Revista VIDERE
v. 13, n. 26
Jan./Abr. 2021
p. 08 a 30
ISSN: 2177-7837

JUSDIVERSIDADE

JUSDIVERSIDAD

JUSDIVERSITY

Carlos Marés de Souza Filho
Doutor e Mestre em Direito pela UFPR
Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR
E-mail: carlosmares@terra.com.br
OrcidID: https://orcid.org/0000-0001-6529-6058

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar a diversidade social e jurídica da América Latina e a relação com o mundo colonial, hegemônico, impositivo e destruidor das gentes e da natureza. Estuda como, a partir do final do século XX, os povos do mundo tradicional vem se articulando para mudar as estruturas jurídicas do mundo colonial, seja na normativa interna de cada Estado Nacional, seja em âmbito internacional. Parte do pressuposto que cada povo tem um Direito próprio, compondo uma jusdiversidade que corresponde à sociodiversidade de povos autônomos e autodeterminados.

Palavras-chave: jusdiversidade; socioambientalismo; autodeterminação.

Resumen: El artículo tiene como objetivo analizar la diversidad social y jurídica de América Latina y la relación con el mundo colonial, hegemónico, autoritario y destructivo de las personas y de la naturaleza. Se estudia cómo, desde fines del siglo XX, los pueblos del mundo tradicional se han articulado para cambiar las estructuras legales del mundo colonial, ya sea en las reglas internas de cada Estado Nacional, o a nivel internacional. El artículo parte del supuesto de que cada pueblo tiene su propio derecho, componiendo una jusdiversidad que corresponde a la sociodiversidad de pueblos autónomos y autodeterminados.

Palabras llave: jusdiversidad; pueblos tradicionales; socioambientalismo; autodeterminación.

Abstract: The article aims to analyze the social and legal diversity of Latin America and the relationship with the colonial, hegemonic, imposing and destructive world of people and nature. It studies how, from the end of the twentieth century, the peoples of the traditional world have been articulating to change the legal structures of the colonial world, whether in the internal rules of each National State, or internationally. It starts from the assumption that each people has its own right, composing a jusdiversity that corresponds to the socialdiversity of autonomous and self-determined peoples.

Keywords: jusdiversity; traditional peoples; socio-environmentalism; self-determination.

1 INTRODUÇÃO: O MUNDO COLONIAL E O MUNDO TRADICIONAL

Este artigo pretende estudar os direitos a partir da ideia de que na América Latina, desde o século XVI, foi sendo criado um mundo colonial com a destruição das sociedades e da natureza originais. As sociedades originárias, porém, quando não destruídas totalmente se mantiveram em mundos próprios, com grande diversidade e, embora tenha constantemente diminuído o espaço territorial e muitos povos tenham sido totalmente destruídos, outros povos foram se criando na resistência ao processo colonial, como os povos afrodescendentes. Assim, até hoje dois mundos subsistem na América Latina, um colonial, chamado moderno, capitalista e outro com forte ligação com a natureza e espiritualidade, resiste. A parte colonial que se tornou hegemônica, ou o mundo hegemônico, se organiza num arremedo da modernidade europeia e é profundamente dependente do capital internacional, portanto produz para a reprodução desse capital e não para satisfazer as necessidades de seus membros, está dividido em países constituídos como Estados Nacionais, com fronteiras artificialmente criadas. O mundo não hegemônico, chamado de tradicional, é extraordinariamente diverso e apresenta formas e conteúdos de vida que se contradizem e antagonizam com o mundo hegemônico (Souza Filho, 2017), alguns submersos no mundo hegemônico, outros mantendo uma resistência distante.

O avanço da Europa sobre a América Latina no início do século XVI se deu de maneira muito especial. Se havia no início por parte de alguns navegadores e reinos europeus a ideia de apenas mercadejar, buscando madeiras, animais e minerais, em pouco tempo os empreendimentos de fixação de colônias, extração e produção de mercadorias acabou prevalecendo, apesar do permanente rechaço e resistência oferecidos pelos povos locais. Durante o século XVI foram se estabelecendo colônias cada vez mais poderosas e destruidoras que iam dizimando as populações locais e exterminando a natureza.

Para as novas colônias instaladas era fundamental, além da ocupação da terra, obter mão de obra, seja para extrair minérios e plantas, seja para produzir novas mercadorias. Para isso, os princípios de liberdade que se começava a prevalecer na Europa não vieram para as Américas que desde o início utilizou trabalho escravizado como fonte primária de produção. Os povos, então, reagiam contra a ocupação das terras e a transformações de sua gente em escravos. A escravização se deu com o sequestro de gentes no interior das Américas e da África. Como a escravização era individual, foi fundamental para o processo colonial destruir as coletividades. Para o colonialismo extrativista mineral houve processos de submissão de povos em forma servil, sendo o povo obrigado a enviar quantidades de trabalhadores para as minas para pagar

o direito de continuar vivos. O sequestro de gentes africanas se deu por indivíduos, sempre separados de suas famílias e povos. Os números falam por si só, até a abolição do tráfico de escravos, no século XVIII, calcula-se, em contas conservadoras, a chegada de treze milhões de pessoas nas Américas, sem esquecer que durante a travessia podia morrer trinta por cento dos embarcados (Morgan, 2017). Em relação aos povos indígenas, as contas são ainda mais aterradoras, Grondin & Viezzer (2018) calculam mais de setenta milhões de vítimas fatais, sem contar os escravizados. Apesar destas contas poderem ser discutidas, recalculadas, aumentadas ou diminuídas, dão ideia da magnitude de destruição humana causada pelo colonialismo europeu.

Os números, que revelam o nível de violência da colonização, indicam o potencial de resistência gerado. O violento mundo colonial gerou duas reações necessárias, a primeira é óbvia, a resistência dos povos locais e a segunda a necessidade de fuga e sobrevivência coletiva pelos escravizados. A resistência é constante. É difícil encontrar momento histórico depois de 1500 sem algum ponto de resistência. Atestam essas lutas a história do Cacique Hatuey, do povo taíno, nas Antilhas (Las Casas, 1986), de Aimberê, e os confederados tamoios, no Rio de Janeiro e São Vicente (Quintiliano, s/d), de Lautaro, o mítico líder mapuche, nas cordilheiras dos andes ao sul do deserto de Atacama (Alegría, 2018). São três singulares exemplos de resistências do século XVI, em diferentes latitudes, dentre uma infinidade de outros que não pararam nunca na América invadida. Também há acordos de não agressão, como o dos tamoios, e mesmo de tratados formais entre povos, como os firmados pelos espanhóis, ingleses e franceses, em geral descumpridos (Clavero, 2005).

Com o avanço do processo colonial houve uma ocupação europeia crescente em parte do território da América Latina que se caracterizou por urbanização, intenso extrativismo mineral e forte produção agrícola predatória, monocultural, exótica e destruidora da natureza local, utilizando-se em todos os casos, de mão de obra indígena e africana diretamente escravizada até o final do século XIX e semi-escravizada ou com baixos direitos trabalhistas a partir daí. A criação do mundo colonial, visível, exportador, chamado de moderno, exterminou culturas, povos e a natureza local onde ia se implantando, enquanto os povos resistentes mantinham outra parte da América Latina segundo suas tradições, não europeia, não mercantilistas. Embora estes dois mundos sejam muito separados e totalmente díspares culturalmente, com o passar do tempo foi se aproximando territorialmente e sempre com muito conflito apesar de convivências em diferenças.

