

INSTITUTO HISTÓRICO E GEOGRÁFICO BRASILEIRO

Tamar Herzog

PLURALISMO JURÍDICO LATINO-
AMERICANO: O VELHO E O NOVO

HERZOG, Tamar
PLURALISMO JURÍDICO LATINO-AMERICANO: O VELHO E
O NOVO
R. IHGB, Rio de Janeiro, a. 184(491): 267-304, jan./abr. 2023

Rio de Janeiro
jan./abr. 2023

PLURALISMO JURÍDICO LATINO-AMERICANO: O VELHO E O NOVO*

LATIN AMERICAN LEGAL PLURALISM: THE OLD AND THE NEWS

TAMAR HERZOG

Resumo:

Este artigo examina os antecedentes do atual pluralismo jurídico latino-americano, estabelecendo o que é velho e o que é novo dentro dele. Nesse sentido, questiona-se por que os fenômenos vigentes atualmente são identificados como “pluralismo”, indagando sobre a maneira como esse pluralismo opera e, mais especificamente, como ele é aplicado de maneira diversa às comunidades indígenas e às afro-latino-americanas.

Palavras-chave: pluralismo jurídico, modernidade, direito indígena, direito afro-latino-americano, comunidade, direito colonial.

Abstract:

This article surveys the antecedents of present-day Latin American legal pluralism, establishing what is old and what is new. It takes issue with why what currently transpires is identified as “pluralism” and asks questions regarding the way this pluralism operates, most particularly, how it is differently applied to indigenous and Afro-Latin American communities.

Keywords: legal pluralism, modernity, indigenous law, Afro-Latin American law, community, colonial law.

1. O Passado Colonial 2. A Transição para a Modernidade. 3. Interlúdio: Como a Continuidade da Existência do Direito Indígena passou a ser identificada como “Pluralismo”. 4. O Pluralismo Jurídico Atual. 5. Afro-latino-americanos. 6. Pluralismo Jurídico Latino-americano: Velho ou Novo?

A partir da década de 1980, até os dias atuais, a maioria dos Estados latino-americanos passou a instituir em suas Constituições, ou em leis específicas, algum nível de pluralismo jurídico. Embora os canais escolhidos por cada um dos países sejam profundamente diversos, atualmente, Guatemala, Nicarágua, Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, México, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela têm disposições que garantem diferentes esferas de juridicidade para uma variedade de grupos. Devido principalmente à crescente convicção de que o corpo de

* – O presente texto é uma tradução do artigo “Latin American Legal Pluralism: The Old and The News” publicado nos Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico em 2021 (V. 50, T 1, pp. 705-736). Revisão e Tradução: Gustavo Siqueira e Júlia Oliveira Muinhos.

nacionais desses países é constituído por indivíduos distintos entre si, e não semelhantes, pretende-se dar validade jurídica a essas distinções, permitindo que diferentes comunidades étnicas se submetam a diferentes legislações.¹

Esses desenvolvimentos fazem parte de uma tendência universal mais ampla de validação dos direitos indígenas, especificamente o direito à diversidade cultural. Na América Latina, esses direitos envolveram o reconhecimento de estruturas e autoridades comunitárias, e sua instituição como entidades jurídicas separadas e distintas da esfera normativa monopolizada pelo Estado. Em alguns casos, justificou-se não apenas a reintrodução de distinções legais entre os cidadãos, mas também a adição de elementos da normatividade indígena às legislações estatais. Particularmente notável foi a Constituição Equatoriana de 2008, que garantiu o direito à natureza, identificada pela denominação tradicional andina de “Pacha Mama”, e que estabeleceu a necessidade de garantia do “bem viver” à população, apresentado na Constituição pelo ideal indígena do “sumak kawsay”².

1 – DUVE, Thomas. Indigenous Rights in Latin America: A Legal-Historical Perspective. Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series no. 2017-02. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2976301. Acesso em 27 fev. 2023.

2 – EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador. 20 out. 2008. Disponível em: https://www.cne.gob.ec/wp-content/uploads/2014/04/1_Constitucion_de_la_Republica_del_Ecuador.pdf. Acesso em 27 fev. 2023. Preâmbulo, art. 71. N.T.: Uma tradução para o português do texto está disponível em: <https://jus.com.br/artigos/97981/constituicao-do-equador-de-2008-revisada-em-2021>

O preâmbulo reconhece as “raízes seculares” do Equador, celebra a “natureza, a Pacha Mama (Mãe Terra), da qual fazemos parte e que é vital para a nossa existência” e constitui “uma nova forma de convivência pública, na diversidade e em harmonia com a natureza, para alcançar o bem viver, o sumak kawsay”. O art. 71 prevê: “A Natureza, ou Pacha Mama, onde a vida se reproduz e ocorre, tem direito ao respeito integral pela sua existência e pela manutenção e regeneração dos seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos”. Em seguida, a Constituição concede a todas as pessoas, comunidades, povos e nações o direito de apelar às autoridades públicas para a garantia dos direitos da natureza. De acordo com os artigos 72 e 73, estes incluem o direito da natureza de ser restaurada, com a penalização dos danos ambientais, da extinção de espécies, da destruição de ecossistemas e condutas afins.

Muitos estudiosos argumentam que essas medidas são totalmente inovadoras e resultam de pressões internas e internacionais pela garantia de tratamento igualitário a todos os cidadãos, um tratamento que agora entende-se que também inclui o reconhecimento do direito à diferença, especialmente à diversidade cultural. Outros observadores, porém, explicam esses acontecimentos apontando para as heranças do passado colonial, que, segundo eles, autorizava a coexistência de várias esferas normativas, entre elas o universo jurídico indígena, com suas autoridades e leis próprias. Independentemente de qual dessas duas interpretações é mais precisa (e ambas o são, em grau), esses desenvolvimentos não podem ser adequadamente compreendidos sem olhar para o passado. Portanto, para compreender corretamente o que ocorreu, é essencial que observemos tanto o legado colonial, como os acontecimentos do século XIX.³

1. O Passado Colonial

De acordo com a narrativa mais comum, a sociedade colonial da América Espanhola foi dividida em duas esferas jurídicas e políticas distintas, identificadas como repúblicas. Junto à “república espanhola”, composta de espanhóis, os quais obedeciam à legislação e aos juízes espanhóis, havia uma república indígena, composta por indígenas, que obedeciam às suas próprias autoridades e leis consuetudinárias⁴. Embora as

3 – HERZOG, Tamar. Legal Pluralism. In: MIRROW, Matthew; URIBE, Victor (eds.). *A Companion to the Legal History of Latin America*. Leiden: Brill (inédito).

4 – A república indígena teria sido instituída por meio de uma série de decretos, os quais foram posteriormente compilados na “Recopilación de Indias”, 2.1.4, 4.7.2 e 4.7.13. O uso do direito consuetudinário indígena foi estudado, por exemplo, por MANZANO Y MANZANO, Juan. Las leyes y Costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho Indiano. In: *Actas del Primer Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 1967. pp. 65-71; BORNEMANN, Margarita Menugus. *La costumbre indígena en el derecho indiano, 1529-1550. Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, v.4, 1992. pp. 151-159; DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel González. *Un mestizaje jurídico: el derecho indiano de los indígenas*. Madrid: Universidad Complutense, 1995. Sobre autoridades indígenas, veja, por exemplo, GRAUBART, Karen. *Learning from the Qadi: The Jurisdiction of Local Rule in the Early Colonial Andes. Hispanic American Historical Review*, v. 95, n. 2, 2015. pp. 195-228; e PREMO, Bianca; YANNAKAKIS, Yanna. AHR Forum: A Court of Sticks and Branches: Indian Jurisdiction in Colonial Mexico and Beyond. *American Historical Review*, v. 124, n. 1, 2019. pp. 28-55.

duas repúblicas fossem em teoria separadas, certamente não havia igualdade entre elas. Dado o contexto colonial, a liberdade das autoridades indígenas e juízes não era absoluta, nem eram todas as suas leis que se mantinham em vigor. As comunidades indígenas recebiam autonomia judicial para resolver suas questões internas, segundo as suas próprias “leis e bons costumes”, desde que estes não fossem contrários às leis e a moralidade espanhola⁵.

O modelo das duas repúblicas era mais fácil de se imaginar do que de se implementar. A divisão dos sujeitos da Colônia em dois grupos distintos, cada um com a sua própria existência política e legalidade diferentes, levou a múltiplos conflitos sobre quem pertencia a qual grupo. Os indivíduos e seus rivais, assim como as autoridades, muitas vezes discordavam sobre qual era a classificação correta de cada pessoa, sendo suas divergências particularmente amargas quando havia muito em jogo, como quando tinha que ser tomada uma decisão sobre o direito de punir infratores ou de cobrar impostos. Por vezes, a classificação era dificultada pela escassez de informações confiáveis sobre a genealogia do indivíduo. Em outras ocasiões, a busca por precisão nesse processo foi comprometida por divergências ainda mais basilares em relação ao que essas categorias significavam e como deveriam ser aplicadas. Eram “espanhóis” e “índios” definidos por sua origem, sua religião, sua raça, sua etnia, sua cultura, seu papel dentro da sociedade colonial, ou por uma combinação desses fatores? ⁶ E o que acontecia nos casos de miscigenação?

Apesar dessas dificuldades de implementação, o modelo das duas repúblicas, o qual foi popularizado por uma série de historiadores que pu-

5 – HERZOG, Tamar. Indiani e cowboys: il ruolo dell'indigeno nel diritto e nell'immaginario ispano-coloniale. In: MAZZACANE, Aldo. Oltremare (ed.). *Diritto e istituzione dal colonialism all'età postcoloniale*. Naples, Cuen, 2006. pp. 9-44; HERZOG, Tamar. *Colonial law and 'Native Customs': Indigenous Land Rights in Colonial Spanish America. The Americas*, v. 63, n. 3, 2013. pp. 303-321.

6 – MINCHOM, Martin. *The People of Quito 1690-1810. Change and Unrest in the Underclass*. Boulder: Westview Press. 1994, pp. 153-171; MATTHEW, Laura E. *Memoires of Conquest: Becoming Mexicano in Colonial Guatemala*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2012; HILL, Ruth. *Teaching the Pre-History of Race Along the Hispanic Transatlantic*. Dieciocho, v. 30, n. 1, 2007, pp. 105-118.

blicaram trabalhos nas décadas de 1960 e 1970, foi tão bem-sucedido que raramente sofreu questionamentos. Na década de 1990, o modelo ganhou tanta força que alguns estudiosos chegaram a propor que arranjos desse tipo não eram específicos da América Espanhola, mas comuns à grande parte dos impérios⁷. De acordo com esse entendimento, a maioria dos impérios, tanto europeus como não europeus, tendiam a criar jurisdições distintas para grupos diferentes devido ao fato de que impérios normalmente apresentavam uma estrutura legal em que colonos e colonizados eram submetidos a regimes jurídicos diferentes, bem como a diferentes autoridades e tribunais. Assim, essa divisão facilitava os processos de dominação porque sancionava legalmente um projeto político voltado a privilegiar algumas pessoas sobre as outras. Em um cenário em que todos os indivíduos tinham fortes motivos para se preocupar sobre como eles e outras pessoas seriam classificados, o resultado foram frequentes discussões sobre o significado das várias categorias, quem pertencia a elas e como deveriam ser implementadas. Essas discussões permitiam que os sujeitos reimaginassem quem eles e outras pessoas eram. A escolha das Varas mais favoráveis (“forum shopping”) era comum e colocava diferentes autoridades umas contra as outras, levando, portanto, à consolidação da “política jurisdicional”, ou “manipulação jurisdicional”.

