

**POVOS INDÍGENAS E O DIREITO NA AMÉRICA LATINA: O
RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DO PLURALISMO JURÍDICO DESDE
A PERSPECTIVA DA CRÍTICA JURÍDICA**

*INDIGENOUS PEOPLES AND THE LAW IN LATIN AMERICA: THE CONSTITUTIONAL
RECOGNITION OF LEGAL PLURALISM FROM THE PERSPECTIVE OF THE CRITIQUE
OF LAW*

Marina Corrêa de Almeida¹

Resumo: Este artigo é resultado de pesquisa desenvolvida coletivamente junto à *Asociación Nuestramericana de Estudios Interdisciplinarios en Crítica Jurídica* nas discussões do eixo temático “Pluralismo Jurídico” nos Encontros realizados em 2017 e 2019, com o objetivo de refletir sobre a atual realidade de pluralismo jurídico na América Latina desde a perspectiva e das metodologias desenvolvidas por Oscar Correas para pensar o direito moderno. Assim, partindo da pergunta-chave: “por que o direito diz o que diz e não outra coisa?”, buscamos compreender as implicações do atual reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico para os povos indígenas da região. Para tanto, partimos de uma concepção crítica e interdisciplinária sobre o campo de batalha que é o direito, e que permite entender a organização de comunidades indígenas como mais um dos múltiplos fenômenos jurídicos existentes no continente; para logo centrar-se na crítica às atuais fórmulas constitucionais de reconhecimento do pluralismo jurídico, através da metodologia da análise sócio-semiológica, a fim de conhecer seus limites e possibilidades para a livre determinação dos povos indígenas latino-americanos.

Palavras-chave: Crítica Jurídica; Pluralismo Jurídico; Constitucionalismo Latino-americano; Povos Indígenas

Abstract: This article is the result of research developed collectively with the *Asociación Nuestramericana de Estudios Interdisciplinarios en Crítica Jurídica* in the discussions of main theme “Legal Pluralism” at the meetings held in 2017 and 2019. The objective is to reflect about the current reality of legal pluralism in Latin America from the perspective and methodologies developed by Oscar Correas to think about modern law. Thus, starting from the key question: “why does the law say what it says and not something else?”, we seek to understand the implications of recent constitutional recognition of legal pluralism for the indigenous people of the region. For that, we start from the critical and interdisciplinary conception about the battlefield that is the law, and allowing to understand the organization of indigenous communities as another one of the multiple legal phenomena existing in the continent; to then focus on criticizing the current constitutional formulas for the recognition of legal pluralism, through the methodology of socio-semiological analysis, in order to know its limits and possibilities for the self determination of Latin American indigenous people.

Keywords: Critique of Law; Legal pluralism; Latin American Constitutionalism; Indigenous People

¹ Bolsista do Programa de Bolsas de Pós-Doutorado da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM). Programa Universitário de Direitos Humanos, tutor Dr. Luis de la Barreda Solórzano, México. Doutora em Estudos Latino-americanos, UNAM. Mestra e Bacharel em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Membro fundadora da Associação Nuestramericana de Estudios Interdisciplinarios em Crítica Jurídica, ANEICJ, A. C. E-mail: marinacalmeida@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4215-0547>

Introdução

Desde nossa primeira aproximação com o grupo de pesquisa coordenado por Oscar Correias ficou claro os objetivos da crítica jurídica que se queria desenvolver e que foram resumidos por Alma Rocha (2020), uma de suas orientandas, em duas principais tarefas: a primeira, destrutiva, isto é, com o objetivo de analisar o papel da violência, a ideologia de naturalização das relações de dominação e a construção de hegemonia é necessário colocar em perspectiva histórica a emergência do direito e do estado moderno capitalista, utilizados como mecanismos de poder. E a segunda, construtiva, com o objetivo de visibilizar e articular a diversidade de práxis jurídicas não capitalistas, por meio do reconhecimento de sua existência histórica e das diferenças com relação às capitalistas.

Desde então nosso objetivo foi o de analisar as reconfigurações do direito no campo constitucional, sobretudo àquelas relacionadas às distintas demandas e lutas de povos e comunidades indígenas da América Latina, já que a forma centralizada do direito capitalista é apenas uma dentre uma ampla “jurisdiversidade realmente existente” (ROCHA, 2020, p. 12). A compreensão do fenômeno jurídico latino-americano passa necessariamente por revelar esta realidade e buscar na vitalidade destes sistemas jurídicos, conteúdos e sentidos que permitam romper a atual hegemonia e a cegueira dos juristas.

Mas no meio desse redemoinho, escutamos também, firmes e constantes, as vozes de povos indígenas, tradicionais e quilombolas do continente interpelando a modernidade soberba, mostrando que outros mundos são possíveis, que outros mundos, aqui e agora, estão sendo. Suas vozes claras, através de mais de quinhentos anos de luta e resistência tenaz, vão marcando o passo de um espaço e de um tempo onde prima a vida. Essa vida de todos que hoje treme diante da tirania das mercadorias. Faríamos bem em seguir seus passos (ROCHA, 2020, p. 11).

Este trabalho é resultado desta frutífera discussão, pretende realizar a tarefa de analisar, desde a perspectiva desenvolvida por Oscar Correias e seu grupo de pesquisa, as novas fórmulas constitucionais elaboradas nos últimos anos em consonância com a luta do movimento indígena e a ratificação de normativa internacional de proteção dos direitos humanos destas coletividades. Para tanto, primeiramente buscaremos descrever nosso ponto de partida, isto é, a consideração do direito como um campo em disputa, um campo que é discursivo, mas que resulta em consequências práticas de controle social de nossas populações. Só assim será possível passar a analisar o fenômeno jurídico e sua complexidade diante da existência de outros sistemas normativos circulando nos territórios de nossos países,

e o faremos com o aporte da aproximação de Correias com os estudos de antropologia jurídica (2002, 2010b).

Finalmente, através da metodologia de análise sócio-semiológica, também desenvolvida por Correias (2010), buscaremos compreender os novos sentidos constitucionais presentes em textos reformados ou promulgados nas últimas décadas em países como Colômbia, Brasil e Bolívia, com o fim de apresentar uma crítica consistente a tais formulações e os limites e possibilidades do reconhecimento constitucional pluralismo jurídico na América Latina até o momento.

1. O direito como campo de batalha: a crítica jurídica desde a perspectiva de Oscar Correias

A palavra direito costuma ser utilizada, e não somente por juristas, de variadas formas. Geralmente, supõe-se que todos já sabemos do que estamos falando quando alguém menciona a palavra direito, mas conforme à ideia que se tem deste conceito tão coloquial, são criadas teorias, críticas e discussões para pensar como está funcionando o direito numa sociedade, por que o direito é ou não eficaz, como poderia ser transformado para que finalmente seja justo, etc. Por isso é fundamental começar explicando o sentido que a palavra direito tem para a crítica jurídica desenvolvida a partir do pensamento de Oscar Correias, pois só assim poderemos desenvolver a análise das fórmulas constitucionais de reconhecimento do pluralismo jurídico na América Latina com o aporte desta perspectiva.

A crítica jurídica analisa o direito como um discurso, uma “prática enunciativa considerada em função das suas condições sociais de produção” e circulação ou reprodução (GIMÉNEZ, 1981, p. 124), ou seja, um contínuo discursivo que formaliza determina ideologia². Assim, seguindo a Correias, o direito é um discurso com força prescritiva, já que tem por objetivo influenciar a conduta de alguém³, por esta razão é que dizemos que o núcleo essencial do direito é a norma, ou seja, o modelo deontico que pode proibir, permitir ou obrigar a realização de certa conduta.

² Ideologia aqui compreendida como qualquer ideia contida na consciência, pois “desta maneira podemos usar a palavra discurso sempre que acompanhada de um qualificativo, para referir-nos a certa porção da ideologia, isto é, a uma ideologia em particular que aparece em um setor do conteúdo discursivo” (CORREAS, 2010)

³ A sociologia tem como base empírica as condutas, que são fatos empiricamente verificáveis, aos quais adjudica-se um sentido. O discurso do direito não faz referência à fatos, mas sim a condutas, pois é necessário dar sentido ao fato para que seja possível dizer que coincide ou não com as descrições formuladas deonticamente. “Sempre existe um fato ao qual adjudicar o sentido construído pelo discurso do direito (CORREAS, 2010, p. 281).

