

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito

Rafhael Lima Ribeiro

**ESTADO PLURINACIONAL E REALISMO JURÍDICO PENAL MARGINAL:
desafios e perspectivas do novo constitucionalismo latino-americano**

Belo Horizonte
2015

Rafhael Lima Ribeiro

**ESTADO PLURINACIONAL E REALISMO JURÍDICO PENAL MARGINAL:
desafios e perspectivas do novo constitucionalismo latino-americano**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva

Coorientador: Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães

Área de concentração: Direito Público

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

R485e	<p>Ribeiro, Rafael Lima</p> <p>Estado plurinacional e realismo jurídico penal marginal: desafios e perspectivas do novo constitucionalismo latino-americano / Rafael Lima Ribeiro. Belo Horizonte, 2015.</p> <p>176 f.</p> <p>Orientador: Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva Coorientador: José Luiz Quadros de Magalhães Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.</p> <p>1. Civilização moderna. 2. Direito constitucional. 3. Direito penal. 4. Direitos humanos. I. Silva, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da. II. Magalhães, José Luiz Quadros de. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.</p> <p>SIB PUC MINAS</p> <p>CDU: 343</p>
-------	--

Rafhael Lima Ribeiro

**ESTADO PLURINACIONAL E REALISMO JURÍDICO PENAL MARGINAL:
desafios e perspectivas do novo constitucionalismo latino-americano**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães – PUC Minas (orientador)

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto – UnB (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky – PUC Minas (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2015.

*Aos meus pais Narciso e Romilda,
por todo o incentivo.
Ao professor Virgílio de Mattos e a Laurinha,
pelo mesmo motivo.*

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos feitos em um trabalho científico possuem uma natureza ambivalente. Se por um lado, é manifestação de gratidão àqueles que de alguma forma ajudaram e estiveram presente (seja de que modo for), de outro, é o momento de pedir perdão pela ausência física e/ou espiritual. Espero que cada uma saiba lidar bem com a gratidão ou com o perdão e possa, acima de tudo, compreender que a falta nos constitui. Enfim, às vezes perdão e gratidão!

Ufa! Sempre falta algum folego, quando submergimos em um trabalho acadêmico, não saímos incólumes. Agradeço àquelas pessoas que entendem o que essa dissertação significa para mim e em um *esforço de alteridade* leram-na, ou possibilitaram certa tranquilidade para que ela fosse surgindo (e, também aqueles que não entenderam ou não entenderão).

Agradeço aos meus irmãos, Amanda e Ítalo, pois, tantas vezes, nesse vai e vem entre a capital e interior precisei de vocês e a tempo e modo, às vezes a seus modos me serviram e estiveram comigo. Meus pais, Romilda e Narciso, obrigado por acreditar em mim e sedimentarem as bases para que o passarinho saísse do ninho cômodo, e chegasse a esse ponto de dissertar sobre o incômodo.

Agradeço aos meus familiares (avós, tios, tias, primos e primas), pois, estou certo de que “a falta nos constitui”. Sei o quanto vós devo e, vocês não sabem o quanto sou grato, por cada gesto de carinho, generosidade e companheirismo, sobretudo, por acreditar em mim, sem às vezes, ao menos saber o que falo.

Karina Lima, obrigado pelo convívio e, por tudo que nele há e, pode haver.

Aos amigos Júlio Cesar, Yuri, Lucas, Diogo, Alexandre, Marcus, Ricardo e aos demais colegas, obrigado pelo contraponto franco e pelas parcerias acadêmicas.

Agradeço ao professor José Luiz Quadros de Magalhães, cuja generosidade marca esse trabalho do início ao fim. Ao tempo da graduação assistia a suas palestras (mais de três dezenas delas) e suas aulas do mestrado e doutorado e me encantei com o seu (des)trato com o direito e sua extrema sensibilidade, com que trata(va) o ser humano vulnerável, desnudando ideologias. Orienta pelo exemplo. Daí o meu agradecimento, para além da orientação acadêmica.

Agradeço ao Prof. Virgílio de Mattos, ia dizer, por tudo, mas me refreei, porque “por tudo” parece tão vazio, quanto “por nada”, digo, então, pela

responsabilidade e honestidade com as ideias e ideais, pela coerência, pelo exemplo. E se isso não for o bastante, pela leitura do texto, sob a qual não tem nenhuma responsabilidade, senão pelos pontos positivos.

Laura Lambert, obrigado pelo acolhimento, pelos conselhos.

Maria Eunice Lopes, obrigado pela revisão do texto e pela pronta solicitude.

Bernardo Nogueira Barbosa Gomes, obrigado pela oportunidade, de compartilhar comigo a construção das “Notas para o Estado Plurinacional”.

Audrey Chalfun, Nélida Caseca, Adriana Barreto, Andreia Siqueira, Nathalia Lisboa, Marcela Máximo, Delze Lauren, Lailson Baeta, Alex, Reinaldo, dentre outros, com vocês me senti, menos só, na pós-graduação. Agradeço a vocês porque essa dissertação, também, foi construída, pelos diálogos que tivemos.

Andrey Baeta Neves obrigado pela seriedade acadêmica que você anuncia e pelo fato de que em um esforço crítico imerecido por esse trabalho, esboçou críticas valiosas, que certamente serão incorporadas a tempo e modo.

Agradeço aos professores Leonardo Nemer, Marcelo Gallupo, a bibliotecária Roziana, que nos ajudou na normalização e aos funcionários do programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas.

Prof. Leonardo Isaac Yarochevsky, penalista de escol, advogado comprometido com os direitos fundamentais, obrigado por possibilitar em suas aulas um exercício de liberdade de expressão em defesa dos direitos da defesa.

Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, obrigado pelas aulas e por ter nos apresentado e nos instigado à leitura dos clássicos, como Francisco de Vitória e Francisco Suárez.

Prof. Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva, obrigado pela receptividade, na inicial orientação, pela clareza de suas posições, muita vez conflitante, mas que respeitou nossa autonomia.

Prof. Lusía Pereira, obrigado pela solicitude, pela discussão benjaminiana na disciplina Metodologia.

Prof. Menelick de Carvalho Netto, constitucionalista, professor de várias gerações, obrigado pelo gentil aceite ao convite de avaliar esse trabalho.

Ao reitor do CESG, professor João Eduardo Lopes Queiroz, a todo corpo administrativo da instituição, aos professores, funcionários e aos meus alunos. Agradeço a todos pela acolhida, pelo respeito e pela confiança.

À CAPES e ao governo brasileiro, pela bolsa.

A presença predatória do colonizador, seu incontido gosto de sobrepor-se, não apenas ao espaço físico, mas ao histórico e cultural dos invadidos, seu mandonismo, seu poder avassalador sobre as terras e as gentes, sua incontida ambição de destruir a identidade cultural dos nacionais, considerados inferiores, quase bichos, nada disto pode ser esquecido quando, distanciados no tempo, corremos o risco de “amaciar” a invasão e vê-la como uma espécie de presente “civilizatório” do chamado Velho Mundo. Minha posição hoje, decorridos 500 anos da conquista [...] é a de quem não se acomoda diante da malvadeza intrínseca a qualquer forma de colonialismo, de invasão de espoliação (FREIRE, 2000. p. 73-74).

El interés general está clamando por una reforma, y la América está llamada por las circunstancias a emprenderla. La América no debe imitar servilmente, sino ser original... ¿Dónde iremos a buscar modelos? La América española es original; Originales han de ser sus instituciones y su gobierno, y originales los medios de fundar uno y otro. O inventamos, o erramos. (Simón Rodríguez (1769-1854))

Não pretendo aqui, pois, colocar-me no lugar politicamente “neutro”, nem negar meus próprios conceitos sobre o que é bom ou mau. Quem escreve estas linhas sabe que não se atua a partir do lugar da “neutralidade” (inexistente na atividade humana – desconfie, amigo leitor, de quem a defende, pois não só pode ser “medíocre”, como também pode estar “mal intencionado”). (ANITUA, 2008, p. 23)

RESUMO

Esta dissertação investigou a configuração da modernidade, simbolicamente originada em 1492, em decorrência da invasão da América pelos Europeus e da formação dos incipientes Estados Nacionais, de Portugal e Espanha, em um processo de exclusão dos indivíduos mais diferentes e homogeneização dos mais iguais. Nesse sentido, a partir de diálogos com pensadores contemporâneos e que discutiram ao tempo tais eventos, como Francisco de Vitória, Francisco Suárez, Bartolomeu de Las Casas e Ginés de Sepúlveda, investigou-se as raízes/fundação do direito internacional, não como um processo intra-europeu, mas, como decorrência da invasão da América. A partir daí, investigou-se a criação do nacionalismo e imposição dos Estados Nacionais, como um projeto da modernidade. Nesse sentido, percebeu-se que o incipiente Estado, fruto da modernidade se baseia na uniformização, em um sistema monojurídico e na violência/poder. O sistema monojurídico-penal é o traço mais rígido do Estado Moderno, uma vez que impõe um padrão e, portanto, conseqüentemente realiza uma diferenciação, notadamente, entre bons ou maus, civilizados ou incivilizado-bárbaros, criminosos ou não criminosos. Todo esse processo de conformação do mundo legou aos latino-americanos uma subalternidade, que fora imposta pela forma colonial de dominação do mundo. Para fazer frente a esse pensamento de mais de 500 anos, surge na América-latina nas últimas décadas, pensamentos críticos, como o novo-constitucionalismo latino-americano, que propõe o Estado Plurinacional e o Realismo Jurídico Penal Marginal de Eugenio Raúl Zaffaroni. O Estado Plurinacional acolhe no âmbito normativo um sistema plurijurídico, o respeito à diversidade, dentre outros. A proposição de Zaffaroni é a de que se deve interpretar o sistema e direito penal, a partir da realidade e desde a margem, isto é, tendo a ciência de que a América-latina é considerada periferia da Europa (centro), desde a invasão. Assim, investigou-se a contribuição da perspectiva plural do Estado Plurinacional e do realismo Zaffaroniano, para uma resposta marginal ao colonialismo do poder e do ser. Apresentou-se a distinção entre constitucionalismo, neoconstitucionalismo e novo-constitucionalismo latino-americano. Por fim, evidenciou-se o Estado Plurinacional, como uma construção normativa das Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009), que pode dialogar com o Realismo de Zaffaroni, para uma redução da repressividade Estatal, típica do Estado Moderno.

Palavras-Chave: Modernidade. Novo Constitucionalismo latino-americano. Estado Plurinacional. Direito Penal. Realismo Jurídico Penal Marginal.

ABSTRACT

This master thesis investigates the configuration of Modernity, which is symbolically originated in 1492 as a result of America invasion by Europeans and also as a result of the formation of the incipient National States of Portugal and Spain. In this last case, with expulsion of the Moors from the Iberian peninsula, in a deletion process of different and unification of equals. Accordingly, from dialogues with contemporary thinkers who discussed such events, as well as Francisco de Vitória, Francisco Suárez, Bartolomeu de Las Casas e Ginés de Sepúlveda, this master thesis investigates the roots/foundation of International Law, not as an intra-European process, but as due to the invasion of America. Hereupon, we investigated the creation of nationalism and imposition of national states as a project of Modernity. Therefore, it is clear that the incipient state is a product of Modernity and it is based on standardization, on a unique legal system and on violence/power. The unique legal system is the most rigid feature of modern state since it imposes a standard and hence it makes a differentiation between good and evil, civilized or uncivilized-barbarians, criminals or not criminals. The whole process of shaping the world bequeathed to Latin American a subalternity which was imposed by the colonial way of world domination. To cope with this 500 years old thought, critical thinking emerged from Latin America in recent decades, as the Latin American new constitutionalism which proposes the Plurinational State and the Marginal Criminal Legal Realism of Eugenio Raúl Zaffaroni. The Plurinational State welcomes in the normative scope, a multi legal system, the respect for diversity, among others. The Zaffaroni's proposition is that one must read the system and the Criminal Law from the reality and from the edge which is the Latin America because it is considered the periphery of Europe (center) since invasion. Thereby, we investigated the contribution of plural perspective of the Plurinational State and Zaffaronian realism to a marginal response to colonialism of power and being. In this master thesis is presented the distinction between constitutionalism, new constitutionalism and new Latin American constitutionalism. At last, the Plurinational State was evidenced as a normative construction of the Constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009), which can dialogue with Zaffaroni 's Realism for a reduction of state repressiveness which is typical of the modern state.

Keywords: Modernity. New Latin American Constitutionalism. Plurinational State.
Criminal Law. Marginal Criminal Legal Realism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	25
2 SOB A RUÍNA DO NOVO MUNDO, A FUNDAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL MODERNO: DIÁLOGOS COM FRANCISCO DE VITÓRIA, FRANCISCO SUÁREZ, JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA E BARTOLOMEU DE LAS CASAS	33
2.1 A contribuição de Francisco de Vitória para a imaginação da modernidade e do Direito Internacional Moderno: o precursor do direito internacional.....	36
2.1.1 <i>Vitória e as Relectios sobre os Índios</i>	43
2.1.1.1 <i>Primeira parte do De Indis – Prólogo</i>	43
2.1.1.2 <i>Segunda parte do de indis – os títulos ilegítimos</i>	44
2.1.1.3 <i>Terceira parte do de indis - títulos legítimos</i>	47
2.1.2 <i>Vitória e as relectios sobre a guerra</i>	51
2.1.3 <i>Vitória e o direito internacional: o precursor (?)</i>	56
2.2 Da contribuição de Francisco Suárez para imaginação da modernidade e do Direito Internacional Moderno: consolidador das ideias de Vitória, sem, contudo tratá-las de modo específico	62
2.3 Da contribuição de Ginés de Sepúlveda e de Bartolomeu de las casas para imaginação da modernidade e do direito internacional moderno: o debate de Valladolid de 1550-1551	64
2.3.1 <i>Bartolomeu de Las Casas e os subalternos do poder</i>	66
2.3.2 <i>Juan Ginés de Sepúlveda: entre a cruz e a espada, os poderosos e o poder</i>	71
2.3.3 <i>O debate de Valladolid de 1550-1551</i>	75
3 DA FUNDAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL À IMPOSIÇÃO DO ESTADO-NACIONAL: UM PROJETO DA MODERNIDADE	81
3.1 Modernidade: uniformização, sistema monojurídico e violência-poder.....	83
3.2 O Estado moderno como estado nacional: do nacionalismo à nação	93
3.3 O Estado moderno e seu sistema monojurídico-penal: imposição e diferenciação	98
3.4 O Estado-nacional, Direito internacional e pensamento pós e descolonial: do conselho de tutela da carta das nações unidas à Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas	109
4 REALISMO JURÍDICO PENAL E A CONTRIBUIÇÃO DA PERSPECTIVA PLURAL DO ESTADO PLURINACIONAL: UMA RESPOSTA MARGINAL	117
4.1 (E)VIDÊNCIAS: DA MODERNIDADE EUROPEIA À PROPOSTA PLURAL LATINO-AMERICANA.....	122
4.2 Constitucionalismo, neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano, no rastro do (anti)colonialismo	124
4.3 O nosso norte é o sul: O novo constitucionalismo latino-americano e o Estado Plurinacional.....	135
4.4 O Realismo Jurídico Penal Marginal e o Direito Penal no Estado Plurinacional.....	143
5 CONCLUSÃO	153

REFERÊNCIAS..... 161

**ANEXO A: CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO
INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS..... 171**

1 INTRODUÇÃO

Vivemos tempos perigosos, em que a história se repete; “primeiro como tragédia, depois como farsa”, sem esquecer Karl Marx¹, nos adverte Slavoj Žižek².

Se por um lado há uma espécie de apatia e despolitização dos conflitos humanos nesse terceiro milênio, por outro, este tempo, mostra-se como o da confluência de um pensamento crítico, que emerge contra a imposição da subalternidade pelos detentores de poder colonial mundo afora.

Busca-se nesse trabalho, expor o pensamento crítico forjado na América Latina, desde finais da década de 1980, especialmente, o que é conhecido, atualmente, como novo constitucionalismo latino-americano, do qual deriva o paradigma do Estado Plurinacional. De igual modo, no âmbito jurídico penal, no bojo do pensamento crítico latino-americano, destaca-se, o realismo jurídico penal marginal de Eugenio Raúl Zaffaroni³.

Ambas as construções teóricas, Estado Plurinacional e Realismo Jurídico-penal Marginal, são respostas emancipatórias ao colonialismo europeu, que forjou o sistema-mundo em que vivemos, isto é, impôs aos colonizados um único modo de vida, negando-lhes toda a pluralidade cultural subjacente aos mais diversos “povos”, que habitavam e habitam sobre este mesmo território nacional.

Trata-se de uma autêntica resposta latino-americana às epistemologias coloniais do norte. Uma resposta construída democraticamente, a partir de um diálogo intercultural, em que não há a sobreposição de uma cultura à outra, mas, respeito à diversidade de cada cultura, e; uma ecologia dos saberes, em que se comunicam saberes científicos e não científicos, portanto, legítima construção dos oprimidos povos originários do subcontinente latino-americano.

Mas, o que é América-latina? E, por que a pretensão de uma resposta marginal?

¹ MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 25.

² ŽIŽEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. São Paulo: Boitempo, 2011.

³ Conferir ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2010 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993, dentre outros.

Para alguns⁴, América latina não pode ser encarada como uma unidade conceitual, porquanto, há uma enorme diversidade de cultura, pensamento e costumes ao redor do continente. Para outros, trata-se de um conceito meramente geográfico.

Zaffaroni⁵ diz que, apesar da pluralidade cultural do subcontinente, a América-latina deve sim, ser considerada uma unidade conceitual e, o que sustenta tal unidade não é apenas o dado geográfico, mas um dado histórico-cultural. O colonialismo, para o autor, é o que nos uni(u) como latino-americanos.

Já se falou em teologia da libertação⁶, em criminologia da libertação⁷, poderíamos pensar em constitucionalismo da libertação? Para Boaventura de Sousa Santos, o novo constitucionalismo latino-americano, em especial, aquele que ensejou as constituições de Equador e Bolívia, pode ser chamado de constitucionalismo transformador⁸.

Se a transformação é a proposição de rompimento com os ranços do colonialismo, podemos dizer que esse novo-constitucionalismo pode sim, ser concebido como constitucionalismo libertador, apesar da paradoxal ideia de que a Constituição e o próprio constitucionalismo são elementos de tensão com a democracia e por vezes, mais do que libertar, aprisiona os impulsos democráticos emancipadores.

Com essa perplexidade, neste trabalho, pretende-se evidenciar um possível caminho para a libertação colonial da América-latina, pois, ao contrário do que se possa pensar o colonialismo iniciado no século XV e XVI, após a invasão mercantil da América, não fora abolido no século XVIII pelas independências dos países desse continente.

Tampouco, foi abolida após o colonialismo imperial do século XIX, a partir do pós-segunda-guerra-mundial. O colonialismo persiste sobre a forma de um

⁴ Por exemplo, Roberto Bergalli a considera como uma unidade geográfica e, José Maria Rico, como uma unidade histórico-cultural. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 60 e seguintes.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 60 e seg.

⁶ CATÃO, Francisco. **O que é teologia da Libertação**. São Paulo: Nova Cultural: Brasiliense, 1986.

⁷ CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da Libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur**. Lima: IIDS, 2010. p. 55.

colonialismo do saber e do poder e, segundo Zaffaroni⁹, se manifesta em tempos atuais em sua forma superior que é a globalização.

A forma colonial de dominação é um produto da modernidade europeia, que pode ter, simbolicamente, como origem, o ano de 1492¹⁰, momento em que há a invasão do continente americano, sob os ventos das grandes navegações e, no âmbito intra-europeu há a formação dos primeiros Estados Nacionais, Portugal e Espanha, no último caso, com a expulsão dos mouros da península ibérica, em um processo de exclusão dos mais diferentes e unificação dos mais iguais.

Àquele momento histórico forjava-se, pela primeira vez na história, a “estória” da Europa, como centro do mundo e, por consequência, a América-latina, passa a estar à margem desse mundo. Nesse sentido, a ideia de centro-margem, de norte-sul ou mesmo em termos historiográficos, de pacto colonial metrópole-colônia, não é apenas geográfica, mas implica necessária relação de poder e subjugação econômica, social, política etc.

Tais implicações se estendem à forma jurídico-política de conformação da vida social, delineada pelo Estado-Nação, que se mantém, a partir da uniformização biopolítica dos indivíduos, propiciada por um sistema monojurídico que opera em face da distinção violência/poder.

No primeiro capítulo desse trabalho, discute-se como se deu tal processo histórico de configuração da modernidade. A primeira questão discutida é o “direito” de intervenção europeia no chamado “novo mundo”, após a chegada dos europeus no continente americano em 1492.

O direito de intervenção, naquele momento de estabelecimento dos incipientes Estados-Nacionais, tem implicações importantíssimas para a conformação, do também incipiente Direito Internacional, que posteriormente, seria racionalizado, nos termos científicos positivistas, pela pena de Hugo Grotius.¹¹

Para entendermos as implicações da expansão marítima europeia no século XV, especialmente, com a invasão dos europeus ao continente americano, tomamos o cuidado, sugerido por López Segrega de não fazermos “mera recontagem dos

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. In: **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, maio/ago., 2015. p.182-243.

¹⁰ DUSSEL, Enrique. **1492**. El encubrimiento del otro. Hacia el origen del “Mito de la modernidad”. Versión corregida y aumentada. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2008.

¹¹ Cf. SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 20.

fatos do passado (história tradicional), nem tampouco a simples busca de regularidades com uma visão a-histórica.”¹²

Desse modo, mais do que historiar a invasão do continente americano pelos europeus, remontando cronologicamente a dados históricos, busca-se, o pensamento de autores contemporâneos àquele tempo, para entendermos o surgimento, organização e ruptura de pensamento sobre o “novo mundo”, que aos olhos da história, aos poucos ia se formando.

Destacamos e pretendemos dialogar com o pensamento de quatro pensadores espanhóis do século XV e XVI, que discutiram os problemas da “conquista do novo mundo”: Francisco de Vitória, Francisco Suárez, Bartolomeu de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda.

Esse diálogo se pretende, a partir da premissa de que a fundação/raiz do Direito Internacional moderno e da própria modernidade, não pode ser concebida como um processo intra-europeu, próprio da visão eurocêntrica do mundo, mas deve levar-se em conta a invasão do continente americano, idealizada pelo colonizador como processo de “conquista do novo mundo”.

Nesse sentido, pode-se dizer que a fundação do Direito Internacional moderno, a despeito da paternidade ser atribuída a Hugo Grotius e de seu caráter intra-europeu, deriva da invasão do continente americano e que, portanto, como os palácios europeus, o Direito Internacional é fundado sob as ruínas do novo mundo.

Inicialmente, trabalhamos o pensamento de Francisco de Vitória, a partir de suas *Relectios* sobre os Índios¹³, no qual o autor disserta sobre os títulos legítimos e sobre os títulos ilegítimos, para a intervenção europeia no “novo mundo”, bem como em suas *Relectios* sobre a guerra¹⁴, em que aborda o direito dos europeus guerrearem contra os índios; ao final questiona-se o papel desse pensador como precursor do Direito Internacional.

Adiante, busca-se a contribuição de Francisco Suárez para imaginação da Modernidade e do Direito Internacional Moderno, pontuado, tal autor como o

¹² LÓPEZ SEGRERA, Francisco. Abrir, “impensar” e redimensionar as ciências sociais na América Latina e Caribe. É possível uma ciência social não eurocêntrica em nossa região? In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 204-205.

¹³ VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006. [*De Indies et de Jure Belli Relectiones*]

¹⁴ VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006.

consolidador das ideias de Vitória, contudo, tratando de modo mais abstrato e genérico os temas abordados por aquele autor.

Por derradeiro, no primeiro capítulo, destaca-se o ponto alto da discussão sobre a possibilidade ou não de intervenção no “novo mundo”, que ocorreu em 1550-1551, com o grande debate de Valladolid¹⁵. Nesse debate, digladiaram Ginés de Sepúlveda e Bartolomeu de Las Casas para encontrar uma solução para a pergunta: “O índio tem alma?”.

O primeiro entendia que o índio não possuía alma, portanto, poderia e deveria ser civilizado pela cruz e/ou pela espada. O segundo, ao contrário, entendia que os índios tinham alma e que, portanto, não deveriam ser tratados como “verdadeiros animais”. O embate entre esses pensadores foi de suma importância para a imaginação da Modernidade e do Direito Internacional Moderno, que carrega, ainda contemporaneamente, muito da ideia de “intervenção humanitária”.

No segundo capítulo deste trabalho, busca-se evidenciar como a expansão marítima do século XV e XVI, que desencadeou na invasão do continente americano e a expulsão dos mouros na península ibérica forjaram-se como uma série de práticas destinadas ao controle racional da vida humana. Trata-se de emblemático surgimento da modernidade, cujas implicações são as mais diversas, tais como a imposição de uma unidade nacional, a partir da consolidação do Estado Moderno.

O Estado Moderno, posteriormente, foi concebido como Estado-Nação ou Estado Nacional. Assim, paradoxalmente, este modelo de organização política deriva do nacionalismo, isto é, o nacionalismo surgiu antes da Nação. Mas, para além do discurso nacionalista, o Estado Nacional, funda-se em outras bases, como a pressuposição de uniformização dos indivíduos, operadas por um Sistema Monojurídico, legitimado pela distinção Violência/Poder.

O Estado Nacional, como signo de sua face mais repressiva, utiliza um sistema monojurídico-penal, que impõe um padrão normativo criminalizando condutas e, portanto, institui a diferença e penalização. De modo que, esse sistema-jurídico penal estruturalmente se constitui como paradoxal gestor das desigualdades.

¹⁵ Cf. LA CONTROVERSE DE VALLADOLID, un film de Jean-Daniel Verhaeghe, scénario et dialogues de Jean-Claude Carrière, coproduction FR3-La Sept, Bakti, CLEA-RTBF, Paris, La Sept-Vidéo, France 3, cop. 1992.

Mantendo essa linha de raciocínio, pode-se entender o questionamento às intervenções coloniais, forjadas a partir da configuração do Estado-Nacional, feitas pelo Pensamento Pós e Descolonial, desde o século XX. Desse modo, discorre-se, especialmente, sobre as modificações (ou permanências) que vão desde o conselho de Tutela da Carta das Nações Unidas à Convenção nº 169 da OIT, sobre povos indígenas.

Nesse sentido, busca-se mostrar a construção política das categorias jurídicas e o comprometimento ideológico dos profissionais do direito, especialmente, do sistema penal.¹⁶

No terceiro capítulo deste trabalho, apresentamos as pretensas respostas à modernidade europeia, dadas pelo novo constitucionalismo latino-americano e seu Estado Plurinacional, construtos normativos das Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009), bem como no âmbito jurídico-penal, pelo realismo marginal. Na verdade, pretende-se verificar as possibilidades e perspectivas do direito penal, a partir da miragem plural do Estado Plurinacional.

Ambos os pensamentos, tem a similitude de serem construções latino-americanas, que partem do mesmo ponto: o questionamento à submissão do “sul” ao “norte”. Trata-se de propor algo novo, sob pena, de reprodução da lógica repressiva e excludente do saber-poder de matriz eurocêntrica.

A finalidade dessas proposições é dar voz aos “vivos” ou “mortos”, silenciados pelo constitucionalismo liberal. Sim, também, quer-se ouvir as palavras dos mortos¹⁷, olvidas pela criminologia, direito penal, ou direito constitucional.

Em suma, as construções teóricas que abordaremos pretendem dar voz aos grupos sociais excluídos, desde a invasão do continente pelos europeus, no final do século XV. Em especial, no âmbito jurídico-penal, pretende-se demonstrar a seletividade do sistema penal, como um dado estrutural do Estado Nacional e propor um realismo jurídico-penal marginal, como meio de não reproduzir a lógica do Estado Moderno de uniformização e repressão do diverso, do “outro”.

¹⁶ Conforme Salo de Carvalho: “Se nas ciências (em geral) a supervalorização dos procedimentos metodológicos procurou definir caminhos e estratégias da intervenção para garantir resultados objetivos e isentos de quaisquer influências do pesquisador, *apesar* dos seus juízos prévios de valor, no direito o respeito reverencial aos procedimentos ocultou a construção política das categorias jurídicas e o comprometimento ideológico dos juristas práticos e teóricos”. (destaque no original). Cf. CARVALHO, Salo. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos**: Conferencias de criminología cautelar - 1ª ed. - Buenos Aires: Ediar, 2011.

Para tal, a partir de Olgária Mattos¹⁸ e Walter Benjamin¹⁹, se discute as vidências e evidências da modernidade europeia à proposta plural latino-americana, assim, procura-se desnudar a historiografia positivista para se verificar possibilidades emancipatórias de leitura do passado pelo presente.

No rastro do (anti) colonialismo, para situarmos no tempo o novo paradigma constitucional latino-americano, distingue-se neoconstitucionalismo de novo constitucionalismo latino-americano e suas superações e permanências ao velho constitucionalismo liberal.

Como diria o poeta Mario Benedetti “o nosso norte é o sul”, e é do sul que se apresenta o novo constitucionalismo latino-americano e o Estado Plurinacional, bem como o Realismo Jurídico Penal Marginal e o Direito Penal no Estado Plurinacional.

¹⁸ MATOS, Olgária. Desejo de evidência, desejo de vidência: Walter Benjamin. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O Desejo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

¹⁹ BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

2 SOB A RUÍNA DO NOVO MUNDO, A FUNDAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL MODERNO: DIÁLOGOS COM FRANCISCO DE VITÓRIA, FRANCISCO SUÁREZ, JUAN GINÉS DE SEPÚLVEDA E BARTOLOMEU DE LAS CASAS

Neste capítulo, busca-se apresentar as principais ideias de quatro pensadores espanhóis da época das grandes navegações, a fim de se delinear o papel deles na construção da racionalidade instrumental do sistema-mundo, na transição do sistema feudal medieval para a modernidade ocidental capitalista, ainda vigente. A escolha dos pensadores espanhóis se dá em razão de que o fenômeno da expansão marítima e das guerras internas forjou uma nova configuração de mundo. E, conseqüentemente, alguns fenômenos desse novo mundo precisavam ser esclarecidos e/ou justificados.

O mundo já não era o mesmo, o século XV, é o tempo da “descoberta de um novo mundo”. Além das expedições ultramarinas, que tiveram o êxito de encontrar um novo continente, datam desta época:

- a) o desenvolvimento da pólvora e da artilharia, que dá outra dimensão para a guerra e, portanto, para a expansão territorial e dominação de uns seres humanos sobre os outros (afinal, apenas os animais humanos fazem guerra);
- b) a invenção da imprensa, que disseminou a escrita e forjou uma nova forma de comunicação entre aqueles que pudessem estar dentro dessa comunidade comunicativa. Assim, com a pólvora e a pena desenvolve-se também a ideia de soberania e surgem os primeiros Estados Nacionais.

Como se vê, esta surpreendente mutação do mundo acontece pela interligação de vários fatores. No entanto, sob apenas uma perspectiva, sob um único olhar: o europeu. Tratava-se de ligar fatores que pudessem ser úteis para o seu projeto de sistema-mundo. O valor de tais fatores era imaginado, isto é, cada vez que se produzem algumas dessas tecnologias, tem-se a ideia de que são elas as diferenciadoras entre o civilizado e o bárbaro, o bem e o mal, o certo e o errado.

Como já dissemos surge daí a necessidade de interpretação dessa nova realidade, desse novo mundo da vida. Para isso, como as questões envolviam litígios nascentes - relação de domínio, justiça, lei - em torno dessas agruras **se** destacaram alguns teólogos e juristas, árbitros dos litígios humanos, religiosos e

morais ou seculares e jurídicos. Até porque, no século XV havia um amálgama entre o religioso e o secular.

Nesse mundo cartograficamente plano, constroem-se, mesmo sem a noção completa dessa construção, as bases do mundo global em que vivemos. Tal construção foi feita por pessoas, que muita vez e por muito tempo tiveram seus nomes olvidados pela literatura científica. Questiona-se aqui o papel de algumas dessas pessoas para a fundação do sistema-mundo moderno e do direito internacional que o acompanha.

Esse questionamento parte do fato de que alguns colocam Hugo Grotius como o pai do Direito Internacional²⁰. Não obstante essa constatação, contemporaneamente cada vez mais os estudiosos buscam entender melhor a “árvore genealógica”, que aponta essa paternidade²¹. Busca-se, pois, neste contexto (re) conhecer os fundadores²²⁻²³ desse ramo jurídico e assim também aqui o fazemos.

²⁰ Segundo Shaw, ainda que exageradamente, Grotius é reconhecido pai do direito internacional. Cf. SHAW, Malcom N. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 20.

²¹ Conforme Macedo: “A década de 1860 marca a virada para os estudos de Vitória por causa de um fato bastante inusitado: a descoberta do *De Jure Praedae Commentarius*, obra que Hugo Grotius jamais publicou e que havia desaparecido. Mas em vez de chamar as atenções para o jurista holandês, as diversas referências aos escolásticos, em especial ao teólogo de Salamanca, serviram de argumentos à disputa da paternidade do direito das gentes. Já no início do século XX, a reputação de Francisco de Vitória encontrava-se bastante consolidada, e nenhum estudo de história do direito internacional podia omiti-lo. O teólogo dominicano deixa de figurar entre os precursores de Grotius e passa a protagonizar monografias inteiras, como a de Quilicus Albertini. Ademais, estudos como o de Alfred Vanderpol e de Joseph Kohler tratam de enaltecer a versão católica do direito natural e das gentes.” Cf. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p.11.

²² Segundo Mello, “a denominação de fundadores do DI é retirada de uma obra coletiva publicada em 1904 (“*Les Fondateurs du Droit International*”), com uma introdução de Antoine Pillet.” Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.167. Para Macedo, essa obra citada por Mello enterra a ideia de um pai único para todo o direito internacional, uma vez que se trata de obra coletiva composta por uma série de ensaios, e cada qual versa sobre um fundador. “O título já denota a mudança de perspectiva; em vez de um pai, a disciplina comportaria diversos fundadores. A mesma ótica perpassa a coleção *Classics of International Law*, lançada em 1906 pelo *Carnegie Endowment for International Peace*, sob a iniciativa de James Brown Scott. O internacionalista belga Maurice Bourquin, numa conferência em Genebra, em 1946, resumiu bem essa nova posição: “O pai do direito das gentes é uma sociedade em nome coletivo, se ousar assim me exprimir; é uma série de pensadores e juristas, os quais uns precederam Grotius e outros engrandeceram e desenvolveram sua obra durante os séculos XVII e XVIII.” Cf. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13.