Paradoxalmente, enquanto os historiadores do império buscavam ampliar a aplicabilidade do modelo das duas repúblicas, usando-o para entender não apenas a América Espanhola, mas o mundo como um todo, os historiadores da América Latina começavam a bater em retirada. Munidos de uma melhor compreensão também sobre a história europeia, em vez de assumir que as colônias eram necessariamente distintas da Europa, como as gerações anteriores haviam feito, uma nova geração de historiadores questionou se a especificidade colonial chegou de fato a existir e, se esse era o caso, qual era sua natureza⁸. Voltando seus olha-

7 – BENTON, Lauren. *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

8 – HESPANHA, António Manuel. Antigo Regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do Império colonial português. In: FRAGOSO, João; GOUVÊA, Maria de Fátima (eds). *Na trama das redes*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, pp.

res para a Europa, esses historiadores observaram que a coexistência de uma série de sistemas jurídicos e jurisdições distintas era uma característica básica das sociedades do Antigo Regime – as quais eram plurais, não singulares. A pluralidade não era restrita a grupos religiosos, étnicos, culturais ou raciais, como os historiadores hispano-americanos (e depois deles os historiadores do império) nos levaram a acreditar. Em vez disso, ela permeava toda a sociedade e foi incorporada na própria natureza do início do Estado moderno, que, como os historiadores da Europa há muito já apontaram, era um “Estado jurisdicional”.⁹ Esse Estado, mais do que uma estrutura unitária encabeçada por um rei, era um conglomerado composto por uma pluralidade de comunidades, isto é, de corporações e repúblicas. Nesse cenário, a autoridade pública era difusa, não concentrada, uma vez que era dividida entre múltiplos poderes, e o governo era por definição jurisdicional, sendo sua tarefa principal declarar e aplicar leis (*iuris-dictio*)¹⁰.

Radicalmente desigual e fragmentado, o Estado europeu do início da era moderna apresentava, portanto, uma pluralidade de autoridades que guardavam poder sobre pessoas e coisas, cada uma com uma esfera

43-94; HERZOG, Tamar. *Frontiers of Possession: Spain and Portugal in Europe and the Americas*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

9 – Essas ideias podem ser traçadas até, por exemplo: VON GIERKE, Otto; MAITLAND, Frederic William (trad.). *Political Theories of the Middle Age* (1881). Cambridge: Cambridge University Press, 1938; ou BLACK, Anthony; FISCHER, Mary (trad.). *Community in Historical Perspective* (1868). Cambridge: Cambridge University Press, 1990; e BRUNNER, Otto. *Land and Lordship: Structure of Governance in Medieval Austria* (1939). Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992. Desde então, os historiadores passaram a afirmar que essas estruturas não foram apenas medievais, tendo continuado a existir no início da era moderna: HESPANHA, António Manuel. A historiografia jurídico-institucional e a morte do estado. *Anuario de Filosofía del Derecho*, v. III, 1986, pp. 191-227, e CLAVERO, Bartolomé. *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*. Madri, 1986. Para uma versão mais recente dessas ideias, veja: FIORAVANTI, Maurizio. Stato e costituzione. in: FIORAVANTI, Maurizio (ed). *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*. Roma: Laterza, 2002, pp. 4-36; GARRIGA, Carlos. Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen. *ISTOR, Revista de Historia Internacional*, v. IV, n. 16, 2004. pp. 1-21.

10 – COSTA, Pietro. *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale (1100-1433)*. Milão: Giuffrè, 1969. Veja também GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma-Bari: Laterza, 1996.

de atuação relativamente autônoma. A competição entre as várias unidades de poder era intensa não apenas porque disputavam quem pertencia a qual delas, mas principalmente porque todos os indivíduos estavam a um só tempo sob a jurisdição de mais de uma autoridade. Indivíduos pertencentes a famílias, guildas ou associações eram residentes ou cidadãos de aldeias, vilas ou cidades, pertenciam a determinado estamento, eram nativos de uma determinada região, e assim por diante. Em cada uma dessas categorias, esses indivíduos eram submetidos a diferentes leis e autoridades. O próprio direito também era extremamente plural, uma vez que consistia em um amálgama de fontes e sistemas, gerando infinitos debates. Os juristas, as autoridades e os aplicadores do direito observavam os direitos romano, canônico, feudal, consuetudinário, local e Real, e se envolviam em múltiplos debates doutrinários sobre como a ordem pré-estabelecida que acreditavam existir poderia ser implementada em cada caso¹¹. O objetivo não era a obediência cega, mas sim a satisfação da necessidade de guiar os sujeitos para a concretização do objetivo maior de fazer a coisa certa¹².

A tomada de consciência sobre natureza diversa das sociedades do Antigo Regime (e de seus direitos) levou os historiadores da América Espanhola colonial a insistir que, não apenas as distinções jurisdicionais não necessariamente concretizavam um projeto voltado a separar e privilegiar os colonos, mas também que, mais do que uma única república espanhola e uma única república indígena, conviviam na América Espanhola múltiplas repúblicas espanholas e múltiplas repúblicas indígenas. Legalmente, cada comunidade, cada cidade, e cada grupo tinha a sua. Em outras palavras, havia a república de Lima, a república da vila próxima a Lima, e da vila seguinte, mas havia também uma república

11 – HESPANHA, António Manuel. Como os juristas viam o mundo. 1550-1750. Por exemplo, Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes. *CreateSpace Independent Publishing Platform*, 2015. pp. 6-30, 167-184, e 231-232. Veja também HERZOG, Tamar. *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2018. pp. 75-92.

12 – HESPANHA, António Manuel. *The Legal Patchwork of Empires. Rechtsgeschichte/Legal History*, v. 22, 2014. pp. 303-314, 306.

de nobres, uma república de plebeus, uma república de sapateiros, uma república de ourives, e assim por diante¹³.

Se as repúblicas eram múltiplas, e não singulares, e se dividiam a sociedade de acordo com uma multiplicidade de critérios que iam além de etnicidade ou sujeição ao poder colonial, elas também operavam de uma maneira dramaticamente diferente do que imaginaram os historiadores do império. Durante o período colonial, o poder de exercer jurisdição não determinava necessariamente o direito aplicável a cada caso¹⁴. As autoridades indígenas podiam implementar o direito consuetudinário indígena, mas também podiam considerar, e frequentemente o faziam, o direito espanhol. Da mesma forma, magistrados espanhóis por vezes levavam em conta o direito indígena. Assim, embora em algumas ocasiões os nativos estivessem sujeitos ao direito indígena implementado pelas autoridades indígenas, também estavam sujeitos ao direito indígena conforme aplicado pelos juízes espanhóis, e ao direito espanhol aplicado pelas autoridades indígenas e espanholas¹⁵. Além disso, os indígenas não eram submetidos

13 – VALLEJO, Jesús. El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del ius commune. *Revista de historia del derecho*, v. 38, 2009, pp. 1-13. Sobre o grau em que habitantes locais se percebiam como pertencentes a uma determinada comunidade, veja, por exemplo: CANEDO, Mariana. Los ‘pueblos de españoles’ en la monarquía hispánica. La ampliación de jurisdicciones hacia el autogobierno (Buenos Aires, siglo XVIII y primeros años del XIX). *Prohistoria*, v. 19, n. 25, 2016, pp. 3-27; e DUEÑAS, Alcira. *Indian Colonial Actors in Lawmaking of the Spanish Empire of Peru. Ethnohistory*, v. 65, n. 1, 2018, pp. 51-73. Sobre as corporações como repúblicas, veja: GAYOL, Víctor. Colofón. In: ROJAS, Beatriz (ed.). *Cuerpo político y pluralidad de derechos. Los privilegios de las corporaciones novohispanas*. México: Cide-Instituto Mora, 2007. pp. 275-295.

14 – DUVE, Thomas. Indigenous Rights: Latin America. In: DUBBER, Markus D.; TOMLINS, Christopher (eds). *The Oxford Handbook of Legal History*. Oxford: Oxford University Press, 2018. pp. 817-838, 833-834.

15 – BORAH, Woodrow. Justice by Insurance: *The General Indian Court of Colonial Mexico and the Legal Aids of the Half-Real*. Los Angeles: University of California, 1983; OWENSBY, Brian Philip. *Empire of Law and Indian Justice in Colonial Mexico*. Stanford: Stanford University Press, 2008; HERZOG, Tamar. Colonial law and ‘Native Customs’: Indigenous Land Rights in Colonial Spanish America. *The Americas*, v. 63, n. 3, 2013, pp. 303-321; DÍAZ REMENTERÍA, Carlos. *El cacique en el virreinato del Perú, estudio histórico-crítico*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977; DEARDORFF, Max. Republics, their Customs, and the Law of the King. Convivencia and Self-Determination in the Crown of Castile and its American Territories, 1400-1700. *Rechtsgeschichte/Legal History*, v. 26, 2018. pp. 162-199; DE LA PUENTE LUNA, José Carlos. That Which Belongs to

apenas ao direito indígena e ao espanhol aplicados por essas autoridades, mas também, dentro do direito espanhol, um *status* particular lhes era relegado. Por exemplo, os indígenas podiam ser classificados como «neófitos» (novos convertidos ao cristianismo) ou “miseráveis” (indivíduos indefesos, que exigiam proteção Real especial)¹⁶. Os indígenas compartilhavam dessas classificações – neófitos e miseráveis – com muitos não-indígenas. Como resultado, ao mesmo tempo que os indígenas podiam pertencer a uma das muitas repúblicas indígenas (aldeias), e podiam ser submetidos ao direito e às autoridades indígenas, eram também membros da República Espanhola, da república dos neófitos, da república dos miseráveis, da república dos sapateiros, da família, etc. Como acontecia na Europa, as autoridades de todas essas repúblicas, que determinavam e aplicavam seu próprio direito, deviam alcançar soluções justas, as quais se esforçaram para identificar usando como referência uma enorme pleto-rra de fontes e debates que não eram específicos de sua jurisdição, sendo, na verdade, na maior parte dos casos, compartilhados com outras autoridades. Em outras palavras, elas tinham autonomia (jurisdição), mas não necessariamente um direito distinto.

