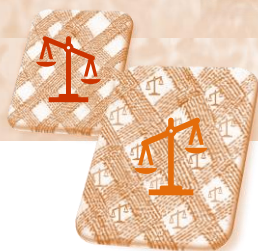


Reflexões sobre Pluralismo Jurídico e Justiças Indígenas



SÉRIE: DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES

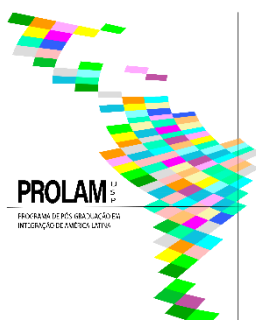
JÚLIO CÉSAR SUZUKI

RITA DE CÁSSIA MARQUES LIMA DE CASTRO

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA

(ORGANIZADORES)

FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA LATINA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO



PROLAM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM
INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA LATINA



fflch

FACULDADE DE FILOSOFIA,
LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISBN 978-85-7506-460-3
DOI: 10.11606/9788575064603

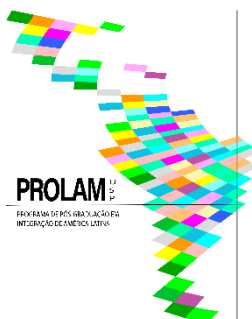
JÚLIO CÉSAR SUZUKI

RITA DE CÁSSIA MARQUES LIMA DE CASTRO

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA

(ORGANIZADORES)

REFLEXÕES SOBRE PLURALISMO JURÍDICO E
JUSTIÇAS INDÍGENAS
[SÉRIE: DIÁLOGOS INTERDISCIPLINARES]



FFLCH-USP
PROLAM-USP

 **fflch**
FACULDADE DE FILOSOFIA,
LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

2023

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Reitor: Prof. Dr. Carlos Gilberto Carlotti Junior

Vice-reitora: Profa. Dra. Maria Arminda do Nascimento Arruda

FACULDADE DE FILOSOFIA, LETRAS E CIÊNCIAS HUMANAS - FFLCH

Diretor: Prof. Dr. Paulo Martins

Vice-diretora: Profa. Dra. Ana Paula Torres Megiani

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM INTEGRAÇÃO DA AMÉRICA LATINA

Presidente da CPG: Profa. Dra. Marilene Proença Rebello de Souza

Vice-presidente da CPG: Prof. Dr. Júlio César Suzuki

COMITÊ EDITORIAL

Prof. Dr. Adebaro Alves dos Reis (IFPA)

Profa. Dra. Adriana Carvalho Silva (UFRRJ)

Prof. Dr. Adriano Rodrigues de Oliveira (UFG)

Prof. Dr. Agnaldo de Sousa Barbosa (UNESP)

Prof. Dr. Alécio Rodrigues de Oliveira (IFSP)

Profa. Dra. Ana Regina M. Dantas Barboza da Rocha Serafim (UPE) Prof.

Dr. Cesar de David (UFSM)

Prof. Dr. José Elias Pinheiro Neto (UEG)

Profa. Dra. Maria Jaqueline Elicher (UNIRIO)

Prof. Dr. Ricardo Júnior de Assis Fernandes (UEG)

Prof. Dr. Roni Mayer Lomba (UNIFAP)

Profa. Dra. Telma Mara Bittencourt Bassetti (UNIRIO)

Profa. Dra. Valéria Cristina Pereira da Silva (UFG)

Catálogo na Publicação (CIP)
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo

R332 Reflexões sobre pluralismo jurídico e justiças indígenas [recurso eletrônico] / Organizadores: Júlio César Suzuki, Rita de Cássia Marques Lima de Castro e Júlio da Silveira Moreira. -- São Paulo: FFLCH/USP, PROLAM/USP, 2023.
1.810 Kb ; PDF (Diálogos Interdisciplinares)

Textos em Português e Espanhol.
Vários autores.

ISBN: 978-85-7506-460-3
DOI: 10.11606/9788575064603

1. América Latina – Estudo e pesquisa. 2. Direitos indígenas.
3. Povos indígenas. 4. Justiça - indígenas. 5. Pluralismo
jurídico. I. Suzuki, Júlio César, *coord.* II. Castro, Rita de Cássia
Marques Lima de, *coord.* III. Moreira, Júlio da Silveira, *coord.*
IV. Série

CDD 342.0872

Elaborada por Elizabeth Barbosa dos Santos, CRA-8/6638



Esta obra é de acesso aberto. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e a autoria e respeitando a Licença Creative Commons indicada

Capa: Artesanatos indígenas mexicano e brasileiro com aplicação de ícones representando a justiça.

Arte: autoria de Rita Lima de Castro

Editoração: Rita Lima de Castro

A exatidão das informações, conceitos e opiniões é de exclusiva responsabilidade dos autores, os quais também se responsabilizam pelas imagens utilizadas..

SUMÁRIO

PREFÁCIO	6
----------------	---

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA

DIREITO À PALAVRA NO TRATAMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS – REFLEXÕES E AÇÕES	11
---	----

JÚLIO CÉSAR SUZUKI

RITA DE CÁSSIA MARQUES LIMA DE CASTRO

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O DIREITO CONTRA O COLONIALISMO?	15
---	----

ANA CAROLINA DE MORAIS COLOMBAROLI

LEANDRO FONTES CORRÊA

MOVIMENTO TRANSGÊNERO EM PAUTA: ALTERNATIVA JURÍDICA PARA DIREITOS ALTERNATIVOS	47
--	----

ANTONIO MARCOS QUINUPA

JÚLIO CÉSAR SUZUKI

TRIBUNAIS DE CONSCIÊNCIA: FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO	78
--	----

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA

A DEFESA DOS ÍNDIOS NA PERSPECTIVA HUMANISTA DE FRANCISCO DE VITORIA E RONDON	112
---	-----

MARIA SÔNIA DE MEDEIROS SANTOS DE ASSIS

CHANINCHAY: HACIA UNA TEORÍA JURÍDICA ANDINA (ENTRE LA COORDINACIÓN Y LA SUBORDINACIÓN DE JUSTICIAS EN EL PERÚ) 141	
---	--

CLIVER CCAHUANIHANCCO ARQUE

QUANDO OS SUBALTERNOS TÊM DIREITO. PERCEPÇÕES CH'ICHI SOBRE A JUSTIÇA COMUNITÁRIA	168
---	-----

ANA CARLA BARROS SOBREIRA

LA COEXISTENCIA DEL PLURALISMO JURÍDICO EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009	193
---	-----

ALEX CABELLO AYZAMA

CAROL ANCIETA RODRÍGUEZ

SARAH MONTESINOS SALINAS

SOBRE OS ORGANIZADORES	225
------------------------------	-----

SOBRE OS AUTORES	227
------------------------	-----

PREFÁCIO

Já se passaram mais de 30 anos da obra “Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito”, de Antonio Carlos Wolkmer, que todo esse tempo tem motivado e inspirado estudantes de direito, juristas e pesquisadores a transcender os horizontes do positivismo jurídico e do monismo estatal, enfim, o direito frio e morto das doutrinas, na direção de um direito criativo, crítico, solidário e empático ao reconhecer e dar voz às expressões sociojurídicas de povos, comunidades, grupos e movimentos sociais. A abertura manifestada pelo “pluralismo jurídico de base comunitária e participativa é de uma abertura do fenômeno jurídico” para

[...] a multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais. (WOLKMER, 2015, p. 13)

O Brasil de 1990 era muito diferente do país de hoje, em suas conjunturas, discursos políticos e táticas de luta. Faz bem lembrar e percorrer esses períodos, para refrescar nossas consciências na época atual, tão desoladora e desesperançante. Na aurora do “regime democrático”, era impensável que alguém pudesse defender publicamente o fascismo, o autoritarismo, a ditadura militar e o terrorismo de Estado – embora desde sempre a ditadura continuou existindo para os filhos das classes trabalhadoras – bastando percorrer as delegacias, os presídios e inclusive os estádios de futebol. A

Pedagogia do Oprimido de Paulo Freire inspirava os ideais da prática universitária e profissional. Nos cursos de direito, o Direito Alternativo era a alternativa para quem escolhia esse curso por ideais humanistas. Os Núcleos de Assessoria Jurídica Universitária Popular de várias faculdades formavam uma ampla rede pelo país. Desde a Universidade de Brasília, inspirado pelo Prof. Roberto Lyra Filho, luzia o Direito Achado na Rua.

O Partido dos Trabalhadores (PT) não havia chegado à Presidência da República, mas já possuía algumas prefeituras, vereadores e deputados. Os movimentos sociais de base desse e de outros partidos (estudantil, sindical e camponês) falavam em uníssono de “um projeto para o Brasil”. Em toda greve e encontro de estudantes e trabalhadores havia o chamado a uma frente de movimentos por alternativas de vida e de sociedade. “Um outro mundo é possível”, conclamava a primeira edição do Fórum Social Mundial (FSM), em Porto Alegre, em 2001.

Assim era o mundo quando eu entrei na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, em 2001. Eu havia sido aprovado em quatro vestibulares para Ciências Sociais e um para Direito, e escolhi o último, fazendo-me a promessa de que sempre buscaria as Ciências Sociais dentro do Direito. Meus primeiros *insights* na biblioteca vieram com o livro Direito e Moral, do inolvidável Prof. José Nicolau Heck, e com a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale. Minha sacada foi: se existem muitos sistemas morais na sociedade, não pode existir um só direito. Me encantei com o pequeno texto de Boaventura de

Sousa Santos, “Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada” e com o citado livro do Prof. Wolkmer. Na primeira oportunidade, em 2002, quando fui ao FSM em Porto Alegre, “estiquei” até Florianópolis com objetivos de coletar pérolas na Biblioteca da UFSC e ter um encontro com o professor. O primeiro objetivo foi cumprido, o segundo não. Entre os volumes coordenados pelo Prof. Edmundo Lima de Arruda Jr., já estava lidando com as categorias de sujeito coletivo de direito e novos movimentos sociais, que dialogavam em paralelo com a obra do Prof. José Geraldo de Sousa Jr.

Propus logo no início do curso um projeto de iniciação científica para pesquisar o pluralismo jurídico na região periférica de Goiânia. No meio do caminho, encontrei a dualidade de poderes em Lênin, e entendi que não bastava o reconhecimento de direitos plurais, pois era preciso também compreender que as lutas políticas no seio da sociedade colocam em crise o sistema de Estado moderno/burguês. Muitos anos depois tive contato com a obra de Jesus Ignacio de la Torre Rangel, seu direito pluralista e insurgente, surgido da realidade social mexicana, diferente do Brasil em muitos aspectos, sobretudo em relação às autonomias indígenas. Fruto do movimento revolucionário zapatista em Chiapas, a *Comisión Bicameral de Concordia y Pacificación* (COCOPA), na qual tomaram parte importantes intelectuais e juristas, apoiou a celebração dos *Acuerdos de San Andrés* (em 1996), que incorporou de forma programática o reconhecimento das autonomias indígenas, repercutindo também sobre o constitucionalismo mexicano.

Em 2021, tem sido possível retomar esse fio com a série de publicações Diálogos Interdisciplinares, pela qual o Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina (PROLAM/USP) tem promovido aproximações, parcerias e fortalecimentos com outras pós-graduações interdisciplinares, incluindo o nosso Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos (PPG-IELA-UNILA).

No processo de edição e diálogos com os(as) autores(as), percebemos o quanto o debate do pluralismo jurídico tem se renovado e ganhado novos conteúdos e conceitos, na medida em que jovens pesquisadores analisam o tempo presente e relatam suas pesquisas de campo. Resolvemos, portanto, separar este projeto em três volumes: reflexões contemporâneas; povos indígenas e a jurisprudência internacional; povos indígenas e a jurisdição brasileira.

Já no prefácio à edição de 2015 do citado livro, o Prof. Wolkmer mencionava que o pluralismo jurídico fora realçado e legitimado pelas constituições do Equador e da Bolívia, ressaltando na sociedade experiências de “justiças popular, indígena, comunitária, consuetudinária e constitucionalismo plural andino” (2015, p. 11). Porém, com o devir dos governos daqueles países, chegamos a 2021 com novas e essenciais percepções sobre as limitações dos processos instituintes desde arriba, e novos problemas – incluindo aqueles abordados neste projeto – vêm à tona. Vivemos

[...] reflexos de um tempo de transição, descontinuidades, impasses e reordenações, ou seja, o impacto e a pouca eficácia em responder às crescentes necessidades da vida

humana por parte de uma cultura monolítica, determinista, hierárquica e totalizante. (WOLKMER, 2013, p. 7).

Bebendo da proposta da série Diálogos Interdisciplinares, trazemos o tema *Reflexões sobre Pluralismo Jurídico e Justiças Indígenas*, que é interdisciplinar por excelência, e é, ao mesmo tempo, sociojurídico e antropológico por excelência, pois a interdisciplinaridade é um pressuposto para os estudos jurídicos críticos que, por sua parte, já ocuparam as cadeiras das pós-graduações interdisciplinares com trabalhos de qualidade, que mostram a integração de seus autores em sua própria comunidade e sua preocupação com um fazer acadêmico universitário solidário com a vida cotidiana e as lutas de seus povos.

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA ¹

REFERÊNCIAS

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos para uma nova cultura no direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, A.C.; VERAS NETO, F. Q.; LIXA, I. F. M. **Pluralismo jurídico**. Os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹ Professor na Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Membro do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos (PPG-IELA/UNILA). Atualmente realiza pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia (UNIOESTE). Doutor em Sociologia (UFG), com estágio doutoral na UNAM (bolsa CAPES/MEC/Brasil). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (PUC Goiás). Graduado em Direito (UFG). Advogado membro da Associação Internacional dos Advogados do Povo entre 2006 e 2017. Coordena o projeto de extensão "Territórios culturais: memória e patrimônio no Oeste do Paraná". Escritor de vários livros, capítulos e artigos, incluindo o livro de poesias "Na Beira do Rio". E-mail: julio.s.moreira@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-3597-6420>

DIREITO À PALAVRA NO TRATAMENTO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS – REFLEXÕES E AÇÕES

O livro *Reflexões sobre Pluralismo Jurídico e Justiças Indígenas* reúne trabalhos de pesquisadores que voltam seus esforços de investigação sobre uma importante temática – a questão dos povos indígenas e como tem sido suas lutas para terem o direito da palavra no tratamento de seus direitos, considerando-se o embate com a ótica da jurisprudência predominante, de essência colonialista e eurocêntrica.

São sete capítulos que compõem este *e-book*, parte de uma coletânea estruturada em três livros que abordam o pluralismo jurídico: além desta obra, há um *e-book* tratando de povos indígenas e a jurisdição brasileira e um terceiro volume acerca de povos indígenas e jurisprudência internacional.

O primeiro capítulo, intitulado *O novo constitucionalismo latino-americano: o direito contra o colonialismo?*, de Ana Carolina de Moraes Colombaroli e Leandro Fontes Corrêa, aborda a relação entre as constituições latino-americanas e colonialismo, analisando como o direito pode se posicionar contra esse colonialismo e contra a colonialidade na realidade dos povos da América Latina, bem como discutindo os limites do processo de emancipação na região.

No segundo capítulo, *Movimento transgênero em pauta: alternativa jurídica para direitos alternativos*, os autores Antonio Marcos Quinupa e Júlio César Suzuki tratam das reivindicações sociopolíticas e jurídicas das pessoas transgêneras, visando à garantia de seus direitos fundamentais,

tomando por base a análise de dois casos considerados emblemáticos em processos de retificação de prenome e sexo ocorridos no Paraná.

No capítulo 3, *Tribunais de consciência: filosofia da libertação e pluralismo jurídico*, Júlio da Silveira Moreira resgata a memória de tribunais de consciência realizados nos países latino-americanos, com foco em seu papel atuante para alcançar a justiça social e contribuir para a realização dos direitos da sociedade civil no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial dos povos migrantes, refugiados, em luta por território e por sua autodeterminação. Ao ilustrar como os tribunais de consciência proclamam a palavra desses povos, o autor nos incita a refletir sobre a importância de retomar o sentido de justiça por meio dos espaços em que essas pessoas fora do *mainstream* resgatam o poder da palavra.

O capítulo 4, de Maria Sônia de Medeiros Santos de Assis, intitulado *Defesa dos índios na perspectiva humanista de Francisco De Vitoria e Rondon*, nos brinda com uma análise das ações realizadas pelo dominicano Francisco de Vitoria e pelo brasileiro Cândido Rondon, com foco no trabalho dedicado a atuar em prol dos direitos dos povos originários, bem como ao respeito pela cultura dos indígenas. A autora nos leva à reflexão quanto à necessidade de uma compreensão da humanidade como uma única ‘raça’, estimulando o respeito à multiculturalidade e ao reforço do ser humano como sujeito de direitos.

No capítulo 5, que recebe o título de *Chaninchay: hacia una teoría jurídica andina (entre la coordinación y la subordinación de justicias en el Perú)*, Cliver Ccahuanihancco Arque debate o direito positivo e o monismo jurídico e realiza uma análise acerca da negação epistêmica do

conhecimento jurídico dos povos originários andinos, estimulando-nos a compreender as formas de pensamento dos povos originários como, por exemplo, a relacionalidade, a filosofia dialógica e imperativa, como fundamentos para o reconhecimento da justiça andina e para a quebra do modelo dominante que é reducionista, etnocentrista e não considera as distintas culturas dos povos latino-americanos.

Quando os subalternos têm direito. Percepções ch'ichi sobre a justiça comunitária, de Ana Carla Barros Sobreira, é um trabalho de investigação que compõe o capítulo 6 e traz visibilidade para outras formas de se fazer justiça, formas essas que expressam a justiça comunitária, em especial do povo ch'ichi, estimulando a reflexão sobre uma resignificação do conhecimento judiciário, envolvendo justiça estatal e comunitária na construção de um conhecimento interconectado com a cosmovisão dos povos originários e o respeito ao conhecimento local.

O capítulo 7, intitulado *La coexistencia del pluralismo jurídico en el estado plurinacional de Bolívia a partir de la reforma constitucional de 2009*, de Alex Cabello Ayzama, Carol Ancieta Rodríguez e Sarah Montesinos Salinas, traz uma análise do funcionamento do processo de reconhecimento e incorporação do pluralismo jurídico na Bolívia, a partir da reforma constitucional de 2009, mostrando a saga para que os povos originários pudessem ser reconhecidos como sujeitos de direito e, ademais, protagonistas de uma Assembleia Constituinte.

Os trabalhos deste *e-book* propiciam a compreensão sobre a problemática das diferentes perspectivas entre os olhares dos povos originários e a interpretação das leis, com sua aplicação, sob a ótica

internacional. Este livro traz, portanto, debates importantes para a aplicação de justiça para os povos indígenas no século XXI, como destacado no prefácio do Prof. Júlio da Silveira Moreira.

Boa leitura!

JÚLIO CÉSAR SUZUKI ²

RITA DE CÁSSIA MARQUES LIMA DE CASTRO ³

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA ⁴

(organizadores)

² Graduado em Geografia (UFMT), em Letras (UFPR) e em Química (IFSP), com mestrado e doutorado em Geografia Humana (USP) e Livre-Docência em Fundamentos Econômicos, Sociais e Políticos da Geografia. Professor Doutor junto ao Departamento de Geografia da FFLCH/USP e ao Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Integração da América Latina (PROLAM) da Universidade de São Paulo (USP).. E-mail: jcsuzuki@usp.br <https://orcid.org/0000-0001-7499-3242>

³ Graduada em Comunicação Social – Jornalismo (Faculdade de Comunicação Social Cásper Líbero) e em Administração (Centro Universitário SENAC SP), com mestrado em Administração (FGV-EAESP), doutorado em Ciências (PROLAM-USP), pós-doutorado (FEA-USP). Professora no Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina – Prolam-USP e professora de graduação (Programa PART) na FEA-USP. Pesquisadora no CORS e no NESPI, ambos lotados na FEA-USP; no Grupo de Pesquisa Psicologia, Sociedade e Educação na América Latina (Instituto de Psicologia-USP) e no Centro Latinoamericano de Estudios en Epistemología Pedagógica (CESPE), onde atua como Presidente adjunta para o Brasil e como Chefe de Relações Internacionais. E-mails: ritaimadecastro@usp.br; ritaimadecastro@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-0137-6005>

⁴ Professor na Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Membro do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos (PPG-IELA/UNILA). Atualmente realiza pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia (UNIOESTE). Doutor em Sociologia (UFG), com estágio doutoral na UNAM (bolsa CAPES/MEC/Brasil). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (PUC Goiás). Graduado em Direito (UFG). Advogado membro da Associação Internacional dos Advogados do Povo entre 2006 e 2017. Coordena o projeto de extensão "Territórios culturais: memória e patrimônio no Oeste do Paraná". Escritor de vários livros, capítulos e artigos, incluindo o livro de poesias "Na Beira do Rio". E-mail: julio.s.moreira@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-3597-6420>

O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: O DIREITO CONTRA O COLONIALISMO?

ANA CAROLINA DE MORAIS COLOMBAROLI ⁵

LEANDRO FONTES CORRÊA ⁶

Introdução (ou sobre a colonialidade do constitucionalismo na América Latina)

As Constituições latino-americanas, instituídas com os processos de independência dos países da região e após, apresentaram-se historicamente como o instrumento legítimo capaz de prever e regulamentar as prerrogativas próprias de Nações soberanas. A análise destas Constituições, por outro lado, evidencia os contornos mais controversos do direito à emancipação cidadã, indicando quais são os limites estruturais dentro dos quais este processo se desdobra. Isto é, na busca pela garantia do princípio fundante do Sistema Internacional, de autodeterminação dos povos, as Constituições na América Latina ora proclamam os ideais de independência e

⁵ Bacharel e Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Doutoranda no Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (USP). e-mail: carolcolombaroli@hotmail.com

⁶ Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Mestrando no Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (USP). e-mail: lfontescorrea@usp.br

democracia, ora internalizam mecanismos de controle social sob a lógica colonialista.

Neste sentido, o acúmulo científico produzido pelo pensamento social brasileiro e latino-americano registrou na literatura diversos dilemas presentes nos países da região. No que toca aos processos constitucionais, Paulo Bonavides, renomado jurista brasileiro, contribuiu a à reflexão, pensando o Direito no marco do colonialismo. Sua interpretação do texto constitucional à luz da superação das mazelas e desigualdades questionou a base epistemológica sobre a qual se formulou a racionalidade jurídico-institucional do Estado Nação nestes países. Para Bonavides (2004), o atravessamento do empreendimento colonial nas Constituições pós-independências, além de deixar as nações recém-formadas suscetíveis à dominação externa, impede, ao nível local, a instauração do Estado Social e Democrático de Direito – o único regime capaz, em sua visão, de suprimir as contradições dos dispositivos constitucionais que concentram poderes nas elites políticas e econômicas desde o período das colônias (BONAVIDES, 2004).

Apesar desta compreensão da dinâmica constitucional dos países estar inscrita na grande área do Direito, certamente busca subsídio em outras ciências sociais aplicadas, dada a sua complexidade. A forma desigual com a qual os diferentes

grupos sociais foram assimilados na racionalidade burocrática-estatal diz respeito a um amplo processo histórico de formação econômica e política destes países. Com efeito, busca-se aqui analisar os princípios de cidadania que foram validados por um determinado quadro epistemológico. Isso porque a noção hegemônica de civilização pode garantir coesão social, mas também, e não raro nos países da América-Latina, gera profundas distensões na sociedade. Nesta esteira de pensamento, Michael Walzer (1997) apresentou a tese da *tolerância*, que examina o grau e a forma da tolerância de diferentes grupos sociais na égide do Estado Nação. Para Walzer, que participa da escola pluralista do Direito, as disputas de poder que se travam com base em marcadores sociais da diferença, como classe, raça e religião, precisam ser suprimidas, de modo que a coexistência pacífica de vários grupos passe necessariamente pelo acesso à justiça social (WALZER, 1997).

*A colonialidade do poder*⁷, como vetor do colonialismo na história, perdura na configuração do Estado e na produção do

⁷ “A globalização em curso é, em primeiro lugar, a culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial. Um dos eixos fundamentais desse padrão de poder é a classificação social da população mundial de acordo com a idéia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que desde então permeia as dimensões mais importantes do poder mundial, incluindo sua racionalidade específica, o eurocentrismo. Esse eixo tem, portanto, origem e caráter colonial, mas provou ser mais duradouro e estável que o colonialismo em cuja matriz foi

conhecimento ao passo que seus moldes fundantes tiveram inspirações na modernidade eurocentrada. É dizer, o padrão de poder mundial característico do capitalismo colonial tem como coordenadas epistemológicas a classificação social da população a partir da ideia de raça e a articulação do trabalho em torno do capital. Esta racionalidade colonial se manteve mesmo após os processos de independência e o fim do colonialismo formal (QUIJANO, 2005, p. 107). Os Estados-nação latino-americanos renovaram muitas das estruturas que predominavam durante os períodos coloniais (GONZÁLEZ CASANOVA, 2007, p. 431), em um processo de construção jurídica que conserva e reproduz, ao mesmo tempo, colonialidade em relação aos países do Norte Global⁸ e colonialismo interno⁹.

Como explica Wolkmer (2012, p. 64) tanto a cultura jurídica que foi imposta às colônias, quanto as instituições formadas após os processos independentistas derivam da

estabelecido. Implica, conseqüentemente, num elemento de colonialidade no padrão de poder hoje hegemônico” (QUIJANO, 2005, p.117).

⁸ “Na perspectiva da colonialidade, as antigas hierarquias coloniais, que foram agrupadas na relação europeu versus não europeu, continuaram arraigadas e enredadas na divisão internacional do trabalho e na acumulação do capital à escala global” (ASSIS, 2014, p. 614).

⁹ “A definição do colonialismo interno está originalmente ligada a fenômenos de conquista, em que as populações de nativos não são exterminadas e formam parte, primeiro do Estado colonizador e depois do Estado que adquire uma independência formal, ou que inicia um processo de libertação, de transição para o socialismo, ou de recolonização e regresso ao capitalismo neoliberal” (GONZÁLEZ CASANOVA, 2007, p. 431).

tradição jurídica europeia e os processos de constitucionalização pós-independências reproduzem as constituições burguesa. Os princípios iluministas, norteados pelo paradigma capitalista, de livre-mercado, liberal-individualista, foram articulados de modo que a juridicidade moderna repercuta diretamente nas estruturas dependentes e reprodutoras dos interesses das metrópoles.

As Constituições modernas latino-americanas, ao invés de efetivamente fundarem os Estados recém-independentes, realizaram um modelo de Estado, moderno, liberal, intimamente vinculado ao sistema de produção capitalista, buscando garantir a este a segurança jurídica e proteção necessárias para a edificação de uma economia de mercado em escala internacional, em que o conceito de soberania se resume a autonomia econômica internacional, afastando a imensa maioria da população da esfera de decisões e de poder (WOLKMER; ALMEIDA, 2013, p. 26). O modelo eurocentrado de constitucionalidade foi “transplantado” dos centros de produção das normas (Europa e, principalmente, Estados Unidos da América) para a América Latina.

No interior dos Estados latino-americanos, ante da heterogeneidade étnica existente no interior suas fronteiras, onde algumas etnias representam grupos e classes dominantes e, outros, grupos dominados, desenvolve-se

relações de tipo colonial. Como explica González Casanova (2007, p. 438) os Estados de origem colonial e suas classes dominantes conservam relações coloniais com as etnias colonizadas que se situam no interior de suas fronteiras políticas. O colonialismo se repete com a independência política dos Estados-nação, a depender da correlação de forças existente entre os antigos colonizados e os colonizadores que conseguiram a independência.

Assim, os povos continuam sendo colonizados, de modo muito semelhante ao colonialismo internacional, mas agora pelo Estado-nação. Na América Latina, tais povos colonizados em geral pertencem a uma cultura e a uma “raça” distinta da dominante, sendo considerados “inferiores”; habitam em um território em que não têm um governo próprio; situam-se em desigualdade diante das elites dominantes; são submetidos à administração e estrutura jurídico-política implementadas pelas etnias dominantes, burguesias e oligarquias do governo central; não participam dos altos cargos políticos e militares, salvo em condição de assimilados; têm seus direitos, situação econômica, política, social e cultural regulados e impostos pelo poder central, ao qual não integram (GONZÁLEZ CASANOVA, 2007, p. 432).

O direito, e o constitucionalismo, são parte estruturante e fundamental desse processo de colonialismo. Com todas as

suas características, almejam o monoculturalismo, baseando-se nos conceitos fundamentais de soberania popular e homogeneidade do povo com vistas à criação de uma regularidade institucional, que passa pelo governo representativo, a supremacia do direito e da legalidade, a separação de poderes, a liberdade individual, a institucionalidade das forças armadas, a esfera pública (SANTOS, 2007, p. 21). Um constitucionalismo que estabelece um modelo de cidadania censitária, pensada por e para homens, brancos, proprietários e ilustrados, importado pelas elites latino-americanas para conformar o Estado a sua imagem e semelhança, excluindo os povos originários, os afrodescendentes, as mulheres e as maiorias subordinadas (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 140).

Os termos do constitucionalismo moderno – como “nação”, “povo”, “soberania popular”, “igualdade”, “cidadão”, “reconhecimento”, “direitos”, “autogoverno” – e seu uso hegemônico, são expressão da busca pela uniformidade e eliminação da diversidade cultural. Nesse constitucionalismo, universalizante, encontramos algumas características que convergem na demanda por homogeneidade:

[...] a) identificar soberania e comunidade ou grupo de pessoas culturalmente homogêneos e, pois, onde o fator cultural não conta como importante; b) crer que as estruturas políticas são uniformes e centralizadas, onde os cidadãos são tratados de

forma igual; c) entender que as culturas são uniformes e têm relação com graus de desenvolvimento econômico (em que as europeias são desenvolvidas, ao passo que as coloniais refletem um grau inferior de evolução socioeconômica), estabelecendo, com isto, um padrão único de avaliação das culturas; d) reconhecer costumes e tradições, mas de forma parcial, deixando, ao mesmo tempo, oculta a ideia de que as instituições, tradições e ideias modernas são superiores às demais; e) acreditar que o desenvolvimento da Europa moderna tem um conjunto de instituições políticas e jurídicas que são as únicas capazes de representar a soberania popular e, portanto, todos os Estados devem estar baseados na separação de esferas públicas e privadas, império da lei (“rule of law” e suas variantes), separação de poderes e liberdades individuais (talvez também o laicismo ou secularismo, também); f) associar cada Estado com uma nação; g) crer em momentos fundacionais das Constituições, que constituem a condição prévia para a vida política democrática e, assim, intocáveis e para todo o tempo (TULLY, 1997, p. 63-82 apud BALDI, 2013, p. 90-91).

Como expõe Gargarella (2011, p. 88), o sistema de instituições na América Latina apresenta destacados traços elitistas, pois as nossas constituições fundadoras, em que se assentam ainda nossas bases institucionais, foram produto de um pacto entre elites conservadoras e liberais, que organizaram uma estrutura de poder contra majoritária, explicitamente oposta à intervenção massiva do povo na política.

Ao final do século XX, no entanto, os movimentos sociais pela autonomia das etnias e povos oprimidos adquiriram uma importância mundial, através da superação da lógica tribal, da união das etnias e da promoção de um projeto de construção de Estados multiétnicos, de um “mundo feito de muitos mundos”, cujos protagonistas seriam os povos, trabalhadores e cidadãos (GONZÁLEZ CASANOVA, 2007, p. 433-434). Esses grupos organizados exerceram pressões políticas nos países latino-americanos, questionaram o colonialismo e a colonialidade do direito e culminaram por obter uma ruptura paradigmática com o constitucionalismo liberal monista (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 139).

Considerando o direito como reflexo direto das relações de força existentes, em que se exprimem as forças econômicas, os interesses dos dominantes, mas também os interesses da sociedade civil e dos movimentos sociais, o presente trabalho se propõe, a partir do novo constitucionalismo latino-americano – e, especialmente, a partir das Constituições da Bolívia e do Equador –, discutir se e de que forma o direito pode colocar-se contra a colonialidade e o colonialismo na realidade latino-americana, e propor reflexões sobre os seus limites estruturais agravados pelo avanço da extrema-direita no continente.

2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Nas últimas décadas do século XX e começo do século XXI, diversos países latino-americanos adotaram novas constituições, a Nicarágua em 1987, o Brasil em 1988, a Colômbia em 1991, Paraguai em 1992, Peru em 1993, Venezuela em 1999, Equador em 2008 e Bolívia em 2009. Outros países empreenderam importantes reformas constitucionais, como Argentina, Costa Rica, Chile e o México (GARGARELLA, 2011, p. 87; UPRIMNY, 2011, p. 109). Para Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 22) esse novo tipo de constitucionalismo emergente na América Latina assumiu a configuração constitucional da plurinacionalidade, pluriculturalidade, pluriethnicidade e interculturalidade dos países, em uma conquista histórica que inicia um novo processo histórico e um novo tipo de constitucionalismo.

À primeira vista, pode parecer paradoxal elevar o direito – tradicionalmente inscrito na lógica de conservação, de manutenção da ordem simbólica – à categoria de instrumento para a emancipação. Resta claro que o direito, enquanto reflexo das forças sociais existentes, representa muito mais fortemente os interesses da classe econômica dominante, com vistas à manutenção do *status quo*. No entanto, numa análise aprofundada, observa-se que a *emancipação social* não

representa, necessariamente, o oposto da *regulação social*, mas pode ser considerada seu duplo, seu processo de autorrevisão e autotransformação, através da adoção de uma postura que propugna pela transformação social. Num momento em que não se vislumbra no horizonte próximo uma revolução popular na América Latina, uma política emancipatória não ruptural, conduzida internamente às instituições oferecidas pelo Estado Democrático de Direito pode ser capaz de produzir importantes reformas. Como expõe Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 80) “el constitucionalismo transformador es una de las instancias (quizá la más decisiva) del uso contrahegemónico de instrumentos hegemónicos”

Rodrigo Uprimny (2011, p. 109-110) destaca que as mudanças constitucionais apresentam grandes diferenças entre si, pela origem e natureza do processo, vez que em alguns casos, como Brasil e Paraguai, as novas Constituições foram resultado do fim das ditaduras militares, em outros, como México e Colômbia, as reformas buscaram reforçar a legitimidade de regimes democráticos e, em outros, como Venezuela, Equador e Bolívia, as novas constituições são resultado da derrubada do governo anterior e da ascensão de novas forças políticas.

Estas novas constituições também se diferenciam pela intensidade das mudanças, pois enquanto Brasil, Colômbia, Venezuela, Bolívia e Equador apresentaram constituições muito distintas das derogadas, outras, como Argentina, México e Costa Rica, apresentaram mudanças importantes, mas muito mais tímidas. É de se considerar também a orientação política de tais reformas, vez que as constituições equatoriana e boliviana são expressões de um movimento popular em ascensão, e a peruana foi aprovada num movimento neoliberal, por uma assembleia constituinte liderada por Fujimori.

Entretanto, a despeito das diferenças nas reformas constitucionais em cada país, de acordo com Uprimny (2011), a maior parte delas compartilha traços comuns na definição dos princípios estatais e na regulação dos direitos dos cidadãos. A maioria das reformas se apresentam contrárias ao projeto de uniformização das diferenças culturais e empreende um reconhecimento das diferenças e maior valorização do pluralismo. Verifica-se também a tendência à laicidade, a partir da supressão de traços confessionais, que outorgavam privilégios à Igreja Católica, resultando na consagração da diversidade e igualdade religiosa, pelo menos ao nível formal.