O mundo chamado moderno é dividido em países, Estados Nacionais, portanto são conhecidos por esses nomes, Brasil, Argentina, México, Peru, etc. O outro mundo, anticolonial, está dentro desse, geograficamente, mas apartado, mesmo quando próximo. É muito difícil dar um nome geral para este mundo, porque América Latina não lhe cabe, não é latino e muito menos americano, já que América é o nome dado em homenagem ao pioneiro invasor. Portanto, o nome mesmo já é falso, mas para fins de análise é necessário um nome. Martí sugeriu, no século XIX, "Nuestra América" (2005), que parece bom, mas pode ser mal interpretado para saber de quem é e, em todo caso, não diferencia duas Américas, já que pensava numa América única, própria para Cuba como se mostrou cem anos depois na Revolução Socialista, mas difícil de ser aceita na Amazônia, nos Andes, no Vale do Paraguai e outras regiões. Aby Ayala também é localizado e não reconhecido senão em parcela, ainda que importante, dos Andes. Complica a nomenclatura desta outra América o fato de não ser inteiramente indígena, porque outros povos se formaram no processo colonizador, alguns rompendo os grilhões da escravidão, outros, já livres, preferindo viver por contra própria longe do "moinho diabólico" (Polanyi, 2000), como muitos camponeses. Para facilitar o entendimento, este mundo pode ser chamado de tradicional porque vive segundo tradições próprias, anticoloniais, não capitalistas, não individualistas, não modernas, sempre que moderno seja entendido como a profunda separação entre ser humano e natureza e a produção de mercadorias que visem mercados e a satisfação das necessidades da sociedade.

2 O mundo colonial, constitucional, capitalista

Os espaços dominados pelo colonialismo foram sendo transformado em governos, vice-reinos e em diversas formas de organização hegemônica, até se transformarem, a partir do século XIX, em Estados Nacionais ou territórios pertencentes a outros Estados Nacionais constituídos. Desde o início, no século XVI, porém, o mundo colonial foi tomando terras, destruindo os povos e a natureza e formando uma sociedade geradora de riquezas para a Europa nas minas e nas plantações. Por mais que os donos dos capitais estivessem do outro lado do mar, entre administradores, fiscais, gerentes, oficiais militares, juízes, e seus filhos, foi se formando uma elite que estudava na Europa mas tinha seus interesses econômicos na América. Quer dizer, lhes interessava que a América continuasse submissa economicamente, mas livre para impor suas próprias taxas e impostos.

No processo das independências, cada poder econômico regional criou o seu próprio país para gerir os negócios do Estado segundo esses interesses. Apesar dos libertadores

pensarem em Pátria Grande, unificada, poderosa contra as velhas metrópoles, como Bolívar e Artigas, as elites locais, chamadas '*élites criollas'* constituíram Estados Nacionais do tamanho de seu controle. Na realidade as fronteiras estabelecidas não foram mais do que fronteiras de mercados controlados pelas elites. Para o sistema colonial após as independências, que se manteve, não houve prejuízo, já que as pequenas elites locais nunca tentaram confrontar esse poder. É certo que há exceções, como o Paraguai de Francia, Carlos e Solano Lopes e o Haiti de L'Overture e Dessalines, ambas destruídas pelos impérios que substituíram as velhas metrópoles. As lutas pela independência foram gloriosas, com participação intensa de povos indígenas e afrodescendentes, todos traídos. A luta era por liberdade e por isso San Martin dizia que os melhores soldados eram os negros, porque estes sim tinham muito claro o significado da palavra liberdade (Lynch, 2009). Estabelecida a independência rapidamente as elites afastaram os libertadores e assumiram o poder em estados constituídos. Nem San Martín, nem Bolívar, nem Artigas governaram. As promessas do campo de batalha se esvaíram em farsas jurídicas, em declarações de liberdade e ausência de direitos, com exceções (SOUZA FILHO, 2017).

O constitucionalismo, importado da Europa, especialmente da Constituição da Cádiz, de 1812, passou a ser uma folha de papel (Lassalle, 1996), igualdade e liberdade somente em relação ao direito de propriedade, por isso, o sistema jurídico civil e comercial copiado foi aplicado. Cada Estado Nacional constituído no início do século XIX foi desenhado geograficamente para que nenhum território ficasse de fora. Nessa divisão riscada no mapa com lápis de ponta fina e garantido com baionetas caladas, não importava quem nele vivesse, as fronteiras estavam marcadas e os papéis declaravam, solenes, que apenas uma Lei teria vigência, assim como tidas as gentes seriam um só povo subordinado à única jurisdição. Cada um dos países constituídos organizou suas leis e seus mercados, punindo os infratores e decidindo, a seu critério e normas, sobre os conflitos, inclusive sobre o uso da terra, ainda que milenarmente não estivessem ocupadas segundo as novas leis criadas.

O mundo colonial se transformou em Estados constituídos, legalizados, capitalistas a serviço dos grandes capitais externos. No Brasil o processo de independência foi diferente do resto da América Latina, mas o resultado foi o mesmo. Quando se iniciam as lutas pela independência o Governo de Espanha tinha sido deposto e o país estava invadido por Napoleão, portanto não tinha nem como manter-se a si própria, quanto mais o quintal colonial. O Governo português, ao contrário, tinha abandonado a Europa e passado a morar no Brasil, a capital do Império colonial português era o Rio de Janeiro. As elites locais, latifundiárias e escravagistas,

temiam a independência republicana que prometia ou indicava a abolição da escravatura, então preferiram se unir ao Imperador português e sufocar as principais guerras republicanas de independência, a Revolução Pernambucana, a Confederação do Equador, a Guerra Farroupilha, a Cabanagem, a Sabinada, a Balaiada. Nestas guerras havia participação de elites, mas o grande fundamento delas era a revolta popular, inclusive de negros ex-escravizados. As elites locais liberais recuaram e as conservadoras se aliaram ao poder central, se unindo para garantir a manutenção do sistema escravocrata, que seria impossível manter após as revoltas locais. Sendo assim a continuidade do escravagismo garantiu o sistema monárquico e a unidade do país (Gorender, 2000).

Monismo jurídico como teoria e prática na ordem capitalista

Derrotados os exércitos coloniais e resolvidas as questões internas, em geral assumindo o poder a elite local comprometida com o colonialismo, os novos Estados Nacionais se organizaram a partir de uma constituição, segundo o modelo europeu. Todas as constituições proclamaram a liberdade como princípio fundamental, mas poucas aboliram a escravatura e nenhuma garantiu direito às mulheres. De fato, libertadores com avançadas ideias de abolição e humanismo foram afastados e os governos mantiveram a velha dependência colonial, submetendo-se a novas metrópoles.