²³ Pode-se citar também os nomes de Alberico Gentile (1552-1608), Hugo Grotius (1585-1645), Ricardo Zouch (1590-1660), Samuel Pufendorf (1632-1694), Cornelius van Bynkershek (1673-1743), Christian Wolf (1676-1756), Emerich de Vattel (1714-1767) e Georges-Frederic von Martens (1756-1821), dentre outros, que deixaram de ser especificamente abordados na presente dissertação em razão de que o autor objetiva, nesta parte relacionar autores importantes para a

Para tal, destacam-se as ideias de quatro personagens que tiveram suas vidas ligadas a um período muito especial da história: a transição do medievo para a idade moderna. São eles: Francisco de Vitória, Francisco Suárez, Juan Ginés de Sepúlveda e Bartolomeu de Las Casas. Cada um, a seu tempo e modo, contribuiu para a imaginação/invenção do atual sistema-mundo²⁴, que pouco se modificou estruturalmente desde aqueles tempos. Esse sistema-mundo pode ser identificado como modernidade²⁵.

Pretende-se, assim, compreender o papel de cada um para a construção da modernidade, relacionando a contribuição direta ou indireta deles nas questões práticas da expansão ultramarina europeia, das guerras e da configuração de poder no âmbito interno de cada insipiente nação.

Há múltiplas interpretações acerca do papel de cada um desses personagens, que ora se passa ao largo por redução do objeto, ora toma-se por base para ter-se uma visão mais ampla dos seus pensamentos. Tanto em um, quanto noutro, parâmetro para análise, deve-se ter o cuidado de não ficar impressionado pelo anacronismo.

Dessa forma, procura-se não cair na armadilha de repudiar as ideias dos pensadores estudados, sem, contudo, procurar entender o pano de fundo sob a qual estão inseridas, pois, assim, corre-se o risco de postular apenas um amontoado de informações desconexas e descontextualizadas sobre assuntos e pessoas.

Na obra “A filosofia do direito de Francisco Suárez”, Luis Recasens Siches, fornece uma lição instigante sobre como se deve evitar o que o autor chama de uma “visita ao museu”, quando se procura escrever sobre certo pensamento. Nas palavras do autor:

una obra de Historia del pensamiento no debe limitarse a ser una exposición, a modo de un museo etnográfico, en el cual se enseñen los diversos productos de un pueblo o civilización, colocados uno junto a otro, pero sin más acompañamiento que una pequeña etiqueta indicadora del fin,

fundação do direito internacional e que tiveram alguma ligação com a expansão ultramarina ibérica e portanto, com o que o autor concebe como imaginação da modernidade.

²⁴ “A história do sistema-mundo moderno envolveu igualmente um constante debate intelectual sobre a moralidade do próprio sistema. Um dos primeiros e mais interessantes debates ocorreu muito cedo, no século XVI, dentro do contexto da conquista espanhola de boa parte das Américas.” Cf. WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 30.

²⁵ Cf. DUSSEL, Enrique. **1492: El encubrimiento del otro – hacia el origen del mito de la modernidad**. La Paz, Bolivia: Plural editores, 1994.

nombre, época y origen del objeto. Una visita a un museo tal, que se reduzca a ir contemplando sucesivamente, pero en forma desarticulada, las diversas vitrinas, no puede proporcionar una idea muy clara sobre la evolución cultural de un pueblo o comunidad. Otra cosa será si vamos acompañados de un etnólogo, el cual, frente a cada escaparate, nos llame la atención sobre los rasgos principales del objeto mirado y nos explique hasta qué punto representa una novedad con respecto a lo visto anteriormente y cuál sea el sentido propio de la variación, y nos haga caer en la cuenta de cuáles fueron los estímulos que condujeron a producir aquella cosa; de si representa un progreso o un retroceso con relación a lo anterior – para lo cual no hace falta acudir a un criterio transcendente, sino inmanente etc.²⁶

Nos trilhos do que escreve o citado autor, não se pretende, aqui, apenas mencionar os fundadores do direito internacional, cada qual com uma etiqueta de nome, local e ano de nascimento, mas conceber o que pensaram a partir da época e do lugar em que viveram, bem como pensando do presente o que e como se configurou o passado.

Francisco de Vitória será nosso primeiro moderno, o precursor do direito internacional²⁷.

2.1 A contribuição de Francisco de Vitória para a imaginação da modernidade e do direito internacional moderno: o precursor do direito internacional

Señor secretario general, señoras y señores. Este es el recuerdo que hoy ofrezco a la Organización de las Naciones Unidas. Os traigo la efigie de Francisco de Vitoria, humilde fraile y gran filósofo, que definió para siempre los fundamentos del derecho internacional cuyas reglas, respetadas por todos los Estados miembros, son cimiento mismo de esta organización. Juan Carlos I rey de España (Naciones Unidas, 1976)²⁸

²⁶ SICHES, Luis Recasens. **La filosofía del Derecho de Francisco Suárez**. Ciudad del México: Editorial Jus, 1947. p. 12.

²⁷ Contrariamente a essa posição, para Macedo a literatura “promoveu uma leitura enviesada do teólogo de Salamanca: selecionou alguns trabalhos, ignorou outros, e, assim, disseminou uma concepção de Vitória que se ajustava aos seus propósitos revisionistas, mas retirava o autor do seu próprio tempo. O debate sobre o primeiro fundador mostra-se, contudo, insolúvel. Qualquer trabalho que defenda um nome em detrimento de outro será ideológico: de posse daquilo que consideram a “quintessência” do direito internacional (em geral, ou o direito positivo, ou o “estatalismo”), os historiadores de outro tempo procuram encontrar vestígios desses elementos na doutrina de autores dos séculos XVI e XVII. Faz-se necessário lembrar que Vitória, Suárez, Gentili e Grotius escreviam para um público diferente e possuíam preocupações bem distintas”. Cf. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, 2012, p. 1-13. p. 12.

²⁸ MORALES, Ramón J. Fernández de Marcos. A propósito de algunas Relecciones de Francisco de Vitória. **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009. p. 244.

Essa foi a contribuição do rei Juan Carlos I para a ONU - Organização das Nações Unidas. Essa simbólica atitude pode ser compreendida de diversos modos. Aqui se trata do simbólico, com a ressalva de que compreender a contribuição de determinado autor para uma temática, por mais que pareça, não é tarefa das mais fáceis. Por isso, para essa empreitada, marca-se a referência, pela qual se enxerga a contribuição. Para tal, Walter Benjamin pode ser útil.

Walter Benjamin postulou teses sobre o conceito de história²⁹ de grande significação para se entender a contribuição de determinadas pessoas e ideias. Valendo dessas teses, pode-se tentar compreender a contribuição de Francisco de Vitória para a imaginação da Modernidade e do Direito Internacional Moderno, mostrando-o, ainda, como precursor deste ramo jurídico.

Conforme a tese VII³⁰, todo documento de civilização é um documento de barbárie. Quando se pensa em fundação do direito internacional e no que e como pensava seus próceres, pode-se visualizar bem a tese de Walter Benjamin.

As cidades e os palácios da Europa, que há tempos deslumbram transeuntes latino-americanos, foram construídos a partir da espoliação das antigas colônias, ou se preferir de maneira mais clara, do saque, do roubo das riquezas de um povo.

Da mesma forma, aqueles intelectuais que discutiam metaforicamente a escravidão³¹ o faziam depois de açoitar seus escravos, assim como as teses que fundamentaram e ainda fundamentam a guerra, a dominação de pessoas, povos e Estados- consideradas civilizadas, são fontes da mais pura documentação da barbárie.

A própria tese VII inicia-se com a ideia positivista - de que ao historiador que queira reviver uma época recomenda-se que exclua da sua cabeça tudo o que saiba do curso ulterior da história³² - repudiada por Benjamin, pois “o passado pode ser compreendido somente à luz do presente e sua imagem verdadeira é célere e furtiva – ‘lampeja’”.³³

²⁹ BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

³⁰ BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.p. 12-13.

³¹ Ver, por exemplo, a crítica de Losurdo a Nietzsche, em LOSURDO, Domenico. **Nietzsche: o Rebelde Aristocrata: Biografia Intelectual e Balanço Crítico**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. Em síntese, nosso pequeno resumo da palestra de Domenico Losurdo, ocorrida no dia 06 de maio de 2010, na Faculdade de Educação da UFMG. Nesse sentido, conferir: RIBEIRO, Raphael Lima. **Domenico Losurdo: críticas a um rebelde aristocrático**. Belo Horizonte, 2015.

³² BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013. p. 12.

³³ LOWY, Michael. **Walter Benjamin: aviso de incêndio**. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 71.

Do presente, isto é, tendo em vista o já formado direito internacional, é que se pode pensar em precursores deste ramo. Não dá para excluir da cabeça esta informação. É desse ponto que se parte ao conceber a vida e a obra de Francisco de Vitória. Parte-se da modernidade já consolidada, em busca de seu gênese. Parte-se do esquecimento em busca da memória.

Segundo Morales, “la figura de Francisco de Vitoria fue olvidada durante siglos, no así su doctrina sobre los derechos humanos, la cual se infiltró en nuestra realidad histórica y social de forma permanente en las constituciones y democracias actuales.”³⁴ Para tal, três podem ser, segundo o autor, os motivos para o esquecimento de Francisco de Vitória:

- a) Vitória não levou seus manuscritos à imprensa;
- b) o Rei Carlos V requisitou os manuscritos de Vitória;
- c) Francisco Suárez sistematizou a obra de Vitória.³⁵

De outro lado, posteriormente a este esquecimento, uma literatura revisionista, procurando um substituto para Hugo Grotius, fez Vitória falar mais do que havia sido a sua intenção. Antes, pecava-se pela falta; agora pelo excesso. Do esquecimento à memória viciada passa-se pela metodologia viciada com que se concebe a investigação.

Quando se lê Vitória, por exemplo, a partir de suas próprias bases, em vez de pensá-lo a partir de pré-concepções de outro tempo, pode-se vislumbrar um pensador preocupado em promover “[...] os valores especificamente cristãos e em justificar aquilo que os espanhóis chamam com franqueza de conquista”.³⁶

O que se propõe, em outra perspectiva, é que para pensar Francisco de Vitória, deixa-se de lado o mero rigor exegético na leitura de seus textos e verifica-se a sua contribuição prática às questões de seu tempo e mesmo às posteriores a ele.

Vitória certamente, como todo pensador, tem inspirações na filosofia anterior a ele, mas no seu caso,

por mais que fosse ortodoxo e fiel ao tomismo, ele vivia num mundo diferente daquele de Santo Tomás e precisou confrontar-se com problemas inéditos; entre outros, a capacidade civil dos índios e o desfazimento da

³⁴ MORALES, Ramón J. Fernández de Marcos. A propósito de algunas Relecciones de Francisco de Vitória. **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009. p. 243.

³⁵ MORALES, Ramón J. Fernández de Marcos. A propósito de algunas Relecciones de Francisco de Vitória. **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009. p. 243.

³⁶ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 06.

noção de império universal cristão. As Grandes Navegações haviam diminuído o tamanho do planeta e revelado uma multiplicidade de povos pagãos. Pela primeira vez, parecia possível um rei se tornar senhor de todo o mundo. E também, o cristianismo não parecia tão universal assim. Vitória tratou, pois, de atualizar Santo Tomás.³⁷

A atualização da filosofia tomista³⁸ fez de Vitória um dos expoentes nas discussões teológicas e jurídicas ocorridas no século XVI, no seio do que ficou conhecido como Escola Clássica Espanhola do Direito Natural e das Gentes. Nesse período histórico, Vitória foi contemporâneo do Cardeal Cisneros, de Cristóvão Colombo e dos reis Católicos, Isabel e Fernando, e viveu a maior parte de sua vida sob o reinado de Carlos V, quando a Espanha dominava a Europa e o mundo.

Nasceu em Burgos (ou em Vitória), em 1483. Em 1504 ingressa na ordem fundada por Santo Domingo de Guzmán, dedicada ao estudo e pregação. Em 1505 é enviado ao convento de São Paulo de Burgos, onde permanece até 1508, ano em que enviado ao Colégio Saint-Jacques, em Paris, propriedade da ordem dominicana na Sorbone e onde, em 1513, começou sua atividade docente. Em 1522 doutorou-se em Teologia pela Sorbone e regressa à Valladolid, sede do governo da época. Em 1526 concorre, com êxito, à cátedra de Teologia em Salamanca, mudando de vez para tal cidade para continuar sua atividade docente.³⁹

Como jurista, estudou os limites do poder civil e eclesiástico, confrontou as ideias medievais da supremacia universal do Papa ou do Imperador; como teólogo estudou todos os assuntos de seu tempo: a colonização da América, a ideia de Justiça, a Igreja, o Estado etc.⁴⁰

Para além de sua biografia formal, pode-se descobrir o autor a partir de suas obras. Vitória pode ser visto, com todo vigor, em duas delas: as *relecciones* sobre os índios e sobre o direito de guerra. Nas duas pode-se, ainda para o propósito do trabalho, verificar o que se concebe como a imaginação da modernidade.

Francisco de Vitória foi um desses teólogos que abordou questões complexas de teologia moral, direito natural e de um incipiente direito das gentes. Sua abordagem se dava a partir de uma concepção metódica/ científica, onde se

³⁷ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 02.

³⁸ Referente às ideias de São Tomás de Aquino.

³⁹ MORALES, Ramón J. Fernández de Marcos. A propósito de algunas Relecciones de Francisco de Vitória. **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009. p. 246.

⁴⁰ MORALES, Ramón J. Fernández de Marcos. A propósito de algunas Relecciones de Francisco de Vitória. **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009. p. 246.

formulava teses, que se tornaram fundamentais para a resolução de problemas corriqueiros ao momento histórico em que vivia, tais como a expansão ultramarina e as guerras internas. Suas teses propunham sempre soluções pragmáticas fundadas no seu perspicaz faro da realidade.

Em se tratando da expansão ultramarina e da chamada conquista e colonização da América, pode-se dizer que a mesma suscitou os debates mais intensos daquele século. Debates que diziam respeito ao direito da conquista, uma vez, que a “Espanha se encontrava frente a uma política de unidade do Estado e expansão onde o rei era a cabeça do Estado, e se considerava o ministro de Deus na Terra, onde as ciências Teológicas e Jurídicas estavam vinculadas em torno da Coroa.”⁴¹

Discutia-se se as terras “achadas” pertenceriam ou não ao Imperador; se os habitantes daquele novo mundo poderiam ser considerados humanos, assim como eles; se poderiam ser considerados possuidores de bens e territórios e se poderiam ou não ser dominados pela força da espada e da cruz; em suma, como deveria ser o trato com esse outro desconhecido.⁴²

Essas questões foram tratadas por Vitória em suas *relectiones*, dentre as quais destaca-se a *relectio* sobre os índios (*de indís*) e a sobre o direito de guerra (*juri in bellus*). Nelas pode-se vislumbrar o fato de que Vitória ao postular suas principais teses se firmava em face de seus contemporâneos como referência no domínio da ética, quando se tratava de assuntos relacionados à chamada descoberta das Américas, nos séculos XV e XVI, bem como a todo o desdobramento das questões a ela relacionadas.

O que mostra cada vez mais a imprescindibilidade de se conhecer e compreender as posições defendidas por esse autor. Para tal, a obra *De indís* é incontestemente o momento em que Vitória mostra bem a sua escolástica em favor de um universalismo que proporia um cerne para os direitos dos índios.

Em alguns momentos, pode-se perceber certo sofisma de autoridade, deslocamento das questões do âmbito secular para o espiritual e vice e versa. Por

⁴¹ No original: “España se encontraba frente a una política de Estado de unidad y de expansión en donde el Rey era la cabeza del Estado, se le consideraba como ministro de Dios en la Tierra en donde las ciencias Teológica y Jurídica estaban vinculadas en torno a la Corona.” ESPINOSA, Nicéforo Guerrero. Francisco de Vitoria entorno a la Conquista de América. **Publicaciones UAMS**. 2015, p.4.

⁴² Cf. DUSSEL, Enrique. **1492**: El encubrimiento del otro – hacia el origen del mito de la modernidad. La Paz, Bolivia: Plural editores, 1994.

exemplo, segundo Vitória, “O veredicto sobre este assunto [o direito dos índios] não compete aos juristas, ou pelo menos não somente a eles; porque, não estando esses índios submetidos ao direito humano, [...] suas coisas não podem ser examinadas pelas leis humanas, e sim pelas divinas”.⁴³

A inversão de leitura, a qual se indica, não pode ser fruto de uma análise descontextualizada. Essa proposição, poderia indicar que Vitória admoestasse os índios e impusesse um pensamento que os reconheceria como inferiores. Na verdade, Vitória busca retirar a interpretação de determinados assuntos da órbita secular, que imporia uma discriminação negativa dos índios, como dominados de guerra, para uma interpretação teológica apropriada para igualá-los como seres, capaz de serem irmãos em Cristo, o que não nos impede de dizer, “dominados pela religião”.

Para Oris de Oliveira, a hostilidade de Vitória pelos jurisconsultos não é uma questão puramente pessoal, mas se dá em razão do fato de Vitória perceber que os canonistas tinham levado a problemática para um impasse, que consistia no fato da “ideologia dos jurisconsultos teocráticos, dos Sepúlvedas, justificar, não todas, e cada uma das crueldades e arbitrariedade cometidas pelos conquistadores, mas justificar globalmente o modo de se comportarem os espanhóis”.⁴⁴

O autor diz respeito à “desapropriação dos bens dos índios, submissão à escravidão, guerras, crueldades”, tudo isso, segundo ele, “encoberto pela nobre missão de delegados do Papa, transportando, enfim, para o continente americano toda uma ética medieval de comportamento do cristão em relação ao infiel, ao muçulmano e ao herege.”⁴⁵

⁴³ VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006. p.43.

⁴⁴ OLIVEIRA, Oris. **Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no de "Indis Recenter Inventis, Relectio Prior"**. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969. p. 369.

⁴⁵ OLIVEIRA, Oris. **Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no de "Indis Recenter Inventis, Relectio Prior"**. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969.p. 369. Já para Macedo: “os cristãos não se mostravam de todo intolerantes. Na metade do século XIII, o Papa Inocêncio IV reconhece que os infiéis podem ser titulares de domínio, posse e jurisdição. Todavia, os infiéis desse tempo resumiam-se aos muçulmanos, uma civilização tão ou mesmo mais avançada do que a europeia. Como os cristãos, os islâmicos adoravam um Deus único, também professavam uma “religião do livro” e, junto com os judeus, observavam princípios morais que um europeu poderia reconhecer. No relacionamento entre os povos de religião monoteísta, ainda que não vigorasse a paz, existia respeito. Mas o que dizer de crenças que cultuam diversos deuses, inclusive personificações de forças naturais, praticam canibalismo e sacrifícios humanos? A distância em relação às religiões reveladas apresenta-se grande demais. Não há diálogo possível”. Cf. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges

Nessa perspectiva, ocorre certa pressão dos missionários sobre Francisco de Vitória, exigindo que o mesmo se engajasse na disputa, pois a evangelização dos bárbaros estava comprometida, uma vez que os juristas de então, profundamente marcados pelo teocratismo e principalmente porque cientistas de um direito positivo, não submetiam o assunto a uma 'crítica radical'.⁴⁶ Eles não percebiam que o pensamento cristão se encontra diante de uma situação completamente nova e que, portanto, exigia-se o deslocamento da análise, elevando-a um plano filosófico (no seu modo de conceituar, teológico).⁴⁷

Tal deslocamento é feito por Vitória, que expõe sobre as condições éticas da ocupação dos territórios, com todas as suas implicações. Por exemplo: ele problematiza o domínio dos Espanhóis sobre os índios, a partir de escravidão, e discute a posse dos seus bens por meios violentos.

As discussões se dão "num clima de perturbação e controvérsia, como não poderia deixar de ser dada a natureza do assunto e o contexto histórico em que emerge".⁴⁸ Um contexto histórico em que se produz uma estética própria, a partir de um emaranhado de práticas e justificações. Tratava-se da descoberta, não só de um novo continente, da pólvora, da gramática, mas a de um ser, o indígena, que poderia refletir a si próprio, ou melhor, de como se deve portar, por exemplo, de como ser espanhol, católico, europeu, guerreiro etc.

Essa nova estética é transportada para o plano político. Por sua vez, "Vitória, reclama que no fundo de todo o problema político há um problema ético e teológico e é desde essa perspectiva que analisará a causa".⁴⁹

de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 02.

⁴⁶ OLIVEIRA, Oris. **Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no de "Indis Recenter Inventis, Relectio Prior"**. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969. p. 364.

⁴⁷ OLIVEIRA, Oris. **Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no de "Indis Recenter Inventis, Relectio Prior"**. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969. p. 364.

⁴⁸ OLIVEIRA e SILVA, P. El maestro salmantino Francisco de Vitória. Principales doctrinas sobre el Derecho y su influjo en la posteridad. Trad. PONCELA González, Ángel (Ed.). **La Escuela de Salamanca: Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno**. Ed. Verbum, Madrid, 2014. p.12.

⁴⁹ OLIVEIRA e SILVA, P. El maestro salmantino Francisco de Vitória. Principales doctrinas sobre el Derecho y su influjo en la posteridad. Trad. PONCELA González, Ángel (Ed.). **La Escuela de Salamanca: Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno**. Ed. Verbum, Madrid, 2014. p.15.

2.1.1 Vitória e as *relectios* sobre os índios⁵⁰

Nessa perspectiva, na primeira parte da *relectio*, Vitória discute se os índios têm capacidade de domínio, para ao final concluir que os índios possuem capacidade de domínio sobre os seus bens e territórios. Na segunda parte, como se verá, adiante, discute sete títulos ou argumentos, não legítimos, em razão dos quais os índios poderiam cair em poder dos espanhóis. Por fim, na terceira parte, apresenta sete títulos ou argumentos legítimos, pelos quais os índios poderiam estar em poder dos espanhóis. Nesta terceira parte, Vitória apresenta os princípios da sua antropologia social e da sua ética.

2.1.1.1 Primeira parte do de indis – prólogo

Essa primeira parte tem função de introduzir a segunda parte, em que Vitória busca refutar os títulos ilegítimos pelos quais os espanhóis segundo ele, conquistaram os chamados “bárbaros”. Trata-se de títulos previstos no Requerimento de Burgos.⁵¹

Vitória estrutura as suas *Relecciones* sobre os Índios de modo a demonstrar, como o faz já na primeira parte, que aqueles possuem de maneira válida suas terras, uma vez que o infiel pode ter domínio. Na verdade, o que Vitória propõe, de

⁵⁰ Todas as referências indiretas de Vitória, a seguir, dizem respeito a obra em comento. Cf. VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006.

⁵¹ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 06. Requerimiento: ato de manifestação de obediência à Igreja e aos Reis espanhóis que se pedia aos índios (...). O “requerimiento” era um aviso ou manifestação que se fazia a uma pessoa, da qual se esperava uma resposta ou atitude declaratória. (...) O “requerimiento” tinha uma parte informativa na qual se explicavam os preceitos principais da fé católica (existência de um Deus criador da terra e dos homens, donde e sobre os quais tem plena jurisdição o Papa); informava-se da concessão das Índias pelo Papa aos Reis espanhóis; dava-se exemplo recente de como os habitantes das Ilhas tinham aceitado tais disposições e os benefícios que por isto tinham recebido. Depois vinha a parte na qual os índios eram requeridos para que reconhecessem à Igreja e ao Papa como autoridades superiores, e ao Rei e a Rainha (no caso a filha dela, Juana) como seus reis e senhores. Se assim o faziam, eram lhes prometidas bondades, privilégios, isenções e benfeitorias; se não, “entraremos poderosamente contra vosotros y vos haremos guerra, (...) y tomaremos vuestras personas y de vuestras mujeres e hijos y los haremos esclavos (...) e vos tomaremos vuestros bienes y vos haremos todos los daños y males que pudiéramos (...)” De isso dava fé um escrivão e assinavam testemunhas. (...) Os “requerimientos” não foram mais do que uma desculpa, mais ou menos dissimulada, que se utilizou depois das expedições antilhanas para formalizar o ato de ocupação de terras e pessoas que se fazia no Novo Mundo. In: Andión Herrero, M.A. *Americanismos (no indígenas) en la Historia de las Indias de Fray Bartolomé de las Casas*. Madrid: UNED Ediciones, 2002, pp. 211-13 *Apud* RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial**. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010.p. 155-156.

maneira bastante cuidadosa, é que há certa autonomia entre o direito de propriedade e os institutos da religião. Com isso irá concluir que o Papa não é senhor de todo o *orbe*, isto é, não exerce jurisdição no mundo inteiro.

A primeira parte inicia-se com uma pergunta: É lícito batizar os filhos dos infiéis contra a vontade de seus pais? Segundo Vitória, “toda esta controvérsia e a consequente interpretação surgiram e se difundiram por causa dos bárbaros do Novo Mundo, chamados popularmente de índios que, desconhecidos antes em nosso mundo, caíram há quarenta anos em poder dos espanhóis”.⁵²

Com essa e outras questões propostas, Vitória buscava, especificamente, explicar três questões:

- a) o direito pelo qual chegaram esses bárbaros a ser domínio espanhol;
- b) o poder que o rei de Espanha pode ter na ordem temporal e civil;
- c) o poder que têm sobre eles (os bárbaros) os reis e a Igreja na ordem espiritual e no tocante à religião.

Supunha Vitória, como o faz, com todas as teses postas e questionadas, que a primeira questão era inútil⁵³ em razão da clarividência do poder do soberano; no entanto, mesmo assim a discutiria sobre algumas premissas.

2.1.1.2 Segunda parte do *de indis* – os títulos ilegítimos

Em sua *relectio de indis*, lida em 1539, Vitória é o primeiro a defender que os índios têm os mesmos direitos que qualquer outro ser humano, assim podendo ser considerados donos de bens e territórios, e, conseqüentemente, não poderiam ser despojados pelos conquistadores.

Desse modo, cada uma das justificativas ideológicas da conquista é analisada e refutada dentro do mais estrito rigor escolástico, pois da mesma forma como faziam os primeiros escolásticos, Francisco de Vitória inicia a análise de suas

⁵² VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 37.

⁵³ Cf. VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 38, segundo o qual *ipsis litteris*: “Com relação à primeira parte, deve-se notar, em princípio, que esta discussão parece inútil e ociosa, não somente entre nós, a quem não compete nem discutir se na administração é conduzido de modo justo o governo daqueles homens, nem pôr em dúvida esse assunto, nem corrigir os possíveis erros de alguém. Parece inútil essa discussão, inclusive para aqueles a quem compete considerar e administrar todos esses assuntos.”

proposições com a exposição da opinião contrária à que defende e posteriormente sustenta sua posição.⁵⁴

Assim, o faz quando aponta a posição dos ideólogos da conquista espanhola, na qual dá o nome de “títulos ilegítimos por meio dos quais os Índios do Novo Mundo puderam ser sujeitados ao Poder dos Espanhóis”. Nesse ponto, Vitória expõe sete argumentos (títulos) contrários e passa a questioná-los.

- a) O imperador é senhor do mundo;
- b) O Papa é senhor de todo o mundo;
- c) O direito de descobrimento;
- d) Negação dos índios a receberem a fé cristã;
- e) Os pecados dos próprios índios;
- f) Escolha voluntária;
- g) Doação Especial de Deus.

A refutação ao primeiro título ilegítimo tem a seguinte conclusão: “o imperador não é senhor de todo o mundo”, logo também não o é dos Índios. Isso, pois, o domínio não pode provir senão do direito natural e, segundo esse, não há um único senhor de todo o *orbe*. E ainda, admitindo que o Imperador fosse senhor do mundo, nem por isso poderia ocupar o território dos índios nem estabelecer nele novos senhores, depor os antigos e cobrar tributos, pois tal domínio se trataria apenas de jurisdição e não de propriedade.

Conforme Macedo: “Vitória não poderia aceitar isso porque, de fato, não vivia mais num ambiente feudal. O imperador romano-germânico já ostentava um poder mais simbólico do que efetivo. Assim, Carlos V não poderia reivindicar as terras indígenas por sua própria autoridade.”⁵⁵

O segundo título, segundo o qual o Papa é senhor de todo o mundo e nomeou os reis de Espanha como reis e senhores daqueles bárbaros e daquelas terras, possui natureza mais teocrática, afirmando um monismo pontifício. De modo que, para desconstituí-lo, Vitória utiliza o seguinte expediente:

- a) sofisma de autoridade para minimizar a argumentação de certos jurisconsultos;
- b) ênfases nas citações bíblicas.

⁵⁴ MORALES, Ramón J. Fernández de Marcos. A propósito de algunas Relecciones de Francisco de Vitória. **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009. p. 243.

⁵⁵ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 06.

Para tal, formula as seguintes proposições:

- a) O Papa não é senhor civil ou temporal de todo o *orbe*, se entendemos o domínio e o poder civil no sentido próprio;
- b) Mesmo que o Papa tivesse o poder secular não o poderia transmitir aos príncipes seculares, pois tal poder estaria ligado ao papado e dele não poderia sair;
- c) O Papa tem poder temporal na medida em que ordena ao espiritual, isto é, o necessário para a administração das coisas espirituais;
- d) O Papa não tem nenhum poder temporal sobre os índios, nem sobre outros infiéis, portanto, mesmo que os índios não queiram reconhecer o domínio do Papa, nem por isso se pode fazer guerra ou ocupar seus bens.

Com relação ao terceiro título, segundo o qual, com base no direito natural e das gentes, as terras desertas se tornam propriedade daquele que as ocupa, Vitória expõe o contra-argumento de não ser verdade que ninguém ocupasse os territórios dos indígenas. Eles o ocupavam, e, portanto, eram donos. Contudo, fosse válido esse título, poderia ocorrer o absurdo dos índios terem descoberto os europeus.

O quarto título diz respeito à obrigação dos índios receberem a fé cristã e alega que, apesar de ter sido proposta a eles, os mesmos se negavam a aceitá-la. Vitória expõe os argumentos para tal título a partir de seis proposições, que logo foram desconstituídas. Dessa forma, o quarto título era ilegítimo na medida em que os índios, antes de ter qualquer conhecimento da fé em Cristo, não cometiam pecado de infidelidade por não crer em Cristo. Afinal, não se pode crer em algo que se desconhece. Da mesma forma, mesmo que tivessem uma primeira pregação não estavam obrigados a crer, e, ainda que tivessem tal crença, teriam que ser batizados. Todo esse processo deveria ser feito com argumentações razoáveis (Vitória não estava convencido se havia sido feita), mas ainda que tivesse sido feita não era motivo justo para que os índios fossem coagidos mediante a guerra. Desta feita, Vitória nega as conversões forçadas.

O quinto título diz respeito aos pecados dos próprios índios, e, segundo Vitória, deveria ser analisado com maior seriedade. Para alguns, era correto que os Espanhóis outorgassem-se na função de punidores dos índios por causa de seus pecados contra a o direito natural (*v. g.* comer carne humana, incesto etc.), mas, não por aqueles que somente seriam contra a lei positiva. Contrariamente, para Vitória os príncipes cristãos, nem mesmo com autorização do Papa, podem afastar os

índios de seus pecados contra a lei natural, nem castigá-los devido a eles.⁵⁶ Ademais, o Papa não exerce, conforme já dito, jurisdição espiritual sobre todo o *orbe* e muito menos sobre os não convertidos e, portanto, não poderia delegar tal autoridade.

O sexto título, “por escolha voluntária”, faz referência ao suposto fato de que os índios aceitaram os espanhóis como seus senhores, quando esses chegaram ao seu território. Segundo Vitória, não era idôneo, uma vez que não estavam ausentes nos índios o medo e a ignorância que viciam toda escolha, além do que eles tinham seus senhores e próprios príncipes e não poderiam instituir outros sem o consentimento de todo o povo.

O sétimo título, “uma doação especial de Deus”, é para Vitória uma profecia sem qualquer fundamento, uma vez que, segundo tal título, Deus condenou todos esses índios por suas abominações e os entregou nas mãos dos Espanhóis, como em outros tempos entregou os cananeus nas mãos dos judeus. Os espanhóis seriam um povo eleito por Deus, fato não comprovado pelas escrituras, nem por milagres.

Como se vê, a refutação aos primeiros títulos, considerados ilegítimos, impõe Vitória como um humanista, preocupado de forma drástica com os direitos dos índios. Na terceira seção, o autor passa a analisar os títulos legítimos pelos quais os Espanhóis podem conquistar os índios.

2.1.1.3 Terceira parte do de *indis* - títulos legítimos

Na terceira parte desta *relectio de indis*, Vitória discute se é lícito fazer guerra aos índios, sobre o poder eclesiástico em relação à conversão e à liberdade de consciência dos infiéis e sobre o poder que os infiéis podem ter sobre os cristãos.

Da mesma forma que na segunda parte da *relectio de indis*, o autor expõe alguns títulos e passa a discuti-los. Segundo ele, “Títulos legítimos pelos quais os Índios acabaram ficando em poder dos Espanhóis”.

⁵⁶ Conforme Oliveira “embora VITÓRIA evidentemente não admitisse a relatividade cultural do juízo moral sobre certos pecados contra a natureza, faz notar, todavia, que às vezes, é mais fácil provar verdades religiosas reveladas do que convencer que certos atos são contra lei natural.” Cf. OLIVEIRA, Oris de. **Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no “de Indis Recenter Inventis, Relectio Prior”**. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969. p. 370.

- a) Sociedade e comunicação natural;
- b) Propagação da religião cristã;
- c) Impossibilidade dos príncipes dos índios pela força obrigar os índios convertidos voltar à idolatria;
- d) Concessão de príncipes aos convertidos;
- e) Proibição de práticas iníquas e tirânicas dos indígenas e de seus chefes;
- f) Escolha voluntária;
- g) Obrigação para com os sócios e amigos;

O primeiro título legítimo, mediante o qual os espanhóis puderam ocupar o território dos índios, versa sobre a comunicação que existe em todo o mundo. Desse modo, a partir desse verdadeiro direito de comunicação, os índios não podem proibir os espanhóis de percorrer as suas terras. Havendo tal proibição, torna-se lícito aos Espanhóis mover-lhes guerra. Pode-se inferir desse título, que se forja no campo do Direito das Gentes, a legitimidade das práticas comerciais, do uso das coisas comuns e da migração.

O segundo título legítimo diz respeito à propagação da religião cristã. Conforme Vitória, com base nas escrituras, pode-se dizer que os cristãos têm o direito de anunciar o evangelho nos territórios dos índios. De acordo com esse título, os índios não estão necessariamente obrigados a se converterem; no entanto, devem possibilitar a conversão de quem o queira, pois se houver, por sua parte, resistência, tal seria motivo justo para a guerra.⁵⁷

O terceiro título legítimo diz respeito à impossibilidade dos príncipes dos índios, pela força, obrigar os índios convertidos a voltar à idolatria. Trata-se de uma questão não apenas religiosa, mas, conforme Vitória, de solidariedade humana. Assim, uma vez que, ao se tornar cristão os índios tornam-se amigos e aliados dos cristãos, pode-se, e é justo, fazer guerra contra aqueles que pedem que os mesmos voltem à idolatria.