O problema da organização social de diferentes grupos sob um único regimento levou Walzer (1997) a formular

importantes reflexões sobre a Democracia pluralista, de tolerância cultural, sob a qual há garantia de justiça para todos. Para os fins desta comunicação, dois exemplos de Walzer interessam: a Sociedade Internacional e os Estados nacionais. A relação entre os Estados, no âmbito global, é regida, segundo o autor, de acordo com tolerância sustentada pelo princípio de soberania e de autodeterminação dos povos, ou, até mesmo por fraqueza - pela falta de poder coercitivo. Já o Estado Nação, em Walzer, é a sociedade de cidadãos, na qual a tolerância não é conferida a grupos, mas sim a indivíduos dotados de personalidade jurídica. O problema da tolerância a indivíduos reside no tensionamento da ideia de uma cidadania nacional por movimentos migratórios ou pela população indígena, que dependem de si para se preservarem e reproduzirem suas práticas.

Essa discussão situa-se, assim, no ponto de vista da tolerância de grupos sobre outros, nas condutas de relacionamento, internacionais ou nacionais. Walzer (2017) indica cinco atitudes tolerantes presentes nos Estados: 1) resignação, a atitude passiva de aceitação e respeito básico à vida; 2) indiferença, de *laissez-faire* moral e atitude relativista; 3) estoicismo, de racionalismo abstrato, perspectiva deontológica e consideração aos direitos de todos; 4) respeito, de curiosidade ativa e que passa a positivar as diferenças e,

idealmente, o 5) apoio engajado, presente no endosso entusiástico às diferenças.

Essas reformas constitucionais, portanto, buscaram amparar grupos tradicionalmente discriminados, como os indígenas e afrodescendentes, aos quais, em certos países, se reconhecem inclusive direitos especiais e diferenciados de cidadania. A quase totalidade das reformas reconhece uma larga gama de direitos constitucionais aos seus cidadãos pois, além de incorporar direitos civis e políticos de tradição democrática e liberal, foram constitucionalmente consagrados direitos econômicos, sociais e culturais, bem como direitos difusos e coletivos. O reconhecimento de direitos foi acompanhado de uma abertura ao direito internacional de direitos humanos. Também se observa que o reconhecimento da multiculturalidade, as competências próprias da justiça indígena, a abertura ao direito internacional, se traduziu em um pluralismo jurídico acentuado, que afetam o papel das fontes jurídicas tradicionais.

Muitas constituições expressam um forte compromisso com a igualdade, estabelecendo cláusulas de não discriminação por raça, gênero e outros fatores. Esse reconhecimento de direitos de distintas tradições levou à incorporação em vários textos constitucionais da fórmula ideológica do Estado Social e Democrático de Direito, numa

busca própria de fórmulas constitucionais. Especialmente nas constituições boliviana e equatoriana, a maior parte das reformas quis que o reconhecimento dos direitos fundamentais tivesse eficácia prática, ampliando os mecanismos de proteção e garantia desses direitos, seja por meio de formas judiciais diretas de proteção, seja pela previsão de formas de *ombudsman*, ou defensores do povo.

Raquel Yrogoyen Fajardo (2011, p. 140), tendo em vista os direitos dos povos indígenas e o reconhecimento da diversidade cultural, destaca que, nesse processo de mudanças constitucionais ocorridas na América Latina desde finais do século XX, a monoculturalidade, o monismo jurídico e o modelo tutelar indígena foram postos em xeque, distinguindo três ciclos do horizonte do constitucionalismo pluralista.

No primeiro ciclo, denominado de constitucionalismo multicultural, que se desenvolveu entre 1982-1988, no qual estão insertas as constituições da Guatemala, Nicarágua e Brasil, ante o surgimento do multiculturalismo e as novas demandas indígenas, as constituições introduzem o conceito de diversidade cultural, reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue da sociedade e o direito individual e coletivo à identidade cultural e outros direitos indígenas específicos, mas não chegam a fazer o reconhecimento

explícito do pluralismo jurídico (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 141-142).

O segundo ciclo de reformas, denominado pela autora de constitucionalismo pluricultural, desenvolveu-se na Colômbia, México, Paraguai, Bolívia, Argentina, Equador e Venezuela entre 1989 e 2005, afirmando o direito à identidade e diversidade cultural, já inseridos no primeiro ciclo e avançando no sentido de redefinição do caráter do Estado, por meio do desenvolvimento os conceitos de “nação multiétnica/multicultural” e de “Estado pluricultural”. A inserção do pluralismo e da diversidade cultural em princípios constitucionais permite fundar os direitos dos indígenas, afrodescendentes e outros coletivos, a exemplo da oficialização dos idiomas indígenas, a educação bilíngue intercultural, o direito sobre as terras, novas formas de participação e, principalmente, a introdução de fórmulas de pluralismo jurídico, com o reconhecimento das autoridades indígenas com suas próprias normas e procedimentos, questionando a identidade entre Estado e direito e o monismo jurídico (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 142-143).

O terceiro ciclo de reformas corresponde ao constitucionalismo plurinacional, conformado pelos processos constituintes da Bolívia e Equador ocorridos, respectivamente, entre 2006 e 2009 e em 2008. Essas constituições propõem

uma refundação do Estado a partir do reconhecimento explícito das raízes milenárias dos povos indígenas, ignorados na primeira fundação republicana, e colocam o desafio de pôr fim ao colonialismo (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 149).

Estes três ciclos vão, progressivamente, questionando a configuração e definição estatal latino-americana fundadas no século XIX e levantando um projeto descolonizador de longo prazo. O maior passo anticolonialista foi dado pelas constituições da Bolívia e Equador, a que dedicaremos uma maior atenção no próximo item.

3 PENSANDO A LUTA CONTRA O COLONIALISMO A PARTIR DAS CONSTITUIÇÕES DA BOLÍVIA E EQUADOR

Os processos constitucionais na Bolívia e no Equador apresentam especificidades em relação ao constitucionalismo anterior na América Latina e explicitamente se propõem a desenvolver um projeto descolonizador a partir de um novo paradigma constitucional, afirmando o pluralismo jurídico, a igual dignidade dos povos e culturas e a interculturalidade. A Constituição da República do Equador e a Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, portanto, representam um grande avanço, no campo do direito e da conformação do Estado.

As características, origens e tendências do novo constitucionalismo mas, especialmente, das constituições boliviana e equatoriana demonstram uma orientação crítica intimamente ligada à matriz teórica pós e descolonial, desafiando as noções institucionais importadas do Norte Global. Lida, desta forma, com questões relacionadas à exclusão dos setores majoritários da sociedade, historicamente invisibilizados e alijados das esferas de poder (BRAGATTO; CASTILHO, 2014, p. 22). Segundo Ramón Grosfoguel, na modernidade, período histórico que carrega consigo a colonialidade, ninguém escapa às hierarquias de classe, sexuais, de gênero, espirituais, linguísticas, geográficas e raciais do “sistema-mundo patriarcal/capitalista/colonial/moderno” (GROSFOGUEL, 2010, p. 5).

O reconhecimento das raízes milenárias das culturas originárias, dos direitos da Natureza (Pacha Mama), da diversidade cultural e religiosa estão expressamente inscritos no preâmbulo da Constituição do Equador, que se reconhece como processo de uma luta social pela liberação do colonialismo:

Nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador, reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra

existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana - sueño de Bolívar y Alfaro -, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, en ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente. (ECUADOR, 2008).

A Constituição do Estado Plurinacional Boliviana reconhece a composição plural do povo boliviano e avoca o desafio de deixar no passado o Estado colonial, republicano, neoliberal, e construir um novo estado, onde predomina a busca do viver bem, com respeito às pluralidades:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdores y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia. El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas

populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia (BOLIVIA, 2009).

As assembleias constituintes que se conformaram nos referidos países assentaram-se sobre a necessidade de legitimar o anseio social pela transformação por meio de um processo constituinte democrático, e resultaram em Constituições que buscam um novo modelo de Estado, em que se unem prática e teoria para dar respostas às pretensões de

todos os segmentos populacionais, especialmente àqueles que sempre foram excluídos das esferas de poder (WOLKMER; ALMEIDA, 2013, p. 29).

Nestas duas constituições, os povos indígenas não são meramente reconhecidos como culturas diversas, mas sim como nações originárias, nacionalidades com autodeterminação. Não é um Estado alheio que reconhece direitos aos indígenas, mas um processo em que os indígenas emergem como sujeitos constituintes e, como tais, têm poder de definir um novo modelo de Estado e as relações entre os povos que os conformam (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 149).

Como expõe Wolkmer (2012, p. 73-74)

[...] 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, propõem 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.

Esse constitucionalismo, a partir do reconhecimento do colonialismo e das origens milenares dos povos e nações que

foram ignorados, propõe uma profunda reforma das instituições e do processo de organização estatal. A Constituição da Bolívia institui o Tribunal Constitucional Plurinacional eleito pela população, a eleição direta dos juízes, quatro níveis distintos de autonomia (departamentos, provinciais, municípios e territórios indígenas originários campesinos, conforme a vontade de seus habitantes). A Constituição do Equador não apresenta a divisão em “poderes” estatais, mas em “funções” estatais, incluindo, para além da legislativa, executiva e judiciária, as funções de transparência e controle social e eleitoral, bem como apresenta regimes especiais de organização do território, em que podem conformar-se circunscrições territoriais indígenas ou afroequatorianas (BALDI, 2013, p. 97; BOLÍVIA, 2009; ECUADOR, 2008).

Em ambas as constituições são inscritos um rol de direitos fundamentais que rompem com a ideia geracional, hierarquizada e eurocentrada de direitos humanos¹⁰, ampliando-o e colocando em igual grau de importância os direitos, garantindo a judicialização de todos eles e destacando que todos podem ser exigidos de forma individual ou coletiva.

¹⁰ A tradição eurocêntrica divide (e, conseqüentemente, hierarquiza) os direitos individuais em direitos de primeira geração, nos quais se incluem os direitos civis e políticos; segunda geração, no qual se situam os direitos econômicos e sociais e; terceira geração, representados pelos direitos difusos e coletivos.

A Constituição do Equador reconhece sete categoriais de direitos: os do “buen vivir”; de pessoas e grupos de atenção prioritária; das comunidades, povos e nações; de participação; de liberdade; de natureza; de proteção, e também prevê um aparato de responsabilidades. A constituição boliviana introduz no rol de direitos fundamentais os direitos das nações indígenas e um catálogo de deveres constitucionais (BALDI, 2013, p. 98-99).

As referidas constituições incorporam o sistema de justiça indígena e garante-lhe poderes, mesmo quando em colisão com o direito legalmente positivado. Na Bolívia, a Constituição reconhece o poder dos indígenas de impor suas normas, a aplicar de seus princípios e procedimentos próprios desde que não contrários à Constituição e aos Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos e, no Equador, afirma-se o poder das tradições ancestrais e seu direito, normas e procedimentos próprios. Aos povos indígenas são asseguradas suas próprias autoridades e funções jurisdicionais (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 151). No caso boliviano, a justiça dos povos indígenas campestres é autônoma e só está submetida ao Tribunal Constitucional Plurinacional enquanto, no caso equatoriano, as decisões tomadas pelos indígenas prevalecem sobre a do juiz de paz.

Não só a justiça, mas também a cosmovisão e o léxico indígenas são integrados às constituições. Há um deslocamento de valores antropocêntricos, reconhecendo-se direitos que são próprios à natureza, por si. O conceito central do projeto constitucional equatoriano – o “buen vivir, tradução literal do quéchua “Sumaral Kawsay” – parte de uma visão de mundo em que o ser humano só pode existir se integrado a uma comunidade de pessoas que é, por sua vez, um elemento constituinte da Pachamama numa ideia de natureza não como objeto, mas como espaço de vida.

[...] a Constituição Equatoriana faz referência muito clara à concreta realização dos bens comuns (água, alimentação, ambiente sadio, cultura, educação, habitat, moradia, saúde, trabalho e segurança) como bens essenciais à vida e ao “bem viver” em harmonia com a natureza. Daí decorre o Direito ao acesso à água “como fundamental e irrenunciável” (art.12), aos alimentos e ambientes sadios (arts.13-14), ao habitat e moradia seguros e saudáveis (art.30), ao Direito à cidade e aos espaços públicos sob os princípios da sustentabilidade (art.31) e o Direito à saúde (art.32). Tais benefícios determinam “obrigações tanto para o Estado como para as pessoas e as coletividades (arts. 277 e 278).” (WOLKMER, 2012, p. 76).

A Constituição da Bolívia insere, entre os princípios, valores e fins do Estado, os princípios éticos e morais de cunho aimará como princípios éticos de uma sociedade plural, inclusive no idioma indígena:

Artículo 8.

I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble) (BOLÍVIA, 2009).

É no sentido de agregar a cosmovisão indígena que são previstos no texto constitucional boliviano o respeito pelas formas de vida indígenas e campesinas, a justiça agroambiental, o incremento sustentável da produtividade agrícola, a proibição de importação e comercialização de produtos transgênicos e elementos tóxicos que causam danos à saúde e ao meio ambiente.

Interessa notar que ambas as constituições prestam especial proteção aos povos em isolamento voluntário, vedando qualquer forma de atividade extrativa em seus territórios, garantindo-lhes direito à autodeterminação e apontando que a sua violação implica em crime de etnocídio (BALDI, 2013, p. 101).

Verifica-se também o reconhecimento de modos alternativos de economia e propriedade. O Estado equatoriano, no art. 321 da Constituição, “reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y

que deberá cumplir su función social y ambiental” (ECUADOR, 2008), enquanto na Bolívia reconhece-se uma economia plural, no art. 306, constituída pelas formas de organização econômica estatal, comunitária, privada e social cooperativa, que tem por objetivo não só o interesse individual, mas também bem viver coletivo.

Em ambos os casos, fica clara a preocupação em desenvolver um processo descolonizador – mais evidente no caso boliviano, que a prevê como projeto em seu preâmbulo e a destaca a educação descolonizadora no art. 78, I – e intercultural.

A partir das duas constituições analisadas, embora não se possa falar em uma mudança total de paradigma em relação à tradução jurídica ocidental e hegemônica, aparecem claramente em cena fortes elementos de distinção, no sentido de uma nova orientação (APARICIO WILHELMI, 2012, p. 127). O conjunto de transformações mobilizado pelos processos constituintes equatoriano e boliviano aprofundaram o debate não só nos horizontes de sentido, mas também nas margens do possível, a partir da emergência de projetos de constituição que pugnam por um constitucionalismo verdadeiramente inclusivo (APARICIO WILHELMI, 2012, p. 129).

A TÍTULO DE CONCLUSÃO (OS LIMITES DA CONSTITUIÇÃO ANTE AS FORÇAS HEGEMÔNICAS DE PODER)

Necessário ter em conta que os processos constituintes nesses dois países se deram em meio a intensos conflitos políticos e dificuldades de composição entre as forças progressistas frente às conservadoras. Na Bolívia, a tensão do processo foi tamanha que se fez necessário convocar a Organização dos Estados Americanos e a União Europeia para o acompanhamento das negociações. Tais processos constituintes revelaram com clareza as dificuldades em se realizar, dentro de um marco democrático, transformações políticas e institucionais capazes de romper com o horizonte capitalista, colonialista e patriarcal da modernidade ocidental (SANTOS, 2010, p. 79).

Como alertou Boaventura de Souza Santos (2010, p. 80), as Constituições, mesmo as transformadoras, podem ser folhas de papel que simbolizam a fragilidade prática das garantias que consagram, caso as forças e grupos contra hegemônicos não consigam manter sua mobilização em um espaço-tempo externo às instituições, onde seja possível alimentar a pressão contra a hegemonia. A quebra ou enfraquecimento da mobilização popular e progressista podem reverter o conteúdo de oposição das normas constitucionais,

ou esvaziá-los de eficácia, o que o autor chama de “desconstitucionalização da Constituição”.

Cerca de uma década depois da promulgação dessas duas constituições, de profundo caráter transformador, a América Latina vem passando por uma retomada de programas políticos neoliberais, a direta e a extrema-direita avançaram e houve ainda um “retorno aos processos golpistas que desrespeitam o próprio andamento democrático” (LEONEL JUNIOR, 2017, p. 200). No Equador, Lenin Moreno foi eleito em 2017 com um programa que apontava para a continuidade da Revolução Cidadã que se iniciou com Rafael Correa, mas paulatinamente passou a adotar posições de direita e ultradireita, assumindo a abordagem e os programas dos adversários da Revolução Cidadã e expulsou do governo todos os que comungavam da proposta de Correa.

Na Bolívia, após a reeleição de Evo Morales, houve protestos e um motim policial, uma “recomendação” das forças armadas para que o presidente renunciasse, seguida de uma série de ataques das instituições estatais de segurança às casas dos ministros e parlamentares dos MAS (*Movimiento al Socialismo*), tomada de reféns, ameaças de morte. Após a renúncia do presidente, a segunda vice-presidente do Senado se autoproclamou Chefe de Estado com uma bíblia nas mãos, numa tomada pelo ultraconservadorismo.

Por hora, a pressão imperialista e das forças políticas internas lograram a desestabilização dos processos políticos que levaram à modificação das estruturas constitucionais desses dois países. Se essas Constituições serão capazes de cumprir o seu papel transformador, ou se tornarão letra morta da lei, dependerá da capacidade de mobilização política das forças progressistas e contrahegemônicas. *Vamos caminando, aqui se respira lucha...*

Referências

APARICIO WILHELMI, Marco Aparicio. Nuevos avances del poder constituyente democrático: aprendiendo del sur. IN: APARICIO WILHELMI, Marco; CABO DE LA VEGA, Antonio; CRIADO DE DIEGO, Marcos; MARTINEZ DALMAU, Rubén; NOGUERA FERNÁNDEZ, Rubén; VICIANO PASTOR, Roberto. **Por una Asamblea Constituyente:** na solución democrática a la crisis. Madrid: Sequitur, 2012, p. 97-129.

ASSIS, Wendell Ficher Teixeira. Do Colonialismo à Colonialidade: exploração territorial na periferia do capitalismo. **Caderno CRH**, Salvador, v. 27, n. 72, p. 613-627, set./dez. 2014.

BALDI, César Augusto. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: considerações conceituais e discussões epistemológicas. In: WOLKMER, Antônio Carlos; CORREAS, Oscar. **Crítica Jurídica na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 90-107.

BOLIVIA, Estado Plurinacional de. **Constitución política del estado**. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, v. 7, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 23.

BRAGATTO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (Orgs.) **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 11-25

ECUADOR, Asamblea Constituyente del. **Constitución de la República del Ecuador**. Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador. Registro oficial Nro, v. 449, 2008.

GARGARELLA, Roberto. Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord). **El derecho em América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2011. p. 87-108.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. Colonialismo interno (uma redefinição). In: BORON, Atílio A., AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina. **A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas**. Buenos Aires: CLACSO, 2007. p. 431-458.

GROSFOGUEL, R. Para Descolonizar os Estudos de Economia Política e os estudos Pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento fronteira e colonialidade global. In. Santos, Boaventura de Sousa & Menezes, Maria Paula (Org). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Ed. Almedina, 2010.

LEONEL JUNIOR, Gladstone. Os limites do novo constitucionalismo latino-americano diante de uma conjuntura de retrocessos. **Abya Yala**: Revista sobre acesso à justiça e direitos nas Américas. Brasília, n. 2, p. 199-208, 2017

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 107-130.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. Prólogo. In: FERNÁNDEZ RETAMAR, Roberto. **Todo Caliban**. Bogotá: ILSA, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz de la Sierra: CENDA; CEJIS, CEDIB, 2007.

_____. **Refundación del Estado en América Latina**: perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

SHAKESPEARE, William. **A tempestade** (The tempest). Trad. Rafael Raffaelli. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2014.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes em América Latina: tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord). **El derecho em América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2011. p. 109-137.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina In.: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNBERG, Flávia Soares

(orgs.). **Para além das fronteiras: o tratamento jurídico das águas na Unasul**. Parte I. Itajaí: UNIVALI, 2012. p. 61-84.

WOLKMER, Antonio Carlos; ALMEIDA, Marina Corrêa de. Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: o pluralismo jurídico comunitário-participativo na Constituição boliviana de 2009. **Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, n. 35, p. 23-44, jan./jun. 2013.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord). **El derecho em América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2011. p. 139-160.

MOVIMENTO TRANSGÊNERO EM PAUTA: ALTERNATIVA JURÍDICA PARA DIREITOS ALTERNATIVOS

ANTONIO MARCOS QUINUPA ¹¹

JÚLIO CÉSAR SUZUKI ¹²

INTRODUÇÃO

No presente estudo realiza-se a análise do movimento pelo qual passaram as pessoas transgêneras ao submeteram-se ao pedido de retificação de prenome e designativo sexual. No intento de atingir seu objetivo o artigo partirá de fontes e revisões bibliográficas, de matriz legal e teórica, relativas às discussões em torno das pessoas transgêneras; bem como coleta de dados documentais oriundos de entendimentos jurisprudenciais tanto da justiça comum quanto da justiça restaurativa – Centro de Conciliação Justiça no Bairro/TJPR¹³.

¹¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional – Uninter. Linha de Pesquisa Teoria e História da Jurisdição. Aluno especial do Programa de Pós-Graduação Integração da América Latina Universidade de São Paulo, disciplina AIL5786 – Agricultura e Urbanização na América Latina. E-mail: quinupa@yahoo.com.br

¹² Graduado em Geografia (UFMT), em Letras (UFPR) e em Química (IFSP), com mestrado e doutorado em Geografia Humana (USP) e Livre-Docência em Fundamentos Econômicos, Sociais e Políticos da Geografia. Professor Doutor junto ao Departamento de Geografia da FFLCH/USP e ao Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Integração da América Latina (PROLAM) da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: jcsuzuki@usp.br.

¹³ Parte do trabalho de investigação neste artigo foi desenvolvido como texto Dissertativo intitulado: “Retificação de prenome e designação sexual das pessoas

A análise inicia-se com o pedido de retificação de registro civil de C.A.¹⁴ no ano de 2006, autos distribuídos sob o n. 0000013-82.2007.8.16.0179, que teve seu pedido provido e a partir desse caso apresentou-se um recrudescimento no entendimento quanto aos demais pedidos. O segundo caso analisado será os autos distribuídos por K.N.¹⁵. K.N. teve como alegação nos autos *impossibilidade jurídica* do pedido, oferecendo o juiz, como alternativa, aguardar o julgamento da ADI 4275 para retificação fora da esfera judicial.

Nesse movimento, da judicialização à desjudicialização, percebemos uma vasta estrada pavimentada na garantia de direitos fundamentais pela pauta transgênera, na seara judiciária, que nos levará às discussões nacionais.

2. ANÁLISE DOS CASOS

2.1 AUTOS DE C.A.

transgêneras: - da judicialização à desjudicialização”, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Internacional – PPGD Uninter, no ano de 2019.

¹⁴ Autos 0000013-82.2007.8.16.0179, disponibilizamos o número dos autos porque está em segredo de justiça e arquivo, para ter acesso advogada/o tem que habilitar-se. Manteremos somente as iniciais do no nome da autora nos autos para resguardar a integridade e o respeito à transição pela qual passou a autora.

¹⁵ Autos 0022337-58.2015.8.16.0188, da mesma forma disponibilizamos o número dos autos porque está em segredo de justiça e arquivo, para ter acesso advogada/o tem que habilitar-se. Manteremos somente as iniciais do no nome da autora nos autos para resguardar a integridade e o respeito à transição pela qual passou a autora.

Nesse momento recorreremos ao espaço que estamos denominando de justiça comum, fazendo referência aos pedidos de retificação de prenome e sexo de forma judicializada. O pedido de C.A. foi distribuído em 2006 e autuado em 2007. Reputamos ser de suma importância porque a partir da procedência do pedido, sem necessidade de submeter-se à cirurgia de transgenitalização, houve um recrudescimento nos entendimentos proferidos por juízes/as no tocante aos pedidos. Sinalizamos também algumas alegações, *a priori*, como *i*) a impossibilidade jurídica do pedido, *ii*) suscitação de conflito de competência, *iii*) improcedência, *iv*) parcialidade e *v*) morosidade no pedido que serão analisadas nos demais processos disponibilizados pelas demais pessoas.

Nossa hipótese em reputar o caso de C.A. como marco histórico corrobora com parecer ministerial proferido no ano de 2015¹⁶ fazendo referência ao processo de C.A. como decisão histórica:

“[...] correspondem a melhor realidade social [...] decisão histórica no âmbito estadual nos autos [...], na vara de Registros Públicos, Precatórios Cíveis e Corregedoria do Foro Extrajudicial da Comarca de Curitiba/PR, em que o i. magistrado [...] decidiu

¹⁶ Os Autos analisados de 2015 são da pessoa transgênera que nos disponibilizou seu processo para compor nossa análise. Para preservar a integridade e o respeito à transição da pessoa que distribuiu a ação, optamos por preservar o sigilo processual quanto ao número do processo e quaisquer outros dados de identificação da pessoa requerente.

também pela desnecessidade da cirurgia, acolhendo o pedido de alteração de nome e sexo da autora no registro civil: “[...] E, apesar de não realizada a cirurgia para a completa redesignação de sexo, trata-se a presente de simples conformação do registro com o sexo psicossocial da pessoa, e que atualmente é determinado por uma série de fatores, não sendo única e exclusivamente derivado da genitália. [...] E para arrematar, cita o Desembargador Luis Felipe Salomão, da Corte do Estado do Rio de Janeiro, que diz ‘ser homem ou ser mulher para a psicanálise é determinação psíquica de cada um’. Assim, pergunto eu: se o sexo é a determinação psíquica de cada qual, de que adiante a cirurgia se o que se busca nestes autos é justamente a conformação do registro com esse estado íntimo ora vivido e demonstrado pela autora? Exigir da parte a realização da cirurgia para que se permita a alteração registral é um enorme desrespeito à sua dignidade humana, momento quando, no caso, restou plenamente provada a sua transexualidade, ou seja, de que, nada obstante a genitália masculina, é do sexo feminino e assim se veste e se comporta e se apresenta, sendo como tal reconhecida no meio social em que vive. Logo, o pedido há de ser procedente [...].”

Vejamos a análise dos autos de C.A. A autora distribuiu seu pedido de “AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL” na data de 24 de maio 2006 junto a Vara de Registros Públicos e o entendimento do juízo foi que o pedido tratava “de mudança de estado da pessoa e não, como pleiteado, de mera alteração de registro civil, que daquela será, eventualmente consequência”, de forma que, em se tratando de mudança de

estado da pessoa, o magistrado entende que fez-se necessário dilação de provas com objetivo perscrutar a veracidade da manifestação da pessoa em ser transexual, e *eventualmente* [sic] comprovada poderá esse juízo proceder com o pedido. Todavia o magistrado declina da competência ao exprimir “em face do exposto, encaminha-se os autos, via Distribuidor e observadas as cautelas de estilo, a uma das Varas Cíveis deste Foro Central, com competência residual para apreciar e julgar a ação¹⁷.”

O Ministério Público emite parecer ratificando a competência da Vara de Registros Públicos uma vez que o autor definiu claramente o objeto da ação:

DO PEDIDO:

[...]

III – Por fim, seja julgado procedente o pedido, expedindo-se o competente mandado, determinando-se ao Oficial de Registro Civil competente que retifique, para alterar o prenome do autor, passando a constar no respectivo registro o nome qual seja, C.A. passando também a **constar como sexo feminino, não sendo o entendimento de vossa excelência como transexual** ficando o Oficial de Registro Civil impedido de anotar qualquer referência quanto aos motivos que ensejaram as retificações e tampouco fornecer informação ou certidão a terceiros, salvo ao próprio interessado ou no atendimento de requisição judicial.

¹⁷ Data da decisão: 28 de julho de 2006.

Outrossim, manifesta o Ministério Público, o pedido do autor [sic] não se funda em “espécie de ação declaratória de estado” tendo competência as Varas de Juízos Cíveis, restando apenas à Vara de Registro Público proceder com o pedido “acabando por negar à própria competência jurisdicional do Juízo onde o mesmo atua” convertendo-o em um mero órgão administrativo. Entende ainda que ante a incompetência da Vara de Cível suscitar conflito de competência perante o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná¹⁸.

Mediante parecer do Ministério Público os autos são remetidos ao Juízo da Vara Cível, cabendo a este ratificar o pedido de conflito negativo de competência junto ao Presidente do E. Tribunal de Justiça¹⁹. Autuado o Conflito de Competência junto a Colenda 12ª Câmara Cível:

Conflito negativo de competência - Ação de retificação de registro civil - Codificação de prenome e sexo - Transexualismo - mera adequação de sua orientação no plano social, eis que já vive publicamente como mulher - Pedido estritamente registral - competência para processar e julgar do juiz da vara de registros públicos, acidentes do trabalho e precatórias cíveis da capital - Conflito procedente para declarar a competência do d. Juiz suscitado²⁰.

¹⁸ Data do parecer: 20 de setembro 2006.

¹⁹ Despacho proferido em 28 de setembro 2006.

²⁰ TJPR, Conflito de Competência Cível nº 381.763-6, 12ª C. Cível, Rel. Des. Rafael Augusto Cassetari, j. 28/03/2007, DJ 11/05/2007.

O Procurador de Justiça acolheu a arguição de Conflito de Competência com o argumento de inadmissibilidade o Juízo da Vara de Registros Público encaminha os autos ao Juízo Cível para “que este declare se o requerente é do sexo feminino ou masculino”.

Recebido os autos pelo Douto Magistrado da Colenda 12ª Câmara, em seu voto, invoca o art. 222, inciso II, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná, *in verbs*, “Art. 222. Ao juiz da Vara de Registros Público e Acidentes do Trabalho compete: II – processar e julgar as causas contenciosas ou administrativas que, diretamente, se referem aos registros públicos em geral”, entendendo que as ações que versem sobre registros públicos que a competência seja fixada pelo Juízo da Vara de Registros Públicos.

Expõe o relator, ainda, em seu voto, para fortalecer o entendimento de que o pedido se fundamenta na Vara de Registros Públicos sem a necessidade de dilação probatória quanto à condição feminina da requerente:

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88), a solidariedade social (art. 3º, I, da CF/88) e a isonomia ou igualdade “*lato sensu*” (art. 5º, “*caput*”, da CF/88) aliados eles ao direito da identidade sexual, além do

reconhecimento da necessidade de se preservar a intimidade e a honra do requerente, cabendo ao magistrado, como destinatário dos argumentos e documentos comprobatórios acerca da condição do requerente, sopesar se os mesmos são relevantes e assim sendo, permitam a modificação dos seus registros civis.

Vota no sentido de julgar procedente o conflito negativo de competência e determina remessa ao Juízo suscitado (Vara de Registros Públicos) como competente. Acordam por unanimidade os Desembargadores integrantes da 12ª Câmara Cível em composição integral do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná²¹.

Por fim, e o mais importante, o julgamento procedente do pedido pela Vara de Registros Públicos sem qualquer ressalva, ficando apenas anotado na averbação que a retificação ocorreu por determinação judicial.

A análise do pedido girou em torno da arguição do conflito de competência, desde a alegação feita pela Vara de Registros em 28 de julho de 2006 até o posicionamento do E. Tribunal de Justiça em 28 de março de 2008 transcorreu o prazo de 21 meses de angústia gerada pela expectativa da autora em ver prosperar seu pedido, sem contabilizar os meses que antecederam a alegação do conflito, data de distribuição 24 de maio de 2006, e os meses que se sucederam da fixação à

²¹ Acórdão proferido em 28 de março de 2008.

decisão do Juízo da Vara de Registros Públicos, 11 de novembro de 2008, somariam trinta meses.

Afora a angústia da resolução de conflito C.A. se viu capturada pelo escrutínio jurisdicional ao apresentar o rol de provas e de testemunhas para qualificar sua condição de pessoa transexual²². Todavia, como ressaltou o Procurador de Justiça, os documentos apresentados na exordial foram suficientes para o pedido de retificação e ensejou, inclusive, refutação do argumento do Juízo da Vara de Registros Públicos em dilação probatória pela Vara Cível.

Os documentos acostados foram uma declaração contendo a narrativa da sua transição, declarações de terceiros do reconhecimento público como pessoa que se identifica do sexo feminino, laudo psicológico que atesta o estado de disforia de gênero justificando o diagnóstico de transexualismo [*sic*] primário, código 3025 CID, pareceres clínico-hormonioterápicos, inclusive com dosagem de testosterona e progesterona e uma ecografia pélvica²³, um

²² Termo utilizado à época, o movimento (sobretudo acadêmico) não havia cunhado, ainda, o termo pessoa transgênera como categoria abrangente de identidades transgressoras da norma binária de gênero.

²³ Existia uma nebulosidade em torno da autodeterminação das pessoas concernente à sua identidade, pois cada autodeterminação implicava em suas especificidades, sobretudo na área da saúde como apresenta a autora Sílvia Mota: “a transexualidade refere-se a uma afecção que tem existido em todos os tempos, raça e cultura. Mostra que a postura de alguns cientistas, ultrapassada e divorciada da realidade social e humana, dificulta uma classificação científica aos transexuais, fazendo com que sejam estes muitas vezes confundidos com *homossexuais* e *travestis*. Em razão disso, traz algumas distinções. O *transexual*

escrutínio em busca da transexualidade verdadeira, resquício do discurso médico patologizante benjaminiano.

C.A. por apresentar em sua trajetória uma vasta experiência em militância da pauta travesti e transexual tinha conhecimento da impossibilidade do pedido de retificação de prenome e sexo junto ao poder judiciário, uma vez que a discussão de acesso e visibilidade de travestis e transexuais estava na seara da educação com a construção do entendimento político de respeitabilidade e uso do nome social, um dos aspectos no processo de transição apoiado no conceito de *ontoformatividade*, cunhado pela socióloga canadense Raewyn Connel. Segundo Connel “A transição, numa pequena escala, se apoia na ontoformatividade das práticas de gênero que as políticas feministas empreendem em larga escala”. (CONNELL, 2016, p. 221).

O uso do nome social no ambiente escolar por travestis e transexuais era (e continua sendo para as pessoas menores de idade) uma estratégia de inclusão sem que a pessoa passasse por um processo jurídico de retificação de prenome. Ocorre que não havia uma política nacional que estabelecesse critérios aos Estados. No Estado do Paraná o Conselho

primeiro ou *verdadeiro* é aquele indivíduo que possui a convicção inabalável de pertencer ao sexo oposto ao constante em seu registro de nascimento, o que constitui pré-requisito para que a medicina venha adequar-lhe a genitália.” Disponível em: <<https://bit.ly/2F3mf44>>. Acessado em 15 de jan de 2019.

Estadual de Educação emite Parecer com normatização para a inclusão de nome social nos registros escolares²⁴.

Por isso, salientamos a importância da análise dos autos de C.A. em um momento que o reconhecimento e acessibilidade de pessoas travestis e transexuais em espaço como a escola, v.g., estava sendo construído, haja vista parecer do Conselho Estadual de Educação. Para que esse entendimento fosse sedimentado e chegasse ao sistema judiciário foi uma longa trajetória.