Definidas as fronteiras, não ficou espaço sobrando. Cada novo Estado assumiu seu território como único, estabelecendo que tudo que estava dentro dele, gentes, plantas, bichos e minerais, seria gerido pelas novas leis. As novas leis eram, então, os Códigos, Civil, Comercial, Penal, tendo como objeto a terra, as mercadorias, os negócios, a propriedade, as relações familiares e negociais entre as pessoas e, certamente, a punição de suas violações. O chamado Direito, império das leis, orgulhosamente escrito por legisladores ilustrados, foi nada mais do que cópias mal intencionadas das leis continentais europeias, com o beneplácito e incentivo da Inglaterra. As leis omitiram, desconsideraram e negaram os direitos coletivos e das gentes que viviam dentro de suas fronteiras, como se as próprias gentes não existissem. Nem as formas de viver, de relacionar-se, de plantar e de alimentar-se, nem a espiritualidade, nem os direitos à territorialidade foram considerados. Uma lei única. Depois, quando se precisou teorizar sobre isso, foi chamada de pura porque nada que não fosse a razão, e o interesse econômico, a influenciariam, nem a ética, nem a necessidade, nem a tradição, nem costumes. Em sua pureza teria que ser aplicada ainda que gerasse injustiça, como são as leis de terras que não reconhecem direitos dos povos e dos que nela vivem. A pureza do direito de propriedade pode gerar fome

ou genocídio, mas é lei. Para o Direito Puro os valores humanos de justiça, liberdade, felicidade, harmonia são reduzidos à realização dos contratos, à forma, à vontade individual, à propriedade (Souza Filho, 2011).

Essa fórmula pura poderia valer para a Europa, apesar de também ter gerado injustiça contra camponeses, trabalhadores, mulheres, mas estava ainda mais longe de servir à América Latina que, ademais, a aplicou intencionalmente deturpada, exagerando na propriedade privada da terra e servindo aos capitais externos, mantendo uma colonialidade juridicamente garantida. Isto é, a Lei transformou-se em garantia da colonialidade, concentrando a propriedade da terra e permitindo que existisse sem uso ou produção, mesmo contra quem a usasse. A produção, quando praticada, era a serviço dos interesses externos, exatamente como ocorria durante o período colonial.

Quem tivesse o cuidado de olhar para qualquer país da América Latina poderia ver que muitas sociedades gravitavam no interior de suas fronteiras e que, portanto, esse monismo jurídico não passava de uma ficção mais ou menos imposta aos juristas e muito pouco discutida fora da aplicação concreta do direito. Na aplicação, os juízes, cegados pelos códigos, conseguiam ver apenas a letra fria da lei e não o direito vivo que pulsava nas sociedades. Mas esta cegueira e frieza da lei não pode ser tratada como coisa passada, não foi a retórica do século XIX, apenas foi formulada no século XIX, perdurou e continua sustentando a maioria das decisões administrativas e judiciais, como se o Direito fosse a lei escrita e interpretada segundo a leitura dos interesses econômicos.

Os povos e suas ricas organizações sociais e jurídicas eram invisíveis aos olhos da elite e do sistema que as atendia.

Pluralismo jurídico formal de tipo igualitário, segundo Hoekema

No final do século XX todas as teorias críticas do direito na América latina começaram a entender este dilema continental. Não era possível que um mesmo direito servisse ao coração do capitalismo e a seus recônditos explorados e colonizados. O estudo do Direito e sua ação prática começou a tomar impulso nas ditaduras e, especialmente, em suas derrocadas. A necessidade fez a teoria. Advogados e teóricos preocupados com a constante violação de direitos humanos e direitos à vida das comunidades indígenas, camponesas e urbanas passaram a utilizar o direito como alternativa para encontrar a Justiça. A ideia era mobilizar o poder judiciário para discutir as violações, punir os violadores e garantir as liberdades. Era, na realidade, uma retomada da tradição que no Brasil foi marcada no século XIX pelo grande

jurista defensor de todos escravizados, Luís Gama. Os poucos direitos de liberdade atribuídos aos africanos e afrodescendentes, como não ser escravizados se houvesse chegado depois das leis de proibição do tráfico, 1831 e 1850, a manumissão e os direitos de liberdade testamentária, etc não eram aplicados e, então, Luís Gama se dedicava a defender estes direitos em juízo (Ferreira, 2020). Esse era o mote, como dizia Manuel Scorza, utilizar o direito para "*proteger a los justos de la Justicia*" (Scorza, 1991).

Um dos bastiões dessa teoria foi o *Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos* (ILSA), com sede em Bogotá, criado na década de 80 e que integrava em rede defensores e organizações de defesa populares de muitos países da América Latina. Gravitava em torno da organização de advogados, professores de direito e teóricos que pensavam criticamente essa anomalia de um direito único para uma sociedade plural. ILSA publicava muito, livros boletins, revistas, especialmente duas revistas continentais, *El Otro Derecho*[1] e *Byond Law.* A discussão sobre o monismo jurídico e sua incapacidade de servir à sociedade latino-americana era intensa e em 2002 *El Otro derecho* publicou uma edição dupla, nºs 26 e 27 com o título geral de "Pluralismo Jurídico e Alternatividade Judicial" na apresentação anunciava: "*Se trata, para decirlo de forma abrupta, de confrontar las ilusiones con la realidade" (Ilsa, 2002, p. 7).*

Nessa edição, André Hoekema publicou as conclusões de seus estudos preliminares apresentados e enriquecidos no 49º Congresso de Americanistas realizado no Equador em 1997. Nesse Congresso foram tratados, em muitas mesas, dos direitos dos povos originários da América e sua interligação com o direito estatal. No final do século XX a questão jurídica relativa aos povos indígenas já estava pautada pela ação dos próprios povos. O artigo de Hoekema, "*Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitário",* analisava com muito cuidado a relação entre modernidade e direitos indígenas (Hoekema, 2002, p. 63-98). Demonstrava como o Estado pode até reconhecer os direitos indígenas como *folk law*, direito informal, etc. mas que todas essas aceitações têm um forte caráter pejorativo e, afinal, são não-reconhecimentos, porque sempre prevalece o direito formal, estatal.

Ao considerar o direito como "*las normas para la vida social de una comunidad determinada"* (Hoekema, 2002, p. 69), deixa clara a existência de outros direitos em um território jurisdicionado. O simples reconhecimento destes direitos não é, assim, suficiente,

1 ILSA, com o nome de *Instituto Latinoamericano para una Sociedad Alternativa* continua existindo em Bogotá e publica ainda *El Otro Derecho. https://ilsa.org.co/category/revista-el-otro-derecho/*

porque compete ao Estado dizer o direito e, como afirma o autor, acaba por ser reconhecido apenas um papel complementar do direito "consuetudinário", num pluralismo formal unitário (p.70). Para contrapor esta assimilação jurídica subalterna, propunha um pluralismo jurídico formal igualitário, no qual as normas da comunidade não fossem apenas complementar, mas que fossem reconhecidos *"como parte integral del orden legal nacional"* (Hoekema, 2002, p71), ainda quando não internalizados no sistema legal.

Esta proposta de Hoekema era muito clara no sentido de que o direito moderno teria que romper seu paradigma monista para reconhecer fontes diretas dos povos indígenas de forma igualitária. É uma proposta ousada e crítica às ideias "unitárias" como ele chama, de que os direitos indígenas para terem legitimidade no corpo do direito moderno devem integrar o sistema, certamente por meio de leis que o admitam. Não é fácil, porém, estabelecer a linha divisória entre os dois pluralismos, mesmo porque Hoekema afirma a possibilidade de que num mesmo sistema pode haver os dois pluralismos convivendo com uma forte dose de monismo.