No entanto, a norma não é núcleo exclusivo deste discurso que chamamos direito, já que muitos outros discursos tem este mesmo núcleo ou intenção, qual seja, definir como devem ser as condutas das pessoas em um espaço-tempo determinado, como é o caso do discurso dos pais aos filhos, do discurso religioso, entre outros. A norma, disse Kelsen, é o “dever ser” no discurso do direito, a que estabelece a relação entre uma condição e uma consequência, estabelecendo assim uma relação de imputação (alguém disse que existindo a condição deve-se realizar também a consequência prevista) e não de causalidade, como as que se verificam nas leis da natureza, onde o “dever ser” é sinônimo de algo bom, de justiça ou de equidade (KELSEN, 2012, p. 67 e ss.).

Correas toma esta perspectiva kelseniana, que ultrapassa o princípio lógico transcendental de Kant e considera o “dever ser” uma categoria lógica das ciências sociais e do direito, colocando a imputação no mesmo plano da causalidade, assignando um caráter “radicalmente anti-metafísico e anti-ideológico” ao discurso do direito⁴, “posição que é rechaçada com vigor pela doutrina tradicional do direito, pouco disposta a admitir que a ordem social da União Soviética seja uma ordem jurídica que tenha os mesmos títulos que a da Espanha franquista ou a da França democrática e capitalista” (KELSEN, 2012, p. 69).

Com isto a perspectiva de Correas nos mostra que o discurso do direito é mais que a norma, pois possui não só um sentido deontico, isto é, não só proíbe, permite ou obriga a realização das condutas que se quer que sejam reproduzidas constantemente, mas possui também um sentido ideológico, ou seja, a forma como são descritas as condutas, que fazem referência a um conteúdo discursivo, a uma ideologia específica que se reproduz quando se usa o discurso do direito. Além disto, o discurso do direito distingue-se dos demais discursos prescritivos - e com isto ganha a qualidade de discurso “do direito” - por outros três critérios específicos (CORREAS, 2010, p. 65 e ss.).

Primeiramente, além de ser um discurso prescritivo, o direito é um discurso que organiza o exercício da violência em sociedade⁵. Com isto, Correas rechaçou as inúmeras definições que relacionam o direito com: a) a resolução de conflitos, b) a justiça, c) um modelo para julgar condutas, d) unidade de dois tipos de normas (Hart) (apud ROCHA, 2020,

⁴ Neste sentido, o discurso do direito é positivista, isto é, não assume que a imputação venha de nenhum ser sobrenatural ou natural, nem muito menos que derive do melhor entendimento que se tenha de justiça em determinado contexto.

⁵ Bolívar Echeverría afirmou que a garantia do monopólio da violência pelo estado foi a responsável por abolir o uso da violência como “recurso comunicativo” à disposição de qualquer um, e por instituir o discurso como o lugar válido e exclusivo para resolver os conflitos de interesse da sociedade. Para o autor, é o primeiro e fundamental passo para a cultura política civilizada (2010, p. 68).

p. 76 e ss.); e seguiu a Kelsen, que afirmou que o direito é sempre uma ordem coativa com forma de “sanções socialmente organizadas”, o que indica que sua função principal é de regular o uso da força em relação aos cidadãos, aparecendo assim como “organização de força” (2012, pp. 71-74). Desta forma Correias explicou que o direito não somente faz uso da violência, mas também organiza a coação, isto é, define quais condutas serão objeto de sanção, quais serão ignoradas ou não corresponderá sanção (2010).

Em segundo lugar, outro critério que diferencia o direito de outros discursos prescritivos é a qualidade do produtor do direito, pois somente será direito o discurso que seja produzido por alguém que esteja autorizado a fazê-lo. Aqui também Correias segue a Kelsen que, ao tentar demonstrar a tautologia do direito, afirmou que o direito é o discurso produzido por quem o direito mesmo autorizou produzi-lo, como por exemplo, os legisladores - que produzem discursos de obediência generalizada -, mas também os servidores da administração pública, juízes e particulares autorizados (como quando produzem um contrato, por exemplo). Isto porque os indivíduos autorizados à produção e execução do direito atuam “em qualidade de órgãos constituídos pela ordem jurídica” (KELSEN, 2012, p. 75). Por fim, a última característica específica do discurso do direito proposta por Correias é a de ser um discurso autorizado, ou seja, o seu sentido deve ser autorizado pela norma superior e o funcionário autorizado deve especificar tal sentido, seguindo assim a Kelsen em sua construção piramidal normativa (2010).

Não obstante, mesmo que seja um discurso que organiza a violência com seu sentido prescritivo, seja produzido por pessoas autorizadas e que, em sua realização, se dê o sentido autorizado pela norma superior, o direito é um discurso que necessita ser reconhecido como tal por uma sociedade. A questão do reconhecimento é fundamental e consiste no fato de que os receptores do discurso - que são primeiramente os funcionários públicos mas, sobretudo, a sociedade que deve ser submetida ao mesmo - aceitem que é um discurso de “direito”. Para tanto, deve ser reconhecido o produtor do discurso como autorizado, reconhecer sua conduta de produção e/ou aplicação do discurso como autorizada pela norma imediatamente superior para, finalmente, também reconhecer o sentido do ato como o sentido que a norma autoriza (CORREAS, 2010).

É neste sentido que Correias (1992) vincula o discurso do direito com a questão do poder⁶ e da hegemonia, pois vincula a necessidade do reconhecimento do discurso do direito

⁶ Quanto tratamos da questão do poder não tratamos de uma substância, mas de um conceito que relaciona lugares e posições dentro de uma estrutura social historicamente determinada (GIMÉNEZ, 1981, p. 12/23).

com a legitimidade do exercício do poder por alguém ou um grupo de pessoas. Para tanto, toma de Kelsen os enfoques da questão do poder - o sociológico que trata do poder de fato de alguém ou de um grupo para determinar a conduta de alguém, e o poder jurídico onde não só alguém tem o poder de fato de determinar a conduta de outro, mas além disto tem o direito de fazê-lo -, para afirmar que o direito é um discurso com um sentido ideológico que procura legitimar o poder de fato: “(...) o poder, em sentido sociológico, não tem como causa o direito. Este poder tem como causa as relações sociais de produção e, uma vez instaurado, este poder se auto legitima produzindo normas que, se são obedecidas, confirmam e acrescentam poder” (CORREAS, 2000, pp. 72-75). Somente neste sentido é possível dizer que alguém tem poder porque produz discurso de direito.

Desta forma, para a crítica jurídica, quem conseguir que seu discurso de direito seja obedecido, vê aumentar seu poder, pois consegue fazer com que a maior quantidade de normas que produz seja considerada direito e torne-se eficaz, isto é, controle a sociedade. Só neste sentido é que afirma que o direito engendra poder. É uma cadeia que se reproduz toda vez que cada um dos interpelados, que produz o discurso do reconhecimento, cria o poder de quem há dado a ordem respectiva e o de todos os superiores, especialmente o poder principal (CORREAS, 2010).

Assim, como técnica de controle social que é, o discurso do direito tem uma função, que consiste no fato de que diante de uma conduta humana considerada socialmente nociva, corresponde uma sanção autorizada e reconhecida como o “dever ser” social. Esta função tem a finalidade social de manter e preservar certas relações, através de um conjunto de normas que ameacem com coação em caso de incumprimento. Por isto é que Correias (1986) afirma que o discurso do direito não é um fim, mas um meio para os objetivos de reprodução de uma sociedade determinada, deixando assim de considerar o conteúdo deste discurso como algo eterno, imutável, bom e justo sempre. Ao contrário, o que se verifica é que os sentidos deste discurso, bem como sua eficácia, sempre estarão condicionados pelas circunstâncias de tempo e lugar de quem detém o poder de fato.

A partir desta perspectiva é que a crítica jurídica, desenvolvida com a contribuição da perspectiva de Correias, entende que qualquer que seja a forma jurídica em se apresente a hegemonia de um modo de produção⁷ em uma sociedade, o direito é o discurso que legitima e, de certo modo, contribui para a manutenção de tal hegemonia, passando de ser um fetiche

⁷ Conforme Zavaleta, “... o modo de regularidade que chamamos modo de produção é o que expressa a unidade da história do mundo (o comparável)” (2006, p. 37).

específico a uma ideologia existente em determinado espaço-temporal. Portanto, implica que se mostre diverso em cada contexto histórico e em cada cultura em que é observado sem, por isto, deixar de ser o que é: uma ideologia que contribui à hegemonia do exercício do poder por um grupo social específico, através da organização da violência que controla condutas em uma sociedade específica.