2.2 AUTOS DE K.N.

K.N. distribuiu seu pedido de “AÇÃO DE REQUALIFICAÇÃO CIVIL PARA ALTERAÇÃO DE PRENOME E SEXO EM SEU ASSENTO DE NASCIMENTO” na data de 09 de novembro de 2015, autuado em 16 de dezembro de 2015 junto a 2ª Vara de Família e Sucessões de Curitiba. Foi acostado aos autos o rol de documentos: declaração de hipossuficiência, RG, CPF, comprovante de residência, antecedentes criminais, certidões: civil, criminal e eleitoral, parecer psicológico, certidões negativas do 1º e 2º distribuidor, extrato do SERASA, relatório (de próprio punho) narrando seu processo de transição, declaração de terceiros

²⁴ **Parecer CP/CEE n.º 01/09, aprovado em 9 de outubro de 2009, na 8.ª Reunião Ordinária.**

atestando seu processo de transição e fotos comprobatórias de sua condição de pessoa transgênera.

Com abertura de vistas ao Ministério Público solicita o *Parquet*, não satisfeito com o rol de documentos acostados suficiente ao escrutínio da constituição de sua subjetividade, além de sua autodeclaração, requer “Por cautela [*sic*], requer o [...] a intimação da parte autora para que providencie a juntada aos autos de parecer médico que ateste a neurodiscordância de gênero, com indicação de CID, bem como para que acoste certidões negativas de tributos federais, estaduais e municipais²⁵”.

O Juízo *ad quo*, 2º Vara de Família e Sucessões, suscita conflito de competência²⁶, alegando ser competente a Vara de Registros Públicos conforme Resolução nº 07/2008, art. 4ª, inciso II, da do Órgão Especial do TJPR, estabelece que “Ao Juízo da Vara de Registros Públicos, Acidentes do Trabalho e Precatórias Cíveis do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba compete: II - processar e julgar as causas contenciosas ou administrativas que se refiram diretamente aos registros públicos” e da Resolução 49/2012 que suprimiu a competência de demandas de estado das Varas de Família prevista na antiga Resolução n. 07/2008.

²⁵ Constante no parecer psicológico para retificação de registro civil: diagnóstico F.64 (CID 10).

²⁶ Decisão proferida em 25 de maio de 2016.

Colaciona na decisão, ainda, o conflito de competência n. 381.763-6, o mesmo conflito constante nos autos de C.A.

Em ato contínuo os autos são redistribuídos para a Vara de Registros Públicos, concomitantemente a autora interpõe agravo da decisão sob a alegação por entender que a competência é sim da Vara de Família refutando as alegações proferidas pelo Juízo, Resoluções 07/2008 e 49/2012, e que o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já enfrentou o tema e se posicionou pela competência da Vara de Família, ressaltando que “o presente caso trata de mudança complexa no estado da pessoa, com alteração não apenas do nome, mas também de gênero”:

Conflito de competência cível - Ação de retificação de registro civil - Pretensão de modificação de prenome e gênero – Transexualidade – Dignidade da pessoa humana – Alterações complexas que refletem no estado da pessoa, não se tratando de simples retificação de registro civil – Competência do juízo suscitado – Vara de família – Conflito procedente. (TJPR, Conflito de competência Cível em Composição Integral – CC - 915.453-2 – Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – Rel. Des. Joeci Machado Camargo – Unânime - J. 07/11/2012).

O Juízo da Vara de Registros Públicos retifica o pedido principal de Direitos da Personalidade para Retificação de Nome. Ato contínuo o Agravo de Instrumento é autuado, n.

1.552.023-7, e distribuído para a Colenda 12ª Câmara Cível, não sendo conhecido em razão de não cabimento de agravo por instrumento de decisão que declara incompetência em razão de matéria do Juízo.

Os autos são remetidos ao Juízo de Registros Públicos e abre-se vistas ao Ministério Público. O *Parquet* pugna pela improcedência do pedido com os argumentos:

O pedido de mudança de gênero masculino para feminino contraria frontalmente o ordenamento jurídico, sendo um pedido juridicamente impossível, eis que o gênero de cada indivíduo é determinado pelo médico no momento do nascimento, não sendo passível de alteração posterior. O *requerente*, em nenhum momento, alegou que pretende fazer cirurgia de redesignação sexual ou que já realizou essa. [...] Essa instituição é categórica ao afirmar que “a sexualidade humana é uma característica biológica binária objetiva: ‘xy’ e ‘xx’ são marcadores genéticos de macho e fêmea, respectivamente – e não marcadores genéticos de uma desordem”. (*grifo nosso*).

A manifestação do Promotor de Justiça apresenta a dicção “O requerente” mesmo sendo o podido proposto por uma requerente, K.N. Apresenta ainda, em suas alegações, que a autora incorreria em crime de lesão gravíssima, como disposto no Art. 129, § 2º, inciso III do Código Penal, bem como o Art. 13 do Código Civil “é defeso o ato de disposição

do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física”.

Alegar que a autora incorre em crime é uma tautologia que tem lastro do Caso do Dr. Roberto Farina, nos de 1970, como apresentamos anteriormente. Já naquele momento esse entendimento foi dissipado por observância da consonância com a literatura internacional na tratativa de atendimento de pessoas transgêneras.

Outrossim, o entendimento do Promotor de Justiça, assenta no entendimento da norma binária de gênero, como temos apresentado ao longo da dissertação, “Neste sentido, verifica-se a impossibilidade de retificar o gênero do requerente para FEMININO, tendo em vista que tal fato não corresponde com a verdade. O requerente nasceu com gênero MASCULINO [sic] e nada pode mudar essa condição.”

Não se furta em ressaltar o determinismo biológico reprodutivo, veementemente debatido pelo movimento feminista, sobretudo pelo movimento transfeminista de que não se nasce mulher, torna-se:

O sexo integra os direitos da personalidade e não existe previsão de sua alteração; a identidade sexual deve ser reconhecida pelo homem e pela mulher, por dizer respeito à afetividade, à capacidade de amar e de procriar, à aptidão de criar vínculos de comunhão com os outros. A diferença e a complementação físicas, morais e espirituais estão

orientadas para a organização do casamento e da família. A diferença sexual é básica na criação e na educação da prole. Embora homem e mulher estejam em perfeita igualdade, como pessoas humanas, são também iguais em seu respectivo ser-homem e ser-mulher. A harmonia social depende da maneira como os sexos convivem a complementação, a necessidade e o apoio mútuos.

Para sacramentar a teratologia, opina o *Parquet* pela extinção do feito sem resolução de mérito. Em ato contínuo o Juízo da Vara de Registros Públicos acolhe as alegações do Ministério Público, julga improcedente o pedido e condena a autora ao pagamento das custas processuais. A autora junta petição de interposição de recurso de apelação requerendo-se:

- a) Seja confirmado o direito à gratuidade de justiça;
- b) Preliminarmente, seja declarada nula a sentença, por ter sido proferida por Juízo absolutamente incompetente;
- c) Considerando a teoria da causa madura, seja o mérito analisado de imediato, de forma que seja dado provimento integral ao recurso, para que seja autorizada a requalificação da Apelante, nos termos do pedido inicial, afastando-se por completo os lamentáveis e antiquados fundamentos da r. Sentença combatida.

Novamente abre-se vistas ao Ministério Público que colaciona, *ipsis litteris*, parecer emitido na data de 20 de dezembro de 2016, ou seja, ratificando todos os argumentos apresentados. Ato ordinário o Juízo da Vara de Registros

Públicos abre prazo para manifestação da parte autora, tendo esta, optado por abandono da causa, por ter visto seus direitos vilipendiados e aguardando o julgamento da ADI 4275 para que retifique seu prenome e sexo extrajudicialmente.

2.3 HARD CASE: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ADI 4275

A referida ADI foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, momento em que estava em exercício a Procuradora-Geral da República Deborah Duprat. Na ADI a PGR pleiteou a retificação de prenome e designação sexual independente de cirurgia de transgenitalização, todavia o pedido estava condicionado à emissão de laudos psicológicos e psiquiátricos atestando a condição de transgeneridade das pessoas transgêneras.

O pedido versava ainda que fosse dada a interpretação conforme a Constituição do art. 58 da Lei 6.015/73, Lei de Registros Públicos, *in verbis*, “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia a sua substituição por apelidos notórios.”

Em sessão plenária na data de 22.11.2017, por ocasião do julgamento do RE 670.422/RS, o Ministro Marco Aurélio pediu vistas para julgamento conjunto com a ADI 4.275 por haver conexão com o tema. Dessa forma, novo julgamento foi

pautado para a data de 22.02.2018, mas por extensão da pauta o julgamento foi retomado somente em 28.02.2018 e finalizado na tarde de 01.03.2018. Para além do reconhecimento do direito à mudança de prenome e designativo sexual das pessoas transgêneras sem necessidade de cirurgia de transgenitalização, de laudos e ação judicial²⁷ é salutar observância de que o entendimento de pessoas transgêneras pelo STF é consonante, também, com o entendimento apresentado ao longo do texto, de um termo abrangente, termo guarda-chuva para todas as pessoas divergentes da norma binária de gênero²⁸.

²⁷ Por mais que a Certidão de Julgamento das ações conjuntas, RE 670.422/RS e ADI 4275, que viabilizou o pedido de retificação de prenome e designativo sexual extrajudicialmente gerasse efeito, *erga omnes*, em todo Território Nacional na data de 01.03.2018, alguns entes federados aguardaram o Provimento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a exemplo do Estado do Paraná. O Provimento nº 73 foi publicado na data de 28.06.2018.

²⁸ Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 761 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário. Vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. Nessa assentada, o Ministro Dias Toffoli (Relator), reajustou seu voto para adequá-lo ao que o Plenário decidiu na ADI 4.275. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: "i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero'; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos". Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação da tese. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, e, justificadamente, a Ministra Cármen

A desjudicialização da condição transgênera coloca as pessoas transgêneras a salvo do imbróglio do entendimento dos operadores do direito no momento em que distribuíam suas ações, quais sejam, *i*) a impossibilidade jurídica do pedido, *ii*) conflito de competência, *iii*) improcedência, *iv*) parcialidade e *v*) morosidade no pedido como apresentando anteriormente.

Salutar mencionar ainda que a decisão foi pautada pelo entendimento da Opinião Consultiva n. 24/17, de 24 de novembro de 2017, da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A consulta foi solicitada pela República da Costa Rica para que se manifestasse sobre:

- a. “[L]a protección que brindan los artículos 11.2, 18 y 24 en relación con el artículo 1 de la CADH al reconocimiento del cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una.”
- b. “[L]a compatibilidad de la práctica que consiste en aplicar el artículo 54 del Código Civil de la República de Costa Rica, Ley no 63 del 28 de setiembre de 1887, a las personas que deseen optar por un cambio de nombre a partir de su identidad de género, con los artículos 11.2, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención”²⁹.

Lúcia (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente). Plenário, 15.8.2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2HjxOpQ>>. Acesso em 15 de fev de 2019.

²⁹ Disponível em: <<https://bit.ly/2DcJp5p>>. Acesso em 18 de fev de 2019.

A CIDH expressamente asseverou a orientação sexual, a identidade de gênero e a expressão de gênero, como categorías protegidas pelo artigo 1.1 da Convenção Americana, considerando, por isto, que está proscrita pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero das pessoas (item 68). Asseverou-se, especificamente, em relação à identidade de gênero, que:

De esa forma, el sexo, así como las identidades, las funciones y los atributos contruidos socialmente que se atribuye a las diferencias biológicas en torno al sexo asignado al nacer, lejos de constituirse en componentes objetivos e inmutables del estado civil que individualiza a la persona, por ser un hecho de la naturaleza física o biológica, terminan siendo rasgos que dependen de la apreciación subjetiva de quien lo detenta y descansan en una construcción de la identidad de género auto-percibida relacionada con el libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación sexual y el derecho a la vida privada. Por ende, quien decide asumirla, es titular de intereses jurídicamente protegidos, que bajo ningún punto de vista pueden ser objeto de restricciones por el simple hecho de que el conglomerado social no comparte específicos y singulares estilos de vida, a raíz de miedos, estereotipos, prejuicios sociales y morales carentes de fundamentos razonables. Es así que, ante los factores que definen la identidad sexual y de género de una persona, se presenta en la realidad una prelación del factor subjetivo sobre sus caracteres físicos o morfológicos (factor objetivo). En ese sentido, partiendo de la compleja naturaleza humana

que lleva a cada parsona a desarrollar su propia personalidad con base en la visión particular que respecto de sí mismo tenga, debe darse un carácter preeminente al sexo psicosocial frente al morfológico, a fin de respetar plenamente los derechos de identidad sexual y de género, al ser aspectos que, en mayor medida, definen tanto la visión que la persona tiene frente a sí misma como su proyección ante la sociedad³⁰.

Por fim, e não menos importante, para a CIDH a identidade de gênero não se prova, devendo o Estado reconhecer a autonomia da vontade da pessoa transgênera e a melhor maneira de atender essa demanda é desjudicializando os pedidos de retificação de prenome e designação sexual das pessoas transgêneras.

³⁰ *idem*.

3. PAUTA TRANS (OU FALTA DELA) NO CENÁRIO NACIONAL

Com o julgamento procedente do pedido de C.A. vemos um recrudescimento no entendimento jurisprudencial no tocante aos pedidos de retificação de prenome e desígnio sexual. Desde a distribuição, ano de 2006, à decisão conjunta dos *hard cases* ADI 4275 e do RE 670.422/RS em 2018.

Muitos processos foram distribuídos, muitos deles passaram pelo escrutínio que passou K.N., e mesmo assim tiveram seus pedidos indeferidos, seja por *i*) a impossibilidade jurídica do pedido, *ii*) conflito de competência, *iii*) improcedência, *iv*) parcialidade e *v*) morosidade no pedido, como mencionado anteriormente.

Não foi possível mapear, qualitativamente e quantitativamente, os pedidos distribuídos junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná por conta de outra decisão “teratológica jurídica (FOUCAULT, 2001, p. 82).” Não apenas no que diz respeito aos entendimentos das decisões proferidas pelos/as magistrados/as nos pedidos de retificação de prenome e designação sexual, sobretudo no que respeita ao pedido de acesso aos dados, que envolve diretamente o campo deste artigo, encaminhado ao E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Como assinala o E. Tribunal:

[...] cumpre salientar que este Órgão Correcional detém algumas informações, sobre o número de processos em tramitação no Estado do Paraná e, em alguns casos, das respectivas movimentações. Esses dados, no entanto, são parciais. A razão disso é que parte dos processos tramita ainda em meio físico. E não se tem acesso direto às movimentações registradas nos sistemas próprios de cada Unidade Judiciária³¹.

Figura ainda outro *hard case* que não foi pautado ainda pelo STF, é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 527³², que versa sobre as pessoas transgêneras no sistema carcerário. A ação foi distribuída pela ABGLT na data de 25 de junho de 2018, e fundamenta-se nas controvérsias do *Parquet*, principalmente por juízes, na aplicação dos artigos 3º, § 1º, § 2º, e 4º, parágrafo único, da Resolução Conjunta Presidência da República e Conselho Nacional de Combate à Discriminação nº. 1, de 15 de abril de 2014, *in verbis*:

Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos. §1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo. §2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de

³¹ Decisão GCJ-GJACJ-MDB 2797680. SEI 0013700-40.2018.8.16.6000.

³² Disponível em: <<https://bit.ly/2TVACj4>>. Acesso em 15 de fev de 2019.

vontade. Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas. Parágrafo único – Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade.

Na decisão da medida cautelar da ADPF 527, o relator defere parcialmente o pedido, determinando que as pessoas transexuais femininas sejam transferidas para os presídios femininos, não estendendo proteção às demais pessoas transgêneras encarceradas, em total dissonância com os mecanismos de proteção pelos órgãos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos arts. 2º, 3º e 5º³³ e aos Princípios de Yogyakarta³⁴, que versam, especificamente sobre orientação sexual e identidade de gênero. A dissonância pode ser vista também em relação a

³³ Art. 2º - 1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Art. 3º - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Art. 5º - Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante .

³⁴ Por ocasião da comemoração dos 60 anos da Declaração dos Direitos Humanos os Princípios de Yogyakarta foram apresentados como uma carta global para os direitos LGBT, a 26 de março de 2007 perante o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em Genebra. Estes princípios não foram adotados pelos Estados em tratado, e, portanto, não constituem, por só, um instrumento vinculativo do direito internacional dos direitos humanos. No entanto, os autores pretendem que os Princípios de Yogyakarta são adotados como uma norma universal, isto é, uma norma legal internacional obrigatória para os Estados, a que alguns países têm reservas expressas. Na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em Nova York, em 18 de dezembro de 2008, o Brasil assina a recomendação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

dispositivos da Constituição Federal de 1988, que prega a igualdade e o combate à discriminação.

Percebemos outro recrudescimento nesse pequeno lapso temporal entre o julgamento conjunto da ADI 4275 e do RE 670.422 – abril de 2018 - e do julgamento do pedido de liminar da ADPF 527 – junho de 2019. Aquele retirou o pedido de retificação de prenome e sexo da esfera judicial e acolheu o entendimento de pessoas transgêneras como transgressão da norma binária de gênero – única reconhecida pelo direito brasileiro, termo abrangente que borram as barreiras de gênero revisitadas pela distinção do que seja sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Neste restringiu-se esse entendimento, ao determinar que as pessoas transexuais femininas sejam transferidas para os presídios femininos, deixando no limbo as travestis.

É importante salientar que nessa trajetória, de avanços e retrocessos, estamos sob a égide do ativismo judicial, haja vista a mora do legislativo em projeto de lei que visam garantir os direitos civis da comunidade LGBT. Mais uma vez o movimento transfeminista ver-se-á frente uma batalha para que se paute e julgue a ADP 527, buscando nova alternativa jurídica.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Ao abordar a temática da transgeneridade aborda-se a condição em que as identidades das pessoas transgêneras são constituídas, da transgressão da norma social de gênero vigente e por consequência de uma norma jurídica.

A superação deste pensamento perpassa a noção de que cada sujeito tem direito à auto constituição e à busca pela efetividade de direitos e garantias fundamentias.

A questão jurídica em torno da livre auto constituição das pessoas transgêneras está na resistência da aplicação e hermenêutica de normas jurídicas progressistas já postas pela nossa Carta Magna e pelos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como de outras normativas, recomendações e até mesmo estudos nacionais, internacionais e interseccionais acerca do tema.

Apropriar-se do constructo produzido pelo movimento transgênero é efetivar garantia de direitos fundamentais às pessoas que trazem, historicamente, a marca da marginalização. É repensar o entendimento que os operadores do direito vinham dispensando a essa população.

O nome é apenas um dos requisitos imbricados à constituição da subjetividade das pessoas transgêneras e retificá-lo, a despeito da batalha que se percorreu desde a judicialização à desjudicialização, não é a panaceia da vivência

vivível das pessoas transgêneras enquanto sujeitos de direito, pois as pessoas transgêneras estão nos mais diversos espaços e contextos, como família, escola, hospitais, mercado de trabalho e até mesmo no sistema penitenciário, como observado na dissertação.

Almeja-se que pessoas transgêneras não sejam expulsas de casa, do seio familiar, que no ambiente escolar as pessoas transgêneras tenham garantido não só o acesso, como também a permanência, sobretudo as pessoas menores de idade não alcançadas pela desjudicialização do pedido de retificação de prenome e designação sexual. Que em ambientes médico-hospitalares não sejam patologizadas e tenham acesso integral à saúde, como por exemplo, que um homem trans seja atendido por um/a ginecologista, uma mulher transexual seja atendida por um/a urologista sem passar por constrangimento. Que as pessoas transgêneras possam se inserir no mercado de trabalho para além dos porões, distante da interação social. Que no sistema carcerário homens trans e mulheres não sejam submetidos/as a estupros coletivos e que estejam acondicionados de acordo com sua orientação sexual e identidade de gênero.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: DLTR, 2016.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, 2 ed., julho de 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Redefine e amplia o Processo Transsexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS)**. Gabinete do Ministro. Portaria n. 2.803, de 19 de novembro de 2013.

_____. **Ficha técnica**. Esse material é uma publicação do Projeto: Expressão Trans, executado pelo TMP, por meio do convênio n. 814600/2014, firmado entre a instituição e o Ministério da Saúde;

_____. **Secretaria de atenção à saúde**. Portaria n. 457, de 19 de agosto de 2008.

CASTRO, Edgardo. **Vocabulário de Foucault**: Um percurso por seus temas, conceitos e autores. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

COACCI, Thiago. **Conhecimento precário e conhecimento contra-público**: a coprodução dos conhecimentos e dos movimentos sociais de pessoas trans no Brasil. 2018. Tese de doutorado em Ciências Política (Universidade Federal de Minas Gerais).

COELHO, Luiz Fernando. **Direito constitucional e filosófica da constituição**. 4ª impr. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. **Teoría crítica del derecho**. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2012.

Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1652/2002.**

CONNEL, Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global.** Tradução e revisão técnica Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015.

_____. **Gênero em tempos reais.** Tradução Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2016.

CORTÊS, Ana de Mello. **Em busca de diálogo e reconhecimento no STF: a atuação como amicus curiae nas causas relativas às pessoas trans.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

FARINA, Roberto. **Transexualismo: do homem à mulher normal através dos estados de intersexualidade e das parafilias.** São Paulo: Novaluman, 1982.

FIGUEIREDO, Fábio V. **Direito do autor: proteção e disposição extrapatrimonial.** 2. ed. atualizada conforme o Novo CPC (Lei n. 13.105, de 16.03.15). São Paulo: Saraiva, 2016.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** Curitiba: Juruá, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do Sujeito.** Dois ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A verdade e as formas jurídicas.** 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

_____. **As Palavras e as Coisas.** 9ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Os Anormais**. 18ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **História da Sexualidade I a vontade de saber**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

HESPANHA, António M. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

KULICK, Don. **Travesti: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LANZ, Letícia. **O Corpo da roupa: a pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. Uma introdução aos Estudos de Transgêneros**. Curitiba: Transgente, 2015.

LIMA, Francielle Elisabet Nogueira. **Tutela jurídica de pessoas trans: análise crítica a partir do feminismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOPES, Alice Ribeiro Casemiro. **Conhecimento Escolar: ciência e cotidiano**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1999.

MACHADO, Roberto. **Foucault, a ciência e o saber**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

MELOTTO, Amanda Oliari; Rodolfo, Fernanda Mambrini. **Transgêneros e o reconhecimento do direito à identidade de**

gênero: avanços rumo à democracia sexual. *In*: ROCHA, Salete Casali; Michaloski, Roseli Teresinha; Mujahed, Daniela E. Urió. Organizadores. **Direitos Humanos e diversidade**. Francisco Beltrão: Grafsul, 2015. 345-346 p.

PIMENTEL, Alessandra. **O MÉTODO DA ANÁLISE DOCUMENTAL: SEU USO NUMA PESQUISA HISTORIOGRÁFICA**. Disponível em: <<https://bit.ly/2CcxsgC>>. Acesso em 27 de mai. de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Do pós-moderno ao pós-colonial**. E para além de um e de outro. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/43227>>. Acesso em mar de 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida; Poli, Leonardo Macedo. **Os Direitos Humanos e de personalidade do transexual: prenome, gênero e a autodeterminação**. Disponível em: <<https://bit.ly/2VVi4gh>>. Acesso em 27 de mai. de 2018.

TRIBUNAIS DE CONSCIÊNCIA: FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO E PLURALISMO JURÍDICO

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA ³⁵

INTRODUÇÃO

De que maneiras os profissionais da área jurídica podem contribuir com as lutas sociais, questionamentos da ordem vigente e aspirações justiça social? Podemos construir uma visão alternativa de justiça, com tribunais de consciência destinados a aplicar os princípios jurídicos históricos e normas cogentes do direito internacional dos direitos humanos, supostamente universais? Que lugar tem nesses tribunais os princípios e normas relativos ao direito de ir e vir, a mobilidade humana que se materializa nos conflitos atuais em face da chamada globalização, com migrantes e refugiados, e coletividades que afirmam sua autodeterminação sobre o território?

³⁵Professor na Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Membro do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos (PPG-IELA/UNILA). Atualmente realiza pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia (UNIOESTE). Doutor em Sociologia (UFG), com estágio doutoral na UNAM (bolsa CAPES/MEC/Brasil). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (PUC Goiás). Graduado em Direito (UFG). Advogado membro da Associação Internacional dos Advogados do Povo entre 2006 e 2017. Coordena o projeto de extensão "Territórios culturais: memória e patrimônio no Oeste do Paraná". Escritor de vários livros, capítulos e artigos, incluindo o livro de poesias "Na Beira do Rio". E-mail: julio.s.moreira@gmail.com.

Nesse artigo, tratarei das experiências do Tribunal Internacional de Consciência dos Povos em Movimento – TICPM (Equador e México, 2010) e do Tribunal Permanente dos Povos – TPP – Capítulo México (2011-2014), das quais participei da construção, e que deixam aprendizados importantes para as lutas por direitos humanos em escalas local, regional e mundial.

Antes de entrar nas experiências desses tribunais de consciência, farei algumas revisões jurídicas que embasam uma visão alternativa do direito em geral e dos direitos de autodeterminação e mobilidade humana. É muito importante ir além das óticas jurídicas positivistas e normativistas tradicionais, reproduzidas nos manuais. A percepção do direito que busco apresentar aqui vem sendo construída no ativismo junto aos movimentos sociais e na crítica da dogmática fundada no direito romano e no direito burguês.

2. A FILOSOFIA JURÍDICA DA LIBERTAÇÃO

Enrique Dussel, no contexto de uma América Latina marcada ditaduras militares e experiências frustradas de projetos nacional-burgueses (como exemplos, observo para as vicissitudes do peronismo na Argentina, dos governos de Allende no Chile, Velasco Alvarado no Peru e Paz Estenssoro na Bolívia assim como o Movimento Nacional Revolucionário

na Bolívia, participou do desenvolvimento e síntese de uma Filosofia da Libertação, composta e exposta ao longo de várias obras e palestras durante seu exílio/permanência no México. "A filosofia vem desempenhar um papel histórico no processo de libertação" (DUSSEL, 1977, p. 193). O processo de libertação é mais amplo que o próprio processo de revolução, que o compõe. Aquele possui uma historicidade que percorre diferentes contextos, anteriores e posteriores aos processos revolucionários.

A expressão jurídica da filosofia da libertação é o direito de rebelião dos oprimidos:

El filósofo de la liberación pareciera no tener otra misión histórica sino dar la justificación teórica radical de la praxis por la que los oprimidos, los pueblos reprimidos injustamente se lanzan a destruir el orden que los aniquila inhumana y contra todo derecho real (DUSSEL, 1983, p. 146).

Trata-se de uma filosofia da práxis à qual corresponde um sujeito, o sujeito oprimido, o povo em suas diversas manifestações. Aqui se abre caminho para um direito alternativo, uma outra compreensão dos processos jurídicos que não parte do sujeito de direito como indivíduo isolado e abstraído de sua condição social, mas sim para pensar e conceber os sujeitos coletivos de direito (SOUZA JÚNIOR, 2008) a ação instituintes dos movimentos sociais (MOREIRA PINTO, 1991).

O direito da libertação é o caminho, a necessidade, o meio, que o sujeito da práxis encontra para realizar seu projeto libertador. É direito aquilo que está relacionado a um projeto ou interesse coletivo, de um sujeito coletivo oprimido que reage à injustiça e opressão.

Também faz a relação entre direito e poder, assumindo que nem todo projeto tem poder sobre as mediações que realiza, o que compromete as possibilidades de sua realização. Questionando o poder opressivo e violador do Estado, podemos falar em poder popular, quando, por exemplo, um povo possui uma força armada para proteger seu território e realizar as mediações exigidas por seu projeto, e de um direito “utópico” quando a coletividade aspira ao exercício do poder através da práxis libertadora.

Diante do direito “vigente” do dominador, Dussel opõe um direito “utópico” do oprimido, e aqui temos a base para os direitos que se afirmam nos tribunais de consciência, concepções sobre o direito que vão além das normas técnicas estatais, com dimensão de sujeitos coletivos afirmados em lutas de libertação. Aqui aparece a dimensão cósmica do direito à vida, como direito à existência, que se sobrepõe ao direito da propriedade privada e cuja afirmação se dá sobre as guerras, torturas, perseguições e todo tipo histórico de opressão.

O direito da práxis de libertação é apresentado como um novo direito, insurgente, a partir de atos libertadores e, por essa própria natureza, não está incluído nas ordens normativas vigentes: *“por ser nuevo ni tiene tribunales que lo apoyen, ni ejércitos que lo hagan cumplir, ni estado que lo estructure, ni virtudes que lo declaren moral, ni valores que lo eternicen, ni aplausos, ni laureles”* (DUSSEL, 1983, p. 155).

Jesús Antonio de la Torre Rangel também constrói uma visão do direito mirando para as lutas populares e aspirações de superação da ordem vigente, observando movimentos de juristas brasileiros como o direito alternativo e o direito insurgente, que

[...] está constituido por el modo como los pobres hacen uso del Derecho, esto, fundamentalmente, en dos sentidos: como práctica jurídica alternativa de la juridicidad vigente y como reapropiación del poder normativo, creando su propio Derecho objetivo hacia el interior de sus comunidades” (DE LA TORRE RANGEL, 1990, p. 28).

Essa noção de direito se constrói tanto pelas comunidades em ativismo e luta, como pelos advogados e juristas comprometidos com uma nova visão. A união de juristas comprometidos e movimentos sociais é a base dos tribunais de consciência que analisamos no presente texto.

3. A DECLARAÇÃO DE ARGEL E O DIREITO DOS POVOS

Em textos anteriores (MOREIRA, 2011, 2019, 2021), analisei as bases históricas dos direitos humanos, contextualizando seu carácter filosoficamente focados em indivíduos abstratos fora de seu contexto social, repercutindo nos conceitos de cidadania e nacionalidade. Em alternativa, tenho construído uma visão fundada na totalidade histórico-crítica – passando pelo direito à mobilidade humana, em que pergunto: é possível admitir que uma pessoa cometa ilegalidade simplesmente por sua localização em determinado espaço territorial?

Os direitos universais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, se voltavam para o homem como um ser genérico, como demonstrou Marx (2004). A afirmação dos direitos humanos é baseada em cisões, como a separação entre homem e cidadão, ou entre “cidadãos passivos” e “cidadãos ativos”, como dizia Sieyès (*apud* HUNT, 2009), diferenciando socialmente aqueles que pagavam tributos. Na prática, o moderno direito francês privava de direitos mulheres, crianças, escravos, estrangeiros e todos os povos das colônias. Os direitos humanos se destinavam a pessoas que estivessem num determinado espaço social e territorial.

Também no contexto histórico da Primeira Guerra Mundial se revelou a problemática do direito a ter direitos, como apontou Hannah Arendt (1989), sobre os ajustes políticos e rearranjos territoriais durante e após o conflito, gerando multidões de minorias e apátridas. Sendo o direito baseado no Estado, a situação de mobilidade desses grupos os deixava sem quaisquer direitos.

As lutas anticoloniais e revoluções de libertação nacional no chamado Terceiro Mundo, especialmente no Pós II Guerra Mundial, impulsionaram uma percepção coletiva do direito à nacionalidade e à mobilidade, expressa no direito de autodeterminação dos povos – ressaltado no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Havia também uma razão política contextual para o reconhecimento do direito de autodeterminação dos povos, já que os países imperialistas jogavam com os processos de descolonização para angariar zonas de influência (MOREIRA, 2014, 2019).

No contexto dos processos de luta anticolonial e do ativismo no Direito Internacional, por juristas como Lelio Basso, foi lançada, em 1979, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos, ou Declaração de Argel, de 1979. Ela expressa o direito de um povo à existência e identidade nacional e cultural, usufruindo seu território, suas riquezas e recursos naturais; o

direito de escolher seu governo pela maneira que entender legítima; o direito de se libertar da dominação colonial. Observa-se como a Declaração de Argel possui uma dimensão mais profunda, que enxerga indivíduos em uma totalidade comunitária, na noção de povo. Enrique Dussel (1983, p. 15), na mesma época, explicava o que significa falar em “povo” nesses contextos: *“Pueblo podía ser toda la nación contra el enemigo externo (como la China era pueblo ante el Japón), podía ser las clases oprimidas, podía ser la juventud ante la gerontocracia burocratizada. Las categorías ahora no eran una pura cuestión teórica”*.

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, reafirmaram esses parâmetros, incluindo a perspectiva transfronteiriça, que trata do deslocamento de pessoas independentemente de fronteiras, bloqueios e controles. A defesa do território de um povo está relacionada com a necessidade de um espaço mínimo para prover sua existência com a manutenção de suas culturas e costumes e exercer seu autogoverno. Essa perspectiva não se aplica apenas aos povos indígenas, já que todos os povos têm direito à autodeterminação.

4. FUNDAMENTOS DOS TRIBUNAIS DE CONSCIÊNCIA

Os tribunais de consciência acompanham a história dos direitos humanos e da justiça internacional, que possuem a II Guerra Mundial e o Holocausto como marco de fundação e paradigma, como demonstra o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum. (ONU, 2009, p. 2)

Alguns dirigentes e colaboradores do regime nazista foram julgados e condenados por um tribunal internacional – os Julgamentos de Nuremberg, em 1945, respaldados por um tratado internacional entre os países vencedores da guerra, e o mesmo se passou com dirigentes e colaboradores do regime fascista no Japão, com os Julgamentos de Tóquio, em 1946. Aí foi lançada a problemática dos crimes contra a humanidade frente aos paradigmas de soberania nacional e direito internacional. As experiências do fascismo demonstraram que o Estado não pode realizar justiça quando as próprias estruturas do Estado são quem pratica os crimes. Os tribunais internacionais se dedicaram a definir os crimes de guerra,

crimes contra a humanidade e crimes contra a paz e aplicaram centenas de sentenças de morte.

Com a criação da Organização das Nações Unidas, as questões da guerra e da paz foram concentradas no seu Conselho de Segurança, tendo Estados Unidos, França, Reino Unido, Rússia e China como membros permanentes e poder de veto. O poder de veto é um elemento central para se compreender a seletividade do sistema internacional das Nações Unidas, pois assegura a imunidade para que estes Estados (e os Estados que estiverem protegidos por eles) possam cometer crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes contra a paz. Assim, “cinco Estados estão imunes a sanções e podem violar os mesmos princípios de Direito Internacional que eles dizem proteger; os demais Estados acabam se articulando num jogo de alianças para serem protegidos pelos cinco membros permanentes” (MOREIRA, 2011, p. 148).

Lambert (2004, p. 2009) confirma essa evidente ineficácia estrutural do sistema das Nações Unidas para assegurar justiça internacional:

Seus comportamentos são inspirados por motivações políticas. Suas regras não garantem, pois, a imparcialidade e o equilíbrio que se pode esperar de uma jurisdição. O rumo dado a cada caso depende, pelo contrário, das considerações de interesses dos diversos atores... e não de algum

senso abstrato, apolítico e atemporal de justiça e paz.