O quarto título legítimo versa sobre a concessão de príncipes aos convertidos. Fundamenta-se na ideia de que, se uma boa parte dos índios tiver convertido a Cristo, poderia o Papa conceder príncipes a estes. Esse título tem a mesma ideia do anterior: aos amigos as benesses, a paradoxal proteção contra os que os protegem,

⁵⁷ Conforme Macedo: “Esse dever não é de direito das gentes, mas oriundo da verdadeira fé, e parece improvável que Vitória admitisse a reciprocidade.”. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 06-07.

forjando de tal sorte duas categorias de índios, os convertidos e os resistentes à conversão.

O quinto título legítimo trata da proibição de práticas iníquas e tirânicas dos indígenas e de seus chefes, tal qual a promulgação de leis inumanas com o sacrifício de inocentes, que são mortos para que eles comam a sua carne. Pode-se vislumbrar, na espécie, um embrião da intervenção humanitária⁵⁸, com toda a conotação ideológica que a mesma possa ter até os tempos atuais.

O sexto título legítimo retoma a ideia anteriormente rechaçada por Vitória da submissão voluntária dos índios ao rei da Espanha, fazendo, no entanto, agora, a paradoxal ressalva de que tal submissão deve ser considerada a partir de um consentimento válido. Trataria, assim, de um título legítimo de direito natural.

O sétimo título legítimo discute certa relação de proteção para com aqueles sócios ou amigos, no caso, os convertidos. Nessa relação, os Espanhóis podem fazer aliança com algumas tribos contra outras.

A terceira parte termina com a conclusão de que, se os índios não podem gerir-se, até mesmo por caridade e solidariedade, devem os Espanhóis manter relações com eles, governando-os, se for o caso.

Desse modo, para além das justificações ideológicas, Vitória ressalta que, “nas terras dos índios abundam muitas coisas ou que os espanhóis podem trazer em troca de outros produtos.”⁵⁹ Em suma, Vitória dizia que a “atividade comercial” com os índios deveria ser mantida.

“Deixando de lado o enquadramento escolástico e a consciência do autor de estar fazendo teologia, em que se revelou a perspectiva filosófica do *De Indis?*”, o autor da pergunta, Oris de Oliveira, responde que, “primeiro, submetendo a matéria a uma crítica radical: houve então uma reversão de perspectiva, submetendo a juízo

⁵⁸ Conforme Marcelo Böhlke, a doutrina apresenta diferentes definições para intervenção humanitária, que geralmente contêm os seguintes elementos: (I) uso da força armada; (II) por Estado ou grupo de Estados; (III) sem o consentimento do Estado onde se processa a operação; (IV) com o objetivo de conter violações maciças aos direitos humanos em sentido amplo, incluindo as liberdades fundamentais e as normas do direito internacional humanitário; e (V) independentemente da nacionalidade das vítimas [...]. Cf. BÖHLKE, Marcelo. **A proibição do uso da força no direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. Para uma crítica ao conteúdo ideológico das intervenções humanitárias, conferir: WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007 e LOSURDO, Domenico. **Liberalismo. Entre civilização e barbárie**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2006.

⁵⁹ VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 109.

filosófico a justiça global da conquista. Tudo o que era certeza foi submetido a novo exame.”⁶⁰

Esse novo exame está dentro da perspectiva de que há uma tensão entre uma situação de fato e uma justificação ideológica. Para o supracitado autor,

a ocupação das Índias era uma situação irreversível, de que o Mestre de Salamanca tinha plena consciência inclusive de que as elucubrações filosóficas não a iam alterar. Pôs, todavia, o problema em termos amplos, podendo em rigor concluir pela negativa de uma justificação. Situada a problemática em plano superior, apelando para os mesmos princípios, de um lado justificou, não o poder de os espanhóis dominarem os índios, mas de conviverem (*título societatis et communicationis*) com estes, de outro, o direito de os bárbaros não serem despojados de sua soberania. Houve conseqüentemente, um juízo global e crítico-filosófico. Sua filosofia jurídica evidenciou-se, sobretudo dando, no modo de ver, a razão última do *Jus Inter Gentes*, fundamentando-o no jusnaturalismo.⁶¹

Muito se questiona sobre a forma de exposição de Vitória. Para Pereña, por exemplo, as *Relecciones* de Vitória sobre os índios foram objetos de censura oficial, pois:

- a) Vitória retirou de sua *relectio de temperantia* as páginas mais comprometedoras que dedicou à política colonial do imperador;
- b) nunca mais, nem em suas *lectios* e nem em seus informes, voltou a abordar problemas de governo; e,
- c) as *relectios* se publicam na Espanha vinte e cinco anos depois, apesar do empenho da Universidade que nomeou uma comissão especial integrada por Soto, Cano e Sancho, para publicar os manuscritos de Vitória.⁶²

⁶⁰ OLIVEIRA, Oris de. **Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no “de Indis Recenter Inventis, Relectio Prior”**. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969. p. 370.

⁶¹ OLIVEIRA, Oris de. **Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no “de Indis Recenter Inventis, Relectio Prior”**. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969. p. 371.

⁶² No original: “Él mismo arranca de su relección *De temperantia* las páginas más comprometedoras que dedicó a la política colonial del Emperador; nunca en adelante, ni en sus lecturas ni en sus informes, volvió a abordar problemas de gobierno; y las relecciones se publican en España veinticinco años después, a pesar del empeño de la Universidad que nombra una comisión especial integrada por Soto, Cano y Sancho para publicar los manuscritos de Vitoria” Cf. PEREÑA, p. 297-298 *apud* OLIVEIRA E SILVA, P. El maestro salmantino Francisco de Vitória. Principales doctrinas sobre el Derecho y su influjo en la posteridad. Trad. PONCELA González, Ángel (Ed.). **La Escuela de Salamanca: Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno**. Madrid: Ed. Verbum, 2014. p.14.

2.1.2 Vitória e as relectios sobre a guerra

Dentre outras questões Vitória trabalhou também a doutrina da guerra justa (*bellum iustum*), segundo a qual uma guerra só será considerada ilícita quando não se objetiva prevenir ou reparar uma ameaça de um mal para o príncipe ou seus súditos. Essa postulação da (i) licitude da guerra preventiva é, ainda, bastante atual⁶³.

Assim, em sua *Relectio De Iure Belli*, lida em 1539, Vitória estabelece os limites do uso da força para resolver os litígios entre os distintos povos, e, sustenta que o príncipe tem autoridade para guerrear, uma autoridade que, no entanto, deveria utilizada com parcimônia, uma vez que o mesmo deve buscar sempre que possível, evitar o combate.

Esta conferência de Vitória versou especificamente “sobre os índios ou o direito da guerra dos espanhóis contra os índios”. Nela, inicialmente, o autor traçou quatro questões:

- a) se é lícito aos cristãos mover guerra;
- b) quem tem autoridade para declará-la e movê-la;
- c) quais podem e devem ser as causas de uma guerra justa;
- d) o que se pode fazer numa guerra justa e até onde é lícito chegar à guerra contra os inimigos.

Em relação à primeira questão, Vitória diz parecer ser a guerra absolutamente proibida aos cristãos; contudo, tal posição, segundo o próprio autor, é contrária à posição de todos os doutores e da prática comum da Igreja. De modo que, conclui ser lícito aos cristãos fazerem serviço militar e ir à guerra.

A segunda questão é concluída por Vitória depois da formulação de três proposições. Para o autor podem fazer guerra os príncipes de uma comunidade perfeita, isto é, aquela república que não é parte de outra, mas que possui leis próprias, conselho de magistrados etc.

A terceira questão passa a ser discutida por meio de cinco proposições:

- a) a diversidade de religião não é causa suficiente para uma guerra justa;
- b) não é causa justa para uma guerra pretender estender domínios;

⁶³ Cf. LOSURDO, Domenico. **Liberalismo. Entre civilização e barbárie**. São Paulo: Anita Garibaldi, 2006. [Em especial o capítulo V: “Guerra preventiva, americanismo e antiamericanismo”].

- c) tampouco, é causa justa da guerra a própria glória do príncipe, nem outro proveito particular do mesmo;
- d) a única causa justa para fazer a guerra é a injúria recebida;
- e) não basta uma injúria qualquer e de qualquer gravidade para mover guerra.

A quarta questão é dividida em duas partes. A primeira parte, inicialmente, é apresentada por meio de cinco proposições:

- a) numa guerra justa é lícito fazer tudo aquilo que for necessário para a defesa do bem público;
- b) numa guerra justa é lícito recuperar todas as coisas perdidas ou seu valor;
- c) é lícito se ressarcir com os bens dos inimigos das despesas da guerra e dos outros danos causados injustamente por eles;
- d) o príncipe que faz uma guerra justa pode fazer tudo quanto for necessário para conseguir a paz e garantir a segurança ameaçada pelos inimigos;
- e) uma vez ameaçada a vitória e recuperados os bens, além de estabelecidas a paz e a segurança, é lícito vingar a injúria recebida dos inimigos e puni-los pelas injúrias inferidas.

Ademais, quanto à quarta questão, diz Vitória surgir dúvidas, as quais o mesmo postula e as resolve, mediante o similar método das proposições. A primeira dúvida é se basta, para que a guerra seja justa, que o príncipe creia ter justa causa para fazê-la. A resposta é que nem sempre isso é suficiente e que, para determinar se uma guerra é justa, é necessário examinar, com grande cautela suas causas e ouvir também os adversários.

A segunda dúvida é se os súditos estão obrigados a examinar a causa da guerra ou se podem ir a ela sem nenhuma diligência para se informar. A proposição é que, se para o súdito é evidente a injustiça da guerra, não lhes é lícito ir a ela, mesmo com uma ordem do príncipe; já as autoridades, como senadores e governadores, que intervêm no conselho público, estão obrigados a examinar as causas da guerra justa.

A terceira dúvida é o que se deve fazer quando há dúvida sobre a justiça da guerra, ou seja, quando há razões aparentes e prováveis em favor de cada uma das partes. A resposta é que, se um deles é legítimo possuidor, pode reter a posse, de modo que o outro não poderá disputá-la pelas armas, enquanto permanecer a dúvida. Em relação à cidade ou província que tem vacância de senhorio em razão, por exemplo, da morte de seu senhor, é lícito aos litigantes proporem um acordo de

divisão equitativa. Ainda, aquele que duvida de seu direito, mesmo estando em sua posse mansa, é obrigado a examinar a causa e ouvir as razões da parte contrária. Por fim, segundo Vitória, não há dúvida de que, numa guerra defensiva, bem como também na ofensiva, é lícito aos súditos, em caso de dúvida, seguir seu príncipe; mais ainda, são obrigados a isso.

A quarta dúvida é se uma guerra pode ser justa de ambas as partes. A resposta taxativa de Vitória é que não, pois se fosse justa para ambos, não deveria haver guerra.

A quinta dúvida é saber se aquele que se envolveu por ignorância em uma guerra injusta, caso soubesse depois da injustiça dessa guerra, era obrigado a restituir. A resposta é que, se tinha certeza constante da probabilidade da injustiça da guerra, deve restituir as coisas que estão na sua posse, mas não aquilo que já consumiu.

A segunda parte da quarta questão inicia-se a partir do pressuposto da guerra justa. Vitória expõe algumas dúvidas e as soluciona. Primeira dúvida: é lícito na guerra matar os inocentes? Sua resposta, com base nas escrituras bíblicas, é que sim, mas logo adiante diz, com base nas mesmas escrituras, que apesar disso, nunca direto e intencionalmente.⁶⁴

Outra dúvida: é lícito matar inocentes que no futuro possam constituir um perigo?⁶⁵ Parece que sim, pelos mesmos motivos que se podem matar outros inocentes, sem intenção direta. Entretanto, conforme Vitória, tal conduta não pode ser considerada lícita, pois de modo algum se pode fazer um mal para se evitar outro maior.⁶⁶

A segunda dúvida da segunda parte é se é lícito numa guerra despojar os inocentes. Segue-se a essa, proposições que dizem que em regra é lícito despojar

⁶⁴ Não é direto e intencional atear fogo em um edifício com culpados e inocentes ou mesmo atacar uma fortaleza, isso porque de outro modo não poderia fazer a guerra e ficaria frustrada a justiça. Vitória, como o faz em toda essa conferência, expõe a argumentação corrente e passa a desconstruí-la. Em relação à vitimação de inocentes, por exemplo, é efusivo: “que se deve ter preocupação de que da própria guerra não derive maiores males maiores que aqueles que com ela se procura evitar.” Cf. VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 145.

⁶⁵ Zaffaroni menciona uma passagem que, pode ser facilmente relacionada à pergunta: “No se trata más que de la vieja afirmación de Talât ante el embajador Morgenthau, que no nos cansamos de reiterar porque es la más acabada síntesis de esta táctica [La construcción del “ellos” por semejanza.]: Se nos reprocha no distinguir entre armenios culpables e inocentes, pero esto es imposible, dado que los inocentes de hoy pueden ser los culpables de mañana.”. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos**: Conferencias de criminología cautelar - 1ª ed. - Buenos Aires: Ediar, 2011. p. 370.

⁶⁶ VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 146.

armas, os navios e as máquinas de guerra que os inimigos iriam utilizar. Entretanto, se a guerra pode ser feita sem despojar tais meios dos inocentes, não será lícito fazê-lo.

A terceira, quarta, quinta e sexta dúvidas versam sobre a morte de inocentes, quando de uma guerra e de prisioneiros que se entregam, ainda que culpados. Vitória discute se é lícito matar crianças inocentes ou reduzi-las a cativo ou servidão; se se podem matar os reféns tomados dos inimigos durante um período de trégua ou posteriormente à guerra, no caso em que faltassem com algum acordo; se pelo menos em uma guerra justa é lícito matar todos os culpados. A conclusão a que se chega é que, em regra, não se podem matar crianças e inocentes, ou mesmo reféns e prisioneiros tomados em guerra, ainda que culpados. Mas é lícito despojar seus bens, detê-los em cativo ou torná-los servos e ainda, quando em perigo, matar todos os culpados. Ademais, outras situações, notadamente, na guerra contra infiéis, podem exigir a morte de todos os culpados; afinal, a guerra busca a paz e a segurança, que, às vezes, só é alcançada com a eliminação de todos os inimigos.

A oitava e nona dúvidas dizem respeito à licitude da imposição de tributos aos inimigos vencidos e a deposição e renovação dos príncipes dos vencidos. A primeira questão tem resposta afirmativa em razão da necessidade de se ressarcirem os danos sofridos e impor castigo. No entanto, não é lícito modificar os príncipes, a não ser que haja uma guerra justa.

Por fim, Vitória conclui sua *relectio* sobre a guerra, enunciando três regras:

- a) Em primeiro lugar, deve o príncipe evitar fazer a guerra;
- b) uma vez declarada a guerra por causas justas, deve-se buscar diretamente a paz e segurança e não arruinar a nação contra a qual se deve combater;
- c) uma vez terminada a guerra, é conveniente usar o triunfo com moderação; como se fosse juiz, o vencedor deve equilibrar os prejuízos da parte perdedora.

A segunda *relectio* sobre o direito de guerra dos Espanhóis contra os índios traz a tona todos os argumentos que o autor havia refutado anteriormente. Sobre novas bases trabalha hipóteses típicas da exceção, para justificar uma regra. Em suma, nessas duas preleções *De Indis* e *De Jure Belli*, observa-se a construção da legitimidade da intervenção europeia sobre os índios, que desemboca na possibilidade de ser feita a partir de uma guerra justa.

Essa legitimidade adviria do fato de que os príncipes, além de exercer autoridade sobre seus súditos, também a exercem sobre os estrangeiros para impedi-los de cometer equívocos. Tal poder decorreria da autoridade de todo o *orbe*.⁶⁷ Conforme Macedo, “além da defesa do colonialismo espanhol, para o presente propósito, deve extrair-se outra consequência. Nas duas lições sobre os índios, o *orbe* parece mesmo constituir uma fonte legislativa, por vezes de todo o *jus gentium*, por vezes apenas do poder vindicativo dos soberanos.”⁶⁸

El Estado español ofrecía, pues, a los indios aquello que a sus ojos era el bien mayor y más alto que podía darles. Situación que a los ojos de Vitoria resultaban injustas dado que cuestionaba los derechos de los españoles en las Indias como el derecho de los indios en su territorio con ello inicia parte de sus estudios y análisis a la potestad del Rey frente a los naturales, basándose en ideas Tomistas.⁶⁹

Trata-se do olhar europeu sobre a questão. Evidentemente, tal interpretação propõe uma hermenêutica da inocência, na qual se coloca os invasores europeus como portadores da bondade. Filosoficamente Vitória tinha alguma dúvida quanto a isso, e a sua dúvida possibilitava outra análise. Pode-se inverter o discurso: de um direito sobre os índios a um direito dos índios.

O fato é que, depois da Reforma, a Espanha se estabelece como defensora do Catolicismo e que apesar disso, Vitória fazia uma distinção entre o poder espiritual e o secular, para dizer que o poder papal era da primeira natureza. E, ainda que o poder do rei fosse conferido pelo Papa não dava a esse o direito de ocupar as novas terras e menos ainda a dominar os nativos.

⁶⁷ Nas palavras de Macedo, conforme a segunda *relectio* “o fato de os índios possuírem domínio não exclui a possibilidade de interdição. O Papa pode não exercer jurisdição sobre eles, mas conta com um poder indireto. Os espanhóis podem lá se estabelecer, em virtude de uma sociedade natural de comunicação. Proíbe-se a conversão forçada, mas os índios devem suportar a evangelização. Práticas bárbaras, como sodomia e canibalismo, não justificam uma intervenção, mas essa pode ocorrer em defesa dos inocentes. Todas essas posições não se ajustam muito bem com a imagem de um defensor dos direitos dos indígenas.” MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 07 e p. 09.

⁶⁸ [O *Totus Orbis*] “Trata-se, portanto, de algo bastante velho, que dispensa apresentações e, por isso, provavelmente se perde num passado imemorial: o *orbis christianus*. A *Respublica Christiana* correspondia a um quadro de referências antigo, que todo europeu conhecia. O *totus orbis* consiste numa abstração marginal dessa concepção, que já havia deixado de ser uma experiência. Significa uma atualização de uma realidade pretérita (ainda não esquecida de todo) por causa da descoberta de povos não cristãos no Novo Mundo, mas que, de uma forma ou de outra, terminaram por se encontrar sob a jurisdição de povos cristãos.” Cf. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 09.

⁶⁹ ESPINOSA, Nicéforo Guerrero. Francisco de Vitoria entorno a la Conquista de América. **Publicaciones UAMS**, 2015. p.7.

La actitud pro-americanista de Vitoria y sus opiniones independientes y nada sometidas al poder imperial, que expuso en su elecciones De indis, pusieron en guardia al Emperador. Defendió su tesis en contra de los intereses imperiales, y mucho más contra algunos cortesanos y sobre todo contra los encomenderos, no hubo nunca un enfrentamiento directo en la Corte, sin embargo los argumentos del Dominico impactaron para la creación de las Leyes de Indias mismas que durante el Siglo XVI prohibieron la esclavitud de los naturales del Nuevo Mundo.⁷⁰

2.1.3 Vitória e o direito internacional: o precursor (?)

A habitual leitura dos fundamentos do Direito Internacional, ou melhor, da Fundação do Direito Internacional escapa às reflexões sobre a ruína do novo. Não se questiona as discussões e as justificativas da intervenção europeia nas Américas e as repercussões essenciais do evento para o Direito Internacional. Quando nada, há uma análise subalterna da questão. Como se o evento fosse um feito natural, em que não há necessidade de perquirição das suas causas e consequências.

Excepcionalmente, alguns estudos tentam questionar o papel da invasão europeia nas Américas, no Direito Internacional, a partir dos escritos, por exemplo, de Francisco de Vitória. Nesse sentido, conforme Macedo, as preleções de Vitória apresentam uma estética que agradou muito a sensibilidade de uma literatura a qual buscava um novo pai para a disciplina de Direito Internacional. Assim, em uma bela imagem, James Brown Scott considera Francisco de Vitória o expositor inicial, Francisco Suárez, o filósofo, e Hugo Grotius, o sistematizador.⁷¹

Para Oris de Oliveira, a contribuição de Vitória, em suas *relectios*, consistiu em colocar o problema, a partir da perspectiva da filosofia jurídica e do Direito Internacional Público. No entanto, segundo o autor, essa percepção só poderá ser encontrada nos meandros de seu pensamento, pois a obra “não é dividida materialmente de modo a se distinguir a parte em que o problema é focalizado no âmbito da filosofia jurídica ou do *Jus Inter Gentes*.”.⁷²

⁷⁰ ESPINOSA, Nicéforo Guerrero. Francisco de Vitoria entorno a la Conquista de América. **Publicaciones UAMS**, 2015. p. 9.

⁷¹ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 12.

⁷² OLIVEIRA, Oris de. **Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no “de Indis Recenter Inventis, Relectio Prior”**. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969. p. 370.

Ainda que, em seus meandros, o que se tem é que Vitória desenvolve uma definição moderna de Direito Internacional. Isso em razão de que, como herdeiro de São Tomas de Aquino, Vitória compartilha da ideia de solidariedade natural entre os homens e, conseqüentemente, da naturalidade da estrutura que realizará, em tese, tal solidariedade, o Estado. E a sociedade internacional teria assim uma forma assemelhada ao Estado.⁷³

De outro modo, Martti Koskenniemi, “considera que o período em que Vitória vive e atua é demasiado complexo, para poder se avaliar até que ponto existia uma consciência de contribuir para a criação de uma lei ou ordenamento sobre relações políticas e entre comunidades”.⁷⁴

A filosofia de Vitória é fruto de um contexto histórico e político determinado: a invasão das Américas, no reinado de Carlos V. Especificamente essa filosofia se matura com o conflito gerado concretamente em torno do homicídio de Atahualpa, rei dos Incas, por Francisco Pizarro, que na ocasião governava o Peru, e o envolvimento neste processo do dominicano Vicente de Valverde, discípulo de Vitória. Tal incidente gerou sérios debates em torno dos poderes régios e eclesiásticos.⁷⁵

O próprio Vitória mostra sua perplexidade com a questão:

Yo no entiendo la justicia de aquella guerra; *nec disputo* se el Emperador puede conquistar las Indias, que presupongo que lo puede strictissimamente. (...) Yo doy todas las batallas y conquistas por buenas y santas. Pero hace de considerar que esta guerra, ex confesiones de los peruleros, es, no contra a extraños, sino contra verdaderos vasallos del Emperador, como si fuesen naturales de Sevilla. (...) En verdad, si los indios no son hombres, sino monas, *non sunt capaces injuriae*. Pero si son hombres y prójimos, *et quod ipse prae se ferunt*, vasallos del emperador, *non uideo quo modo excusar a estos conquistadores de ultima impiedades y tiranía, ni sé que tan grande servicio hagan a su majestad de echarle a perder sus vasallos.*⁷⁶

⁷³ Nas palavras de Vitória: “E o mundo todo, que de certo modo forma uma república, tem o poder de prescrever, a todos os súditos, leis justas, como são as de direito das gentes.”. Cf. VITÓRIA, Francisco...MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 04-05.

⁷⁴ *Apud* OLIVEIRA e SILVA, P. El maestro salmantino Francisco de Vitória. Principales doctrinas sobre el Derecho y su influjo en la posteridad. Trad. PONCELA González, Ángel (Ed.). **La Escuela de Salamanca: Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno**. Ed. Verbum, Madrid, 2014.

⁷⁵ OLIVEIRA e SILVA, P. El maestro salmantino Francisco de Vitória. Principales doctrinas sobre el Derecho y su influjo en la posteridad. Trad. PONCELA González, Ángel (Ed.). **La Escuela de Salamanca: Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno**. Ed. Verbum, Madrid, 2014. p.12.

⁷⁶ OLIVEIRA e SILVA, P. El maestro salmantino Francisco de Vitória. Principales doctrinas sobre el Derecho y su influjo en la posteridad. Trad. PONCELA González, Ángel (Ed.). **La Escuela de Salamanca: Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno**. Ed. Verbum, Madrid, 2014. p.11-12.

O citado incidente do Peru é o ponto central para o acertamento de algumas questões atinentes à “conquista”. A partir desse momento, surgem consultas e determinações do Imperador, principalmente a Vitória. O Imperador exige uma tomada de posição dos teólogos em relação ao assunto.

Sin embargo, la Universidad de Salamanca supo tomar partido por la justicia en lo referente a las cuestiones morales que suscitaban los abusos de los conquistadores. Así, Francisco de Vitoria, al tener conocimiento en 1536 de las violencias cometidas durante la conquista de Perú, escribe su *relección De indis*, en la que declara que los indios no son seres inferiores a los que es legítimo esclavizar y explotar sino seres libres, con iguales derechos que los españoles y dueños de sus tierras y bienes. De este modo se inició el derecho de gentes. La primera reacción del poder, encarnado por Carlos V, es, según la leyenda, un grito airado: "¡Que callen esos frailes!" basta hacer el comentario; de la carta que recibe en el convento de San Esteban obligando al silencio a los pensadores de la Universidad de Salamanca. Sin embargo, la tesis de Vitoria acaba venciendo en la Corte, y en 1542 se promulgaron las Leyes Nuevas que ponen al indio bajo la protección de la Corona.⁷⁷

Para Macedo, as *relecciones*, quando publicadas, só escaparam do *Index* de obras proibidas por causa da inesperada morte do Papa Sisto V, mas o rei Carlos V sequer esperou a publicação e na data de 10 de novembro de 1539 enviou uma carta ao prior de San Esteban, Domingo de Soto, seguidor de Vitória, determinando que os religiosos não se intrometam nas questões seculares e concentrem-se apenas no estudo da teologia, pois qualquer manifestação contrária à política do rei de Espanha seria considerada ofensa de ordem pessoal.⁷⁸ Conforme as palavras do rei:

Yo he sido informado que algunos maestros religiosos de esa casa han puesto en práctica y tratado en sus sermones y en repeticiones del derecho que nos tenemos a las indias islas e tierra firme del mar océano y también a la fuerza y valor de las composiciones que con autoridad de nuestro muy santo padre se han hecho y hacen en estos reinos (...). Y mandamos que sin dilación alguna llaméis ante vos a los dichos maestros y religiosos que de lo susodicho o de cualquier cosa de ello ovieren tratado así en sermones o en otra cualquier manera pública o secretamente y recibáis de ellos juramento para que declaren en que tempos y lugares y ante que personas han tratado y afirmado lo susodicho así en limpio como en minutas y

⁷⁷ ESPINOSA, Nicéforo Guerrero. Francisco de Vitoria entorno a la Conquista de América. **Publicaciones UAMS**, 2015. p.10-11.

⁷⁸ MACEDO, Paulo Emilio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 03.

memoriales, y si de ello han dado copia a otras personas eclesiásticas o seglares.⁷⁹

Para Macedo⁸⁰, tal missiva tratava-se de uma indisposição bastante pontual e limitada a essa questão, porque, em diversos episódios anteriores e mesmo posteriores, o rei manifestou o seu apreço e admiração por Vitória. No entanto, o impasse trouxe algumas repercussões; assim, em pleno século XVI, quando o cenário internacional se caracterizava pela hegemonia militar espanhola, conseguiu-se que por iniciativa de uma junta convocada pelo próprio Imperador Carlos V promulgasse as novas leis das Índias em 1542, as quais lograram um trato mais humano e sem armas para com os índios.⁸¹

Esse trato mais humano pode ser considerado na perspectiva do *Jus gentius*, que diz respeito à universalização das regras de sociabilidade humana. Mas, para Henrique Weil Afonso⁸², “se Vitória projeta um *ius gentium* universal, tem sentido indagar-se qual o conteúdo desse universal.”

A construção de um universal, nos moldes até então vistos, parte do pressuposto de que os mesmos termos universais, ou os parâmetros segundo os quais a qualidade do universal pode operar, são, em última instância, apropriados por aqueles considerados – por estas mesmas balizas – aptos a produzir o universal verdadeiramente global. *Este universal tem um local*. Nada menos que o monopólio das referências políticas, culturais e legais parece acompanhar a difusão desse universal.⁸³

Em Vitória, a universalidade do *ius gentium* possibilita a plenitude de um mundo com a exclusividade da posição que determina sua existência. Essa posição exclusiva é ocupada pela tradição moderna ocidental em vias de afirmação perante a tradição medieval que a precede.⁸⁴

⁷⁹ OLIVEIRA E SILVA, P. El maestro salmantino Francisco de Vitória. Principales doctrinas sobre el Derecho y su influjo en la posteridad. Trad. PONCELA González, Ángel (Ed.). **La Escuela de Salamanca: Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno**. Ed. Verbum, Madrid, 2014. p.13-14.

⁸⁰ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 03.

⁸¹ MORALES, Ramón J. Fernández de Marcos. A propósito de algunas Relecciones de Francisco de Vitória. **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009. p. 260.

⁸² AFONSO, Henrique Weil. **O local do internacional: história e reconstrução dos espaços emancipatórios no Direito das Gentes**. Belo Horizonte, 2014. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 214.

⁸³ AFONSO, Henrique Weil. **O local do internacional: história e reconstrução dos espaços emancipatórios no Direito das Gentes**. Belo Horizonte, 2014. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 214.

⁸⁴ AFONSO, Henrique Weil. **O local do internacional: história e reconstrução dos espaços emancipatórios no Direito das Gentes**. Belo Horizonte, 2014. Tese (Doutorado) – Pontifícia

De outro lado, pode-se dizer que o que se entende contemporaneamente por *Jus gentius*⁸⁵ e/ou por Direito Internacional em muito difere das concepções postuladas ao tempo de Vitória. Contudo, por mais que os termos não tenham a mesma significação, pode-se perceber que foram construídos sobre o mesmo alicerce: o olhar europeu sobre o mundo.

Vitória era tributário do renascentismo, da escolástica tomista. Tinha como grande questão filosófica a legitimidade da imposição de força de um “Estado” sobre o outro, ou mesmo sobre populações, povos e territórios “conquistados”. Em suma, Vitória era um intelectual a serviço de seu império.

Este ‘império formal’, como lhe chama Martti Koskenniemi, com base numa missão humanitária de disseminação civilizacional, contrasta radicalmente, apresentando-se como opositor crítico, com os factos que conhecemos da conduta espanhola nas Américas, sempre referenciados à ‘Leyenda Negra’⁸⁶ e aos factos que precisamente estiveram na base da reflexão de Vitória sobre os conceitos de *dominium, potestas, lex, ius, humanitas*: a Inquisição de Torquemada, a destruição do império asteca, o assassinio do rei Atahualpa, a extorsão do ouro dos Incas, entre outros. [...] a posição de Vitória, e dos seus seguidores, é claramente crítica da moralidade destes atos, investindo o seu trabalho intelectual na busca de uma fundamentação

Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 214. p. 215. Conferir, também: ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Porto: Edições Afrontamento, 1984.

⁸⁵ “Existem, consequentemente, razões de fidelidade histórica para se esforçar para falar do Direito das Gentes em Vitória, e desentranhar as chaves do que o dominicano entendia como tal, e, nesta tarefa, convém que estejamos conscientes de como participamos das crenças que impregnam nosso presente. Ademais, não devemos ignorar que, ainda que esse Direito das gentes na atualidade adote algumas formas de expressão que o fazem aparecer como Direito Internacional, seus pressupostos e convenções são tão diferentes do *ius gentius* vitoriano que não deveríamos ser insensíveis à distância existente entre ambos. Cf. URBANO, Francisco Castilla. Introdução. In: VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 17. Da mesma forma, é a precisa lição de Macedo, segundo a qual “a distinção entre cristãos e não cristãos revela-se essencial para a compreensão do direito das gentes de Vitória. Assim como o *jus gentium* romano regia as relações entre romanos e estrangeiros, o *jus gentium* do teólogo de Salamanca governa as relações entre cristãos e não cristãos. E, tal como aquele não guardava semelhança com o direito internacional contemporâneo, porque se aplicava no interior do Império Romano, este incide dentro de um império europeu alargado pelas Grandes Descobertas. Trata-se do direito interno de uma comunidade multirreligiosa, mas, de jurisdição cristã.” Cf. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13.

⁸⁶ A “leyenda negra” (lenda negra) da conquista da América Hispânica foi inaugurada pelo Frei Bartolomé de las Casas, que, na primeira metade do século XVI, lutou contra o modo pelo qual os indígenas estavam sendo tratados pela administração colonial. Como veremos adiante, os escritos de las Casas, que denunciavam as atrocidades dos conquistadores contra os índios, irão encontrar grande eco entre os opositores do colonialismo praticado pela Espanha no continente americano, imprimindo “nas mentes de gerações de europeus um estereótipo grosseiro do domínio imperial espanhol”. ELLIOT, J. H. T. A Espanha e a América nos séculos XVI e XVII. In: BETHELL, Leslie (org.). **História da América Latina**. São Paulo: Edusp, Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1998. v. I: A América Latina Colonial I, p. 306.

teórica ética, antropológica e teológica das relações de poder e conquista, numa atitude aberta e humanista.⁸⁷

Até onde ia a atitude ética e humanista de Vitória? Até onde Vitória podia enxergar? Quais eram suas pré-compreensões? O Direito Internacional, passados mais de 500 anos, no limiar do terceiro milênio possui o mesmo olhar europeu sobre o mundo e suas questões. Nessa perspectiva, mais uma, e decisiva pergunta, poderia ser feita: afinal, quem foi Vitória?

Vitória era, com absoluta certeza, um homem de convicções. Não aceitava as teses oficiais do *Requerimento* para a conquista dos índios, nem a ideia de que o papa poderia exercer autoridade sobre todo o mundo, mesmo o não cristão. Mas era também tanto um patriota, como um defensor da fé cristã, ainda que a sua doutrina o afastasse dos argumentos corriqueiros de seu tempo. O patriotismo do autor era certamente diferente do ardor dos conquistadores: Vitória não queria terras, ele queria almas. Para Luciano Pereña, todo o direito da guerra da Segunda Escolástica é um verdadeiro “direito de intervenção”. [...] Vitória buscava a unidade espiritual do mundo por meio da religião cristã. E o único país europeu grande o suficiente, militarmente poderoso e católico o bastante, que poderia levar a cabo essa empreitada, era a Espanha. No debate entre Bartolomeu de Las Casas e Juan Ginés de Sepúlveda sobre o direito dos índios, Francisco de Vitória situava-se no meio.⁸⁸

Para Henrique Weil Afonso, “nem pacifista (humanista), nem apologista da colonização: uma leitura consciente dos desafios da historiografia enquadraria-o como um filósofo de seu tempo, que não se calou diante de problemas de imediata repercussão prática”⁸⁹ e se preocupou em regular as interações entre povos distintos, questão essencial do Direito Internacional.

