” que a filosofia positivista apregoava, e que seria vista pelas minorias ilustradas com “a sabedoria” da América Latina. Uma de suas primeiras tarefas seria a de forjar um marco jurídico-holístico adequado, no qual seria inserida a nova ciência de controle “social”.

Esse processo contou com ardorosas e subservientes defesas feitas por intelectuais latino-americanos, como Juan B. Alberdi e Domingo F., dos modelos de modernização copiados do estrangeiro, em especial da Europa, das formas civilizadas idealizadas sobre a tradição da “barbárie”⁶nativa (SVAMPA, 2006. p. 17-43; SARMIENTO, s/d), defesas que repercutiram também na cultura jurídica pós-independência. Assim, com algumas exceções, como a defesa do “obscuro trópico americanista” de um Alberdi, que pioneiramente sustentou elementos para uma filosofia social acerca da América e também para uma filosofia jurídica com especificidades próprias e locais, as ideias jurídicas que dominaram boa parte do século XIX no continente mostraram-se pouco criativas e isentas de

aquelas a quem os romanos chamavam “bárbaros” tomam o centro de poder e designam. Esta dicotomia civilização/barbárie, designando centro e periferia, poder e dependência, vai destinar povos à dominação sob o rótulo de bárbaros, por não serem a exata cópia do seu dominador: “A marginalização e a barbárie se efetivam [...] desde um centro de poder que qualifica a partir de sua própria situação e linguagem” (ZEA, 2005, p. 66).

preocupação com a realidade local. Reproduzia-se, entre os advogados, professores e juristas, a moderna e erudita cultura eurocêntrica, oscilando entre variantes do jusnaturalismo e do positivismo, entre romantismo e cientificismo, entre o “iluminismo liberal” e do “tradicionalismo-historicista” (LEVAGGI, 1991, p. 216-218; ALBERDI, 1996, p. 98-100). E assim prosseguiu a marcha colonizadora, avançando não somente no âmbito das “ideias jurídicas”, mas também no âmbito das construções formais – públicas ou privadas – de controle social, o que fica evidente no processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos, doutrinariamente marcados pelas Declarações de Direitos anglo-francesas, pelas Constituições liberal-burguesas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791 e 1793), e pela liberal Constituição Espanhola de Cádiz (1812) (TORRE VILLAR, 1976; GARGARELLA, 2005) e evidente também na positivação do direito privado ibero-americano: modelada integralmente pelo ideário individualista, romanístico e patrimonial da legislação civil napoleônica (1804) e do código privado germânico (1900) (WOLKMER, 2011, p. 475).

Enfim, tanto a cultura jurídica do período colonial, quanto as instituições legais formadas no pós-independência, derivam da tradição europeia e suas fontes clássicas (Direito Romano, Germânico e Canônico). Em especial no segundo período, incorpora a racionalidade da modernidade eurocêntrica capitalista, liberal-individualista e burguesa, do modo de produção capitalista e do liberalismo individualista, que exercem importante influência no processo de positivação do direito, o qual enfatiza o direito de propriedade e o direito mercantil. Para Jesus Antonio de la Torre Rangel (1997, p. 69-70; 72-73) o individualismo liberal penetra a cultura hispano-americana, com sociedades fundamentalmente agrárias, repercutindo diretamente sobre a propriedade e a terra⁷. No âmbito das codificações, tem sido próprio da tradição latino-americana a proclamação abstrata da “neutralidade científica”, independência de poderes, garantia liberal de direitos e condição fictícia de um “Estado de Direito”, enquanto que, na prática, centralização e burocratização do poder oficial, em democracias excludentes, representações clientelistas e elitismo na participação, fatores que produzem ausências históricas das grandes massas populares. Esse cenário mostra que as institucionalidades do

⁷ No mesmo sentido, cf. Wolkmer, 2006. p. 95-97.

continente definem-se pela vontade e interesse de setores colonizados de elites dominantes, definidas pela cultura moderna europeia ou anglo-saxônica (WIARDA, 1983, p. 82, 85-86; CARBONELL; OROZCO; VAZQUEZ, 2002). Isso mostra que no pós- independência, o fim do colonialismo não significou uma efetiva emancipação das colônias.

A noção de colonialismo não implica apenas a ideia de dependência, mas também a de exploração. Vinculada a governos designados pelas metrópoles nas regiões conquistadas, apresenta-se como pós-colonialismo quando os novos governantes são aparentemente designados pelos povos e obedecem, no discurso oficial, à sua soberania. O conceito de neocolonialismo se usa para designar a situação de um colonialismo mediatizado por uma independência política formalmente reconhecida, mas que na prática mantém muitas características da dependência e da exploração colonial (CASANOVA, 1995, p. 51. Grifo no original).