Assim, as condutas que serão reguladas pelo discurso do direito serão denominadas jurídicas, pois poderão ser pressupostas como condutas necessárias para o desenvolvimento da forma de reprodução social hegemônica, configurando-as sob o sentido deôntico, ou seja, normas jurídicas. Estas normas jurídicas, seguindo o esquema kelseniano, apresentam-se em uma cadeia na qual não podem ser contraditórias entre si e que devem respeitar o sentido da norma superior, ou seja, como uma ordem jurídica organizada hierarquicamente (KELSEN, 2012). E o que transforma uma ordem jurídica em um sistema, isto é, o que dá coerência a uma ordem jurídica é o seu sentido ideológico.

Para Correias, o sentido ideológico é fundado em um relato que ele chamou de “relato mítico”⁸ (2002, p. 85), outro discurso que tem como função permitir o reconhecimento de quem diz o discurso do direito como o autorizado para organizar a coação das condutas humanas numa sociedade, e que Kelsen chama de “norma fundamental” (2012). Assim, é este relato mítico o que instaura o “ato criador da ordem jurídica”, mediante o estabelecimento da norma mais imediata do sistema: a norma superior que vai moldar a produção das futuras normas. É a estratégia que permite ao grupo que mantém a hegemonia do exercício do poder - de fato - conseguir coercitivamente a reprodução das relações sociais:

Existe a ficção, não o fingido ... O fingido é que exista uma autoridade que deu autoridade ao exército vencedor ... Esta ficção, por outro lado, não é inútil, pelo contrário, tem uma formidável eficácia política: fazer crer que tudo o que provenha, ou que se consiga fazer crer que provenha da constituição deve ser obedecido, fazendo que a ficção torne-se real através do discurso de todos nós que acreditamos na existência do estado, e por isso mesmo, o legitimamos” (KELSEN *apud* CORREAS, 2000, p. 80).

A eficácia da ordem jurídica consiste, desta forma, tanto na efetividade das normas que a compõem, como da eficácia do relato mítico que o sustenta, já que a norma fundante é a

⁸ E que Rocha, seguindo a Kelsen, Correias e Tamayo, chamou de “mito fundante”: “em quanto à «m», trata-se do mito fundante de um sistema positivo ‘dado.’ Seu conteúdo, desde o ponto de vista de uma teoria geral do direito, consiste no relato mítico da primeira constituição histórica «n1», criada pelo primeiro ato constituinte «a1»” (2016, p. 79).

norma de reconhecimento do sistema jurídico como um todo. Portanto, a norma fundante deve ser construída por aqueles que detém o poder, que devem desenvolver um sentido ideológico para alcançar serem reconhecidos como o grupo dominante e seu discurso prescritivo, direito (ROCHA 2015, p. 71). Neste ponto a crítica jurídica faz referência à hegemonia de que trata Gramsci, por entender que o grupo social que pretende exercer hegemonia em uma sociedade deve desenvolver um árduo trabalho político, que é fruto de uma trabalho também ideológico, já que, para que outra pessoa faça o que deseja-se que seja feito, é necessário convencê-lo, isto é, educá-lo ou forjar sua ideologia. E o discurso do direito, como nenhuma outra ideologia, é capaz de propor as condutas, descrevendo expressamente as que serão requeridas para evitar uma sanção (CORREAS, 1992, p. 39-41).

Por isto a crítica jurídica é enfática em afirmar que o discurso do direito nunca é neutro, já que é um discurso que pretende manter a hegemonia do exercício do poder de certo grupo através da organização da violência (CORREAS, 1992). Como tal, a luta pelo sentido deste discurso relaciona-se com a luta por hegemonia do exercício do poder em uma sociedade, o que faz com que o direito seja sempre um território de disputa e tensões constantes. Neste sentido, Rocha é enfática ao considerar o direito como um campo de batalha, um espaço onde os sentidos ideológicos do discurso são disputados para, assim, estabelecer o conjunto de normas - sentidos deônticos - que serão eficazes, organizando assim a violência, ou seja, decidindo a quem está permitido exercer violência, em contra de quem e em que medida (ROCHA, 2020).

2. O Pluralismo jurídico na América Latina: o campo de batalha do direito que nasce dos povos indígenas

Como campo de batalha que é, os sentidos do direito vêm sendo disputados na América Latina pelo menos desde sua constituição como tal, isto é, desde a colonização⁹, passando pela construção dos estados¹⁰, até os dias atuais. Já nas primeiras pesquisas no

⁹ Também antes o território latino-americano, ao contrário da ideia de natureza exuberante e vazio demográfico, sempre esteve povoado por sociedades distintas que também produziam e aplicavam normas. Os estudos em história mostram que também tiveram suas disputas no campo de batalha que é o direito, como no caso do ordenamento jurídico de impérios com as normatividades das comunidades que buscava dominar.

¹⁰ Acompanhamos os companheiros de pesquisa em crítica jurídica ao escrever a palavra “estado” com minúsculas. Apesar de não ser nome próprio é costume escrever “Estado”, com maiúsculas. No entanto, para a crítica jurídica o direito - e a ideologia jurídica que faz circular - é um dos meios pelos quais os setores hegemônicos buscam controlar as condutas dos sujeitos de direitos e o fazem também através desta estratégia linguística que esconde o bloco que possui o poder de fato. Escrever com maiúsculas, como afirma Rocha, é

campo da sociologia jurídica verificamos a coexistência de ordenamentos normativos nesta região do mundo, razão pela qual o tema do pluralismo jurídico começa a aparecer nas discussões dos juristas, ainda que os mesmos observassem que tal coexistência surge em relações hegemônicas de exercício de poder tais que faz com que seja possível considerar que há sempre um sistema jurídico que exerce hegemonia para influenciar as condutas sociais num determinado espaço-tempo.

A condição de hegemonia do exercício do poder na América Latina, sobretudo depois da independência política e construção de estados nacionais na região, e que provocou a consideração de que direito é somente o discurso produzido por autoridades e funcionários do Estado - o conhecido monismo jurídico - não foi suficiente, portanto, para apagar a produção e aplicação de outros sistemas normativos dentro dos territórios nacionais, principalmente aqueles sistemas que historicamente são realizados por povos e comunidades originárias - mais conhecidas como indígenas.

Os estudos da sociologia jurídica, mas principalmente da antropologia jurídica, demonstraram que as comunidades e povos indígenas também possuem um discurso que tem como núcleo normas, que são criadas e aplicadas por membros destas comunidades; estes são escolhidos segundo outras normas, e geralmente são denominados assembleias, cabildos, ampliados, etc. (ALMEIDA, 2017). Deste modo, as comunidades também organizam a violência para a manutenção e reprodução de certas e determinadas condutas em seus territórios. Além disto, é um discurso amplamente reconhecido, aceito e obedecido pelos que pertencem a estas comunidades, às vezes até mais reconhecido do que a ordem jurídica hegemônica (CORREAS, 2012). Se, seguindo a Correa e a Kelsen, a crítica jurídica acredita que o que confere validade ao discurso do direito é, em última instância, a sua eficácia social, então podemos dizer que em estados onde verificamos a existência de povos e comunidades indígenas, também é verificável a coexistência de discursos de direito, razão pela qual afirmamos que o campo de batalha do direito na América Latina é um campo de pluralismo jurídico.

O pluralismo jurídico implica, portanto, o reconhecimento de mais de um sistema jurídico determinando condutas das pessoas num espaço-tempo específico. Assim, o primeiro a considerar quando tratamos do pluralismo jurídico é a relação espaço-tempo na coexistência de sistemas jurídicos. Isto porque trata-se de discursos do direito presentes no mesmo espaço

reforçar a ideologia que separa o estado do direito e o torna justo, o melhor para a sociedade. Por isto, mistifica a ideia de estado (ROCHA, 2020, p. 12)

e ao mesmo tempo, interpelando os mesmos sujeitos. E, muitas vezes, encontramos neste espaço-tempo dois ou mais sistemas jurídicos que possuem diferenças irreduzíveis na forma de organização da violência para o controle das relações sociais de reprodução da vida. Diferenças não somente de linguagem e cultura, como consideram os enfoques multiculturalistas liberais, mas sim no núcleo do discurso, isto é, de sentidos deônticos (SANDOVAL, 2015).