Mas, negar-lhe a figura de pacifista ou de apologista da colonização e dizer que Vitória é filósofo, não seria propor uma hermenêutica da inocência, que o creditaria por apenas pensar questões, ou mesmo abstrair e teorizar a partir de casos práticos? Não seria negar a força de suas ideias, até mesmo contemporaneamente ao período histórico em que ele viveu?

⁸⁷ OLIVEIRA e SILVA, P. El maestro salmantino Francisco de Vitória. Principales doctrinas sobre el Derecho y su influjo en la posteridad. Trad. PONCELA González, Ángel (Ed.). **La Escuela de Salamanca: Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno**. Ed. Verbum, Madrid, 2014. p. 26-27.

⁸⁸ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13. p. 07.

⁸⁹ Cf. AFONSO, Henrique Weil. **O local do internacional: história e reconstrução dos espaços emancipatórios no Direito das Gentes**. Belo Horizonte, 2014. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 239.

Vitória não se reduz a um adjetivo, é tudo ao mesmo tempo: humanista, filósofo e patriota espanhol. Um homem de seu tempo e preso ao seu sistema-mundo, com suas relações, e uma visão de mundo europeia, que o prendia à defesa das questões de poder. Como várias pessoas atualmente, Vitória era um moderno, preso na armadilha do sistema-mundo que justifica.

E, tal compreensão torna-se possível pelo modo como Vitória encara a questão dos índios na *Relectio De Indis*, como “reveladora de uma inteligência, sensibilidade aos problemas éticos e à condição humana dos índios, mas também de convicções políticas determinadas, a favor do Imperador Carlos V, doseadas de uma boa capacidade diplomática.”⁹⁰

Seria Vitória um diplomata? Poderia ser considerado, sim, um diplomata, mas, sobretudo Vitória, a partir de suas múltiplas faces e único olhar, cabe-nos bem como o precursor do Direito Internacional moderno.

2.2 Da contribuição de Francisco Suárez para imaginação da modernidade e do direito internacional moderno: consolidador das ideias de Vitória, sem, contudo tratá-las de modo específico

Kohler, citado por Luis Recasens Siches⁹¹, em sua obra sobre a Filosofia do Direito de Francisco Suárez, diz importante saber quais são os fermentos mentais que favoreceram a escola clássica espanhola, da qual Suárez faz parte. Para isso, o autor pensa na tarefa dos grandes moralistas católicos.

Em sua maioria espanhóis, eles fizeram um amplo trabalho de adaptação dos princípios da moral cristã às circunstancias concretas da época, dando solução a um número imenso de casos de conflito particular de consciência. De modo que, “*sin perder jamás de vista el carácter firme de los últimos principios morales, advirtieron que los problemas éticos varían en la práctica cotidiana, al tenor de tiempos y circunstancias*”.⁹²

⁹⁰ OLIVEIRA e SILVA, P. El maestro salmantino Francisco de Vitória. Principales doctrinas sobre el Derecho y su influjo en la posteridad. Trad. PONCELA González, Ángel (Ed.). **La Escuela de Salamanca: Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno**. Ed. Verbum, Madrid, 2014. p.14.

⁹¹ SICHES, Luis Recasens. **La filosofía del Derecho de Francisco Suárez**. Ciudad del México: Editorial Jus, 1947. p. 114.

⁹² SICHES, Luis Recasens. **La filosofía del Derecho de Francisco Suárez**. Ciudad del México: Editorial Jus, 1947. p. 114.

Vitória, por exemplo, sem dúvida, é um dos precursores do Direito Internacional. Francisco Suárez, por sua vez, contribuiu com a densidade filosófica exigida para a disciplina e, uma vez que, era um dos principais debatedores do jusnaturalismo e do Direito Internacional da Idade Moderna continua a obra de Vitória e antecipa a obra de Hugo Grotius.

Ademais, Suárez, no seio da chamada segunda escolástica, foi precursor da ideia de pacto social, posteriormente desenvolvida por Hobbes, Locke e Rousseau, dentre outros, além de promover a reformulação do conceito de soberania, anteriormente teorizado por Jean Bodin⁹³.

Para Macedo, Francisco Suárez é um homem de transição, pois viveu a passagem do mundo medieval e teocêntrico para um mundo moderno e laicizado, “transição das últimas guerras de religião para um sistema internacional baseado na *raison d'état* e no equilíbrio de poder, e transição das realidades difusas de poder da *Respublica Christiana* para a consolidação das soberanias estatais.”⁹⁴

Segundo Raposo, Suárez representa uma dualidade: “é o último medieval e o primeiro moderno”. Para a autora, uma vez que influenciado pela emergência de um novo paradigma que o chamado Novo Mundo reclamava, Suárez “representa no contexto da segunda escolástica, a procura incessante da modernidade ao tentar desenhar uma nova filosofia que respondesse às exigências da ciência moderna e às solicitações de um novo mundo político e epistemológico.”⁹⁵

De acordo com Macedo, crente em um projeto civilizador da escolástica espanhola, o desafio de Suárez foi “evitar que os preceitos da guerra justa se perdessem em meio ao relativismo”, já que, “os grandes problemas da sua vida não são mais aqueles do tempo de Francisco de Vitória: as Grandes Navegações, a

⁹³ Cf. BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. São Paulo: Ícone, 2011. Ademais, sobre os fatores históricos e econômicos na formulação dos conceitos de soberania absoluta e relativa, conferir: SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Mercosul: direitos humanos, globalização e soberania**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 20 e seguintes.

⁹⁴ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **O Fundamento do Direito Internacional em Francisco Suárez**, 2015.

⁹⁵ De acordo com Raposo: “Esta determinação e o interesse em estudar Aristóteles e S. Tomás de Aquino contribuíram para que fosse uma referência para os autores do seu tempo e influenciasse a formação dos filósofos da modernidade”. Cf. RAPOSO, Eva Rodrigues Ferreira Guilherme. Francisco Suárez: último medieval, primeiro moderno: a ideia exemplar. In: **Cauriensia. Revista anual de Ciências Eclesiásticas**. Coeditada con la Universidad de Extremadura. v. 5, 2010. p. 261-281. p. 262.

descoberta do Novo Mundo e o direito dos índios. Ele teve de lidar com a Reforma; foi o teólogo mais importante da Contra-Reforma.”⁹⁶

Se a obra de Francisco de Vitória é instrutiva para a compreensão da expansão europeia a partir das grandes navegações, bem como se nesse processo o rei teria ou não direito sobre os domínios expandidos, se os habitantes lá encontrados deveriam ou não sujeitar-se ao colonizador, entre outras, a obra de Suárez é o continuo capaz de legitimar, na esfera internacional, as práticas até então desenvolvidas.

Suárez imaginou a modernidade e o Direito Internacional como frutos do seu tempo e para além de seu tempo.

2.3 Da contribuição de Ginés de Sepúlveda e de Bartolomeu de Las Casas para imaginação da modernidade e do direito internacional moderno: o debate de valladolid de 1550-1551

Francisco de Vitória e Francisco Suárez, em menor grau, assim como outros pensadores, discutiram os problemas da conquista e manutenção de poder dos Espanhóis para com os habitantes do novo mundo recentemente descoberto. No entanto, as discussões geravam, em certa medida, mais perguntas do que respostas definitivas.

Assim, diante do evidente impasse acerca das questões da conquista, necessitava a coroa espanhola de uma orientação ética para sua expansão, devendo, pois, uniformizar seu discurso em relação aos meios e aos fins de suas atividades no novo mundo, porquanto, desde a tomada de Granada não se tinha uma posição firme quanto ao *modus faciendi* da conquista. Afinal, a Espanha deveria ser mais do que um reino, um Império.

Como já observamos, a chegada dos europeus no Novo Mundo traz a tona uma nova realidade: cria-se um *locus hermenêutico*, em que se confronta a culturas dos dois lados do oceano. As implicações desse fato são as mais diversas. Como dirimir essas questões? Era preciso confrontar os argumentos prós e contras ao intervencionismo bélico dos espanhóis nas Américas. Até que ponto a espada

⁹⁶ MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O DIREITO DA GUERRA EM FRANCISCO SUÁREZ: o projeto civilizador da escolástica Espanhola. In: **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n.22, jul/dez. 2012. p.3.

poderia e deveria fazer o papel da cruz? Até que ponto a cruz tem um papel a ser cumprido?

A crônica europeia daquele tempo inclina-se, majoritariamente, ao papel preponderante da cruz sobre a espada. Entretanto, ainda que de forma majoritária quanto aos fins, não há unanimidade quanto aos meios, que dependerá da vertente teórica a qual se filiam os comentadores.

Conforme Rodrigues, naquele tempo “pertencer a uma escola filosófica, ou outra, vai condicionar decisivamente o debate.”⁹⁷ O que ocorreu, por exemplo, com a Controvérsia de Valladolid, um momento único na história, em que se enfrentam dois pensadores expertos nas questões da conquista do novo mundo: Sepúlveda, com a bagagem aristotélica alexandrina, e Bartolomeu de Las Casas, representando o tomismo da Escola de Salamanca.

Para responder as perguntas com relação à conquista, da mesma forma que fez Vitória, como vimos anteriormente, Sepúlveda desenvolveu seus escritos⁹⁸: alguns livros referem-se, diretamente, outros indiretamente, ao direito à guerra justa, por exemplo, *Demócrates Primus e o De Rebus Gestis Carolus V.*

Em *Democrates Primus*, escrito em 1531, Sepúlveda discute, também, tal qual faz Francisco de Vitória, a possibilidade dos cristãos alistarem no exército. No entanto, só em 1544 e 1545, a partir dos debates sobre as Novas Leis das Índias é que Sepúlveda escreve sua obra mais interessante para a nossa dissertação, *Democrates Alter*, sobre as justas causas da guerra contra os Índios.⁹⁹

⁹⁷ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 81.

⁹⁸ “O que Sepúlveda consegue com sucesso, e talvez fosse o motivo dos seus problemas com a Inquisição, é subsumir os princípios cristãos na ética estoíca, nunca negando o cristianismo, fundamentando uma ética a serviço do Estado. A religião por meio da evangelização cumpre com os seus fins justificativos, mas sempre servindo uma idéia mais abrangente de princípio civilizatório, antecipando uma visão iluminista, baseando-se numa compreensão do mundo sub-lunar como isenta de intervenção divina. Nisto, Sepúlveda segue os postulados do seu mestre Pietro Pomponazzi: Deus é princípio motor no mundo sobrenatural, mas jamais interfere na vida dos seres sub-lunares.”. RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 20.

⁹⁹ Francisco Fernández Buey faz a seguinte pergunta: “¿cómo hacer concordar con este simplificado esquema el hecho simple de que la Brevisima relación de la destrucción de las Indias, y tantos otros panfletos de Las Casas hubieran podido ser publicados libremente en la España del XVI mientras que el Demócrates Alter de Ginés de Sepúlveda, el defensor del primer imperialismo español, Marcelino Menéndez Pelayo?” Cf. BUEY, Francisco Fernández. **La controversia entre ginés de sepúlveda y bartolomé de las casas. una revisión**. Barcelona, Espanha, março de 1992. p. 304. Conforme Rodrigues “Proibido na época e não editado pela Real Academia da Historia em 1780 entre as obras completas de Sepúlveda, o *Democrates Alter* terá de esperar sê-lo

Desse modo, o presente trabalho concentra o olhar sobre os escritos que se iniciam com a obra *Demócrates Alter*, em que Sepúlveda discute a conquista e exploração do novo mundo.

Os dois pensadores, imaginadores da modernidade, possuíam características muito distintas, mas, o que os acabou definindo foi a predominância de um, ou de outro, em defender os conquistadores ou conquistados, em estar do lado dos poderosos ou dos subalternos. Em suma, de propor um direito sobre os índios ou um direito dos índios, que pode ser tido como um direito à intervenção ou à resistência.

2.3.1 Bartolomeu de Las Casas e os subalternos do poder

Bartolomeu de Las Casas foi um frade dominicano que exerceu um importante papel no pensamento do século XVI. Seus debates e escritos dizem respeito ao processo de colonização das Américas e procuram discutir a forma com que esse processo se desencadeia. Las Casas tem papel privilegiado nas discussões, pois pode testemunhar de perto o tratamento dado aos habitantes daquele novo mundo, inclusive esteve na América e exerceu papel na colonização.

Las Casas pode ser visto como um “pesquisador de campo”, que descreveu detalhadamente o comportamento dos conquistados e também, por consequência, dos conquistadores. Pode-se dizer que o relatório de pesquisa em que o mesmo fez a descrição mais contundente do que viveu se deu na obra *Brevíssima Relación de la destrucción de las Índias*, datada de 1552, que, na verdade, começa a ser escrita por volta do ano de 1539, no México e sua primeira redação concluída em 1542 na Espanha. A obra propõe uma ácida crítica aos meios empregados para a conquista.

100

até 1892 por Menéndez Pelayo, o martelo de heterodoxos. Sepúlveda publica em Roma a Apologia em defesa do Democrates, mas também é proibida sua difusão na Espanha ou América. Detalhes e circunstâncias que se verão adiante. O *Democrates Alter* gerará discussões que chegam até os dias de hoje.”. Cf. RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial**. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 26.

¹⁰⁰ “Bartolomé de las Casas constitui um monumento fundamental e fundador no pensamento latino-americanista liminar. É ele quem transcreve as cartas de Colombo, elabora uma enciclopédica e fabulosa História das Índias, contesta, discute, peleja, filosófica, política e juridicamente contra as guerras de conquista das Américas na sua Apologética Histórica, elabora o Memorial de Remédios para solucionar os problemas que aquela formulou, e até, não longe da ilha Utopia de Morus, faz a denúncia dos prejuízos que provocara a colonização espanhola (salvacionista como a portuguesa ou de todas e qualquer das formas de imperialismo) no seu mais curto e conhecido livro: a

Bartolomeu de Las Casas foi, em seu tempo, uma figura controvertida; no entanto, por sua luta de mais de 52 anos pela causa dos indígenas, é sempre lembrado como o defensor dos índios. Sua defesa dos índios constitui em última análise, uma defesa dos direitos humanos; por isso, a obra lascasiana merece ser estudada.

Marcel Bataillon¹⁰¹ narra, em sua monografia sobre a vida de Las Casas, as condicionantes históricas e culturais que motivaram as decisões do clérigo e que determinaram sua verdadeira identidade. Um de seus traços mais marcantes, como se ressaltou, é a defesa apaixonada dos habitantes do novo mundo.

No entanto, este reconhecimento não nasce do acaso: Las Casas é fruto de um processo de gestação. Bataillon descreve muito bem esse processo, quando em seu citado trabalho apresenta Las Casas, primeiro como “*el clérigo-colono*”, depois como “*un sacerdote de elite*”, e só por fim, diz que o mesmo passa por “*una conversión a lo humano*”¹⁰².

De acordo com o prefácio de Gilles Bataillon¹⁰³, a vida de Las Casas está ligada, ou melhor, faz parte de um problema intelectual que marca sua época. Trata-se dos debates sobre o direito da conquista e do etnocídio, que começa a ser abordado pelos historiadores e antropólogos do mundo americano nos anos de 1960. De certo modo, tal problema deve ressurgir a partir das discussões sobre o Estado plurinacional, que da mesma forma que os estudos descoloniais, buscam romper com o colonialismo e com vários aspectos do que considera como modernidade.

Conforme a descrição de Bataillon¹⁰⁴, da gestação do mito lascasiano, o clérigo-colono nasceu em Sevilha, em 1474, dentro de um mundo de negócios do grande porto de andaluz, um meio social, frequentado principalmente por

Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias. Poucos o farão com tanta violenta contundência, desesperado furor e cáustica perseverança de mais de cinqüenta anos”. Cf. MARTÍN RODRIGUES, Juan Pablo. **Bartolomé de las Casas**: a pena contra a espada. Recife: O Autor, 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Departamento de Letras, 2006. p. 26.

¹⁰¹ BATAILLON, Marcel. **Las Casas en la historia**. Present. de Gilles Bataillon; trad. de Ignacio Díaz de la Serna. México: FCE, 2013.

¹⁰² BATAILLON, Marcel. **Las Casas en la historia**. Present. de Gilles Bataillon; trad. de Ignacio Díaz de la Serna. México: FCE, 2013.

¹⁰³ BATAILLON, Gilles. Presentación. In: BATAILLON, Marcel. **Las Casas en la historia**. Present. de Gilles Bataillon; trad. de Ignacio Díaz de la Serna. México: FCE, 2013.

¹⁰⁴ BATAILLON, Marcel. **Las Casas en la historia**. Present. de Gilles Bataillon; trad. de Ignacio Díaz de la Serna. México: FCE, 2013. p.12.

genoveses, que a partir de 1492 encheu-se de esperança de enriquecimento pela descoberta das novas terras por Cristóvão Colombo.

Bartolomé de Las Casas era filho de Pedro de Las Casas, que no ano de 1493, junto com dois irmãos segue para o novo mundo, na segunda viagem de Colombo. Depois da volta de seu pai ao país, o jovem Bartolomeu conheceu, por algum tempo, em sua casa, um escravo índio, que formava parte de um lote que o almirante das Índias compartilhou com seus companheiros¹⁰⁵.

Posteriormente, o próprio Las Casas fará essa viagem, que o inicia na fase de “sacerdote das elites”. Já em Cuba, como capelão, como ele mesmo conta, tratou de “mandar sus indios de repartimiento en las minas a sacar oro y hacer sementeras, y aprovechándose de ellos cuanto más podía”.¹⁰⁶ Da mesma forma, sendo encomendeiro na ilha espanhola, escutou o histórico sermão de Montesinos, mas não se arrependeu.

Un día, próxima la fiesta de Pentecostés de 1514, el clérigo halla su camino a Damasco. Busca un texto para un sermón destinado a sus compatriotas y encuentra este versículo del Eclesiástico (34, 18): «Ofrecer un sacrificio con el fruto de la iniquidad, es hacer una ofrenda mancillada». La palabra de la Sabiduría retumba con fuerza en el espíritu de un hombre que en aquel entonces lee poco. Al meditar sobre esa advertencia y sobre la injusticia reinante, se persuade por fin de que todo lo que los españoles cometían en el encuentro con los indios era injusto y tiránico. Tal es su primera conversión. De buena gana se diría, pese a su tinte religioso, que es una conversión a lo humano, no a lo divino. No lo saca de la vida secular. Por el contrario, lo empuja a realizar, en la misma época, actos que lo comprometen; y, antes que nada, a renunciar públicamente a sus indios para dar mayor peso a su acusación del sistema con el que tiene la intención de romper.¹⁰⁷

Paradoxalmente, depois de clérigo-colono, sacerdote das elites, Las Casas veste seu último traje, transmuta, converte ou anticonverte em ser humano, que a partir da teologia busca a universalização dos direitos. Assim, renunciou a suas *encomiendas*¹⁰⁸ e a partir desse momento, dedicou sua vida a conseguir evangelizar pacificamente os indígenas, isto é, sem o auxílio de homens ou armas.

¹⁰⁵ BATAILLON, Marcel. **Las Casas en la historia**. Present. de Gilles Bataillon; trad. de Ignacio Díaz de la Serna. México: FCE, 2013. p.12.

¹⁰⁶ MERCEDES, Serna. Revisión de la leyenda negra: Sepúlveda. Las Casas. En: **Cartaphilus 1, Revista de Investigación y Crítica Estética**, 2007. p. 120-127.

¹⁰⁷ BATAILLON, Marcel. **Las Casas en la historia**. Present. de Gilles Bataillon; trad. de Ignacio Díaz de la Serna. México: FCE, 2013. p.16-17.

¹⁰⁸ Encomienda: Juridicamente a encomienda respondia a uma condição de protetorado, mas baseado na liberdade do índio como indivíduo. Critério básico que conseguiram impor os teólogos e religiosos perante o interesse de políticos, juristas e conquistadores por a converter num estado

A defesa lascasiana dos direitos dos índios começou formalmente como um grito de rebelião ante as injustiças de caráter global e frente a consciência nacional espanhola com uma apelação ao Papa e a consciência mundial sobre os critérios da política colonial.¹⁰⁹

Los aciertos de Las Casas empiezan con el conocimiento directísimo, vivo y dramático que fue adquiriendo del hecho y del derecho a través de viajes, consultas, experiencias, observaciones, gestiones y crónicas como soldado, clérigo, encomendero, poblador, predicador, teólogo, obispo y diplomático. Parece que los hechos los conoció pronto y bien pero que, al menos al principio, desconoció demasiado el derecho, las teorías y también quizá las personas. ¿Cuál era la mejor táctica para defender a los indios oprimidos? Ahí empezaron los tanteos, las reconversiones, los fracasos y también los primeros grandes éxitos de Las Casas.¹¹⁰

Após voltar de sua viagem, em 1515, Las Casas faz outra expedição, dessa vez à Corte. O intuito de tal visita era requisitar métodos mais humanos de tratamento aos indígenas, uma vez que as *encomiendas* fracassavam em assegurar os benefícios crescentes aos espanhóis e à Coroa, e, ao mesmo tempo, preservar a vida dos índios. Além disso, Las Casas, com tais métodos, buscava facilitar a cristianização dos colonizados.¹¹¹

Sus propuestas demuestran al mismo tiempo un conocimiento preciso, íntimo, de los vicios del sistema colonial que «destruye» las islas desde hace un cuarto de siglo, y un agudo sentimiento de la inmensidad del

perpétuo de servidão. O resultado fora a paradoxal amálgama de aparente respeito dos postulados religiosos e abusiva exploração como mão de obra total ou semi-escrava. Acontece que a tributação em espécie não era o suficiente para aqueles que tinham outro ritmo de subsistência; e, além disso, o apetite de riqueza dos conquistadores desviara rapidamente as forças indígenas para os minérios de ouro ou garimpo de pérolas. Sua origem está nos primeiros repartimentos que se fizeram na Hispaniola, e esse foi o seu mais próximo e usado termo. Mesmo em termos profanos repartimiento e encomienda eram equivalentes, ambos conceitos eram diferentes. O primeiro fora anterior à encomienda e subsistira ao seu lado; consistia em uma prestação de serviços pessoais que fizeram os índios aos conquistadores nos seus trabalhos de exploração e assentamento. (Andión, M.A. Americanismos (no indígenas) en la Historia de las Indias de Fray Bartolomé de las Casas. Madrid: UNED, 2002, p. 105 *Apud* RORIGUES Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010.

¹⁰⁹ CASTELLO, Vidal Abril. Bartolomé de Las Casas y la escuela de Salamanca. p. XXX. In: BARTOLOMÉ DE LAS CASAS: **apología o declaración y defensa universal de los derechos del hombre y de los pueblos**. Edición paleográfica e crítica dirigida por Vidal Abril Castello. Salamanca: Europa Artes Gráficas S.A/ Junta de Castilla y León – Consejería de Educación y Cultura, 2000.

¹¹⁰ CASTELLO, Vidal Abril. Bartolomé de Las Casas y la escuela de Salamanca. p. XXX. In: BARTOLOMÉ DE LAS CASAS: **apología o declaración y defensa universal de los derechos del hombre y de los pueblos**. Edición paleográfica e crítica dirigida por Vidal Abril Castello. Salamanca: Europa Artes Gráficas S.A/ Junta de Castilla y León – Consejería de Educación y Cultura, 2000.

¹¹¹ BATAILLON, Marcel. **Las Casas en la historia**. Present. de Gilles Bataillon; trad. de Ignacio Díaz de la Serna. México: FCE, 2013. p.23.

mundo humano que da acceso a ese sistema y a sus fechorías la penetración acelerada de Tierra Firme; y con ello, una imaginación fértil en recursos para adaptar a cada situación un remedio apropiado y esforzarse (con algunas ilusiones) en armonizar los intereses legítimos de los indios, de los colonos y del Tesoro Real. ¿No es la cuadratura del círculo? Pero con su experiencia de colono concibe su reforma de la colonización y, ante todo, la transformación de la encomienda. Los estragos de esa institución derivan del poder discrecional otorgado a un español sobre un lote de indios que hace trabajar para beneficio suyo, de preferencia en la extracción del oro; son sus indios hacia los cuales se comporta como el hombre poseedor de una «gallina de los huevos de oro» y que la mata.¹¹²

Contrariamente a essa posição diplomática de harmonização de interesses na conquista, alguns consideram Las Casas uma figura mítica, porquanto “defensor dos índios”; contudo, de outro lado, para outros, não passa de um traidor da sua pátria.¹¹³

Em suma, Las Casas, combateu os *encomienderos*, apelou à Coroa e tentou ele mesmo levar a cabo a evangelização pacífica dos indígenas, criando uma comunidade livre com aqueles, bem como com os colonos, projeto que fracassou. Tornou-se frei dominicano em 1523 e passou dezesseis anos de retiro em São Domingo, Guatemala e Nicarágua, mas desejava voltar a Espanha para seus fins e o fez.¹¹⁴

“A defesa do índio levou Las Casas bem mais longe: o reconhecimento dos direitos individuais de todo ser humano”.¹¹⁵ Nesse sentido, como se viu, Las Casas esteve do lado dos subalternos do poder, que tem o seu maior representante em Ginés de Sepúlveda, o seu grande antagonista em vida.

¹¹² BATAILLON, Marcel. **Las Casas en la historia**. Present. de Gilles Bataillon; trad. de Ignacio Díaz de la Serna. México: FCE, 2013. p.19.

¹¹³ “El iniciador de esta campaña de descrédito, el que primero lanzó las especies que tan valiosas iban a ser para las filosóficas elucubraciones de nuestros enemigos, fue un español: el Padre Las Casas. Un español había sido el calumniador de Felipe II; un español el que describió los horrores de la Inquisición (sic); un español el que pintó la conquista de América como una horrenda serie de crímenes inauditos. Habría que decir como don Francisco de Quevedo: ‘¡Oh desdichada España! Revuelto he mil veces en la memoria tus antigüedades y anales y no he hallado por qué causa seas digna de tan porfiada persecución. Sólo cuando veo que eres madre de tales hijos, me parece que ellos, porque los criaste y los extraños, porque ven que los consientes, tienen razón de hablar mal de ti...’” Cf. JUDERÍAS, Julián. *La Leyenda Negra*. Barcelona: Araluce, 1917, p. 302-303 *apud* MARTÍN RODRIGUES, Juan Pablo. **Bartolomé de las Casas: a pena contra a espada**. Recife: O Autor, 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Departamento de Letras, 2006.

¹¹⁴ MERCEDES, Serna. Revisión de la leyenda negra: Sepúlveda. Las Casas. En: **Cartaphilus 1, Revista de Investigación y Crítica Estética**, 2007. p. 120-127.

¹¹⁵ GOMES, Renata Andrade. **“Com que direito?”: análise do debate entre Las Casas e Sepúlveda, Valladolid, 1550-1551**. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2006. p. 108.

2.3.2 *Juan Ginés de Sepúlveda: entre a cruz e a espada, os poderosos e o poder*

Conforme Martins Rodrigues¹¹⁶, Juan Ginés Sepúlveda é o antagonista de Las Casas, por antonomásia. Mas, até esse seu destino manifesto de contramito há uma vida bastante interessante.

Nascido na pequena aldeia da andaluza de Pozoblanco, filho de pais humildes, Ginés traçou seu destino entre a cruz e a espada, entre a pobreza e a nobreza, até estabelecer-se, como autoprofecia que se cumpre, no poder e entre os poderosos.

Estudou em Alcalá de Henares e depois em Sigüenza, universidade que já foi ironizada no próprio Quixote, o que indica as dificuldades iniciais deste esforçado estudante, que concluiria sua formação no Colégio Espanhol em Bolonha, onde seria aluno de Pomponazzi, graças à política de bolsas do Cardeal Cisneros, então regente da Coroa de Castela. Protegido dos grandes mecenas italianos, Julián de Médicis (futuro Clemente VII), Alberto Pio, príncipe de Carpi e Ercole Gonzaga, Aldo Manucio e o papa Adriano VI, Sepúlveda se destaca como brilhante tradutor do grego de Aristóteles, teólogo, jurista e espelho do perfeito cortesão. Quando Carlos V foi se coroar imperador em Bolonha, estava rodeado por um círculo erasmista que acreditava num messianismo imperial que faria chegar à idade de ouro. Seria o já humanista “italiano” Sepúlveda o representante papal que recebera o César Carlos.¹¹⁷

Nesse sentido, Sepúlveda, contrário ao círculo erasmista, busca as contradições do mesmo com os imperativos da *realpolitik* e, prevendo o perigo do protestantismo para o seu programa imperial, busca se inserir na Corte de Carlos V. Esse foi o contexto favorável à escrita de *Demócrates Alter*, onde defende a guerra justa contra os índios e a pertinência das *encomiendas* para o projeto da manutenção da conquista. Opõem-se na obra os personagens Demócrates e Leopoldo: o primeiro, a favor da submissão dos índios aos europeus; o segundo, um jovem alemão luterano contrário à guerra.¹¹⁸

Conforme o próprio Sepúlveda, na obra em comento:

¹¹⁶ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial.** Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 48.

¹¹⁷ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial.** Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 48.

¹¹⁸ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial.** Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 49.

Está sancionado en el libro de los Proverbios: “El que es necio servirá al sabio”. Es creencia que tales son los pueblos bárbaros e inhumanos apartados de la vida civil, conducta morigerada y práctica de la virtud. A éstos les es beneficioso y más conforme al derecho natural el que estén sometidos al gobierno de naciones o príncipes más humanos y virtuosos, para que con el ejemplo de su virtud y prudencia y cumplimiento de sus leyes abandonen la barbarie y abracen una vida más humana, una conducta morigerada y practiquen la virtud. Y si rechazan su gobierno, pueden ser obligados por las armas, y esta guerra los filósofos enseñan que es justa por naturaleza con estas palabras: “De esto resulta que en cierto modo brota de la naturaleza la obtención de riquezas por medio de la guerra, puesto que una parte de ella es la facultad de la caza, de la cual conviene usar no sólo contra las bestias, sino también contra aquellos hombres que habiendo nacido para obedecer rehúsan el dominio, pues tal guerra es justa por naturaleza” hasta aquí Aristóteles.¹¹⁹

Deste modo, Sepúlveda deixa claro o seu posicionamento intervencionista, que o marca profundamente, para além de suas origens. Ademais, várias são as caracterizações que se possa ter do ser humano Sepúlveda. De nosso tempo, eis aqui outra breve descrição: “nascido na Espanha, formado em direito pela Universidade de Burgos, ocidental europeu, branco, masculino, heterossexual e pertencente à classe média”.¹²⁰ Ao morrer deixou um testamento que diz tudo sobre si: “meticuloso e individualista, ele destina cada bem para familiares, criados e instituições, cuidando da fama terrena e da glória divina. Detalha cada livro importante a um legatário. Dispõe ao mínimo detalhe da cerimônia fúnebre.”¹²¹

A primeira descrição acima, objetivamente, *per se*, não diz muito, pois, além disso, em relação ao sujeito, podemos dizer que “Ginés de Sepúlveda foi um cronista real do século XVI e preceptor do príncipe Felipe II, que se aproxima de uma moderna razão de Estado, a qual ele deve servir e para a qual foi formado, conforme a sua profissão e *status* de humanista.”¹²²

As características objetivas descritas no primeiro parágrafo, somadas às subjetivas descritas no parágrafo acima, podem indicar, segundo Rodrigues, que

¹¹⁹ SEPÚLVEDA, Juan Ginés. **Obras Completas III, Demócrates Segundo**, Trad. A. Coroleu, Ayuntamiento de Pozoblanco, 1997, libro I, p. 55-56.

¹²⁰ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial**. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p.11.

¹²¹ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial**. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 28.

¹²² RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial**. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p.11.

Sepúlveda apresenta uma proposta civilizatória hegemônica que antecipa de alguma forma o pensamento imperial moderno e, para tal, desenvolve o título de civilização como justificativa do sistema colonial (hoje pós-colonial). Sepúlveda, além de tradutor de Aristóteles, era um grande polemista e Cronista oficial do Imperador. Precisamente, da análise deste último aspecto, junto com sua visão colonial sobre os povos indígenas, podem-se revelar os traços mais marcantes da história local européia e sua auto-proclamação como projeto global, na frente epistemológica, cultural ou política, considerando-se a relação entre conhecimento, interesse e emancipação.¹²³

Assim, Rodrigues, a partir das posições teóricas de Dussel¹²⁴, Mignolo¹²⁵ e Wallerstein¹²⁶, evidência que “Sepúlveda constrói um aparelho ideológico com elementos medievais (agostinismo político) e renascentistas (estoicismo e aristotelismo naturalista).” Tal aparelho é “justificador das novas necessidades estatais de expansionismo imperial europeu do ponto de vista ético-filosófico, antecipando, de certo modo, a segunda modernidade, o Iluminismo.”¹²⁷

Para Enrique Dussel:

A primeira modernidade hispânica, renascentista e humanista produziu uma reflexão teórica e filosófica da maior importância, que passou despercebida pela chamada filosofia moderna (que é apenas filosofia da segunda modernidade). O pensamento teórico-filosófico do século XVI tem importância contemporânea porque é o primeiro, e único, que viveu e expressou a experiência originária durante o período de constituição do primeiro sistema mundial. Assim, dos “recursos” teóricos disponíveis..., a questão central filosófica e ética preponderante foi a seguinte: que direito tem o europeu de ocupar, dominar e administrar as culturas recém-descobertas, conquistadas militarmente e em processo de colonização?¹²⁸

¹²³ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial.** Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p.16.

¹²⁴ DUSSEL, Enrique. **1492: El encubrimiento del Otro – hacia El origen del mito de la modernidad,** Plural editores, La Paz, Bolivia, 1994.

¹²⁵ MIGNOLO, Walter. **Historias locais/ projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar.** Trad. Solange Ribeiro. Belo Horizonte: editora UFMG, 2003.

¹²⁶ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder.** São Paulo: Boitempo, 2007.

¹²⁷ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial.** Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 20.

¹²⁸ *Apud* MIGNOLO, Walter. **Historias locais/ projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar.** Trad. Solange Ribeiro. Belo Horizonte: editora UFMG, 2003; RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial.** Recife: O Autor, 2010. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p.14.

Conforme se extrai do citado, Dussel¹²⁹, de modo original, questiona o olvido histórico do século XVI para a filosofia. De igual forma, Wallerstein¹³⁰ indica esse período, como o tempo em que se forjou o atual sistema-mundo. A partir das ideias dos autores, pode-se destacar a importância do pensamento colonial espanhol do século XVI para a formação da modernidade e do atual sistema-mundo.