Então, as colônias não contam mais com escravos, mas com classes operárias, convertem-se em países satélites do sistema econômico (BRIGHENTI, 2000, p. 21). Nesse contexto, a América contemporânea se caracteriza pela dependência, subdesenvolvimento e atraso

econômico frente ao mundo norte-atlântico: a dependência econômica fica como herança de três séculos de dominação luso-hispânica (STEIN; STEIN, 2002, p. 3). A essa dominação que subsiste após o fim do colonialismo enquanto dominação territorial e política desde fora das colônias, o peruano Aníbal Quijano denomina colonialidade, um padrão de poder que articula três linhas de classificação e dominação: o trabalho, o gênero e a raça. E sobre esse padrão, sustenta-se o capitalismo: sociedades patriarcais, racistas e com uma classificação do trabalho que terá como constante a dominação/exploração (QUIJANO, 2010). Dessa racionalidade decorre o eurocentrismo⁸, como forma persistente de colonização e subordinação da existência dos povos periféricos, dentre esses, os povos ancestrais de Abya Yala.

No âmbito jurídico-político, alguns cânones se consolidam, revelando uma função colonizadora do próprio discurso jurídico. Assim, adota-se a formação de Estados-nação, dotados de Constituições escritas, monismo jurídico estatal, discursos jurídicos notadamente antropocêntricos e individualistas, separação e equilíbrio entre os poderes e exercício representativo das

⁸ A evolução desse padrão chega aos dias atuais com os norte-americanos como descendentes dos europeus, partilhando com esses os benefícios da exploração sobre a América Latina

e a África. Assumem lugar privilegiado, como é o caso do Japão, junto com a parte não dominada do mundo (QUIJANO, 1992). Vide igualmente: DUSSEL, 1993, p.41-53; AMIN, 1989, p. 9-14.

funções democráticas e proeminência da propriedade privada. Esses cânones padronizam as instituições jurídico-políticas do continente, substituindo os variados sistemas e a cosmovisão pré-coloniais e as comunidades que resistiram à sua adoção foram identificadas como “primitivas”, seguiram na “barbárie”. Segundo Eni Pucinelli Orlandi (2008, p. 66-67), estudiosa da teoria do discurso, o encontro com o colonizador implica no silenciamento sobre toda a existência do indígena. Se o negro consegue ter uma participação – ainda que de segunda classe, o índio é totalmente excluído, inclusive pelo Estado branco no Brasil, onde há séculos se insiste na unicidade da cultura, a qual nega-se qualquer participação índia, admitindo-se apenas a origem europeia, e admitindo um “outro”, “entrado pela porta da cozinha”: o negro. A função colonizadora do discurso jurídico opera também através do Estado que

[...] estabelece com o índio uma relação tal que não são só as diferenças que se apagam: o próprio índio deixa de existir como índio. O modo como o Estado rege suas relações com a ciência, a religião e a política social, trabalha os sentidos dessas. A necessária relação com o Estado faz com que os discursos científico, religioso e político se apresentem sob a modalidade do discurso

liberal: o que se funda na igualdade jurídica dos direitos e deveres. No entanto, tratar o índio como igual já é em si apagar a diferença que ele tem e que é cerne de suas relações. A mera aplicação do discurso liberal já é um mecanismo de apagamento, essa fala sustenta-se na relação de dominação do branco; é porque considera o índio como igual que pode desqualificá-lo, ou seja, esse discurso traz o índio para o interior das categorias de igualdade estabelecidas pelo branco, e pelas quais o índio passa a ser visto pelas qualidades que não são suas (ORLANDI, 2008, p. 68).

A ideologia de justificação desse novo discurso é a segurança jurídica, fundada na previsibilidade e na igualdade perante a lei. Encontra na Teoria Pura do Direito de Kelsen (1984) seu máximo desenvolvimento: uma teoria que se reivindica neutra e estritamente jurídica, uma ciência jurídica “pura”, marcada pelo apego a um discurso legalista, isento de valores, e, até mesmo, do ideal de justiça⁹. Também essa se difunde hegemonicamente pelo continente latino-americano, agora já numa terceira fase, a contemporaneidade.

[...] a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência anti-ideológica. Comprova-se esta sua tendência pelo facto de, na descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito “ideal” ou “justo”. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele

mesmo desde as perspectivas das imensas massas que sofrem a exclusão, a opressão e o jugo da colonialidade?

⁹ Uma teoria que parece bem conveniente para setores que assumem posições privilegiadas nas relações globais. Mas será que se pode dizer o

deve ser: pergunta pelo Direito real e possível e não pelo Direito “ideal” ou “justo”. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. (KELSEN, 1984, p. 161).

Assim que é a cultura jurídica contemporânea na América Latina só pode ser compreendida como resultado de múltiplos fatores, mas especialmente pela proeminência da lógica da colonização, exploração e exclusão de inúmeros segmentos sociais. A sua trajetória histórica é marcada pela imposição de privilégios, negação de direitos e ausência de justiça, crueldades que recaíram (e ainda recaem!) sobre movimentos indígenas, negros, camponeses e populares (WOLKMER, 2004, p. 2). E diante desse mesmo cenário, que reproduz o universalismo teórico-metafísico eurocêntrico, dividido entre o formalismo e o idealismo, emerge o surto inovador de expressões teórico-jurídicas comprometidas com a prática social emancipatória do continente. Um debate que floresceu no século XX e se intensificou no século XXI, expressão de novas práticas, insurgentes e refundadoras de institucionalidades contra-hegemônicas.