Diante dos crimes de guerra dos Estados Unidos no Vietnã, foi instalado, entre 1966 e 1967, um novo tribunal internacional, impulsionado por intelectuais e juristas pacifistas da Europa, como Bertrand Russel, Jean-Paul Sartre, Lelio Basso, Simone de Beauvoir, Lázaro Cárdenas, Júlio Cortázar e Johan Galtung.

La creación del Tribunal Internacional por Crímenes de Guerra creado en 1966 responde así a la necesidad de investigar y visibilizar los actos que los militares norteamericanos perpetraban impunemente en Vietnam. Para tal efecto, fueron nombrados Bertrand Russell como presidente honorífico y Jean Paul Sartre como presidente ejecutivo, apoyados con un notable grupo de franceses, americanos, alemanes, británicos, pakistaníes, japoneses, austriacos, turcos, italianos, mexicanos y cubanos, que entre otras cosas eran expresidentes, intelectuales, juristas, sindicalistas o activistas. (ESPINOZA HERNÁNDEZ; BARREDA, 2012, p. 170)

Portanto, não se tratou de um tribunal formado por um tratado entre Estados ou pelas Nações Unidas. Foi um tribunal ético ou tribunal de consciência, para expor violações aos direitos humanos e julgar sujeitos políticos e respectivos crimes que jamais serão julgados em' tribunais oficiais, dada a seletividade do sistema de direito internacional.

A instalação do tribunal gerou controvérsias com os Estados onde as sessões seriam realizadas, como a França que negou a entrada no país a um dos juízes de consciência, o iugoslavo Vladimir Dedijer, alegando que ele não tinha poderes para figurar numa representação oficial, o que impediu a realização do evento naquele país. Diante de situações parecidas, Sartre afirmou na sessão inaugural, em Estocolmo (*apud* TOSI; FERREIRA, 2014, p. 28):

O Tribunal Russell não substitui nenhum poder legítimo: ele nasceu, ao contrário, de uma lacuna e de um apelo... a nossa impotência é a garantia da nossa independência... Não representando nem governos, nem partidos, não podemos receber ordens de ninguém: examinaremos os fatos segundo a nossa consciência e em plena liberdade de espírito... E, todavia, qualquer que seja a nossa vontade de imparcialidade e de universalidade, somos conscientes que esta não é suficiente a legitimar a nossa empreitada.

Desde então, os tribunais de consciência se transformaram em importantes instrumentos de luta social e por direitos humanos, levando as violências sistemáticas e estruturais dos Estados a um campo jurídico-judicial alternativo, que é na verdade uma forma crítica, transformadora e totalizante de conceber o direito e a justiça.

Na década de 1970 foi instalado o Tribunal Russell II, que apurou as violações aos direitos humanos nas ditaduras

militares de países da América Latina, como Brasil, Chile e Bolívia. Com o fascismo instalado nesses países, a solidariedade internacional foi um mecanismo fundamental para reagir às torturas e desaparecimentos forçados. Muitos documentos e provas das violações foram divulgados a partir de países da Europa, depois de serem levados para fora do Brasil, Chile e outros países, de maneira clandestina. O Tribunal Russell II cumpriu o papel de enfraquecer as ditaduras ao fazer a denúncia em nível mundial e dar publicidade aos documentos.

Em 1979, na Itália, foi fundado o Tribunal Permanente dos Povos, pela Fundação Lelio Basso, político italiano que foi membro dos dois Tribunais Russell aqui referidos. Esse tribunal já realizou 43 sessões de casos em diferentes países e contextos de violência, grupos paramilitares e conflitos armados, como Colômbia, Filipinas e Brasil.

5. EXPERIÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONSCIÊNCIA NO MÉXICO

Acima foram introduzidos os antecedentes do Tribunal Internacional de Consciência dos Povos em Movimento, instaurado em 2010, após o massacre de 72 migrantes em San Fernando, Estado de Tamaulipas, México. Foi o primeiro tribunal de consciência a tratar especificamente dos direitos

relacionados à mobilidade, integrados ao direito de autodeterminação, incorporando a perspectiva da Declaração de Argel. Teve sessões em Quito, Equador, na Cidade do México e Guadalajara, no México, e integrou a Caravana do Povo contra o Fórum Mundial de Migração e Desenvolvimento (FMMD), em Puerto Vallarta, no México.

Além dos juízes, a estrutura do tribunal também contou com comissão de assessoria jurídica (da qual fiz parte juntamente com o jurista filipino Edre Olalia, então presidente da Associação Internacional dos Advogados do Povo - IAPL), acusadores (*fiscales*), testemunhas e vítimas.

Os mais de 50 casos analisados pelo tribunal expuseram em comum a militarização das fronteiras, a corrupção dos agentes de Estado associados ao crime organizado, o paramilitarismo, as deportações sem respeito aos direitos fundamentais, o despejo gerado por atividades estatais sem respeito ao interesse das comunidades, a prisão ilegal de ativistas, repressão à livre manifestação, a tortura praticada como regra nos centros de detenção de estrangeiros, agressões contra as casas de migrantes e seus defensores, desaparecimentos com responsabilidade estatal, assassinato e ocultação dos corpos com participação direta e indireta dos Estados, repressão ao direito de autodeterminação dos povos,

supressão de garantias processuais e da independência dos juízes, expondo o terrorismo de Estado como eixo comum.

Sobre o massacre de San Fernando, as sessões preliminares do tribunal afirmaram se tratar de crime de lesa humanidade, crime de Estado e genocídio, constituindo o primeiro massacre de dimensões continentais diante da diversidade de origem das vítimas, do fato de serem pessoas em deslocamento fora de seus países de origem, envolvendo uma diversidade de responsabilidades estatais e diplomáticas envolvendo as soberanias dos territórios de origem, trânsito e destino das pessoas migrantes.

O massacre de San Fernando possui uma dimensão paradigmática para se discutir as consequências humanas da globalização, pois foi um crime de sangue massivo e transcontinental, envolvendo vítimas e Estados de vários países do continente americano. Crime enredado no problema do controle da migração indocumentada e também no contexto das políticas de guerra às drogas. As circunstâncias em que aconteceu, envolvendo migrantes e crime organizado, em região fronteiriça, traz evidências para se pensar vários fenômenos da contemporaneidade, estabelecendo-se os nexos causais entre a política e a prática dos Estados e do crime organizado, que terminam por repercutir num padrão de violência. (MOREIRA, 2021, p. 216)

Durante os dias do Tribunal de Consciência dos Povos em Movimento, participei da Caravana da Dignidade Migrante, com mães e familiares de migrantes centro-americanos

desaparecidos na rota migratória. Ali deixaram seus depoimentos e evidenciaram que sua luta por encontrar seus familiares tem se constituído num importante movimento social, denunciando a incapacidade do Estado mexicano em lidar com desaparecimentos e execuções sumárias, não podendo sequer identificar corpos encontrados ao longo da travessia; a responsabilidade dos países de origem, ao não prover as condições mínimas de sobrevivência em seus territórios e pelas práticas de deslocamentos forçados gerados por guerras de baixa intensidade, crime organizado, militarização e corrupção; e a responsabilidade do país de destino, Estados Unidos, que está na ponta da demanda pela força de trabalho migrante e paradoxalmente retém e criminaliza esses trabalhadores.

Após os dias de audiências na Cidade do México, as delegações internacionais e membros mexicanos do tribunal se somaram à III Assembleia Internacional de Migrantes e Refugiados, em caravana a Guadalajara, onde se deu uma audiência especial sobre os Ex-Braceros, trabalhadores camponeses mexicanos levados a trabalhar nos campos estadunidenses entre 1943 e 1967, por contrato entre os dois países, e que ficaram sem receber seu fundo de pensão. Em seguida, a caravana seguiu para a cidade costeira de Puerto Vallarta, onde se dava o Fórum Mundial sobre Migração e

Desenvolvimento (FMMD), apoiado pelas Nações Unidas e outras instituições internacionais. A caravana com centenas de migrantes marchava em protesto até o local do evento, e foi barrada pelas forças de segurança, porém colocou sua posição crítica ao Fórum, por manejar apenas as formas de exploração dos trabalhadores migrantes e não tocar a fundo os temas e causas das violações de direitos.

A experiência de organização do TICPM impulsionou a luta dos movimentos migrantes no México e por extensão o movimento migrante internacional. O formato de tribunal e a concepção de Justiça e Direito alternativos mostrou como os juristas podem contribuir participando diretamente de processos mais amplos.

Em 2011 deu-se início o capítulo México do Tribunal Permanente dos Povos, impulsionado pela Fundação Lelio Basso da Itália. Foram quatro anos de trabalhos, com pré-audiências, audiências temáticas, trabalhos de campo, conferências, publicações e a audiência final, demonstrando como a violação de direitos humanos no país é sistemática e estrutural, tendo o Estado responsabilidade por omissão e também por ação e ficando demonstrada, em todos os casos analisados, a relação entre a política econômica (fundada nos tratados de livre comércio) e as violações de direitos.

Nos interesó mostrar las condiciones de miseria económica y social que ha generado el Estado mexicano a través de la ejecución de políticas públicas basadas en la apertura económica y la promoción de los Tratados de Libre Comercio (tlc's) que México ha firmado, los cuales vulneran y transgreden los derechos colectivos de las personas y de los trabajadores, generando desempleo e inseguridad en las calles, impulsando el crecimiento de la pobreza y motivando diversos flujos migratorios que, a su vez, son criminalizados desde las propias instituciones del Estado. (TPP MEXICO, 2016, p. 314)

Os trabalhos se dividiram em sete eixos temáticos:

- Guerra suja como violência, impunidade e falta de acesso à justiça
- Migração, refúgio e deslocamento forçado
- Feminicídio e violência de gênero
- Violência contra os trabalhadores
- Violência contra o milho, a soberania alimentar e a autonomia dos povos
- Devastação ambiental e direitos dos povos
- Desinformação, censura e violência contra os comunicadores
- Repressão social
- Destruição da educação
- Destruição da juventude e das gerações futuras

Em cada eixo temático se envolveram variados coletivos e indivíduos, fazendo investigações e conduzindo pré-audiências

e audiências temáticas. Muito além das audiências e momentos formais, os trabalhos dos eixos consistiram ao longo dos quatro anos em visitas individuais e reuniões de informação com os atores sociais em diferentes regiões do país. Assim, os casos levados às audiências foram processual e socialmente construídos, ou seja, o conhecimento das violações foi se dando no contato com os sujeitos. Foi como se cada eixo funcionasse em si como um tribunal de consciência, e ao final se juntaram todos os eixos, resultando na reafirmação dos padrões de violações sistemáticas.

No eixo de Migração, Refúgio e Deslocamento Forçado, trabalharam em conjunto cerca de 100 organizações de migrantes e redes, foram apresentados em torno de 100 casos, apreciados por 74 juízes (incluindo pesquisadores, defensores de direitos humanos, ativistas, líderes migrantes, juristas e escritores) e um total de 2000 pessoas assistiram às pré-audiências e audiência temática final. A diversidade de casos encontrou como denominador comum e chave de leitura *“la transformación de personas, seres humanos, en mercancías, en productos baratos sin garantías, en objetos desechables”* (TPP MEXICO, 2016, p. 321). Na realidade dos migrantes que passam pelo México, isso se manifesta como

[...] homicidios (incluso con fines de tráfico de órganos), secuestros, extorsiones, agresiones

físicas, violaciones y todo tipo de abusos sexuales, privación de la libertad, torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes, trabajo forzado”, etc. Todo ello cometido tanto por funcionarios estatales (autoridades migratorias, policías federales, estatales, municipales) como por la delincuencia organizada en complicidad y/o aquiescencia de las propias autoridades estatales, y asimismo empresas privadas (TPP MEXICO, 2016, p. 72)

A sentença final do Tribunal Permanente dos Povos reconhece todas essas violações documentadas, apontando as responsabilidades do Estado mexicano, de empresas transnacionais, de terceiros Estados e de instituições internacionais, e insta recomendações específicas para os organismos internacionais e regionais, sociedade civil e meios de comunicação. A sentença conclui que o quadro sistemático de violação de direitos só pode ser alterado substancialmente com uma refundação do Estado mexicano sob outras bases. O Estado mexicano atual, assim caracterizado pelo tribunal, está fundado sobre o desvio de poder das autoridades, que atuam para os interesses econômicos de uma minoria, condenando a maior parte da população à dependência, pobreza, emigração, violência social e desproteção. Os maiores exemplos disso são as consequências sociais dos tratados de livre comércio e a militarização e repressão político-social que inclui o modelo de guerra às drogas como

associação criminosa entre Estado e organizações do crime organizado.

A menos de dois meses da audiência final, o mundo se chocou com os acontecimentos de agressão, assassinatos e desaparecimento forçado de estudantes da Escola Normal Rural de Ayotzinapa, no estado mexicano de Guerrero. As denúncias e investigações posteriores deixaram clara a participação de agentes estatais, incluindo policiais, prefeitos e o governador do Estado, em associação com o cartel do narcotráfico Guerreros Unidos. Colegas e familiares dos estudantes assassinados e desaparecidos compareceram à audiência final, e a perplexidade diante do caso ficou como dolorosa comprovação de tudo que o tribunal estava concluindo naquele momento: “todo aquello que se ha documentado tan trabajosamente durante três años de labor del Tribunal, se condensó en Iquala en unas horas de barbárie” (TPP MEXICO, 2016, p. 15).

REFLEXÕES CONCLUSIVAS SOBRE OS TRIBUNAIS DE CONSCIÊNCIA

Este trabalho resgatou a memória de tribunais de consciência realizados em países da América Latina e como ferramenta da sociedade civil no Direito Internacional dos Direitos Humanos, partindo do fato de que os Estados são os

maiores violadores dos direitos que eles próprios instituem. Essa realidade ficou clara após a Segunda Guerra Mundial, com as tentativas de institucionalizar a punição a crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes de agressão – revelando que as potências imperialistas têm praticado diariamente esses crimes e a estrutura oficial das Nações Unidas, dada suas motivações políticas e seletividade, não é capaz de realizar justiça.

Como organização formada por Estados, as Nações Unidas se revelam como um espelho da própria natureza e caracterização do Estado como instituição, refletindo suas organizações de poder, suas estruturas de classes e as inversões do direito marcadas por essa estrutura essencial dos Estados capitalistas. Radha D'Souza (*apud* MOREIRA, 2011, p. 142) analisava que

[...] o sistema das Nações Unidas precisa ser visto como um guarda-chuva institucional para o imperialismo como capitalismo monopolista, cuja arquitetura é fundada nos seguintes pilares: (1) os órgãos político-militares; (2) as agências econômicas; e (3) o meio pelo qual as instituições e a legislação doméstica dos EUA são sincronizadas com as constituições das agências para assegurar a liderança dos EUA. As agências internacionais são a base do edifício econômico do mundo, e se dividem em dois eixos. Um cria um regime bancário e financeiro mundial (instituições de Bretton Woods e Organização Mundial do Comércio). O segundo eixo estabelece um regime de produção global,

institucionalizando ideias dominantes na ciência e tecnologia que facilitam uma infraestrutura global favorável às corporações transnacionais e institutos internacionais privados, promovendo seu “projeto” de desenvolvimento que, conforme já visto, perpetua a lógica de subordinação colonial sob o paradigma civilizatório.

E quanto aos tribunais de consciência, em que eles têm contribuído para a realização de direitos e alcance de justiça social?

Desde o primeiro Tribunal Russell, sobre os crimes de guerra do imperialismo no Vietnã, conhecer esse tema é conhecer também os exemplos de vida de sujeitos como Bertrand Russell, Jean-Paul Sartre y Lelio Basso e o peso de suas contribuições para um Direito Internacional *desde abajo* e um ativismo militante baseado em conhecimentos e formação jurídica.

A vida do senador italiano Lelio Basso passou (em presença ou em memória) pelos tribunais mencionados, desde o primeiro Tribunal Russell até as primeiras sessões realizadas pelo Tribunal Permanente dos Povos em diferentes casos e países. Sua presença no Tribunal Russell II, sobre as ditaduras militares na América Latina, inclusive no Brasil, foi importante para romper o cerco de informações e levar à opinião pública da Europa e Estados Unidos a denúncia das torturas e desaparecimentos forçados praticados por esses regimes. Do

ponto de vista da violação de direitos e dos crimes contra a humanidade, as ditaduras militares da América Latina reproduziam o legado dos regimes nazi-fascistas na Europa.

Ainda sobre esse balanço dos tribunais de consciência, é importante ver que algumas normas internacionais têm surgido *pari passu* com essas experiências. Assim, o Tribunal Russell e a atuação de Lelio Basso foram fundamentais para a proclamação da Declaração de Argel sobre os Direitos dos Povos, em 1979, estabelecendo essa concepção sistemática de direito como algo mais profundo e realista que os direitos humanos.

Para Lelio Basso, una concepción abstracta del ser humano, indiferente ante sus condiciones materiales de existencia, que no lo reconoce como un ser que vive inmerso en una totalidad de relaciones sociales y comunitarias, volvía nulo para las mayorías el ejercicio efectivo de los derechos individuales consagrados en las declaraciones del siglo XVIII. (ESPINOZA HERNÁNDEZ; BARREDA, 2012, p. 174)

Estamos tratando de algo bem essencial quando se pensa o direito e a justiça – gerando base sistemática para a concepção do direito à mobilidade humana que aqui sustentados, nomeando como Povos em Movimento aos migrantes, refugiados, pessoas internamente deslocadas e povos em luta pelo território e por autodeterminação.

Falar em sujeitos e povos reais significa questionar um princípio do positivismo jurídico que é a separação da essência humana dos sujeitos, conformando o sujeito de direito como indivíduo abstrato, como uma figura formal (autor, réu, juiz etc.) que se recusa a trazer em seu conteúdo as pessoas reais, como uma marca das raízes coloniais do direito internacional, que o TPP busca superar.

Para Espinoza e Barreda (2012, p. 176) o trabalho de um tribunal de consciência não se esgota em escutar, recolher e se pronunciar sobre as violações, mas também em *“restituirle al Derecho su carácter positivo de protección y prevención, su carácter afirmativo de los derechos fundamentales, de la democracia y de la solidaridad entre los pueblos”*. Trata-se de restituir a palavra a partir dos lugares e das vidas que têm sido concretamente violadas, reafirmando em termos jurídicos a profundidade mística da Quarta Declaração da Selva Lacandona, do Exército Zapatista de Libertação Nacional, quando proclama, em 1996, que *“no morirá la flor de la palabra. Podrá morir el rostro oculto de quien la nombra hoy, pero la palabra que vino desde el fondo de la historia y de la tierra ya no podrá ser arrancada por la soberbia del poder”* (EZLN, 1996, s/p).

Ter a palavra aqui assume uma cosmovisão e um significado filosófico e ontológico. Como relata Agamben

(2008) foi através da palavra que os sobreviventes dos campos de concentração puderam dar a conhecer ao mundo a fabricação de cadáveres e o genocídio como prática de Estado. Primo Levi testemunha que, para as vítimas dos campos, o único sentido de seguir vivo e suportar o sofrimento era para ser uma voz de denúncia quando tudo passasse – essa era a maneira em que poderiam vencer o agressor num contexto de opressão total.

A palavra também é a arma de resistência fundamental para os povos Guarani, que suportam a eliminação e a expulsão de seus territórios sagrados desde a colonização, e cuja luta recente em regiões como Mato Grosso do Sul e Paraná, no Brasil, dão testemunho de uma corrente interminável de assassinatos impunes, por agentes de fazendeiros e agentes públicos. Nas casas de reza, nas cerimônias, nas relações com os anciãos, a palavra é o guardião do conhecimento e a forma da resistência.

Quando se deu a colonização do território americano, houve uma preocupação mais profunda que a eliminação física dos povos nativos, que foi a eliminação dos *codex*, os “papiros” que transmitiam o conhecimento ancestral, e a eliminação das práticas espirituais originárias. Explicando como se deu a perda das práticas agrícolas tradicionais desses povos, Hecht (1999, p. 15) aponta *“la destrucción de los medios de*

codificación, regulación y transmisión de las prácticas agrícolas”, mostrando, como diz Todorov (2010) que os códigos e rituais eram parte de uma comunicação que se dava numa dimensão distinta daquela que a ciência racionalista nos faz acreditar, e os colonizadores direcionaram seus esforços em destruir esses canais de comunicação.

O que acontece quando a palavra, como verdade histórica dos povos, cruza com o ritual moderno dos processos, julgamentos e tribunais? Essa palavra não pode ser proclamada, porque esse ritual funciona exatamente como um filtro para transformar pessoas reais em indivíduos abstratos, onde supostamente as forças dominantes do capitalismo controlam o terreno – e assim esvazia o sentido de justiça. Diante desse esvaziamento, a justiça alternativa, ou tribunal de consciência afirma um espaço em que os povos e pessoas têm a palavra.

Nessa construção, as figuras do tribunal (juízes, promotores de justiça, peritos, vítimas e testemunhas) são ressignificadas. A vítima sai da condição subalternizada, de quem não pode falar por si própria e precisa que falem em seu nome – em vez disso, a vítima se sobressai como sujeito histórico, que, junto com a testemunha, proclama diante do tribunal e do auditório os seus direitos, perfazendo assim a metodologia de um rito jurídico alternativo: a reconstituição de

fatos e palavras silenciados pelas situações de opressão vividas pelos sujeitos coletivos.

Os peritos, que possuem conhecimentos técnicos ou específicos, realizam inspeções/observações ao tomar parte no dia a dia da luta dos povos, e comparecem ao tribunal para apresentar suas conclusões aportando elementos que esclarecem mais aos juízes e auditório sobre a dimensão da violação. Por exemplo, no Tribunal Internacional de Consciência dos Povos em Movimento, psicólogos apresentaram análises de como as vítimas foram subjetivamente afetadas. Qualquer área de estudo específica cujo aprofundamento sobre um caso concreto contribua para caracterizar um padrão de violação de direitos pode contribuir com o tribunal.

Os juízes são parte muito importante do tribunal, pois são sujeitos com base jurídica popular e reconhecimento local e/ou internacional, que acompanham todas as atividades preliminares e as audiências, tomam notas, estudam documentos e se reúnem para elaborar as decisões preliminares e sentenças.

Os movimentos sociais, organizações comunitárias, sindicatos, associações e indivíduos relacionados às situações apresentadas, que são também sujeitos históricos, se colocam como observadores participantes e promotores de justiça. Em

sentido mais específico, são promotores de justiça (ou *fiscales*) indivíduos que preparam estudos e documentos que fundamentam a acusação ao Estado e os apresentam aos juízes. Por exemplo, no processo do TPP Capítulo México, um grupo de advogados realiza uma formulação jurídica das acusações ao Estado mexicano por desvio de poder, apresentando uma intervenção ao tribunal. No Tribunal Russell II, a acusação ao Estado brasileiro foi apresentada pelo ex-governador do Pernambuco, Miguel Arraes. No TICPM, advogados membros da IAPL e professores de Direito fizeram parte da Comissão Jurídica que deu sustentação a todo o processo, ajudando a montar as audiências e apoiando os juízes na elaboração dos trabalhos conclusivos.

O que acontece com as estruturas sociais e políticas durante e depois das seções dos tribunais de consciência? Primeiro de tudo, é a mobilização da opinião pública, a denúncia, é ter o tribunal como um instrumento a mais no Direito Internacional dos Direitos Humanos, nas iniciativas de solidariedade internacional, no processo de mobilização social em esfera internacional e esferas locais.

Ao assumir uma forma jurídica, e afirmando um direito alternativo dos povos, provoca um processo de constitucionalização jurídica dos direitos (FILIPPI, 2014). Por exemplo, é notável a importância do Tribunal Russell II para o

reconhecimento e institucionalização de direitos nas transições após as ditaduras militares na América Latina – por mais limitadas e controladas que tenham sido essas transições – em termos de constituições e regras jurídicas. Ainda que estejamos falando numa justiça alternativa, os tribunais de consciência pressionam por mudanças no direito oficial. No México, muitos casos avançaram durante e depois dos tribunais de consciência, como, por exemplo, o caso dos trabalhadores Ex-Braceros aqui mencionado.

A atuação dos tribunais de consciência, seguindo os caminhos de Bertrand Russell, Jean-Paul Sartre e Lelio Basso, tem legado

uma relevante comunidade de direitos que descendem, direta e indiretamente, do reconhecimento por parte das pessoas/vítimas ou da sociedade/vitimizada de sua necessária reparação, rompendo a impunidade constitutiva dos sistemas ditatoriais. Refiro-me ao direito à justiça (dentro ou fora do próprio país); ao direito à verdade (através do conhecimento dos fatos históricos e de suas denúncias feitas então ou as posteriores); ao direito à reparação/compensação (desde os ressarcimentos econômicos até os simbólicos por parte da comunidade); ao direito às reformas jurídico-políticas de leis, normas e regulamentos que tenham permitido o exercício da tortura, das desapareições etc.” (FILIPPI, 2014, p. 126)

Os tribunais colocam o tema do ativismo de estudantes de Direito e profissionais da área jurídica, sobre como esses

sujeitos podem tomar parte nas transformações históricas contribuindo desde o seu próprio campo de estudos e trabalho. É onde se cruzam da luta popular com a profissão jurídica, revelando a importância desse campo. Organizações permanentes de advogados do povo, bem como a participação de advogados comprometidos com os movimentos populares nos tribunais oficiais, assumindo processos, atuando em audiências, lutando pela liberdade de ativistas, são parte desse movimento.

Os tribunais de consciência fortalecem os movimentos populares, dando uma contribuição a um processo que transcende as instituições jurídicas e os juristas, profissionais e ativistas que deles participam, que são as transformações estruturais em processos de lutas concretas.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha [Homo Sacer III]. São Paulo: Boitempo, 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 261

BACON, David. **Illegal people**. How globalization creates migration and criminalizes immigrants. Boston: Beacon, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

DECLARAÇÃO DE ARGEL

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. Los pobres y el uso del Derecho. In: RECHT, Daniel *et al.* **Direito Insurgente**. O Direito dos Oprimidos. Coleção Seminários n. 14. Rio de Janeiro: FASE, 1990.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia na América Latina**. Vol I Filosofia da Liberdade. São Paulo: Ed. Loyola, 1977.

_____. **Praxis Latinoamericana y Filosofía de la Liberación**. Bogotá: Nueva América, 1983.

ESPINOZA HERNÁNDEZ, Raymundo; BARREDA, Andrés. La destrucción de México ante el Tribunal Permanente de los Pueblos. **El Cotidiano**, n. 172 (2012), p. 167-182.

EZLN. Cuarta declaración de la Selva Lacandona. Comité Clandestino Revolucionario Indígena-Comandancia General del Ejército Zapatista de Liberación Nacional. **Enlace Zapatista**. 1996. Disponível em: <<https://enlacezapatista.ezln.org.mx/1996/01/01/cuarta-declaracion-de-la-selva-lacandona/>>. Acesso em 30 jun. 2021.

FILIPPI, Alberto. O legado de Lelio Basso na América do Sul e seus Arquivos de Roma: as particularidades históricas das transições democráticas e a constitucionalização dos novos direitos. In: TOSI, Giuseppe [et al.] (orgs.). **Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade**. João Pessoa: Ed. UFPB, 2014.

HECHT, Susanna B. La evolución del pensamiento agroecológico. In: ALTIERI, Miguel. **Agroecología: Bases científicas para una agricultura sustentable**. Valparaíso: Nordan, 1999.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KURZ, Robert. Barbárie, migração e guerras de ordenamento mundial. In: Pastoral dos Migrantes (Org.). **Travessias na desordem global**. Fórum Social das Migrações. São Paulo: Paulinas, 2005.

LAMBERT, Jean-Marie. **Curso de Direito Internacional Público**: o mundo global. 5. ed. Goiânia: Kelps, 2004.

MARX, Karl. “A questão judaica”. In: _____. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Tradução Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MOREIRA, Júlio da Silveira. **Direito internacional**: para uma crítica marxista. São Paulo: Alfa-Ômega, 2011.

_____. Ucrânia, Imperialismo e Autodeterminação. **Revista Crítica do Direito**. N. 4, vol. 59, mai. 2014. Disponível em: <<https://sites.google.com/a/criticadodireito.com.br/revista-critica-do-direito/todas-as-edicoes/numero-4-volume-59/moreira>>. Acesso em 26 jun. 2017.

_____. Os Povos em Movimento: Desocupações Forçadas no Brasil Contemporâneo. In: PAULA, Gil César Costa de; TAVARES NETO, José Querino; SANTOS, Nivaldo dos (orgs.). **Direito & Cidadania**. Goiânia: Ed. PUC Goiás, 2019.

_____. **Violência contra migrantes no México**. 2. ed. Goiânia: Ed. UFG, 2021.

MOREIRA PINTO, João Batista. A cultura instituinte dos novos movimentos sociais frente à cultura jurídica. **Dissertação de Mestrado**. Florianópolis: UFSC, 1991.

NAÇÕES UNIDAS. Escritório de Coordenação de Assuntos Humanitários. **Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos**. New York: UN Publications, 2001.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009.

PÉREZ-BUSTILLO, Camilo. Ningún ser humano es ilegal: migración, derechos humanos y el derecho a tener derechos. In: González Ruiz, Enrique. **Balance de los derechos humanos en el “sexenio del cambio”**. México D.F.: UACM/PRD, 2009.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito. 2008. 338 f. **Tese (Doutorado em Direito)** - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra. **Brasil, violação aos direitos humanos**. Tribunal Russell II. João Pessoa: Ed. UFPB, 2014.

TPP MEXICO. **Juicio al Estado mexicano** por la violencia estructural causada por el libre comercio. Audiencia Final del Capítulo México del Tribunal Permanente de los Pueblos: libre comercio, violencia, impunidad y derechos de los pueblos (12 al 15 de noviembre de 2014). Sentencia, fiscalías y relatorías. Ciudad de México: Itaca, 2016.

UN-HABITAT. Forced evictions. Comission on Human Rights. **Resolution 1993/77**. Disponível em: <http://mirror.unhabitat.org/downloads/docs/1341_66115_force%20evic%20chr1.htm>. Acesso em 26 jun. 2017.

A DEFESA DOS ÍNDIOS NA PERSPECTIVA HUMANISTA DE FRANCISCO DE VITORIA E RONDON

MARIA SÔNIA DE MEDEIROS SANTOS DE ASSIS ³⁶

INTRODUÇÃO

Desde os tempos do descobrimento e conquista do Novo Mundo, a tríade impulsionadora da cobiça por riquezas, expansão do poder e propagação da fé, em Portugal e Espanha especificamente, vem sendo causa de preocupação de humanistas decorrente da exploração dos índios. Exploração essa que reflete basicamente o látigo de Lope de Vega (CASTILLO, 2009, p. 64), “No los lleva cristandade, sino el oro y la codocia” (vv. 789-99).

O conflito vivido pelos indígenas do Novo Mundo, entre o século XV e XVI, já despertara a comiseração e a luta por seus direitos a partir de estudiosos e humanistas que, assim como Francisco de Vitoria deu o primeiro passo no reconhecimento de seu direito de ir e vir, bem como de suas terras, Rondon deu prosseguimento a esse reconhecimento, aplicando os mesmos

³⁶ Professora efetiva de Direito Penal na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires (UBA). E-mail: soniamsaaa@gmail.com

fundamentos humanistas em respeito aos verdadeiros donos das terras, os aborígenes.

Nesse contexto, quem enfrenta o poder em sua época e põe seus interesses em prol do bem comum, conquistando direitos para a comunidade indígena, quer como teólogo, filósofo ou jurista, cujo legado se manifesta em especial através das leis garantidoras de direitos conquistados, quer como sertanista que se dedica com respeito para melhorar a vida dos índios, ambos buscando o reconhecimento dos direitos humanos em suas mais variadas matizes, são pessoas que colocam o ser humano como principal numa relação de interesse.

Desse modo, abordarei, de forma breve, dois exemplos de contribuição, sendo um de alcance universal, do dominicano Francisco de Vitoria, na evolução do Direito Internacional Público e como defensor que foi de grandes causas, em especial do direito das gentes e dos indígenas, relacionando com o trabalho de Rondon, militar, sertanista e explorador brasileiro que criou uma política de respeito e valorização dos aborígenes. O sentido da escolha das duas personalidades é de demonstrar o princípio que rege cada um e suas similitudes e contribuições, resguardadas as devidas proporções.

Assim, darei ênfase ao legado de Francisco de Vitoria, consistente no âmbito internacional, como norteador de leis e regras há séculos em defesa dos índios e sua liberdade e a contribuição de Marechal Rondon, pautando-se no trabalho humanitário com os índios no Brasil, como exemplo de atitude positiva em prol da realização dos direitos e cultura indígena.

2 FRANCISCO DE VITORIA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIREITO DAS GENTES

Francisco de Vitoria, criador da Escola de Salamanca, foi um frade dominicano espanhol, nascido em Burgos, em 1486, cujas ideias e formação foram baseadas no pensamento humanista (VITORIA, 1992, p. 11). A essência de suas obras desenvolveu-se em torno da dignidade humana e suas questões morais, além da doutrina internacionalista que trata o conceito de liberdade, nascido na razão dos homens livres e racionais, dando amparo ao direito das gentes.

Sobre o direito das gentes, *jus gentium*, Vitória define os direitos e deveres do homem a partir da ideia de *orbe*, garantindo o bem de todos sob uma visão filosófica, afastando-se, portanto, da perspectiva sacra e, com isso, implantando as bases do direito internacional público e secularizando a comunidade internacional (Id, 2016, p. 71). Ao reforçar o vínculo do *jus gentium* ao direito natural, defende Vitoria a não

interferência de ordem da fé no sentido de não tolher nem o direito natural nem o humano. Para o mestre de Salamanca, o direito das gentes faz parte do direito natural, pois “por el derecho de gentes, que o bien es derecho natural, o se deriva naturalmente de él. Se disse en *Institutiones, De Iuri naturali et gentium*: se llama derecho de gentes lo que la razón natural estableció entre todas las gentes. [...]” (Id, 1992, p. 137)

Truyol y Serra (1996, p. 62) relembra o ensinamento de Vitória no sentido de que a vontade humana, expressa ou tácita, em contrapartida, dá origem a um direito das gentes positivo, visto que o *orbis* tem o poder de decretar leis justas. Vitória transformou normas consuetudinárias em normas positivadas, tornando-se anunciador do direito positivo.

Em sua obra, *De Indis*, de 1532, Vitoria formula uma doutrina sobre os índios como uma reação à descoberta do novo mundo e colonização da América pelos espanhóis e é nesta obra que se consagra como fundador do direito internacional, defendendo que não existirá paz entre os homens enquanto não for banida a violência e até que a justiça impere nas relações internacionais (VITORIA, 1975, p. 16). E por ser filósofo jurista humanista, coloca o ser humano como principal numa escala de importância geral, e os considera iguais e livres, se preocupando com a liberdade, ou seja, o direito de ir e vir dos índios e a posse de suas terras no universo

espanhol e vice-versa, relacionando, portanto, fontes jurídicas e teológicas em prol do povo indígena, na tentativa de positivar o *ius gentium*. Nesse contexto, ao rejeitar a desapropriação dos bens indígenas, sua submissão à escravidão, além da crueldade cometida pelos exploradores, contribuiu Vitoria para a posição da problemática no âmbito externo, digo, universal, por entrar na esfera do direito internacional (inter-nacional: entre nações) público, convindo a todos os povos, enunciado de ‘Jus Gentium’.