Se era dessa forma, se tanto na Europa como na América Latina colonial existiam múltiplas repúblicas e jurisdições, com suas autoridades julgando casos com referência em um conjunto compartilhado de critérios,

all: Khipus, Community, and Indigenous legal Activism in Early Colonial Andes. *The Americas*, v. 72, n. 1, 2015. pp. 19-54; YANNAKAKIS, Yanna; SCHRADER-KNIFFKI, Martina. Between the “Old Law” and the New: Christian Translation, Indian Jurisdiction, and Criminal Justice in Colonial Oaxaca. *Hispanic American Historical Review*, v. 96, n. 3, 2016. pp. 517-548; DUEÑAS, Alcira. The Lima Indian Letrados: Remaking the República de Indios in Bourbon Andes. *The Americas*, v. 72, n. 1, 2015. pp. 55-75.

16 – DUVE, Thomas. La condición jurídica del indio y su condición como persona miserabilis en el Derecho indiano. In: LOSANO, Mario G (ed). *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*. Milão:Giuffrè, 2004. pp. 3-33; DUVE, Thomas. Derecho canónico y la alteridad indígena: los indios como neófitos. In: ÖSTERREICHER, Wulf; SCHMIDT-RIESE, Roland (eds.). *Esplendores y miserias de la evangelización en América. Antecedentes europeos y alteridad indígena*. Berlin: De Gruyter, 2010. pp. 73-94; DELGADO, Paulino Castaneda. La condición miserable del indio y sus privilegios. *Anuario de Estudios Americanos*, v. 28, n.1, 1971. pp. 245-335; CUNILL, Caroline. El indio miserable: Nacimiento de la teoría legal en América colonial del siglo XVI. *Cuadernos intercambios*, v. 8, n. 9, 2011. pp. 229-248.

por que assumir – como fizeram os historiadores da América Espanhola do passado e muitos dos historiadores do império dos dias atuais – que o pluralismo jurídico operava majoritariamente por meio de categorias étnicas, religiosas ou culturais? Por que transformar as primeiras estruturas jurídicas modernas em um antecedente do multiculturalismo, como se diferenças culturais, étnicas ou religiosas fossem as mais relevantes diferenças não apenas hoje, mas também no início da Era Moderna?¹⁷ Por que transformar uma realidade habitual na Europa em uma especificidade colonial?

2. A Transição para a Modernidade.

Os vários regimes jurídicos que se aplicavam aos indivíduos em virtude da sua classificação em grupos ordenados segundo critérios de religião, etnia, sexo (o regime especial aplicado às mulheres), atividade profissional (as várias guildas, a igreja, os militares), residência (direitos de cidadania e a distinção entre cidadãos, residentes e forasteiros), estamento ou filiação, típicos do Antigo Regime, tanto na Europa como em suas colônias, passaram a sofrer ataques no século XVIII. Esses processos são bastante conhecidos e não precisam ser estudados em detalhes aqui. Basta dizer que o modelo jurisdicional do Estado e seu pluralismo foram questionados primeiramente pelos monarcas, que desejavam criar um novo tipo de comunidade, na qual os cidadãos estariam diretamente ligados aos reis em vez de a órgãos intermediários (repúblicas), e em que todos os demais ordenamentos jurídicos e autoridades seriam submetidos aos monarcas, os quais afirmar sua soberania¹⁸. Embora as reformas

17 – BURKE, Peter. *Foundation Myths and Collective Identities in Early Modern Europe*. In: STRÄTH, Bo (ed.). *Europe and the Other and Europe as the Other*. Brussels and New York: Peter Lang, 2000. pp. 113-122.

18 – Jean Bodin (1530-1596) foi o mais famoso defensor da ideia de soberania, apesar do fato de que, quando ele escreveu seus famosos *Seis Livros da República* (1576), suas propostas terem sido amplamente rejeitadas. Sobre o nascimento do absolutismo durante a Revolução Francesa, veja SANFILIPPO, Matteo. *Alcune note sul concetto di assolutismo nella storiografia europea*. In: PLATANIA, Gaetano (ed.). *L'Europa di Giovanni Sobieski. Cultura, politica, mercatura e società*. Viterbo: Sette Città, 2005. pp. 475-503, 479. Veja também. SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. *A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do antigo*

da autoridade monárquica tenham introduzido mudanças importantes, o verdadeiro fim das estruturas do Antigo Regime não aconteceu até a Revolução Francesa. Foi durante a Revolução que os atores contemporâneos, apesar de discordarem em relação à maior parte dos assuntos, inventaram (embora nem sempre tenham garantido) um novo tipo de soberania, a qual seria indivisível, exclusiva e monopolizada¹⁹. Os revolucionários também inventaram um novo sujeito jurídico, juridicamente igual a todos os outros, e um novo sistema normativo em que a legislação produzida pelos representantes do povo seria a única fonte do direito, a qual as demais autoridades (executivas) teriam de seguir. O objetivo era abandonar o antigo sistema, que considerava os indivíduos diferentes e desiguais e, portanto, merecedores de tratamento diferenciado conferido pelas diversas autoridades que determinavam e aplicavam as leis, e instituir, em seu lugar, uma única autoridade que supervisionaria os assuntos de todos de forma igualitária, utilizando um único ordenamento. A promessa da igualdade perante a lei, no entanto, nunca foi completamente cumprida. Enquanto algumas distinções entre indivíduos foram abolidas ou deliberadamente ignoradas, outras, como aquelas baseadas no gênero, estado civil e religião, persistiram.

Essas propostas revolucionárias foram logo disseminadas por todo o mundo. Dentre os muitos governos que foram por elas afetados estavam os novos Estados latino-americanos. Tendo conquistado sua independência no início do século XIX, a maioria desses Estados passou a instituir a igualdade perante a lei entre seus cidadãos, abolir as jurisdições da pluralidade de repúblicas e corporações até então vigentes, e conceder ao Estado o monopólio sobre a elaboração do direito. Em teoria, essas medidas exigiam a erradicação das estruturas do Antigo Regime e o fim

regime à modernidade. *Revista do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro*, v. 178, n. 473, pp. 327-424, especialmente , pp. 342-343.

19 – HERZOG, Tamar. *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millennia*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2018. pp. 183-203; BLAUFARB, Rafe. *The Great Demarcation: The French Revolution and the Invention of Modern Property*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 15-47; e HESPANHA, António Manuel. *Pluralismo jurídico e direito democrático. Prospectivas do direito no século XXI*. Coimbra: Almedina, 2019.

do modelo jurisdicional em que uma multiplicidade de autoridades declarava e aplicava o direito. A partir de então, formalmente, as únicas diferenças relevantes seriam as distinções entre nacionais e não nacionais, cidadãos e não cidadãos, pessoas livres e escravizadas²⁰. Muito anunciadas foram proclamações como a declaração de José de San Martín (1778-1850), em 1821, segundo a qual “de agora em diante, os aborígenes não serão chamados de índios ou nativos; eles são filhos e cidadãos do Peru e serão conhecidos como peruanos” ou a decisão de 1857 do Congresso Equatoriano que determinou que índios seriam “iguais aos demais equatorianos em relação aos deveres e direitos concedidos e impostos pela constituição”²¹.

Na prática, no entanto, a maioria dos Estados falhou em garantir a primazia da lei estatal, em abolir os direitos de muitas comunidades, e em garantir a igualdade perante a lei. Enquanto alguns países como Nueva Granada (uma organização política que existiu entre 1831 e 1858 e incluía os atuais Panamá e Colômbia) passaram quase imediatamente a conceder cidadania a todos os habitantes, outros, como Bolívia, Peru e Paraguai, mantiveram uma esfera jurídica indígena separada, adotando medidas destinadas a garantir que os nativos continuariam a residir em comunidades sujeitas à supervisão missionária²². No Equador, apesar da eliminação jurídica da categoria “índio”, as autoridades nativas continuaram a existir, embora os titulares de cargos de poder fossem agora identificados como “governadores” em vez de “caciques”, que era o termo

20 – VALENCIA, Leopoldo López. La tradición jurídica indiana en el Michoacán decimonónico. In: DUVE, Thomas (ed.). *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Berlín 2016. Madrid: Dykinson, 2017, v. 2. pp. 1513-1529, 1514; e MARTÍN, Javier García. De Persona moral a persona jurídica. Las corporaciones y su clasificación entre España y América (siglos XVIII-XIX). In: DUVE, Thomas (ed.). *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Berlín 2016. Madrid: Dykinson, 2017, v. 2. pp. 1481-1505, 1483-1486, 1491-1492.

21 – Citado em VAN AKEN, Mark. The Lingering Death of Indian Tribute in Ecuador. *The Hispanic American Historical Review*, v. 61, n. 3, 1981. pp. 429-459, 439 e 454.

22 – MERA, Manuel Góngora; SANTOS, Rocío Vera; COSTA, Sérgio. *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert, 2019. pp. 294-296.

usado anteriormente²³. No México, a categoria “índio” também desapareceu (em 1824), mas alguns municípios ainda eram reconhecidos como compostos majoritariamente por uma “população nativa”.

A teórica cegueira às diferenças, de todos os modos, mesmo quando instituída, não garantiu a igualdade de tratamento. Em algumas repúblicas da América Espanhola, impostos cobrados dos indígenas durante o período colonial, os quais foram inicialmente abolidos junto à categoria “índio”, foram reintroduzidos logo em seguida sob uma série de nomenclaturas diferentes²⁴. Essa reintrodução levou a novos esforços classificatórios, visando identificar quem eram os índios, para determinar quem deveria pagar os tributos. Em alguns casos, os novos tributos foram cobrados individualmente e, portanto, instituídos contra as estruturas comunitárias. Em outros, os tributos reforçaram o poder dessa estruturas, uma vez que, na prática, as autoridades comunitárias administravam essas novas obrigações fiscais e trabalhistas, além de diversos outros assuntos relacionados, como a distribuição de terras²⁵.

Paradoxalmente, os historiadores apontam que a abolição definitiva dos deveres indígenas em todo o continente a partir de meados do século XIX levou à intensificação, ao invés de à diminuição, do extrativismo, da expropriação de terras e da violência, embora, mais uma vez, a resposta a essas pressões, muitas vezes foi dada por meio da continuidade das autoridades comunitárias, que seguiam e impunham um “direito consuetudinário”²⁶.

23 – GUERRERO, Andrés. Curagas y tenientes políticos: La ley de la costumbre y la ley del estado. *Revista Andina*, v. 14, n. 2, 1989. pp. 321-366, 323-326 e 343-349.

24 – CONTRERAS, Carlos. Estado republicano y tributo indígena en la sierra central en la post independencia. *Revista de Indias*, v. 48, . 182-183, 1988. pp. 517-550; e TOHÁ, Cecilia Sanhueza. Ser ‘indio’ en el siglo XIX. Categorías fiscales y discurso social del estado boliviano en la provincia de Atacama. *Arica*, v. 47, n. 3, 2015. pp. 507-519.

25 – GUERRERO, Andrés. Curagas y tenientes políticos: La ley de la costumbre y la ley del estado. *Revista Andina*, v. 14, n. 2, 1989. pp. 328-336.