3. VALORES ANCESTRAIS DE ABYA YALA E NOVAS INSTITUCIONALIDADES

Se, por um lado, uma racionalidade instrumental colonizadora se difundiu hegemonicamente na América Latina nos últimos séculos, lutas insurgentes também despontaram contemporaneamente em diversos países da região e dessa insurgência, cenários potencialmente descoloniais têm se revelado. Na América Latina, chamou-se o conjunto dessas transformações de “novo constitucionalismo latino-americano”. Tratam-se de transformações que combinam alguns cânones colonizadores às necessidades locais e também às suas crenças e tradições, desafiando, portanto, a racionalidade moderna eurocêntrica.

Nessa perspectiva, a estrutura estatal, hegemonicamente caracterizada pela unidade Estado-nação, tem sua estrutura unitária redefinida nas constituições políticas do Equador (2008) e da Bolívia (2009) que, já nos primeiros artigos de suas constituições enunciam-se como Estados Plurinacionais¹⁰ e, no caso boliviano, os princípios orientadores da plurinacionalidade são a

¹⁰ De modo mais tímido, a constituição colombiana declara-se, também em seu primeiro artigo, uma República Pluralista.

interculturalidade, proclamada no mesmo artigo e a descolonização, enunciada no artigo nove. Segundo Catherine Walsh (2012, p. 69), interculturalidade e descolonização são projetos que andam interligados, uma vez que construir a interculturalidade¹¹ exige a superação da matriz colonial, criando-se novas condições de poder, saber, ser, estar e viver para além da razão única do capitalismo. O Estado plurinacional, em suma, é uma reivindicação dos povos indígenas, como forma de transcender o caráter monocultural e individualista do Estado liberal, parte do projeto de uniformização do sistema jurídico imposto no continente e cujo efeito era a marginalização dos sistemas jurídicos e políticos originários. O Estado Plurinacional não desafia somente a forma hegemônica de organização política do território, mas também seus conteúdos, pois tem como elementos fundamentais o direito à terra e aos recursos naturais, rompendo com o latifúndio e o monopólio dos recursos para benefício de interesses particulares (GARCÉS V., 2008, p. 175-176).

Sobre o tema, Consuelo Sánchez (2009, p. 66-67) informa que a maioria das organizações indígenas, em seus documentos, expressou preferência pela

não secessão, garantindo-se seu direito à livre determinação, ao exercício e desenvolvimento de formas próprias de existência sociocultural e de governo, o que se traduz na reivindicação por autonomia, sendo que a autonomia abrange elementos como o reconhecimento jurídico e político das formações sociais enquanto coletividades, com governo autônomo e autoridades próprias, e reivindicação por sua base territorial – pois é o espaço concreto onde os sistemas são exercidos –, competências descentralizadas do Estado e possibilidade de representação e participação no âmbito do Estado.

Com relação aos poderes políticos do Estado, constam novas formas e até mesmo ampliação dos poderes: na Venezuela, a tripartição de Montesquieu dá lugar a cinco poderes: o Poder Nacional se divide em Legislativo, Executivo, Judiciário, Cidadão e Eleitoral, conforme o artigo

136 da Constituição da República Bolivariana da Venezuela, de 1999. Uma “novidade histórico-mundial nas práticas políticas da humanidade” (DUSSEL, 2007, p. 153). A função do poder cidadão consiste em resguardar a probidade administrativa de atos atentatórios à ética pública e

¹¹ Criticamente entendida, pois, segundo a autora, o sentido de interculturalidade tem variações conservadoras.

administrativa, enquanto a função do poder eleitoral consiste em regulamentar e acompanhar as eleições, inclusive eleições sindicais e outras instituições civis, se essas assim desejarem. Dussel(2007, p. 151-153) menciona a constituição venezuelana e seu potencial de fortalecimento da democracia de base, com participação de baixo para cima e representação de cima para baixo, e avalia que a possibilidade de revogação de mandato, prevista no artigo 70 do documento, converge com essa dimensão democrática. Outros países incluíram a revogação de mandatos em suas constituições: Equador, no artigo 61, Bolívia, artigo 11, II, 1 e Colômbia, em seu artigo 40, 4.

A Constituição boliviana consagrou, em seu artigo 11, I, 3, outra reivindicação das comunidades indígenas, a “democracia comunitária”, que contempla processos e valores políticos próprios das tradições ancestrais. Essa pauta está relacionada à luta histórica pelo reconhecimento e respeito às formas próprias de governo e aos respectivos sistemas jurídicos, por isso a democracia comunitária não somente está relacionada à observância de procedimentos próprios na designação, eleição ou nomeação de representantes que atuarão nas instituições oficiais em nome das comunidades, mas também à garantia jurídica de que os sistemas de governo das

comunidades indígenas devem ser respeitados. Desse modo, democracia comunitária e pluralismo jurídico constituem marcos normativos indissociáveis e fundamentais na marcha descolonizadora das comunidades originárias bolivianas.