Tal perspectiva contrasta com a corrente dominante que investiga e conclui ser o século XVIII, o tempo iluminista de iluminação do mundo. De modo que, “o entre-lugar que ocupam os gêneros da escrita do século XVI oferece uma oportunidade para tirar as máscaras da Historiografia “oficial” que tão bem encarna Sepúlveda, na sua imposição da sua visão como única e excludente”.¹³¹

Ler Sepúlveda em profundidade mostra quanto o pensamento Imperial da Europa pode ser explicado como resposta a necessidades locais, auxiliando na construção de uma epistemologia independente: O pensamento é universal no sentido muito simples de que é um componente de certas espécies de organismos vivos e é local no sentido de que não existe pensamento no vácuo, que pensar, (como comer e evacuar, que também é universal para certas espécies de organismos vivos) corresponde a necessidades materiais e locais (WALTER MIGNOLO, 2003a: 287). Revelando as ambivalências do discurso colonial, também desestabiliza-se a sua autoridade: por uma parte, o nativo sempre é progressivamente reformável. Por outra parte, e contraditoriamente, ele carece de capacidade de se autogovernar; alguém sempre perigoso e desconhecido. Obediente e mentiroso, serviçal e potencial canibal, o mito fica sempre subentendido ou, como no caso de Sepúlveda, erudita e cuidadosamente adornado de razão (Franz Fanon *apud* HOMI BHABA, 2005: 126-7).¹³²

Rodrigues¹³³ indaga acerca da racionalidade que embasa a concepção ideológica da qual Sepúlveda é expoente e mergulha em alguns dos elementos não conscientes de uma estrutura ideológica a superar, mostrando como estes fatores são fruto e semente dos textos de Sepúlveda.

¹²⁹ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010.

¹³⁰ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.

¹³¹ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p.19-20.

¹³² RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p.16.

¹³³ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p.17.

Ginés de Sepúlveda vai da pobreza à nobreza, a partir da rígida formação intelectual, já Las Casas, paradoxalmente, um “clérigo-colono”, é convertido a “homem comum”. Ambos são figuras de muita importância para o contexto da conquista e vão protagonizar, sem dúvida, um dos maiores eventos da humanidade: o grande debate de Valladolid.

2.3.3 O debate de valladolid de 1550-1551

Após verificar em separado, a visão de mundo dos dois pensadores, podemos analisar o encontro e o confronto, entre ambos. Vários anos de pelejas até um embate formal que entrou para a história como o debate, ou a controvérsia de Valladolid. Tal evento se iniciou no ano de 1550 e transcorreu até 1551.

O famoso debate de Valladolid é historiado a partir dos documentos que os debatedores preparam para o evento convocado pelo Imperador Carlos V, em 1550. Teve esse nome, pois aconteceu na Universidade de Valladolid, na cidade de Valladolid, na Espanha. Trata-se de uma pretensa derradeira discussão sobre a política colonial desenvolvida nas Américas pelos espanhóis, cuja decisão seria ratificada pelo Papa e, portanto, vinculante aos cristãos.

Sepúlveda e Las Casas expuseram duas concepções de mundo na oportunidade,

na qual se discutiram não apenas a pertinência ou não da guerra de conquista contra as nações indígenas, mas o próprio conceito de nação indígena, natureza dos nativos, ética da exploração dos habitantes destes territórios, a sua identidade. Dirimia-se o design do relacionamento que até hoje podemos vasculhar no contato cultural com os então novos “sócios” do Império, assim como indiretamente o modelo geopolítico a ser seguido, o unipolar imperial (Sepúlveda) ou o multipolar de estados soberanos regidos pelo seminal Direito Internacional ou *ius gentium*, de Francisco de Vitória e a Escola de Salamanca.¹³⁴

De um lado, Bartolomeu de Las Casas, que ataca firmemente a licitude da conquista das terras dos habitantes do novo mundo, a moralidade do sistema das *encomiendas* e consegue, como já foi visto, a proibição da publicação da obra de

¹³⁴ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p.14.

Sepúlveda, *Democrates Alter*. Os seus argumentos baseiam-se no que ele viveu na pele.

De outro lado, Sepúlveda, com base na obra *Historia general y natural de las Indias, islas y Tierra Firme del mar Océano*, do cronista real Gonzalo Fernández de Oviedo e também nos comentários pessoais de Hernán Cortés, advoga a necessidade de que, para a conversão e civilização dos indígenas se tome os seus reinos e, uma vez que, são bárbaros, devem ser submetidos à coroa e às suas leis.¹³⁵

Na análise desta disputa épica entre Las Casas e Sepúlveda, acerca do destino do processo de colonização do novo mundo, ou melhor, entre o direito dos índios ou sobre os índios, pode-se evidenciar toda uma distinta concepção filosófica presente em seus argumentos, que marca uma universalidade do homem como sujeito de direitos, ou uma particularidade de alguns homens mais homens que outros.

A estratégia de Las Casas no debate deixa claro o fato de que o mesmo não é um professor de teologia, um profissional em assuntos teológicos, mas um grande aplicador das questões teológicas aos casos vividos, de modo que, em cada embate, coloca ou rebate apenas fatos ocorridos, de certo modo permitido o reducionismo, pode-se dizer, um pragmático, em detrimento de Sepúlveda, um teórico.

A racionalidade moderna forja a necessidade de argumento, no sentido de estratégia política. Sepúlveda, nesse sentido, busca e se baseia em um princípio civilizatório, que em seu caso é a religião. Atualmente, esse princípio civilizatório pode ser observado no fanatismo pela democracia, isto é, pela imposição de um conceito homogêneo e, muita vez, antidemocrático de democracia.¹³⁶

La misma existencia de esa confrontación tiene algo de extraordinario; por lo general, este tipo de diálogo se establece de libro a libro y los protagonistas no se enfrentan directamente. Pero, precisamente, a Sepúlveda se le negó el derecho de imprimir su tratado sobre las causas justas de la guerra contra los indios; buscando una especie de apelación, provoca el encuentro frente a un jurado de sabios, juristas y teólogos; Las

¹³⁵ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 26.

¹³⁶ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010.

Casas se propone para defender el punto de vista opuesto en esta justa oratoria. Cuesta trabajo imaginar el espíritu que permite que los conflictos ideológicos se resuelvan con diálogos de este tipo. Por lo demás, el conflicto no había de quedar verdaderamente resuelto: después de escuchar largos discursos (especialmente el de Las Casas, que dura cinco días), los jueces, agotados, se separan, y no adoptan finalmente ninguna decisión. Sin embargo, la balanza se inclina más bien del lado de Las Casas, pues Sepúlveda no obtiene la autorización para publicar su libro.¹³⁷

Posteriormente ao debate, o que se segue é um estado de censura: os brevíarios de Las Casas são proibidos na América e os de Sepúlveda proibidos na Espanha. A saída era a impressão de livros sem licença, como o faz Las Casas, ou a circulação da obra por meio de manuscritos, como o faz Sepúlveda. Ginés terá contra si um maior rigor na proibição de seus livros e “lutará angustiadamente até o fim dos seus dias para conseguir driblar a Inquisição e publicar várias obras, e obter o reconhecimento dos melhores e mais cultos, que nem sempre acontecera. Sepúlveda falece aos oitenta e três anos na sua quinta de Pozoblanco.”¹³⁸

Como se percebe, a contribuição de cada um dos quatro pensadores destacados para a imaginação da modernidade se dá em razão de que, para pensarmos a tal modernidade, devemos nos perguntar sobre o direito de intervir. E intervir significa querer modificar algo ou alguém. É questionar o “outro”, ao mesmo tempo em que se impõe um “eu”.

Discutindo a retórica do poder, Immanuel Wallerstein diz:

A pergunta “quem tem o direito de intervir?” vai direto ao cerne da estrutura moral e política do sistema-mundo moderno. Na prática a intervenção é um direito apropriado pelos fortes. Mas é um direito difícil de legitimar e, portanto, está sempre sujeito a questionamentos políticos e morais. Os interventores, quando questionados, sempre recorrem a uma justificativa moral: a lei natural e o cristianismo no século XVI, a missão civilizadora no século XIX e os direitos humanos e a democracia no final do século XX e início do século XXI.¹³⁹

Francisco de Vitória, ao contrário de seu contemporâneo e companheiro de ordem religiosa Frei Bartolomeu de Las Casas, adotou em relação às questões indígenas, uma postura menos efusiva. Vitória demonstra uma atitude mais

¹³⁷ TODOROV, Tzvetan. **La conquista de América**. El problema del otro. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 163.

¹³⁸ RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial**. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 28.

¹³⁹ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 59.

diplomática, conciliatória dos seus interesses, em detrimento de Las Casas, dissuasório e enérgico na exposição e defesa de seus argumentos.

El padre Francisco de Vitoria, a diferencia de su contemporáneo y compañero de orden religiosa el fraile Bartolomé de las Casas, no condena abiertamente la conquista española de América como profeta iracundo ni se comporta como un apasionado defensor de los indios, sino que se esfuerza - casi siempre con gran éxito - por adoptar una actitud serena y hasta fríamente científica en la difícil búsqueda simultánea de la verdad y la justicia, poniéndose a medio camino entre las altaneras apologías prehispánicas del genial pero antipático Juan Ginés de Sepúlveda y las furiosas ofensas del amorosísimo pero no pocas veces exagerado y fanático Fray Bartolomé, el casi legendario Protector de los Indios.

Suárez, discípulo de Vitória, abstêm-se de tratar diretamente dos temas da colonização, do direito dos índios. Vitória antes havia antecipado algumas questões, mas as tratou de forma mais genérica. Conforme Espinosa:

- a) Vitória abordou a questão indígena com uma atitude científica superior a de todos os seus contemporâneos, buscando serenamente a claridade intelectual, a verdade e a justiça;
- b) Vitória condenou a conquista de forma aberta, taxativa e absoluta, sem variações, baseando unicamente em sua condenação dos sete títulos ilegítimos sem considerar (às vezes sem saber) que na dita *Relectio* também expõe e defende, ao menos em teoria, oito títulos considerados legítimos;
- c) o verdadeiro sentir de Francisco de Vitória sobre a Conquista da América constituiu um obstáculo aos interesses do Papa e do imperador da Espanha, que nesse momento era o homem mais poderoso da terra.¹⁴⁰

Nota-se que a discussão mais específica se deu entre Bartolomeu de Las Casas e Ginés de Sepúlveda. Uma coisa é certa: ambos tinham a exata noção do limite da corda em seus pescoços, bem como ambos, em seus métodos, demonstram a atitude de homens de seu tempo, limitados pela visão eurocêntrica de mundo, onde tudo o mais que se via estava sob suspeição.

¹⁴⁰ No original: “• Vitoria abordó la cuestión indiana con una actitud científica superior a la de todos sus contemporáneos, buscando serenamente la claridad Intelectual, la verdad y la justicia./• Vitoria condenó la conquista en forma abierta, tajante y absoluta, sin matiz alguno, basándose únicamente en su condena de los siete títulos ilegítimos, sin considerar (y a veces sin saber) que en dicha Relección también expone y defiende, al menos en teoría, ocho títulos que considera legítimo./• El verdadero sentir de Francisco de Vitoria sobre la Conquista de América, constituyó un obstáculo a los intereses del Papa y del Emperador de España que en ese momento era el hombre más poderoso de la Tierra.” Cf. ESPINOSA, Nicéforo Guerrero. Francisco de Vitoria entorno a la Conquista de América. **Publicaciones UAMS**, 2015. p.12-13.

A corda não os impediu de deixar-nos algumas de suas ideias. Algumas delas firmes até os dias atuais. Ao contrário daquilo que foi proposto, não houve um vencedor formal no debate de Valladolid, homologado pela Igreja ou pela coroa.

O conselho das Índias que se reuniu em Valladolid não deu seu veredicto. Sendo assim, Sepúlveda venceu. Como ainda não há veredicto, Sepúlveda vence a curto prazo. Os Las Casas deste mundo foram condenados por ingenuidade, por facilitar o mal, por ineficiência. Mas ainda assim têm algo a nos ensinar: certa humildade em nossa correção moral, apoio concreto aos oprimidos e perseguidos, busca constante de um universalismo global que seja verdadeiramente coletivo e, portanto, verdadeiramente global.¹⁴¹

O debate tem algo a nos dizer. Deve-se procurar desconstruir alguns mitos e/ou lugares-comuns, para se construir um pensamento e uma práxis próprios e emancipativos, como alternativas que “a modernidade confessa não encontrar mais para os excluídos que gera de forma crescente e não pode subsumir pela própria dinâmica acumulativa.”¹⁴² Em suma, “a busca de um pensamento mundial, polifônico e centrado nas necessidades do ser humano poderia ser o objetivo” dessa elaboração buscada a partir da leitura e discussão acerca dos pensadores do século XVI.

Conforme Wallerstein, a sua dedicação mais prolongada a explicar a posição dos dois teólogos (Sepúlveda e Las Casas) se dá em razão de que “nada se disse desde então que acrescentasse ao debate”¹⁴³. Nesse caso, o autor se refere à discussão sobre o universalismo. Essa, também, é nossa posição, apesar de que consideramos surgir e discutiremos adiante, algo de inovador na América Latina, que pode alterar o sistema-mundo.

¹⁴¹ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 61.

¹⁴² RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda: Gênese do pensamento imperial**. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010. p. 216.

¹⁴³ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 40.

3 DA FUNDAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL À IMPOSIÇÃO DO ESTADO-NACIONAL: UM PROJETO DA MODERNIDADE

Embora possa parecer contraditório, foi sob o estudo do direito imperial e da ideia de um direito e, portanto, de um Estado universal, que foi possível o surgimento dos modernos Estados nacionais. O papel do saber foi fundamental para afirmar o poder, em especial o do saber realizado pelo direito nas universidades.¹⁴⁴

O processo de conquista do Novo Mundo legou importantes discussões sobre o Direito. Algumas das teses evidenciadas nessas discussões pelos pensadores espanhóis do século XV, como se viu, podem, em alguma medida, servir de base para a leitura e releitura do momento fundacional do Direito Internacional e, posteriormente, também dos Estados-Nacionais.

Conforme Edgardo Lander¹⁴⁵ “com os cronistas espanhóis dá-se início à “massiva formação discursiva” de construção da Europa/Ocidente e o outro, do europeu e o índio, do lugar privilegiado, do lugar de enunciação associado ao poder imperial (Mignolo, 1995: 328)”.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, o Direito Internacional foi descortinado como um Direito erigido, sob as ruínas do novo mundo, isto é, um Direito que se forjou em face do processo de conquista das Américas.

Esse processo trouxe uma discussão importante a respeito da intervenção e dominação, que pode ser resumida em duas premissas, de um lado, configurou-se um direito sobre os índios (dos conquistadores), e, de outro, um direito dos índios (resistência e autonomia).

A discussão da intervenção europeia no Novo Mundo indica como se dava as relações entre os “povos”, no âmbito do sistema-mundo, que aos poucos se imaginava. Obviamente, que essa discussão não levava em consideração a guerra típica de Estados-Nacionais para com Estados-Nacionais, bem como desconsiderava os elementos da configuração Estatal, que estava sendo gestado na Modernidade, como Soberania, Território e Povo.

Na verdade, para se pensar em Estado-Nacional, devemos antes conceber o Estado como um construto social, que ascende entre os anos 1300 e 1648, da luta

¹⁴⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 47.

¹⁴⁵ LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêtricos. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 26.

contra a hegemonia da Igreja¹⁴⁶, do Império, da nobreza e das cidades. Dessa luta, percebe-se um triunfo dos Monarcas, portanto, o Estado, modelo de organização política da sociedade, nasce como Estado Absolutista.

Todavia, o Estado que ascende a partir do século XV, não foi o que excluiu a igreja, o Império, a nobreza e as cidades¹⁴⁷ mas, aquele que os sobrepujou, tornando-se a nova carapaça política capaz de possibilitar o personalismo de alguns monarcas na manutenção do poder, um aparato que mais adiante será essencial para a manutenção da classe burguesa.

Conforme Ivo Dantas¹⁴⁸ “ele (o Estado), com efeito, é somente uma das espécies que, no transcurso histórico tem a convivência humana. O Estado tem um começo relativamente próximo a nós outros: nasceu no mundo moderno.” Segundo o autor, antes desse período histórico não é correto falar de Estado, mas, de qualquer outra forma de organização política.

Nesse sentido, erroneamente¹⁴⁹, se fala em “Estado Grego”, “Estado Romano”, “Estado Medieval”, quando se deve perceber que a estrutura Estatal dá-se, apenas na Modernidade, assim pode-se dizer Estado Moderno e considerar as estruturas pré-estatais como modelos de organização política.¹⁵⁰

A estrutura moderna, que se denominou Estado, por mais que imaginado, não é um dado ontológico, mas um conceito que foi maturado pela teologia. Assim, podemos dizer que “o Deus onipotente se tornou o legislador onipotente [sic] [...]”. Por outras palavras, e seguindo C. Schmitt, ‘quase todos os conceitos pregnantes da teoria moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados’.¹⁵¹

Como os demais conceitos teológicos secularizados, o grande projeto da modernidade é o Estado Moderno, que desde a fundação do Direito Internacional

¹⁴⁶ “É a ação político-cultural da Igreja com o desígnio de estabilizar o feudalismo maduro, atenuando a tensão social, o ponto que simbolicamente demarca a origem do Ocidente atual e sua vontade de domínio.” Conferir: DEL ROIO, Marcos. **O império universal e seus antípodas: a ocidentalização do mundo**. São Paulo: Ícone, 1998. p. 20.

¹⁴⁷ CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 77.

¹⁴⁸ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

¹⁴⁹ A doutrina clássica da Teoria Geral do Estado estuda os tipos históricos fundamentais de Estado, e de tal modo, considera como Estado, por exemplo, o Antigo Estado Oriental, o Estado Helénico, o Estado Romano e o Estado Moderno. Nesse sentido, por todos, JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. México: FCE, 2000.

¹⁵⁰ DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

¹⁵¹ SCHMITT, Carl, *Théologie politiques*. Paris, Gallimard, 1988, p. 40. In: MOURÃO, José Augusto. A guerra nas 'apologias' de Sepúlveda e Las casas. **Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas**, n. 16, Lisboa, Edições Colibri, 2003. p. 287-295.

pelos discursos de legitimação da intervenção europeia no Novo Mundo, até a imposição do Estado Nacional, se caracteriza pela uniformização. Como se verá, nesse capítulo, esta, por sua vez, é garantida por um sistema monojurídico, que se mantém, ou encontra legitimidade pela violência-poder (*Gewalt*)¹⁵².

Esse projeto é grandioso, uma vez que reproduz a sua própria forma de existência, excluindo todas as demais, por tê-las como inoperantes, primitivas e atrasadas. Não há espaço para a diversidade, aliás, “diferente” é aquilo ou aquele que não possui similitude com o padrão imposto. A Modernidade dá dois caminhos aos diferentes, a uniformização ou a exclusão, quando muito se projeta um terceiro, a permissão.

Mas, como se dá a execução de tal projeto? Como o Estado Moderno se mantém inerte, até mesmo atualmente, diante do fenômeno da globalização?¹⁵³ A resposta, como se verá adiante, diz respeito à imposição de um sistema monojurídico, que forjou a legitimidade de um poder centralizador.

O Estado Moderno se baseia, portanto, em alguns elementos, como a uniformização, a existência de um sistema monojurídico, e a manutenção/monopólio da violência-Poder, inclusive e, sobretudo, o poder de punir, equivocadamente mencionado como um “direito de punir” (*jus puniendi*).

3.1 Modernidade: uniformização, sistema Monojurídico e violência-poder

Muitos são os trabalhos das ciências sociais aplicadas e humanas, inclusive jurídicos, que se dedicam ao que se passou no século XVII e XVIII, no que diz respeito ao Estado, ao direito, à política e ao próprio indivíduo.

¹⁵² Ver BENJAMIN, Walter. Sobre a crítica do poder como violência. In: BENJAMIN, Walter. **O anjo da História**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 57-82. De igual modo, BENJAMIN, Walter. Crítica da violência - crítica do poder. In: BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura**. Documentos de barbárie: escritos escolhidos I seleção e apresentação Willi Bolle; tradução Celeste H.M. Ribeiro de Sousa *et al.* 1. - São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo. 1986, em que há oportuna nota do tradutor, como se segue: Optei por esta tradução do original "*Zur Kritik der Gewalt*", uma vez que todo o ensaio é construído sobre a ambiguidade da palavra *Gewalt*, que pode significar ao mesmo tempo "violência" e "poder". A intenção de Benjamin é mostrar a origem do direito (e do poder judiciário) a partir do espírito da violência. Portanto, a semântica de *Gewalt*, neste texto, oscila constantemente entre esses dois pólos; tive que optar, caso por caso, se "violência" ou "poder" era a tradução mais adequada, colocando um asterisco quando as duas acepções são possíveis. (N.T.). A confrontação com o dicionário nos dá os seguintes significados para a palavra "*Gewalt*": Poder, Poderio, Autoridade, Força, Violência, Coerção, Energia. Ademais, "*Gewaltenteilung*", significa Separação de Poderes. Cf. **Michaelis Alemão - Português**. SP: Melhoramentos, 1994. p. 141.

¹⁵³ Para uma crítica contemporânea à globalização e seus efeitos para os pobres, ou, em grande medida aos povos colonizados, conferir: CHOSSUDOVSKY, Michel. **A globalização da pobreza: impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial**. São Paulo: Moderna, 1999.

Ancorados no pensamento hegeliano, da Europa como o espírito do tempo e do Estado, como um todo ético organizado, boa parte desses trabalhos afirmam que a modernidade é fruto do Iluminismo Europeu e, portanto, os padrões de vida humana são concebidos nesse período histórico.

Ocorre que, esse pensamento proveniente de Hegel, como se verá neste capítulo, é de uma sutil soberba e, eivado pelo mais puro eurocentrismo, porque desconsidera o ser humano não europeu e sua cultura, bem como coloca o modo de vida da Europa, como o padrão máximo de evolução da espécie humana.

Buscaremos as origens remotas da criação dessa modernidade, bem como, neste capítulo, seguindo os trilhos de Enrique Dussel¹⁵⁴ e outros autores, tais como, Santiago Castro-Gomes¹⁵⁵, Anibal Quijano¹⁵⁶, Immanuel Wallerstein¹⁵⁷, Samir Amin¹⁵⁸ e José Luiz Quadro de Magalhães¹⁵⁹, delinearemos, o que concebemos como “modernidade”, “eurocentrismo”, e “sistema monojurídico”.

Com Santiago Castro-Gómez¹⁶⁰, podemos adiantar e dizer que “conceituamos a modernidade como uma série de práticas orientadas ao controle racional da vida humana, entre as quais figuram [...] a expansão colonial da Europa e, acima de tudo, a configuração jurídico-territorial dos Estados Nacionais”.

Nesse sentido, podemos dizer que a modernidade não nasce com o esclarecimento iluminista e das revoluções burguesas, mas do momento em que a Europa pode confrontar-se com um “ego” e controlá-lo, quando pode definir-se como

¹⁵⁴ DUSSEL, Enrique. **1492: El encubrimiento del Otro - hacia el origen del mito de la modernidad**. La Paz, Bolivia: Plural editores, 1994; DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. pp. 55-70 e DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideología da exclusão**. São Paulo: Paulus, 1995, 4ª edição, 2011.

¹⁵⁵ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro” In LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

¹⁵⁶ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In LANDER, Edgardo. (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

¹⁵⁷ WALLERSTEIN, Immanuel. **O Universalismo Europeu: a retorica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007.

¹⁵⁸ AMIN, Samir. **El Eurocentrismo: crítica de una ideología**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1989.

¹⁵⁹ MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

¹⁶⁰ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro” In LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 180.

um “ego” descobridor, conquistador, colonizador da alteridade constitutiva da mesma modernidade¹⁶¹.

Conforme Santiago Castro-Gomes:

Uma das contribuições mais importantes das teorias pós-coloniais à atual reestruturação das ciências sociais é haver sinalizado que o surgimento dos Estados nacionais na Europa e na América durante os séculos XVII a XIX não é um processo autônomo, mas possui uma contrapartida estrutural: a consolidação do colonialismo europeu no além-mar. A persistente negação deste vínculo entre modernidade e colonialismo por parte das ciências sociais tem sido, na realidade, um dos sinais mais claros de sua limitação conceitual. Impregnadas desde suas origens por um imaginário eurocêntrico, as ciências sociais projetaram a ideia de uma Europa ascética e autogerada, formada historicamente sem contato algum com outras culturas (Blaut, 1993). A racionalização – em sentido weberiano – teria sido o resultado da ação qualidades inerentes às sociedades ocidentais (a “passagem” da tradição à modernidade), e não da interação colonial da Europa com a América, a Ásia e a África a partir de 1492.¹⁶²

A modernidade, portanto, não nasce do iluminismo, processo autônomo geralmente tido como intra-europeu, mas é desencadeamento da expansão colonial, no período das grandes navegações, do século XV e XVI. Nesse momento, havia uma grande efervescência da Ibéria europeia.

Todas as contradições, medos e potencialidades do Ocidente encontravam-se em ebulição no reino de Castela-Aragão de fins do século XV. Ali, o Ocidente se defronta com o Oriente nas suas próprias entranhas, com uma comunidade judaica numerosa e influente econômica e culturalmente, com “mouros” dentro das fronteiras e um reino muçulmano, Granada, sobrevivente das antigas glórias de Córdoba. A inovação de uma inquisição estatal e a antecipação da reforma tridentina¹⁶³ da Igreja, somadas às circunstâncias particulares dessa monarquia, tornaram emblemático o ano de 1492: os judeus, perseguidos e expropriados foram expulsos em massa, assim como os “mouros” que recusaram a conversão, e o reino de Granada foi destruído, estando assim expurgado o Oriente dentro do Ocidente. Após a purificação¹⁶⁴, tratava-se, ato contínuo, de ir em busca do Oriente rico e impuro onde quer que se encontrasse.¹⁶⁵

¹⁶¹ DUSSEL, Enrique. **1492: El encubrimiento del Otro - hacia el origen del mito de la modernidad**. La Paz, Bolivia: Plural editores, 1994.

¹⁶² CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro” In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 176.

¹⁶³ É a reforma advinda do Concílio de Trento, ocorrida entre os anos de 1545 a 1563, no qual foi (re)organizada a inquisição, estabelecido o novo rito para as missas e instituído o índice de livros proibidos (*index librorum prohibitorum*).

¹⁶⁴ A ideia de purificação é a base para os genocídios ocorridos no mundo. Neste sentido, conferir: SÉMELIN, Jacques. **Purificar e Destruir: usos políticos dos massacres e dos genocídios**. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

¹⁶⁵ DEL ROIO, Marcos. **O império universal e seus antípodas: a ocidentalização do mundo**. São Paulo: Ícone, 1998. p. 45-46.

Nesse sentido, se pudéssemos escolher o ano de nascimento da modernidade, conforme Dussel¹⁶⁶ este seria 1492, por pelo menos duas razões:

- a) este é o ano da chegada dos Europeus no continente, que posteriormente será conhecido como América;
- b) este é o ano em que há a expulsão dos mouros da península ibérica. Portanto, a identidade moderna é construída a partir desse paradoxal movimento de fechamento e expansão, em que se revela e recusa a alteridade humana.

De acordo com Todorov¹⁶⁷, “o ano de 1492 já simboliza, na história da Espanha, este duplo movimento, conseguindo a vitória sobre os mouros na derradeira batalha de Granada e forçando os judeus a deixar seu território; e descobre o outro exterior, toda essa América que virá a ser latina.”

A conquista ibérica do continente americano é o momento inaugural dos dois processos que articuladamente conformam a história posterior: a modernidade e a organização colonial do mundo. Com o início do colonialismo na América inicia-se não apenas a organização colonial do mundo, mas – simultaneamente – a constituição colonial dos saberes, das linguagens, da memória (Mignolo, 1995) e do imaginário (Quijano, 1992).¹⁶⁸

Dessa forma, para verificarmos a construção da modernidade, devemos analisar a expulsão e a descoberta como mecanismos modernos de encobrimento da diversidade e ainda, como, nesta perspectiva, a universalização dos direitos humanos – debitário, em certo sentido, do grande debate de Valladolid - pode ser vista como um instrumento da identidade moderna para o encobrimento do outro.¹⁶⁹

Assim, quando pensarmos nossa identificação como latino-americanos, devemos negar a leitura tradicional, que nos faz imaginar debitários do colonizador, portador do dom da civilização, a nós impingida por um processo de modernização.

¹⁶⁶ A hipótese de Dussel, ao contrário de Habermas e Hegel, é que a América Latina, desde 1492 é um momento constitutivo da modernidade. “É a outra cara (*teixtli*, em asteca), a alteridade essencial da modernidade.” DUSSEL, Enrique. **1492. El encubrimiento del otro. Hacia el origen del “Mito de la modernidad”**. Versión corregida y aumentada. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2008. p. 23.

¹⁶⁷ TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América: a questão do outro**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, 3ª tiragem, 2014. p. 69.

¹⁶⁸ LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêtricos. In: LANDER, Edgardo. (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 26.

¹⁶⁹ SILVA, Heleno Florindo da. **Teoria do Estado Plurinacional: o novo constitucionalismo latino-americano e os direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2014.

Para possibilitar essa negação, a partir do entendimento de tal processo, Dussel¹⁷⁰ nos propõe dois conceitos de “modernidade”.

O primeiro conceito trata a modernidade como uma emancipação, um processo crítico de perda da imaturidade por um esforço da razão, que proporciona à humanidade um novo desenvolvimento do ser humano.

Notadamente, trata-se de um conceito eurocêntrico¹⁷¹, provinciano e regional, uma vez que tal processo ocorreria na Europa, essencialmente, no século XVIII, mas, necessariamente com a Reforma, o iluminismo e a Revolução Francesa.¹⁷²

Dussel¹⁷³ chama tal visão de “eurocêntrica”, porque ela indica como pontos de partida da ‘Modernidade’ fenômenos intra-europeus, e seu desenvolvimento posterior é explicável unicamente pela Europa. Conforme Samir Amin, ao escrever sobre o colonialismo imperial Europeu do século XVIII,

El eurocentrismo es un culturalismo en el sentido de que supone la existencia de invariantes culturales que dan forma a los trayectos históricos de los diferentes pueblos, irreductibles entre si. Es entonces antiuniversalista porque no se interesa en descubrir eventuales leyes generales de la evolución humana. Pero se presenta como un universalismo en el sentido de que propone a todos la imitación del modelo occidental como única solución a los desafíos de nuestro tiempo.¹⁷⁴

Nesse sentido, o eurocentrismo, apresentado como universalismo, na

¹⁷⁰ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 60.

¹⁷¹ Conforme Samir Amin, “el eurocentrismo es un fenómeno específicamente moderno cuyas raíces no van más allá del Renacimiento y que se ha difundido en el siglo XIX. En ese sentido constituye una dimensión de la cultura y de la ideología del mundo capitalista moderno.” Cf. AMIN, *opus cit.* p.9. Percebe-se que o conceito de modernidade de Amin vislumbra apenas a Europa. Nesse ponto, acolhendo as críticas de Dussel, podemos dizer que o seguinte conceito de eurocentrismo é eurocêntrico, contundo, para evitar uma discussão sobre o anacronismo, entende-se, aqui, que o importante é a percepção do fenômeno para uma crítica ao colonialismo Europeu.

¹⁷² “Como se pode observar, segue-se uma sequência espacial-temporal: quase sempre se aceita também o Renascimento Italiano, a Reforma e a Ilustração alemãs e a Revolução Francesa. Num diálogo com Ricoeur (Capone, 1992), propôs-se acrescentarmos o Parlamento Inglês à lista. Ou seja: Itália (século XV), Alemanha (séculos XVI-XVIII), Inglaterra (século XVII) e França (século XVIII)”. DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 60-61.

¹⁷³ Cf. DUSSEL, Enrique. **1492**. El encubrimiento del otro. Hacia el origen del “Mito de la modernidad”. Versión corregida y aumentada. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2008; DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

¹⁷⁴ AMIN, Samir. **El Eurocentrismo: crítica de una ideología**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1989. p. 9.

verdade não passa do que Wallerstein¹⁷⁵ chama de “universalismo europeu”, que paradoxalmente é um universalismo não universal.¹⁷⁶

O segundo conceito, trata a modernidade, “como determinação fundamental do mundo moderno o fato de ser (seus Estados, exércitos, economia, filosofia, etc.) “centro” da História Mundial”. Isto implica dizer que, empiricamente, nunca houve história mundial antes de 1492, como data de início¹⁷⁷ da operação do sistema-mundo¹⁷⁸. Esta segunda visão dá à modernidade um sentido mundial.

A Espanha, como primeira nação “moderna” (com um Estado que unifica a península, com a Inquisição que cria de cima para baixo o consenso nacional, com um poder militar nacional ao conquistar Granada, com a edição da Gramática castelhana de Nebrija em 1492, com a igreja dominada pelo Estado graças ao Cardel Cisneros, etc.) abre a primeira etapa “Moderna”: o mercantilismo mundial. As minas de prata de Potosi e Zacatecas (descobertas em 1545-1546) permitem o acúmulo de riqueza monetária suficiente para vencer os turcos em Lepanto vinte e cinco anos depois de tal descoberta (1571)¹⁷⁹

Dessa forma, Dussel¹⁸⁰ explicita que a centralidade da Europa latina na história mundial é o determinante fundamental da modernidade e, portanto, conforme já indicamos, contradiz a tese majoritária de que a modernidade é produto do século XVIII, esclarecendo que os demais determinantes, como a subjetividade constituinte, a propriedade privada, a liberdade contratual do século XVIII Europeu, etc., são o resultado de um século e meio de “Modernidade”, são, portanto, efeitos, e não ponto de partida.

¹⁷⁵ WALLERSTEIN, Immanuel. **O Universalismo Europeu: a retorica do poder.** São Paulo: Boitempo, 2007.

¹⁷⁶ Conforme Edgardo Lander, Bartolomé Clavero realiza uma significativa contribuição a esta discussão em sua análise das concepções do universalismo, e do indivíduo e seus direitos, no liberalismo clássico e no pensamento constitucional. Este é um universalismo não-universal na medida em que nega todo direito diferente do liberal, cuja sustentação está na propriedade privada individual (Clavero, 1994; 1997). Cf. LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais.** Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 27.

¹⁷⁷ DUSSEL, Enrique. **1492: El encubrimiento del Otro - hacia el origen del mito de la modernidad.** La Paz, Bolivia: Plural editores, 1994.

¹⁷⁸ WALLERSTEIN, Immanuel. **O Universalismo Europeu: a retorica do poder.** São Paulo: Boitempo, 2007; DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais.** Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 61.

¹⁷⁹ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais.** Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 61.

¹⁸⁰ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais.** Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 61.

Conforme Dussel¹⁸¹ “esta Europa Moderna”, desde 1492, “centro” da História Mundial, pela primeira vez na história, constitui todas as outras culturas como sua “periferia”. Portanto, a Europa foi o primeiro centro do mundo (em sentido planetário) e, por sua vez, a América foi a primeira “periferia” da Europa Moderna.

Em relação ao primeiro conceito, se de um lado a Modernidade tem um núcleo de racionalidade interna, que proporciona a evolução para um estado de maturidade regional, provinciana e não planetária; de outro, não consegue perceber o processo irracional que simbioticamente ela realiza¹⁸², sendo justificativa de uma prática irracional e violenta. Assim, a Modernidade poderia ser concebida por um caráter mítico.