Para o caso da América Latina é fundamental pensar o tempo desde a perspectiva de longa duração, e visibilizar as disputas no direito para além das disputas do momento e desta forma poder conhecer o discurso hegemônico. Assim, a crítica jurídica coincide com o pensamento marxista latino-americano para compreender a história das formas de reprodução da vida hegemônicas neste espaço mundial como uma história de reprodução de padrões capitalistas dependentes, que são desenvolvidas no seio de um sistema mundial onde operam mecanismos de transferência de valor, tendencialmente em desfavor das economias latino-americanas. Trata-se de um padrão exportador, que repousa sobre a exploração de matérias-primas, alimentos, energia e, em menor grau, bens industriais produzidos sob o sistema de “montadoras” e com superexploração da mão-de-obra local (OSORIO, 2012). É um padrão de reprodução da vida que opera na lógica de concentrar a riqueza em um extremo e produzir exclusão e empobrecimento no outro extremo (ROCHA, 2020, p. 17).

E, como visto, para que isto seja possível, o grupo ou setor que possui o poder de fato deve desenvolver uma ideologia que os reconheça e os legitime como os que poderão controlar as condutas nesta sociedade para manter e preservar sua hegemonia. Neste sentido, Kelsen nos mostra que uma das estratégias dos setores capitalistas foi a centralização do discurso do direito, isto é, a diferença de outros discursos do direito, onde não existiam funcionários especializados para a criação e aplicação de normas, já que estas eram o resultado da conduta habitual dos sujeitos (por isso também se diz desses outros discursos que são “usos e costumes” ou direito “consuetudinário”), no discurso produzido pelos setores capitalistas, a centralização da ordem jurídica é resultado do processo de divisão do trabalho, e o discurso do direito é o encarregado de centralizar a produção e aplicação do direito nos funcionários do estado¹¹ (ALMEIDA, 2017).

Esta forma centralizada do direito que aparece com todo vigor na América Latina pós-independência é o que Correias denomina “direito moderno” e vai disputar o campo de

¹¹ Ainda que, como também afirma Correias, os particulares também podem produzir direito, quando o direito autoriza, por exemplo, no caso da produção de contratos.

batalha discursivo com outros sistemas jurídicos, porém em condição hegemônica, já que passa a ser reconhecido como o único discurso realmente de “direito”. Para que isto seja possível, Correias nos alerta, coincidindo com Michel Miaille, que a principal estratégia foi a consideração das pessoas como sujeitos de direito, isto é, em indivíduos separados entre si e enfrentados ao estado. Para Rocha, a constituição de toda sociedade como possuidores individuais de direitos subjetivos foi o pressuposto para definir as condições de possibilidade da transferência de valor que é fundamental para a hegemonia dos setores capitalistas (ROCHA, 2020, p. 18).

A partir de então é necessário que nos perguntemos sobre a forma dessa ordem jurídica, que centraliza o poder de produzir e aplicar direito em certas e determinadas autoridades e que se considera o único discurso realmente “de direito”. Correias, ao responder esta pergunta, de novo coincide com Miaille e afirma que, neste contexto de centralização normativa nas instituições estatais e de construção de sujeitos de direitos, o único direito que temos como cidadãos é o direito de petição ao estado. Para Rocha, Miaille é o responsável por lembrar-nos que a norma existe desde sempre, mas no modo capitalista de produção a norma quer não só controlar todas as relações sociais, mas também constitui-las, razão pela qual se judicializa a cotidianidade: “Miaille considera o direito burguês como um direito que organiza as contradições entre os seres humanos, e o faz de tal maneira que a única possibilidade de resolvê-las é recorrer ao estado (...) em resumo a estratégia estatal consiste em atomizar as relações sociais e converter os seres humanos em sujeitos de direito” (ROCHA, 2020, p. 17).

Recuperando estas perspectivas, a crítica jurídica estabelece o conteúdo deste sistema normativo com apoio da sociologia marxista e afirma que para a realização da acumulação capitalista ampliada é necessário que seja instaurado um sistema de normas que estabeleça como obrigatórias as seguintes condutas: 1) separação contínua dos meios de produção da força de trabalho; 2) expropriação e desvalorização de uma quantidade imensa de atividade humana não remunerada de setores sociais alheios à relação salarial para a reprodução da força de trabalho; 3) a circulação de mercadorias; 4) a venda da força de trabalho como mercadoria e; 5) a apropriação do excedente sem compensação (ROCHA, 2020, p. 18). Se estas condutas são efetivamente obedecidas ou, caso não sejam obedecidas seja realizada a sanção, então podemos dizer que, em uma determinada sociedade, detém a hegemonia o discurso do direito capitalista moderno.

No entanto, como já afirmamos, na América Latina é visível que a forma jurídica capitalista não é a única existente circulando em nossas sociedades. Com um olhar pluralista

podemos afirmar que a coexistência de sistemas jurídicos num só território interpelando as mesmas pessoas ao mesmo tempo nem sempre é pacífica, ao contrário, muitas vezes o sistema jurídico hegemônico - o produzido e aplicado pelo estado moderno - entra em aberta confrontação com os demais sistemas que estejam impedindo suas pretensões mercantis e de acumulação ampliada de capital. E esta confrontação geralmente ocorre com os sistemas jurídicos dos povos indígenas, originários e tradicionais. Isto porque são formas organizativas de reprodução da vida que persistiram à colonização, imperialismos e políticas de expansão capitalista em seus territórios e que, além disto, possuem sentidos contrapostos às normas do sistema jurídico moderno capitalista.

Neste sentido, a jurista Rocha recorre ao pensamento de Oscar Correas e Bolívar Echeverría para distinguir quais são os sentidos normativos e ideológicos que geralmente são estabelecidos em contextos comunitários, como são os dos povos indígenas, para logo diferenciá-los do sistema jurídico hegemônico e, desta forma, compreender melhor quais são as disputas que estão em jogo neste campo de batalha que é o direito. Sua hipótese é que, ainda que distintos, mostram-se como sistemas normativos que colocam no centro da discussão sobre quais condutas devem ser mantidas e protegidas, “a defesa da reprodução da vida ou, como afirma Echeverría, a primazia do valor de uso” (ROCHA, 2020, p. 21). Para tanto, a eficácia destes discursos de direito se dá cada vez que não obrigue a condutas de mercantilização da vida e se expressa em distintos níveis, desde a formulação de normas que proíbem a separação da força de trabalho dos meios de produção, até a descentralização do poder de produzir e aplicar direito nos seus territórios, que em geral é diluído nas assembleias comunitárias.

Estes são os sistemas jurídicos que atualmente disputam o campo de batalha de uma diversidade de formas contra as imposições do sistema jurídico que busca a expansão mercantil capitalista sobre seus territórios e os recursos naturais essenciais para a reprodução comunitária de suas vidas. Correas, quando realizou a aproximação com a antropologia jurídica, chegou a conclusão que os discursos de direito produzidos e que circulam efetivamente nas comunidades indígenas de diversos países da América Latina, mas não somente, possuem normas e sentidos ideológicos contrapostos aos do sistema hegemônico. Sobretudo àquelas comunidades que viviam em um território específico, de acordo com suas próprias normas e que conseguiram, em maior ou menor medida, conservar - pese à toda violência e expropriação vividas - condutas de proibição de propriedade individual sobre a terra, isto é, proibição da circulação mercantil do seu espaço de reprodução da vida, obrigação

de tomada de decisões sempre coletivamente, e obrigação de produção essencialmente para o consumo (CORREAS, 2012).