A cosmovisão, orientada pelo biocentrismo e pelo ecocentrismo, também passa a orientar certos diplomas normativos, como a constituição equatoriana(2008) e a legislação infraconstitucional boliviana (2010 e 2012). E essa cosmovisão andina desafia outro elemento fundante da racionalidade ocidental moderna, o antropocentrismo baseado no individualismo universalista (ESTERMANN, 1998). É uma racionalidade colonizadora que ameaça a existência da vida no planeta em nome do “progresso civilizatório” desse patriarcalismo individualista – por excelência constituído pelo homem branco e proprietário. Enquanto o formalismo jurídico ocidental se pauta nesse antropocentrismo individualista que domina e explora a natureza em nome do desenvolvimento econômico extrativista, não reconhecendo outro sujeito de direito que não o ser humano, a constituição equatoriana dedica um capítulo (o capítulo sétimo do título segundo) para tratar dos “direitos da natureza”, a Pacha Mama,

portanto, reconhecendo outras subjetividades jurídicas para além do próprio homem. O artigo 71 enuncia que Pacha Mama é onde se reproduz e realiza a vida. A Pacha Mama tem direito de ter respeitada sua existência e seus ciclos vitais. Já na Bolívia, não foi a constituição que avançou na consolidação de um marco normativo de respeito à natureza, mas a legislação que se desenvolveu depois, especificamente as Leis nº 071, de 21 de dezembro de 2010 (Lei dos Direitos da Mãe Terra) e a Lei nº 300 de 15 de outubro de 2012 (Lei Marco da Mãe Terra e desenvolvimento integral para o viver bem). Agora, a Mãe Terra é reconhecida como “sistema vivente indivisível conformado pela comunidade indivisível de todos os sistemas de vida”, seres que se complementam e compartilham um destino comum, conforme arremata a Lei Marco da Mãe Terra. Então a cosmovisão, além de explicitar novos sujeitos de direitos, se traduz em dois princípios: o Buen Vivir, no Equador, e o Vivir Bien, na Bolívia. Esses novos elementos ressurgem de culturas ancestrais do continente, de suas memórias e resistência ao colonialismo excludente, não como resultado de elaboração científica (MORAES; FREITAS, 2013, p. 113-114).

Parece evidente que as mudanças políticas e os novos processos sociais de luta nos Estados latino-americanos engendram não só novas constituições que materializam

novos atores sociais, realidades plurais e práticas biocêntricas desafiadoras, mas igualmente, propõe diante da diversidade de culturas minoritárias, da força incontestada dos povos indígenas do Continente, de políticas de desenvolvimento sustentável e da proteção de bens comuns naturais, um novo paradigma de constitucionalismo, o que poderia denominar-se de constitucionalismo pluralista e intercultural – síntese de um constitucionalismo indígena, autóctone e mestiço (WOLKMER, 2013, p. 32-33. Sem grifo no original).

Ora, a cosmovisão dos povos originários renova o modelo de normatividade etnocêntrica por introduzir elementos de uma nova lógica de vida, que opõe o ecocentrismo ao antropocentrismo e o reconhecimento das coletividades concretas ao indivíduo abstrato moderno. Em ambos os casos, verifica-se uma insuficiência dos padrões de normatividade ocidental hegemônica. O modelo jurídico dominante é ineficiente em resolver demandas e conflitos coletivos, sendo que tal ineficiência se verifica em dois âmbitos: nas interpretações jurisprudenciais e nas disposições normativas, principalmente nos códigos (WOLKMER, 2015, p. 103-104).

Além das transições paradigmáticas já enunciadas, outra merece destaque: a constitucionalização do pluralismo jurídico. Apesar dos persistentes desafios colocados

às lutas populares, desse cenário também emergem possibilidades de romper com os monismos opressivos segregadores da modernidade ocidental. No caso do monismo jurídico estatal, Hespanha (2010, p. 145; 150) reflete sobre o formalismo jurídico, em especial nas últimas décadas, que, em geral ocupou-se da conversão de vontade arbitrária de Estados em direito legítimo. Sobre o discurso de “levar os direitos a sério”, o autor questiona se é possível levar a sério os direitos de uns sem levar o de outros. E as contradições desse “direito oficial” que emana dos Estados é uma das principais polêmicas acerca da institucionalidade. Para Enrique Dussel (2007) as instituições são necessárias para viabilizar o exercício poder, apesar de serem a fonte das possibilidades de corrupção desse mesmo poder. Já para Jesus Antonio de la Torre Rangel (2006, p. 49-50), existe, no povo latino-americano, uma cultura jurídicista, ainda que o manejo de direitos não se efetive em termos estritamente normativistas, mas antes, sob inspiração de suas próprias experiências acerca da justiça e tal consciência sobre o que é justiça emerge das próprias lutas históricas das comunidades oprimidas e excluídas. A essa postura, o autor atribui o “uso alternativo do direito”, que subverte o próprio direito positivo, extraindo dele potencialidade de uso em favor dos pobres, uma vez que,