26 – LARSON, Brooke. *Trials of Nation Making. Liberalism, Race and Ethnicity in the Andes, 1810-1910*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2004. pp. 249, 252.

Em relação a esses e outros acontecimentos, os historiadores têm afirmado que a abolição das estruturas do Antigo Regime teve impactos mistos, afetando tanto privilégios como deveres²⁷. Embora a desigualdade perante a lei tenha teoricamente sido removida, também o foram as proteções especiais. As contribuições cobradas dos indígenas (tributo e mita) podem ter desaparecido, mas o custo dessa abolição era muitas vezes o desmantelamento das estruturas comunitárias indígenas. Também foram abolidas instâncias judiciais destinadas a facilitar o acesso dos indígenas à justiça, como o Juzgado Geral de Índios do México. Desapareceu em muitos lugares também o entendimento de que os índios estariam isentos de pagar outros impostos ou do recrutamento militar²⁸. Anunciada como um movimento de melhoramento da dos indígenas, agora supostamente libertos da subjugação e discriminação coloniais, a igualdade teórica perante a lei, em suma, levou muitas vezes à desapropriação de terras, à marginalização e até mesmo a um maior grau de desproteção²⁹.

O desejo de unificação do corpo de cidadãos, o qual era particularmente forte no início e em meados do século XIX, foi substituído no final do século pelo movimento inverso, partindo da assimilação à separação. Durante esse período, muitos países latino-americanos adotaram medidas voltadas a instituir distinções entre diferentes tipos de cidadãos, que prescreveram um *status* legal particular a seus habitantes indígenas. Nos anos de 1897, 1906 e 1929, por exemplo, o Equador criou arranjos especiais que colocavam os índios (identificados como raça indígena) sob tutela e proteção do Estado. O mesmo aconteceu no Brasil, onde, até a década de 1910, os índios também eram colocados sob tutela estatal como se fossem órfãos, e onde foram feitos arranjos especiais para garantir que fossem “civilizados” e “convertidos”. Em 1890, indígenas da Colômbia eram distinguidos uns dos outros pelo critério de se eram civilizados ou

27 – THOMAS, Marc Simon. *The challenge of legal pluralism: local dispute settlement and the Indian-State relationship in Ecuador*. New York: Routledge, 2017, p. 48.

28 – VAN AKEN, Mark. The Lingering Death of Indian Tribute in Ecuador. *The Hispanic American Historical Review*, v. 61, n. 3, 1981. pp. 431-432, 454-455.

29 – MERA, Manuel Góngora; SANTOS, Rocío Vera; COSTA, Sérgio. *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert, 2019. pp. 294.

não³⁰. Aqueles classificados como “selvagens” (salvajes) deveriam gozar de um regime jurídico “protetivo”. A eles não se aplicaria a “legislação geral da república” e, em seu lugar, as autoridades estatais e eclesiásticas ficariam encarregadas de sua “educação” e determinariam as normas a eles aplicáveis. As comunidades nativas julgadas “civilizadas”, por outro lado, ficariam sujeitas à legislação geral.

Nesse período, algumas medidas discriminatórias foram aplicadas diretamente aos índios e outras foram direcionadas a eles sem dizê-lo explicitamente. Um exemplo emblemático da irresoluta abolição das categorias do Antigo Regime foram os Códigos Penais Peruanos do século XX, que definiam alguns peruanos como limitados em sua compreensão da “moral dominante” e prescreveu a eles um processo penal distinto, visando “civilizar” em vez de punir. Os códigos também limitavam a responsabilidade penal desses indivíduos de maneira não muito diferente de como a lei colonial tratava os indígenas³¹. No Brasil, o Código Civil de 1916 definiu os índios ou silvícolas como “relativamente incapazes”, ao lado dos menores de 21 anos, e da pessoa com sofrimento mental³². Isso implicava que eles não tinham a plena capacidade jurídica para agir por conta própria. Eventualmente, em sintonia com processos semelhantes realizados por toda a América Latina, os índios brasileiros foram categorizados em diferentes classes dependendo de seu “estado civilizacional”, e cada categoria recebeu uma capacidade jurídica diferente e um grau diferente de responsabilização penal possível. O objetivo final de todas essas medidas, como foi argumentado, era assegurar a inserção gradual, mas harmoniosa, dos indígenas na comunidade nacional.

30 – *Id.*, pp. 298-299

31 – HERZOG, Tamar. Percibir el otro: El código penal de 1924 y la división de los peruanos en personas “civilizadas”, “semi-civilizadas” y “salvajes”. In: HERZOG, Tamar; SCHOLZ, Johannes Michael (eds.) *Observation and Communication: The Construction of Realities in the Hispanic World*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1997. pp. 399-414; POZO, José Hurtado. Derecho penal y derechos culturales. BORGUI, Marco; et al (eds.). *Derechos Culturales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997. pp. 105-127

32 – MERA, Manuel Góngora; SANTOS, Rocío Vera; COSTA, Sérgio. *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert, 2019. pp. 295-297, 517

Na década de 1960, no entanto, alguns juristas e políticos por todo o continente começaram a reconhecer timidamente a persistência da diversidade cultural, agora encarada de forma em certa medida favorável. Os índios, argumentavam os juristas, deviam ser incorporados à nação, mas também preservar sua própria cultura. A forma como esses impulsos contraditórios surgiram pode ser demonstrada pelo movimento realizado pelos legisladores brasileiros em 1973 para promulgar o Estatuto do Índio³³. Essa lei estendeu a proteção jurídica tanto aos indivíduos indígenas como a suas comunidades, ao mesmo tempo em que se comprometeu a “preservar sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Os Índios, assegurava o Estatuto, gozariam das mesmas proteções que todos os outros brasileiros, mas poderiam manter “seus usos, costumes e tradições”. A proteção, no entanto, seria concedida apenas “sempre que fosse possível” aplicar a eles “os benefícios da legislação comum”, e uma assistência especial seria concedida aos índios e comunidades “que ainda não estavam integrados na comunhão nacional”. Todo auxílio a eles prestado deveria considerar “as peculiaridades inerentes à sua condição” e o respeito aos seus “valores culturais, tradições, usos e costumes”.

A experiência da América Latina no século XIX e início do século XX demonstrou, portanto, a persistência e enormidade da zona cinzenta entre a república indígena oficialmente sancionada (a qual foi abolida) e a igualdade perante a lei (que nunca se materializou de fato), entre o respeito às tradições e a vontade de as abolir por completo. Assim, apesar da criação de nações com cidadãos iguais perante a lei (embora nunca política, social, econômica ou culturalmente iguais) e o surgimento de um monopólio estatal sobre a produção do direito, na prática, a igualdade e monopólio estatal eram apenas princípios orientadores. O que realmente acontecia era bem diferente, uma vez que, em muitos países da América Latina, as estruturas comunitárias indígenas e os ordenamentos jurídicos continuaram a existir, ou porque o Estado assim o quis ou porque

33 – O Estatuto do Índio de 1973 está disponível online em: <[http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm)>.

membros desses grupos o quiseram, ou uma mistura das duas coisas. As estruturas jurídicas indígenas continuaram a moldar a vida cotidiana de muitas comunidades onde a normatividade e as autoridades estatais estavam completamente ausentes, ou em que estas foram acompanhadas ou até mesmo substituídas por autoridades e normas comunitárias.

Diante desses acontecimentos, alguns historiadores concluíram que, em muitos países latino-americanos, o movimento para criar um cidadão comum redefiniu o que significava ser índio, partindo de uma identidade coletiva (como no período colonial) a uma classificação racial que, embora incluísse indivíduos reconhecidos como “nacionais”, na realidade abrangia grupos que eram considerados inferiores e, portanto, incapazes de cumprir as exigências da cidadania plena³⁴. Uma vez que o que estava em jogo não era mais a descendência, mas sim uma suposta preocupação com graus de integração e desempenho cultural, indivíduos com ascendência indígena que se comportavam como outros cidadãos, e/ou que estavam em uma situação social e econômica mais favorável, poderiam em teoria ser classificados como não-índios, ou como mestiços, e desfrutar, pelo menos em teoria, do acesso completo ao ordenamento jurídico estatal³⁵.

Enquanto alguns indígenas eram reconhecidos como cidadãos e outros eram classificados como insuficientemente capazes de obter esse *status*, durante esse período, os Estados hispano-americanos ignoravam, na maior parte do tempo, sua população africana. Ao caminhar em direção ao fim da escravidão e liberdade para todos, suas autoridades e legisladores não reconheceram os afro-latino-americanos como um grupo que detinha uma cultura diferente, ou que enfrentasse problemas que eram particulares a seus membros. Em outras palavras, apesar da constante

34 – LARSON, Brooke. *Trials of Nation Making. Liberalism, Race and Ethnicity in the Andes, 1810-1910*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2004. pp. 246-247.

35 – HARRIS, Olivia. Ethnic Identity and Market Relations: Indians and mestizos in the Andes. In: HARRIS, Olivia; LARSON, Brooke; TANDETER, Enrique (eds.). *Ethnicity, Markets and Migration in the Andes. At the Crossroads of History and Anthropology*. Durham: Duke University Press, 1995. pp. 351-390, 375-376

consciência da existência de um setor indígena que podia ou não requerer um tratamento especial, os afro-latino-americanos permaneceram, na maior parte do tempo, juridicamente invisíveis³⁶.

3. Interlúdio: Como a Continuidade da Existência do Direito Indígena passou a ser identificada como “Pluralismo”.

A identificação da persistência da existência do direito indígena como “pluralismo jurídico” remonta ao início do século XX, partindo principalmente de antropólogos jurídicos anglófonos que desejavam demonstrar a continuidade das estruturas jurídicas indígenas no tempo, apesar do colonialismo e apesar da teórica exclusividade do direito estatal³⁷. Esses antropólogos jurídicos sugeriram que as constantes tentativas das potências coloniais de garantir a superioridade de seu próprio direito falharam principalmente porque a dominação europeia nunca conseguiu

36 – MERA, Manuel Góngora; SANTOS, Rocío Vera; COSTA, Sérgio. *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert, 2019. pp. 299-300.