Ao elaborar um conjunto de leis equânimes reguladoras da condição dos povos, Francisco de Vitoria, justificando o direito das gentes, rechaçou veementemente os princípios basais da teoria da escravidão defendida por Aristóteles e ressurgida na Europa na primeira metade do século XVI, como um “referente empírico” (SILVA, 2013, p. 65), cujo argumento estabelecia que homens poderiam ser considerados como escravos naturais.

Em Política, a teoria aristotélica da escravatura se pauta no argumento do escravo como objeto de propriedade onde, quem está no comando deve ter seus próprios instrumentos e o primeiro deles é o escravo, que é uma espécie de propriedade viva, instrumento de ação, digo, ajudante a incluir entre as coisas que promovem a ação, pois a vida é ação e não produção (ARISTÓTELES, 1998, 1253b 25-1254a 12).

Explicando a natureza e a faculdade de ser escravo, completa que “[...] aquele que, por natureza, sendo humano, não pertence a si próprio, mas a outrem, é escravo por natureza. Um ser humano pertence a outro se, apesar de humano, for um objecto de propriedade; e uma propriedade é um instrumento destinado à acção e com existência autónoma” (Id. 1998, 1254a 13-17).

Nesse contexto, considerado um objeto de propriedade, o escravo já parte da premissa de não ser detentor de direitos ou bens e, por pertencer a outrem, torna-se incapaz de reger a si próprio, de governar a si mesmo. Ademais, para Aristóteles, os homens são naturalmente desiguais por diferenciarem-se entre si, uns com capacidade de governar e outros de serem governados. Aqueles, são governantes por natureza, estes, escravos por natureza, pois um ser vivo é composto pela alma e pelo corpo e a hierarquia da alma, que possui a razão, frente ao corpo, define os que vieram destinados à superioridade, com melhores disposições à autoridade de um senhor para governar o corpo. Assim, “É um escravo por natureza aquele que pode pertencer a outro (e é esta a razão por que pertence de facto) e também aquele que participa da razão o suficiente para a apreender sem, contudo, a possuir [...]” (Id. 1998, 1254b 20-25).

Assim, Francisco de Vitoria não reconhece como real os argumentos de que aos índios lhe carecem razão necessária para ‘governar-se a si mesmos’ e, portanto, totalmente inábeis para autodeterminar-se, convindo ser governado por outrem que reger-se a si mesmo. Tampouco subscreve o entendimento a seguir:

Y nada obsta – continuando – que antes de la llegada de los españoles, no tuvieran otros amos, puesto que se puede admitir sin violencia que haya siervo sin señor, como lo señala la Glosa en la Ley *Si usum fructum, De liberali causa*. Lo dice expresamente el texto en ella citado, y se halla además un caso en la Ley *Quid servum, D. De servorum stipulatione* (XLV, 3, 36), que declara que a un siervo, abandonado por su amo y por ninguno apropiado, se lo puede apropiar cualquiera. Luego, si los indios eran siervos, pudieron los españoles apoderarse de ellos (VITORIA, 1975, p. 39).

Contra isso argui Vitoria que os bárbaros “[...] estaban pública y privadamente en pacífica posesión de sus cosas, y, por lo tanto, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser tenidos por verdaderos señores y no puede despojárseles de su posesión, sin causa justa” (Id. 1975, p. 39-40).

Ademais, ao refutar a teoria da escravidão natural, se contrapôs à negativa do domínio legítimo dos bárbaros com argumentos que suscitaram questionamentos acerca dos pecadores, infiéis e irracionais. A crítica de Vitoria se

estabelece na proposição de que o pecado mortal não impede o domínio civil e domínio verdadeiro (Id. 1975, p. 41). Tampouco a amência impede aos bárbaros serem verdadeiros donos (Id. 1945, p. 50). Porquanto, em suas palavras, se prova considerando que na verdade dos fatos os bárbaros não são amentes, senão que têm, a seu modo, uso da razão. Compreendendo, ainda, que:

Es manifestó que tienen orden en sus cosas, puesto que tienen ciudades debidamente regidas, matrimonios reglamentados, magistrados, señores, leyes, artesanos, mercados, todo lo cual requiere uso de razón. Tienen también una especie de religión, y no yerran tampoco en las cosas que para los demás son evidentes. Dios y la naturaleza no les faltan en lo que es necesario para la mayor parte de la especie. Pero lo principal del hombre es la razón, y, por otra parte, inútil es la potencia que no se traduce en acto [...] (Id. 1945, p. 50).

Em seu texto Vitoria relacionou os termos domínio, injúria e a oportuna razão, para demonstrar que os índios não são escravos naturais e que lhes é inerente potencial racional, o que lhes confere direitos e deveres que se opõem à teoria que cumpria os anseios exploradores dos espanhóis de subjugar os índios. Vitoria foi decisivo quando atribuiu os princípios gerais do direito público aos índios, como uma comunidade política determinada, e por consequência seu reconhecimento como membro da comunidade internacional que será uma

simples *cuestión de hecho*: “dependerá de que dicha comunidade realice aquellas exigências mínimas de organización requeridas para el normal desenvolvimiento de uma existencia humana digna de tal nombre [...]” (TRUYOL; SERRA, 1946, p. 56).

Entendeu Vitoria que o princípio estoico e cristão da igualdade essencial dos homens que faz parte de sua natureza deve presumir-se a capacidade dos bárbaros no mesmo sentido e que apenas quando se estabeleça claramente a ausência dessa aptidão é que poderá ser-lhe negada a plena capacidade jurídico-internacional, conservando-se, portanto, a condição de colônia. Apesar de mais adiante, decerto, expressar, Vitoria, reservas acerca dos perigos abusivos que tal situação representa (Id. 1946, p. 56).

Sánchez Lauro (2017, p. 16), em seu artigo sobre a municipalização na América hispânica durante o período *Habsburgo*, leciona que:

A partir de los Reyes Católicos, la creación, formación y evolución del Derecho indiano obligó a contemplar las singularidades de los nuevos territorios y las importantes variantes que los diversos lugares presentaban. Esta necesidad de valorar la situación provincial o local ya la exponen reiteradamente personas comprometidas en el gobierno de las Indias, o personas conocedoras de aquella realidad como religiosos o juristas. [...]

Nesse sentido, embora Vitória, como espanhol, tenha dado os fundamentos dos direitos indígenas, a Espanha ainda estava distante dos bons propósitos para com os povos indígenas, pois descreveu MALHEIROS (1867, p. 7), ao narrar a escravidão no Brasil, que de acordo com a História, chegou-se naquela época até por em dúvida se os índios pertenciam à espécie humana. E por isso que o consideravam escravos por natureza e, a exemplo dos espanhóis, os portugueses.

Não obstante isso, não é menos verdade que Francisco de vitoria se insurgia contra todo esse estado de coisas e, como criador de um movimento em prol dos direitos dos povos e contra a opressão dos governos e de suas leis, foi determinante nesse processo. Conquanto nesse cenário, informa MALHEIROS (1867, p. 8) que foi importante a participação do padre dominicano Bartholomeu Las Casas, “o apóstolo dos índios”, contemporâneo de Francisco de Vitoria e a quem o chama de “el doctísimo maestro”, que considerou falsas e anti-cristãs as doutrinas aplicadas na época, tendo conseguido medidas a bem da liberdade dos índios frente às disposições espanholas.

Dentre os dois modelos históricos de colônias, de povoamento e de exploração, segundo KARNAL (2017, p. 27) a América ibérica está inserida no modelo explorativo, consistente no interesse do Estado ibérico na exploração do

Novo Mundo e, por conseguinte, obter os maiores lucros no menor prazo possível, porque a colônia representava uma fonte de enriquecimento das metrópoles, onde se suportava por certo período, extraindo-se o máximo dela para se retornar à pátria europeia.

A exploração praticada por Portugal e Espanha consistia numa guerra de conquista, pois já desembarcavam nas colônias com tropas, como se estivessem em guerra contra os aborígenes, deslocando-os de suas terras com violência e crueldade. Diverso das colônias de povoamento praticada pelos britânicos nos EUA, cuja postura não correspondia a atividade predatória, como a praticada pela ibérica, senão a preocupação com o desenvolvimento local (KARNAL, 2017, p. 27).

Vitoria, ao valorizar os direitos dos povos em igualdade de circunstâncias, a exemplo da liberdade, está a reconhecer também o princípio da igualdade dos homens, reafirmando, ademais, seu conceito de ética, de moral e de justiça. Exercendo positivamente influência no direito e se posicionando à frente de seu tempo.

Resguardando o direito à igualdade de circunstâncias Vitoria defendeu o pensamento posteriormente atribuído por LOCKE (2018, p. 74-75), na qual:

(...) a liberdade dos homens submetidos a um governo consiste em possuir uma regra permanente à qual deve obedecer, comum a todos os membros daquela sociedade e instituída pelo poder legislativo nela estabelecido. É a liberdade de seguir minha própria vontade em todas as coisas não prescritas por esta regra; e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem: como a liberdade natural consiste na não submissão a qualquer obrigação exceto a da lei da natureza.

Nessa linha de pensamento, Locke (2018, p. 74), ao reconhecer a liberdade natural do homem como livre de qualquer poder superior na terra e desconhecendo outra regra além da lei da natureza, defende que esta liberdade não depende da vontade ou da autoridade legislativa do homem, exceto aquele estabelecido por consentimento na comunidade civil. Estabelece de maneira inclusiva que a liberdade do homem na sociedade não está sob o domínio de qualquer vontade ou constrangimento por qualquer lei, salvo o que decretar o legislativo, de acordo com a confiança nele depositada.

A Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da VII Conferência Internacional Americana (MONTEVIDÉO, 1933), adotou uma resolução recomendando a colocação do busto de Francisco de Vitoria na sede central da União Panamericana, em Washington DC, em homenagem (1963) a quem lançou as bases do direito internacional moderno.

Consta a inscrição no pedestal: *Pacta uno librementē, pero se obliga al pacto* – Homenagem da VII Conferência Internacional Americana ao teólogo espanhol que no século XVI e da cátedra de Salamanca estabeleceu as bases do Direito Internacional moderno. Ao homenagear o jurista e teólogo burgalês, a Organização dos Estados Americanos resgatou, por conseguinte, a influência do mestre de Salamanca no futuro da humanidade e com isso reforçou as raízes castellanas na defesa dos direitos dos povos indígenas da América.

3 RONDON E O RESPEITO À CULTURA E AUTONOMIA DOS POVOS INDÍGENAS

Cândido Mariano da Silva Rondon, Marechal Rondon, como é conhecido, nasceu no Mato grosso em 1865. Brasileiro descendente de índios, explorador e oficial do Exército brasileiro, além de engenheiro militar, bacharel em matemática e ciências físicas e naturais.

Rondon, considerado um sertanista, já que se insere perfeitamente na designação decorrente do século XX, a qual qualifica o indivíduo que tem profundo conhecimento da parte do território afastada dos centros urbanos, ainda não colonizada por brancos, que não indígenas, denominada de sertão. Tal terminologia ainda se faz presente no órgão indigenista brasileiro, a FUNAI – Fundação Nacional do Índio.

E não na concepção reinante no Brasil do início do século XVII, no período colonial, onde a designação sertanista possuía outra conotação, relacionada à pessoa do bandeirante, equivalente aos ‘batedores’, *scouts* da América do Norte, que se dedicava a atividade de percorrer o sertão brasileiro, capturando e escravizando indígenas, explorando metais preciosos e buscando novas descobertas relacionadas às riquezas naturais.

Sua inclinação humanista o conduziu na promoção e desenvolvimento da conscientização científica sobre a região amazônica e seus povos, tornando-se um dos maiores defensores dos direitos indígenas durante a primeira metade do século XX. Pois defendia ser o resgate da mais sagrada dívida de honra para com os indígenas que, expulso de sua terra, embora legítimo dono, pelo invasor que chegara com mostras de paz para trazer sangue e destruição (VIVEIROS, 1958, p. 326).

Diante dos notórios conhecimentos adquiridos em sua vida, Rondon se inspirava na obra científica de grandes naturalistas, como Bates e Wallace que eram apoiadores da teoria da evolução e exploradores ingleses que empreenderam viagem à Amazônia com o objetivo de recolherem material zoológico e botânico para o Museu de História Natural de Londres. Além do prussiano Alexander von Humboldt, no

século XVIII, que foi um naturalista, geógrafo e explorador, cujas bases científicas apontam-se na geografia, geologia, climatologia e oceanografia, tendo escrito livros científicos sobre a América e sua obra, escrita com a colaboração de outros cientistas, constituiu-se de um *Examen critique de l'histoire de la géographie du Nouveau Continent*, compreendendo trinta volumes.

Reconhecidamente humanista, cientista e intelectual, Rondon, alinhado aos próprios valores, deixou sua marca no trabalho desenvolvido com os índios e com a região, o que lhe rendeu títulos de reconhecimento pelo seu valioso contributo e pela visibilidade que projetou o Brasil, numa época em que o país não gozava da crescente influência econômica e política, à vista da comunidade internacional. Seu objetivo principal, conforme ROHTER (2019, p. 21-22), era construir uma nação que inibisse os ideais colonialistas representados pelos exploradores europeus dos séculos XIX e XX.

Declarou-se Rondon que, à luz da sociologia e da moral positiva, iria ter a felicidade de trabalhar para a realização do sonho de José Bonifácio e dos votos dos evangelizadores do século XVI para a incorporação definitiva e espontânea do índio à civilização brasileira (VIVEIROS, 1958, p. 340).

Rondon aprendeu inúmeros dialetos pela relação amistosa que manteve com diversas etnias indígenas, a quem

foi atribuído o título de ‘indigenista’, em reconhecimento ao seu trabalho desenvolvido junto aos índios e, por integrar a Amazônia ao resto do Brasil, recebendo uma patente concedida apenas a generais em tempo de guerra - Marechal de campo. No Brasil, seu nome também representa ruas, praças, cidades, municípios, estado, a exemplo de Rondônia, único Estado brasileiro que homenageia com seu nome uma personalidade histórica nacional.

Entre 1890 e 1938, período em que Rondon se dedicou à atividade de descoberta, Magalhães (1956, p. 5), seu ajudante nesse interregno, destacou em suas palavras, seu inestimável trabalho, de quem permaneceu quase meio século no interior de sua pátria, perlustrando os sertões em grandes extensões, que até então somente habitadas por tribos silvícolas e nunca dantes palmilhados por nenhum homem civilizado.

Em sua expedição científica com o ex-presidente dos Estados Unidos, Theodore Roosevelt, Rondon, chefiando uma equipe de oficiais e naturalistas brasileiros, em ousada travessia pelo sertão bruto que medeia entre os Estados do Mato Grosso e Amazonas, terra até então “desconhecida”, partiu em descida pelo rio da Dúvida com o objetivo de explorar aquela extensa área. Com nascente em Rondônia, o rio da Dúvida era assim conhecido por até então não se saber sua afluente, onde ele iria desaguar. Entretanto, com a descoberta

do maior trecho do rio onde nunca um civilizado pusera os pés, sob o comando de Rondon, desvendaram o rio com 679 quilômetros de extensão, que foi rebatizado de Rio Roosevelt, em homenagem ao estadista norte-americano, que compunha sua equipe de exploradores.

Mas sua maior projeção e reconhecimento internacional adveio de uma vida inteiramente dedicada à exploração pacífica, humanitária e civilizadora no país. “Morrer, se preciso for, matar nunca!...”. Segundo Magalhães (1956, pp. 17-18), eis o lema defendido por Rondon quando, em sua expedição aos domínios dos Nhambiquara, ergueu sua bandeira-guia com a voz de comando que iniciou aquela exploração “sem o prévio consentimento dos selvícolas” que, segundo, Rondon codificou os “meios de que se devia lançar mão para a pronta e sucessiva civilização dos índios: a) – Justiça, não esbulhando mais os índios, pela força, das terras que ainda lhes restam; b) – Brandura, constância e sofrimento de nossa parte, que nos cumpre como usurpadores e cristãos; c) – Abrir comércio com os bárbaros, ainda que seja com perda de nossa parte; d) – Procurar com dádivas e admoestações fazer pazes com os índios inimigos; e) – Favorecer por todos os meios possíveis os matrimônios entre índios e brancos e mulatos”.

Rondon era um pacifista incontestável, e o foi por livre discernimento, pois, como explorador, nunca empregou

violência de qualquer natureza contra os índios, mesmo sofrendo inúmeras emboscadas de tribos indígenas, mesmo tendo sido ferido por flechas, ainda assim, nunca retaliou. Buscou sempre entender a condição de seu agressor em razão das diferenças culturais e das experiências malsucedidas que os índios vivenciaram com os exploradores. Ao reconhecer as diferenças culturais, declarou Rondon (VIVEIROS, 1958, p. 341) que não se pode exigir do índio a mesma atividade ou sistema de trabalho a que os europeus estavam submetidos. Porquanto os índios acostumados aos horizontes de suas infindáveis terras se sentiriam asfixiados no estreito âmbito de um lote, sendo coagido forçosamente a trabalhar seria o mesmo que a morte.

Essa travessia de reconhecimento e exploração se estendeu por três expedições correspondentes aos anos de 1907, 1908 e 1909. Que, de acordo com Magalhães (1956, p.18-19), “(...) esta última percorreu o sertão bruto, durante nove meses de tenacíssimos esforços, quase sobre-humanos, através dos habitáculos dos aborígenes que nêles se encontravam, sem que houvesse, em hipótese alguma, atacado os mais *legítimos brasileiros*, sem permitir que atirassem nem que fosse só para espantá-los, sem tocar nos seus objetos encontrados no trajeto, por mais insignificantes que parecessem e deixando-lhes inúmeros brindes,

constantes de objetos para eles preciosíssimos, como machados, foices, facões de mato (terçados) facas, missangas, espelhos, tesouras, etc., etc., presentes que também eram sistematicamente postos em jiraus, exatamente nos lugares em que os selvícolas atacavam os expedicionários, como várias vezes sucedeu!”.

Rondon estabelecera tão cordialmente uma exploração baseada no reconhecimento dos direitos indígenas que divergia dos autoproclamados ‘homens civilizados’ europeus que, outrora, surpreendiam, afrontavam e dominavam os índios, em posse de armas em grau de superioridade frente à primitividade de armas utilizadas pelos silvícolas, os matavam, escravizavam, maltratavam, arrebatavam seus filhos e suas esposas as roubavam, além das terras invadidas, tudo abruptamente.

Assim, como resultado da postura de Rondon de proteção à raça aborígene, o governo federal, despertado pela vibração positiva, criou em 20 de junho de 1910, através do Decreto nº 8.072, o Serviço de Proteção ao Índio, sob direção de Rondon. Tendo sido este decreto sucedido por vários outros e, em 1967, o SPI foi substituído pela Fundação Nacional do Índio (Funai), culminando com a edição do Decreto nº 9.662, de 1º de janeiro de 2019, atualmente vigente.

Rondon, como motivador do serviço de proteção ao índio, causou tamanho reconhecimento em todo o Brasil e no estrangeiro, tendo repercutido no Congresso de Raças em Londres, em 1913, a ponto de ser aplaudido entusiasticamente pela atitude assumida em relação aos índios, seguido pela imprensa de Berlim e de Paris que o exaltaram como um exemplo a ser imitado, para honra da civilização universal. De Nova York, o Presidente da Sociedade Nacional de Geografia, encaminhou uma carta à Rondon, então diretor do Serviço de Proteção ao Índio, exaltando-o sua ação humanitária dedicada aos aborígenes e informando-lhe sobre a inclusão de seu nome na lista dos sócios honorários daquela agremiação (MAGALHÃES, 1956, p. 19-20).

No entanto, a ingerência da ‘Igreja Católica’ por parte de seus sacerdotes, despontou para cercear a liberdade dos silvícolas de exercerem suas práticas fetichistas, exigindo deles que se submetam, segundo a doutrina católica, à celebração eucarística – que é a missa, bem como que se casem e se batizem, sob os moldes institucionais, segundo seus dogmas “fora da fé católica não há salvação para as almas” (Id. 1956, p. 21). Representando, assim, uma violação aos costumes tribais, pois que tudo o que veem e que lhes são impostos não representam suas histórias de vida nem de seus antepassados e, como inteligentes que são, o próprio convívio

com os civilizados, os farão entendedores gradativos dos benefícios e vantagens dos seus semelhantes. Embora, não se possa crer que a influência da igreja católica em contribuir com o modo de viver dos aborígenes, de um modo geral, haja sido negativa, considerando, ao final, que o cristianismo influenciou decisivamente no processo de criação conceitual de dignidade humana, como expressa ALVES (2001, p. 112), “a difusão do Cristianismo no ocidente, com suas premissas de igualdade e fraternidade entre os seres humanos, estabeleceu novos horizontes nessa temática, conferindo à personalidade a base metafísica que lhe é peculiar”. Francisco de Vitória constitui-se num nobre exemplo do efetivo e contributo influxo da igreja católica nesse contexto.

Na época da colonização, os índios tinham seus direitos, como vida, liberdade, terra e cultura, violados por força da repressão física e cultural a que eram submetidos, tendo que reprimir e negar suas culturas e identidades por uma questão de sobrevivência. Para VIVEIROS (1958, p. 329), Rondon descreve a aproximação dos exploradores aos índios de egoístas, cujos recursos que dispunham, foram postos ao serviço do egoísmo desalmado com que se caracterizou a atitude dos conquistadores. E reitera (Id. 1958, p. 341), “Não se pode exigir do índio o mesmo gênero de atividade, o mesmo sistema de trabalho do europeu. Acostumado aos horizontes

sem fim de sua terra, julgar-se-ia asfixiado no estreito âmbito de um lote e não haveria meio de o manter aí, senão obrigando-o, à força, a permanecer e trabalhar – o que seria a sua morte.”

Dentre os planos de Rondon de trazer os benefícios da civilização para o dia a dia dos índios, preconizava sobre as normas do Serviço de Proteção ao Índio, as quais deviam ser aplicadas em sua essência e em todos os seus âmbitos, cabendo ao hermenauta encontrar o cume de sua natureza, consistente na valorização da cultura indígena e respeito ao grupo étnico. E, nesse contexto, sobre tais normas, GUSMÃO (1942, p. 122) interpretara o sentimento de Rondon quanto à sua característica fundamental, que era a não intervenção nos costumes típicos de cada tribo, na sua moral ou na sua religião, a não ser no que elas colidissem com a moral pública do país.

Nesse universo lembrou MAGALHÃES (1956, p. 23) que Rondon sintetizou alhures o ponto de vista do Serviço de Proteção ao Índio (SPI): “... O S.P.I. cinge-se, pois, a encarar a solução do problema indígena, no Brasil, dentro dos princípios que regulam a evolução natural da mentalidade humana, favorecida tal evolução mediante a garantia completa da liberdade espiritual, fortalecida pelo espírito da mais ampla fraternidade”.

A partir desse órgão indigenista estatal destinado a prestar assistência aos índios, o indígena se encontra amparado por parte do Estado e posteriormente reconhecido pela Constituição Federal (BRASIL, 1988, arts. 231 e 232), a qual resguarda seu direito originário de manter a sua própria cultura e suas terras por eles habitadas tradicionalmente.

Rohter (2019, p. 20) conta que “em 1925, na visita que fez ao Brasil, Albert Einstein, maravilhado com a ideia de um general pacifista, indicou Rondon para o prêmio Nobel da Paz, numa tentativa de exaltar sua luta. Quando Rondon morreu, em 1958, Leopold Boissier, presidente do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, o saudou como o mais importante apóstolo da não violência nos tempos modernos desde Gandhi.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propensão humana em busca da igualdade e da justiça faz com que os mais nobres espíritos da humanidade percebam a inexistência de raças entre os seres humanos, pois este critério de classificação dos seres humanos servia para a negação de direitos, sob os argumentos de raças superiores e inferiores, argumentos esses por eles rechaçadas, a exemplo de Francisco de Vitoria e Rondon.

Partindo da premissa de que somos uma só raça – a raça humana, respeitadas suas peculiaridades e sua história, cor,

sexo, língua, religião, somos um só povo tentando nos encontrar nessa multiculturalidade, o que permite diferenças, sentimentos específicos decorrentes de experiências diversas da existência de cada povo, mas que se encontram a partir de regras universalmente válidas, tais como o respeito à vida, à liberdade, ao livre pensamento, ao direito de opinião, etc., regras essas que, à princípio, descritas nas declarações de direitos, foram positivadas em várias constituições.

Dessa forma, esse sentimento arraigado de igualdade e justiça inerente a todo ser humano e que tem como porta-vozes seres iluminados, remete-nos à conclusão de que o ser humano é sujeito de direitos e jamais pode ser objeto à disposição de outro ser humano, para que seja explorado como se coisa fosse, pois sendo o ser humano sujeito central de todos os direitos inerentes a sua condição, deve ser reconhecida a sua dignidade, o valor da vida humana, da liberdade, enfim da sua realização plena.

Aqui ressalto que o relato dos fatos se deu com fidelidade às fontes, muitas vezes *ipsis verbis*, para que as observações extraídas possam refletir a realidade dos acontecimentos.

O legado de Francisco de vitoria ao direito dos povos refletiu decisiva e internacionalmente, conferindo aos índios posição de igualdade entre os homens, ao refutar princípios basais da teoria aristotélica da escravidão natural e com isso

estabeleceu através de uma visão ético-jurídica os princípios gerais de direito público a partir do reconhecimento dos indígenas nesse contexto.

O contributo de Rondon constituiu-se numa vida dedicada ao serviço do índio com amparo e proteção aos seus direitos no território nacional, revelando-se uma luta perene pela garantia e efetividade desses direitos no evoluir da humanidade, em face de se evitar retrocessos diante de experiências que foram vivenciadas no decorrer de sua história.

Evocar os ensinamentos de Vitoria com o Direito das Gentes e Rondon com o seu pacifismo e respeito à dignidade e cultura indígena, cada um à medida de suas obras e de suas importâncias históricas e intelectual, impulsiona a humanidade a evoluir com os direitos dos povos, reconhecendo suas diferenças, porém muito mais com suas igualdades, decorrentes da condição humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina e da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBIO, Luciana. **Marechal Rondon cria Serviço de Proteção aos Índios (SPI), transformado em Funai**. Disponível em:

<<https://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/marechal-rondon-cria-servico-de-protecao-aos-indios-spi-transformado-em-funai-22116410#ixzz635csDtql>>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/compilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2020.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CASTILLO, Moisés R. **Indios en escena: la representación del amerindio en el teatro del Siglo de Oro**. Capítulo Uno: Un drama de honor – El Nuevo Mundo descubierto por Cristóbal Colón de Lope de Vega. p. 64. Disponível em: <<https://books.google.pt/books?id=h8YyZ8chthkC&printsec=frontcover&dq=Lope+de+vega+in+indios+en+escena&hl=ptPT&sa=X&ved=0ahUKEwiHh5CS0o3oAhUEyx0KHRDRB6AQ6AEIKTAA#v=onepage&q=Lope%20de%20vega%20in%20indios%20en%20escena&f=false>>. Acesso em: 04 mar. 2020.

DIREITO INTERNACIONAL, **Legislação. Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

GUEDES, Salvador Larrúa. **Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitoria y Domingo de Soto: Los Derechos Humanos de los indios y el resultado de la conquista de América**. Disponível em: <<http://www.elmonarquico.com/texto-diario/mostrar/488766/bartolome-casas-francisco-vitoria-domingo-soto-derechos-humanos-indios-resultado-conquista-america>>. Acesso em: 18 out. 2019.

GUSMÃO, Clovis de. **Rondón**. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora. 1942.

KARNAL, Leandro. **História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI**. Leandro Karnal... [et al.]. São Paulo: Contexto, 2017.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Lebooks Editora. Edição do Kindle. 2018.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional. 2006.

MACHADO, Maria Fátima Roberto. **Museu Rondón: antropología & indigenismo da Selva**. Cuiabá MT: Entrelinhas. 2009.

MAGALHÃES, Amilcar Botelho de. **A obra ciclópica do general Rondón**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército. 1956.

MALHEIROS, AMP. **A escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 1867. vol.2. Expedições. — primeiras relações com os naturais. — introdução da escravidão dos Índios. — seu desenvolvimento. — determinações a respeito. — colonização. — regime colonial. p. 15-25. ISBN: 978-85-7982-073-1. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em: 18 out. 2019.

Raíces castellanas en Washington DC Raíces castellanas en Washington DC. España. 30.08.2016. Disponível em: <<http://www.canalpatrimonio.com/raices-castellanas-en-washington-dc/>>. Acesso em: 23 set. 2019.

RONDON, Frederico A. **Pelo Brasil Central**. 2ª Ed. ampl. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1938.

RONDON, Marechal. Disponível em: <https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Marechal_Rondon.jpg#/media/Ficheiro:Marechal_Rondon.jpg>. Acesso em: 23 out. 2019.

ROHTER, Larry. **Rondón, uma biografia**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

SA, Magali Romero. **Rondón: inventários do Brasil 1900-1930**. 1ª Edição. Brasil: Andrea Jakobsson Estúdio. 2017.

SÁNCHEZ LAURO, Sixto. **Acercamiento a la municipalización en la América hispana durante el período de los Austrias**. Los «pueblos de indios». Vol. 10/ENERO/JUNIO, 9-44. Colômbia. Precedente. 2017.

SILVA, Lucas Duarte. **Os argumentos de Francisco de Vitoria contrários à teoria da escravidão natural**. Revista e Fé, Pelotas, 15(2): 57-76, Jul-dez/2013. Disponível em: <<https://revistas.ucpel.edu.br>>. Acesso em: 03 jan. 2021.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. **História do Direito Internacional Público**. 1ª Edição. Lisboa: Coleção Estudo Geral Instituto Superior de Novas Profissões. 1996.

_____. **Los principios del derecho publico en Francisco de Vitoria**. Madrid: Ediciones Cultura Hispanica. 1946.

VITORIA, Francisco de, 1486-1546. **Relecciones: sobre os índios e sobre o poder civil** / Francisco de Vitoria; José Carlos Brandi Aleixo, organização e apresentação. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 2016.

VITORIA, Francisco de. **Doctrina sobre los indios**. 2ª Edición. Salamanca. Editorial San Esteban. 1992.

VITORIA, Francisco. **Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra**. Tercera edición. Madrid: Espasa-Calpe, S.A. 1975.

VIVEIROS, Ester de. **Rondón conta sua vida**. Rio de Janeiro: Livraria São José. 1958.

CHANINCHAY: HACIA UNA TEORÍA JURÍDICA ANDINA (ENTRE LA COORDINACIÓN Y LA SUBORDINACIÓN DE JUSTICIAS EN EL PERÚ)

CLIVER CCAHUANIHANCCO ARQUE³⁷

INTRODUCCIÓN

América Latina adolece el precio de su historia, y con ella la del fenómeno colonizador que lo conlleva a una reproducción impropia de su ethos social. El rasgo colonial copulante entre sus diferentes esferas (raza, clase y género) se concluyen con una universalización y naturalización del espectro jurídico impuesto en Abya Yala general; es en tanto que la realidad latinoamericana aun desencarna las relaciones de poder de dominación, muy bien maquilladas en proposiciones de independencias, autonomías y derechos humanos desde el estado, en cuya realidad más cruda sigue siendo la repetitividad de categorías lapidantes y obstaculizantes que imposibilitan el cambio social y jurídico cultural de las sociedades.

³⁷ Master en Estudios Latinoamericanos-Universidad Federal de la Integración Latino-Americana. Consultor de la Asociación Servicios Educativos Rurales (SER). clivers7nba@hotmail.com.

Es en tanto que, los cambios paradigmáticos de la estructura jurídica son imposibilitados en la medida que el derecho como teoría lejos de su ideal arquetípico de aseguramiento y adecuado ordenamiento social y cultural de las realidades bajo el sentido de justicia, se ha expresado más bien, como instrumento de dominación política y elitización social que produce y reproduce desigualdades e injusticias en la sociedad y cultura latinoamericana. Esta realidad hace inexorable la necesidad de su repensar y reestructurar, bajo un proceso de posicionamiento que asegure el respeto epistémico en horizontalidad de los saberes y conocimiento jurídicos indígenas y nativos.

El presente artículo bajo su rol crítico en el que se plantea, tiene el objetivo primordial de problematizar la negación epistémica hecha desde la racionalidad occidental hacia el conocimiento jurídico indígena andino, cuya expresión de negación ha llevado a la creación de ficciones integracionistas como la coordinación e integración de justicias, que lejos de afirmar tales posturas, solo las encausan a la subordinación y consecuente extinción de sus prácticas y saberes de justicia originaria.

El método utilizado fue el interdisciplinar, fundamentado en la necesidad de análisis no solo jurídico sino también social y cultural del fenómeno, por el que se utiliza el método

etnográfico desde las ciencias sociales y sociológico jurídico desde las ciencias jurídicas permitieron describir e interpretar la temática abordada. El resultado del presente artículo describió e interpreto los fenómenos jurídicos ordinarios y especiales, a la vez que posibilitó bosquejar principios para una verdadera coordinación sin subordinación, bajo postulados de la interculturalidad y dialogicidad horizontal epistémica de justicias.

El presente artículo se encuentra organizado de forma ordinal en ocho subtítulos; en el primer subtítulo se hace una breve introducción a la temática planteada a fin de orientación en tanto perspectiva para el lector; en el segundo subtítulo se plantea un abordamiento filosófico del pensamiento andino (¿qué es? ¿Quiénes la hacen? Y Como se hace?); ya en el tercer subtítulo, se plantea un abordamiento sobre la justicia comunal de forma breve y descriptiva la perspectiva de justicia desde lo hegemónico del positivismo jurídico; en el cuarto capítulo se hace una explicación sucinta sobre la tradición en jurídica desde la conquista; para así en un concatenado quinto sub título abordar las fuentes de esta justicia colonial, basada en sus principios de iustitia e ius Commune; así casi finalizando en un sexto subtítulo se explica una justicia no convencional desde el chaninchay; y concluyentemente un séptimo sub título de explicación a mera especie de comparación respecto las

categorías *iustitia* del pensamiento occidental y *chaninchay* desde el pensamiento andino; finalizando el presente artículo con el octavo sub título que plantea algunas consideraciones finales desprendidas de la totalidad del trabajo.