embora Estado e Direito tenham sido convertidos pela classe burguesa em “sua” instância normativa, não se esgotam aí suas possibilidades, tanto que na América Latina, conforme prossegue o autor, tem se desenvolvido uma sociologia do direito militante, que teoriza e sistematiza o uso alternativo do direito, além de elaborar uma crítica jurídica, e o faz sob a motivação da urgência em promover transformações sociais, encaminhando-se na busca por satisfazer necessidades humanas (TORRE RANGEL, 2006, p. 58-59; 99-

105). Em suma, ainda que o direito estatal expresse a “legalidade da injustiça”, ainda pode servir para fazer justiça e a busca por esse horizonte implica nos processos sociais de libertação (TORRE RANGEL, 2010, p. ix).

[...] a razão de ser de uma forma teórica e prática de Direito mais comprometida com nossa sociedade latino-americana está na transgressão ao convencional instituído e injusto, na possibilidade de se revelar como recurso estratégico de resistência às diversas modalidades de colonialismos (acadêmico, cultural e institucional) e de contribuir, responsavelmente, para a construção criativa e empírica de uma sociedade mais comprometida com valores nascidos de práticas sociais emancipadoras. (WOLKMER, 2015, p. 254-255).

Estrategicamente, superar o monismo estatista colonizador através do fortalecimento do pluralismo jurídico do

tipo comunitário-participativo (WOLKMER, 2015) é um passo importante. Isso porque, se existe uma inclinação do direito positivo em

converter-se numa instância normativa de elites dominantes, do Estado em converter-se “balcão de negócios” dos mesmos grupos, é certo que nem toda normatividade produzida para além do Estado emancipa o povo dessas formas de dominação e exploração.

Existem normatividades para além do Estado que se configuram como pluralismo “de teor” conservador (de cima para baixo, sob formas de verticalização), onde se reproduzem relações de dominação, tais como as relações capitalistas estabelecidas entre os países ricos (Norte global) e as periferias (Sul global), mas não é o único tipo: também existe um pluralismo de teor comunitário-participativo, engendrado “desde abajo”

orientado horizontalmente pelas necessidades humanas essenciais, pelas múltiplas identidades sociais, pela descentralização democrática e controle comunitário, pela ética da alteridade e por uma racionalidade emancipatória (WOLKMER, 2015). Esses elementos estão presentes nas lutas sociais que inscreveram em constituições de países latino-americanos novos paradigmas, abrindo, apesar dos desafios ainda

presentes, possibilidades de resgatar tradições originárias de Abya Yala, favorecendo a tarefa de introduzir a questão da refundação do Estado e do reconhecimento do direito que nasça e que seja vivência prática do povo.

CONCLUSÃO

Enquanto projetava-se no continente uma cultura jurídica formalista, aspirando o cientificismo, a neutralidade e o racionalismo universalista, portanto, sem favorecer a emergência de uma teoria autêntica do direito latino-americano, subsistiam tendências teóricas e práticas normativas à margem da oficialidade, por vezes transgressoras, radicais e paralelas (interlegalidade autonômicas). O fortalecimento de tais práticas comunitárias autonômicas, nas últimas décadas, revelou a possibilidade de reordenação e edificação de novas formas de produção do conhecimento e experiências de normatividades alternativas, fundadas na autonomia, no reconhecimento do Outro (alteridade) e na vida humana em sua plenitude. A partir desse cenário, faz-se necessário repensar a historicidade da cultura jurídica latino-americana com novos aportes metodológicos, perspectivas interdisciplinares e libertárias, visto que as novas institucionalidades inauguradas a partir de processos sociais de luta próprios do continente já não cabem

mais nas velhas formas herdadas da colonização.

E com essa perspectiva que se constata características distintas das instituições colonizadoras que estão sendo reinventadas, tais como o Estado-nação, adotado em sociedades mais homogêneas e posteriormente incorporada também na América Latina, onde materialmente não se pode absolutizar a questão em torno de uma unidade nacional, dada a multiculturalidade e de identidades conformadoras do substrato social. Emerge, assim, o Estado Plurinacional como marco de reconhecimento e coexistência – idealmente igualitária – entre as diversas coletividades que integram espaços territoriais, em especial na região andina. Convergindo com essa transição, assinala-se também o recuo do centralismo patriarcal, abrindo espaço a uma forma própria de comunitarismo, ou coletivismo, que antes de se orientar pela tendência moderna do antropocentrismo individualista, busca nas tradições ancestrais e nas cosmovisões de Abya Yala, o sentido da comunidade e da existência harmônica entre os seres vivos que conformam a natureza e, portanto, os interregnos onde se produz e reproduz a vida. Tal cosmovisão implica na reinserção

do ser humano na natureza, superando a dicotomia que o discurso civilizatório impôs.