37 – MERRY, Sally Engle. Legal Pluralism. *Law and Society Review*, v. 22, n. 5, 1988. pp. 869-896. Veja também TAMANAHA, Brian. The Folly of the Social Scientific Concept of ‘Legal Pluralism’. *Journal of Law & Society*, v. 20, n. 2, 1993. pp. 192-217; e THORNHILL, Chris; CALABRIA, Carina; CESPEDES, Rodrigo; DAGBANJA, Dominic; O’LOUGHLIN, Elizabeth. Legal Pluralism? Indigenous Rights as Legal Constructs. *The University of Toronto Law Journal*, v. 68, 2018. pp. 440-493. Sobre como esses acadêmicos imaginaram o pluralismo, veja, por exemplo: HOOKER, M. B. *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*. Oxford: Clarendon Press, 1975; que examina tanto a imposição do direito europeu nas colônias, como o uso pós-colonial do direito europeu. O texto está interessado sobretudo em desvendar a dinâmica entre os sistemas jurídicos “dominante” e “servil” que coexistiram nos mesmos ambientes, em contextos coloniais ou pós-coloniais. Enquanto um é retratado como autóctone (ainda que afetado pelo colonialismo), o outro é definido como externo. Um antecedente desta análise foi EHRlich, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (1913). New Brunswick: Transaction Publishers, 2001, que estudou a interação entre o direito austríaco e a normatividade na Bucovina (então Moldávia, atual Ucrânia). Sobre a possível aplicabilidade do pluralismo jurídico antropológico ao contexto latino-americano, veja GUEVARA-GIL, Armando; THOME, Joseph. Notes on Legal Pluralism. *Beyond Law*, v. 2, n. 5, 1992, pp. 75-102. Esse texto também está disponível em espanhol como o primeiro capítulo de GUEVARA-GIL, Armando. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. pp. 29-59.

aniquilar as normatividades indígenas, as quais sobreviveram ao colonialismo e muitas vezes reemergiram em contextos pós-coloniais.

Enquanto uma primeira geração de estudiosos do “pluralismo jurídico” estava majoritariamente interessada na sobrevivência do direito indígena, na década de 1970, uma segunda geração começou a argumentar que todas as sociedades – incluindo aquelas que nunca foram colonizadas – eram plurais, no sentido de que todas admitiam a coexistência de vários sistemas jurídicos³⁸. De acordo com essa visão, mesmo no século XX, os Estados nunca detiveram um monopólio completo sobre a criação e aplicação de normas porque, sendo eles formalmente reconhecidos ou não, outros ordenamentos jurídicos prescritivos também existiam, como as práticas consuetudinárias ou as normas religiosas. Em reação a essas posturas, os estudiosos do império e das sociedades pós-coloniais insistiram que, embora todas as sociedades tivessem diferentes subgrupos com diferentes normas e mecanismos de coerção, havia uma distinção fundamental entre esse estado de coisas “natural” e o cenário colonial (ou pós-colonial), em que sistemas jurídicos impostos pelos colonos europeus coexistiam lado a lado com as esferas jurídicas indígenas, as quais os colonos não podiam (ou não queriam) aniquilar. Essas normatividades indígenas refletiam realidades e valores historicamente incorporados que antecederam a presença do Estado e, portanto, eram capazes de desafiar o direito estatal de maneira particularmente eficaz.

No final do século XX, uma terceira geração de estudiosos do “pluralismo jurídico” acrescentou novos cenários à discussão, como a Europa atual, onde a sociedade está aparentemente caminhando em direção a uma multiculturalidade³⁹. Devem os Estados europeus reconhecer as normas elaboradas no âmbito em novos grupos minoritários, fora dos órgãos estatais? Se isso se concretizar, não seria essa uma nova forma de pluralismo jurídico? Os acadêmicos do final do século XX também identificaram

38 – BIANCHI, Andrea. *International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 227-245, 227-231

39 – HOEKEMA, André J. European Legal Encounters between Minority and Majority Cultures; Cases of Interlegality. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 37, n. 51, 2005. pp. 1-28.

como “pluralismo jurídico” a penetração de direito não estatal, na forma de normas provenientes de organismos internacionais ou de outras entidades transnacionais, no interior do território dos Estados.

Um ponto em comum de todas essas interpretações era o desejo de descentralizar o direito estatal. Embora muitos dos estudiosos que compuseram esses debates discordassem sobre como identificar tanto o direito estatal como o direito não estatal, ou como distinguir o chamado direito não estatal de outras normas sociais não jurídicas, eles tendiam a concordar, em sua maioria, em seu questionamento da narrativa pós-revolução francesa que imaginava um Estado todo-poderoso e totalmente soberano, detentor de monopólio completo sobre a produção do direito⁴⁰. Apontando para o fracasso ou limitado sucesso desse modelo, esses estudiosos também concordavam quanto à rejeição do entendimento convencional pós-revolucionário de que a lei deveria ser aplicada igualmente a todos os cidadãos. Em vez disso, eles apresentaram a necessidade, talvez até a urgência, de distinguir entre os indivíduos de acordo com quem eles eram. Se, de fato, nem todos os cidadãos eram semelhantes, não havia razão, segundo esses estudiosos, para impor a todos uma semelhança artificial, sujeitando-os às mesmas leis e autoridades.

Apesar de terem objetivos dramaticamente diferentes, os estudiosos do pluralismo jurídico tinham portanto em comum a prática de lembrar seus leitores de que as transformações jurídicas propostas no final do século XVIII e início do século XIX, sendo a maioria delas apresentada pelos revolucionários franceses, se consubstanciaram apenas em um projeto que nunca foi totalmente colocado em prática, e que talvez não mais correspondesse às nossas preocupações atuais. Todos concordavam que

40 – GILISSEN, John (ed.). *Le pluralisme juridique*. Brussels: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972. Destacando a separação entre os Estados pluralistas jurídicos pré-modernos e o pluralismo jurídico aplicado aos povos indígenas veja também TAMANAHA, Brian. Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global. *Sydney Law Review*, v. 30, 2008, pp. 375-411, 376, e TUORI, Kaius. The Disputed Roots of Legal Pluralism. *Law, Culture, and the Humanities*, v. 9, n. 2, 2011. pp. 330-351, 336, 349-350. Veja também GRIFFITHS, John. What is Legal Pluralism. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 24, 1986, pp. 1-55.

era seu dever visibilizar as complexidades do presente e dar a pelo menos algumas delas algum grau de legitimidade. Portanto, não é surpreendente que a maioria dos acadêmicos que se engajaram no pluralismo jurídico se concentrou nas diferenças culturais e étnicas entre os cidadãos, questão que identificaram como justificativa da coexistência de várias esferas jurídicas, ou, em sua terminologia, do pluralismo jurídico. Embora essa trajetória e suas conclusões façam sentido, é muito menos evidente a razão pela qual os historiadores da América Espanhola e dos impérios do início da Era Moderna seguiram cegamente essa corrente, importando para o passado nossa atual fascinação com as limitações do poder estatal, e nossa fixação contemporânea no multiculturalismo⁴¹.

4. O Pluralismo Jurídico Atual.

Independentemente da questão de como os historiadores confundiram passado e presente, a versão do pluralismo jurídico que se concentrou na diversidade cultural, originada no início do século XX principalmente entre antropólogos jurídicos, foi largamente defendida por atores latino-americanos contemporâneos. Esses atores, assim como seus observadores, identificaram as novas estruturas que surgiram no final do século XX como uma materialização do “pluralismo jurídico”. Segundo eles, o pluralismo se manifestou no movimento gradual de reconhecimento das

41 – A tendência incompreensível de identificar diferenças culturais e religiosas no passado como elemento central do pluralismo jurídico está claramente presente em BENTON, Lauren. *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Por exemplo, na p. 2., permite que Benton considere MULDOON, James. *Popes, Lawyers, and Infidels. The Church and the Non-Christian World, 1250-1550*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1979. (o qual estuda como o direito canônico definia as relações entre cristãos e não cristãos) um “trabalho fundamental sobre o pluralismo jurídico no início da expansão europeia ao Atlântico”, citação 8, p. 15. Benton novamente insiste na centralidade da diversidade religiosa e cultural no início do período moderno em BENTON, Lauren. Historical Perspectives on Legal Pluralism. *Hague Journal on the Rule of Law*, v. 3, 2011. pp. 57-69, 58-59. A insistência em transformar a experiência de judeus e muçulmanos na Espanha em um precedente para o imperialismo também é factualmente errada: no início do século IV, judeus e muçulmanos mantinham (até certo ponto) suas leis e costumes, mas não tinham mais uma jurisdição separada: Max DEARDORFF, *Republics, their Customs, and the Law of the King. Convivencia and Self-Determination in the Crown of Castile and its American Territories, 1400-1700. Rechtsgeschichte/ Legal History*, v. 26, 2018. p. 170.

diversidades culturais entre os cidadãos e de consagração legal do “direito à diferença”⁴². Estava na moda, agora, uma nova imagem da sociedade. Mais do que constituída por cidadãos iguais entre si, ela era agora compreendida como o coletivo dos diversos grupos cuja existência antecedia a declaração de independência. Esses grupos tinham cada um sua própria cultura e, mais importante, seu próprio direito consuetudinário, o qual podia ser implementado entre os membros da comunidade por suas autoridades⁴³.

Adotando formalmente esse novo entendimento, muitas constituições latino-americanas do final do século XX incluíram declarações sobre o caráter multiétnico, multicultural ou multinacional de seus Estados⁴⁴. Na maioria dos casos, também reconheceram a existência de grupos étnicos, de seu direito consuetudinário, de seus direitos coletivos, de sua autonomia territorial, autogoverno e direito à educação bilíngue. Essas constituições instituíram novas esferas jurídicas que não aquelas monopolizadas pelo Estado, ao permitir que as comunidades adotassem em sua administração e resolução de conflitos internos decisões que seguissem suas próprias normas consuetudinárias⁴⁵.

Esse processo começou timidamente em meados do século quando alguns Estados, como o Equador, reconheceram o direito das comunidades locais, muitas vezes identificadas como “indígenas”, à posse coletiva da terra, e instituíram órgãos responsáveis pela administração dessas terras, os quais deveriam seguir o “direito consuetudinário”⁴⁶. Essa ten-

42 – Sobre o direito à diferença, veja também GUEVARA-GIL, Armando; THOME, Joseph. Notes on Legal Pluralism. *Beyond Law*, v. 2, n. 5, 1992, pp. 77-78, 97-98

43 – A pré-existência de comunidades indígenas foi clara e abertamente adotada, por exemplo, pela Constituição do Paraguai, art. 62 (1992): MERA, Manuel Góngora; SANTOS, Rocío Vera; COSTA, Sérgio. *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert, 2019. p. 488.

44 – O primeiro Estado a fazê-lo foi a Nicarágua em 1987, seguida pela Bolívia (1994) e pelo Equador (1996 e 1998).

45 – UPRIMNY, Rodrigo. The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges. *Texas Law Review*, v. 89, 2011. pp. 1587-1609, 1589-1592.

46 – THOMAS, Marc Simon. *The challenge of legal pluralism: local dispute settlement*

dência continuou na década de 1970, quando um número crescente de Estados latino-americanos previu proteções adicionais para as comunidades indígenas⁴⁷. Em 1979, a Constituição do Equador permitiu o uso de línguas indígenas nas escolas, assim como fez a Constituição do Peru, a qual incluiu a obrigação de preservar e estimular inclusive as “manifestações culturais” dos grupos nativos. A Constituição de Honduras de 1982, prometeu adotar medidas para proteger os direitos e interesses das comunidades indígenas e, em 1985, a Constituição da Guatemala garantiu o direito dos indígenas à terra. Em 1991, a Constituição da Colômbia foi ainda mais longe, reconhecendo o direito das autoridades indígenas de exercer funções jurisdicionais dentro dos territórios indígenas, de acordo com suas próprias normas e procedimentos. Pouco depois, seguiram-se outros países, como México, Bolívia, Equador e Guatemala.