2 SOBRE EL CONOCIMIENTO FILOSÓFICO ANDINO: ¿QUÉ ES? ¿QUIÉNES LO HACEN? Y ¿CÓMO SE HACE?

Para la comprensión de una filosofía andina, no solo se debe remitir al típico abordamiento filológico, etimológico, semántico cerrado del lenguaje usado por cronistas y científicos sociales, bajo el cual se reduce por “andes” al solo hecho de comprenderlo como una “mala dicción del vocablo quechua “anti”, y como parte tetra divisional del territorio incaico” como lo señala el inca Garcilaso de la Vega (1609). Por el contrario se necesita hacer una comprensión e interpretación de los andes, como una abstracción genuina y profunda para su entendimiento, así se comprenderá que lo andino, es resultado de una interacción dentro de un espacio geográfico que se condiciona a desarrollar un tipo de razonamiento respecto su conexión y apreciación con la realidad, teniendo como protagonista concreto al ser humano andino colectivo o “*runa*” y su contexto, quien en su existencia y convivencia permitió desarrollar un modo práctico de pensar la vida y organizarla, para seguidamente estructurarse como

cultura y por ende formar una filosofía, sobre esto Murra (1975) “en su relato etnohistórico andino, refiere a la cuestión topográfica, geográfica y ecológica como fundamento inicial de una filosofía”, de esa misma perspectiva se puede entender a Esterman (1998) al señalar que: “el espacio geográfico y topográfico es equiparado al *mutas mutandis* del paisaje costeño en Jonia que dio origen a la filosofía griega, o en otro caso, la región pluvial del Ganges que fundamentó la filosofía Indica, a través de la comprensión y análisis con relación a la inmensidad del mar y su dialéctica con la tierra respecto su mutabilidad y firmeza”; es en tanto que el espacio geotopográfico es un factor determinante para la elaboración de un pensamiento filosófico, que para el mundo andino encuentra sustento en la comprensión del “*hanan pacha*” y “*uku pacha*” respecto lo espacial y dialectico de la relación de los mundos de arriba y abajo, y el “*kay pacha*” desde lo temporal, relacionado como la fundamentación del presente o equivalente al *q`ipanayra* andino, cuya interpretación desde la maestra Cusicanqui, sería el producto del pasado sustentado en la acción de activación y representación de la memoria profunda materializado como futuro, lo que en suma da el entendimiento sobre la comprensión del tiempo andino.

Esta constante actualización del pasado, con la incorporación de nuevos elementos de futuro reflejado como

presente, concluye que la noción de tiempo en el mundo andino es tomada como discontinuidad en tanto sucesión ordenada cronológicamente, empero cíclica y continua en la medida natural y agrícola de su relación con la tierra. Todo este entendimiento sobre tiempo y espacio son reflejados en los saberes, prácticas y conocimientos de las culturas andinas, los mismos que son materializados como filosofía práctica, para llegar al ideal armónico que representa su visión como totalidad correlativa y congruentemente.

3 UNA APROXIMACIÓN A LA JUSTICIA COMUNAL

La justicia comunal como categoría es equiparable al aparato y marco normativo de las sociedades actuales, en ese entender se podrá comprender como justicia comunal a todas aquellas decisiones tomadas bajo preceptos normativos internos de praxicidad (vigentes dentro de la comunidad), y rígides a la hora de determinan las acciones de los integrantes de la comunidad. Según Chata (2018) el reconocimiento de la justicia comunal, no es más que un resultado del desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural relativa, pues bajo la literalidad del precepto de “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el órgano judicial”, ésta no le permite salir de los parámetros de su definición formal jurídica, lo que consecuentemente y así por su parte lo señala también

Ruiz (2004) la justicia indígena como esencia resolutive de conflictos bajo el propio imperio de sus instituciones comunales, campesinas y nativas, constituyen una excepción al principio de unidad y exclusividad de la jurisdicción por parte del Poder Judicial y/o justicia ordinaria pero que en esencia ultima dicha excepción solo resulta idealizada e utópica.

En tal sentido, será necesario rebatir las relaciones de poder entre la justicia estatal y comunal a la hora de administrar justicia. La justicia restaurativa o comunitaria como institución parte del sistema jurídico peruano, deberá ser entendida como un sistema especial, autónomo y alternativo frente al sistema ordinario de la justicia estatal, puesto que considerando dicha diferencia, se manifiesta la presencia de resolución de conflictos diferente al percibir del sistema hegemónico, el cual naturalmente no coincide con la justicia estatal, lo que no significa mellar y lapidar dicho sistema como lo señala Rodríguez (2007). La corte superior de justicia de Puno (CSJP, 2003) ha señalado que la justicia comunal es considerada también como actos "extra sistema", para reconocer a la labor de impartición de justicia comunal administrada por las autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas, esta tiene reconocimiento y cobertura constitucional y legal, constituyendo frente al problema de la falta de acceso a la justicia, siendo sin duda una respuesta

organizada y democrática al interés comunal. Por tanto; no estamos sólo ante un problema de falta de acceso a la justicia de la población campesina y nativa como lo señalan la mayoría de estados, sino ante una administración estatal de justicia que invisibiliza dicho sistema, desentendiendo la diferencia cultural e idiomática, así como otros referentes culturales esenciales que llevan a la conclusión manifiesta por Gitlitz (2013) al considera que la justicia rondera comunal se encuentra "al margen del Estado" y por lo tanto excluida por el estado sin ningún tratamiento más que el de su definición parametral jurídico normativa.

4 TRADICIÓN JURÍDICA DE LA CONQUISTA: MONISMO JURÍDICO Y DERECHO POSITIVO

La doctrina jurídica monista y el llamado “derecho moderno”, propuesta por Kelsen (1982) establecen una definición universal de derecho, esta es que el monopolio estatal de la violencia legítima y la producción jurídica son únicamente del estado. Es así que, el monismo jurídico comprende la dualidad estado-derecho como única correspondencia valida dentro del heredado sistema jurídico occidental, donde el derecho que le corresponde a un estado, es el mismo que será el que corresponde a un derecho, lo cual deduce la inexistencia de otro tipo de sistema, al menos dentro

de un mismo espacio geopolítico que comprende a un estado, esto es en propios términos “la idea de identidad de derecho y estado, así como la centralización del poder político en el estado”.

Desde el marco del monismo jurídico entonces, solo es derecho lo creado por el estado y sus instituciones, bajo la atingente premisa de lo positivo o comúnmente llamado derecho escrito o derecho adjetivo. Todo tipo ajeno a esa estructura por consiguiente será considerado como infra “lex” o mera costumbre.

La identidad estado-derecho esta equiparada a la idea de “estado-nación”. La legitimidad política del estado, se basa en el supuesto de que la organización jurídico política de una nación es la de un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma y una sola religión. Lo que se entiende que es legítimo, que el Estado tenga un solo sistema normativo ya que supone que representa un conjunto social homogéneo. (VARON, 1996).

Así entonces, los sistemas normativos no estatales, al no estar formalizados son catalogados como atrasados y pre-modernos, que deberían superarse para posibilitar la civilización de sus poblaciones igualmente atrasadas a través de su integración al verdadero derecho. Para el monismo jurídico, la costumbre es admisible utópicamente bajo el criterio de fuente de derecho, el mismo que solo será usado a falta de una ley, siempre y cuando esta no contravenga a las leyes del sistema monista, por lo que se deduce que, si se

acepta un sistema de derecho consuetudinario, este solo es admitido de modo limitado y/o excepcionalmente, pues al primar el positivismo de la ley, este es inmediatamente subordinado por el monismo jurídico y en consecuencia sometido por el sistema estatal.

Desde el marco del sistema hegemónico, se suele hacer una interpretación excluyente del principio de igualdad ante la ley, lo mismo que lleva a negar el respeto de la diferencia cultural, diversidad cultural, y hasta la propia identidad e idioma; a pesar de que la normativa positiva internacional señala el derecho a la igualdad, evita la discriminación y permite el acceso a todas las oportunidades y derechos económicos y políticos, para el desarrollo personal y colectivo, empero ello hasta la actualidad “no ha impedido y menos ha reprimido el incumplimiento e inobservancia del derecho a la diferencia cultural”. (CEH., 1999).

Se concluye sobre este apartado entonces que, desde la lógica monista no se puede dar seguridad jurídica, política, ni cultural, en razón a la imposición de un sistema jurídico creado y destinado para un solo grupo cultural, lo que significa no solo disconformidad de la población de rasgo cultural diferente, sino también la criminalización de las prácticas culturales opuestas a las consagradas legalmente, como consecuencia de la ignorancia legal. Además de la inseguridad jurídica, política y

cultural, la lógica monista, ha incrementado la distancia entre la sociedad y el estado así como la deslegitimación del propio estado, pues estas poblaciones mayoritarias minimizadas no aceptan que el monismo jurídico sea una forma de representación y por lo tanto deba ordenar su vida social en comunidad.

5 *IUS COMMUNE* Y IUSTITIA: FUENTES DE LA JUSTICIA HEGEMÓNICA

No cabe duda que el sistema jurídico occidental fue la institución más importante de la conquista, ya que esta permitió la irradiación del proyecto civilizatorio hegemónico al mismo tiempo que se configuraba como una Europa portátil para sus colonias. El actual sistema jurídico hegemónico expresa no solo la legalidad y legitimidad sobre lo conquistado, sino también la portabilidad de instituciones así como su estructura hegemónica para gobernarlos, es decir que dicha expansión imperial se hizo desde su tradición jurídica, política y económica, para un fin sencillo desde la óptica vencedora, el cual es la posibilidad de generar occidentales no siendo necesariamente europeos, o indios y mestizos auto considerados gringos, ello como parte de la estrategia y dominación intrínseca global.

Con el advenimiento del nuevo siglo se han consolidado nuevas formas de creación y de expansión de determinadas representaciones del mundo y de diferentes formas de cultura [...], el capitalismo o la globalización, se han aferrado a los tráficos culturales internacionales. Si bien hubo un momento en el que las culturas convivían en un contacto más o menos equilibrado en sus fuerzas, hoy en día nos encontramos con un claro triunfo de los patrones culturales occidentales que en amalgama con otros aspectos del funcionamiento de estas sociedades conducen a tales patrones hasta los rincones más recónditos del mundo de hoy. (Lipovetsky e Juvin, 2011, p. 98).

Es en tanto que para entender la historiografía jurídica occidental, se deberá tener en consideración aquel principio básico que lo fundamenta, esto es hablar sobre el “lus Commune”, categoría que se desentrama como una abstracción de tinte ilusorio y artificial, regido como ideal jurídico en los siglos XI hasta el XVI. Es por ello que el ethos de la ley de dicha época, mantuvo al derecho y ciencia jurídica arraigada a su tradición y fundamentación dogmática, el cual fija los lineamientos eurocéntricos occidentales inmersos en su historia para su posibilidad futura.

El derecho y la justicia no serían otra cosa entonces, que la formas más efectiva de instrumentalizar y politizar la cultura, puesto que es al interiorizarla en su ordenamiento la domina ante la figura del estado, está directamente recrea el ideal nacional de fundamentación prístina imperial, cuya estructura

doctrinaria parte del corpus iuris civilis del derecho romano y el corpus iuris canonis del derecho canónico, fijando así la organización y funcionabilidad de las sociedad a través de la operacionalización de la cultura consecuentemente.

Todo sistema jurídico es siempre fruto de un tipo determinado de cultura y se ajusta a la regulación de unas situaciones y formas de vida determinadas. No otra cosa había ocurrido con el Derecho común, producto típico de la cultura del medioevo y regulador de las formas políticas, sociales y económicas de la Europa Cristiana [...]. Nadie podía pensar, tampoco, que el Derecho común, que era la razón escrita, fuese inadecuado para resolver los problemas que acaso pudieran plantearse. Sin embargo, muy pronto pudo verse que la realidad del mundo americano era muy distinta de la del europeo, y que las soluciones del Derecho común no eran satisfactorias para aquélla. (Gallo, 1980, p. 139-140).

A mera finalización de este apartado, se pone de manifiesto que las sociedades como las andinas, hibridaron sus sistemas jurídicos actuales, introduciendo el principio rector del “*ius commune*” con preceptos del “*ius italicus*” instaurados con la conquista, para obviar el local law e imponerse como derecho común desde la visión dominante.

6 CHANINCHAY O JUSTICIA NO CONVENCIONAL DESDE EL MUNDO ANDINO

El profesor Radcliffe Brown (1969), definió a la cultura, como el gran manifiesto real de toda sociedad, ello en la medida que esta expresa y equivale a la “particular forma de vida social”, que no solo se limita al control social a través de un sistema de valores, sino que sobrepasa ello, y estructura reglas imperantes a medio fin de arquetipos, los mismos que moldean y estructuran la forma de vida y comportamiento social dentro de su particularidad concreta. Por ello, Silva (2000) sostiene la necesidad “de estudiar los sistemas normativos de control social en toda sociedad no hegemónica, y especialmente, en sociedades cuyo sistema jurídico no son convencionales como es el caso de la justicia indígena andina y el chaninchay, donde la diferencia es rápidamente distinguible en relación a los sistemas jurídicos formales y convencionales de sociedades occidentales y hegemónicas.

Así entonces, tendremos que la forma cultural de organización de una sociedad difiere de la idea contemporánea del estado como categoría, pues en la actualidad existen quienes hacen comparaciones ladinas respecto las formas de organización social andina, llegando incluso a hacer aseveraciones comparativas peligrosas como, el estado inca fue un estado socialista, donde más que la similitud categórica,

se hace una subsunción de la categoría a la sociedad. Así mismo, entra en controversia la posibilidad de entender otra forma de concebir la justicia y convivencia, que en el caso concreto del mundo andino, se manifiesta como *chaninchay*.

La comprensión de la categoría *chaninchay* desde el mundo andino exige una interpretación de la realidad simbólica andina, ya que esta expresa una totalidad del orden establecido a la misma vez que se copulan la relacionalidad, reciprocidad y complementariedad para su materialización. En la actualidad esta categoría originaria está siendo adecuada dentro de las categorías occidentales de manera instrumental bajo la denominación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, o justicia restaurativa, las mismas que más allá de reconocer su carácter particular y efectivo de solución de conflictos en justicia, se hace una expropiación y consecuentemente homogeneización lapidadora de terminología dentro del sistema formal occidental de justicia.

Entre tanto y bajo esa bajo esa explicación, se deberá entender finalmente a la categoría *chaninchay* andino, como una visión holística de comprensión del mundo simbólico andino, cuya finalidad es la armonía total en niveles dimensionales no solo concretos sino abstractos también, como se explica a través de la lógica de las relaciones sociales que estructuran el sistema normativo cultural, bajo su

particularidad de sus usos y costumbres manifiestos en su cotidianeidad social.

7 CHANINCHAY VS IUSTITIA: APROXIMACIONES DESDE LO ORIGINARIO Y LO IMPUESTO

La importancia de la búsqueda de posibilidades para concretar una aproximación o dialogo de las categorías “Chaninchay” y “Iustitia” en la actualidad es imprescindible, ello debido a que las perspectivas contemporáneas estatales sumadas a las académicas, mantienen la preocupación en inventar categorías que las hacen amalgamar ligeramente y sin el mínimo tino de comprensión particular como culturas y/o instituciones diferentes (como lo es el chaninchay andino y la iustitia occidental), trayendo consigo consecuencias inmediatas como la subordinación de sistemas, homogenización de diversidades, fragmentación y pulverización de sociedades. Es en tanto que bajo tal premisa, el dialogo o correlación diatópica entre culturas y en específico entorno a la justicia, debe ser entendida desde perspectivas horizontales, los cuales respeten a cada cultura como sistema, y no verticalmente como se ha estado haciendo al reconocer e integrar al otro como parte de la cultura dominante (desde lo occidental), que bajo estructuras jerárquica lapidan y la tornan baldía respecto su propia realidad concreta en los andes.

La concepción occidental de la persona como un universo limitado, único y más o menos integrado, motivacional y cognitivamente, como un centro dinámico de conciencia, emoción, juicio y acción organizado en un conjunto característico y opuesto por contraste tanto a otros conjuntos semejantes como a su *background* social y natural, es, por muy convincente que pueda parecer, una idea bastante peculiar en el contexto de las culturas del mundo. En lugar de intentar situar la experiencia de otros en el marco de una concepción semejante, que es de hecho lo que usualmente supone la tan cacareada «empatía», comprender tales experiencias exige renunciar a la aplicación de esa concepción y observarlas en el marco de su propia idea de lo que es la conciencia de sí. (GEERTZ, 1994, p. 77).

Partiendo críticamente desde la perspectiva occidental de lo que es hoy la justicia y sistema jurídico, ésta en sentido estricto ha recaído y desnaturalizado su esencia ordenadora y reguladora, a la sola perspectivas mercantil como lo reflejan locuciones propias de su tradición romano germánico y canónica, expresas contemporáneamente como: “lo que se da se recibe”, “lo que se adeuda y se paga”, “lo que se pacta y se entrega”, “lo que se lesiona y se repara”, que en su comprensión literal reduce la justicia a la sola manifestación del principio “ius suum” y procedimentalista del de dar a cada quien lo que le corresponde o le debe.

CONSIDERACIONES FINALES

El derecho positivo y monismo jurídico como expresión propia del proyecto civilizatorio hegemónico, mantiene las bases estructurales de las relaciones de poder institucionalizadas prístinamente en el estado, cuya expresión más natural de su sustancia, se entiende bajo los elementos: estado, derecho, nación y colonización. El problema de la negación epistémica del conocimiento jurídico indígena andino, muestra la naturaleza opresora de la racionalidad occidental, los cuales han creado meras categorías que idealizan consenso y respeto aparente para con las demás culturas, las mismas que crean ficciones como las mencionadas en este trabajo, que lejos de verdaderamente generar coordinación e integración de saberes y conocimientos como el de justicia, encausan a la subordinación y consecuente extinción de prácticas y saberes de la justicia originaria

Hoy se nos es cotidianamente común para nuestra época, pensar y sustentar todo tipo de criterio bajo órdenes del imperativo científico, de hecho, todo argumento por más popular o hermético que sea en razón de especialidad, se hacen hoy formas de convertir creencias en conocimiento. Es por ello que se estima necesario considerar criterios de filosofar, distintas a la tradición occidental híper racionalista, y

sugerir la posibilidad de entender y comprender otras formas de pensamiento (Aymaras, Quechuas, Indias, Afro, Niponas, etc.) que más allá de la contrariedad al criterio universal monopólico del conocimiento absoluto, pretenden más bien complementarse y perfeccionarse, a través de su relacionar de su esencia local y contextual; es por ello que el principio dialógico de la filosofía imparativa, es el fundamento primordial para el reconocimiento de la justicia andina y por tanto de sistema jurídico, ello nos posibilitaría salir del plano unidireccional y absoluto, e ir al plano relacional y complementario.

La relacionalidad como valor fundamental para el pensamiento andino, entiende la no separación del uno y del todo, y ve más bien la relación del todo con el todo, es por ello que el criterio usado desde la filosofía imparativa o dialógica podría ser de pleno, compatible con la esencia andina, pues plantear los postulados desde la acción y aptitud de aprender desde el otro, es recurrente y consecuente en el pensamiento andino.

Entre tanto conseguí algo importante o al menos así lo pareció, hablando de si sería posible y como deslindar la posibilidad de todo otro conocimiento propiamente humano, de manera puramente filosófica o siquiera mediante cualquier criterio demostrable [...]. Digo entonces, la razón filosofante se sostiene con sus propios pies, basa a sí misma. Comprende todas las cosas, y a la postre se

comprende a si misma (el único acto teórico-cognoscitivo contra el que no cabe decir nada, pues es el único que no se da según la forma $A=B$, que es la forma del conocimiento de la realidad y de la realidad misma, sino según la forma $A=A$, propia del conocimiento lógico) (ROSENZWEIG, 1917, p. 57-59).

Dicho exordio citado, deja la posibilidad de repensar la filosofía desde un dialogo dialógico como el que se propone ahora desde el pensamiento andino, en tanto que este implique la interacción y compartimiento de verdades generadas desde realidades (topois) diferenciados, las cuales se sustenten en sus causas y fundamentos para acortar la distancia no solo geográfica sino filosófica ontológica de la verdad y del ser, para hacer posible aquella antitética que supere las verdades creadas como verdades asumidas universalmente, y por el contrario, proponer la inteligibilidad de entender y comprender al otro sin presuponer a mero reflejo de espejo, que lo que le falta a él (otro-subalterno) es lo que poseo yo (universal) y mejor tomar complementariamente o “yanapakuykusunchik” en categoría andina, y generar mecanismos de complementariedad que mejoren las instituciones y conocimientos del otro y viceversa.

Por lo tanto el principio de complementariedad contradice a dos axiomas fundamentales de la filosofía occidental: al principio de contradicción (principium contradictionis) y al concepto de

"substancia". El principio de contradicción quiere decir que es imposible que algo puede ocurrir al mismo tiempo con su contrario; el principio de complementariedad en comparación quiere decir que esto sí es posible, más aún que en cierto modo es necesario. Dicho de otra manera: Según el principio de complementariedad no hay negación absoluta, sino sólo relativa. (STERMAN, 2004, p. 12).

Es entre tanto, la posibilidad y viabilidad de proponer y hacer factible la hermenéutica dialógica en términos asimétricos, con las otras racionalidades como la andina, deberá iniciarse en primer orden bajo la consideración equivalente de todas las culturas como unidades perfectas en sentido propio, e incompletas y anticipadas en perfección en sentido universal.

Debemos de ser auto reflexivos y conscientes que, como sociedades nos encontramos ya dentro de una realidad pensada y hegemonizada jerárquicamente, por un sistema de razón metonímica reduccionista, donde se tiene la innecesaridad de contraste con otras racionalidades, y que por lo tanto su esencia es no dialogante y si arrogante culturalmente; este modelo racional que se constituyó históricamente, torno la fuerza de su palabra una ley totalizadora y universalizadora, que a mera analogía del "*urbi et orbi*" condicionó la aceptación de ese todo hegemónico, y

estigmatizo las otras culturas, como resistencia utópicas desde sus otredades.

No se trata de liberar la verdad de todo sistema de poder — esto sería una quimera, ya que la verdad es ella misma poder— sino de separar el poder de la verdad de las formas de hegemonía (sociales, económicas, culturales) en el interior de las cuales funciona por el momento. La cuestión política, en suma, no es el error, la ilusión, la conciencia alienada o la ideología; es la verdad misma. (FOUCAULT, 1980, p. 189).

Partiendo de esa realidad citada, no sería factible caer en visiones puristas, fundamentalistas, esencialistas y menos campanillistas de querer considerar una cultura como totalidad cerrada, puesto que si se recayera en ello se llevaría al desmerito, utopía y romanticismo de lo que fueron las otras culturas en su historia, y por tanto solo quimeras ilusorios circulantes en la contemporaneidad; la formula y alternativa más racional y practica de poder seguir siendo resistencia será a través de la generación un dialogo, que a través de la hermenéutica diatópica, proponga una aceptabilidad de la igualdad de las culturas como principio, en tanto esta equipare a las demás culturas inferiorizadas con la hegemónica a través de la ponderación de sus diferencias y particularidades en principio y estructura cultural; entre tanto serán el respeto de esas diferencias culturales, las que no dejen recaer en la descaracterización y subsecuente homogeneización de las culturas, pues lejos de ver a la igualdad y diferencia como polos

contrapuestos e indiferentes, bajo la racionalidad diatópica y andina estos serán solo uno en equivalencia dialógica.

No olvidemos que, bajo la capa de los valores universales autorizados por la razón, se impuso, de hecho, la razón de una raza, de un sexo y de una clase social. Por tanto, la cuestión es: ¿Cómo realizar un dialogo multicultural cuando algunas culturas fueron reducidas al silencio y sus formas de ver y conocer se hicieron impronunciabiles? En otras palabras ¿Cómo hacer hablar el silencio sin que él hable necesariamente la lengua hegemónica que le pretende hacer hablar? (BOAVENTURA, 2000, p. 32).

Desechar la radicalidad de imponer o proponer posturas de contraposición cerradas (basadas en etnocentrismos y relativismos exacerbados), se toma la medida más congruente de cambio con el “dialogo”, para a partir de ello transformar la realidad en la que se encuentra subsumida las resistencias de pensamiento, y así resignificar esa naturaleza impositiva hegemónica.

En la actualidad, posturas como las propuestas por Boaventura (2000) parten de una perspectiva intercultural dialógica cosmopolita, donde a través de un espacio intercultural de dialogo denominado “zonas de encuentro”, se puedan entablar relaciones simétricas, que repercutan en políticas transformadoras y por ende cambios sociales desde

la resignificación del lenguaje hegemónico como forma de traducción; empero de ello ya se advierte un vicio epistémico, que hacemos notar desde el pensar andino cual es, la predisponibilidad a la existencia de una doble posibilidad, que lejos del dialogo propuesto, recae a un monologo dispuesto de mínima intervención de posibilidad de opinión de esos “otros”, este fenómeno fallido se explica, en que una vez las culturas abiertas al dialogo por medio de sus agentes cosmopolitas, estos sucumben ante la potencial fuerza hegemónica del lenguaje hegemónico, por el que en la medida que las otras culturas pretenden entablar conversación desde el lenguaje hegemónico este termina subordinados, y por tanto corrompiendo su propia cultura.

Es entonces que, en la posibilidad de proponer reestructurar y complementar esta hermenéutica diatópica con la idea andina de complementariedad, se puede concebir una relectura de la otra cultura a partir de sus diferencias, es decir no se hará la lectura a través de las similitudes o posibles valores y principios en común, sino desde la diferencia, donde la resignificación no signifique hablar desde el idioma hegemónico a nuestra cultura, para recién mudar las estructuras; sino más bien hablar en la secularidad de la propia lengua cultural y de su contexto, para que a partir de ello se garanta un punto de bifurcación que contraste a través del

dialogo polilógico, un juego de fuerzas que exponga la realidad natural de incompletud, diversidad y relatividad de las culturas. Solo así se garante que el acto interpretativo y re interpretativo, no recaiga en elecciones ni criterios propuestos desde un polo cultural a otro, y de tal forma se evite que algún polo cultural se apropie y desmiembre a otro. Concluyendo de esta manera, en el reurdir de cada cultura en su propio contexto, particularidad y complejidad de seguir considerándose incompleta, y no mutando culturas donde en palabras de Panikkar se mezcle culturas que den como resultados culturas con cuerpo de cordero y cabezas de jacks.

REFERENCIAS

- CHATA, Jessica. **Justicia comunal**. Puno: Arusa, 2018.
- GALLO, Alfonso. **Mundo hispánico: El derecho común ante el mundo hispánico**. Madrid: Instituto jurídico, 1980.
- GARCILAZO, Inca. **Comentarios reales**. Lisboa: 1609. Disponible en: <<https://www.biblioteca.org.ar/libros/211663.pdf>>.
- GITLITZ, John. **Sobre las rondas campesinas de Cajamarca**. Cajamarca: IEP, 2013.
- MURRA, John Víctor. **Formaciones económicas y políticas del mundo andino**. 1. Ed. Lima: IEP ediciones, 1975.

ESTERMANN, Josep.; Peña, Antonio. **Filosofía Andina**. Puno: CIDSA, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica del poder**. 3. Ed. Madrid: Edissa, 1980.

LIPOVETSKY, Gilles., JUVIN, Hervé. **A globalização ocidental: controvérsia sobre la cultura planetária**. São Paulo: Manole, 2011.

GALLO, Alfonso. **Mundo hispánico: El derecho común ante el mundo hispánico**. Madrid: Instituto jurídico, 1980. Disponible en:

[<file:///C:/Users/clive/Downloads/Dialnet-EIDerechoComunAnteElNuevoMundo-2128797%20\(1\).pdf>](file:///C:/Users/clive/Downloads/Dialnet-EIDerechoComunAnteElNuevoMundo-2128797%20(1).pdf)

GEERTZ, Clifford. **Conocimiento local**. Barcelona: Paidós, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. 2º ed., Universidad autónoma de México. Ciudad de Mexico: 1982. Disponible en [file:///C:/Users/clive/Downloads/Teor%C3%ADa%20pura%20del%20Derecho%20-%20Kelsen%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/clive/Downloads/Teor%C3%ADa%20pura%20del%20Derecho%20-%20Kelsen%20(1).pdf)

RADCLIFFE, B. **Estructura y función de la sociedad primitiva**. 2. Ed. Barcelona: planeta Agostini S.A., 1969.

RODRIGUEZ, Cesar. **Justicia comunitaria y rondas campesinas en el sur andino**. Puno: edit. Asociación de servicios educativos rurales, 2007.

ROSENZWEIG. Franz. **La estrella de la redención**. 1. Ed. Salamanca: Sigueme, 1997.

RUIZ, Juan Carlos. **Análisis de la justicia comunal**. Lima: Justicia Viva, 2004.

SILVA, Fernando. **Introducción a la antropología jurídica**. Lima: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SOUSA, Boaventura. **Crítica a la razón indolente**: contra el desperdicio de la experiencia. 1. Ed. Bilbao: DESCLEE, 2000.

VARON, Rafael. **La ilusión del poder**: Apogeo y decadencia de los Pizarro en la conquista del Perú. Lima: Institut Français d'études andines, 1996.

QUANDO OS SUBALTERNOS TÊM DIREITO. PERCEPÇÕES CH'ICHI SOBRE A JUSTIÇA COMUNITÁRIA ³⁸

ANA CARLA BARROS SOBREIRA ³⁹

INTRODUÇÃO

No espaço cosmogônico da região andina, podemos observar uma diversidade de identidades sejam elas mestiças, *cholas*⁴⁰, indígenas, brancas, negras entre outras, que encontram no espaço do altiplano, nos *ayllus*⁴¹ e nas comunidades, suas típicas formas de vivências. É um espaço encantador e altamente visual, com seus frenesis de feiras

³⁸ A identidade *Ch'ichi* proposta por Cusicanqui (2013), parte da premissa de que, assim como o indígena está manchado de branco, o branco está manchado de indígena. Essa noção é importante para compreender todo e qualquer processo descolonizatório. Sugere uma mistura do racional com o diálogo entre humanos e não-humanos dos indígenas. As duas formas de ver o mundo devem coexistir, mas, para tanto, é preciso construir uma língua que contemple esses dois mundos. Afinal, segundo a autora, a língua controla nosso processo de produção de conhecimento.

³⁹ Mestre em Estudos Linguísticos – Universidade Federal de Uberlândia. Doutoranda em Linguística Aplicada – IEL-UNICAMP. e-mail: a234351@dac.unicamp.br

⁴⁰ Um nome genérico para as mulheres mestiças. Na Bolívia, porém, o termo é pejorativo dependendo do momento e do local de uso. Usar o termo *chola* em *Santa Cruz de la Sierra*, por exemplo, é desqualificar o boliviano. Na região do altiplano é carinhoso.

⁴¹ Os *ayllus* são comunidades ligadas por laços de parentesco que se utilizam do acesso coletivo à terra e de relações de reciprocidade entre seus membros, sem hierarquias políticas ou religiosas de cunho supra regional. É uma das raízes andinas para a noção de autossuficiência comunitária que sobrevive até hoje.

livres e mercados, as cores dos *awayos*⁴² e das vestimentas originárias, os *yatiris*⁴³ prevendo o futuro ou curando enfermidades, os seres humanos e não humanos dialogando em terras forjadas por deuses milenares.

Ao pisar os Andes pela primeira vez, qualquer *K'ara*⁴⁴ se impressiona com uma natureza tão imponente, que nos fala e nos faz sentir cada estação do ano, cada hora do dia, nos aproxima das estrelas pela altitude, e é intensa em seus ventos, chuvas, nevadas, calores e frios. É nesse cenário, terra de Incas e Urus, que estamos desenvolvendo uma pesquisa de doutoramento, e enquanto escrevemos percebemos as diversidades culturais as quais temos estados expostos.



Fig.1. Autoridade judicial originária. Fonte: Acervo da autora.

⁴² Manta para carregar os bebês ou outros matérias de uso pessoal.

⁴³ Curandeiros.

⁴⁴ Estrangeiro no idioma quéchua; aquele/aquela que não faz parte da comunidade.

A palavra *Ch'ichi* nos foi introduzida quando escutamos as senhoras e senhores originários falando quéchua e iniciamos uma leitura mais aprofundada dos textos produzidos por sociólogos bolivianos. Foi nesse momento que já não nos sentíamos *K'aras*, estrangeiros em terras alheias, mas nos incorporamos à cultura que nos abria as portas para nossa investigação. E já não nos víamos como brancos, e nem nos sentíamos assim, mas seres heterogêneos, em constante construção, uma mistura rara de ser humano, de muitas vivências, de povos oriundos da África, de Portugal, do Brasil, indígenas, brancos, negros, e agora também pertencente aos deuses andinos: típicos *Ch'ichis*.

Nossas práticas de justiça, porém, foram formadas nos moldes hegemônicos. Crescemos aprendendo que os problemas judiciais se resolvem com conselhos tutelares, advogados, juízes, nos fóruns, com advogados de defesa ou com advogados de acusação, no STF, que passam meses e meses esperando por uma decisão judicial. No contexto andino, nos deparamos com novas formas de fazer justiça, que nos fizeram questionar tanto os nossos conceitos como os do Outro, que nos levaram a observações mais aguçadas, a leituras da imprensa local, das leis do Estado Boliviano e de momentos de sentimentos controversos.

Neste artigo descrevemos algumas vivências de ações judiciais e de juízos em comunidades originárias do altiplano boliviano sob nossa ótica como estrangeiros, mas que temos convivido dia a dia com as diversas práticas culturais dessa região, algumas surpreendentes, outras difíceis de entender e outras ainda extremamente cômicas. Buscamos com a escrita deste artigo, dar visibilidade a outras formas de “fazer justiça”, que mesmo não sendo reconhecidas oficialmente pelo pensamento etnocêntrico, continua prevalecendo nos países colonizados, e que fazem parte de um projeto mais amplo de plurinacionalidade, que influencia até o significado político, dos processos de mudança.

A justiça comunitária indígena faz reconhecer que existe um pluralismo jurídico forte na Bolívia, e um estado plurinacional emergente que celebra a diversidade cultural e o enriquecimento recíproco entre as diversas culturas presentes dentro da própria Constituição Política do Estado. E quando falamos aqui de justiça indígena andina, não estamos apontando um método alternativo, mas uma justiça ancestral de povos originários, alicerçada em todo um sistema de territórios, de autogovernos e de cosmovisões próprias, que tem uma larga memória, constituída por sofrimentos e por resistências.

Assim, para uma leitura mais fluida, dividimos este artigo em quatro seções: uma rápida introdução aos conceitos que tentaremos apresentar ao longo do texto; em uma segunda seção, apresentamos as teorias sobre a construção da identidade *Ch'ichi* e como a partir dessa construção entendemos as questões judiciais; na terceira seção apresentamos as questões de justiça comunitária na Bolívia e as leis estatais que lhes servem de embasamento; na quarta seção apresentamos alguns atos de justiça comunitária que observamos em nosso trabalho de campo e outras que apareceram na imprensa boliviana; e, finalmente, apresentamos algumas (in) conclusões sobre as questões judiciais percorridas no texto, propondo uma nova visão, desta vez, sob a ótica do Sul Global.

2 O “FAZER JUSTIÇA” NA PERCEPÇÃO CH'ICHI

Cusicanqui (2015;2019), propõe a construção de uma nova identidade boliviana a partir das diversas misturas de raças, etnias, povos e nações. Essas diversas texturas, segundo a autora, não podem ser determinadas porque não são nem brancas nem negras e são as duas coisas ao mesmo tempo. A cobra, por exemplo, é masculina e feminina, vive em cima e embaixo da terra, é também como a água que viaja sobre a terra, mas também nos rios subterrâneos, como o raio,

como a linha de ouro que aparece na mina, como os artesanatos andinos que são preparados ao contrário, que começa do fim para o começo.