Estas perspectivas trouxeram às discussões atuais no âmbito da crítica jurídica a necessidade de buscar múltiplas formas de pesquisa e âmbitos do conhecimento para compreender o fenômeno jurídico latino-americano e suas disputas subjacentes. A interdisciplinaridade, como entendia também Oscar Correias, é fundamental para a realização de uma análise não apologética do estado e do direito que aparece como único e necessário para nossa realidade atual. Desde uma aproximação com a sociologia, a antropologia e a semiologia, o pensamento de Correias nos obriga a questionar o monismo jurídico e reconhecer a existência histórica de um pluralismo jurídico na região, não só por uma questão de memória o reconhecimento da nossa diversidade social, cultural e étnica, mas, sobretudo, para compreender que estes são sistemas jurídicos que podem ser alternativos entre si, o que significa dizer que na maioria dos casos onde são reproduzidas as condutas que um destes discursos espera que sejam mantidas, estar-se-á descumprindo outras condutas que seriam esperadas em outros discursos da mesma índole, isto é, de direito. E se observamos a etnografia jurídica existente e o trabalho de análise crítica como os realizados em nossa pesquisa doutoral e os de Alma Rocha, percebemos que o direito das comunidades e povos indígenas podem ser alternativos com respeito ao sistema jurídico hegemônico, aquele centralizado no estado e que obedece também a normas produzidas internacionalmente. Como consequência, para a crítica jurídica, abriu-se a possibilidade de pensar no pluralismo jurídico de tipo subversivo na América Latina.

Isto significa dizer que se o pluralismo jurídico numa sociedade é a coexistência de sistemas jurídicos, muitos de estes, alternativos¹²; que todos de alguma maneira servem para legitimar os que detém o poder de fato (ainda que seja toda uma comunidade), e que nesta disputa há um sistema que exerce hegemonia sobre os outros; então podemos também dizer que não é impossível que algum outro sistema jurídico circulando eficazmente possa chegar a subverter a hegemonia no campo de disputa. Para que isto seja possível, a eficácia de um sistema que princípio era subalterno deve se mostrar hegemônica em relação aos demais sistemas normativos presentes. E isto, sabemos, ocorre em vários espaços da nossa geografia em situações e circunstâncias específicas, como por exemplo, quando o estado mostra-se ausente ou sua presença é traduzida em violência, como no caso das periferias das grandes

¹² Em termos jurídicos, os sistemas serão alternativos entre si não só quando são organizados sobre normas fundantes distintas, mas sobretudo, quando se revelam absolutamente contraditórias (CORREAS, 2010b).

idades, mas também em territórios onde a presença de populações indígena é historicamente verificada, pois nestes espaços-tempo a eficácia de sistemas jurídicos próprios é uma realidade.

É por esta razão que a crítica jurídica também colocou sua atenção nas reformas e promulgações constitucionais de finais do século XX e princípios do século XXI, sobretudo àquelas que dizem respeito ao reconhecimento constitucional da preexistência da diversidade étnica cultural em suas sociedades, que passaram a obrigar o estado a proteger e garantir as suas formas de organização da vida em seus territórios ancestrais.

3. Por que a constituição diz o que diz e não outra coisa? Uma crítica às fórmulas constitucionais atuais de reconhecimento do pluralismo jurídico na América Latina

Como visto, o discurso constitucional presente nos sistemas jurídicos é considerado o discurso mais imediato do sistema, que possui maior hierarquia e deve ser respeitado para a produção de normas inferiores. Além disto, é o discurso que encarna mais de perto o sentido ideológico do mito fundante. Por isto não é raro ver juristas dando ao constitucionalismo moderno a ideia de “contrato social”: o espaço onde os indivíduos, considerados de maneira abstrata, podem reproduzir a vida em sociedade a partir de regras pactuadas previamente, controladas pelo estado. O texto constitucional pensado desde esta perspectiva representaria, então, a declaração da vontade política de um povo, o ato que constitui a unidade e soberania na nação, fruto da superação do conflito da diversidade de forças político-sociais. Desta forma, o constitucionalismo vinculou-se à ideia de democracia: seria o conjunto de normas responsáveis pela limitação do poder dos representantes e, ao mesmo tempo, de consenso da sociedade nacional, vinculando a validade destas normas à legitimidade social (BERCOVICCI *apud* ALMEIDA, 2017).

Mas por outro lado, alguns estudos, como os de ciência política latino-americana, afirmavam que o estado, “aparato da dominação de classes” era organizado por uma constituição que legitimava o poder de impor o projeto da classe capitalista como universal para toda a sociedade e, principalmente, organizava a forma de governo, suas instituições, regras, leis e funcionários responsáveis por manter, pelo consenso ou pela força, o projeto da classe dominante. Em poucas palavras, a constituição seria responsável pela organização da violência para a reprodução social sob a orientação de interesses sociais específicos (OSORIO, 2012).

Estas últimas concepções críticas sobre o direito e a forma estatal do capitalismo aportaram à compreensão da crítica jurídica sobre os modos em que são exercidos o poder e a dominação sobre nossas sociedades na contemporaneidade. No entanto, apesar de que colocam abaixo a ideia da constituição como “expressão da sociedade”, ainda assim não puderam explicar porquê não sendo o fruto do consenso, ainda assim consegue impor à sociedade todo o sistema jurídico e suas formas de controle para o desenvolvimento e manutenção do capitalismo, ademais de conseguir fazer circular uma ideologia que contribui à tal hegemonia.

Por isto, quando começamos a observar as reformas constitucionais em países como Colômbia, México e a promulgação de constituições como as da Bolívia e do Equador¹³, e as expectativas que geram no seio das discussões sobre a proteção de direitos humanos de povos indígenas, sobretudo pelas formas de reconhecimento de sua livre determinação e autonomia¹⁴, a crítica jurídica percebeu a necessidade de buscar ferramentas de análise para compreender de que forma e porquê estas constituições estavam dizendo o que diziam sobre a pré-existência de povos indígenas em suas sociedades.

Foi então que passamos a analisar vários textos constitucionais com o apoio da análise sócio-semiológica desenvolvida por Correias (2010). Esta metodologia permite uma aproximação aos textos constitucionais através da comparação com as normas de um modelo teórico sociológico e, assim, contribui a verificar se no campo de batalha que é o discurso do direito o discurso que se mostra hegemônico é similar ou não ao modelo¹⁵. Como demonstramos, o discurso do direito tem como núcleo central as normas e, portanto, possui um sentido deôntico, que deve ser extraído do discurso através da formulação modalizadora,

¹³ Alguns autores, como Antonio Carlos Wolkmer, incluem a constituição democrática promulgada em 1988 no Brasil também como parte do que os juristas consideraram novo constitucionalismo latino-americano, razão pela qual também faremos uma breve análise dos artigos constitucionais referentes aos povos indígenas do país.

¹⁴ Não ignoramos a influência do movimento indígena que, pelo menos desde os anos 80 do século XX, impuseram à agenda internacional suas demandas, que logo foram formuladas como discursos de direito, como é o caso da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, entre outras, e que, ao serem ratificadas pelos estados latino-americanos, passaram a ser também obrigatórias em seus territórios, o que também influenciou as reformulações dos sentidos deônticos e ideológicos destes textos constitucionais.

¹⁵ Se, como explica Luis Tapia (2014), a hegemonia é precisamente o modo de completar o domínio da produção com a direção da vida política e da cultura em geral, então compreendemos a necessidade da ideologia para o exercício do poder (data). Neste caso, a análise do discurso do direito ganha importância, já que este possui um sentido ideológico que faz com que o que se diz que é “devido” possa ser considerado “bom” e “justo”, o que poderia inclusive levar a uma percepção naturalizada de que a repetição de certas condutas é benéfica para a sociedade. Através da análise sócio-semiológica podemos ver quais ideologias estão representadas no discurso analisado e, ao mesmo tempo, perceber a enorme quantidade de outros discursos que reconhecem este discurso como direito, permitindo também compreender porquê os que detém o poder se mantêm no poder.

isto é, primeiramente o jurista deve buscar nos discursos reconhecidos como direito, o proibido, obrigatório ou permitido:

A ideia geral de dever foi traduzida em três operadores chamados deônticos: proibido, obrigatório, permitido. O sentido prescritivo dos enunciados lhes é outorgado através destes três operadores. É possível dizer que são enunciados prescritivos aqueles que possam ser traduzidos ou reescritos de maneira que sejam utilizados algum dos operadores deôntico, sem que o enunciado deixe de ter algum sentido sintático (CORREAS, 2010, p. 64).

Este sentido deôntico é o que nos permite saber quais condutas são as que “devem ser” reproduzidas uma e outra vez. É este o primeiro trabalho de uma análise sócio-semiológica, buscar “as causas¹⁶” deste discurso. Para tanto é necessário o apoio de teorias sociológicas, que descrevem as condutas sociais que geralmente são reproduzidas para que seja possível dizer que num determinado espaço-tempo existe uma forma de reprodução social específica. Com o apoio de um modelo sociológico é possível construir um modelo sociológico do direito (o que Correias realizou muito bem nos seus estudos sobre o direito capitalista moderno), para logo compará-lo com o sentido deôntico de um discurso de direito específico.