No entanto, por mais amplas e profundas que fossem essas movimentações, o reconhecimento da diversidade jurídica não era absoluto. A Constituição da Colômbia de 1991, por exemplo, limitou a aplicabilidade de normas e procedimentos indígenas pelas autoridades nativas a somente aqueles que “não eram contrários à constituição e às leis da república”.⁴⁸ Ao mesmo tempo em que a Corte Constitucional colombiana, desejando maximizar a autonomia das comunidades indígenas e minimizar as restrições a elas aplicadas, tendeu a dar a essa previsão uma interpretação restri-

and the Indian-State relationship in Ecuador. New York: Routledge, 2017, pp. 48, 52-54.
47 – MERA, Manuel Góngora; SANTOS, Rocío Vera; COSTA, Sérgio. *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert, 2019, pp. 486-487.

48 – COLÔMBIA. *Constitución Política de la República de Colombia*. 20 jul, 1991. Disponível em: <<http://secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>>. Acesso em 6 mar. 2023. Artigo 246. N.T.: uma tradução para o português da Constituição está disponível em: <https://jus.com.br/artigos/97967/constituicao-da-colombia-de-1991-revisada-em-2015>. Em alguma medida, foram similares os arranjos da Constituição do Equador de 1998, arts. 84 e 19, e da Constituição do Equador de 2008, arts. 57 e 171. O artigo 344 do Código Orgánico de la Justicia, do Equador, também definiu o escopo da jurisdição indígena e as formas como ela interagiria com as autoridades estatais. Também releva citar a Constituição do Peru de 1993, art. 149. Uma reflexão inicial sobre como o direito estatal e o direito indígena poderiam coexistir é desenvolvida em FAJARDO, Raquel YRIGOEYEN. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

tiva, segundo a qual as normas indígenas não necessitariam se submeter a toda a legislação nacional (caso contrário, a normatividade indígena seria uma farsa), a Corte ainda indicava limites que não poderiam ser violados. Segundo seus juízes, esses limites deveriam ser definidos em um “verdadeiro consenso intercultural” ou incluir o “núcleo de direitos intocáveis”, como o direito à vida, a proibição da escravidão, a proibição da tortura, e algum nível de devido processo⁴⁹. Uma solução semelhante foi adotada no México em 2001, quando a Constituição de 1917 foi emendada para estabelecer que os indígenas poderiam aplicar seus sistemas jurídicos a seus conflitos internos, “sujeitos aos princípios gerais desta Constituição, respeitando os direitos fundamentais, os direitos humanos e, de maneira relevante, a dignidade e segurança da mulher.”⁵⁰. Em 2004, a Suprema Corte da Guatemala decidiu, de forma semelhante, que a primazia do direito indígena é limitada por normas internacionais. Em 2010, na Bolívia, a lei que estabeleceu a jurisdição indígena determinou que o direito consuetudinário indígena não deveria ser aplicado em casos que envolvessem direito penal ou direitos humanos⁵¹. O Tribunal Constitucional da Bolívia veio logo em seguida, determinando que detinha o dever de garantir que o direito indígena não violaria os direitos constitucionais e outros direitos fundamentais. Por meio dessas iniciativas, as cortes latino-americanas seguiam também a orientação presente no artigo 8.2 da Convenção sobre

49 – ISA, Felipe Gómez. Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective: The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 36, 2014, pp. 722-755, 737-739. Veja também VELASCO, Marcela. Multiculturalism, Legal Pluralism, and Local Government in Colombia: Indigenous Autonomy and Institutional Embeddedness in Karmata Rúa, Antioquia. *Journal of Latin American Studies*, v. 50, 2017. pp. 517-547, 526-528; e THORNHILL, Chris; CALABRIA, Carina; CESPEDES, Rodrigo; DAGBANJA, Dominic; O’LOUGHLIN, Elizabeth. Legal Pluralism?. Indigenous Rights as Legal Constructs. *The University of Toronto Law Journal*, v. 68, 2018. pp 747-748.

50 – MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. 5 fev.1917. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>>. Acesso em 6 mar. 2023. Art. 2. alínea II. N.T.: Uma tradução da Constituição para o português está disponível em: <https://jus.com.br/artigos/98076/constituicao-do-mexico-de-1917-revisada-em-2015>

51 – THORNHILL, Chris; CALABRIA, Carina; CESPEDES, Rodrigo; DAGBANJA, Dominic; O’LOUGHLIN, Elizabeth. Legal Pluralism?. Indigenous Rights as Legal Constructs. *The University of Toronto Law Journal*, v. 68, 2018. pp. 747, 475-478.

Povos Indígenas e Tribais, datada de 1989 (Convenção da OIT nº 169), que defendeu o direito dos povos indígenas e tribais “de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”. O art. 9 da convenção previu, de forma similar, que “na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos por seus membros”⁵².

Historiadores que estudaram esses acontecimentos comentaram que, embora muitos países latino-americanos agora garantam algum nível de pluralismo jurídico, a normatividade estatal continua a deter superioridade. Em outras palavras, o pluralismo jurídico latino-americano é, segundo alguns, “fraco”, e segundo outros, “assimétrico”⁵³. Ele distingue o que alguns estudiosos categorizaram como o índio “permissível” (cuja cultura e normatividade distintas podem ser toleradas) do índio não-permissível (cujas normas devem ser rejeitadas)⁵⁴. Ou, de acordo com outros, procura defender valores universais, majoritariamente direitos humanos básicos, mas permite alguma medida de diversidade cultural e étnica. Os estudiosos que se debruçaram sobre esses acontecimentos também questionaram se essas mudanças legais foram de fato implementadas, e

52 – O texto da convenção está disponível online em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-143-20-junho-2002-458771-convencao169-pl.pdf>

53 – SCHILLING-VACAFLOR, Almut; KUPPE, René. Plurinational Constitutionalism: A New Era of Indigenous-State relations? In: SCHILLING-VACAFLOR, Almut; NOLTE, Detlef (eds.). *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*. Ashgate, 2012, pp. 347-370, 352. Veja também. BARRERA, Anna. Turning Legal Pluralism into State-Sanctioned law: Assessing the Implications of the New Constitutions and Laws in Bolivia and Ecuador. In: SCHILLING-VACAFLOR, Almut; NOLTE, Detlef (eds.). *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*. Ashgate, 2012. pp. 371-390. Sobre pluralismo jurídico forte vs. pluralismo jurídico fraco, veja GRIFFITHS, John. What is legal pluralism?. In: *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 24, 1986, pp. 1-55.

54 – R. HALE, Charles. Neoliberal Multiculturalism: The Remaking of Cultural Rights and Racial Dominance in Central America. *Political and Legal Anthropology Review*, v. 28, n. 1, (2005). pp. 10-28, 24.

em que grau, além de denunciaram a ausência, na maioria dos países, da legislação necessária para traduzir essas normas constitucionais em práticas reais.

Enquanto as implicações teóricas da instituição do pluralismo jurídico foram até certo ponto exploradas, juristas e estudiosos deram atenção limitada a como esses processos afetaram o direito indígena. A suposição inicial era que o direito seria reconstruído por meio da observação de práticas dentro da comunidade. Esse entendimento tendia a imaginar as sociedades indígenas como ancestrais, tradicionais e estáticas, e a essencializar o direito indígena, entre outras questões, pela suposição de que ele era endógeno aos nativos e anterior ao direito estatal. Os observadores, portanto, pressupunham que as normas indígenas eram necessariamente diferentes da lei estatal e que poderiam se tornar um instrumento de resistência a imposições estrangeiras, permitindo que os indígenas mantivessem algum nível de autonomia⁵⁵. De acordo com essa lógica, para conservar as especificidades indígenas e garantir sua reprodução, era fundamental separar o direito indígena do direito estatal, e tratá-los como duas realidades separadas. Nesse cenário, os antropólogos poderiam servir como testemunhas especializadas, capazes de informar tanto as comunidades indígenas (!) e os tribunais sobre quais grupos existiam, quem pertencia a eles e quais eram seus costumes⁵⁶.

Essa suposição (de que o direito indígena seria fácil de identificar e aplicar) tem sofrido questionamentos nos últimos anos. Estudiosos têm apontado que, durante o período colonial, o uso do direito indígena

55 – PINTO, Simone Rodrigues; ÁVILA, Carlos Federico Domínguez. Sociedades plurales, multiculturalismo y derechos indígenas en América Latina. *Política y Cultura*, v. 35, 2011. pp. 49-65, 52-53; e COSTA Sérgio. Freezing Differences: Politics, Law and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. In: MASCAREÑO, Aldo; ARAÚJO, Kthya (eds.). *Legitimization in World Society*. Ashgate, 2012. pp. 139-159, 139

56 – Sobre como isso foi feito no Peru, no que toca à responsabilidade criminal veja, por exemplo, GUEVARA-GIL, Armando. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. pp. 191-237, que reproduz seu texto intitulado El peritaje antropológico en la corte superior de justicia de Loreto. Para um texto que critica a dependência de antropólogos, veja, por exemplo, AGUIRRE, Francisco Ballón. *Introducción al derecho de los pueblos indígenas*. Lima: Defensoría del Pueblo, 2002. p. 78

por autoridades espanholas e indígenas muitas vezes levou à adoção de soluções que teriam surpreendido a maioria dos nativos⁵⁷. Juízes tanto espanhóis como nativos tomaram emprestado e misturaram os direitos espanhol e indígena, bem como inseriram em ambas suas próprias visões sobre o que era justo e o que era possível. Embora ainda saibamos muito pouco sobre os acontecimentos pós-independência, evidências datadas do final do século XX e início do século XXI indicam mais complexidade do que clareza⁵⁸. Em muitos casos, a autonomia jurídica indígena abriu o caminho para grandes transformações, uma vez que os indígenas articulavam seus costumes de acordo tanto com passado como com o presente – constituindo ambas oportunidades políticas e econômicas – e sempre em diálogo com outras culturas. Em alguns lugares, após a legitimação da normatividade indígena, as comunidades das aldeias deliberaram abertamente sobre quais deveriam ser seus costumes. Abandonando completamente o direito oral tradicional, elas se debruçaram em longas negociações entre diferentes grupos sociais e étnicos, que buscavam elaborar códigos escritos para formalizar uma nova normatividade consensual⁵⁹. O resultado foi, muitas vezes, o estabelecimento de normas que harmonizavam o direito indígena com o local, o estatal e até com o direito internacional; e refletiam tanto visões de mundo tradicionais, como novas ideias. Em outros casos, as autoridades comunitárias permitiram a influ-

57 – BORAH, Woodrow. *Justice by Insurance: The General Indian Court of Colonial Mexico and the Legal Aids of the Half-Real*. Los Angeles: University of California, 1983; HERZOG, Tamar. Colonial law and ‘Native Customs’: Indigenous Land Rights in Colonial Spanish America. *The Americas*, v. 63, n. 3, 2013; DÍAZ REMENTERÍA, Carlos. *El cacique en el virreinato del Perú, estudio histórico-crítico*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977.; DUEÑAS, Alicia. *Indians and Mestizos in the “lettered City:” Reshaping Justice, Social Hierarchy, and Political Culture in Colonial Peru*. Boulder: University Press of Colorado, 2010.