Esta discussão, está claro, é interna ao mundo latino-americano moderno e seus teóricos, como Hoekema, propõem interpretações a partir da filosofia, direito, antropologia e sociologia modernos, o que não retira a importância, mas impõe limites. A questão é que o direito moderno limita os poderes não só do Estado, mas também das corporações e dos direitos individuais e a discussão destes pluralismos se faz justamente para limitar os direitos individuais em relação aos direitos comunitários, necessariamente coletivos. Neste sentido o recolhimento de direitos comunitários ao corpo jurídico estatal é cercado de complexidade e incompatibilidades porque enquanto um parte do princípio dos direitos individuais, o outro se fundamenta nos direitos coletivos e comunitários. Não há como não haver conflito e quem dirime o conflito é sempre a jurisdição do Estado.

As teorias críticas dos pluralismos jurídicos surgiram, como todas as teorias aliás, de uma prática social real e existente. E a prática social da América latina no final do século XX que mexeu com as teorias monistas foi o movimento que os povos indígenas fizeram em relação aos sistemas jurídicos. Quer dizer, foi o movimento do mundo não colonial que mexeu no sistema jurídico do mundo colonial. De fato a partir das três últimas décadas do século XX os povos indígenas iniciaram um movimento no sentido de alterar as estruturas do mundo colonial ou da colonialidade do poder e do julgar. Há um "renascer dos povos indígenas para o direito" (Souza Filho, 1989) que significou uma busca por interferir no mundo jurídico colonial, impondo normas que garantissem direitos coletivos. Os povos indígenas passam a interferir no

movimento por novas constituições democráticas na América Latina, participando ativamente da formulação das novas constituições dos Estados Nacionais que saíam de períodos de ditaduras capitalistas, como o Brasil, 1988, ou das dominações históricas como a Colômbia, 1991. E, a partir desse momento, a luta pela inclusão dos direitos coletivos em cada nova constituição que era promulgada. Estes direitos já estavam presentes de forma implícita ou explícita em constituições e leis infraconstitucionais, mas eram pouco aplicados ou efetivados. Daí a necessidade dos movimentos chegarem ao Poder Judicial e tentarem construir jurisprudências paradigmáticas, por isso ILSA ao publicar a Revista *El Otro Derecho* em 2002 atribuiu como título do volume "*Pluralismo Jurídico y Alternatividad Judicial"*.

Esse debate, importante para a teoria do direito e sua crítica, questionava a "pureza" do direito e suas fontes. Foi um debate que se aprofundou na América Latina, ainda que dele tenham participado autores europeus, como André Hoekema, citado, Boaventura de Souza Santos e Bartolomé Clavero, todos americanistas que escreveram, e escrevem, a partir de pesquisas na América Latina. A questão, porém, estava cingida ao mundo colonial e seu direito. Do ponto de vista de ILSA, se tratava de garantir no sistema legal e no Poder Judicial a aplicação de direitos humanos e de povos, este era o propósito, assim como foi, por exemplo, no Brasil, o Núcleo de Direitos Indígenas (NDI) e a Assessoria Jurídica Popular (AJUP), entre outros e que eram muito próximos a ILSA. Esta também era a perspectiva das lideranças indígenas que se empenhavam na introdução de direitos coletivos nos sistemas nacionais e internacionais de leis. Portanto, era um movimento de teóricos, críticos, militantes, indígenas e camponeses para alterar o Estado colonial latino-americano e deixá-lo mais parecido com a realidade existente.

Houve um tema, que ainda permanece, as vezes esquivado, às vezes negado, mas sempre trazido como defesa do monismo pelos juristas conservadores, que é a autodeterminação e soberania dos Estados constituídos. A alegação era de que apesar de tudo, o sistema é estatal, portanto único, caso contrário se desmancha a soberania do Estado e a ordem social esboroe. Na realidade a manutenção da dominação capitalista e colonial na América latina depende da anulação de todos coletivos autônomos, por isso a insistência de que os Estados nacionais são os detentores da soberania e autodeterminação e não os povos.

Autodeterminação e soberania na ordem constitucionalista

A constituição do Estado nacional, com suas fronteiras bem determinadas, é considerada a máxima expressão da soberania política e econômica. A ficção criada é de que dentro dessa fronteira o povo é soberano para organizar não só o poder político, mas o mercado. Ocorre que esse poder soberano do povo é transferido ao Estado criado e, a partir da criação , ou constituição do Estado, não é mais possível soberanias ou autodeterminações, fica somente a vontade do Estado que se manifesta pela Lei. Quer dizer, o povo, ou os povos, dentro de um território não têm mais autodeterminação ou soberania, que foram transferidas ao Estado constituído, a vontade popular passa por seus representantes, eleitos segundo critérios da Constituição. O círculo se fecha e a elite mantém o poder. A discussão deixa de ser sobre soberania e autodeterminação para se estabelecer em legitimidades que são estabelecidas e limitadas pelas Constituições dos Estados. Quer dizer, os governos legitimados pela lei passam a negar direitos de livre expressão da vontade de povos do mundo não colonial.

Para esta modernidade capitalista e colonialista, portanto, a autodeterminação dos povos se limita à possibilidade de constituir-se em Estado, quer dizer, definir um território sobre o qual imporá um governo que controlará o mercado. Mas, se já há um Estado constituído, não há mais soberanias e autodeterminação de povos, porque, ilação lógica, feriria a autodeterminação e soberania entregues ao Estado (Souza Filho, 2011). Este raciocínio traz de volta a impossibilidade de convivência de múltiplos direitos ou ordens jurídicas porque não seria dado a povos sem autodeterminação e sem soberania escolher que normas seguir, ficando obrigado às regras estabelecidas ou aceitas pelo Estado.

A questão é que o Direito não é somente a Lei, mas as regras de convivência de uma sociedade dada ou, dito de outra forma, as relações sociais existentes e praticadas. Há diferentes espaços de relações sociais, do cidadão ao mundial, passando pelo comunitário e familiar (Santos, 200). Estes espaços marcam um pluralismo jurídico, mas a Lei, ou o direito legislado e julgado nos Tribunais, impõe limites ao seu exercício. Quer dizer, cada vez que as leis estatais entenderem que as regras desses espaços interferem ou possam interferir na vida da sociedade hegemônica organizada em Estado, imporá os limites e derrogará a norma local. Portanto este pluralismo jurídico viveria no limite da tolerância do Estado e de seu poder. Está claro que dependendo da correlação de forças este limite pode ser mais amplo ou mais estreito e a tolerância também.

Se o Estado é capitalista, assim será a regulação jurídica (a lei), os limites dos direitos estarão dentro dos limites da reprodução do capital. Qualquer norma que inviabilize a

reprodução do capital estaria fora da tolerância do Estado capitalista. O principal exemplo disso é a propriedade privada individual e, nela, a propriedade da terra, a propriedade do espaço territorial e sua disponibilidade. Pode haver matizes do conceito de propriedade e pode haver restrições ao uso, mas os meios de produção, nele incluído a terra, não pode ficar fora do regime de propriedade privada, sob pena de quebrar a base capitalista. A terra é mercadoria no sistema.