Igualmente, no âmbito político, vislumbram-se inovações, como a opção por novas configurações políticas (os cinco poderes na Venezuela¹², os quatro poderes na Bolívia¹³) ao invés do sistema de “freios e contrapesos” ilustrado na tripartição de Montesquieu. Ainda no âmbito político, a “democracia comunitária” ausente na evolução ocidental hegemônica da democracia, mas elemento próprio das coletividades ancestrais que passam a integrar também o direito formal contemporâneo, como foi consagrado no texto constitucional boliviano. E o conjunto dessas transições paradigmáticas, sem desconsiderar inúmeras outras, impõe o reconhecimento do pluralismo jurídico, que, sem jamais ter deixado de conformar a realidade multifacetada do continente, alcança, agora, abrigo nos novos textos constitucionais como fator estruturante.

Desde o ponto de vista da suposta “ciência jurídica” moderna, as questões refletidas são consideradas inovadoras, pois, se um dos propósitos desse ensaio foi demonstrar que as “inovações” significam, na verdade, o

¹² Como já visto, o artigo 136 daquela Constituição divide o poder público nacional em Legislativo, Executivo, Judicial, Cidadão e Eleitoral.

¹³ Conforme o artigo 12, I da Constituição

boliviana, o Estado se organiza e estrutura através dos órgãos Executivo, Legislativo, Judiciário e Eleitoral.

resgate de tradições dos povos originários de Abya Yala muito antes de sofrerem o violento processo de colonização, também se procurou demonstrar que se tratam de valores que inauguram novas institucionalidades no marco do direito ocidental moderno.

Como já pontualizado em um primeiro momento, não obstante a diversidade originária – e ainda existente – entre as comunidades pré-coloniais, alguns largos traços comuns as identificavam, tais como a relação harmônica com a natureza e o sentimento de pertencimento a essa, a valorização da coexistência em comunidades autonômicas, a preservação de suas complexas narrativas míticas – a partir de suas próprias culturas – a continuidade de suas tradições sociais e organização de poder, e a experiência prática de uma interlegalidade enquanto reconhecimento de direitos dos povos originários no bojo de sociedades pluriétnicas e multiculturais (SIERRA, 2011, 398-399). Esses elementos que sobreviveram ao “encobrimento” do ser latino-americano e ressurgem nas lutas e resistências populares, integrando-se às institucionalidades emergentes, dando-lhes novos sentidos e abrindo novos horizontes.

O processo de descolonização que está em marcha no continente latino-americano resgata e revela presentemente

uma história ocultada e junto com essa história, uma outra cosmovisão, mais justa, porque mais solidária, equilibrada e viável para assegurar toda forma de vida no planeta.

Referencias

ALBERDI, Juan B. Fragmento preliminar al estudio del derecho. In: Escritos de Juan B. Alberdi: el redactor de la ley.

Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1996.

. Ideas para presidir a la confección del curso de filosofía contemporánea. In: Escritos de Juan B. Alberdi: el redactor de la ley. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1996.

. Fundamentos da organização política da Argentina. Campinas: UNICAMP, 1994.

AMIN, Samir. El Eurocentrismo. Crítica de una Ideología. Mexico: Siglo XXI, 1989.

BAITY, Elizabeth Chesley. A América

CASANOVA, Pablo González. O colonialismo global e a democracia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

CHIVI VARGAS, Idón Moisés. El largo camino de la jurisdicción indígena. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia. 2 ed.

Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. pp. 275-379.

COLÔMBIA. Constitución Política de Colombia. 1991. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documentos/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

DUSSEL, Enrique. 1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade, conferências de Frankfurt. Petrópolis: Vozes, 1993.

antes de Colombo. 2 ed. belo Horizonte: . Oito ensaios sobre cultura Itatiaia, 1963. 223 p.

BOND, Rosana. Peru: do Império dos latino-americanos e libertação (1965- 1991). São Paulo: Paulinas, 1997.

Incas ao império da cocaína. Rio de Janeiro: Coedita, 2004. 430 p, il.

Paulo: Expressão Popular, 2007. 184 p.

BRIGHENTI, Agenor. Dívida externa e . Europa, modernidad y neocolonialismo: por uma globalização da solidariedade. São Paulo: Paulinas, 2000.

BRUIT, Héctor Hernan. Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos: ensaio sobre a conquista hispânica da América. Campinas, SP: UNICAMP; São Paulo: Iluminuras, 1995. 211 p. il.

CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y

democratización en América Latina.
México: Siglo Veintiuno, 2002.

CÁRCERES, Florival. História da
América. 2 ed. atual. e ampl. São
Paulo: Moderna, 1992. 311 p.

eurocentrismo. In: LANDER,
Edgardo (Comp.). La Colonialidad
del Saber: eurocentrismo y ciencias
sociales.