Nesse espaço emaranhado, surge uma identidade que carrega em si o global e o local, e se constitui de ideias glocais como sugere Santos (2007). Nos reconhecemos em situações complexas de identificação, de caráter planetário, que já não se reduz a um único ser humano, mas dialogam com outros seres humanos e porque não, não humanos. A identidade *Ch'ichi* carrega em si, também, a fissura colonial, um rompimento interno, mas que nos faz sentir cômodos ao circular pelas diversas identidades que nos constituem. Reconhecer-se *Ch'ichi* é reconhecer-se heterogêneo, fruto não de uma única constituição, mas de diversas vivências, povos, culturas, que dialogam entre similares e opostos, com o presente, o futuro e o passado, e como destaca Cusicanqui (2019),

Em um habitar Ch'ichi na matria-pacha a partir da comunhão entre rurais e urbanos, masculinos, femininos ou mistos, jovens, culturas, agroecológicos, entre outros, articulados por um ethos fundado no reconhecimento de sujeitxs humanxs, no diálogo com seus ancestrais, na autopoieses

com as espécies e entidades ao seu redor⁴⁵
(Cusicanqui, 2019, p. 231).

A partir desse conceito de identidade heterogênea, nos propusemos questionar primeiramente qual o conceito de justiça que desenvolvemos e a partir de qual ótica esse conceito nos foi injungido. Seria difícil, em um único artigo, articularmos o conceito de direito e justiça, e como os utilizamos em nossas vidas cotidianas. Segundo a Revista *Âmbito Jurídico* (2005), esses conceitos se referem as normas da vida social, e quanto a noção de justiça especificamente, dentre outros significados, tem o sentido de uma norma cumprida, observada e respeitada. Fazer justiça assim, segundo a revista, “seria respeitar o direito e abster-se de qualquer ação que perturbe o equilíbrio social advindo do respeito das leis por cada um de nós (p. 1).”

Essa tradição jurídica eurocêntrica pautada na arquitetura da justiça ordinária ou estatal, nas faculdades de direito, na formação profissional dos advogados e juristas, surge a partir das ideias aristotélicas que apresenta a justiça como a ideia de excelência da moral perfeita, ou seja,

⁴⁵ En un habitar ch'ichi de la matria-pacha a partir de comunalidades – rurales y urbanas, masculinas, femeninas o mixtas, juveniles, culturales, agroecológicas, etc.– articuladas por un ethos fundado en el reconocimiento de sujetxs no humanxs, en el diálogo con lxs ancestrxs, en la autopoiesis con las especies y entidades del entorno. (Tradução própria)

O justo é aquele que respeita a lei e é correto. O injusto é o ilegal. O injusto é aplicado às pessoas ambiciosas, àquelas que querem mais do que têm direito. Então a justiça, neste sentido, é a excelência moral perfeita, embora não o seja de modo irrestrito, mas em relação ao próximo. Portanto a justiça é frequentemente considerada a mais elevada forma de excelência moral, e nem a estrela vespertina nem a matutina é tão maravilhosa, e também se diz proverbialmente que na justiça se resume toda a excelência (ARISTÓTELES. 1999.p.18).

Podemos destacar, porém, que desde um prisma sociológico, devemos observar o lócus de enunciação no qual desenvolvemos o nosso conceito de justiça e direito, que sem dúvida, depois de anos de desuso, carregam normas que já não são condizentes com a realidade vivenciada por diversas culturas, especialmente as do Sul Global. A unidade do direito, entendida como a homogeneidade do direito, proposta e praticada partindo da ideia de homogeneidade cultural, a menudo entram em conflito entre as formas de articulação que a mantem. O Estado que perpetua a justiça ordinária é monocultural e colonial, no sentido de não reconhecer e valorizar a diversidade intercultural, ocultando a heterogeneidade, vivenciando a norma eurocêntrica.

Propomos assim o entendimento das práticas judiciárias nas comunidades em que estivemos inseridos, não através de nossa formação hegemônica que pressupõe uma justiça estatal, mas através de uma identidade heterogênea em

constante construção, a identidade *Ch'ichi*. Buscamos através do processo de tradução cultural⁴⁶ proposto por Menezes de Souza (2007), analisar e buscar entender como essas práticas estão inseridas em um processo decolonial de questionamento, principalmente sobre a construção do conceito de nação.

Segundo Souza Santos (2012), o conceito de nação cívica pressupõe indivíduos que coabitam em um mesmo espaço geopolítico, o Estado, e o sentimento vivenciado por esses indivíduos se denomina cidadania. O autor tece críticas ao conceito de nação pois, segundo ele, mesmo parecendo inclusivo, esconde muitas exclusões, ou seja,

Por um lado, desconhece que as sociedades não são somente indivíduos, senão também grupos sociais que têm diferentes formas de pertencimento no território abarcado pelo Estado. Por outro, se reserva o direito de excluir da forma mais intensa de pertencimento, a cidadania, os grupos sociais

⁴⁶ O processo de Tradução Cultural proposto por Menezes de Souza (2007) tem como base as ideias de Home Bhabha(1990b). Segundo o autor, esse processo não deixa de ser “uma maneira de imitar, porém de forma deslocadora, o original de tal forma que a prioridade do original não seja reforçada. Porém, pelo próprio fato de que este se presta a ser simulado, copiado, transferido, transformado, etc, o original nunca é acabado ou completo em si. O originário está sempre aberto à tradução. O que isso quer dizer é que as culturas são apenas constituídas em relação àquela alteridade interna e a sua atividade de formação de símbolos que os torna estruturas descentradas-é através desse deslocamento ou limiaridade que surge a possibilidade de articular práticas e prioridades culturais diferentes e até mesmo incomensuráveis (p. 15).”

inteiros que as vezes são majoritários em termos populacionais⁴⁷ (SOUZA SANTOS, 2012, p. 22).

Historicamente muitas minorias foram excluídas da nação cívica como, por exemplo as mulheres, os escravos, as crianças e os povos indígenas. Foi, sem dúvida, através de lutas sociais que esses grupos conseguiram sua cidadania e seu lugar ao sol. Adquirindo sua cidadania, os povos indígenas começaram a questionar o conceito homogêneo de nação cívica, e na Bolívia especificamente, começaram a construção de um Estado Plurinacional, onde a nacionalidade boliviana começou a coexistir com as nacionalidades quéchuas, aymaras, guaranis entre outras. Foram assim reconhecidas pelo Estado Boliviano 36 nações para compor o Estado Plurinacional da Bolívia. O projeto plurinacional que tem sido um projeto a longo prazo envolve os diversos setores sociais: educação, saúde, justiça, entre outros. É nesse contexto que a justiça indígena como projeto plurinacional, foi e continua sendo um dos pilares do projeto de construção de um Estado plurinacional, ou seja,

A diversidade plurinacional implica o reconhecimento constitucional de que há outras

⁴⁷ Por un lado, desconoce que las sociedades no son solo individuos, sino también grupos sociales que tienen diferentes formas de pertenencia al territorio abarcado por el Estado. Por otro, se reserva el derecho de excluir de la forma más intensa de pertenencia, la ciudadanía, a grupos sociales enteros que a veces son mayoritarios en términos poblacionales. (Tradução própria)

formas, todas igualmente legítimas, de organizar a ação política, conceber a propriedade, gestionar o território e organizar a vida econômica⁴⁸ (SOUZA SANTOS, 2012, p. 28).

Assim a justiça indígena na Bolívia, assume no novo Estado Plurinacional seu papel de transformação social descolonizadora e democratizadora, e desperta com igualdade robusta seu valor judicial dentro das comunidades onde é praticada.

3 OS PROCESSOS DE RECONHECIMENTO DA JUSTIÇA COMUNITÁRIA NA BOLÍVIA

A justiça comunitária na Bolívia é também conhecida pelo nome de Jurisdição Indígena, Direito Consuetudinário, Lei do *Ayllu*, Justiça dos Povos ou Justiça Originária. É uma instituição que permite sancionar leis contra condutas reprovadas pela comunidade, sem que haja uma intervenção da justiça ordinária do Estado. Não há intervenção por parte de advogados ou promotores, e todas as decisões são tomadas dentro da comunidade, onde as autoridades originárias, exercem seu papel de moderadores entre as partes afetadas.

⁴⁸ La diversidad plurinacional implica el reconocimiento constitucional de que hay varias formas, todas igualmente legítimas, de organizar la acción política, concebir la propiedad, gestionar el territorio y organizar la vida económica. (Tradução própria)

Segundo Schavelzon (2016), desde o início do processo colonial na Bolívia, se estabeleceu um problema de como reconhecer e aceitar as leis indígenas por parte do Estado, no entanto, a adaptação, inclusão e compatibilidades de realidades diferentes de processos judiciais, começou a ser inevitável a partir da Nova Constituição Política do Estado proposta e promulgada no governo do presidente Evo Morales Ayma.

Vale salientar aqui que as justiças comunitárias indígenas já existiam antes mesmo dos processos de colonização, e antes da chegada dos espanhóis à região dos Andes. Eles formavam as estruturas políticas da *Abya Ayla*, ou seja, estruturas políticas próprias desses povos.

Podemos destacar que as justiças indígenas praticadas no altiplano boliviano são práticas realizadas pelos próprios habitantes e tem como único objetivo equilibrar os desentendimentos que possam ocorrer na comunidade, ou seja, os organizadores não estatais ou do serviço social que fazem parte da comunidade, sejam eles pedagogos ou trabalhadores sociais, participam com o único objetivo de contribuir para a manutenção da paz, da justiça e da harmonia. Objetivam assim a reconciliação, o arrependimento do autor da infração, a reabilitação do criminoso, a reparação do dano

causado pelo agressor ou criminoso e o retorno da paz e da harmonia na comunidade.

Segundo Machicado (2009) podemos elencar algumas vantagens da justiça indígena comunitária:

1. A solução dos conflitos é rápida, pois não existe dilatação de prazos para as condutas reprovadas;
2. É uma justiça gratuita, e proporciona economia financeira para ambas as partes participantes do conflito;
3. Os danos ocasionados pelo criminoso ou agressor são pagos em dinheiro vivo ou com trabalhos para a vítima, em casos extremos com castigos para o delinquente;
4. Observa-se um risco escasso de corrupção entre os mediadores, já que os encarregados da administração judicial são eleitos e controlados por toda a base social da comunidade, apresentam condutas morais aprovadas pelos membros e possuem prestígio e legitimidade.

Fazendo um breve apanhado histórico sobre a institucionalização da justiça comunitária na Bolívia, podemos destacar que, a primeira menção que se faz a justiça comunitária na constituição boliviana data de 1938 que evidenciava:

Art. 165. O Estado reconhece e garante a existência legal das comunidades indígenas;

Art. 166. A legislação indígena e agrária se sancionará levando em consideração as

características das diversas regiões do país. (CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO ESTADO, 1938, p. 25)

Essa constituição fixa o marco para um posterior reconhecimento da justiça comunitária, não nos referimos a criação da justiça, porque como já mencionamos nesse texto, esse tipo de justiça já existia mesmo antes da época da colonização espanhola nas Américas. Já nesse mesmo sentido de reconhecimento, em 30 de julho de 1945, o deputado Silas Suazo apresentou em uma seção extraordinária no Congresso, um anteprojeto de lei que propunha a criação de tribunais indígenas especializados.

Duas posições se destacaram entre os congressistas na época, uma que apoiava a criação dos tribunais indígenas com a condição que fosse acrescida como ementa à Constituição Política do Estado, e outra que apoiava a criação de tribunais indígenas, sob as normas do poder consuetudinário, reconhecendo as faculdades e atributos com direitos plenos, como destacou o deputado Arze Quiroga,

Não se pode seguir tratando os problemas dos jurados indígenas desde um ponto de vista greco-latino simplesmente; (...) também há um direito tradicional que é o direito indígena que vive e palpita nas populações indígenas, esse direito estabelecido pelos jurados decide, em muitos casos, os litígios

campesinos⁴⁹. (MEMORIAL DA DEMOCRACIA, 1945, p.1)

A luta pelo reconhecimento dos tribunais indígenas também teve seus espaços nas reformas posteriores em 1947 e 1967 respectivamente. No entanto, somente na reforma constitucional de 1994 e 2009 é quando se incorpora as reformas substanciais quanto aos direitos da justiça indígena, em um marco de uma identidade homogênea de todos os cidadãos bolivianos e sob as leis vigentes no país. Nesse contexto a lei N. 1585, a reforma da constituição boliviana de 12 de agosto de 1994, reconhece as autoridades naturais das comunidades indígenas.

Atualmente, a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia promulgada durante o governo do presidente Evo Morales Ayma em 2009, reconhece expressamente a justiça comunitária indígena, como destacamos nos trechos dos artigos a seguir,

Art. 179. I. A função judicial é única. (...) a jurisdição indígena originária campesina se exerce por suas próprias autoridades; existirão jurisdições especializadas reguladas por lei;

Art. 190. I. As nações e povos indígenas originários campesinos exercerão suas funções jurisdicionais e

⁴⁹ No se puede seguir tratando los problemas de los jurados indígenas desde el punto de vista greco-latino simplemente; (...) también hay un derecho tradicional que es el derecho indígena vive y palpita en las poblaciones indígenas, ese derecho establecido por los jurados decide en los casos los litigios campesinos. (Tradução própria)

de competência através de suas autoridades e aplicarão seus princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios. (CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO ESTADO, 2009, p. 53)⁵⁰

Assim, foi diante desse contexto jurídico que expusemos até aqui, que buscamos entender as práticas de justiça indígena comunitária com as quais estivemos expostos. A nosso ver, se a constituição política do estado boliviano reconhecia e sustentava legalmente tais práticas, nós de formação hegemônica, estrangeiros, deveríamos sem dúvida, produzir e desempenhar nosso próprio processo de tradução cultural, respeitando e descobrindo novas formas de adaptação. E foi nesse momento que reconhecemos em nós mesmos nossa identidade híbrida, a identidade *Ch'ichi* que mencionamos no início desse texto. Buscamos nos desvestir dos (pre)conceitos que carregamos, descobrindo novas formas de entender a justiça e o direito, dessa vez sob a ótica da cosmovisão indígena andina.

⁵⁰179. I. La función judicial es única. (...) la jurisdicción originaria campesina indígena es ejercida por sus propias autoridades; habrá jurisdicciones especializadas reguladas por ley;

Art. 190. I. Los pueblos indígenas y pueblos indígenas de los campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades y aplicarán sus propios principios, valores culturales, normas y procedimientos. (Tradução própria)

4 ATOS DE JUSTIÇA COMUNITÁRIA



Fig. 2. Início do cabildo. *Ch'allas* para a *Pachamama*. Fonte: Acervo da autora.

Caso 1. Era um sábado à noite nos Andes Bolivianos, quando um mensageiro o *Chask'ipampa* saiu de casa em casa chamando os habitantes da comunidade. Ia haver um cabildo. O cabildo se caracteriza por ser uma reunião de grande importância na comunidade, onde se decide questões de terra, questões judiciais e outros pontos importantes. A comunidade de San Jose se reuniu em uma casa grande, em círculo e começaram a mascar a folha de coca, ritual típico da região, enquanto conversavam entre si. Todos falavam em quéchua. A reunião durou até bem tarde da noite, entre conversas, *cha'llas* para a *Pachamama*, perguntas e respostas. Todos emitiam suas opiniões, mas a autoridade originária

responsável pela justiça era quem deveria dar sua posição final, ou seja, decidir o castigo.

Tratava-se de um problema grave na comunidade. O *jilakata* (prefeito), não havia cumprido suas promessas de campanha que eram: levar energia para a comunidade, instalar uma antena de telefonia celular, construir uma estrada que conectasse a comunidade a outras regiões do estado, entre outras obras. Durante a reunião, foi decidido que o prefeito era culpado. Não havia realizado as obras no tempo previsto. Uma senhora que escrevia em espanhol era a responsável por registrar tudo no livro de atas.

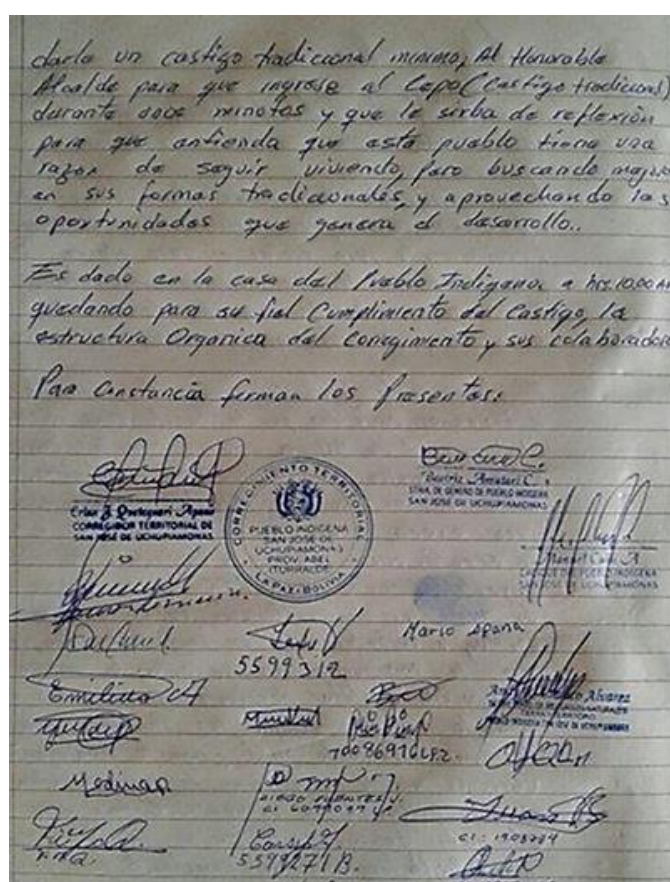


Fig. 3. Foto do livro de atas com decisão do castigo com assinaturas das autoridades. Fonte: Acervo da autora.

O delegado civil e o juiz estatal da região foram comunicados do *cabildo* e das decisões tomadas. Todos estavam cientes do castigo que deveria ser imposto ao prefeito e estavam de acordo que ele deveria pagar por seus atos corruptos. Observo aqui que o prefeito foi comunicado do *cabildo* e participou da reunião tentando justificar os atos cometidos. Nada convenceu a comunidade. Nem um pedido de desculpas. Ele deveria ser castigado no *cepo*. O prefeito foi conduzido ao lugar indicado e colocado no *cepo* onde ficou por mais de 40 minutos. O castigo foi aplicado no domingo pela manhã.

Caso 2. Uma senhora originária⁵¹ comunica as autoridades indígenas que seu esposo lhe bateu. O *cabildo* foi rápido, não precisava de muitas delongas. Ele deveria receber 21 açoites de *quimsa charaña*⁵² por parte da esposa enquanto escutava lições de moral da comunidade. A esposa deveria castigá-lo. Esse caso foi tão interessante que despertou a curiosidade da imprensa local, e hoje consta a filmagem no canal do *youtube* no *link*

⁵¹ Como o caso era muito particular preferi preservar a identidade do casal envolvido, embora se possa observar o caso no canal do *youtube*.

⁵² Tipo de chicote fabricado com couro de boi que é utilizado para açoitar.

<https://www.youtube.com/watch?v=nicAHOc9msY>



Fig. 4. O prefeito castigado no *cepo*. Fonte: Acervo da autora.



Fig. 5. Senhora originária castigando o esposo.
Fonte: Captura de tela da autora.



Fig. 6. Venda de *Quimsa Chraraña* em Oruro na Bolívia. Fonte: Acervo da autora.

Vale observar, que as reuniões realizadas nas comunidades são de grande importância para todos. As decisões tomadas, as atas, as opiniões são levadas com consideração e responsabilidade entre os habitantes. A forma de fazer justiça, embora distante de nossos conceitos, nos fazem refletir ao começar a conhecer outras formas de fazer justiça, outras visões do direito e da boa convivência em comunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho não tratamos de desconhecer os processos judiciais praticados pela justiça estatal, mas sim dar visibilidade a outras formas, tidas como subalternas, de fazer justiça. A linha abissal que promove a divisão entre a justiça estatal e a justiça comunitária sempre buscou apagar os conhecimentos originários e firmar-se como único conhecimento possível. Em um esforço para desconstruir o pensamento/conhecimento cristalizado mantido pela linha abissal hegemônica do Norte Global, acreditamos que o diálogo entre os saberes, pode promover uma sociedade mais justa e humanitária.

Nessa linha de pensamento, uma ecologia de saberes como proposta por Santos (2007), seria um processo inovador para as questões que envolvem a justiça estatal e a justiça comunitária. Uma ecologia dos saberes judiciária traria, para o centro das discussões sobre o direito, uma recontextualização e ressignificação do pensamento e conhecimento judiciário. Nessa proposta não se pode mascarar o lócus de enunciação das justiças comunitárias, o pensamento e os conhecimentos surgem a partir do local de fala. Pressupõe-se um conhecimento que não é totalitário, nem completo, nem “capaz de tudo”, mas sim um conhecimento interconectado com o

conhecimento local, a cosmovisão indígena de justiça e os diálogos entre os seres.

Vale ressaltar, que esse é um trabalho que apenas se inicia, que não se reduz a uma dualidade entre o homogêneo e o heterogêneo, o local e o global, o meu e o seu. Nessa nova ecologia de saberes judiciária, os conceitos híbridos substituem as dualidades, constroem novas identidades, fazem renascer pensamentos globais e identidades ch'ichi.

Uma percepção crítica da justiça comunitária envolve uma glocalização necessária de elementos internos e externos quanto as questões judiciais, e evitaria os fundamentalismos, as homogeneizações, promovendo resistências locais contra as justiças estatais globais. Usando as palavras de Menezes de Souza (no prelo),

Não seria simplesmente focar nos contatos globais-locais em termos de convergência ou fragmentação, a glocalização pode beneficiar a partir de uma análise mais complexa de globalização que envolve noções de emancipação e resistência, a multiplicidade de saberes e o processo de tradução em progresso (MENEZES DE SOUZA, no prelo, p.6).

Dessa forma, a justiça comunitária transforma e é transformada pelos contatos com os diversos saberes locais e globais e surge assim uma justiça comunitária global, híbrida,

ch'ichi, que contribui para descortinar saberes silenciados e esquecidos pela justiça estatal hegemônica.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3º ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1938, 30 de octubre de 1938. Disponível em <https://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-19381020.xhtml>

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DO ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf

CUSICANQUI, Silvia Rivera. **Sobre la búsqueda por otro mundo posible**. Conversation of the World IV. Boaventura de Souza Santos entrevista Silvia Rivera Cusicanqui. Valle das Animas. La Paz.Bolivia.16 de outubro de 2013.

CUSICANQUI, Silvia Rivera. **Sociologia da la Imagen. Miradas Ch'ichi desde la Historia Andina**. Colección Nociones Comunes. Tinta Limón Ediciones. Buenos Aires. 2015.

MACHICADO, Jorge. **Apuntes Juridicos**. 2009. Disponível em <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/01/justicia-comunitaria.html>

MEMORIAL DA DEMOCRACIA. 1945: **O Ano em que a revolução chegou ao poder**. Disponível em <http://memorialdademocracia.com.br/card/america-latina/3>

MENEZES DE SOUZA, Lynn Mario Trindade. **Glocal Languages, Coloniality and Globalization from Below**. *In*.

GUILHERME, M.; MENEZES DE SOUZA, Lynn Mario Menezes.M.T. (eds.) **Glocal Languages**. (no prelo)

MENEZES DE SOUZA, Lynn Mario Trindade. Hibridismo e Tradução Cultural em Bhabha. *In*: ABDALA JUNIOR, B. (org.) **Margens da Cultura**: mestiçagem, hibridismo e outras misturas. São Paulo: Bomtempo Editorial. 2007. p.113-133.

REVISTA ÂMBITO JURÍDICO. O seu portal jurídico da Internet. 28/02/2005. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-20/o-direito-e-a-justica/>

SANTOS, Boaventura de Souza. Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. *In*: **Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Bolivia**. Fundación Rosa Luxemburg. Abya Ayla. 1º Edición. Quito-Ecuador. 2012.

SCHAVELZON, Salvador. La Justicia Comunitaria em Bolivia y la Ocupación de la Casa de Victor Cárdenas. **Direito e Democracia**. Canoas. V.17. N.1. jan/jun 2016. p. 43-63.

LA COEXISTENCIA DEL PLURALISMO JURÍDICO EN EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2009

ALEX CABELLO AYZAMA ⁵³

CAROL ANCIETA RODRÍGUEZ ⁵⁴

SARAH MONTESINOS SALINAS ⁵⁵

INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte años, América Latina fue proyectándose como una sociedad protectora de los derechos humanos por medio de reformas constitucionales que llegaron

⁵³ Formado en Derecho. Especialista en Derecho Constitucional, Penal e Internacional. Máster en Derecho por la Universidad Federal de Uberlandia (UFU). Investigador del Grupo de Estudios de Derecho, Globalización y Ciudadanía; Grupo de Estudio e Investigación en Dirección Internacional (GEPDI-UFU); Laboratorio Americano de Estudios Constitucionales Comparados (LAECC-UFU); Migración y gestión de la salud (MIGRAST-UFU). Profesor invitado por la Universidad del Valle Bolivia (2019). Abogado en Derecho Público. E-mail: ayzamalex@gmail.com

⁵⁴ Abogada, Titulada por excelencia de la Universidad Mayor de San Simón (UMSS); Diplomada en Educación Superior Basada en Competencias de la Universidad Católica Boliviana (UCB); Diplomado en Arbitraje de la Universidad del Valle; Diplomado en Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes con Énfasis en Protección y Prevención de la Violencia de la EGP y UNICEF; Maestrante en Derecho Público en la Universidad de Sevilla – España en la Gestión 2020 – 2021, Miembro activo de la Plataforma Ciudadana por el Acceso a la Justicia y los DDHH; de la Plataforma de Defensa de los Derechos de los Niños y Niñas Trabajadores (NATS) y del Latinoamérica International Arbitration – LIA YOUNG PRACTITIONERS. E-mail: esmeraldaancieta@gmail.com

⁵⁵ Estudiante de graduación de Derecho en la Universidad Privada del Valle – Univalle (Bolivia). Alumna destacada de la facultad, investigadora iniciante, miembro de la Sociedad Científica Univalle. E-mail: sarahmontesinos7@gmail.com

a otorgar fuerza normativa a los derechos anteriormente plasmados en tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos. Por otra parte, fueron parte del reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas originarias campesinas, llegando a alcanzar a la protección de la Madre Tierra por medio del derecho ambiental. Sin embargo, este precepto es más una aceptación sobre la necesidad de trabajar por un medio ambiente saludable y de calidad.

A momento de garantizar los derechos proclamados por medio de acuerdos y tratados internacionales en materia de derechos humanos; es necesario tomar en cuenta aquellos proclamados a favor de los pueblos indígenas de América Latina; evitando de esta manera la modificación y/o desaparición de sus valores, costumbres y perspectivas de vida y desarrollo. Para comprender la organización y el sistema de justicia indígena, es importante poder conocer y entender los antecedentes de su organización y como esta fue modificándose de acuerdo a los diferentes acontecimientos históricos; como el proceso de colonización, fundación de la República hasta llegar a las últimas acciones que dieron lugar a la reforma constitucional del año 2009.

De esta manera, el presente documento, tiene como propósito explorar a través del medio deductivo el proceso de reconocimiento e incorporación del pluralismo jurídico, para lo

cual será necesario abordar el contexto histórico (aunque sea superficialmente) para comprender la organización y la tradición ancestral de lo que ahora es el Estado Plurinacional de Bolivia. Lamentablemente, no se puede realizar un análisis completo sobre este tema, ya que se requiere de un espacio mayor, sin embargo, se trata de abarcar los aspectos más importantes.

En la primera parte del documento, se explica sobre la importancia de la organización indígena pre y postcolonial. Se considera el término superficial porque no es el tema central del tema, sin embargo, se toma necesario conocer los anteriores sistemas de justicia antes de la consolidación de la colonia y posteriormente de la República; lo cual lleva a reconocer la importancia el hecho de que la Corona española reconoció y otorgó cierta autoridad limitada a los representantes de las comunidades indígenas; principalmente como intermediarios entre los españoles y los indígenas; siendo así que para entonces ya se evidenciaba la convivencia de dos sistemas habitando dentro de un mismo territorio, lo cual es la esencia del pluralismo jurídico clásico.

En las siguientes partes del documento, se plantea un acercamiento conceptual sobre el pluralismo jurídico y la importancia que fue recogiendo durante los últimos años, lo cual logró impulsar las reformas constitucionales de países

como Ecuador y Bolivia (principalmente); Estados que han reconocido de manera objetiva y mediante fuerza normativa no solo los derechos de las comunidades indígenas, sino que también el respeto por la Pachamama (Madre Tierra) y el derecho del común a un medio ambiente sano y adecuado para la convivencia.

Finalmente, y complementando el anterior punto, se analiza la coexistencia del pluralismo jurídico en Bolivia a partir de la reforma constitucional del año 2009, planteando una discusión de análisis a partir de dos sucesos sociales muy importantes dentro del marco histórico del país; la Revolución Nacional de 1952 y los sucesos del año 2003 que abrieron el espacio de cuestionamiento y resistencia para la aprobación de la ley de modificación constitucional.

2 ANTECEDENTES SOBRE LA ORGANIZACIÓN INDÍGENA EN BOLIVIA

Sin la intención de desviar el tema central del presente documento, es importante explorar los antecedentes sobre la organización indígena en Bolivia, un tema que se comparte con todo lo que anteriormente fue conocido como el Imperio Incaico ya que las comunidades indígenas son herederas de los primeros habitantes de los territorios; los mismos que son poseedores de una larga tradición cultural que han colaborado

en la construcción social en la que actualmente logramos desenvolvernos. Para el estudio y análisis del pluralismo jurídico en América Latina, es importante comprender la estructura que antecedió al sistema jurídico importado por la colonia española en el proceso de colonización de los territorios de América Latina.

En el caso de América Latina, se sabe que, anterior a la llegada del periodo de colonización por parte de la Corona española, los habitantes ya contaban con un sistema propio de organización; que contemplaba desde lo político, social y de culto. Así, por ejemplo, el conocido *Tahuantinsuyo* cuyo imperio estaba gobernado por la autoridad mayor que era el Inca, quien tenía en su poder la administración legislativa, religiosa y militar; poseía preceptos ético morales que se desarrollaban con base a tres líneas consistentes en: *Ama sua* (*no seas ladrón*), *Ama llulla* (*no seas mentiroso*) y *Ama quella* (*no seas flojo*). Los tres mandatos fundamentales para una adecuada convivencia entre los habitantes de la comunidad.

Sin embargo, el arribo de los colonizadores provocó una seria alteración en la cosmovisión de ambas culturas; tanto en la ya establecida como en el de los provenientes por parte de la Corona española; siendo los segundos quienes más rédito económico obtuvieron con la explotación de recursos naturales y el mercado de esclavos.

La colonización de tierras antes desconocidas ayudó a construir el sistema económico y político que ahora se denominan como países de primer mundo. La tradición de la posesión de personas reducidas a la clase de esclavos y/o sirvientes, se había heredado desde las primeras civilizaciones y en la época de la Colonia, sirvió a algunos Estados a estimular su economía a través de la captura de personas para entregarlos en venta como objetos, acción que estableció un amplio mercado de esclavos (AYZAMA, 2020, p. 20,21).

Dicha alteración afectó también al sistema político ya establecido; la idea de inferioridad de los originarios ante los colonizadores y posteriormente los mestizos, dio lugar a la dependencia política y económica de estos ante los conquistadores; así también, este fue uno de los factores que retrasó y en su momento imposibilitó el reconocimiento de sus derechos, lo cual será analizado más adelante.

Para entonces, la reducción a esclavitud de los indígenas era justificada por parte de la iglesia católica, que, por medio de la Bula Papal de Nicolas V, tenía la misión de terminar con infieles y ampliar la evangelización en los territorios de estos. Sin embargo, de acuerdo a la recopilación lograda de las diferentes cartas y cédulas firmadas por Carlos V, se tiene conocimiento sobre la preocupación que existía en la Corona española sobre la violencia provocada para la reducción a la esclavitud de los indígenas (GARCÍA AÑOVEROS, 2000, p. 70–76).

El proceso de colonización requirió de la adaptación de un sistema jurídico para la administración de las colonias que se iban estableciendo.

Por ello, esta situación inicial tiene su claro exponente en el Derecho castellano como modelo originario, a la vez que la nueva realidad geográfica se irá configurando lentamente con una copiosa normativa constituida por leyes, costumbres y opiniones, que, junto con una abundante literatura jurídica, servirá de base para la propia identidad del Derecho indiano (ARANDA MENDÍAZ, 2006, p. 278).

El mismo autor, en una cita a la presentación de Javier Barrientos (2004) señala que el indígena en América no tiene en su tradición ir al litigio y a los tribunales; la idea de litigar es nula; complementa indicando que: “la controversia jurídica entre los indígenas no se soluciona por medio de un aparato judicial; de hecho, en el imperio inca no hay un sistema de jueces ni tampoco lo vemos entre los aztecas”(ARANDA MENDÍAZ, 2006, p. 279). Sin embargo, la adaptación de un sistema de administración seguido de un sistema de justicia empuja a que los indígenas vayan siendo parte del mismo, a pesar de contar con cierto reconocimiento de su sistema de administración con los Kurakas como intermediarios entre los representantes de la Corona española y los indígenas. Esta figura resultaba importante ya que poseían autoridad sobre

pequeños territorios, lo cual ayudaba a la colonia en el control y administración.

La investigación de Cora Bunster, refiriéndose sobre la época del Virreinato del Perú, ayuda a comprender que:

[...] las elites hispanas e indígenas negocian y compiten por espacios de poder, tratando de posicionarse ventajosamente en la estructura colonial lo cual explicaría, en parte, la imperiosa necesidad de los líderes étnicos de apropiarse de ciertos signos exteriores que condicen con el status social y económico de quien los ostenta. Esta apreciación halla su justificación en el comportamiento de algunos de éstos jefes étnicos de los actuales Perú, Bolivia y Ecuador a quienes la corona española concediera escudos de armas u otras menciones honoríficas como representación externa de su lugar en la sociedad colonial (BUNSTER, 2001, p. 1).

Sin embargo, mantuvieron el uso de sus costumbres, toda vez que la adaptación del sistema de justicia no llegaba para todos y procedían a solucionar sus conflictos con la mediación de la autoridad de la comunidad. Lo cual se convierte habitual incluso hasta el siglo XX, como se verá más adelante.

3 UN BREVE REPASO SOBRE EL PAPEL INDÍGENA EN LA REPÚBLICA DE BOLIVIA

Bolivia nace a la vida independiente bajo el nombre de República de Bolívar (nombre vigente durante dos meses),

como un homenaje al militar venezolano Simón Bolívar, quien había comandado las expediciones de liberación de los pueblos que estaban bajo mando y administración de la Corona española. Un año más tarde, se dio lugar a la modificación del nombre por Bolivia mediante el primer texto constitucional boliviano, también conocido como Constitución Bolivariana. Sin embargo, dicho texto constitucional marcó un camino que sería continuado hasta la década de los 90; principalmente en el hecho de haber sido elaborado y enfocado bajo la tradición jurídica europea, vale decir, que no estaba adecuada a la realidad boliviana. Así, por ejemplo, se llegó a ignorar todo lo relacionado con las comunidades indígenas, excluyendo la historia precolonial y no reconociendo el aporte de los indígenas en los procesos de sublevación para lograr la independencia de la región⁵⁶.