O mito poderia ser assim descrito:

1. A civilização moderna autodescreve-se como mais desenvolvida e superior (o que significa sustentar inconscientemente uma posição eurocêntrica).
2. A superioridade obriga a desenvolver os mais primitivos, bárbaros, rudes, como exigência moral.
3. O caminho de tal processo educativo de desenvolvimento deve ser aquele seguido pela Europa (é, de fato, um desenvolvimento unilinear e à européia o que determina, novamente de modo inconsciente, a “falácia desenvolvimentista”).
4. Como o bárbaro se opõe ao processo civilizador, a práxis moderna deve exercer em último caso a violência, se necessário for, para destruir os obstáculos dessa modernização (a guerra justa colonial).
5. Esta dominação produz vítimas (de muitas e variadas maneiras), violência que é interpretada como um ato inevitável, e com o sentido quase-ritual de sacrifício; o herói civilizador reveste a suas próprias vítimas da condição de serem holocaustos de um sacrifício salvador (o índio colonizado, o escravo africano, a mulher, a destruição ecológica, etcetera).
6. Para o moderno, o bárbaro tem uma “culpa” (por opor-se ao processo civilizador) que permite à “Modernidade” apresentar-se não apenas como inocente, mas como “emancipadora” dessa “culpa” de suas próprias vítimas.
7. Por último, e pelo caráter “civilizatório” da “Modernidade”, interpretam-se como inevitáveis os sofrimentos ou sacrifícios (os custos) da “modernização” dos outros povos “atrasados” (imaturos), das outras raças escravizáveis, do outro sexo por ser frágil, etcetera.¹⁸³

¹⁸¹ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 62.

¹⁸² DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

¹⁸³ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 206.

Dussel¹⁸⁴, ao conceber o mito da modernidade, descreve um processo vitimário, ou melhor, um duplo processo vitimário, em que os “atrasados”, “bárbaros”, legam implicitamente aos mais avançados o dever moral de desenvolvê-los, de civilizá-los, contudo, apesar desse legado opõe-se ao processo civilizador, permitindo ao europeu, não apenas considerar-se inocente, mas emancipador da culpa de suas próprias vítimas.

O processo de dupla vitimização, em suma pode ser entendido como:

- a) o meio de dizer ao oprimido que ele está sendo oprimido, porque é ruim, não desenvolvido, incivilizado, bárbaro,
- b) que ele deve permitir a subjugação, pois a dor o fará evoluir. Portanto, o europeu é vítima duas vezes, a primeira, porque tem o dever de modernizar o “outro” e também, porque o outro não o deixa fazê-lo.

Em face desse mito da modernidade, sofremos desde nossa origem um processo constitutivo de “modernização” (ainda que àquele tempo não se usasse tal palavra), que é a origem da constituição da subjetividade moderna. Assim, para frear essa necessidade ideológica de modernização e neutralizar os efeitos do mito da modernidade, Dussel¹⁸⁵ propõe o que ele chama de “mundialidade transmoderna”.

Conforme Dussel, tal mundialidade decorre de um processo crítico da razão dominadora, vitimária e violenta; de modo que contra o racionalismo universalista não nega seu núcleo racional, mas seu momento irracional do mito sacrificial; não nega a razão, mas a irracionalidade da violência do mundo; não nega a razão, mas a irracionalidade pós-moderna e afirma, pois, a “razão do outro”.¹⁸⁶

A afirmação da “razão do outro”, contrária a uniformização sustentada pelo sistema monojurídico violento, que impede a dispersão dos súditos, ao passo que os organiza sobre as bases de um poder central. O Estado Moderno deve ser aquele ente em que se preservam as semelhanças dos indivíduos aos ditames do poder instituído e exclui todas as incompatibilidades.

¹⁸⁴ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

¹⁸⁵ DUSSEL, Enrique. **1492**. El encubrimiento del otro. Hacia el origen del “Mito de la modernidad”. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2008. p. 23.

¹⁸⁶ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

Magalhães e Chalfun¹⁸⁷ explicam a modernidade a partir de quatro elementos:

- a) lógica binária subalterna (nós versus eles);
- b) linearidade histórica;
- c) universalismo europeu, e;
- d) uniformização. Nossa abordagem traz a ideia de uniformização, como ponto central da modernidade, tal uniformização, no âmbito de criação de seu grande projeto, o Estado-Nação, fez-se por meio do sistema monojurídico e de sua legitimação, a partir da distinção entre violência e poder, esse considerado como a violência legítima.¹⁸⁸

Os outros três elementos da modernidade são desdobramentos ideológicos da modernidade, isto é, constrói-se, uma falsa percepção da realidade para manter uma estrutura para sua sustentação. Como dissemos, além de diferenciar a violência do poder, se deve dizer que em determinado momento histórico, fez-se pacto social que possibilitou o convívio “harmônico” de todos os seres humanos e que a cada momento a sociedade política evolui, de modo que há distinção de sociedades, sendo o modelo europeu, o *topos*.

O sistema monojurídico é uma ficção de representação de resoluções de conflitos sociais, porque o mundo e as relações sociais nele ocorrida são plurais, complexas e, portanto não podem ser amolduradas em uma tábula.

El mundo es un pluriverso político, cultural y cognitivo. La vida se organiza y experimenta de varios modos. Se produce conocimiento a través de una diversidad de estrategias, de procesos de imaginación, que permiten comprender las diversas dimensiones de la naturaleza y a nosotros como parte de ella. No sólo existe una pluralidad de formas de conocimiento que corresponde a la diversidad de culturas sino que también al interior de cada cultura se desarrolla una pluralidad de formas de pensamiento. En este sentido que las pretensiones de verdad que se esgrimen en cualquier cultura acaban siendo una forma de desconocimiento de la diversidad constitutiva de su forma de vida, además se convierten en un acto represivo

¹⁸⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; CHALFUN, Audrey Gonçalves de Castro. Novo Constitucionalismo e Superação da Modernidade. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado**. v. 1, n. 2. Jul./Dez. de 2014. p. 140-156.

¹⁸⁸ A quem interessa essa distinção? É evidente que ao próprio poder e aos poderosos mostra-se interessante a distinção, para legitimação e manutenção de seu *status quo*. Conferir, o já citado, BENJAMIN, Walter. Sobre a crítica do poder como violência. In: BENJAMIN, Walter. **O anjo da História**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 57-82. De igual modo, bastante elucidativa a respeito da ideia de violência, o Livro “Violência” de Slavoj Žižek, em que o autor diferencia violência objetiva, subjetiva e simbólica. Cf. ŽIŽEK, Slavoj. **Violência** - Seis Notas à Margem. Lisboa: Relógio D'Água, 2009.

que desconoce el despliegue de una pluralidad de formas de pensar en los más diversos ámbitos, desde el estudio de los procesos de la naturaleza en sentido amplio hasta los procesos sociales y políticos.¹⁸⁹

Por fim, para entendermos esse ponto fundamental da modernidade, a uniformização, podemos seguir a lição de Magalhães e Chalfun, quando tomam como exemplo e descrevem o que aconteceu com a Espanha, em seu processo constitutivo. Segundo os autores,

os reis católicos Isabel de Castilha e Fernando de Aragão pertencem a um grupo étnico específico. No moderno estado espanhol, que se constitui, o poder centralizado precisa ser reconhecido pelos súditos. Para que isto ocorra, é necessário que os diversos grupos étnicos e sociais que habitam a Espanha moderna se identifiquem. É necessário que um espanhol da Galícia tenha algo em comum com um espanhol de Castela ou da Catalunha. Aí está a primeira tarefa do Estado Moderno: inventar uma nacionalidade. Esta invenção da nacionalidade é uma necessidade para viabilizar o poder centralizado. Se o rei se afirmasse castelhano, os outros grupos étnicos não acatariam o seu poder. Daí que agora, no lugar de castelhanos, bascos, galegos, valencianos, catalães, devem existir espanhóis. Esta tarefa ocorre com a imposição de um único idioma: o idioma do grupo hegemônico, o castelhano, e a criação da primeira gramática normativa castelhana no mesmo ano de 1492. A imposição de uma única religião: o catolicismo para portugueses, espanhóis e franceses e o protestantismo para holandeses e ingleses.¹⁹⁰

A viabilização do poder centralizado, como mostram os autores, foi forjada, portanto, por um sentimento de pertencimento, o nacionalismo, que criará a Nação e a nacionalidade, sustentará o próprio Estado Moderno, que passará a ser considerado, como Estado-Nacional.

Adiante, visualizaremos como este Estado Moderno passa a ser concebido como Estado Nacional, a partir desse processo de criação de uma identificação. De igual modo, veremos “que a modernidade é um “projeto” porque esse controle racional sobre a vida humana é exercido para dentro e para fora, partindo de uma instância central, que é o Estado-nação”.¹⁹¹

¹⁸⁹ OLIVÉ, León *et alii*. **Pluralismo Epistemológico**. La Paz, Bolivia: Muela del diablo editores, 2009. p.13.

¹⁹⁰ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; CHALFUN, Audrey Gonçalves de Castro. Novo Constitucionalismo e Superação da Modernidade. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado**. v. 1, n. 2. Jul./Dez. de 2014. p. 140-156. p. 146.

¹⁹¹ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro” In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 180.

3.2 O Estado moderno como Estado nacional: do nacionalismo à nação

Com o declínio da ordem feudal, o projeto de império universal passou a ser promulgado por uma aliança entre a Igreja Católica e Estados territoriais ibéricos que surgiram como resposta à crise e instrumento de expansão do Ocidente, até que, com a emergência da modernidade capitalista a partir do século XVIII, o propulsor do projeto de império universal passa a ser o Estado nacional.¹⁹²

O Estado Moderno, a partir do constitucionalismo do século XVIII, será o Estado Constitucional. As Constituições, contratos formadores de um suposto pacto social, entre governantes e governados, se reproduzirão para todos os Estados até a Contemporaneidade. Mas, o que as Constituições, como documentos fundacionais, constituíram?

As constituições (escritas), notadamente fruto do constitucionalismo liberal¹⁹³, também nasceram liberais e, dessa forma, constituíram ou impuseram os valores liberais sobre toda uma coletividade, como forma de dinamizar as atividades comerciais, garantindo previsão e estabilidade normativa.

A previsibilidade normativa passa a ser a previsibilidade de que os governados farão o que os governantes prescrevem. É um modo de frear os impulsos democráticos daqueles que não tem os seus valores acolhidos por esse novo pacto social da fábula contratualista. O resultado é a exclusão dos mais diferentes e assimilação dos mais iguais.

Com Edgardo Lander¹⁹⁴ podemos dizer que “tal construção tem como pressuposição básica o caráter universal da experiência europeia. As obras de Locke e de Hegel – além de extraordinariamente influentes – são neste sentido paradigmáticas.”

Ao construir-se a noção de universalidade a partir da experiência particular (ou paroquial) da história europeia e realizar a leitura da totalidade do tempo e do espaço da experiência humana do ponto de vista dessa

¹⁹² DEL ROIO, Marcos. **O império universal e seus antípodas**: a ocidentalização do mundo. São Paulo: Ícone, 1998. p.12.

¹⁹³ Nesse sentido, conferir, dentre outros, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**: curso de direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008 e BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

¹⁹⁴ LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 26.

particularidade, institui-se uma universalidade radicalmente excludente.¹⁹⁵

Antes mesmo da chegada do constitucionalismo, essa perversa equação – exclusão dos mais diferentes e assimilação dos mais iguais - pode ser observada na formação do Estado Moderno, a partir do século XV, ocorrida, como se viu, após lutas no interior do território, “onde o poder do rei se afirma perante os poderes dos senhores feudais, unificando o poder interno, unificando os exércitos e a economia, para então afirmar este mesmo poder perante os poderes externos, os impérios e a Igreja”.¹⁹⁶

Trata-se de um poder unificador numa esfera intermediária, pois cria um poder organizado e hierarquizado internamente, sobre os conflitos regionais, as identidades existentes anteriormente à formação do Reino e do Estado nacional, que surge neste momento e de outro lado, se afirmam perante o poder da Igreja e dos impérios. Este é o processo que ocorre em Portugal, Espanha, França e Inglaterra.¹⁹⁷

Ademais, esse processo de unificação territorial contou com o que Benedict Anderson¹⁹⁸ desenvolveu como as origens da consciência nacional. Trata-se de compreender, o capitalismo editorial, a partir das noções de simultaneidade¹⁹⁹ de Benjamin, como ponto fundamental para a imaginação das comunidades.

Peter Burke²⁰⁰ ao historiar a linguagem e as comunidades, relata cronologicamente a impressão de livros desde 1450 até 1794. Atendo-nos ao período de 1450 a 1492, temos que em 1461, há o primeiro livro impresso em alemão, 1468 o primeiro livro impresso em tcheco, 1471 em Italiano, 1474 em Inglês e Catalão, 1476 em Francês, 1477 em flamenco, 1483 em Croata e em eslavo eclesiástico e em espanhol e 1489 em português.

¹⁹⁵ LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 26-27.

¹⁹⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23.

¹⁹⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23.

¹⁹⁸ ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 71.

¹⁹⁹ A ideia de simultaneidade, no caso do capitalismo editorial, por exemplo, com a produção dos jornais, sugere que varias pessoas leem a mesma informação, ao mesmo tempo e em um curto período de tempo, tendo, portanto, grande potencialidade de tornar uma mera notícia em uma verdade inquestionável.

²⁰⁰ BURKE, Peter. **Linguagens e comunidades nos primórdios da Europa Moderna**. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p.11.

Até o ano 1500, já se somava a produção de pelo menos 20 milhões de livros, enquanto a população das partes da Europa, onde os livros já haviam sido impressos, girava em torno de 100 mil pessoas²⁰¹ a maioria delas analfabetas.

Mas, para além da produção de livros, em 1492, tem-se o surgimento da primeira gramática impressa de um vernáculo, de Nebrija, a *gramática castellana*²⁰², que aliada ao desenvolvimento da imprensa como mercadoria, presta-se aos fins de uniformização da escrita, catalogação de estruturação do texto e de seus significados, conforme indicamos a uniformização de uma maneira geral é elemento da modernidade.

Nesse sentido, todos esses processos uniformizadores, permeados pela linguagem/comunicação são centrais para a conformação da estrutura Estatal da Modernidade, ligada à ideia de nacionalidade. Assim, adiante devemos nos perquirir por que tal forma de Estado é intrinsecamente ligada à ideia de Nação até o ponto de podermos conceber o Estado Contemporâneo como Estado Nacional.

Heleno Florindo da Silva²⁰³ ao descrever o desenrolar do Estado na Modernidade, desde seu surgimento na Europa até a sua imposição na América Latina, opta por empregar a expressão “Estado”, como sinônimo de “Nação”, isto é, descreve-se uma “sociedade com poder autônomo”.

Para Hobsbawm²⁰⁴ o nacionalismo vem antes das nações. As nações não formam os Estados e os nacionalismos, mas sim o oposto. Assim, “mais do que inventadas as nações são “imaginadas”, no sentido de que fazem sentido para a “alma” e constituem objetos de desejos e projeções.”²⁰⁵

Este oposto, ou seja, o fato de que o Estado e seu nacionalismo é que cria a nação é de fundamental importância para compreender toda a complexidade proposta pelo novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano²⁰⁶, delineada pelo Estado Plurinacional, como se estudará no próximo capítulo.

²⁰¹ ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p.71.

²⁰² BURKE, Peter. **Linguagens e comunidades nos primórdios da Europa Moderna**. São Paulo: Editora UNESP, 2010. p.11.

²⁰³ SILVA, Heleno Florindo da. **Teoria do Estado Plurinacional: o novo constitucionalismo latino-americano e os direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 52.

²⁰⁴ HOBBSAWM, Eric J. **Nações e Nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

²⁰⁵ ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p.10.

²⁰⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 26, jul./dez. 2010.

No entanto, nesse momento,

O problema diante de nós deriva do fato de que a nação moderna, seja um Estado, difere em tamanho, escala e natureza das reais comunidades com as quais os seres humanos se identificaram através da história, e colocam demandas muito diferentes para estes. A nação moderna é uma “comunidade imaginada”, na útil frase de Benedict Anderson, e não há dúvida de que pode preencher o vazio emocional causado pelo declínio ou desintegração, ou a inexistência de redes de relações ou comunidades humanas reais, mas o problema permanece na questão de por que as pessoas, tendo perdido suas comunidades reais, desejam imaginar esse tipo particular de substituição.²⁰⁷

Uma das razões para imaginar esse tipo particular de substituição pode ser a existência do que Hobsbawm²⁰⁸ chama de laços “protonacionais”, isto é, o fato de em muitas partes do mundo, os Estados e os movimentos nacionais poderem mobilizar certas variantes do sentido de vínculo coletivo já existente e poderem operar potencialmente, dessa forma, na escala macropolítica que se ajustaria às nações e aos Estados modernos.²⁰⁹

O nacionalismo é o sentido de pertencimento a um projeto homogêneo, um modelo de identificação, que unifica os indivíduos. Assim, para ter-se nacionalismo, deve-se ter uma identidade nacional, fundamental para a centralização do poder e construção das instituições modernas, imaginário de um fim da história²¹⁰, sem as quais o capitalismo teria sido impossível.²¹¹

Destacam-se entre tais instituições modernas: “o poder central; os exércitos nacionais; a moeda nacional; os bancos nacionais; o direito nacional uniformizador, especialmente o direito de família, de sucessões e de propriedade; a polícia nacional; as polícias secretas e a burocracia estatal; as escolas uniformizadas e uniformizadoras”²¹² e, também, a religião.

Conforme José Luiz Quadros de Magalhães, “a construção da identidade nacional necessita do estranhamento do outro, da exclusão do não nacional, da

²⁰⁷ HOBBSAWM, Eric J. **Nações e Nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 63.

²⁰⁸ HOBBSAWM, Eric J. **Nações e Nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 63.

²⁰⁹ HOBBSAWM, Eric J. **Nações e Nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 63.

²¹⁰ O escritor conservador Francis Fukuyama, em seu livro “O fim da história” teria profetizado que as instituições chegaram a seu estágio máximo de evolução, pendendo apenas algumas reformas, o que obviamente é falso em si.

²¹¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 17.

²¹² MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 17.

exclusão e do rebaixamento do diferente. A construção da nacionalidade é um projeto narcisista.”²¹³

No supracitado destaque feito por Magalhães faltou, sem dúvida, o direito penal. Não há nada mais narcisista do que o direito penal²¹⁴, um falsificador da realidade, um inventor de tradições²¹⁵. Uma das instituições mais firmes do Estado, *prima ratio* no controle do diverso, impositor de padrões e, portanto, paradoxalmente diferenciador. Por exemplo, é apenas o direito penal quem vai impor uma sanção penal, aquilo que considera ilícito, diferencia-se, pois, entre licito/ilícito, como certo/errado.

Desse modo, percebemos que,

juntamente com o surgimento e a justificativa deste novo exercício do poder, verificou-se a decadência de uma convicção sobre o “universal” que havia continuado, a despeito da queda do Império Romano. A ideia de “Império” e a de “Igreja” persistiram durante toda a idade Média, outorgando um sentido de unidade que não poucas vezes acarretaria a luta entre o poder “político” e o “religioso”, por ser a única representação desse poder na Europa.

A busca de unidade e a luta para a conformação axiológica dessa unidade fragiliza a ideia de universal muito presente no ideário imperial europeu. De modo que, para Anitua “O fim dessas lutas e o acionamento conjunto de um único poder soberano em áreas artificialmente uniformizadas permitiriam realizar o importante processo de centralismo que iria contradizer o exercício dos poderes locais que sustentavam o modelo feudal.”²¹⁶

Nesse sentido, para o citado autor

²¹³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 18.

²¹⁴ Os exemplos mais claros do narcisismo penal são as teorias absolutas da pena (Kant e Hegel) e, ainda, contemporaneamente as proposições funcionalistas de autores como Gunther Jakobs, isto porque para as teorias absolutas a pena deve ser uma retribuição pela retribuição, sem qualquer questionamento utilitário; já para a teoria funcionalista de Jakobs a pena é uma contramotivação fática para garantir a vigência da norma penal, de modo que ambos retribucionistas e funcionalistas não vislumbram uma alteridade necessária para a vida em sociedade, como narciso não vê nada que não seja sua própria face.

²¹⁵ Conforme Hobsbawm, “por ‘tradição inventada’ entende-se um conjunto de práticas, normalmente reguladas por regras tácitas ou abertamente aceitas; tais práticas, de natureza ritual ou simbólica, visam inculcar certos valores e normas de comportamento através da repetição, o que implica, automaticamente, uma continuidade em relação ao passado. Aliás, sempre que possível, tenta-se estabelecer continuidade com um passado histórico apropriado. Cf. HOBBSAWM, Eric J. **Nações e Nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p.09.

²¹⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 38.

A prática punitiva foi, talvez, a mais importante para permitir a substituição dos exercícios de “justiça” e “poderes” locais. Em tudo isso interveio um processo de racionalização. Diferentemente do que alguns manuais de direito penal ora em uso registram, isso não implicou uma redução das violências, mas, pelo contrário, um exercício mais visível da repressão e menos efetivo da dissuasão.²¹⁷

Esse processo de racionalização descrito por Anitua descortina uma concepção ideológica. Retomando a impostura das invenções das tradições pela normalização, podemos pensar que o que é certo ou errado, ou mesmo, as tradições são inventadas, por exemplo, alguns hábitos e instituições muito atuais, como as prisões, são tidos como antigos e sólidos, mas na verdade são recentes e fruto de um processo de naturalização.

Com Hobsbawm²¹⁸ “consideramos que a invenção de tradições é essencialmente um processo de formalização e ritualização, caracterizado por referir-se ao passado, mesmo que apenas pela imposição da repetição.”. Considerando o Estado Moderno, sua estruturação na imposição da repetição é bastante evidente, no acolhimento de um sistema monojurídico, que de modo binário²¹⁹, diferenciará o que é legal, do que é ilegal.

Nesse sentido, é que adiante se passa a estudar o Estado Moderno e seu sistema monojurídico-penal, que impõe um padrão e, conseqüentemente e paradoxalmente, cria a diferença.

3.3 O Estado moderno e seu sistema monojurídico-penal: imposição e diferenciação

Os discursos não são “naturais”, não estiveram ali desde sempre, mas têm, isso sim, uma origem histórica claramente determinada. Nesses momentos, às vezes de ruptura – como quando estes discursos se convertem em dominantes -, produz-se o ato de criar realidade ou de incorporar aspectos dessa realidade a um âmbito de conhecimento. Estas atividades, e eu quero ressaltar isso aqui, são atos de poder. E isso dá-se particularmente desta forma nos “pensamentos” que passarei a denominar “criminológicos”.²²⁰

²¹⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.p. 38.

²¹⁸ HOBBSAWM, Eric; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p.12.

²¹⁹ Para Luhmann o direito é um sistema operativamente aberto e cognitivamente fechado, que funciona a partir de um código binário legal/ilegal. Cf. LUHMANN, Niklas, **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

²²⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 22.

Para a leitura penalística majoritária²²¹, o Direito Penal nasce com o positivismo do século XVIII, que impõe o caráter de cientificidade²²² a vários ramos do Direito e com o pensamento ilustrado, que articula uma limitação formal ao Estado Absolutista, para a fruição de uma liberdade contratual.

Como vimos, o Estado Moderno, unificado e regido por um sistema monojurídico, será integrado por esses vários ramos do Direito, seja ele, Direito de Família, Direito de Propriedade, Direito do Trabalho (principalmente pós século XIX) e Direito Penal.

De modo diverso, para Zaffaroni a criminologia e o próprio Direito Penal nascem com os inquisidores e seus discursos criminológicos, no século XIII²²³. Os inquisidores, a partir de uma pretensão de unificação de comportamento pela via religiosa, são os precursores da razão repressiva do Estado Moderno, de padronização do modo de vida, em um âmbito interno, intra-europeu.

Conforme Salo de Carvalho²²⁴ “a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder punitivo é o inquisitorialismo”.

²²¹ Por todos, até mesmo, o pensamento crítico de Bergalli que muito contribui para o pensamento penal latino-americano. Cf. BERGALLI, Roberto, RAMIRES, Juan Bustos y MIRALLES, Teresa. **El Pensamiento Criminológico I**. Bogotá: Editorial Temis, 1983. p.15.

²²² Santiago Castro-Gómez faz uma bela síntese da proposição de cientificidade do século XVIII, em relação às ciências sociais, que tem validade para todas as ciências sociais aplicadas e humanas. Segundo o autor “as taxonomias elaboradas pelas ciências sociais não se limitavam, assim, à elaboração de um sistema abstrato de regras chamado “ciência” – como ideologicamente pensavam os pais fundadores da sociologia –, mas tinham consequências práticas na medida em que eram capazes de legitimar as políticas reguladoras do Estado. A matriz prática que dará origem ao surgimento das ciências sociais é a necessidade de “ajustar” a vida dos homens ao sistema de produção. Todas as políticas e as instituições estatais (a escola, as constituições, o direito, os hospitais, as prisões, etc.) serão definidas pelo imperativo jurídico da “modernização”, ou seja, pela necessidade de disciplinar as paixões e orientá-las ao benefício da coletividade através do trabalho. A questão era ligar todos os cidadãos ao processo de produção mediante a submissão de seu tempo e de seu corpo a uma série de normas que eram definidas e legitimadas pelo conhecimento. As ciências sociais ensinam quais são as “leis” que governam a economia, a sociedade, a política e a história. O Estado, por sua vez, define suas políticas governamentais a partir desta normatividade cientificamente legitimada.” Cf. CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro” In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 172.

²²³ “El primer discurso criminológico fue el discurso de los inquisidores. Los autores del *Malleus* fueron los inquisidores. Pero ¿qué eran los inquisidores? Se ha dicho que eran jueces y es verdad; pero también eran policías y es verdad; pueden decirse también que fueron médicos sanitarios e meteorólogos y agrónomos, y sería verdad. Podría decirse que eran juristas y legisladores, y también sería cierto. No menos cierto sería afirmar que jugaban a teólogos y filósofos. En rigor, los inquisidores eran los operadores de una gran agencia punitiva, que *decidía la vida o la muerte de las personas*, y acumulaba las funciones que luego se repartirían entre muchas agencias.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo- Buenos Aires: Editorial BdeF, 2005. p. 20.

²²⁴ CARVALHO, Salo de. Tântalo no Divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 50. São Paulo, RT, 2004. p. 117.

Explica Carvalho²²⁵ que, “o discurso garantista de gênese ilustrada configurou uma variável insensata na estrutura das formas de poder, uma cisão acidental na história das violências da qual somos herdeiros inocentes, românticos poetas de um passado imaginário.”²²⁶

Como legatários de uma comunidade imaginada e de uma modernidade construída do embate de um ego europeu, tendemos a acreditar nessas metáforas jurídicas de construção de um direito benfeitor, realizador das pretensões da coletividade humana.

Contudo, temos que dar dois passos para trás, para entendermos o poder punitivo atual, isto é, devemos sair do proposto momento mágico de contenção desse poder punitivo, visualizado pela lanterna iluminista, para o momento de constituição da modernidade, e antes um pouco, pensarmos na matriz do controle punitivo.

Nilo Batista ao buscar as matrizes ibéricas do sistema Penal brasileiro, em sua resenha histórica sobre a inquisição medieval faz um excuro para dizer que “a inquisição moderna, estabelecida na península ibérica entre o final do século XV e o início do século XVI, tem outro cenário econômico, que é a luta entre a nobreza senhorial decadente e a ascensionária burguesia mercantilista”²²⁷

Nesse sentido, não resta dúvida de que esta inquisição foi um fortíssimo mecanismo de imposição de valores na modernidade, que o Estado soube utilizar bem, de modo que este depurou as pretensões divinas daquele para chegar ao secularismo de sua expressão de poder. Alterou-se a pretensão de uma justiça divina, unificadora de uma moral religiosa, para conceber-se um sistema punitivo unificador de uma moral política.

Assim, o Estado Moderno e seu Sistema Monojurídico-Penal propulsores de imposição e diferenciação foram gestados, a partir do que Anitua concebe como pensamentos criminológicos. Nesse sentido, seguindo as linhas de Zaffaroni²²⁸, como já indicamos, podemos ter o século XIII como o tempo

²²⁵ CARVALHO, Salo de. Tântalo no Divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 50. São Paulo, RT, 2004. p. 117.

²²⁶ CARVALHO, Salo de. Tântalo no Divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 50. São Paulo, RT, 2004. p. 117.

²²⁷ BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002. p. 242.

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo- Buenos Aires: Editorial BdeF, 2005 *et alli*.

da produção dos primeiros discursos criminológicos e, portanto, o tempo do substrato para a construção do direito penal do século XVIII.

Entre os séculos XIII e XVIII, contudo, esses discursos foram sendo amadurecidos e utilizados para fins bastante específicos de controle social. Tal controle, especificamente, com a transição do modelo feudal de organização socioeconômica para o modelo capitalista sofre uma profunda modificação.

De acordo com Perry Anderson:

as alterações nas *formas* de exploração feudal sobrevindas no final da época medieval estavam, naturalmente, longe de serem insignificantes. Na verdade, foram precisamente essas mudanças que modificaram as formas do Estado. Essencialmente, o absolutismo era apenas isto: *um aparelho de dominação feudal recolocado e reforçado*, destinado a sujeitar as massas camponesas à sua posição social tradicional - não obstante e contra os benefícios que elas tinham conquistado com a comutação generalizada de suas obrigações. Em outras palavras, o Estado absolutista nunca foi um árbitro entre a aristocracia e a burguesia, e menos ainda um instrumento da burguesia nascente contra a aristocracia: ele era a nova carapaça política de uma nobreza atemorizada.²²⁹

Essa nobreza atemorizada deveria se proteger e, para tal, utilizava o Estado absolutista, como novo revestimento político. Assim, “o efeito último desta redistribuição geral do poder social da nobreza foi a máquina de Estado e a ordem jurídica do absolutismo, cuja coordenação iria aumentar a eficácia da dominação aristocrática ao sujeitar um campesinato não servil a novas formas de dependência e exploração.”²³⁰

Quando os governantes de espaços maiores que o local, mas menores que o universal, começaram afirmar-se, e a criar um aparelho de Estado aceito, suas formas de desenvolvimento mais antigas supuseram o aparecimento de uma hierarquia de serviços especializados na manutenção da ordem – daí a origem de juízes, polícia etc. – e o próprio direito fez-se coercitivo, pois imporia, de cima para baixo, um modelo de culpabilidade ou inocência estabelecido de acordo com códigos promulgados por uma autoridade central.²³¹

²²⁹ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1998. p.18.

²³⁰ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1998. p.20.

²³¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 39.

Para Marcos Del Roio²³² “a crise feudal no século XIV, que desorganizou as relações de trabalho servis, começou a gestar um novo *outro* negativo no Ocidente, os pobres e vagabundos, pois ‘lançou no mercado de trabalho uma massa de proletários livres e privados de meios de vida’, que não podiam ser absorvidos pelo processo produtivo.”

Esse cenário de intensificação dos conflitos sociais, em uma Europa devastada pela peste negra e por diversas guerras, “que marcou a transição ao capitalismo entre os séculos XIV e XV, levou a criação de leis criminais mais duras, dirigidas contras as classes subalternas”.²³³

Nesse sentido, conforme Rushe e Kirchhermeir com “o crescimento constante do crime entre os setores do proletariado empobrecido, sobretudo nas grandes cidades, tornou [-se] necessário às classes dirigentes buscar novos métodos que fariam a administração da lei penal mais efetiva”.²³⁴

Assim, instalada essa máquina de Estado, com sua ordem jurídica e diante do sistema econômico que necessitava de trabalhadores subalternos a essa nova lógica, tinha-se a equação perfeita de desordem e necessidade de controle.

Desse modo, os Estados Monárquicos da Renascença adquiriram um especial papel na conformação dessa nova subjetividade social e, nas palavras de Perry Anderson²³⁵ “foram em primeiro lugar e acima de tudo instrumentos modernizados para a manutenção do domínio da nobreza sobre as massas rurais.”

Adiante, essa nobreza terá nova posição social e despontará uma nova classe social, a burguesia. Apesar do surgimento dessa nova classe, para Karl Marx e Friedrich Engels²³⁶ “a moderna sociedade burguesa, que surgiu do declínio da sociedade feudal, não aboliu as contradições de classe”, mas, apenas, substituiu novas classes, para posteriormente se dividir “em duas classes diametralmente opostas: a burguesia e o proletariado”. De modo que, os burgueses livres das primeiras cidades são filhos dos servos da Idade Média, os bastardos etc.

²³² DEL ROIO, Marcos. **O império universal e seus antípodas**: a ocidentalização do mundo. São Paulo: Ícone, 1998. p.41-42.

²³³ RUSHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 31.

²³⁴ RUSHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 31.

²³⁵ ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1998. p. 20.

²³⁶ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p. 9.

A partir, e para além da análise de conjuntura intra-europeia de Marx e Engels, pode-se considerar a substancial importância do novo mundo, “outro-lugar” não-europeu, na conformação econômico-social da transição do feudalismo para o capitalismo e para a constituição da modernidade.

Nas palavras de Marx e Engels:

A descoberta da América e a circunavegação da África abriram um novo campo de ação para a burguesia nascente. Os mercados da Índia e da China, a colonização da América, o comércio com as colônias, o aumento dos meios de troca e do volume das mercadorias em geral trouxeram uma prosperidade até então desconhecida para o comércio, a navegação e a indústria e, com isso, desenvolveram o elemento revolucionário dentro da sociedade feudal em desintegração.²³⁷

Apesar da habitual leitura marxista²³⁸ não conceber o processo social de apropriação do novo mundo, como determinante da modernidade, a colonização da América e, posteriormente, o comércio colonial, com incremento do mercado consumidor, é pressuposto da transição da manufatura para a grande indústria.

Tal pressuposto possibilitou uma acumulação primária de capital para o desenvolvimento do capitalismo, tal como também foi bastante importante para a ascensão dos Estados, como estrutura de uniformização.

De acordo com Marx e Engels²³⁹ “a grande indústria criou o mercado mundial, preparado pela descoberta da América. O mercado mundial promoveu um desenvolvimento incomensurável do comércio, da navegação e das comunicações”.

Nesse ponto, para os supracitados autores, a burguesia moderna é produto de um processo de desenvolvimento do sistema produtivo e cada etapa da evolução alcançada é acompanhada de um progresso político.

²³⁷ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p. 9-10.