Além disto, como nos explicou Correias, para a circulação do sentido deôntico é necessária a circulação, em sentido contrário, de discursos de reconhecimento (2010), o que faz com que seja fundamental debruçar-se também sobre a sua cobertura ideológica, isto é, sobre o conteúdo dos textos que reconhecemos como direito, o que Correias denominou sentido ideológico do direito¹⁷. Este sentido é o que descreve as relações sociais que o sentido deôntico prescreve, e é o responsável por construir a ideia de justiça do discurso do direito, fazendo com que na maioria dos casos os indivíduos reconheçam as condutas modalizadas como devidas. Então, é necessário buscar no texto a maneira com a qual são descritas as condutas que devem ser reproduzidas e verificar se esta descrição coincide com o sentido deôntico presente. Assim será possível saber se a ideologia contida no texto oculta ou não as relações sociais que o sentido deôntico pretende que sejam mantidas. E como visto, o mito

¹⁶ Só é possível dizer que “as relações sociais são a causa de toda a ideologia” (CORREAS, 2010, p. 266) se consideramos que quando falamos de relações sociais estamos falando da forma como estas relações aparecem na consciência e no discurso dos seus produtores. No entanto, o sentido deôntico não expressa as relações sociais como vemos que são realizadas, e sim expressa a necessidade técnica dos que querem se manter no poder de modalizar certas e específicas condutas para a reprodução do seu poder. Por esta razão é que a causa do sentido deôntico a buscamos nas descrições das relações sociais que fazem os teóricos dentro da sociologia.

¹⁷ Como afirma Correias, “o direito não só prescreve, mas também informa sobre as relações que tenta dominar” (2010, p. 258), por isto nos textos de direito é possível encontrar normas que modalizam as condutas, e palavras ou expressões que são utilizadas para descrever as condutas modalizadas. Estas também carregam certa representação do mundo, ou seja, fazem parte de um sistema significante específico, que os usuários, nós, utilizamos para fazer referência à “realidade”, contribuindo para a hegemonia do exercício do poder.

fundante é o que encadeia este sentido ideológico e garante o reconhecimento de todo o discurso como de direito.

Como vimos, neste campo de batalha latino-americano vem ganhando o discurso do direito moderno capitalista¹⁸ e, por isso, é interessante buscar as diferenças significativas - se existem - nas novas formulações constitucionais, a fim de compreender melhor os limites e possibilidades deste discurso, tanto para a persistência de sistemas jurídicos distintos ao capitalista - em essência, do pluralismo jurídico - como para a proteção da vida de povos e comunidades indígenas. Como não é possível realizar uma análise profunda neste curto espaço de todos os textos constitucionais que os juristas consideraram como parte do novo constitucionalismo latino-americano, buscaremos tratar de forma resumida de alguns exemplos.

Por exemplo, o discurso constitucional colombiano que foi reformado para reconhecer à nação colombiana seu caráter multiétnico e pluricultural em 1991 e, com isso, reconhecer direitos específicos como sujeitos coletivos: direito ao território, à autonomia política, cultural e territorial, e o reconhecimento de formas de justiça próprias (KAS, 2009, p. 01). Em seu artigo 7º¹⁹ (CPC), o sentido deôntico obriga o estado a reconhecer a diversidade étnica e cultural da nação. Em seu sentido ideológico, não obstante, indica que é o estado quem tem o poder de reconhecer, e centraliza o exercício do poder de dizer quando reconhece, quando protege e sob quais condições. E, ainda, não traz componentes descritivos sobre quais seriam os setores sociais que representam esta diversidade étnica e cultural, componentes que são essenciais para contribuir ao reconhecimento generalizado das formas de reprodução da vida indígena e também de seu poder de produzir e aplicar direito.

Neste contexto, os artigos 246, 286, 287, 329 e 330 – para citar alguns – conformam todo o aparato constitucional de proteção desses povos e comunidades. No caso do artigo 246²⁰, que é o artigo que trata do reconhecimento dos sistemas jurídicos dos povos indígenas, o sentido deôntico permite a reprodução de seus sistemas jurídicos próprios e a aplicação do seu discurso de direito no seus territórios; por outro lado, impõe como limite ao conteúdo

¹⁸ Segundo os estudos da crítica jurídica, o discurso constitucional capitalista, apesar de possuir diferenças na descrição das condutas, tradicionalmente sempre buscou naturalizar as relações de exploração e desigualdade, invisibilizando a violência, contribuindo assim para tornar aceitáveis as condições de dominação capitalista (ALMEIDA, 2017).

¹⁹ Art. 7º. O Estado reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da Nação colombiana.

²⁰ Art. 246. As autoridades dos povos indígenas poderão exercer funções jurisdicionais dentro do seu âmbito territorial, conforme às suas próprias normas e procedimentos, sempre que não sejam contrárias à Constituição e leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional.

destes sistemas os sentidos presentes no discurso constitucional e leis do estado, relegando a um patamar inferior o poder de dizer o direito pelos povos e comunidades indígenas, isto é, condicionando-o à atividade jurídica centralizada pelo estado.

Já no caso do texto constitucional brasileiro vigente - a Constituição Federal de 1988 -, sabemos que este é o primeiro discurso constitucional no país a tratar das populações indígenas locais como sujeitos de direitos humanos individuais e coletivos. É em seu capítulo VII, “Dos Índios”, onde são estabelecidos os sentidos deônticos de obrigação do estado brasileiro de proteger a dignidade humana dos indígenas em todas as suas dimensões, além da obrigação de reconhecimento dos modos próprios de organização, crença e costumes dessas populações, consideradas parte integrante da identidade nacional (art. 231²¹). À diferença do discurso constitucional colombiano, o brasileiro não trata em nenhum artigo dos sistemas jurídicos indígenas, razão pela qual os juristas acreditam que o reconhecimento do pluralismo jurídico está contido na formulação “reconhecimento da sua organização social”, pois as sociedades são organizadas com base em normas que prescrevem as condutas necessárias para a reprodução social. Neste sentido seria possível dizer que o texto constitucional brasileiro possui menos limitações explícitas ao reconhecimento do pluralismo jurídico, pois não condiciona a realização dos modos de organização social dos povos indígenas à constituição e às leis estatais. Não obstante, passados quase 40 anos da promulgação constitucional, o que vemos são funcionários públicos que impedem ou impossibilitam a produção e aplicação de direito próprio nos territórios indígenas, ignorando as decisões comunitárias, como por

²¹ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

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

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

exemplo quando são impostos projetos de exploração de recursos naturais sem o consentimento das populações indígenas afetadas, a despeito do que isto possa provocar na organização social destas comunidades.

O que observamos nestas fórmulas constitucionais é que, se por um lado, buscavam acompanhar as demandas dos povos indígenas, por outro, sustentaram o paradigma “multicultural”, que permite o desenvolvimento de projetos de expansão das fronteiras mercantis capitalistas sobre territórios de comunidades, combinadas com políticas para a mitigação da pobreza e a valorização da cultura, com o objetivo de reduzir os conflitos políticos e sociais na região, e não com o objetivo de garantir a livre determinação destas comunidades em seus territórios ancestrais e, assim, fortalecer o pluralismo jurídico histórico latino-americano.

Por esta razão, no início do século XXI, com a promulgação das novas constituições do Equador, em 2008, e da Bolívia, em 2009, diversos juristas colocaram suas expectativas nestas novas fórmulas constitucionais pois, argumentaram, eram distintas às que haviam sido formuladas desde o paradigma multicultural, já que eram respostas aos conflitos e lutas de resistência de movimentos indígenas locais organizados e tinham como objetivo “refundar” os estados com base na diversidade social histórica destas nações. No entanto, quando analisamos o novo discurso constitucional boliviano (Almeida, 2017), nos encontramos com velhas e novas problemáticas.

Efetivamente, uma das principais reivindicações do povo boliviano era a refundação do estado, com referência à memória e realidade de exclusão e racismos vividos por seus povos, nações e comunidades originárias (como são chamadas as populações indígenas nos países). Esta reivindicação foi traduzida sobretudo na demanda de participação política, em especial de sujeitos coletivos, em todos os assuntos de interesse e relevância nacional, incluindo também a demanda por consulta obrigatória e vinculante sobre projetos de desenvolvimento em seus territórios.