El texto constitucional que dio vida al nuevo Estado, fue testigo ciego de esta afirmación, ya que el mismo estableció determinados “requisitos” para que los habitantes sean considerados como “ciudadanos”, entre ellos se encontraban: el ser boliviano, el estar casado o ser mayor de veintiún años, saber leer y escribir, y; tener algún empleo, industria, profesión, ciencia o arte.

⁵⁶ Cf. MARÍA LUISA SOUX, 2007, p. 290–300

Resultado concreto: los indígenas, que constituían la mayoría de la población de la nueva república, no eran considerados ciudadanos. Aunque no existía ninguna norma concreta que así lo dispusiera, se encontraban excluidos de ejercer la ciudadanía por doble motivo: no sabían leer ni escribir y/o estaban sujetos a otro en condición de sirvientes domésticos. En el texto de la Constitución Política del Estado de 1826, no había ninguna otra norma que hiciera referencia a los indígenas y, las disposiciones relativas a la abolición de la esclavitud u otras similares tenían un carácter evidentemente genérico que, por lo demás, no se reflejaba en la práctica. Se había plasmado en el texto constitucional lo que la realidad política y económica mostraba; Bolivia era un país de los criollos (DERPIC, 2002, p. 10–11).

A pesar del aporte indígena y su tradición precolonial, este fue invisibilizado; posterior a la fundación del Estado, fue la clase privilegiada quien acomodó las riendas del joven Estado de acuerdo a sus intereses, convirtiendo al indígena en un nuevo esclavo;

De acuerdo a la Ley de Ex vinculación de 1874, que actúa como instrumento “jurídico” de la expropiación de las tierras comunitarias, se somete al indígena a las condiciones de servidumbre en las haciendas y al pongueaje. Este hecho profundiza lo colonial de la República de Bolivia; o mejor, es la puesta en marcha de la neocolonialidad estatal, jurídica y política. Un nuevo tipo de colonialismo ahora bajo la figura de una nueva república. Un sector minoritario de la sociedad, el criollo-mestizo, se hizo del poder republicano para el usufructo particular y privado de este grupo. Su fundamento ha sido lo liberal y lo moderno (como un gran discurso) que viene definida desde la lógica de los doctores de “dos caras”. Es

decir, la cara de la intriga y a la vez la cara de una disimulada amabilidad. Pues así la república, o res pública, “cosa pública”, era concebida como moderna y liberal, en camino hacia la industrialización de los recursos naturales, pero fundado en una profunda lógica colonial (PABLO MAMANI RAMÍREZ, 2010, p. 704).

Durante todo ese proceso histórico, el indígena no fue reconocido como un sujeto de derecho, sino más como parte de la servidumbre de los dueños de haciendas. Choque Canqui, afirma que la servidumbre fue una tradición que no pudo ser extinguida fácilmente:

A pesar de ser cuestionada su práctica en forma despótica en diversas oportunidades, continuó con ligeras variantes durante la República hasta las postrimerías de la revolución de 1952. De modo que la servidumbre indígena no podía ser fácilmente extinguida por razones políticas, sociales y económicas heredadas de la colonia. Pues la mano de obra indígena en cualquiera de sus formas de explotación era imprescindible en las actividades agrícolas, mineras y administrativas (CHOQUE CANQUI, 2016).

De esta manera se puede percibir que la situación de las comunidades indígenas no fue tan diferente posterior al establecimiento de la República; continuaron siendo ignorados y subyugados bajo una nueva figura que los gamonales habían creado para eso. Sin embargo, la reforma constitucional de 1938 estableció por medio de su art. 5 la abolición no solo de la esclavitud, sino también del trabajo no retribuido

(servidumbre), instituyendo la remuneración para todo tipo de trabajo; aspecto que no se fue cumpliendo, pues los indígenas continuaban siendo parte de la servidumbre.

Y es que se trataba de una clase que había crecido bajo la idea de subordinación y dominación, además que eran personas no alfabetizadas y, por ende, tampoco contaban con derechos políticos en su propia tierra. Todo esto provocó la organización de diversos movimientos políticos que proclamaban los derechos de los indígenas por medio de diversos eventos constituidos a partir de sus propios sistemas de representación, como el movimiento indígena posterior a la guerra del Chaco, o el primer congreso indígena de 1938 hasta el congreso indigenista de 1945. Para entonces, la clase indígena continuaba sin el ejercicio de sus derechos políticos.

En 1945, año de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, Bolivia rechazaba el derecho al voto para los analfabetos, mientras que la rebelión indígena ensangrentaba fincas. Las publicidades impresas en los periódicos reflejaban la imagen de un país blanco de clase media [...] Los ministros de Educación de Bolivia y Perú, reunidos en Arequipa, resumían en diez puntos el “problema indígena”. Primer punto: “los países consideran el problema indígena como un problema de Estado de carácter social, económico, sanitario, vial, agrario, educacional, jurídico, a cuya solución tienen que concurrir con sus mejores esfuerzos”. Segundo punto: “el indio no debe ser incorporado a la vida civilizada, como es principio aceptado por la generalidad de las entidades que tratan este

problema; que es la civilización occidental la que debe incorporarse a la vida del indio respetando y enriqueciendo las grandes virtudes que este grupo humano que ha contribuido con brillo a la cultura universal” [...] El 6 de noviembre 1945, la honorable convención nacional deliberó sobre si convenía, al final, conceder el voto a los analfabetos en la nueva Constitución boliviana. El comentarista Ciro Félix Trigo comentaba: “la gran mayoría de los analfabetos, por ser gente ignara, incapaz de raciocinar con *sindéresis* acerca de los intereses superiores del Estado, se inclinará por aquellos sectores o grupos partidarios que realicen la mejor prédica demagógica y vendrán a significar factor determinante en la vida institucional del país. [...] Finalmente, la Convención Nacional consideró improcedente dicha reforma constitucional. El ministro Jorge Calero indicaba que “el campesino debe ser incorporado a la civilización nacional en forma gradual, y, para tener derecho a votar se debe tener en cuenta la necesidad de que sepan leer y escribir”. Es el “triunfo del buen sentido”, comentaba en titular La Razón, el 9 de noviembre: “la opinión pública se siente aliviada de sus justificadas aprensiones con el fin que ha tenido en la convención el proyecto de pretendía crear en el país una ciudadanía de analfabetos. Todos los sectores de esa opinión se pronunciaron, con unanimidad muy significativa, en contra de tal propósito y el voto ha dejado fuera de debate este asunto inquietante” (BOLIVIA PNUD, 2015).

Este margen de desigualdad social marcó una escalada de exigencias; las comunidades indígenas agrupadas reclamaban el reconocimiento de sus derechos y la participación política activa sobre las decisiones del país. Dicho reclamo parecía ser justo para una comunidad que a

pesar de su resistencia siempre fue relegada en el ejercicio de sus derechos, tanto personales como de grupo. A pesar de ser una gran mayoría dentro del país, sus derechos no fueron reconocidos sino a partir de 1952 a través de la denominada revolución nacional; la convulsión social más importante de la historia del país que dio lugar a cambios superficiales o reformistas dentro del Estado feudal.

Los aspectos más distintivos de este proceso son:

- a. En lo global, se intentó re fundar el Estado-nación, mestizo y homogéneo.
- b. La reforma agraria de 1953 y los programas de "colonización" y la "marcha al oriente", en el ámbito socioeconómico.
- c. La multiplicación de escuelas rurales, en lo educativo.
- d. El voto universal y la imposición nacional de los "sindicatos campesinos", en el campo organizativo y político.

En la región occidental o andina del país, a partir de la revolución de 1952, los indígenas excluidos y discriminados empezaron tíbiamente a ser tomados en cuenta por el Estado, aunque bajo el denominativo de "campesinos", pero no se reconoció legalmente su situación de pueblo indígena, mucho menos sus identidades culturales. Esta política de discriminación recién se intentó resolver en la última década del siglo XX (TICONA ALEJO, 2004, p. 5).

Este suceso, marcó una nueva etapa en la historia del país, principalmente por la ampliación del reconocimiento de los derechos de las personas, principalmente aquellos que llegaron a favorecer a los grupos indígenas como el derecho a la educación y los derechos políticos, a pesar que este último

es más limitado y tiene un carácter netamente político; “[E] estas buenas intenciones florecían, sobre todo, en el campo de la teoría y en la esfera de la propaganda y las relaciones públicas. Estas dos últimas áreas han alcanzado desde entonces una importancia sorprendente” (MANSILLA, 2003, p. 107). Aunque no se puede opacar el alcance de la ampliación de los derechos políticos, principalmente hacia las mujeres, el resto puede ser ampliamente debatido.

4 EL ESTADO MULTIETNICO Y PLURICULTURAL

No es sino hasta la reforma constitucional de 1994 que se reconoce a Bolivia como multiétnica y pluricultural, por otra parte, el art. 171 del texto constitucional menciona el reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitaban en el territorio nacional; además, del reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades, asociaciones y sindicatos. El sistema de ejercicio de justicia originaria fue reconocido como sistema alternativo de solución de conflictos conforme a las costumbres, siempre y cuando no contravengan la Constitución Política del Estado.

De esta manera, se empezaba a incorporar de forma tenue a los miembros de los pueblos indígenas, sin embargo, todo este proceso y sus frutos fueron parte de una larga cadena de

sucesos de convulsión social en la que el Estado reprimió fuertemente a la clase campesina y minera; que prácticamente eran los mismos quienes exigían respeto y garantía de sus derechos más esenciales.

En cada tiempo y en cada lugar el Estado ha provocado sangrientas masacres, particularmente en contra el mundo indígena originario campesino y el minero o fabril. Se trata de un Estado propiamente anti-indígena y anti-popular. La Constitución resulta ser su fundamento legal porque está pensada desde los intereses particulares de los “bicentenarios grupos de poder”, la oligarquía, los blanco-mestizos (PABLO MAMANI RAMÍREZ, 2010, p. 704–705).

Si bien la reforma constitucional del año 1994 reconoció en cierta medida los derechos de los pueblos indígenas; no es hasta la reforma constitucional del año 2009 en dónde el sector indígena originario campesino consolida un reconocimiento pleno de sus derechos a partir de su participación activa en la Asamblea Constituyente encargada de la redacción de la reforma constitucional, en gran parte también como parte de una política de incorporación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin embargo, a pesar de los aspectos positivos que contempla la reforma constitucional de 2009, especialmente en la positivización de los derechos fundamentales, la modificación de la visión de

Estado y otros; algunos autores como Mamani (2010, p.705) indica que esta reforma

[...]es insuficiente frente a la magnitud de la lucha indígena-popular de los últimos 24 años (desde 1985), y los 183 años de la república [...] Ante esta realidad hemos propuesto la tesis de que la nueva Constitución Política del Estado es formalmente una “Constitución Intermedia” (Mamani, 2008). No en términos de proceso cronológico, sino en términos de lógica. Es en términos de lógica o de principios porque trata formalmente de contener lo liberal y lo indígena en uno, en la nueva Constitución. Esto habla de un hecho interesante, pero a la vez es la referencia de la continuidad del sistema político liberal de lógica multicultural. La condición de Constitución intermedia implica que ya no sea una Constitución republicana, neocolonial y monocultural como antes del 25 de enero, pero tampoco es una Constitución indígena-popular como ha sido el sueño de muchos líderes indígenas, expresado en las históricas luchas sociales.

Por otra parte, Roberto Gargarella, desde una visión más amplia sobre las reformas constitucionales de América Latina, menciona que, pese a los avances logrados, las transformaciones no son tan profundas, alcanzando una mezcla entre lo nuevo con lo viejo, al respecto, apunta:

En efecto, no se producen cambios importantes ni en la organización del poder ni en las declaraciones de derechos. Las renovadas declaraciones de derechos se expanden aún más, para hacer mención a grupos antes no tomados en cuenta, a intereses antes no contemplados o a derechos humanos antes dispersos

u ocultos detrás de algunos de los derechos ya existentes (GARGARELLA, 2015, p. 99).

Lo descrito por el Profesor Gargarella, se encuadra perfectamente en los hechos que antecedieron a la etapa de la reforma constitucional del 2009; ya que Bolivia se encontraba envuelta en un escenario de convulsión social provocado por el hastío del sistema político neoliberal que estaba gobernando el país. Fue entonces que posterior a varios conflictos sociales (especialmente las denominadas como: guerra del agua 2000; febrero negro y octubre negro 2003) las organizaciones sociales se manifiestan para exigir una participación activa en la toma de decisiones del país, además del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas; lo cual se plasma mediante su participación activa en la Asamblea Constituyente encargada de la redacción de la reforma constitucional. A partir de ahí, se puede advertir lo manifestado por el Profesor Gargarella; la ampliación de derechos y la mención de grupos antes no tomados en cuenta. Si en las anteriores reformas constitucionales los grupos indígenas campesinos eran invisibilizados, en esta reforma tomaron un alto protagonismo.

Es así, que la reforma constitucional trae consigo una amplia modificación del modelo de Estado conocido hasta ese momento; se trata de un Estado que fusiona y busca una

convivencia entre lo ancestral y lo ya establecido; declarándose como un Estado unitario social de derecho, comunitario, plurinacional, intercultural, que se funda en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico (art. 1); reconociendo expresamente la jurisdicción indígena originaria campesina a la cual coloca en igualdad jerárquica con las jurisdicciones ordinaria y agroambiental. A través de la parte dogmática de la Constitución, se puede evidenciar un amplio reconocimiento a los aportes y consiguientemente los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos. Así, por ejemplo, el Estado como tal, deja de lado la adopción de una religión oficial, declarándose como un Estado laico (art. 4); sin embargo, respeta y garantiza la libertad de religión y creencias. Reconoce a las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afro bolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano (art. 3); con esto, además establece como idiomas oficiales del Estado (además del castellano) los idiomas propios de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, siendo un total de 36 idiomas (art. 5).

El Estado, llega a estar establecido sobre los cimientos de los principios ético-morales de la sociedad plural; *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (*no seas flojo, no seas mentiroso, no seas*

ladrón) además, del: *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble) (art. 8). Principios que fueron heredados de la sociedad precolonial. Lo indígena recobra una importancia no solo filosófica, también política; ya que se incorporan de manera objetiva su participación en las estructuras de poder, como el ejecutivo, legislativo, judicial y el electoral. Es aquí en donde ingresa a tomar relevancia el pluralismo jurídico, encargado de sistematizar la convivencia del sistema ya establecido con el sistema indígena originario campesino.

5 EL PLURALISMO JURÍDICO EN EL ESTADO PLURINACIONAL

Ahora bien, el pluralismo jurídico ganó mayor escenario de debate en los últimos años, a pesar de ser una figura que estuvo presente desde los inicios propios del derecho en Roma; “debido a la gran variedad de territorios y de culturas que fueron colonizadas, el Imperio Romano permitió la coexistencia de cuerpos normativos diferentes, siempre que estos no atentaran contra los intereses del imperio” (VALENCIA, 2020, p. 125); lo cual también se percibió en la época de la colonia, tal como se describió en líneas precedentes, con la convivencia del uso y costumbre de los

indígenas con la adaptación del derecho castellano en las colonias de la Corona española.

Boaventura de Sousa (2015), hace mención al estudio del pluralismo jurídico desde un punto de vista en el que puede

[...] ser una de las formas mediante las cuales se manifiesta la ideología del centralismo jurídico. Esa concepción del pluralismo jurídico es, hoy en día, uno de los principales legados que la expansión europea le dejó a los sistemas jurídicos nacionales no europeos [...] En una revisión de la bibliografía sobre el tema de la pluralidad de órdenes jurídicos, Sally Merry distinguió dos períodos en el debate sobre el tema: 1) el pluralismo jurídico clásico; y 2) el nuevo pluralismo jurídico. El pluralismo jurídico clásico se refiere a las investigaciones sobre las sociedades coloniales y poscoloniales y abarca, por lo tanto, a las situaciones que Griffiths clasifica como pluralismo jurídico en sentido débil, al igual que a otros análisis de las intersecciones entre el derecho indígena y el derecho europeo. El nuevo pluralismo jurídico, por su parte, se refiere a la aplicación del concepto a sociedades no colonizadas, particularmente en los países industrializados. Este tipo de pluralismo promueve un cambio de perspectiva: la relación entre el sistema jurídico oficial y los otros órdenes que se articulan con él deja de ser vista como algo apartado o diferente y es abordada como una relación más compleja e interactiva, en la que se ve a la pluralidad jurídica como parte del campo social (BOAVENTURA DE SOUSA, 2009, p. 53).

El pluralismo jurídico hace referencia a la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos que son capaces de convivir en un mismo sistema social; entonces, debe ser comprendido

desde la óptica de la existencia de organizaciones sociales fuera del monismo del Estado que son capaces de administrarse y de producir sus propias normas que no necesariamente deben ser escritas. Entonces, si la reforma constitucional otorga un reconocimiento al pasado ancestral adoptando sus principios filosóficos junto al sistema de tradiciones, era también necesario brindar un reconocimiento al sistema de administración, ya sea social y de justicia. En ese sentido, el art. 30 de la Constitución Política del Estado, menciona que:

En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:

[...] 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.

14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión. 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios. 17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente

adquiridos por terceros. 18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.

De esta manera, para el cumplimiento de lo precedentemente mencionado, es que se fueron creando a partir de la Asamblea Constituyente mecanismos de incorporación y armonización de lo indígena con lo occidental. Es así, que de manera resumida se puede mencionar: la creación de nuevos escaños de representación en el órgano legislativo por medio de la circunscripción especial indígena originario campesina (art. 146-147) lo cual se realiza mediante sistema democrático y fiscalizado por el órgano electoral nacional (art. 210); el reconocimiento de la jurisdicción indígena originaria campesina, que goza de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria (art. 179 - 190); la conformación activa dentro del órgano electoral nacional y departamental (art. 206), además de la participación activa dentro del Tribunal Supremo de Justicia, entre otros⁵⁷.

Ahora bien, no se puede hablar propiamente sobre una creación del sistema indígena originario campesino, sino más bien de un reconocimiento formal por parte de la Asamblea Constituyente y posteriormente por la población a través del

⁵⁷ Este documento no analiza de manera completa y detallada los cambios presentados en la reforma constitucional, pues podría desviar el tema central del documento. Sin embargo, se recomienda tomar atención a los derechos sociales, económicos y culturales, además de la incorporación del conocimiento y saber indígena en la educación y salud.

referéndum de aprobación de la reforma constitucional; porque las comunidades indígenas jamás abandonaron sus usos y costumbres que fueron heredadas desde los antepasados, eso también se debe a que fueron diseminados y se sentían discriminados de aquellos espacios reservados para las personas de la ciudad. Las comunidades indígenas por medio de sus autoridades tienen una tradición de solucionar el conflicto por medio del resarcimiento del daño sin provocar una amplificación del problema, tornándose en un sistema más flexible.

De esta manera, por medio del pluralismo jurídico se establece una convivencia entre dos jurisdicciones; la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina. Para esto, la Constitución Política del Estado, establece en su artículo 190 que; las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. Para lograr este fin se trabajó en un mecanismo que consolide el trabajo independiente y evite una colisión entre ambas jurisdicciones, el mismo que se conoce como Ley N.º 073 de Deslinde Jurisdiccional. Esta ley nace por mandato de la propia Constitución Política del Estado,

precisamente para regular el ámbito exacto de aplicación de la jurisdicción indígena originaria campesina.

Si bien la Constitución Política establece que están sujetos bajo esta jurisdicción solo aquellos que sean parte de la nación o pueblo indígena originario campesino, es mediante la Ley de Deslinde Jurisdiccional que se regula el ámbito de vigencia y aplicación, permitiendo alcanzar el grado de independencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina.

De esta manera, los habitantes de la nación o pueblo indígena originario campesino se rigen por su propio sistema tradicional de justicia, en ese sentido, art. 9 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional decreta que están sujetos a la jurisdicción indígena originaria campesina los miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. Lo cual, evita que personas no pertenecientes a sus comunidades sean juzgados bajo esta jurisdicción; en ese sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) por medio de la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0037/2013, indicando:

[...] refiriéndose al alcance del ámbito personal de la jurisdicción indígena originario campesina, que también debe tenerse en cuenta los supuestos de afectación al pueblo indígena originario campesino por quien no es miembro del pueblo indígena originario campesino, es decir, pertenezca a otra

comunidad o se trate de personas no indígenas y el hecho haya ocurrido en el territorio del pueblo indígena originario campesino; o los casos en los que los actos de un miembro de un pueblo indígena originario campesino, realizados en otra jurisdicción tenga efectos sobre la comunidad o pueblo indígena originario campesino.

De esta forma, el TCP, como guardián del cumplimiento de la Constitución Política del Estado, se encuentra acreditado para dilucidar sobre el conflicto de jurisdicciones. Es precisamente, que en esta oportunidad aclara sobre el ámbito de aplicación de la jurisdicción indígena originaria campesina, dejando en claro que no es aplicable a terceras personas que no son parte de la nación indígena. Sin embargo, la Declaración Constitucional Plurinacional 0006/2013, en la consulta de autoridades indígena originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas en un caso concreto, explica que “[...]el ámbito de vigencia personal a una persona que no indígena es aplicada cuando este tiene compromisos asumidos con la comunidad que lo hacen parte y son susceptibles de administración de justicia [...]” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL, 2014).

La jurisdicción indígena originaria campesina, encuentra sus límites en lo establecido por la Ley de Deslinde Jurisdiccional, por lo que no se aplica para resolver delitos de orden público o asuntos de orden civil en donde se vieran

afectados los intereses del Estado o la propiedad privada; tampoco es aplicable en las ramas de derecho administrativo, laboral, internacional y otras que se encuentren reservadas para la jurisdicción ordinaria. Con estas limitaciones, la jurisdicción indígena originaria campesina, funciona más como un sistema de resolución de conflictos que puedan surgir dentro de sus comunidades y que involucren a sus habitantes, debiendo administrar justicia respetando los principios y derechos fundamentales descritos en la Constitución.

De este modo, la SCP 1422/2012, indicó que:

[...]la jurisdicción indígena originario campesina, no se encuentra sometida a ninguna de las demás jurisdicciones disciplinadas por la Constitución; empero, al ser el Estado Plurinacional de Bolivia, un Estado Unitario sometido a una Norma Suprema como es la Constitución, esta jurisdicción se encuentra sometida al sistema plural y concentrado de control de constitucionalidad encomendado en última instancia al Tribunal Constitucional Plurinacional.

En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT, también menciona que, en el trayecto de la incorporación de las normas, estas no deben ser incompatibles con los derechos fundamentales definidos en la normativa nacional y también en los tratados internacionales. Con esto también se logra eliminar la errónea asociación de la justicia comunitaria con actos de ajusticiamiento por mano propia, una práctica casi

común en la región. Sin embargo, tanto la Constitución como la ley específica contemplan la importancia del trabajo coordinado y de cooperación entre las jurisdicciones para que puedan cumplir con lo determinado por la autoridad competente en su jurisdicción.

De esta manera, el trabajo realizado por el Estado a partir de la reforma constitucional del 2009 demuestra un largo proceso de incorporación de los sectores anteriormente ignorando, logrando (no del todo) consolidar una democracia de todos y para todos.

A MODO DE CONCLUSIÓN.

A lo largo del presente trabajo, se trató de explicar el proceso de reconocimiento e incorporación del pluralismo jurídico en el Estado Plurinacional de Bolivia. Sin embargo, sentimos que lo presentado apenas fue un análisis superficial, ya que se necesitaría un amplio trabajo para analizar no solo la evolución jurídica en la incorporación del pluralismo jurídico a partir de la reforma constitucional de 2009, sino también realizar una evaluación y autocrítica sobre los primeros diez años de la reforma constitucional; porque pese a tener ciertas limitaciones, hay aspectos muy importantes que se rescatan de la reforma constitucional de 2009.

A pesar del límite para el estudio y análisis de la reforma constitucional y el reconocimiento e incorporación del pluralismo jurídico, por medio de este documento se puede evidenciar que dicha acción no fue algo sencillo, sino que, todo lo contrario, ya que tuvieron que transcurrir más de cien años para que la clase indígena originaria campesina sea tomada en cuenta y sean reconocidos como sujetos de derechos y otros cincuenta años para que puedan ser actores principales de un proceso político de transformación a través de la Asamblea Constituyente.

Sin embargo, aún quedan muchas tareas pendientes en las que se tienen que trabajar, principalmente para alcanzar una independencia absoluta de la jurisdicción indígena originario campesino, que aún obedece algunos lineamientos planteados desde la óptica del monismo jurídico, lo cual, imposibilita en cierta manera administrar de manera eficiente el sistema de justicia. Por otra parte, queda también pendiente la incorporación de políticas públicas de socialización y formación por parte del Estado en lo que respecta la jurisdicción indígena originario campesina.

Finalmente, todo esto solo será posible posterior a un análisis crítico sobre los primeros diez años de vigencia de la reforma constitucional, en la que se puedan abordar los avances y retrocesos.

REFERENCIAS

ARANDA MENDÍAZ, M. La protección de los indígenas en la Recopilación de Antonio de León Pinedo y en la Recopilación de Leyes de Indias de 1680. **Revista de la Inquisición: (intolerancia y derechos humanos)**, n. 12, p. 277–294, 2006.

AYZAMA, A. C. Las nuevas perspectivas sobre la migración: Un análisis de la plenitud y compatibilidad entre los ordenamientos jurídicos de Colombia y Venezuela con el Pacto Mundial para la migración segura, ordenada y regular. [s.l.] Universidade Federal de Uberlândia, 2020.

BOAVENTURA DE SOUSA, S. **Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho**. Madrid, España: Trotta, 2009.

BOLIVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. **Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia**, La Paz, 2009.

BOLIVIA. Ley 073 - Ley de deslinde jurisdiccional. **Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia**, La Paz., 2010. Disponible en: <https://n9.cl/i6axy> Acceso en 26 may 2021.

BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012. **Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia**, Sucre., 2012.

BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional 0037/2013. **Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia**, Sucre., 2013.

BOLIVIA PNUD, P. El “problema indígena” en 1945. Disponível em:

<<https://www.bo.undp.org/content/bolivia/es/home/presscenter/articles/2015/07/28/el-problema-ind-gena-en-1945.html>>. Acesso em: 2 may. 2021.

BUNSTER, C. Las autoridades indígenas y los símbolos de

prestigio. **Andes**, n. 12, p. 1–39, 2001.

CHOQUE CANQUI, R. La servidumbre indígena andina de Bolivia. In: **El siglo XIX: Bolivia y América latina**. [s.l.] Institut français d'études andines, 2016. p. 475–485.

DERPIC, C. Consideraciones acerca de la reforma constitucional de 1994: el caso indígena. **Revista Ciencia y Cultura**, v. 10, p. 9–15, 2002.

GARCÍA AÑOVEROS, J. M. Carlos V Y la abolición de la esclavitud de los Indios. Causas, evolución y circunstancias. **Revista de Indias**, v. 60, n. 218, p. 57–84, 2000.

GARGARELLA, R. La «sala de máquinas» de las constituciones latinoamericanas. **Nueva Sociedad**, n. 257, p. 96–106, 2015.

MANSILLA, H. C. F. un Balance Crítico. **Temas Sociales**, v. 24, p. 101–113, 2003.

MARÍA LUISA SOUX. La participación indígena en el proceso de la independencia: la sublevación de 1810-1811 | Anuario de Historia Regional y de las Fronteras. **Anuario de Historia Regional y de las Fronteras**, v. 11, 2007.

PABLO MAMANI RAMÍREZ. Lo indígena en la nueva Constitución Política del Estado “Constitución Intermedia”. In: IDEA INTERNACIONAL (Ed.). . **Miradas Nuevo texto Constitucional**. 1. ed. La Paz - Bolivia: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010. p. 736.

TICONA ALEJO, E. La Revolución Boliviana de 1952 y los Pueblos Indígenas. **Temas Sociales**, v. 25, p. 1–14, 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Declaración Constitucional Plurinacional 0002/2014. p. 1–86, 2014.

VALENCIA, D. C. Vista de Pluralismo Jurídico. Análisis de tiempos históricos. **Revista Derecho del Estado**, v. 45, p. 121–154, 2020.

SOBRE OS ORGANIZADORES

JÚLIO CÉSAR SUZUKI

<https://orcid.org/0000-0001-7499-3242>

Graduado em Geografia (UFMT), em Letras (UFPR) e em Química (IFSP), com mestrado e doutorado em Geografia Humana (USP) e Livre-Docência em Fundamentos Econômicos, Sociais e Políticos da Geografia. Professor Doutor junto ao Departamento de Geografia da FFLCH/USP e ao Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Integração da América Latina (PROLAM) da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: jcsuzuki@usp.br

RITA DE CÁSSIA MARQUES LIMA DE CASTRO

<https://orcid.org/0000-0002-0137-6005>

Graduada em Comunicação Social – Jornalismo (Faculdade de Comunicação Social Cásper Líbero) e em Administração e Ciências Contábeis (ambos os cursos pelo Centro Universitário SENAC SP), com especialização e mestrado em Administração (FGV-EAESP), doutorado em Ciências (PROLAM-USP), tendo realizado dois pós-doutorados (FEA-USP, departamentos de Administração e de Economia). Professora no Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina – Prolam-USP. Foi professora na FEA-USP pelo Programa de Atração e Retenção de Talentos (PART) – vigência 2020-2021. Atua como pesquisadora no CORS e no NESPI, ambos lotados na FEA-USP; no Grupo de Pesquisa Psicologia, Sociedade e Educação na América Latina (Instituto de Psicologia-USP), no grupo de pesquisa CRIARCOM-C - Criatividade, Inovação, Comunicação e Marketing com ênfase nas Cidades (ECA-USP) e do Centro Latinoamericano de Estudios en Epistemología Pedagógica (CESPE), onde atua como Presidente adjunta para o Brasil e como Chefe de Relações Internacionais. E-mails: ritalimadecastro@usp.br; ritalimadecastro@gmail.com

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA

<https://orcid.org/0000-0002-3597-6420>

Professor na Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Membro do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos (PPG-IELA/UNILA). Atualmente realiza pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia (UNIOESTE). Doutor em Sociologia (UFG), com estágio doutoral na UNAM (bolsa CAPES/MEC/Brasil). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (PUC Goiás). Graduado em Direito (UFG). Advogado membro da Associação Internacional dos Advogados do Povo entre 2006 e 2017. Coordena o projeto de extensão "Territórios culturais: memória e patrimônio no Oeste do Paraná". Escritor de vários livros, capítulos e artigos, incluindo o livro de poesias "Na Beira do Rio". E-mail: julio.s.moreira@gmail.com

SOBRE OS AUTORES

PREFÁCIO

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA

Professor na Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Membro do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos (PPG-IELA/UNILA). Atualmente realiza pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia (UNIOESTE). Doutor em Sociologia (UFG), com estágio doutoral na UNAM (bolsa CAPES/MEC/Brasil). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (PUC Goiás). Graduado em Direito (UFG). Advogado membro da Associação Internacional dos Advogados do Povo entre 2006 e 2017. Coordena o projeto de extensão "Territórios culturais: memória e patrimônio no Oeste do Paraná". Escritor de vários livros, capítulos e artigos, incluindo o livro de poesias "Na Beira do Rio". E-mail: julio.s.moreira@gmail.com

CAPÍTULOS

ALEX CABELLO AYZAMA

Formado en Derecho. Especialista en Derecho Constitucional, Penal e Internacional. Máster en Derecho por la Universidad Federal de Uberlandia (UFU). Investigador del Grupo de Estudios de Derecho, Globalización y Ciudadanía; Grupo de Estudio e Investigación en Dirección Internacional (GEPDI-UFU); Laboratorio Americano de Estudios Constitucionales Comparados (LAECC-UFU); Migración y gestión de la salud (MIGRAST-UFU). Profesor invitado por la Universidad del Valle Bolivia (2019). Abogado en Derecho Público. E-mail: ayzamalex@gmail.com

ANA CARLA BARROS SOBREIRA

Mestre em Estudos Linguísticos – Universidade Federal de Uberlândia. Doutoranda em Linguística Aplicada – IEL-UNICAMP. e-mail: a234351@dac.unicamp.br

ANA CAROLINA DE MORAIS COLOMBAROLI

Bacharel e Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Doutoranda no Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (USP). e-mail: carolcolombaroli@hotmail.com.

ANTONIO MARCOS QUINUPA

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional – Uninter. Linha de Pesquisa Teoria e História da Jurisdição. Aluno especial do Programa de Pós-Graduação Integração da América Latina Universidade de São Paulo, disciplina AIL5786 – Agricultura e Urbanização na América Latina. E-mail: quinupa@yahoo.com.br

CAROL ANCIETA RODRÍGUEZ

Abogada, Titulada por excelencia de la Universidad Mayor de San Simón (UMSS); Diplomada en Educación Superior Basada en Competencias de la Universidad Católica Boliviana (UCB); Diplomado en Arbitraje de la Universidad del Valle; Diplomado en Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes con Énfasis en Protección y Prevención de la Violencia de la EGP y UNICEF; Maestrante en Derecho Público en la Universidad de Sevilla – España en la Gestión 2020 – 2021, Miembro activo de la Plataforma Ciudadana por el Acceso a la Justicia y los DDHH; de la Plataforma de Defensa de los Derechos de los Niños y Niñas Trabajadores (NATS) y del Latinoamérica International Arbitration – LIA YOUNG PRACTITIONERS. E-mail: esmeraldaancieta@gmail.com

CLIVER CCAHUANIHANCCO ARQUE

Master en Estudios Latinoamericanos-Universidad Federal de la Integración Latino-Americana. Consultor de la Asociación Servicios Educativos Rurales (SER). clivers7nba@hotmail.com.

JÚLIO CÉSAR SUZUKI

Graduado em Geografia (UFMT), em Letras (UFPR) e em Química (IFSP), com mestrado e doutorado em Geografia Humana (USP) e Livre-Docência em Fundamentos Econômicos, Sociais e Políticos da Geografia. Professor Doutor junto ao Departamento de Geografia da FFLCH/USP e ao Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Integração da América Latina (PROLAM) da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: jcsuzuki@usp.br

JÚLIO DA SILVEIRA MOREIRA

Professor na Universidade Federal da Integração Latino-Americana. Membro do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Estudos Latino-Americanos (PPG-IELA/UNILA). Atualmente realiza pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia (UNIOESTE). Doutor em Sociologia (UFG), com estágio doutoral na UNAM (bolsa CAPES/MEC/Brasil). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento (PUC Goiás). Graduado em Direito (UFG). Advogado membro da Associação Internacional dos Advogados do Povo entre 2006 e 2017. Coordena o projeto de extensão "Territórios culturais: memória e patrimônio no Oeste do Paraná". Escritor de vários livros, capítulos e artigos, incluindo o livro de poesias "Na Beira do Rio". E-mail: julio.s.moreira@gmail.com

LEANDRO FONTES CORRÊA

Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Mestrando no Programa de Integração da América Latina da Universidade de São Paulo (USP). e-mail: lfontescorrea@usp.br

MARIA SÔNIA DE MEDEIROS SANTOS DE ASSIS

Professora efetiva de Direito Penal na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires (UBA). E-mail: soniamsaaa@gmail.com

SARAH MONTESINOS SALINAS

Estudiante de graduación de Derecho en la Universidad Privada del Valle – Univalle (Bolivia). Alumna destacada de la facultad, investigadora iniciante, miembro de la Sociedad Científica Univalle. E-mail: sarahmontesinos7@gmail.com