²³⁸ Muito dano tem feito o pensamento dogmático que converteu o marxismo em um corpo teórico acabado e auto-suficiente, com respostas inequívocas para todo tempo e lugar. Tal tipo de atitude parece mais própria dos livros de auto-ajuda que da tradição de pensamento vivo que Marx ajudou a fundar. As lutas em torno das contradições de classe não podem ser adequadamente compreendidas em sua trajetória e em sua complexidade se são analisadas divorciadas dos problemas de gênero e opção sexual, ecológico-meio-ambientais e nacionalistas – étnicos, raciais e religiosos –, que marcam nossos tempos. Não se trata de dizer a Marx àquilo que não poderia ter pensado em seu contexto biográfico. Trata-se de dialogar com ele, talvez com certo tom de irreverência, para formular perguntas que questionem seus pressupostos e ponham em andamento as engrenagens do espírito crítico próprio de sua filosofia da práxis. Cf. GONZÁLES, Sabrina. Crônicas marxianas de uma morte anunciada. In: **A teoria marxista hoje**. Problemas e perspectivas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2007. p.18-19.

²³⁹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p.11.

Nas palavras de Marx e Engels “com estabelecimento da grande indústria e do mercado mundial a burguesia conquistou, finalmente, o domínio político exclusivo no Estado representativo moderno. O poder do Estado moderno não passa de um comitê que administra os negócios comuns da classe burguesa como um todo.”²⁴⁰

Acertadamente, Marx e Engels, demonstram que o capitalismo não poderia prosperar sem o Estado, mas de outro lado, pecam ao vislumbrarem certa linha de evolução dos sistemas produtivos, incorporando, deste modo, uma visão eurocêntrica e linear da história, que produz linearmente a ideia de evolução de sistemas políticos e para a sua manutenção desenvolve sistemas jurídicos e mais ainda, sistemas punitivos.

Esta linearidade histórica dá azo à ideologia civilizatória europeia, seja cultural, social ou econômica, que é consequência da ideia eurocêntrica de que determinadas pessoas, povos ou nações são mais evoluídas em detrimento de outras e outros, mais atrasadas ou atrasados. A paranoia teleológica, isto é, a necessidade de chegar a um estágio tal de evolução é de cariz excludente e por varias vezes, genocida.

Assim, nesse contexto de reconfiguração do poder político, devemos pensar também, no poder punitivo. Qual é seu papel para manutenção do *status quo* daquela época e lugar? Como se viu, “o momento em que o Estado moderno aparece e o poder punitivo é gerado, também é o momento de consolidação do Estado em seu diagrama de poder absolutista, fato que consolidaria o poder penal em sua versão mais descarnada e ilimitada”²⁴¹.

Gabriel Ignacio Anitua²⁴² ao historiar, o que ele chama de pensamentos criminológicos, fala das expressões criminológicas do Estado Absolutista, em que com o surgimento do Estado moderno tem-se a “expropriação” do conflito²⁴³. Antes, contudo, deixa claro, que o momento crucial, a seu juízo, para a conformação do poder punitivo, que perdurará até atualmente, se deu no século XIII europeu, com as noções de “delito” e “castigo” e com a inquisição, como método de investigação.

²⁴⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Expressão Popular, 2008. p. 12.

²⁴¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 89.

²⁴² ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 37.

²⁴³ Esse termo “‘expropriação’ do conflito”, nos parece expropriado de Zaffaroni, que o trabalha em vários de seus escritos. Conferir, por exemplo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et ali*. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, maio de 2011.

Conforme Anitua²⁴⁴ “a inquisição foi a primeira agência burocratizada dominante destinada à aplicação de castigos e à definição de verdades, e por isso a primeira a formular um discurso de tipo criminológico”²⁴⁵. Trata-se dos primeiros produtos do poder punitivo, na qualidade de justificativas de sua forma de atuar, bem como o primeiro discurso a fundamentar seu poder em uma suposta “emergência”.²⁴⁶

Assim, quando se tratava de uma emergência, isto é, de uma situação crítica poderia e deveria se intervir também de forma mais brusca, em busca de uma verdade da ocorrência de um desvio, para aplicação de um castigo. Dessa forma, as primeiras expressões discursivas dessa emergência detinham sua mira sobre a heresia, uma amostra mais próxima de crime, que se somava ao “estigma” de judeus ou leprosos, como sujeitos a serem perseguidos.²⁴⁷

Trata-se da necessária criação de um “outro” construído, a ser perseguido, para justificar a existência da burocracia. Só assim, algo fantasmagórico²⁴⁸, como o Estado, poderia ser legitimado, em sua estruturação repressiva.

A lógica é bastante simples, a estrutura repressiva do Estado só se legitima se tiver necessidade de conter um mal, que afeta a ordem social, por esta razão, algo imaginário como o Estado só pode ser vislumbrado, por um dado de mesma ordem, ou seja, um “outro oposto”, um “inimigo conveniente”, nas palavras de Anitua.²⁴⁹

Nesse sentido, a partir do momento que se operava esta repressão e se propunha a definição de “inimigos convenientes” pôde-se “resolver as disputas de poder no interior da Igreja e lograr sua unidade após o “cisma do Ocidente”, marcada pela repressão dos “hussitas”, no início do século XV.”²⁵⁰

²⁴⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 37.

²⁴⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 54.

²⁴⁶ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 54.

²⁴⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 55.

²⁴⁸ Imaginário, abstrato, não podemos tocar no estado. Cf. CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

²⁴⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 55.

²⁵⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 55.

Os hussitas, assim como os cátaros, foram um movimento herético, anterior à reforma protestante, que criticava a postura da Igreja e, por isso foi duramente reprimido pela Inquisição²⁵¹, pelas cruzadas e por um intenso controle ideológico que se fundava nos primórdios da modernidade.

O poder punitivo tinha seu momento de preparação, reprimindo aqueles ou aquilo que fosse diferente do modelo imposto pelo império religioso, até mais adiante, pudesse se alocar no centro do Estado Absolutista e encontrar a estrutura perfeita para seu desenvolvimento, que passará a ser modulado pelo nascente sistema capitalista.

É nesse Ocidente com os nervos à flor da pele, temeroso da desagregação social por ação de numerosos inimigos imaginários ou menos, guerras intestinas intermináveis, rebeliões camponesas, desgraças naturais, doenças endêmicas e epidêmicas, feiticeiras, judeus, hereges, pobres e dementes, incapaz de reproduzir-se como “ordem natural”, que surge uma moderna razão científico-mecânica a clamar pela instauração de uma ordem social artificial, barrando o risco iminente de regressão ao “estado de natureza”, a saída da história e o retorno ao mito. Mas foi também esse atemorizado e intolerante Ocidente que teve a necessidade irrefreável de se expandir, de dominar e de inventar outros negativos externos, a fim de garantir sua própria sobrevivência na história.²⁵²

O “outro” interno à Europa foi cuidadosamente modelado pelo poder, depois de criada a inquisição e o sistema inquisitório e atuante o sistema monojurídico-penal. Foi necessário, mas não o bastante para a conformação da modernidade. De outro lado, a invenção do “outro” externo foi realizada graças à experiência colonial.

Santiago Castro-Gómez explica que,

As teorias pós-coloniais demonstraram, [...] que qualquer narrativa da modernidade que não leve em conta o impacto da experiência colonial na formação das relações propriamente modernas de poder é não apenas incompleto, mas também ideológico. Pois foi precisamente a partir do colonialismo que se gerou esse tipo de poder disciplinar que, segundo Foucault, caracteriza as sociedades e as instituições modernas. Se, como vimos na seção anterior, o Estado-nação opera como uma maquinaria geradora de “outredades” que devem ser disciplinadas, isto se deve a que o surgimento dos Estados modernos se dá no âmbito do que Walter Mignolo (2000: 3 e ss.) chamou de “sistema-mundo moderno/colonial”. De acordo

²⁵¹ Conforme Jacinto Coutinho, citado por Salo de Carvalho, a estrutura inquisitorial origina-se “no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de ‘doutrinas heréticas’. Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu, e conhece”. Ver COUTINHO, Jacinto. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: CARVALHO, Salo. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. v. 42, n. 0 de 2005. p. 36.

²⁵² DEL ROIO, Marcos. **O império universal e seus antípodas**: a ocidentalização do mundo. São Paulo: Ícone, 1998. p. 43.

com teóricos como Mignolo, Dussel e Wallerstein, o Estado moderno não deve ser visto como uma unidade abstrata, separada do sistema de relações mundiais que se configuram a partir de 1492, e sim como uma função no interior desse sistema internacional de poder.²⁵³

O Estado Moderno não deve ser visto como uma unidade abstrata separada do sistema de relação mundial, dessa maneira, pode-se imaginar que haverá contato entre tal ente Estatal e seus semelhantes, no interior de um sistema internacional de poder. Nesse sentido, ocorrerão intervenções que serão estruturadoras da lógica intervencionista do poder punitivo.

Retomando um dos autores espanhóis do século XV e XVI que imaginou a modernidade, podemos dizer com Wallerstein²⁵⁴, que “Las Casas propunha o argumento de equivalência moral média de todos os sistemas sociais reconhecidos, de modo que não havia hierarquia natural entre ele que justificassem o domínio colonial.”

No entanto, conforme Wallerstein²⁵⁵, quatro argumentos básicos têm sido usados para justificar todas as “intervenções” subsequentes dos “civilizados” do mundo moderno em zonas “não civilizadas”:

- a) a barbárie dos outros;
- b) o fim de práticas que violem valores universais;
- c) a defesa de inocentes em meio aos cruéis;
- d) e a possibilidade de disseminar valores universais.

Se apropriando desta colocação de Wallerstein para a compreensão da intervenção penal no âmbito interno, podemos chegar a surpreendente constatação de que a barbárie dos outros pode ser entendida como aquela incompatibilidade do indivíduo com o sistema hegemônico, suposto valor universal.

Dessa forma, tal barbárie é criminalizada, para que seja feita a proteção desses valores universais, geralmente por normas protetivas dos inocentes, “homens de bem”, contra os criminosos cruéis. Assim, ainda que em âmbito interno,

²⁵³ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro” In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 177.

²⁵⁴ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 36.

²⁵⁵ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 35.

há a disseminação de valores universais, que podem ser descortinados, como os valores de uma classe dominante de determinado local e tempo.

Essa alocação de valores é um construto imagético, de oposição entre o homem racional, bom e probo e o “outro da razão”, ou sem razão, aquele que não é uniformizado pelos padrões coloniais da modernidade europeia, e, portanto, não merece a proteção do direito em sua plenitude. Então, para a fruição dessa oposição cria-se a imagem do homem racional.

Esta imagem do “homem racional”, dizíamos, obteve-se contrafaticamente mediante o estudo do “outro da razão”: o louco, o índio, o negro, o desadaptado, o preso, o homossexual, o indigente. A construção do perfil de subjetividade que requeria tal projeto moderno exigia então a supressão de todas estas diferenças.²⁵⁶

Se Andre Glucksmann²⁵⁷ diz que os que sobem ao poder precisam mais do que uma boa tropa, salsichão e aguardente, mas o texto; para o Estado Moderno suprimir as diferenças era necessário mais do que a cruz e a espada, senão o medo, que passa ser incorporado ao discurso da modernidade, como um álibi para a uniformização. Aliás, o medo é o tempero perfeito para alimentar a necessidade de proteção, sem medo, quiçá não haveria cruz ou espada.

Conforme Anitua:

O medo foi, sem dúvida, a ferramenta principal para garantir a imposição das burocracias modernas, para impor o Estado e o mercado, e para impor o sistema punitivo que continua existindo até hoje [...] Esse medo era o medo do “outro”, também o medo do “poder”, mas, em última instância, e, sobretudo, medo.²⁵⁸

Calcado no medo o Estado Moderno, a partir de seu sistema monojurídico-penal, da maneira mais objetivamente e simbolicamente violenta impõe um padrão e, portanto, cataloga diferenças.

Assim, com a ascensão do capitalismo que sobrepuja o sistema feudal de produção e a construção da modernidade, com a invasão do novo mundo, a diferenciação pode ser feita de várias maneiras.

²⁵⁶ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro” In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 181.

²⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 31.

²⁵⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 83.

Primeiramente, distingue-se entre bárbaros e civilizados, o que ao tempo poderia ser lido como infiéis e fieis – até então um conceito meramente religioso - ou, proprietários e não proprietários e ainda, como criminosos e não criminosos, padrão que existente até atualmente.

Ocorre que, para a manutenção da ordem e uniformização das condições de existência no sistema capitalista de produção, que exigia uma nova temporalidade e habituação dos corpos para o trabalho, o sistema monojurídico não apenas poderia impor um padrão e, portanto, criar uma diferença, mas também deveria gerir tal processo.

Nesse sentido, a paradoxal gestão das diferenças, mais do que um contributo democrático é um autoritário sistema de imposição de um padrão, que desconhece as formas plurais, que poderiam ser albergadas pelo manto da diversidade. Assim, na modernidade, o direito penal, ou melhor, o sistema penal ²⁵⁹será o gestor das desigualdades.

De modo que, a gestão das desigualdades, a partir do sistema punitivo, paradoxalmente, só é eficaz porque ideologicamente, este sistema se funda em princípios, como o da igualdade.

3.4 O Estado-Nacional, Direito Internacional e Pensamento Pós e Descolonial: Do conselho de Tutela da Carta das Nações Unidas à Convenção nº 169 da OIT sobre povos indígenas

No século XVIII, as questões debatidas por Sepúlveda e Las Casas não eram mais alvo de discussões ferozes. O mundo europeu havia se acomodado na aceitação global da legitimidade do domínio colonial na América e em outras partes do mundo. À medida que o debate público sobre as regiões coloniais prosseguia, a discussão concentrou-se principalmente no direito à autonomia dos colonos europeus nessas regiões, e não no modo como os europeus deveriam se relacionar com a população indígena.²⁶⁰

²⁵⁹ Conforme Zaffaroni e Pierangeli: “Chamamos “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de “sistema penal” em um sentido limitado, englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes, promotores e funcionários e da execução penal.” Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.65-66.

²⁶⁰ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 63.

As questões indígenas e coloniais, desde muito tempo, influem de maneira significativa para a modificação do Direito Internacional. De modo que, a (re) construção do Direito Internacional por meio de bases democráticas passa por interrogar o modo como as relações entre as chamadas “potências hegemônicas” e as “não hegemônicas” se moldaram/moldam no âmbito internacional ao longo do tempo.

Evidentemente, a construção do sentido de potência hegemônica possui alguma intersecção com a relação histórica das atividades colonialistas e imperialistas vivenciadas pelas diversas Nações. Boa parte dessa relação, inclusive, não foi forjada em mesas de conversa, mas no campo da guerra. De modo que, as grandes guerras marcaram a geopolítica mundial, assim como as grandes navegações.

Como em todas as guerras houve vencedores e perdedores. Após a primeira guerra mundial, por exemplo, com a perda da Alemanha, 21 colônias Alemãs e Otomanas viraram mandatos. O sistema de mandato foi previsto no artigo 22 do Estatuto da, então, criada Sociedade das Nações - SDN. Tal sistema/instituto pode nos ser útil para evidenciar como, de fato, as relações históricas de poder e submissão entre as nações podem servir de instrumental para a modificação do Direito Internacional.

O referido instituto do mandato “consistia em entregar as colônias a determinadas potências, denominadas mandatárias, que deveriam administrá-las, sob fiscalização da SDN, que possuía uma Comissão Permanente de Mandatos para receber e examinar os relatórios anuais dos mandatários.”²⁶¹ Para tal mister, a Sociedade das Nações dava às potências administradoras uma carta de mandato, cuja finalidade última era administrar tais povos até que estivessem aptos para a independência.²⁶²

Trata-se de artifício jurídico que legitima a dominação típica de uma estrutura beligerante de Direito Internacional. Tal estrutura poderia começar a ser mudada já no pós-segunda guerra mundial, mormente, na data de 26 de junho de 1945, quando na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas promulga-se a Carta das Nações

²⁶¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 544.

²⁶² MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 544.

Unidas, que, em tese, é um dos marcos para construção de um Direito Internacional mais humanista.

Contudo, tal normativa não modificou radicalmente a estrutura da Sociedade das Nações e dentre outros órgãos a carta das Nações Unidas, desde sua criação prevê o conselho de tutela para fiscalizar o regime de tutela, que eufemisticamente substituiu o sistema de mandato, isto em razão de que das 21 colônias Alemãs e Otomanas transformadas em mandato após a primeira guerra mundial, 11 ainda continuavam sob o julgo/tutela dos colonizadores, no final da Segunda Guerra.

Assim, ainda que com a Carta da ONU esses territórios continuaram sob a tutela administrativa dos colonizadores, apenas a fiscalização, a partir desse momento era dada ao Conselho de Tutela.

Segundo Celso D. de Albuquerque Mello “a origem da tutela parece estar nos trabalhos de algumas organizações privadas realizados durante a Segunda Guerra Mundial, como o ‘*Institute of Pacific Relations*’, e foi em uma conferência convocada por ele em Quebec, em 1942, que Lorde Haile (Grã-Bretanha) usou pela primeira vez a palavra ‘*trusteeship*’”.

Dessa forma, o Conselho de Tutela é criado como um dos órgãos da Organização das Nações Unidas, o qual conjuntamente com a Assembleia Geral e Conselho de Segurança tem o escopo de conduzir a administração internacional dos territórios considerados não autônomos, portanto, sob tutela. Tal desiderato se dá uma vez que os tutores seriam Estados encarregados de promoverem o progresso dos tutelados, para que enfim tornassem autodeterminados.

Os artigos 86 e 87 da Carta da Organização das Nações Unidas definem a composição do conselho de Tutela. O artigo 88 estabelece que “o Conselho de Tutela formulará um questionário sobre o adiantamento político, econômico, social e educacional dos habitantes de cada território tutelado e a autoridade administradora de cada um destes territórios” (negrito nosso).

Para Celso D. de Albuquerque Mello “a finalidade da tutela é conduzir os povos colocados neste regime à independência política. A tutela internacional é aplicada por meio de acordos de tutela (entre a ONU e a potência administradora), em que são fixadas as suas condições.”²⁶³

²⁶³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 545.

A partir da década de 1960, modifica-se o trato da questão tutelar no âmbito das Nações Unidas, isto em razão da Conferência de Bandung e do movimento dos pais-não-alinhados, que exigiam o fim do colonialismo, bem como de todas as práticas discriminatórias a ele inerentes. Nesse sentido, tem-se a adoção pela ONU, da Declaração de Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais.

Nota-se que as posições de Sepúlveda, legitimadoras da violência contra os “bárbaros” e o dever moral de evangelização, ainda que com as objeções de Las Casas tidas como posição minoritária, vigentes desde o século XVI, até a primeira metade do século XX, podem pela primeira vez sofrer algum abalo.

O breve século XX, para usarmos uma expressão consagrada de Eric Hobsbawn, traz as grandes revoluções anticoloniais, em especial aquelas ocorridas no período de 1945 a 1970, assim “o direito moral dos povos oprimidos de recusar a supervisão paternalista dos povos que se diziam civilizados passou a ter legitimidade ainda maior nas estruturas políticas mundiais.”²⁶⁴. Com Wallerstein²⁶⁵, podemos dizer que “o que vimos foi uma inversão histórica da teorização sobre os códigos morais e jurídicos do sistema-mundo.”

Já no ano de 1961, formou-se o comitê especial para a descolonização, um comitê composto inicialmente por 17 membros e que, posteriormente, em 1962 passa a ter 24 membros. O objetivo de tal comitê é examinar a aplicação da Declaração sobre a descolonização produzida a partir da resolução 1514 (XV), de 14 de dezembro de 1960, da Assembleia Geral, e estabelecer recomendações para sua aplicação.

Nas décadas de 1960 e 1970 o comitê reconheceu os movimentos de libertação, como representantes legítimos de seus povos. E a partir de sua criação, o comitê propôs reunir-se anualmente para revisar e atualizar a lista de territórios incluídos na declaração, bem como para fomentar os processos de independência dos países e povos colonizados.²⁶⁶

Atualmente, o Conselho de Tutela é constituído pelos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança – China, Estados Unidos da América, Federação Russa, França e Reino Unido. O Conselho alterou o seu regimento, de

²⁶⁴ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 46.

²⁶⁵ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007.

²⁶⁶ Cf. o site da ONU. Comitê Especial de descolonização da Organização das Nações Unidas, 2015.

modo a eliminar a obrigação de se reunir anualmente e acordou em reunir-se quando as situações o exigissem, por sua decisão ou por decisão do seu Presidente ou a pedido de uma maioria de membros da Assembleia Geral ou do Conselho de Segurança.²⁶⁷

O debate acerca da colonização e descolonização influencia a operatividade do Conselho de Tutela, que gradualmente vai se enfraquecendo, até que suspende suas operações em 1º de novembro de 1994, após a independência de Palau (um dos arquipélagos da Micronésia, no Oceano Pacífico), último território sob a tutela da ONU e administração dos Estados Unidos, em 1º de outubro de 1994.²⁶⁸

Se as atividades do Conselho de Tutela estão objetivamente restritas, simbolicamente a existência de tal órgão no seio do principal organismo de Direito Internacional – a ONU - mantém-se inerte, fazendo lembrar que a modificação de paradigmas requer a ruína de alguns edifícios.

De outra perspectiva, ainda no âmbito Internacional, do final da década de 1980 para o início da década de 1990, no campo simbólico pode-se vislumbrar certo giro na questão colonial, propiciada pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT²⁶⁹, que versou sobre povos indígenas e tribais.

A Convenção 169 da OIT tomada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em 1989²⁷⁰ revê a Convenção nº 107 de 1957 e torna-se o primeiro instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais, chamando atenção para as importantes contribuições de povos indígenas e tribais para a diversidade cultural, a harmonia social e ecológica da humanidade e para a cooperação e entendimento internacionais.²⁷¹

Nesse sentido, a uma primeira vista parece que se desloca o foco de sujeição, uma vez que antes havia apenas uma relação de colonizador-colonizado, agora uma ideia de que povos são “cooperadores”, para a modificação do Direito e do Direito Internacional.

²⁶⁷ Cf. o site da ONU. Centro Regional de Informação das Nações Unidas, CONSELHO DE TUTELA, 2015.

²⁶⁸ Cf. site da ONU, 2015.

²⁶⁹ BRASIL. Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / **Organização Internacional do Trabalho**. - Brasília: OIT, 2011.

²⁷⁰ SALGADO, Juan Manuel. **El convenio 169 de la OIT**: comentado y anotado. 1ª ed. - Neuquén: EDUCO – Universidad Nacional del Comahue, 2006.

²⁷¹ Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / **Organização Internacional do Trabalho**. - Brasília: OIT, 2011. p. 14.

Com a declaração de 1960 e todo o contexto de luta das décadas subsequentes, poderíamos crer que Las Casas teria suas opiniões acolhidas pela comunidade internacional,

Mas, assim que a validação do ponto de vista de Las Casas se tornou doutrina oficial, a nova ênfase nos direitos humanos dos indivíduos e dos grupos tornou-se tema de destaque na política mundial e isso começou a minar o direito de rejeitar a supervisão paternalista. Em essência, a campanha pelos direitos humanos restaurou a ênfase de Sepúlveda no dever dos civilizados de suprimir a barbárie.²⁷²

Os direitos humanos²⁷³ passam a ter caráter meramente retórico e tornam-se:

- a) no âmbito internacional, álibi para intervenções desumanas e,
- b) no âmbito interno, legitimador dos arbitrários sistemas penais.

O primeiro aspecto legitima a chamada intervenção humanitária, muita vez, pretexto das potências hegemônicas para intervir em áreas de seus interesses geopolíticos. O segundo aspecto legitima um direito penal repressor e seletivo, que protege os interesses da classe dominante de determinado local e tempo.

A modificação da estrutura punitiva, por exemplo, pelas resoluções de conflitos comunitários abertos pela convenção, ou mesmo, a possibilidade surgida, pelas discussões sobre a convenção. Nesse sentido, imaginar as possibilidades de modificação, apesar da convenção e da estrutura não operativa internacional, do Estado Moderno, como por exemplo, na medida em que se propõe modificar as práticas punitivas falsamente universais.

²⁷² WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. P.47.

²⁷³ Conforme Antônio Carlos Wolkmer “se, por um lado, foi ideologicamente relevante a bandeira dos direitos humanos como apanágio da luta contra as formas arbitrárias de poder e em defesa da garantia das liberdades individuais, por outro, além de sua idealização assumir contornos formais e abstratos, sua fonte de legitimação reduziu-se ao poder oficial estatal. Parte-se, portanto, de um formalismo monista em que toda produção jurídica moderna está sujeita ao poder do Estado e às leis do mercado. Naturalmente, como reconhece Boaventura de Sousa Santos, a concepção moderna dos direitos humanos apresenta limites inegáveis. O primeiro argumento reside no fato de que os direitos humanos confinaram-se ao direito estatal, limitando “muito o seu impacto democratizador”, pois deixou-os sem uma base mais direta com outros direitos não-estatais. Um segundo limite prende-se à negação vivenciada e reproduzida pelo Direito Moderno, traduzida na ênfase técnico-formal pela promulgação positiva de direitos, com a conseqüente negligência “do quadro de aplicação”, de negação da real efetividade desses direitos, abrindo uma “distância entre os cidadãos e o Direito.” Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, dez. 2006. p. 113-128. p.123.

Assim, no próximo capítulo, escreveremos sobre a contribuição da perspectiva plural do Estado Plurinacional e a possibilidade de, a partir do Direito Penal, “dar uma resposta marginal” ao sistema mundo moderno e a seu sistema punitivo, “moinho de gastar gente”, na feliz expressão de Darcy Ribeiro.

4 REALISMO JURÍDICO PENAL E A CONTRIBUIÇÃO DA PERSPECTIVA PLURAL DO ESTADO PLURINACIONAL: UMA RESPOSTA MARGINAL

No primeiro capítulo, escrevemos sobre a fundação do Direito Internacional, sob as ruínas do Novo Mundo, questionamos, pois, a tradicional leitura dos internacionalistas, que desconsidera a invasão das Américas, como processo configurador do Direito das Gentes.

No segundo capítulo, verificamos que, concomitantemente, à fundação do Direito Internacional, tem-se uma imposição do Estado Moderno – como único modelo possível-, ambos, frutos da Modernidade, que possui a característica de manutenção de um projeto de poder, pela uniformização dos indivíduos mais iguais e eliminação dos mais diferentes, e, para tal, utiliza um sistema punitivo que se manifesta pelo Direito Penal.

Se desde o processo constitutivo da modernidade, a partir da invasão da América, a visão eurocêntrica de mundo nega qualquer protagonismo ao pensamento latino-americano, por concebê-lo como subalterno, ao ponto de dizer que os europeus fazem/têm teorias, enquanto os latino-americanos fazem/têm cultura, não nos resta a resignação, mas a reflexão urgente do porquê disso e de como pensar diversamente.

Assim, o terceiro capítulo desse trabalho busca evidenciar uma contribuição do Direito Penal Latino-Americano que, a partir do realismo marginal de Eugenio Raúl Zaffaroni e do paradigma Constitucional do Estado Plurinacional, pretende responder ao eurocentrismo da modernidade europeia.

A resposta a tal eurocentrismo, em um âmbito bastante específico, elegido pela nossa observação, parte do questionamento ao sistema de criminalização e de responsabilização social (penal), como manutenção do *status quo*, imposto acriticamente, desde o norte, mundo afora (para o sul) e, de outro lado, parte da necessidade de pensarmos as tradicionais formas comunitárias de resolução de conflito, desde o sul, para o sul.

Todo esse esforço teórico se articula, levando-se em consideração que

A expressão mais potente da eficácia do pensamento científico moderno – especialmente em suas expressões tecnocráticas e neoliberais hoje hegemônicas – é o que pode ser literalmente descrito como a *naturalização*

das relações sociais, a noção de acordo com a qual as características da sociedade chamada moderna são a expressão das tendências espontâneas e naturais do desenvolvimento histórico da sociedade. A sociedade liberal constitui – de acordo com esta perspectiva – não apenas a ordem social desejável, mas também a única possível. Essa é a concepção segundo a qual nos encontramos numa linha de chegada, sociedade sem ideologias, modelo civilizatório único, globalizado, universal, que torna desnecessária a política, na medida em que já não há alternativas possíveis a este modo de vida.²⁷⁴ [grifos originais].

Esta construção de esvaziamento da política, própria do discurso da modernidade e incrementada pelo neoliberalismo, não mais se sustenta em faces das novas demandas plurais da contemporaneidade. Igualmente, torna-se insustentável uma construção política homogênea e hermética, diante da complexidade social, instaurada pela luta dos diversos “povos oprimidos”.

Nesse sentido, ao contrário do que propõe o pensamento (neo)liberal, não estamos em uma linha de chegada da história²⁷⁵, em uma perspectiva linear, no *topos civilizatório*, mas, nos encontramos em um momento impar, principalmente na América-latina, mais próximo, da linha de partida, com os olhos para o passado, em uma junção de questionamentos ao modelo de pensamento único.

Assim, partindo do nosso continente, diversas são as chaves de leitura das ciências humanas e sociais aplicadas, nesse século XXI. Muitas delas nos proporcionam pensar a hegemonia mundial de uma parte do mundo (Europa) sobre outra (o restante, sobretudo o continente Americano, excluído os Estados Unidos da América) e as consequências dessa hegemonia, que vão desde a depredação inconsequente da natureza²⁷⁶, até a degradação do ser humano encarcerado.

Percebemos que desde a colonização física, até a colonização dos saberes e, sobretudo, do “mundo da vida” dos habitantes da América-latina, tem-se verificado uma resistência, cada vez mais sistemática e bem deduzida de teses sobre essa dominação.²⁷⁷

²⁷⁴ LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 21-22.

²⁷⁵ Não se pretende com a metáfora da linha de partida e/ou chegada reconhecer certo evolucionarismo histórico, pelo contrário, nega-se o evolucionismo e o fatalismo do presente, para reconhecer que devemos interpretar o passado, nos termos do que, como já referenciamos, propõe Walter Benjamin.

²⁷⁶ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**. Buenos Aires: Colihue; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2013.

²⁷⁷ “Como axiomas e/ou contribuições chave das ciências sociais latino-americanas e caribenhas na segunda metade deste século podemos mencionar, entre outros, os seguintes: 1. O axioma do capitalismo colonial de Sergio Bagú (...) 2. O axioma “centro-periferia” de Raúl Prebisch; 3. O

Dentre as diversas teses, um contributo importante para a discussão da resistência latino-americana à modernidade é a tese de sistema-mundo de Immanuel Wallerstein, que defendeu não existir terceiro mundo²⁷⁸, “pois há uma unidade no sistema capitalista mundial, caracterizado pela contradição entre trabalho e capital, cuja acumulação se processa principalmente entre os Estados-nacionais.”²⁷⁹

O pensamento de Wallerstein, também se destaca no bojo da discussão em relação à resistência latino-americana, pela proposição de que o universalismo, corriqueiramente, contraposto ao culturalismo é um “universalismo europeu”, portanto, paradoxalmente, trata-se de um universalismo “não universal”.²⁸⁰

axioma “subimperialismo” de Ruy Mauro Marini: (...) 4. O axioma “dependência” de Theotônio Dos Santos: (...) Os autores citados são especialmente emblemáticos, e expressam amplos movimentos de reflexão na região, dos quais são tributários. Estes axiomas têm especial relevância, a nosso ver, para a compreensão do papel da América Latina e do Caribe no atual sistema-mundo capitalista. Outras contribuições relevantes das ciências sociais em nossa América, entre outras tantas, que poderíamos mencionar são:

- a) Os estudos tipológicos de Darcy Ribeiro sobre os povos e o processo civilizatório.
- b) A sociologia da fome de Josué de Castro.
- c) A metodologia Pesquisa-Ação Participativa de Orlando Fals Borda.
- d) Os conceitos de colonialidade do poder e reoriginalização cultural de Aníbal Quijano.
- e) A pedagogia do oprimido de Paulo Freire.
- f) As visões críticas da globalização de Octavio Ianni, Celso Furtado, Héctor Silva Michelena e Armando Córdova, entre outros autores.
- g) A crítica à visão fundamentalista da integração globalizada de Aldo Ferrer.
- h) Os vislumbres sobre a Teologia da Libertação de Gustavo Gutiérrez, bem como de Leonardo e Clodovil Boff. (...)
- m) A lúcida crítica de Edgardo Lander ao eurocentrismo e o colonialismo no pensamento latino-americano.
- n) A tese da colonialidade do poder de Aníbal Quijano.
- o) A crítica não-eurocêntrica do eurocentrismo de Enrique Dussel, que traz implícita uma valiosa crítica à construção da modernidade no pensamento pós-moderno.
- p) O conceito de border thinking de Walter Mignolo. (...)

“Última, mas não menos importante, é a obra de próceres cujas reflexões têm um caráter fundacional: Simão Bolívar, José Martí e José Carlos Mariátegui.” LÓPEZ SEGRERA, Francisco. Abrir, “impensar” e redimensionar as ciências sociais na América Latina e Caribe. É possível uma ciência social não eurocêntrica em nossa região? In: LANDER, Edgardo. (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 211-214.

²⁷⁸ “Sin embargos, la cuestión acerca del “Tercer Mundo” y de “nuestro margen” - Latinoamericana - no puede comprenderse bien si se visualiza en un corte trasversal contemporáneo, puesto que la comprensión de su concepto solo puede alcanzarse en perspectiva histórica, o sea, analizando cómo se genera el poder mundial y cómo quedamos marginados, cómo se genera “nuestra” marginación y qué particularidades tiene frente a otras.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988, p. 61.

²⁷⁹ BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. Apresentação. In: WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007. p.11.

²⁸⁰ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007.

Importante, também, e decorrente deste ponto, a crítica de Walter Mignolo de que para os teóricos europeus, só os europeus produzem teorias, enquanto os outros povos produzem cultura.

Como sabemos: el primer mundo tiene conocimiento, el tercer mundo tiene cultura; los nativos americanos tienen sabiduría, los angloamericanos tienen ciencia. La necesidad del desenganche y la decolonialidad política y epistémica se pone en primer plano, así como la instauración de conocimientos decoloniales, pasos necesarios para imaginar y construir sociedades no imperiales/coloniales, democráticas y justas.²⁸¹

Para a construção de sociedades não coloniais/imperiais, incorpora-se a essa discussão a crítica não eurocêntrica ao eurocentrismo, a crítica à modernidade europeia, ao colonialismo e ao colonialismo do poder e do ser, realizadas por Edgardo Lander, Aníbal Quijano, Enrique Dussel, Santiago-Castro, dentre outros.

Mas, com López Segrera²⁸² questionamos se “é possível a integração cultural? Ou acaso todo o discurso em torno da multiculturalidade, da pluralidade cultural e dos problemas de homogeneização e heterogeneidade não ultrapassarão o ambiente retórico-acadêmico?”

Imaginamos ser possível sim ultrapassar os muros da academia. De tal modo, conforme Boaventura de Souza Santos, para realinhar as construções sociais é necessário uma ecologia dos saberes²⁸³, isto é, o diálogo entre saberes científico e não científicos. Assim, como o norte possui uma epistemologia, seguramente a dominante, propõem-se epistemologias do sul²⁸⁴.