Perspectivas Latinoamericanas.
Buenos aires: CLACSO, 2003.

EQUADOR.
Constitución del Ecuador. 2008.
Disponível em: <
[http://www.asamblea
nacional.gov.ec/documentos/constitu
cion](http://www.asamblea.nacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

_de_bolsillo.pdf >. Acesso em: 9 jun.
2017.

ESPINOZA SORIANO, Waldemar.
(Comp.). 2ed. Los Modos de
Produccion en el Imperio de los Incas.
Lima: Amaru, 1981.

ESTERMANN, Josef. Filosofia
Andina. Estudio Intercultural de
la Sabiduría Autóctona Andina. Quito:
Abya Yala, 1998.

GARGARELLA, Roberto. Los
fundamentos legales de la
desigualdad. El constitucionalismo en
América (1776- 1860). Madrid: Siglo
XXI, 2005.

HANKE, Lewis. La lucha por la
justicia en la conquista de América.
Madrid: Ediciones Istmo, 1988.

HÖFFNER, Joseph. Colonização e
evangelho. Ética na colonização
espanhola no século de ouro. 3. ed.
Rio de Janeiro: Presença, 1986.

JESUS OSCAR, Aquino. História
das Sociedades Americanas. 7 ed.
Rio de Janeiro: Record, 2000. 764 p.

KAPLAN, Marcos. Formación del
Estado Nacional en América
Latina. Buenos Aires: Amorrortu,
1983.

KELSEN, Hans. Teoria pura do
direito.

trad. Dr. João Baptista Machado. 6.
ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.
484p.

LAS CASAS, Frei Bartolomé de. O
Paraíso Destruído. A sangrenta
história da conquista da América
Espanhola.

- Porto alegre: L&PM, 1984.
- LEVAGGI, Abelardo. Manual de historiadel derecho argentino. Tomo I: Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- LEÓN-PORTILLA, Miguel. A Mesoamérica antes de 1519. In: BETHELL, Leslie. História da América Latina. São Paulo: EDUSP; Brasília, D.F: FUNAG, 1997. Vol. I, il. Tradução de: The Cambridge history of Latin America. pp. 25-61.
- LEONARD, Jonathan Norton. América pré-colombiana. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1971. 192 p. il.
- LÓPEZ-HERNANDEZ, Migue Angel.
- Encuentros en los senderos de Abya Yala. Quito, Equador: Ediciones Abya- Yala, 2004.
- Disponível em: <
[http://repository.unm.edu/bitstream/handle/1928/11484/Encuentros en los senderos de Abya Yala.pdf?sequence=1](http://repository.unm.edu/bitstream/handle/1928/11484/Encuentros%20en%20los%20senderos%20de%20Abya%20Yala.pdf?sequence=1) >.
- Acesso em 16 out. 2014.
- LOSADA, Angel. Bartolomé de las Casas: o apóstolo dos índios da América espanhola no século XVI. Correio da UNESCO. Rio de Janeiro: FGV, n. 8, 1975.
- MARIÁTEGUI, José Carlos. Sete ensaios de interpretação da realidade peruana. São Paulo: Expressão Popular, 2008.
- MARINI, Ruy Mauro. Dialética da dependência. Coimbra: Centelha, 1976. 88p.
- MEGGERS, Betty Jane. América pré- histórica. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- MÉXICO. Equipo de contenido de la Presidencia de la República. Fundación de Tenochtitlan. Disponível em:
- <<http://www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/fundacion-de-tenochtitlan/>>. Acesso em 24 jul. 2017.
- MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (Sumak Kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos. MELO, Milena Petters. Constitucionalismo latino-

americano: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013. pp.103-124.

NEVES, Ana Maria Bergamin; HUMBERG, Flávia Ricca. Os povos da América: dos primeiros habitantes às primeiras civilizações urbanas. 4. ed. São Paulo: Atual, 1996. 90p.

OLMO, Rosa del. A América Latina e sua Criminología. Rio de Janeiro:Ed.Revan, 2004.

ORLANDI, EniPucinelli. Terra à vista: discurso do confronto:velho e novo mundo.2. ed. São Paulo: Cortez, Campinas: UNICAMP, 2008. 286 p.

OTS Y CAPDEQUI, José M. Historia del derecho español en América y del derecho indiano. Madrid: Aguilar, 1968.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Trayectorias contemporâneas de la filosofía y la teoría del derecho. 4 ed. Lima: Palestra, 2005.

POMER, Leon. História da América hispano-indígena. São Paulo: Global Ed, 1983. 167p.

Janeiro: Forense-Universitária, 1979. 458 p.

TODOROV, Tzvetan. A Conquista da América. A questão do Outro. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

TORRE RANGEL, Jesus A. de la. El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do . Sociología jurídica y uso poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. MENESES, Maria Paula.

alternativo del derecho. México: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997.

Epistemologias do Sul. São Paulo: 2010. . El derecho como arma de pp. 84-130.