58 – DE CUNHA, Manuela Carneiro; ALMEIDA, Mauro. Indigenous People, Traditional People and Conservation in the Amazon. *Daedalus*, v. 129, 2000. pp. 315-338; DUVE, Thomas. *Indigenous Rights in Latin America: A Legal-Historical Perspective*. Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series no. 2017-02. 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2976301> Acesso em 27 fev. 2023. pp. 2, 8-12, 14-15.

59 – VELASCO, Marcela. Multiculturalism, Legal Pluralism, and Local Government in Colombia: Indigenous Autonomy and Institutional Embeddedness in Karmata Rúa, Antioquia. *Journal of Latin American Studies*, v. 50, 2017.

ência mútua entre o direito consuetudinário e o direito estatal, cooptando o que achavam útil. Por vezes, a legitimação de uma esfera jurídica indígena introduziu mudanças importantes em campos específicos como, por exemplo, nas condições das mulheres⁶⁰. Por outro lado, em alguns casos, em vez de “escavar” um direito ancião, as autoridades indígenas se engajaram criativamente com as possibilidades disponíveis para reformular quem eram e quais eram seus costumes.

Independentemente do caminho tomado, na maioria dos casos, a busca de um direito autóctone não dependia de uma reconstrução etnográfica ou antropológica das normas comunitárias. Pelo contrário, essa busca desencadeava complexos processos de transformação e adaptação que também absorviam influências e insumos externos. O direito indígena que surgiu desses esforços representou, segundo alguns estudiosos, não um movimento para legitimar as esferas jurídicas indígenas, mas sim um processo social que permitiu “ao ordenamento jurídico nacional” desenvolver “novos instrumentos para promover a inclusão dos atores sociais que o rodeavam”⁶¹. De fato, muitas das normas identificadas como indígenas foram geradas não tanto pelas práticas inerentes dessas comunidades, mas pelos “modos de produção jurídica e inclusão globais”.

Assim, se a suposição implícita era de que o novo direito costumeiro indígena entraria em oposição ao direito estatal, ou pelo menos seria substancialmente diferente dele, não há evidências de que tal seja atualmente o caso. Tampouco há evidência de que os indígenas são (ou eram) necessariamente contra o direito estatal e a favor do direito consuetudinário, ou que veem ambos como diametralmente opostos. Em outras palavras, a prática demonstrou que, na América Latina, em vez de dois sistemas distintos, o direito estatal e o indígena eram frequentemente sobrepostos, mutuamente influenciados e misturados, criando uma esfera

60 – SIEDER, Rachel; BARRERA, Anna. Women and Legal Pluralism: Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes. *Journal of Latin American Studies*, v. 49, 2017. pp. 633-658.

61 – THORNHILL, Chris; CALABRIA, Carina; CESPEDES, Rodrigo; DAGBANJA, Dominic; O’LOUGHLIN, Elizabeth. Legal Pluralism? Indigenous Rights as Legal Constructs. *The University of Toronto Law Journal*, v. 68, 2018. pp. 447.

de “interlegalidade” com forte grau de interconectividade⁶². Não havia necessariamente um embate, nem uma necessidade de escolha. Em vez disso, havia coordenação e administração constantes.

Como aconteceu durante o Antigo Regime, o ressurgimento na América Latina do final do século XX de novas jurisdições voltadas à aplicação de normas indígenas às pessoas indígenas levou a contínuos processos de identificação. Agora que ser indígena trazia consequências jurídicas importantes, a identificação de quem era quem se tornou mais uma vez uma questão controversa⁶³. Perguntas elaboradas durante o período colonial também vieram à tona: seria a indigeneidade uma categoria baseada em ascendência, cultura, local de residência, ou autoidentificação? Como responder a essas perguntas era difícil, a maioria dos países latino-americanos evitava definir indigeneidade de maneira clara e inequívoca. Em 1973, no Brasil, o Estatuto do Índio tratou “índio” e “silvícola” como sinônimos, e incluiu nessa categoria: “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”⁶⁴. Definiu ainda comunidades indígenas ou grupos tribais (tratados como sinônimos) como “conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem, contudo, estarem neles integrados”. A lei deu um tratamento diferenciado aos índios de acordo com o critério de

62 – THOMAS, Marc Simon. *The challenge of legal pluralism: local dispute settlement and the Indian-State relationship in Ecuador*. New York: Routledge, 2017. Sobre a interlegalidade, veja: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 437

63 – GOOTENBERG, Paul. Population and Ethnicity in Early Republican Peru. *Latin American Research Review*, v. 26, n. 3, 1991. pp. 109-157, 145-152. Também interessante é GUEVARA-GIL, Armando. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. pp. 84-92, que discutiu tanto as prescrições legais como as reações indígenas a elas no longo prazo.

64 – BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm> Acesso em 6 mar. 2023. art. 3.

se eram isolados, em vias de integração, ou integrados. Não muito diferente foi a decisão da Corte Constitucional da Colômbia que sugeriu uma definição de acordo com a qual as comunidades indígenas consistiam em um conjunto de famílias de ascendência ameríndia que compartilhavam um sentimento de identificação com seu passado indígena e mantinham elementos e valores próprios de sua cultura tradicional, formas de governo e controle social interno, que as distinguia de outras comunidades rurais⁶⁵. No Peru, desde 1995, os órgãos estatais, em sua maioria, seguiram as definições presentes em tratados internacionais, bem como os arranjos internos, que em sua maioria classificavam como índios os descendentes de populações que habitavam o território antes da chegada dos europeus, as quais conservaram toda ou parte de suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas⁶⁶. Embora a insistência na continuidade fosse geral, pesquisas demonstraram que os poderes renovados das comunidades indígenas, bem como sua jurisdição refundada, levaram à identificação como indígenas de indivíduos e comunidades que anteriormente não tinham sido identificados como tal, ou que tinham abandonado essa identificação, mas que agora a consideravam útil novamente. Acadêmicos que estudaram esses processos concluíram que, na América Latina do final do século XX, a identidade de grupo era muitas vezes o resultado de interações complexas entre normas locais, estatais e internacionais, e agências governamentais, missionários, antropólogos, a igreja e organizações internacionais⁶⁷.

65 – MERA, Manuel Góngora; SANTOS, Rocío Vera; COSTA, Sérgio. *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert, 2019. pp. 503, 512-513. Veja também as pp. 506-507, sobre como o reconhecimento das terras comunais levou ao surgimento de novas identidades.

66 – Também interessante é GUEVARA-GIL, Armando. *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. pp. 89-90.

67 – JACKSON, Jean. Being and Becoming Indian in the Vaupés. In: URBAN, Greg; SHERZER, Joel (eds.). *Nation-States and Indians in Latin America*. Austin: University of Texas Press, 1991, pp. 131-155. Veja também WADE, Peter. *Race and Ethnicity in Latin America*. Chicago: Pluto Press, 1997. pp. 120-121.

5. Afro-latino-americanos

Inicialmente, o novo pluralismo jurídico latino-americano se centrou principalmente na proteção dos direitos indígenas. No entanto, nos últimos anos, tem havido uma consciência crescente, pelo menos em partes do continente, de que indivíduos de ascendência africana também formam grupos com uma leitura distinta sobre o direito e que também merecem reconhecimento coletivo e um certo grau de autonomia jurídica. No entanto, mesmo nos casos em que os afro-latino-americanos obtiveram direitos coletivos, a diferença entre os direitos que eles e o que os indígenas receberam é extremamente reveladora. Por exemplo, a Constituição do Equador de 1998, art. 83, reconheceu como componentes da nação os “povos indígenas que se autodefinem como nacionalidades de origem ancestral e os povos negros, ou afro-equatorianos”⁶⁸. No entanto, enquanto o art. 84 “reconhecia e garantia” ao indígena uma série de direitos, entre eles, a conservação de sua identidade, tradições, propriedade, formas tradicionais de organização social e seu exercício de autoridade, o art. 85 determinou especificamente que o Estado somente reconheceria e garantiria esses direitos aos afro-equatorianos “na medida em que fossem aplicáveis a eles”. Dez anos depois, o art. 56 da Constituição do Equador de 2008 novamente reconheceu tanto os indígenas como os afro-equatorianos como componentes da nação. Adicionalmente, o art. 60 determinou que os “afro-equatorianos ancestrais e sertanejos costeiros” podem “estabelecer distritos territoriais para a preservação de sua cultura” e/ou estabelecer comunidades com propriedade coletiva da terra. No entanto, apesar desses avanços, mesmo em 2008, os direitos concedidos aos afro-descendentes não eram tão abrangentes quanto aqueles concedidos aos indígenas. Assim, enquanto o art. 57 da Constituição de 2008 tratou extensivamente dos direitos das comunidades indígenas, enumerando entre eles o direito de “manter suas próprias formas de convivência pacífica”, de instituir autoridades, e de autodeterminação, o art. 58, que tratou dos afrodescendentes, apenas afirmou que seus “direitos coletivos” seriam re-

68 – EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. 11 ago. 1998. Disponível em: <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1998.pdf>. Acesso em 6 mar. 2023.

conhecidos. Não houve nenhuma previsão similar ao art. 171, que tratou dos indígenas, garantindo aos equatorianos afrodescendentes sua própria jurisdição, ou dando a suas autoridades o direito de performar papéis jurídicos no que tocasse a suas disputas internas⁶⁹.

De acordo com estudiosos, esse tratamento diferenciado pode ser explicado pela história. Estruturas coloniais reconheceram a existência de uma república indígena, mas não de uma africana⁷⁰. Também prejudicial à causa africana pode ter sido o fato de que, tradicionalmente, grupos indígenas tinham maior visibilidade pública, e, portanto, sua existência parecia mais patente. Mais importante, no entanto, pode ter sido o fato de que os afrodescendentes eram em sua maioria imaginados como pertencentes a uma comunidade racial e não étnica e, atualmente, os direitos das comunidades étnicas são mais reconhecidos do que os direitos dos grupos raciais⁷¹. De fato, a concessão de direitos comunitários aos afro-latino-americanos, incluindo direitos de jurisdição, geralmente aconteceu depois que os membros desses grupos (ou seus defensores) adotaram a linguagem da etnia. Honduras, por exemplo, passou a aplicar, na década de 1990, a maioria das políticas tanto para indígenas como para afro-hondurenhos, argumentando que alguns afro-hondurenhos, principalmente os Garífuna, pertenciam às “etnias autóctones”⁷². Enquanto os Garífuna conseguiram obter reconhecimento, outros afro-hondurenhos foram em sua

69 – EQUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. 20 out. 2018. Disponível em: <<https://www.ambiente.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/09/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador.pdf>>. Acesso em 6 mar. 2023.