Foi possível, a partir do final do século XX, o Direito Estatal capitalista reconhecer, ainda que depois de muita disputa, a existência de espaços territoriais fora do mercado, como terras indígenas, de outros povos tradicionais e terras de natureza protegida. Esses reconhecimentos, sempre combatidos, foram incluídos como exceções, e ainda assim, permanentemente sob a ameaça de voltar ao mercado pela chamada mercantilização dos chamados serviços ambientais ou uso pela produção industrial de terras comunitárias e protegidas. Quer dizer, os direitos de não mercantilização são exceções e ainda assim o capitalismo busca formas de transformá-los em mercadoria.

A correlação de forças sociais pode exigir condutas diferentes dos Estados que se veem na contingência de admitir alterações internas para reconhecer normatividades externas, inclusive com instituições de regime muito diferente da lógica moderno/capitalista/colonial. Quando isso acontece há fortes disputas e muitas vezes a descaraterização de instituto assimilado como no exemplo de *Tatarrey* contado por Pedro Pachaguaya Yurga (2018). A rica e profunda instituição Aymara, *Tatarrey,* de aplicação de Justiça com características feminina, simbólica e de aprendizado individual e coletivo perdeu todo o significado quando se transformou em mais uma instância de administração formal de Justiça (Marés, 2018). Está claro que instituições que nascem e vigem em sociedades onde a propriedade não tem como sinônimo "ser dono", onde ninguém pode ser dono de ninguém nem de nada, necessariamente são deturpadas quando ingressam em sistema em que a principal característica é a propriedade privada, com donos de coisas, e o castigo formal e a repressão como ideia de homogenização de condutas.

Como o Direito não é somente a lei, ele é necessariamente plural. Essa pluralidade pode ter nuances como demonstrado por André Hoekema, mas nem mesmo em um sistema de pluralismo formal igualitário consegue tornar o Direito estatal, que se confunde com a lei, não universal, isto é, não aplicável em todo o chamado território nacional. Assim, o Direito baseado em um pluralismo formal igualitário continua ser único, no sentido de que é ele que valida ou

não normas de origem externa. Ainda quando reconhecida a pluralidade fica mantida a unidade sistêmica.

As sociedades na América latina são mais do que plurais, são diversas. Não existe muitas sociedades, cada uma é diferente da outra, por isso se trata de diversidade. A diversidade gera sistemas jurídicos diferentes, que não são puros, no sentido de valerem por si só, mas dependem da moral, da ética, da religiosidade, dos sentimentos, que são diferentes. Estes sistemas têm vigência e validade espacial e sempre que possível (com força suficiente) afastam os sistemas nacionais, modernos. Essa diversidade de sociedades gera uma diversidade jurídica, ou uma jusdiversidade. O reconhecimento destes sistemas diversos limitam os sistemas modernos, por isso cada país na América Latina o reconhece de forma diferente. Alguns buscam essa inter-relação na constituição política, outros em normas infraconstitucionais ou mesmo em dispositivos estabelecidos por organismos internacionais, tratados, etc. Sempre com grande dificuldade de reconhecer a limitação de seu próprio direito estatal.

3 O mundo tradicional e sua jusdiversidade

Quanto mais crescia e se impunha o mundo colonial, mas estreitava o mundo original na América. Mas o abandono ou fuga do mundo colonial, por outro lado, criava novas sociedades que reproduziam sociedades originárias com algumas características modernas, especialmente na língua. Durante todo o período escravagista da América, foram se criando pequenas sociedades livres e resistentes. O Brasil talvez por ter sido o último país a abolir formalmente a escravidão é o que mais concentra povos afrodescendentes formados com essa característica, chamados de quilombolas pela Constituição de 1988, termo extraído de Abdias do Nascimento (2019) e Clóvis Moura (1981, p 85). Mas não só a resistência à escravidão formal, todas as resistências marcadas por vida coletiva e tradicional, de seringueiros a geraizeiros, pantaneiros, faxinalenses, extrativistas tradicionais em múltipla e diversa construção social.

Este mundo, original ou criado no processo de colonização, se constituiu com uma extensa e profunda diversidade social. Cada qual com sua especificidade, seus valores espirituais, seus modos, gostos, jeitos, suas tradições. E cada qual com seus direitos internos, compostos de regras de convivência, hierarquias, procedimentos, etc. É bem verdade que estes direitos em geral não são puros no sentido de se valerem por si mesmo, mas compostos em agregação com normas éticas, morais, espirituais, educacionais, etc. Por isso é tão difícil adaptar-se a outros sistemas e por isso são tão marcadamente diversos.

O citado exemplo do *Tatarrey* ilustra claramente. *Tatarrey* é uma autoridade tradicional. A comunidade entrega a uma pessoa um ramo de flores e ela passa a ter a obrigação de decidir sobre complexos casos que envolvem uma ou mais comunidades e famílias, em geral em questões de uso da terra. O escolhido é sempre um homem, mas não qualquer um. O *Tatarrey* escolhido tem que ter uma história na comunidade e já ter resolvido casos menores ou já ter sido *Tatarrey* antes. Portanto, não é escolhido o mais ativo, nem o mais piedoso, nem o mais guerreiro, nem o mais devotado ou sábio. O escolhido tem que ter uma história ou, como relata Pedro Pachaguaya, um caminho na vida que o leva naturalmente a ser o Tatarrey. O caminho se chama *Thakhi* e é uma espécie de curriculum. Mas o *Thakhi* não é uma folha corrida de bons antecedentes e serviços voluntária e benevolentemente prestados à comunidade. Um dos principais castigos por crimes e mal feitos cometidos na comunidade é prestar serviços. Então, na maior parte das vezes o futuro Tatarrey começa sua caminhada de prestador de serviços como apenado. Muitas vezes no Thakhi estão mais de uma condenação. Portanto, a folha de bons serviços pode não compreender serviços voluntários, mas compelidos por falhas, desvios de conduta, crimes praticados. A lógica é a de que quem já foi julgado tem mais habilidade para julgar.

Por isso, ser *Tatarrey* e receber o ramo de flores é um encargo, não uma deferência. O poder de decidir, de julgar, não é uma honraria, mas uma determinação, quase uma pena, por que a decisão nem sempre agradará a todos e sua autoridade emana diretamente de sua experiência como servidor e da aceitação dos envolvidos. O *Tatarrey* terá que encontrar a solução, a mais harmônica possível, a partir de sua experiência não de chefe, mas de apenado, de julgado. Mas não está sujeito somente à sua experiência, a vontade da comunidade deve ser observada e, portanto, tem que voltar à tradição e saber como foram julgados casos similares. Quem mantém essa memória são as mulheres. As mulheres são as guardadoras dos livros de atas, nos quais estão registradas as decisões de todos *Tatarrey* anteriores. Portanto, a escolha é pela história individual, mas a decisão é pela história coletiva e o papel das mulheres é fundamental, são elas que julgam o julgador, seus olhares e seus chamados à lembrança do passado e à tradição não só orientam, como impõem uma decisão ao *Tatarrey.* (Marés, 2018)

Esta singela história do *Tatarrey, Thakhi* e as mulheres guardiãs da memória descortina um universo jurídico muito profundo, desde o papel da pena numa sociedade justa, até a função de conservação do sistema exercido pelas mulheres. Mas esta é apenas uma instituição de um povo que vive num ponto da América e que não se reproduz nem se copia em outros. Cada povo

tem sua própria forma de entender, organizar e constituir a juridicidade, suas instituições e suas hierarquias para poder conviver harmonicamente e defender-se contra agressões externas.