Relacionado com esta demanda, apareceu também a necessidade de um reconhecimento mais abrangente do pluralismo jurídico²² representado pela diversidade de produção e aplicação normativa realizada nas diversas comunidades. Nesta reivindicação incluiu-se também o reconhecimento como nações, isto é, como sujeitos coletivos de direitos com organização política em seus territórios e, com isto, o reconhecimento de formas diversas

²² Isto porque em 1994 a constituição boliviana foi reformada para reconhecer o carácter multicultural e pluriétnico da nação boliviana.

de organização social, econômica e jurídica. Principalmente, o reconhecimento do pluralismo jurídico deveria implicar na participação destes sujeitos nas estruturas organizativas bolivianas, já que o objetivo seria conformar um estado plurinacional.

No entanto, o texto constitucional boliviano, em seu artigo segundo²³, traduziu estas demandas com o sentido de obrigar o estado a reconhecer a existência pré-colonial das nações e povos indígenas, originários e camponeses, além de obrigar o reconhecimento do domínio que exercem ancestralmente sobre os territórios. Este artigo também obriga o estado a garantir a livre determinação destes sujeitos, desde que os mesmos reconheçam a unidade do estado. Em seu sentido ideológico, o artigo descreve em que consiste a livre determinação que deve ser garantida: “direito à autonomia, ao autogoverno, a sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e a consolidação de suas entidades territoriais”. Porém, o texto termina condicionando a livre determinação ao discurso constitucional e às leis estatais.

Esta análise sócio-semiológica permite afirmar que é um discurso que busca limitar o exercício do poder dos povos indígenas ao conteúdo e as formas do discurso do direito centralizado no sistema jurídico estatal. Ainda que afirme a pré-existência destas coletividades, busca limitar suas ações comunitárias ao que diz não só o novo texto constitucional, mas também à toda legislação que será produzida em razão da nova constituição. É o caso, por exemplo, da Lei de Deslinde e da Lei Marco de Descentralização e Autonomias, que foram criadas para dar conta das demandas descritas anteriormente (Almeida, 2017).

Além disso, Rocha, ao realizar a análise sócio-semiológica dos artigos constitucionais que dizem respeito à distribuição do exercício do poder (como, por exemplo, os artigos 11²⁴ e 12²⁵), verificou que enquanto o artigo 11 possui o sentido deontológico “obrigatório exercer governo através das formas democráticas participativa, representativa e

²³ Art. 2º. Devido a existência pré-colonial das nações e povos indígenas originário camponeses e seu domínio ancestral sobre seus territórios, é garantida a sua livre determinação no marco da unidade do Estado, que consiste no seu direito à autonomia, ao autogoverno, a sua cultura, ao reconhecimento de suas instituições e à consolidação de suas entidades territoriais, conforme à Constituição e às leis.

²⁴ Art. 11. I. A República da Bolívia adota para seu governo a forma democrática participativa, representativa e comunitária, com equivalência de condições entre homens e mulheres. II. A democracia será exercida das seguintes formas, que serão elaboradas por lei: 1. Direta e participativa, por meio de referendo, iniciativa legislativa cidadã, revocatória de mandato, assembleia, cabildo e consulta prévia. As assembleias e cabildos terão caráter deliberativo conforme a lei. 2. Representativa, por meio de eleição de representantes por voto universal, direto e secreto, conforme a Lei. 3. Comunitária, por meio de eleição, designação ou nomeação de autoridades e representantes por normas e procedimentos próprios das nações e povos indígena originário camponeses, entre outros, conforme a Lei.

²⁵ Art. 12. I. O Estado organiza e estrutura seu poder público através dos órgãos Legislativo, Executivo, Judiciário e Eleitoral. A organização do Estado está fundamentada na independência, separação, coordenação e cooperação destes órgãos. II. São funções estatais a de Controle, Defesa da Sociedade e Defesa do Estado. III. As funções dos órgãos públicos não podem ser reunidas em um único órgão, nem ser delegadas entre si.

comunitária”, o artigo 12 obriga que este exercício seja realizado por órgãos do poder público executivo, legislativo, judicial e eleitoral, proibindo reunir funções em um só órgão. Porém a separação de poderes é uma característica da forma direito centralizada e não das formas de governo comunitário, já que não raramente encontramos todas estas funções em um só órgão, como a assembleia comunitária. Por esta razão Rocha afirma que a expressão “democracia comunitária” é sentido ideológico neste discurso, e oculta o que o sentido deontico quer obrigar, ou seja, a centralização do poder que somente pode ser realizada com a separação de poderes executivo, legislativo, judiciário e eleitoral, e realizadas por funcionários públicos autorizados (Rocha, 2016).

Outro dos pontos sobre os quais reivindicaram os povos indígenas bolivianos é a demanda por autonomia, que consiste em permitir o exercício e organização do poder pelas próprias comunidades em seus territórios, segundo formas próprias de tomada de decisão e gestão. Esta demanda foi traduzida no discurso constitucional no artigo 270 e seguintes e, segundo nossa análise sócio-semiológica, apresentam as mesmas limitantes produzidas pela necessidade de centralização do sistema jurídico moderno capitalista. Por exemplo, no artigo 272²⁶ que possui o sentido deontico de obrigar a respeitar a lei marco de autonomias, que deverá ser aprovada pela assembleia legislativa plurinacional (órgão legislativo do estado refundado), que é organizada pelo princípio de maiorias e de democracia representativa. Assim, a palavra autonomia aparece mais como sentido ideológico, e oculta as reais pretensões de centralização do poder com as limitações e condicionantes apresentadas em seu sentido deontico (Almeida, 2017).

Já o artigo 275²⁷, em seu sentido deontico, obriga a participação comunitária na elaboração do estatuto ou carta orgânica, que passariam a ser o discurso superior dentro destas entidades territoriais. Além da problemática já mencionada de que tais discursos de direito não podem ter conteúdo contraditório com a constituição boliviana e as leis estatais, acrescenta-se aqui o problema da obrigatoriedade de produção de um discurso de direito

²⁶ Art. 272. A autonomia implica a eleição direta de autoridades por cidadãos e cidadãs, a administração de recursos econômicos, e o exercício das faculdades legislativa, regulamentar, fiscal e executiva, por órgãos de governo autónomo no âmbito de sua jurisdição, competências e atribuições. Art. 271. I. A Lei Marco de Autonomias y Descentralização regulará o procedimento para elaboração de Estatutos autonômicos e Cartas Orgânicas, a transferência e delegação de competência, o regime econômico e financeiro, e a coordenação entre o nível central e as entidades territoriais descentralizadas e autônomas. em vigor como norma institucional básica da entidade territorial, mediante aprovação por referendo em sua jurisdição.

²⁷ Art. 275. Cada órgão deliberativo das entidades territoriais elaborará de maneira participativa o projeto de Estatuto ou Carta Orgânica, que deverá ser aprovado por dois terços do total de membros e, após o controle de constitucionalidade, entrará

escrito, quando muitas destas comunidades e povos indígenas baseiam seu discurso do direito na oralidade (Almeida, 2017).

Já especificamente sobre o reconhecimento da capacidade de produção e aplicação de direito próprio por parte de povos e comunidades indígenas, no novo texto constitucional, no artigo 179²⁸, fica estabelecido como sentido deontico a obrigatoriedade de realização da função judiciária de maneira única, já que a jurisdição ordinária realizada pelo estado e a jurisdição denominada no texto como “jurisdição indígena originária camponesa” ficam obrigadas a respeitar o discurso constitucional, as leis posteriores, e estão colocadas em igual hierarquia. Neste sentido é que a crítica jurídica percebe como o pluralismo jurídico ganha no texto somente um sentido ideológico, já que como explicou Correias, a igualdade hierárquica só pode ser obrigatória dentro de um único sistema jurídico, este sim pode possuir distintas jurisdições, senão estaríamos falando do campo de disputa entre sistemas jurídicos, isto é, de um efetivo pluralismo jurídico, onde não existe tentativa de hegemonia do exercício de poder dizer o direito (Almeida, 2017).