70 – HOOKER, Juliet. Indigenous Inclusion/Black Exclusion: Race, Ethnicity and Multicultural Citizenship in Latin America. *Journal of Latin American Studies*, v. 37, 2005. pp. 285-310; HOFFMAN, Odile (ed.). *Política e identidad: Afrodescendientes en México y América Central*. México: UNAM, 2010; OJULARI, Esther. *The Social construction of Afro-Descendant Rights in Colombia*. LENNOX, Corrine (ed.) *Contemporary Challenges in Securing Human Rights*. London: University of London, 2015. pp. 19-28, 20-22; ANDERSON, Mark. When Afro Becomes (like) Indigenous: Garifuna and Afro-Indigenous Politics in Honduras. *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, v. 12, n. 2, 2007. pp. 384-413, 390-391.

71 – HOOKER, Juliet. Afro-descendant Struggles for Collective Rights in Latin America: *Between Race and Culture*. *Souls*, v. 10, n. 3, 2008. pp. 279-291.

72 – ANDERSON, Mark. When Afro Becomes (like) Indigenous: Garifuna and Afro-Indigenous Politics in Honduras. *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, v. 12, n. 2. 385-386.

maioria excluídos desses benefícios precisamente porque sua existência coletiva como grupo étnico foi não reconhecida. De forma semelhante, em 1991, a Constituição da Colômbia reconheceu “comunidades negras” residentes da Bacia do Pacífico como detentoras do direito à propriedade coletiva⁷³. Em 1993, a legislação colombiana, definindo quem eram essas comunidades, adotou um entendimento que equiparava seus membros àqueles pertencentes a “famílias de descendência afro-colombiana” que possuíam “cultura própria, compartilhavam de uma história comum, tinham tradições e costumes próprios” e “revelavam e preservavam a consciência de uma identidade que os distinguia de outras etnias”⁷⁴. Em 2001, a Corte Constitucional da Colômbia explicitou essas associações ao decidir pela possibilidade de estender a proteção das comunidades indígenas aos afro-colombianos, não por sua raça ou cor de sua pele, mas devido ao seu *status* como membros de grupos étnicos detentores de identidades que devem ser protegidas. Seguindo a mesma lógica, em 2008, os representantes da Assembleia Constituinte Equatoriana defenderam o uso do termo “afro-equatoriano” em vez de negro porque, enquanto “negro” indicava a raça de uma pessoa e tinha, segundo a Assembleia, muitas conotações negativas, “afro-equatoriano” não. O termo se referia a esses indivíduos como membros de uma etnia, e ligava sua identidade a uma diáspora africana muito mais ampla.

A tendência de conceder direitos às comunidades africanas aplicando a elas lentes étnicas continua até hoje. O parlamento chileno aprovou recentemente uma resolução que reconhece a existência do “povo tribal” (*pueblo tribal*) de ascendência africana⁷⁵. De acordo com esse reconhe-

73 – COLÔMBIA. *Constitución Política de la República de Colombia*. 20 jul. 1991. Disponível em: <<http://secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>>. Acesso em 6 mar. 2023. Artigo 246. N.T.: uma tradução para o português da Constituição está disponível em: <https://jus.com.br/artigos/97967/constituicao-da-colombia-de-1991-revisada-em-2015>. Artigo transitório 55 (AT55); que levou à redação no país da Lei 70 em 1993, que detalhava como esses direitos comunitários seriam exercidos.

74 – COLOMBIA. Ley 70 de 1993. 27 ago. 1993. Disponível em: <<https://normativa.archivogeneral.gov.co/ley-70-de-1993/>> Acesso em 6 mar. 2023. art. 2, § 5.

75 – OPAZO. Congreso: *Despachado a ley proyecto que otorga reconocimiento legal al pueblo afrodescendiente chileno. El Ciudadano*. 2019. Disponível em: <<https://www.el-ciudadano.com/chile/congreso-despachado-a-ley-proyecto-que-otorga-reconocimiento>>

cimento, entre os afrodescendentes chilenos estariam todos aqueles que compartilhassem a mesma cultura, história, costumes e estivessem unidos por uma consciência identitária, sendo descendentes de escravos e assim se identificando. Segundo estudiosos, a tendência de exigir (e dar) direitos às comunidades afro com base em seus atributos étnicos, e não raciais, levou a importantes processos de etnogênese que fizeram a negritude “se parecer cada vez mais com indigeneidade”⁷⁶.

Tal como aconteceu com os indígenas, a atribuição de direitos e jurisdição com base no pertencimento a uma comunidade levou à emergência de identidades novas ou renovadas entre os afrodescendentes. No Brasil, onde o artigo 68 da Constituição Federal de 1988 reconheceu a posse da terra aos membros de antigas comunidades de escravos fugidos (quilombos), a promessa de direitos levou à aparição de muitos novos grupos⁷⁷. Segundo os pesquisadores, tratou-se de uma reconfiguração identitária por parte de comunidades rurais que tinham uma grande população negra, mas que antes não se identificavam como compostas por descendentes de quilombos. Quando a Constituição foi promulgada, nenhum grupo no

-legal-al-pueblo-afrodescendiente-chileno/03/07/>. Acesso em 6 mar. 2023.

76 – WADE, Peter. *Race and Ethnicity in Latin America*. Chicago: Pluto Press, 1997. pp. 37, 117-119; WADE, Peter. Identity, Ethnicity, and ‘Race’. In: HOLLOWAY, Thomas H (ed.). *A Companion to Latin American History*. Malden: Blackwell, 2008. pp. 480-493, 490-491; RESTREPO, Eduardo. *Etnización de la negritud: La invención de las ‘comunidades negras’ como grupo étnico en Colombia*. Popayán: Editorial Universidad de Cauca, 2013; RAHIER, Jean Muteba. PROSPER, Mamyrah Dougé. Afrodescendants, The Multicultural Turn and the “New” Latin American Constitutions and Other Special Legislations: Particularities of the Andean Region. RAHIER, Jean Muteba. *Blackness in the Andes: Ethnographic vignettes of Cultural Politics in Times of Multiculturalism*. New York: Palgrave-Macmillan, 2014. pp. 89-103, 90. O último inclui um resumo comparativo sobre tratamento constitucional de ambas as comunidades no Equador, Chile, Colômbia, Peru e Bolívia.

77 – COSTA Sérgio. Freezing Differences: Politics, Law and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. In: MASCAREÑO, Aldo; ARAÚJO, Kthya (eds.). *Legitimization in World Society*. Ashgate, 2012. Principalmente as páginas 148-151. Essas questões também foram exploradas em MERA, Manuel Góngora; SANTOS, Rocio Vera; COSTA, Sérgio. *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert, 2019. pp. 508-511. Um questionamento similar, em certa medida, sobre as relações entre identificação e status legal é feito em FRENCH, Jan H. *Legalizing Identities: Becoming Black or Indian in Brazil’s Northeast*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2009. p. 13.

país exigia reconhecimento como quilombo. No final de 2011, cerca de 3.524 comunidades o faziam. Em muitos casos, os indivíduos locais tiveram de ser convencidos das vantagens de assumir essa identidade, o que levou a processos de rememoração e redescoberta tanto da escravidão como da resistência a ela.

6. Pluralismo Jurídico Contemporâneo: Velho ou Novo?

Apesar da semelhança formal com as categorias coloniais, o pluralismo jurídico que emergiu na América Latina no final do século XX é substancialmente novo. Em vez de uma continuação ou um retorno ao Antigo Regime, o pluralismo jurídico atual expressa uma nova vontade política de reconhecer e validar o desejo de autodeterminação majoritariamente de grupos étnicos, bem como o entendimento de que nenhuma autodeterminação é possível sem a capacidade de estabelecer e aplicar o direito. Além disso, enquanto as práticas coloniais reconheciam as particularidades não apenas dos grupos étnicos, mas também das cidades, associações profissionais, estamentos e famílias, para citar apenas alguns exemplos, o novo pluralismo restringe o que pode e deve ser reconhecido como um grupo detentor de direitos. De fato, é tão inflexível no sentido de apenas alguns grupos – basicamente grupos étnicos – poderem obter esses privilégios que os afro-latino-americanos devem adaptar suas demandas de forma que elas encaixem nos critérios exigidos. E, enquanto alguns grupos étnicos têm o direito de manter suas autoridades e (por vezes) seu próprio direito, a situação atual não inclui um verdadeiro questionamento do monopólio estatal, nem se sugere a substituição da ordem jurídica sancionada pelo Estado por outra. O novo pluralismo também é diferente do antigo porque tende a combinar direito e jurisdição, uma combinação que era incomum durante o início do período moderno. Indo indiretamente contra os horizontes abertos pela Revolução Francesa, o novo pluralismo tenta constantemente balancear a necessidade de colocar em prática sua forte convicção em favor da igualdade jurídica com o surgimento de personalidades jurídicas distintas, detentoras de um conjunto distinto de regras.

Se as oportunidades abertas a algumas comunidades na América Latina no final do século XX levaram ao surgimento de novas ou renovadas identidades, e se buscaram melhorar as condições de setores da sociedade que sofriam tradicionalmente discriminação, elas também envolveram um dilema histórico. Depois de séculos de interação com a normatividade europeia, de processos constantes de etnogênese, e da emergência de estruturas pan-indígenas e pan-africanas, como dizer quais costumes são indígenas ou africanos e quem pode praticá-los? Para que seja autêntico, o direito indígena e africano deve ser oral e consuetudinário, como os antropólogos frequentemente assumem? Deve se opor, ou até ser utilizado como uma ferramenta contra o direito estatal? Além disso, o direito indígena e o africano devem ser fossilizados para caber em um passado ancestral, ou podem se modernizar e se transformar sem perder sua autenticidade? Da mesma forma, as comunidades que exigem reconhecimento e direitos devem ser relíquias de um passado distante ou podem ser entidades dinâmicas que constantemente experimentam transformações e mutações? Com a inclusão nas comunidades de indivíduos de uma diversidade de origens, como alguém pode chegar a um acordo sobre quem é quem e quem merece qual tratamento?

Embora a percepção de que nem todos os nacionais são semelhantes seja extremamente importante, na verdade urgente, assim como o desejo de permitir algum grau de autonomia comunitária, a principal questão enfrentada pelos juristas da América Latina hoje em dia é como gerar e proteger o consenso, apesar da diversidade. Pode haver uma igualdade de condições que não seja baseada na construção de indivíduos abstratos e descontextualizados, sem identificadores de grupo? Pode a garantia de direitos coexistir com a diversidade ou deve haver limites ao que é permissível mesmo em um universo multicultural e juridicamente plural? A diferenciação deve ser baseada na essencialização de quem as pessoas são, ou existem maneiras ainda não imaginadas de reconhecer a diversidade sem fingir que algumas identidades são fixas enquanto outras são contingentes, que umas são singulares, enquanto outras são múltiplas?

Texto apresentado em novembro de 2021. Aprovado para publicação em dezembro de 2022.