.Colonialidade e Modernidade/Racionalidade. 1992. Disponível em:

<<http://www.scribd.com/doc/36091067/Anibal-Quijano-Colonialidade-e-Modernidade-Racionalidade>>.

Acesso em: 17 out. 2014.

liberación en América Latina: sociologia jurídica y uso alternativo

Del derecho. 3 ed. Aguascalientes:
Centro de Estudios Jurídicos y
Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2006.
201 p. Disponível em:
<[http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/
ar/libros/derecho/torre.pdf](http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/torre.pdf)>. Acesso
em 5 jun. 2017.

SARMIENTO, Domingo F.
Facundo. . Derecho y
liberación:
Buenos Aires: Claridad, s/d.

SIERRA, Maria Teresa. Pluralismo
Jurídico e Interlegalidad. Debates
antropológicos en torno al derecho
indígena y las políticas de
reconhecimento. In: CHENAUT,
V.;GÓMEZ,M.;ORTIZ,H.: SIERRA,
M.T. (Coords). Justicia y Diversidad
en América Latina. Pueblos
Indígenas ante la Globalización.
México: CIESAS; Quito: FLCS,
2011.

STEIN, Stanley J.; STEIN, Barbara
H. La herencia colonial de América
Latina.
27 ed. México: Siglo XXI Editores,
2002. 204 p.

SVAMPA, Maristella. El dilema
argentino: civilización o barbarie.
Buenos Aires: Aguilar/Taurus, 2006.

TAPAJÓS, Vicente. História da
América. 7 ed. rev. e ampl. Rio de
pluralismo jurídico y movimientos
sociales. Bolívia, Cochabamba:
Editorial Verbo Divino, 2010. 164 p.

TORRE VILLAR, Ernesto de la e
GARCÍA LA GUARDIA, Jorge M.

Desarrollo histórico del
constitucionalismo
hispanoamericano. México: UNAM,
1976.

VELLARD, Jean Albert.
Civilisations des Andes: evolution
des populations du haut-plateau
bolivien. [Paris]: Gallimard, 1963.

VENEZUELA. Constitución de la
Reppública Bolivariana de
Venezuela. 1999. Publicada en
Gaceta Oficial Extraordinaria N°
5.453 de la República Bolivariana de
Venezuela. Caracas, viernes 24 de
marzo de 2000. Disponível em: <
[http://www.cne.gob.ve/
web/normativa_electoral/constitucion/
/indice.php](http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php)>. Acesso em: 9 jun.
2017.

WALSH, Catherine.
Interculturalidad y (de)colonialidad:
perspectivas críticas y políticas.
Visão Global. Joaçaba, v. 15, n. 1-2,
jan./dez. 2012. pp. 61-74. Disponível
em:

<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/vis_aoglobal/article/view/3412>.
Acesso em: 14 jul. 2017.

WIARDA, Howard I. O modelo
corporativo na América Latina e a
latino-americanização dos Estados
Unidos. Petrópolis: Vozes, 1983.

WOLKMER, Antonio C. Pluralidade
jurídica na América luso-hispânica.
In: WOLKMER, Antonio Carlos
(Org.). Direito e justiça na América
Índigena: da conquista à colonização.
Porto Alegre: Livraria do Advogado,
1998. pp. 75-93.

. Direitos humanos e filosofia
jurídica na América Latina. Rio de
Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

. História do direito no Brasil. 2. ed.
Rio de Janeiro: Forense, 1999.

. Fundamentos de história do
direito. 7. ed. rev. e ampl. Belo
Horizonte: Del Rey, 2013.

. La Filosofía del Derecho. In:
DUSSEL, E.; MENDIETA, E.;

BOHÓRQUEZ, C. (Editores). El
Pensamiento Filosófico
Latinoamericano, Del Caribe y
“latino” (1300-2000). Mexico: Siglo
XXI, 2011, pp.471-478.

. Introdução ao pensamento jurídico
crítico. 9 ed. São Paulo: Saraiva,
2015.

. Pluralismo jurídico: fundamentos
de uma nova cultura no Direito. 4 ed.
rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva,
2015.

. Pluralismo Jurídico e perspectivas
para um novo constitucionalismo na
América Latina. In:

WOLKMER, Antonio Carlos.
MELO, Milena Petters.
Constitucionalismo latino-americano:
tendências contemporâneas. Curitiba:
Juruá, 2013. pp. 19-42.

WOLKMER, Antonio Carlos;
MELO, Milena Petters.
Constitucionalismo latino-americano:
tendências contemporâneas. Curitiba:
Juruá, 2013. 218 p.

ZEA, Leopoldo. Discurso desde a
marginalização e a barbárie; seguido

de A filosofia latino-americana como
filosofia pura e simplesmente. Trad.
De Discurso, Luiz Gonzalo Acosta
Espejo e Maurício Delamaro, e, de A
filosofia, Francisco Alcidez Candia
Quitana e Maurício Delamaro. Rio de
Janeiro: Garamond, 2005. 488p.