Como explica Correias, se os sistemas jurídicos indígenas são reconhecidos mas não podem contrariar o discurso constitucional e o discurso de direito das leis posteriores, então não podemos falar de reconhecimento da diversidade de sistemas normativos, mas sim de um único sistema (Correias, 2012), organizado a partir do mito fundante de refundação do estado, com a característica de ser plurinacional. Isso significa que o discurso mais imediato do sistema é um só, o contido no texto constitucional, o que também coloca a normatividade indígena sob a dependência da opinião de juízes sobre os sentidos deontico e ideológico de seus discursos de direito.

Assim, não podemos afirmar que esta nova constituição permite e promove o pluralismo jurídico, mas sim que reforça o monismo jurídico próprio dos discursos de direito moderno capitalista que descreveu Correias. O fato que o discurso constitucional tenha se imposto a partir do princípio da “primazia da constituição”, significou para todas as outras formas de autogoverno e autonomia das nações e povos indígenas a obrigação de respeitar os sentidos da constituição, se o que querem é seguir realizando suas vidas comunitárias. Desta forma, assim como nas fórmulas constitucionais multiculturais, os sistemas jurídicos indígenas ficam em nível subalterno no campo de batalha do direito boliviano, já que a hegemonia de dizer quem pode dizer o direito e aplicá-lo continua nas mãos do estado e seus

²⁸ Art. 179. I. A função judicial é única (...) II. A jurisdição ordinária e a jurisdição indígena originária camponesa gozarão de igual hierarquia.

funcionários, sobretudo quando o assunto é a expansão do capital no país sobre os recursos naturais não renováveis.

No entanto, a luta no campo do direito não cessa por isto; ao contrário, os povos e comunidades indígenas do país continuam produzindo e aplicando seus discursos jurídicos próprios para organizar a vida em seus territórios, bem como para manter o domínio sobre as terras e recursos naturais fundamentais para sua reprodução social. Além disto, disputam também nos tribunais os sentidos constitucionais, o que muitos autores denominaram “uso alternativo do direito”, buscando garantir a proteção como sujeitos de direito. Neste sentido, a crítica jurídica reconhece a existência atual do pluralismo jurídico boliviano, demonstrando que o discurso do direito continua sendo um campo de batalha.

Conclusões

As discussões promovidas no seio da crítica jurídica desenvolvida desde a perspectiva de Correa tem contribuído ao desenvolvimento dos estudos sobre o fenômeno jurídico latino-americano e as disputas subjacentes no plano do discurso do direito que efetivamente controla nossas sociedades e o quais são os interesses com tal controle. Assim, por um lado, com a ajuda de Kelsen e da sociologia marxista, Correa demonstrou como o discurso do direito moderno tem o estado como sua forma jurídica, sendo a mediação necessária para a realização da acumulação ampliada de capital. Com isto, a crítica jurídica pode desmistificar o estado, mostrá-lo em a centralidade do seu papel para os processos necessários de reconfiguração do capital:

[...] papel oculto, como diria Oscar Correa (2004), seguindo a Kelsen (2003), pela “ficção do estado”, porque o estado, dice Kelsen, é uma máscara, assim como deus é uma máscara, e assim como é ficção a «norma fundante». Assim, pensamos que é somente revelando estas ficções que será possível retomar o sentido que assume a vida para além do valor, e entender o papel que pode ou poderia ter o direito nesta configuração. (ROCHA, 2020, p. 14)

Por outro lado, Correa, ao se aproximar dos estudos da antropologia jurídica, desenvolveu uma perspectiva pluralista de análise do fenômeno jurídico na nossa região, estabelecendo seus limites e possibilidades dentro deste campo de batalha. Neste sentido, fundamental a discussão sobre a possibilidade de que nosso pluralismo jurídico histórico seja subversivo, isto é, permita que outro sistema jurídico possa limitar a hegemonia exercida pelo sistema jurídico moderno capitalista, através da maior eficácia de suas normas - sentido deontico -. O que observamos é que isto já é uma realidade em muitos territórios onde a

organização para a reprodução social está em mãos das comunidades, em sua diversidade étnica e cultural, que produzem e aplicam o direito para objetivos contrários à ampliação capitalista. A questão é que neste caso a hegemonia do campo de batalha continua com o direito moderno capitalista, que não suprime os outros sistemas, enquanto estes não interfiram nos seus objetivos de controle social.

É que vemos com as análises sócio-semiológicas realizadas sobre diversos textos constitucionais; com suas diferenças de sentido ideológico, estes discursos deixam a “livre determinação dos povos indígenas” limitada aos sentidos deontológicos de obrigação de sujeição e respeito aos sentidos constitucionais e à unidade do estado, nulificando no texto qualquer possibilidade de sentidos deontológicos que permitam a tomada de decisão dos povos e comunidades indígenas, naturalizando a radical negação constitucional do pluralismo jurídico (ROCHA, 2015, p. 125).

Bibliografia

- ALMEIDA, Marina C. **Lo nuevo en el constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI: aportes de un análisis crítico a la ideología jurídica de Bolívia**. Tese para obtenção do título de doutora em Estudos Latino-americanos. Programa de Pós-Graduação em Estudos Latino-americanos. Universidade Nacional Autónoma do México. 2017
- BOLIVIA. **Constitución Política de Estado**. 2009. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em 20 de agosto de 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/downloads/pdf/Constituicoes_declaracao.pdf. Acesso em 18 de agosto de 2020.
- COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia**. Disponível em: www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica. Acesso em 18 de agosto de 2020.
- CORREAS, Oscar. **Introducción a la crítica del derecho moderno**. (Esbozo). 2ª ed. México: Universidad Autónoma de Puebla, 1986
- CORREAS, Oscar. **Kelsen y Gramsci o de la eficacia como signo de hegemonía**. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1992
- CORREAS, Oscar. Fetichismo, Alienación y Teoría del Estado. Em: **Revista Crítica Jurídica**. n. 17. México. ago/2000. Disponível em: www.biblio.juridicas.unam.mx. Acesso em 15 de julho de 2020.

- CORREAS, Oscar. Los sistemas jurídicos indígenas y la Teoría General del Derecho. Problemas nuevos. Em: **Anuario da Facultad de Derecho**. n. 06. Universidade da Coruña. 2002. Disponível em: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2204/1/AD-6-12.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2020.
- CORREAS, Oscar. **Crítica de la Ideología Jurídica**. Ensayo Sociosemiológico. México: Ed. Coyoacán, 2010.
- CORREAS, Oscar. **Teoría del Derecho y Antropología Jurídica**. Un diálogo inconcluso. Ed. Coyoacán. México. 2010b.
- CORREAS, Oscar. (coord). **Derecho Indígena Mexicano I**. 2ed. CIICH-UNAM, México: Ed. Coyoacán, 2012.
- ECHEVERRÍA, Bolívar. **Vuelta del Siglo**. Ediciones Era. México. 2010.
- GIMÉNEZ, Gilberto. **Poder, Estado y Discurso: perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico**. UNAM. México. 1981. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx>. Acesso em 10 de julho de 2020.
- KAS. Papers n. 4. **Situación de los Pueblos Indígenas de Colômbia**. Fundação Konrad Adenauer. Setembro de 2009. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=a705d407-d82d-acb3-ec7c-a943d42b80c0&groupId=287914. Acesso em 20 de julho de 2020.
- KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Introducción a la ciencia del derecho. 2ª ed. Ed. Coyoacán. México. 2012.
- OSORIO, Jaime. El nuevo patrón exportador de especialización productiva em América Latina. Em: **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política**. núm. 31. Sao Paulo. Brasil. fevereiro de 2012.
- ROCHA, Alma Guadalupe M. **Pluralismo jurídico: la realidad oculta. Análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas**. Colección Derecho y Sociedad. UNAM-CeIICH. México. 2015
- ROCHA, Alma Guadalupe M. **El derecho como campo de batalla**. Un enfoque socio-semiológico del pluralismo jurídico transcapsitalista em el contexto del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito - UNAM. México. 2016
- SANDOVAL, Daniel. **Apuntes para una historia social del constitucionalismo de Nuestra América desde la crítica jurídica**. Mexico. 2015. Rascunho.

TAPIA, Luis. **Dialéctica del colonialismo interno**. La Paz. Bolivia: Ed. Autodeterminación, 2014.

ZAVALETA M., RENÉ. **Problemas de la determinación dependiente y la forma primordial**. 2006. Disponível em:

<http://www.flacsoandes.edu.ec/biblio/catalog/resGet.php?resId=13114>. Acesso em 13 de agosto de 2020.