Exatamente aí reside a jusdiversidade, a diversidade jurídica que compõe a sociodiversidade do continente. Talvez não precisasse nem ter um nome se não fosse a contradição com a imposição de uma juricidade externa, colonial, que não reconhece nem as instâncias internas nem as autoridades dos povos diversos. Se cada povo continuasse com sua juridicidade, não haveria necessidade de teorizar sobre isso.

4 Jusdiversidade, autodeterminação e autorreconhecimento

A existência desses povos não dependem de reconhecimento alheio, é fato. A diversidade de povos é fenômeno não conceito. Quem reconhece a existência de um povo é o povo que se diferencia dos demais não porque teoricamente conhece as diferenças ou sabe que o outro, ou outros, tem instituições, modos, culturas diferentes, mas porque conhece a si mesmo. Portanto, só quem pode reconhecer um povo é o próprio povo. É a consciência de ser um povo, ainda que não conheça a palavra povo nem tenha um termo para designar 'consciência'. Pode ser chamado de comunidade, grupo, nós ou simplesmente não ter um nome para se auto designar. O nome não é importante, importante é o ser. O nome pode até ser dado pelos outros, porque são os outros o chamam.

Na concepção da modernidade constitucional, a autodeterminação dos povos gera a soberania de Estado. Ou, dito de outra forma, o povo tem autodeterminação para constituir um Estado que absorve a soberania do povo. O povo tem autodeterminação para constituir um Estado num território determinado, mas, uma vez constituído o Estado não é mais dado a ninguém, a nenhum povo, dentro desse território, reivindicar autodeterminação, porque implicaria o direito de se constituir em um outro Estado. Como o Estado já existe, isso não é possível. Portanto os povos do mundo não colonial na América Latina não poderiam reivindicar autodeterminação por viverem em territórios sob a jurisdição de Estados constituídos (Souza Filho, 2011, p. 79-98). Nisto consiste a soberania dos Estados modernos e seu monismo jurídico, social, institucional e organizacional. Nos estados constituídos na América Latina pode haver províncias, departamentos, municípios, autarquias, comarcas, mas não povos autônomos, autodeterminados e soberanos. Isto, na lógica das gavetas compartimentas da modernidade

frustraria a soberania nacional e a jurisdição sobre os territórios finamente estabelecidos entre os demais Estados.

Mas os povos existem e se não há um interesse direto e imediato do mercado sobre sua existência e seu território, são invisíveis à modernidade colonial e não se cogita aplicar as normas do formalista sistema estatal nacional. A consciência de ser, reconhecer os membros e ser reconhecido como membro, constitui a essência do povo, independente da vontade e disposição dos Estados. Portanto não há outra forma de reconhecimento senão o autoreconhecimento. Os outros podem saber ou não saber da existência desse povo, mas ele existirá independentemente desta ciência. E todo povo, queira ou não os demais, tem autodeterminação. Assim como o indivíduo tem vontade, o povo também tem. A vontade coletiva, a vontade do povo, é autodeterminação. Assim como a vontade do indivíduo pode sofrer opressão, manipulação ou até mesmo aniquilação, a vontade coletiva do povo também pode e a América Latina é marcada pela história da opressão. O individuo tem vontades que nem sempre pode cumpri-las, o povo também. O colonialismo sempre foi violento e mentiroso. A violência e a mentira combinados geram manipulação e opressão. Mas a autodeterminação existe embora muitas vezes não possa ser exercida e quase sempre seja negada com repressão violenta. Aceitar viver sob a proteção de um Estado Nacional é exercício da autodeterminação.

A maior parte, senão todos os povos da América latina, não tem em seu horizonte a constituição de Estado autônomo, mas de organização social autônoma, sendo assim, não rejeitam a priori o estabelecimento das fronteiras nacionais impostas pela constituição dos Estados Nacionais, embora os povos fronteiriços, em geral, se neguem a abdicar de viver em mais de um Estado nacional entendendo seu território próprio independente das fronteiras. Exatamente por isso não pode ser entendia a autodeterminação como o direito de constitui-se em Estado. É o direito de ter vontade própria, em todos os assuntos, ainda que sobre alguns assuntos não haja poder suficiente para exercê-la.

Cada povo tem seu Direito, portanto, e nele as regras para formar a vontade coletiva. A existência desse direito interno se revela nas regras de convivência, nas estruturas sociais hierárquicas ou não, nas formas procedimentais para a tomada de decisões seja para encaminhamentos de projeções futuras, seja para decisões de correções de erros coletivos ou individuais e em muitos outros aspectos da vida de cada povo. O Direito de cada povo na América latina, que em geral não é separado da ética, moral, cultura e religiosidade, faz parte de sua autodeterminação e é expressão de sua soberania e cultura. Cada povo tem a sua maneira

de compor este conjunto de regras que a modernidade chama de Direito consuetudinário, portanto, em cada território definido e jurisdicionado por Estados Nacionais latino-americanos há uma diversidade de Direitos, que acompanha a diversidade social e que compõe o que se pode chamar de jusdiversidade (Souza Filho, 1989, p. 193-195).

À diversidade social, assim, corresponde uma diversidade jurídica. Esta jusdiversidade não precisa ser reconhecida pelo Estado para existir. Quando o Estado reconhece, em geral não o faz como um todo, mas apenas em parte e sob condições e não raras vezes incorporando de forma deformada e universalizante instituições que pertencem a um só povo e em algumas localidades e situações determinadas. Assim, mesmo nos Estados nacionais mais unitários e monistas, como os constituídos no século XIX na América Latina, existia uma intensa e profunda jusdiversidade que correspondia a densa diversidade social de então, indígena, negra ou camponesa.

5 A perda de espaço e a transformação do mundo colonial: jusdiversidade e sua aplicação

A existência dos dois mundos na América latina durante estes cinco séculos ora se aproximaram, ora se afastaram, ora guerrearam. Mas a constante mais clara é o avanço do colonialismo sobre territórios tradicionais. Os avanços sempre se deram como invasão. Juridicamente sempre se deram com a negação dos direitos dos povos e o estabelecimento de um direito de propriedade sobre as terras, na forma de concessão de terras a proprietários privados, de regularização de aquisições ilegais, em geral com grosseiras fraudes, chamados no Brasil se 'grilos de terra', pela concessão de exploração mineral e até mesmo pela criação de unidades de conservação ambiental que exclui a permanência de povos que sempre conservaram a natureza daquele território. Em todas modalidades a violência é a principal arma de ocupação. Este método é o mesmo desde 1492, com variações e sutilezas de época e de colonizador.

Em todo caso, para invadir as terras tradicionais, indígenas ou não, um aparato jurídico foi criado assente na negação de outras juridicidades e, portanto, na ideia de jurisdição única, individual e patrimonialista. No Brasil, Portugal aplicou a lei de sesmarias que se aplicava em terras desocupadas. A ocupação, porém, seria provada segundo o trabalho nela aplicado. Por trabalho, se entendia exclusivamente a produção de mercadorias, ficando fácil negar a ocupação

de indígenas cuja ocupação não era mercantilista. Em relação a quilombolas e outros culturas camponesas a lógica era ainda mais perversa: eram proibidos de ocupar terras não outorgadas, então, ainda que produzissem alguma mercadoria, não poderiam ter reconhecida sua ocupação por falta de título, que é a outorga. Eram todos ilegais.

As independências do século XIX não mudaram este panorama. Os latifundiários, *terratenientes,* é que tomaram o poder político. As leis de terras ficaram ainda mais drásticas. Os novos governos não aceitaram sequer as titulações feitas pelos reinos coloniais a comunidades próximas. Depois, negavam o reconhecimento que o governo anterior fazia. Para isso sempre havia uma desculpa formal, uma nova lei que revogava a anterior, uma decisão judicial sacramentada pelo trânsito em julgado, mesmo que os povos nunca tivessem sabido dessa decisão. A história do México e do Peru é farta nesses exemplos, mas poderão ser encontrados em todos os recantos da América latina, independente da época. Zapata iniciou sua vida política como *capulelque* de *Ananecuilque* e tinha como missão principal proteger os títulos de terras de sua comunidade (Palou, 2006). Garabombo foi acometido de invisibilidade quando tentou fazer valer os papéis sagrados emitidos pelos Vice-Reis que garantiam os direitos do povo contra as mineradoras internacionais e autoridades locais de Rancas, no Peru (Scorza, s.d.).

Assim, negando o passado e a existência dos povos, o mundo colonial foi se assenhorando, roubando, destruindo o mundo tradicional. E os espaços foram se estreitando, os territórios se apequenando, a disputa se aprofundando. Tal como se deu no México em que Zapata de valente guerreiro defensor de *Ananecuilque* se transformou em símbolo de uma Revolução do mundo colonial, os povos indígenas, no século XX, perceberam que sem mudar o mundo colonial não haveria possibilidade de continuar existindo.

Para mudar o mundo colonial, os povos se juntaram, cumprindo o chamado de José Martí para as lutas de independência da *Nuestra América* : *"los pueblos que no se conocen han de darse prisa para conocerse*" (Martí, 1975, pag. 15-23). José Martí tinha muito claro em todos seus escritos a existência dessa outra América que deveria produzir a verdadeira independência. José Martí, promovendo a revolução na segunda metade do século XIX pode aprender com as frustrações de Bolívar, San Martín, Artigas, Francia e do Haiti. Sabia perfeitamente que se não houvesse uma união dos povos que não se conheciam não haveria possibilidade de enfrentar os impérios coloniais, já em sua época com a presença dos Estados Unidos.

O movimento de união dos povos da América latina com uma perspectiva de intervir efetivamente nos Estados Nacionais começou no final do século XIX e teve sua grande expressão no começo do XX com a revolução mexicana. O começo do século XX foi marcado por uma interpretação indigenista da realidade que apareceu muito fortemente no México, no Peru, na Bolívia, no Brasil e outros pontos do continente, personalizados entre muitos outros por intelectuais e artistas como Frida Kahlo, José Carlos Mariátegui, Fausto Reinaga, Mario de Andrade. O efetivo protagonismo indígena, porém, teria lugar no final do século XX com movimentos para alterar as constituições nacionais e normas internacionais.

Na medida que foram se apequenando os espaços da América latina tradicional os povos foram reclamando e impondo alterações nos Estados Nacionais. Esse fenômeno ocorreu em conjunto na segunda metade do século XX, com uma articulação continental para a OEA e ONU escreverem declarações de direitos dos povos indígenas e para a revogação ou alteração da Convenção 107 da OIT. Essa articulação incluiu as alterações das constituições nacionais, a partir da constituinte brasileira de 1988.

No final do século XX e no XXI forem sendo alcançados os objetivos com a inclusão em muitas constituição nacionais de direitos coletivos dos povos, com a edição da Convenção 169 da OIT, em 1989, com as Declarações de Direitos da ONU, em 2007, e da OEA, em 2016. A Declaração de Direitos da ONU, depois de estabelecer que os povos indígenas têm direito à autodeterminação acrescenta em seu artigo 5º: "*Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado".* A Declaração Americana em seu artigo 21 garante, no que chama de livre determinação, autonomia e auto governo aos povos indígenas, acrescentando que "*Têm também direito de participar da tomada de decisões nas questões que afetam seus direitos. Poderão fazê-lo diretamente ou por meio de seus representantes, de acordo com suas próprias normas, procedimentos e tradições".*

Estas declarações de autodeterminação ou livre determinação incluíram a manutenção do direito interno chamado de 'instituição jurídicas' pela ONU e 'normas, procedimentos e tradições' pela OEA. Quer dizer que a autodeterminação reconhecida inclui a manutenção de direito próprio, independentemente do reconhecimento ou inclusão pelo Direito estatal nacional. Estes muitos conjuntos jurídicos existentes no território jurisdicionado é a jusdiversidade. Portanto, jusdiversidade está intimamente ligada à autodeterminação. Ainda

que as Declarações de Direitos tratem especificamente de indígenas, não é possível deixar de reconhecer os mesmos direitos aos demais povos tradicionais como expressamente o faz a Convenção 169 da OIT.

A América Latina sempre foi jusdiversa porque sociodiversa, mas a partir do final do século XX os povos, pressionados territorialmente, passaram a exigir dos Estados Nacionais o reconhecimento disso nos Direitos Internos e no Direito Internacional. O reconhecimento da jusdiversidade é o reconhecimento da jurisdição própria de cada povo. É claro que essa exigência e esse reconhecimento não são pacíficos. Os Estados nacionais ainda quando reconhecem, depois de muita disputa, têm dificuldade de aceitar e implementar. A OEA levou 20 anos para aprovar a declaração de direitos e a Convenção 169 da OIT, embora em aprovada em Assembleia Geral em 1989, levou muito tempo para ser ratificada pelos Estados Nacionais, no Brasil só em 2002, 13 anos depois, portanto. Ainda assim, até hoje há disputas na sua aplicação. Portanto, às conquistas havidas, permanece a luta por sua aplicação.

Este é o caso do instituto da Consulta Prévia, Livre, Informada e de Boa Fé estabelecida pela Convenção 169/OIT para obter o consentimento sobre atos que possam afetar os direitos dos povos. Está claro que essa consulta deve ser feita com base na autodeterminação, no direito interno de cada povo e não segundo os dispositivos formais dos Estados Nacionais. Quem como deve ser consultado é o próprio povo autodeterminado. Esta é a conclusão lógica do sistema, mas além disso está explícita na Convenção que a consulta se fará: "*mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas"* (Art. 6º, a), além de obrigar os Estados nacionais a "*estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos*" (idem, c).

As instituições representativas nem sempre são adequadas a fornecer as respostas às questões formuladas na consulta, suprir esta lacuna, claro está, é matéria exclusiva de ordem interna de cada povo, para isso a Convenção se refere à iniciativa dos povos. Quer dizer, cada povo estabelecerá a forma procedimental, dentro de sua organização social e representatividade interna, de maneira livre e autônoma. Muitos povos em alguns países têm chamado essa normatividade criada de 'protocolos de consulta' ou 'protocolos comunitários de consulta'. Em outros países este nome está proscrito porque o Estado Nacional resolveu fazer normas com este nome (México), em outros há leis para estabelecer o procedimento de consulta (Peru). Portanto, não importa o nome que cada povo dê ao ato jurídico que aplique ou crie para estabelecer os procedimentos adequados à sua cultura e vontade para responder à consulta

formulada e chegar ou não ao consentimento. O fato é que cada povo deve encontrar em sua organização social e jurídica como responder de forma autônoma, livre, determinada.

O Direito interno de cada povo é que estabelecerá, assim, o nome e o conteúdo das regras de procedimento da consulta. Portanto, a diversidade das formas procedimentais corresponde à diversidade social e jurídica, à sociodiversidade e a jusdiversidade. A tentativa dos Estados Nacionais de estabelecer os procedimentos de consulta representam a manutenção de formas autoritárias de relações e corresponde à velha forma colonial de poder ou, como dizia Quijano, o exercício explícito da colonialidade do poder (Quijano, 2011). Ainda que o Estado tente recolher institutos e modelos dos povos tradicionais para incorporar em seus sistemas jurídicos, no propósito de escrever um direito com pluralismo de fontes, é muito provável que os deforme e se deixe interpretar pelo poder econômico e pelos direitos individuais de propriedade contra os direitos dos povos. Exatamente por isso é fundamental que cada povo diga como deve ser consultado e possa, livremente, responder à consulta dando ou não o consentimento.

Compete aos Estados formular a consulta, prévia, informada e de boa-fé e apoiar o povo, inclusive financeiramente, para que ele de forma autônoma, autodeterminada, segundo seus procedimentos próprios, formule a resposta e a negociação. A sua vontade é cogente e vinculante.

6 Conclusão

Na América Latina da atualidade, em que os dois mundos, colonial e tradicional, estão fisicamente muito próximos, os povos tradicionais resolveram alterar a ordem jurídica colonial e introduzir garantias de existência do mundo tradicional, especialmente no reconhecimento de existência de povos, com direitos coletivos que se contrapõe aos direitos individuais consagrados na modernidade. Para o exercício do direito à existência como povo, corresponde um direito territorial que se contradiz com o direito de propriedade individual da terra, moderno, porque inclui os direitos da natureza e são indisponíveis porque pertencem aos ancestrais e às futuras gerações.

Os povos mantêm sua organização social sedimentada por um Direito que difere da sociedade hegemônica mas que tem que ser respeitado em sua integridade. Este Direito é

formulado a partir da autodeterminação de cada povo. Esse conjunto de Direitos formam uma diversidade jurídica. Não é necessário, e seria impossível, que os Estados Nacionais incorporassem os institutos, regras e formas procedimentais de cada povo em seu ordenamento jurídico. Os Estados nacionais simplesmente têm que garantir a existência de cada povo e respeitar a autonomia e determinação no território de cada um, entendendo e obedecendo a jusdiversidade existente.

Referências

ALEGRÍA, Fernando. *Lautaro: joven libertador de Arauco.* Santiago de Chile : Zgi-Zag. 2018. ISBN 978.956.1221.67-3

CLAVERO, Bartolomé. *Tratados con otros pueblos y derechos de otras gentes en la constitución de estados por América.* Madrid : Cuadernos y Debates. 2005. ***ISBN:*** 9788425912863. 150 p.

FERREIRA, Ligia Fonseca. Lições da Resistência: Artigos de Luís Gama na imprensa de São Paulo e Rio de Janeiro. São Paulo: Sesc. 2020. 390 p.

GORENDER, Jacob. *O Brasil em Preto e Branco.* São Paulo : Senac. 2000. ISBN 978-8573591682. 112 p.

GRONDIN, Marcelo e VIEZZER, Moema. O maior genocídio da história da humanidade. Toledo: Gráfica e Editora. 2018. 298 p

HOEKEMA, André J. Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitário. In **El Outro Derecho** n. 26 y 27. Bogotá: ILSA, 2002. p. 63-99.

LAS CASAS, Bartolomé, *Historia de las Indias.* 3 volumes. Prólogo, notas y cronología por André Saint-Lu. Caracas : Biblioteca Ayacucho. 1986.

LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué és una constitución?* México : Colofón. 1996

LYNCH, John. San Martín: soldado argentino, héroe americano. Traducción Alejandra Chaparro. Barcelona: Crítica. 2009. 382 p.

ILSA. *El Otro Derecho.* n. 26 y 27. Bogotá : 2002.

MARÉS, Carlos. *Tatarrey.* In.: Revista PUB: Diálogos Interdisciplinares. São Paulo: IBAP. 2019 https://www.revista-pub.org/post/tatarrey acessado em 09/11/2020.

MARTÍ, José. *Nuestra América*. Caracas: Biblioteca Ayacucho. 2005.

MARTÍ, José. *Obras Completas.* 28 tomos. Habana : Editorial de Ciencias Sociales, 1975.

MARTÍ, José. *Paginas escogidas.* 2 tomos. seleción y prologo de Roberto Fenández Retamar. Habana : Editorial de Ciencias Sociales, Instituto cubano del libro. 1971.

MORGAN, Kenneth. *Cuatro Siglos de Esclavitud Atlántica*. Tradución de Carmen Castells. Barcelona: Editorial Planeta. 2017. 287 p.

MOURA, Clóvis. *Rebeliões na senzala: quilombos insurreições guerrilhas.* 3ª ed. São Paulo : Livraria Editora Ciências Humanas. 1981. 282 p

NASCIMENTO, Abdias. *O quilombolismo: documentos de uma militância Pan-Africanista.* 3ª ed. rev. São Paulo : Editora Perspectiva. 2019.

PACHAGUAYA YURGA, Pedro. *El tabú de Tarrarey: autoridad. ecología y género en comunidades del sur de Oruro.* II Reunión Plenaria del GT Clacso "Derechos Sociales y Reconfigurción de Capital. Curitiba : PUCPR, 22-26 out. 2018.

POLANYI, Karl. *A grande transformação:* as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2000.

PALOU, Pedro Ángel. *Zapata.* México : Editorial Planeta Mexicana. 2006 . 235 p.

QUIJANO, Anibal. La colonialiad del poder. In: LANDER, Edgardo (compilador). **La colonialidad del saber**: eucentrismo y ciencias sociales. Buenos Aires: CLACSO. 2011. (p. 219-264)

QUINTILIANO, Aylton. *A Guerra dos Tamoios.* Rio de Janeiro : Reper Editora. s/d

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente.* Porto : Edições Afrontamento, 2000.

SCORZA, Manuel. *Redobles por Rancas.* México : Siglo XXI Editores. 1991.

SCORZA, Manuel. *Garabombo, o invisível.* São Paulo : Círculo do Livro, s.d.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *A liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais.* Curitiba : IBAP/Letra de Lei. 2011. ISBN 9788561651091. 190 p.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano / Anticolonial Genesis of Latin American Constitutionalism Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: lhttps://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43751/31350 . 2017. DOI do artigo: 10.1590/2179-8966/2019/43751

SOUZA, Paulo Cesar. *A Sabinada: revolta separatista da Bahia de 1837.* São Paulo : Círculo do Livro, Brasiliense. 1987. ISBN 85-332-0952-5

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito.* Curitiba: Juruá. 1989.

Data de recebimento: 23.02.2021

Data de aprovação: 15.04.2021