Desse modo, do sul, vislumbramos duas demarcações teóricas fundamentais, para a redução do objeto e compreensão do tema-problema proposto: o direito penal

²⁸¹ MIGNOLO, Walter D. Desobediencia epistémica, pensamiento independiente y liberación decolonial. En: **YUYAYKUSUN**, Revista del Departamento Académico de Humanidades de la Universidad Ricardo Palma, n. 3, Lima, Perú, noviembre de 2010. p.18.

²⁸² LÓPEZ SEGRERA, Francisco. Abrir, “impensar” e redimensionar as ciências sociais na América Latina e Caribe. É possível uma ciência social não eurocêntrica em nossa região? In: LANDER, Edgardo. (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 214.

²⁸³ Para Boaventura de Sousa Santos, “A ecologia dos saberes é um conjunto de epistemologias que partem da possibilidade da diversidade e da globalização contra-hegemonicas e pretendem contribuir para as credibilizar e fortalecer. Assentam em dois pressupostos: 1) não há epistemologias neutras e as que clama sê-lo são as menos neutras; 2) a reflexão epistemológica deve incidir não nos conhecimentos em abstrato, mas nas práticas de conhecimento e seus impactos noutras práticas sociais.” Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 154.

²⁸⁴ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Orgs.) **Epistemologias do Sul**. São. Paulo: Editora Cortez. 2010.

e o Estado Plurinacional - desafios e perspectivas do novo constitucionalismo latino-americano-, quais sejam, o Realismo Jurídico Penal Marginal e o Plurinacionalismo.

A primeira tese é de Eugenio Raúl Zaffaroni e pode ser encontrada em várias de suas obras, com destaque para: *Criminología: Aproximación desde un margen*²⁸⁵, *En busca de las penas perdidas*²⁸⁶, *Hacia un realismo jurídico penal marginal*²⁸⁷, *La Palabra de los Muertos*²⁸⁸ e *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*²⁸⁹.

A segunda tese pode ser encontrada nas constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), mas, também, em estudos de Rubén Martínez Dalmau e Pastor Viciniano²⁹⁰, José Luiz Quadros de Magalhães²⁹¹, Boaventura de Souza Santos²⁹², Luiz Tapia²⁹³, Cesar Baldi²⁹⁴, Heleno Florindo da Silva²⁹⁵, Gladstone Leonel²⁹⁶, dentre outros.

As nossas marcações teóricas decorrem, ou melhor, são frutos das vidências dessas proposições, que se contrapõe a algumas evidências naturalizadas pelo discurso dominante.

De tal modo, para compreendermos a resposta marginal, que pode ser dada pelo “Direito Penal Latino-Americano” e pela contribuição da perspectiva plural do

²⁸⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

²⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

²⁸⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993.

²⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos**: Conferencias de criminología cautelar - 1ª ed. - Buenos Aires: Ediar, 2011.

²⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: vol. 7, nº 2, maio-agosto, 2015, p.182-243.

²⁹⁰ DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008. **Alter Justicia**: estudios sobre teoría y justicia constitucional, año 2, n. 1. Guayaquil, oct. 2008. p. 13-28 e PASTOR, Roberto Viciniano; DALMAU, Rubén Martínez. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. En: **EL OTRO DERECHO**, n. 48. Debates Constitucionales en nuestra América, Bogotá D.C., Colombia, 2013. p. 63.

²⁹¹ MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

²⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvenición del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz de La Sierra: Alianza Interinstitucional CEDAN, CEJIS, CEDIB, 2007.

²⁹³ TAPIA, Luis. Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. En **OSAL (Buenos Aires: CLACSO)** Año VIII, n. 22, septiembre, Buenos Aires, 2007.

²⁹⁴ BALDI, César Augusto (Coord.). **Aprender desde o Sul**: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade. Aprendendo desde o Sul. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²⁹⁵ SILVA, Heleno Florindo da. **Teoria do Estado Plurinacional**: o novo constitucionalismo latino-americano e os direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2014.

²⁹⁶ LEONEL JUNIOR, Gladstone. **O novo constitucionalismo latino-americano**: um estudo sobre a Bolívia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Estado Plurinacional, antes de passarmos à definição de cada uma delas, adiante explicaremos, com Olgária Matos, o “vidente” e o “evidente”, desde a modernidade europeia até a proposta plural latino-americana.

4.1 (E)vidências: da modernidade europeia à proposta plural latino-americana

Em o “desejo de evidência, desejo de vidência: Walter Benjamin”, Olgária Matos²⁹⁷, a partir de Benjamin, nos propõe a reflexão acerca de vidência e evidência²⁹⁸. A ideia de evidência é ligada ao positivismo, onde não se fala autenticamente, ao contrário, deixa-se que outro fale no seu (meu) lugar. O Evidente é aquilo que não se é capaz de ver *per sí*.

Já o vidente é aquele que é capaz de ver, traduzir o texto e a vida e visualizá-los em imagem. O vidente se permite errar, mas não perde a racionalidade, pois esta é histórica e dialética, ao contrário, para a ideia de evidência há linearidade e lógica paritária, ser ou não ser.

Quando se pretende contar a história do nosso continente da modernidade europeia à proposta plural latino-americana, como se quer, pelos vencidos, é interessante a discussão acerca de vidência e evidência, pois desde a construção do que conhecemos como América Latina o que se percebe é uma relação *nós versus eles*²⁹⁹, em que se encobre a verdadeira essência do que foi e é construído.

Os vencidos foram historicamente ocultados em seus discursos, outros falam por eles, inclusive, construindo um mundo-da-vida (*Lebenswelt*) que outrora não lhes pertencia e, a partir daí normalizando-os, por meio de vários códigos linguísticos. Nesse sentido, como vimos no capítulo anterior, o Direito e, especialmente, o Direito penal, exerce especial função na uniformização das pessoas.

Perguntar-nos sobre o que é a Modernidade Europeia e qual é sua relação com o Direito e, especialmente, com o Direito Penal foi o primeiro passo para trilharmos o caminho rumo ao seu questionamento, que se coloca, atualmente, como proposta plurinacional, ou melhor, plural latino-americana.

²⁹⁷ MATOS, Olgária. Desejo de evidência, desejo de vidência: Walter Benjamin. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O Desejo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

²⁹⁸ Devo o esclarecimento de tais conceitos à Professora Dra. Lusia Pereira, que enfrentou tal discussão benjaminiana na disciplina Metodologia do Programa de Pós Graduação em Direito da PUC Minas. Relato de aulas, out./nov. de 2014.

²⁹⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

A resposta nos foi dada no capítulo anterior, em que destacamos com Santiago-Castro, a modernidade europeia “como uma série de práticas orientadas ao controle racional da vida humana, entre as quais figuram [...] a expansão colonial da Europa e, acima de tudo, a configuração jurídico-territorial dos Estados Nacionais”.³⁰⁰ Nesse sentido, configurado territorialmente o ente estatal, esse se plasmava em vários ramos jurídicos, como o Direito Penal.

Assim, nota-se que, a partir do processo de invasão do novo mundo e da consequente imposição da Modernidade Europeia, ciclicamente forjam-se evidências de uma intervenção legítima na esfera moral, religiosa, jurídica e política, dentre outras.

Tal intervenção, segundo aqueles que interpretam o mundo desde a manutenção do *status quo* e de uma posição de superioridade ante o outro, trata-se de uma missão dos escolhidos (espécie decorrente de uma concepção teológica), portadores do devir histórico, de levarem a civilização a todos os bárbaros, a religião a todos os profanos, a democracia a todos os resistentes e os direitos humanos aos inumanos.

O grande problema da racionalização da vida humana é que esta racionalização, tipicamente normalizada pelo Direito e pelo Direito Penal, a partir de conceitos de crime, pena, culpa, se dá em forma de opressão de minorias, exclusão da diversidade, diluição das culturas tradicionais e homogeneização daqueles subalternizados, onde se nega a alteridade, uma vez que não se reconhece mais o “outro”, aquele que exerce diverso modo de vida.

Diante dessas evidências, só resta ao vidente compreender o processo dialético dessas dicotomias, linearmente construídas no espaço-tempo. Como a imagem do *anjo benjaminiano*³⁰¹, resta a ele olhar para o passado e buscar ver

³⁰⁰ CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro” In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. p. 180.

³⁰¹ Conforme a tese IX sobre o conceito de história, “Existe um quadro de Klee intitulado ‘*Angelus Novus*’. Nele esta representa um anjo, que parece estar a ponto de afastar-se de algo que crava o seu olhar. Seus olhos estão arregalados, sua boca aberta e suas asas estão estiradas. O anjo da história tem de parecer assim. Ele tem seu rosto voltado para o passado. Onde uma cadeia de eventos aparece diante de nós, ele enxerga uma única catástrofe, que sem cessar amontoa escombros sobre escombros e os arremessa a seus pés. Ele bem que gostaria de demorar-se, de despertar os mortos e juntar os destroços. Mas do paraíso sopra uma tempestade que se emaranhou em suas asas e é tão forte que o anjo não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, para o qual dá as costas, enquanto o amontoado de escombros diante dele cresce até o céu. O que nós chamamos progresso é essa tempestade.”

aquilo que está latente. Assim, a Modernidade Europeia pode ser interpretada como a conformação autoritária do sistema-mundo, cujas repercussões em todas as relações sociais são drasticamente verificadas.

De outro lado, quanto ao tempo presente, contemporaneidade, a evidência demonstra que vivemos no “melhor dos mundos”, cujas instituições fruto de uma evolução social, estão em seu grau máximo de desenvolvimento, tendo apenas de serem defendidas, por exemplo, são intocáveis, o Estado-Nacional, o sistema monojurídico³⁰², a democracia e o constitucionalismo liberal etc.

Já para o vidente, para além do posto, podem-se pensar modificações estruturais na ordem social, a fim de que não se perpetue o *status quo* de uma sociedade com alto grau de exclusão social, hierarquizada e hermética, quanto aos sistemas de resoluções de seus próprios conflitos. Nessa perspectiva de vidência, pode-se conceber o Estado Plurinacional e o Realismo Marginal, como marcações teóricas advindas dos oprimidos, para dar conta de sua própria realidade.

Assim, adiante, antes de apresentar as Constituições dos Estados Plurinacionais, como fruto do novo constitucionalismo latino-americano, distingue-se esse novo constitucionalismo do neoconstitucionalismo.

4.2 Constitucionalismo, neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano, no rastro do (anti)colonialismo

O estudo do constitucionalismo³⁰³ pode ser dividido em:

- a) Constitucionalismo Liberal;
- b) Constitucionalismo Social;
- c) Constitucionalismo Socialista.

Cada qual desses paradigmas constitucionais é fruto das transformações de seu tempo e representam a essências dos valores das classes sociais, que tem

Conferir, dentre outros, LOWY, Michael. **Walter Benjamin**: aviso de incêndio. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 87.

³⁰² Aquele que prevê a existência de um único direito no âmbito do território e que, portanto, rechaça todas as formas jurídicas, consideradas não oficiais, ao ponto de tê-las como ilegais.

³⁰³ Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

proeminência no “pacto”, entre governados e governantes, forjado pela tensão social.

Não obstante, a imensa diferença entre tais paradigmas constitucionais e para além da pretensa universalidade de seu modelo normativo, um fato os uni: são constitucionalismos essencialmente europeus, de modo que, reproduzem a lógica uniformizadora e excludente da modernidade europeia, mundo afora.

Há uma discrepância evidente entre a teoria e a prática, ou seja, entre o modelo normativo e a vivência constitucional, que parece requerer a pergunta: o modelo teórico ou sua aplicação está equivocado ou é a realidade que não se encaixa, em tal modelo?

Para Boaventura de Souza Santos³⁰⁴, nunca antes houve um distanciamento tão grande entre a teoria política e a prática política, devendo esse a quatro fatores:

- a) a falta de adequação dos conceitos à realidade de nossos países, uma vez que a teoria política foi desenvolvida no Norte Global, sobretudo na França, Alemanha, Itália e Estados Unidos³⁰⁵;
- b) o fato de que as práticas transformadoras dos últimos 30 anos advêm do Sul, e os teóricos do Norte não conseguem concebê-las e interpretá-las, pois não leem, por exemplo, português e espanhol³⁰⁶;
- c) o fato de que toda teoria política é monocultural e eurocêntrica³⁰⁷;
- d) a falta de percepção quanto a permanência do colonialismo posteriormente aos processos de independências do século XVIII e a ingerência desse colonialismo, em várias áreas da vida humana³⁰⁸.

O modelo normativo que nos rege(u) é o próprio modelo normativo do “constitucionalismo colonizador”, que em momentos oportunos requereu reajustes,

³⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional**. Cochabamba, Bolivia: Alianza Interinstitucional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007. p. 11-12.

³⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional**. Cochabamba, Bolivia: Alianza Interinstitucional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007. p.12-13.

³⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional**. Cochabamba, Bolivia: Alianza Interinstitucional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007. p.13.

³⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional**. Cochabamba, Bolivia: Alianza Interinstitucional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007. p.13.

³⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvención del Estado y el Estado Plurinacional**. Cochabamba, Bolivia: Alianza Interinstitucional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007. p.13.

para a estruturação das classes econômica e politicamente dirigentes, sem contudo respeitar novas formas jurídicas de estruturação social, que desse autonomia aos desvalidos.

Nega-se o pluralismo jurídico. Tratava-se, portanto, de um constitucionalismo, permeado por um monismo jurídico, notadamente, excludente e redutor da complexidade social, que se presta, muita vez, a ideologizar os direitos humanos, como lições de morais aos pobres, índios, negros, mulheres e demais minorias.

De outro lado, conforme Boaventura de Sousa Santos:

El marco del constitucionalismo en el pluralismo jurídico es realmente una cuestión compleja, sobre todo porque el derecho oficial no tiene autoridad moral para dar ninguna lección de derechos humanos a los indígenas. Durante siglos los eliminaron, los discriminaron, no defendieron la vida de ellos, ¿por qué decir ahora que la defensa de la vida es una cosa preciosa? ¿Acaso los indígenas no pueden defender la vida? ¿Quién ha defendido más la vida que los indígenas, quien ha defendido la biodiversidad, la ha creado, la ha constituido y la ha defendido? Si tenemos biodiversidad, la debemos a los pueblos indígenas. La ciencia moderna la destruye de hecho, ha creado un proceso para destruirla.³⁰⁹

Nesse sentido premente a construção de modelo teórica para dar conta da realidade do sul. Assim, faz-se necessário a compreensão do novo constitucionalismo latino-americano e para tal mostra-se útil a distinção desse constitucionalismo para com o neoconstitucionalismo, em voga atualmente.

Pensando nessa distinção, Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau, estabelecem:

Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo son dos términos muchas veces usados como sinónimos; no obstante, tanto en su origen como en su concepto son categorías diferentes pensadas para distintas situaciones. El neoconstitucionalismo es una categoría analítica que busca crear una teoría del derecho y, secundariamente, explicar las facultades del juez ordinario como intérprete de la Constitución. El nuevo constitucionalismo surge desde la experiencia de las nuevas constituciones latinoamericanas, a partir de la colombiana de 1991, y pone el énfasis en la legitimidad democrática de la Constitución. Neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo son conceptos no necesariamente complementarios, aunque pueden coincidir en determinados aspectos, como son la centralidad de la supremacía constitucional o de la constitucionalización del ordenamiento jurídico.³¹⁰

³⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional**. Cochabamba, Bolivia: Alianza Interinstitucional CENDA, CEJIS, CEDIB, 2007. p. 54-55.

³¹⁰ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. En: **EL OTRO DERECHO**, nº 48. **Debates Constitucionales en nuestra América**, Bogotá D.C., Colombia, 2013. p. 63.

Como se observa, diversas são as diferenças entre neoconstitucionalismo e novo constitucionalismo latino-americano, que por vezes são confundidos, muito em razão da nomenclatura “neo” e “novo”, bem como pela sua contemporaneidade, pois a superação de um por outro, ainda, não nos mostra tão clara.

Desse modo, para a compreensão da emergência desse novo paradigma constitucional na América Latina, deve-se seguir os rastros do colonialismo e seu oposto anticolonialismo.

A primeira fase do colonialismo europeu, datado de fins do século XV, produziu a modernidade europeia e seu grande projeto, o Estado, posteriormente, Estado-Nacional. Essa forma de organização política da sociedade nasce sem uma ‘ata de fundação’ ou, mesmo regulamentação dos processos de sua autoconstituição, que conheceremos posteriormente, como constitucionalismo.

O constitucionalismo moderno nasceu liberal³¹¹, no século XVIII e, como tal privilegiou a defesa formal do indivíduo burguês frente ao poder do Estado àquele tempo absolutista. Assim, do mesmo modo que defendia a ordem e a segurança pública, defendia também, a ideia *smithiana* de *laissez-faire*, *laissez-passer*, quanto aos domínios econômico e social³¹².

Para tal, o constitucionalismo liberal, elevou a Constituição, equivocadamente confundida como texto, a artefato basilar e constitutivo da ordem jurídico-política, de uma coletividade sobre um território.

No entanto, a sua origem liberal impediu que o constitucionalismo fosse democrático, pois restringia materialmente a defesa do indivíduo contra o Estado àqueles indivíduos proprietários, brancos e europeus. Tratava-se de uma proteção formal, que se destinava tanto mais à proteção das liberdades contratuais tão caras ao capitalismo incipiente.

Por sua vez, o déficit de acolhimento de toda a coletividade no âmbito constitucional foi questionado, a partir do século XIX pelo constitucionalismo social, fruto do pensamento socialista, em que se buscou uma efetivação material da igualdade, da liberdade, da fraternidade e maior distribuição da propriedade.

³¹¹ Conferir, dentre outros, MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional: curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2008 e BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

³¹² SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 276.

Em suma, ao contrário do constitucionalismo liberal, que previa uma postura de garantia negativa de direitos fundamentais, o constitucionalismo social advogava uma prestação positiva do Estado para a implementação de tais direitos.

Todavia, o projeto de constitucionalismo social foi destruído pela realidade imposta pela segunda fase do colonialismo europeu, notadamente imperial, e por seu desdobramento, com a eclosão a nível mundial, de duas grandes guerras.

Assim, diante dos flagelos dessas duas grandes guerras mundiais e dos regimes fascistas que as entremearam, os pilares do constitucionalismo voltaram a ser, mais uma vez, os do constitucionalismo clássico, de cunho individualista.

Mas, para além dele, propunha-se uma nova perspectiva, com uma introjeção axiológica, isto é, não se tratava mais de evidenciar textualmente a proteção individual, mas de relacioná-la aos ideais de justiça, operados por regras e, sobretudo, por princípios. Datado do século XX, mormente do pós Segunda Guerra Mundial, esse constitucionalismo valorativo é conhecido como neoconstitucionalismo.³¹³

Apesar de sofrer influência do modelo neoliberal atual, esse paradigma constitucional busca a introjeção de aspectos democráticos, baseando-se em respeito à diferença, reconhecimento das minorias e mecanismos de participação dos processos políticos eletivos de representação.

Ocorre que, essa retomada axiológica, não é feita assepticamente, de modo que, há a incorporação daqueles valores típicos dos tradicionalmente protegidos pelo constitucionalismo liberal, em detrimento, do “outro”, aquele que está fora do padrão uniformizador da modernidade.

Se o constitucionalismo liberal rechaça o direito à diferença, uma vez que se baseia no princípio da igualdade formal³¹⁴, o neoconstitucionalismo diz respeitar o direito à diferença. Mas, se assim o faz é porque impõe um padrão. Afinal, diferente de quem, de quem? A título de exemplo, tal constitucionalismo protege valores nacionais (diferença) de um Estado Nacional (padrão).

Portanto, se de um lado há o respeito à diferença, de outro, paradoxalmente, e a todo custo, há uma tendência à uniformização. De modo que, podemos entender

³¹³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.

³¹⁴ Para Alexandre de Melo Franco Bahia a “Igualdade” pode ser discutida em três aspectos: a) Igualdade como identidade; b) como diferença e, c) Igualdade como diversidade. Cf. BAHIA, Alexandre de Melo Franco. **Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte, 2015.

que tal paradigma constitucional não acolhe a interculturalidade e acaba transformando o direito à diferença em mera retórica, uma pretensão formal típica do constitucionalismo liberal.

Observa-se que, o neoconstitucionalismo, apesar de incorporar valores, princípios e ideais de justiça, o faz a partir da pressuposição de um padrão de bom, de inequívoco, de justo, assim, notadamente, como já dissemos, retoma o constitucionalismo liberal, ao proteger os mesmos brancos, europeus e proprietários, contra os indígenas, latino-americanos e não proprietários.

No âmbito penal, a proposta liberal Constitucional ou neoconstitucional calca-se na mesma igualdade formal, que aprofunda o fosso da igualdade material. Isto é, permite-se a criminalização desmensurada do diverso, do subalterno, do índio, do pobre por sê-lo um tipo de cidadão de segunda classe e conseqüentemente, por praticar condutas típicas ao modo de ser de cada um desses seres de segunda classe, muita vez, considerados não-humanos.

Desse modo, buscando-se uma ressignificação dos laços sociais que podem prender os indivíduos ao Estado, vez que excluídos, muita vez dos processos políticos, desde fins da década de 1980³¹⁵, surge o que se tem conhecido como novo constitucionalismo latino-americano, que busca listar no rol de legitimados do poder soberano, também os diversos grupos nacionais, étnicos e raciais. E mais do que isso, busca meios operativos de fazê-lo.

O grande salto desse novo constitucionalismo é garantir a diversidade³¹⁶ e não tratar apenas de direito à diferença. Afinal, se pensarmos em uma perspectiva descolonial do saber, do poder e do ser, verificamos o quão é opressivo um padrão. Deste modo, não deve haver um padrão de indivíduo, de instituição e de sociedade que molde o todo.

A medida que se aprofunda a consciência dessa opressão e no caso do Equador e de seus povos, da dominação, para Ileana Almeida “*el aprecio de los indígenas por su cultura va cambiando y se comprende, cada vez mejor, que no hay*

³¹⁵ Alguns consideram a Constituição Brasileira de 1988 como propulsora do novo constitucionalismo latino-americano. No entanto, majoritariamente, considera-se a Constituição Colombiana de 1991. Nesse sentido, conferir PASTOR, Roberto Viciniano y DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En: **Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1 ed. Quito, Corte Constitucional del Ecuador, 2010. p. 9. Sem pretensão da exata marcação da Constituição precursora do novo constitucionalismo, notamos que ambas emergem em fins da década de 1980.

³¹⁶ Cf. MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Org.) **Direito à diversidade e o estado plurinacional**, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

*culturas superiores ni inferiores, sino que todas representan sistemas equivalentes, con mayor o menor grado de desarrollo histórico.*³¹⁷

La convivencia de culturas, o sea la multiculturalidad y la interculturalidad no son fáciles, suponen una posición ideológica plagada de intereses políticos y económicos; plantea cuestiones de identidad, alteridad, diferenciación, originalidad, racismo, etc. Pero se debe entender que el multiculturalismo y el interculturalismo no significan renunciar a las diferencias, sino la aceptación de esas diferencias en una unidad equilibrada y totalizadora. No se trata de renunciar a la cultura propia, sino de reivindicar diferencias y aceptar la permeabilidad de las culturas en un proceso de coexistencia que beneficie a todos.³¹⁸

A diferença não pode servir para excluir e nem a igualdade para descaracterizar. Assim, nos exatos termos de Boaventura de Souza Santos: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.³¹⁹

Conforme Ileana Almeida “no se trata de renunciar a la cultura propia, sino de reivindicar diferencias y aceptar la permeabilidad de las culturas en un proceso de coexistencia que beneficie a todos”.³²⁰ Assim, mais do que respeito passivo às minorias, deve-se fomentar o seu papel de protagonistas nas lutas sociais às quais seus direitos são discutidos. Trata-se, desta feita, de proporcionar um diálogo intercultural.

A partir desse diálogo, o que se observa é que nas últimas três décadas³²¹, com ênfase na legitimidade democrática, os países latino-americanos tem procurado inserir na vivência constitucional os direitos coletivos das comunidades originárias e afrodescendentes. O que vai diferenciar a inserção de tais direitos, em cada um desses países são os mecanismos de garantias de sua efetivação.

³¹⁷ ALMEIDA, Ileana. **Autonomía, Multiculturalidad y Desarrollo Sostenible en Ecuador.** (Planteamiento Preliminar). Quito, 2002. p. 11

³¹⁸ ALMEIDA, Ileana. **Autonomía, Multiculturalidad y Desarrollo Sostenible en Ecuador.** (Planteamiento Preliminar). Quito, 2002. p.12.

³¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural.** Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

³²⁰ ALMEIDA, Ileana. **Autonomía, Multiculturalidad y Desarrollo Sostenible en Ecuador.** (Planteamiento Preliminar). Quito, 2002. p.12.

³²¹ Nicarágua em 1986, Brasil em 1988; Colômbia em 1991; México em 1992 e 2001; Guatemala, El Salvador e Paraguai em 1992; Peru e Chile em 1993; Argentina em 1994; Venezuela em 1999; Equador em 1994, 1998 e 2008; e Bolívia em 1994 e 2009.

Em relação ao novo constitucionalismo latino-americano, especialmente aquele produzido na Bolívia, podemos dizer que foi fruto de pressões exógenas³²² e endógenas, isto é, pressões vindas de fora do país e de dentro, respectivamente, conforme se passa a exemplificar.

As pressões exógenas são, por exemplo, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho- OIT-, que versa a respeito das diretrizes internacionais sobre povos indígenas e tribais. Para além delas ocorreram pressões endógenas.

No âmbito endógeno, os movimentos sociais indígenas tiveram uma fundamental importância para que tais mudanças fossem implementadas, trazendo o caráter multiétnico e pluricultural, como aspecto constitutivo da formação do país.

Aurea Mota, contrariando a tese de Taylor³²³, de que o liberalismo jurídico tornar-se-á impraticável por não conseguir dar mais conta da diversidade cultural existente, o que levaria a seu fim, entende que há na América Latina, um Liberalismo constitucional atenuado³²⁴.

Tal liberalismo constitucional adviria de uma proposta liberal Constitucional atenuada da Constituição da Bolívia, que apesar da “incorporação de direitos coletivos dos povos originários e afrodescendentes e do reconhecimento amplo de sua condição de grupos historicamente subjugados”, reafirma princípios chaves do liberalismo constitucional implementado na América Latina e “não abandona a proposta liberal moderna de constituição e organização da sociedade”.³²⁵

De igual modo, Prada Alcoreza afirma que a Constituição da Bolívia “*no deja de ser una constitución liberal, aunque en su versión más bien pluralista,*

³²² MOTA, Aurea. A Nova Constituição Política do Estado Boliviano. Antecedentes históricos, conteúdo e proposta analítica. DOMINGUES, José Mauricio [et al.] (organizadores). **A Bolívia no espelho do futuro**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009. p. 133.

³²³ TAYLOR, 1994, *apud* MOTA, Aurea. A Nova Constituição Política do Estado Boliviano. Antecedentes históricos, conteúdo e proposta analítica. DOMINGUES, José Mauricio [et al.] (organizadores). **A Bolívia no espelho do futuro**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009. p. 134.

³²⁴ MOTA, Aurea. A Nova Constituição Política do Estado Boliviano. Antecedentes históricos, conteúdo e proposta analítica. DOMINGUES, José Mauricio [et al.] (organizadores). **A Bolívia no espelho do futuro**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009. p. 134.

³²⁵ Dentre tais princípios a autora cita “a existência de uma visão abstrata e universal de indivíduos, a proclamação de direitos inalienáveis, a divisão dos poderes que visa assegurar a proteção a esses direitos e o controle das instituições estatais, a representação política, a hierarquia e a impermeabilidade de algumas esferas como o exército, a economia e, em menor medida, o sistema judiciário”. Cf. MOTA, Aurea. A Nova Constituição Política do Estado Boliviano. Antecedentes históricos, conteúdo e proposta analítica. DOMINGUES, José Mauricio [et al.] (organizadores). **A Bolívia no espelho do futuro**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009. p. 135.

incorporando cuatro generaciones de derechos: derechos individuales, derechos sociales, derechos colectivos y derechos relativos al medio ambiente.”³²⁶

De modo que, para os citados autores, a abertura plural que a Constituição faz, destina-se a salvá-la da sucumbência total. Uma espécie de ‘liberalismo ou morte’, que reduz a complexidade dos processos constituintes e dos paradigmas constitucionais a um estanque, hermético e reduzido rol de direitos.

Em artigo sobre a atual experiência descolonial da Bolívia, realizada por meio do Vice-Ministério da descolonização, Tamara Lopes Martins Camargo desarma essa armadilha de redução de complexidade. Assim, nas palavras da autora

Pelo (neo)liberalismo ocultou-se histórica e abertamente a força emancipatória do Estado. Foi deste modo que o Estado se converteu em um ente todo-poderoso e que só pode ser destruído pela sociedade, esse é o mito e déficit analítico que se tem sobre o Estado, uma espécie de anarquismo pós-moderno. O que está sendo posto à cena na Bolívia, é a capacidade de articulação, organização e orientação que o Estado pode dar à uma nação, por meio de programação adequada por certos tipos de operadores.³²⁷

Ademais, nos trilhos do que propõe Camargo, ao contrário do pensamento dos supracitados autores (Mota e Prada Alcoreza), que propõe uma desqualificação da força de ruptura do novo constitucionalismo latino-americano com as amarras do velho constitucionalismo europeu, José Luiz Quadros de Magalhães entende que

A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente.³²⁸ [Pois] O Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.

³²⁶ PRADA ALCOREZA, Raúl. Análisis de la nueva Constitución Política del Estado. En: **Crítica y emancipación**: Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. Año 1, n. 1, jun. 2008. Buenos Aires: CLACSO, 2008. p. 38. Citado, também, em MOTA, Aurea. A Nova Constituição Política do Estado Boliviano. Antecedentes históricos, conteúdo e proposta analítica. DOMINGUES, José Mauricio [et al.] (organizadores). **A Bolívia no espelho do futuro**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009. p.135.

³²⁷ CAMARGO, Tamara Lopes Martins. **A experiência descolonial no Estado Plurinacional da Bolívia**. Etnografia do pensamento da teoria e do Estado. O caso do Viceministerio de Descolonización. Trabalho apresentado na 29ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 03 e 06 de agosto de 2014, Natal/RN, 2015.

³²⁸ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Plurinacionalidade e cosmopolitismo: A diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 53. Belo Horizonte: jul./dez. 2008. p. 201-216. p. 208.

De fato, há uma força de ruptura com o *status quo*. Acreditar nessa força de ruptura, no entanto, não é negar os ranços institucionais da velha ordem. De modo que, também não deve se negar uma continuidade de afirmação de alguns direitos e garantias individuais, ligados aos direitos civis e políticos, tidos como conquistas do liberalismo clássico.

Mas ao contrário, deve-se ter clareza do processo dialético que produz essa nova ordem e, conceber que o fato dela garantir direitos conquistados anteriormente, não é suficiente para considerarmos, por exemplo, a nova Constituição da Bolívia ou, mesmo, o novo constitucionalismo latino-americano, como continuidade do constitucionalismo liberal, isto por pelo menos duas razões.

Primeira, os processos constitucionais, que fomentam ruptura de paradigmas constitucionais, não excluem direitos e garantias dos anteriores, apenas os (re)aloca e os (re)interpreta de acordo com as novas compreensões do tempo-espço, em que são inseridas. Os direitos podem ser visualizados em sua dimensão, onde cada conquista é incorporada, no paradigma constitucional seguinte e redimensionada sua interpretação.³²⁹

Segunda, quando o Estado reconhece-se plurinacional e comunitário ele deixa de ter o liberalismo como marca principal. Assim, conforme Boaventura de Souza Santos³³⁰ a ideia de que só existe uma nação dentro de cada Estado, isto é, um Estado, uma Nação, forjada no liberalismo impediu fosse pensada outra visão, como a de nação comunitária.³³¹

Nas palavras de Rubén Martínez Dalmau

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren. Algunas sociedades latinoamericanas, al calor de procesos sociales de reivindicación y protesta que han tenido lugar en tiempos recientes, han sentido con fuerza esa necesidad que se ha traducido en lo que podría

³²⁹ Não se trata de gerações de direitos, linearmente, consideradas, isto é, direitos de primeira geração (civis e políticos) como indicativos de constitucionalismo liberal; direitos de segunda geração (sociais e econômicos), como indicativos do constitucionalismo social e; direitos de terceira, quarta ou quinta geração (transindividuais e homogêneos, de biotecnologia etc.), como indicativos de um neoconstitucionalismo.

³³⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinvencción del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz de La Sierra: Alianza Interinstitucional CEDAN, CEJIS, CEDIB, 2007.

³³¹ MOTA, Aurea. A Nova Constituição Política do Estado Boliviano. Antecedentes históricos, conteúdo e proposta analítica. DOMINGUES, José Mauricio [*et al.*] (organizadores). **A Bolívia no espelho do futuro**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009. p.135.

conocerse como una nueva independencia, doscientos años después de la política. Independencia que esta vez no alcanza sólo a las élites de cada país, sino que sus sujetos son, principalmente, los pueblos.³³²

De fato, o novo constitucionalismo latino-americano não é um constitucionalismo liberal atenuado, pois não nasce dos anseios da classe burguesa ou das elites colonizadoras europeias, mas das reivindicações populares contra o colonialismo liberal e o neoliberalismo.

Conforme Raquel Yrigoyen Farjado “na última década do século XX emerge o que pode ser chamado de “horizonte pluralista”, como um novo modelo de gestão da multiculturalidade”³³³, pois como explica em nota de rodapé:

Durante la Colonia se gestionó la diversidad mediante políticas de subordinación y segregación; durante la Independencia e inicios de la república, mediante políticas de asimilación o desaparición cultural de lo indígena; y desde mediados del siglo XX mediante políticas integracionistas que reconocían parcialmente derechos indígenas, pero manteniendo su estatuto subordinado.³³⁴

Ao descrever o processo de afirmação desse novo paradigma constitucional, a citada autora³³⁵, estabelece que o mesmo desenvolve-se em três ciclos:

- a) constitucionalismo multicultural (1982-1988), com a introdução do conceito de diversidade cultural e o reconhecimento de direitos indígenas específicos;
- b) constitucionalismo pluricultural (1988-2005), com a adoção do conceito de “nação multiétnica” e o desenvolvimento do pluralismo jurídico interno, sendo incorporados vários direitos indígenas ao catálogo de direitos fundamentais;
- c) constitucionalismo plurinacional (2006-2009), no contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas – neste ciclo há a demanda pela criação de um Estado plurinacional e de um pluralismo jurídico igualitário.

³³² DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008. **Alter Justicia**: estudios sobre teoría y justicia constitucional, ano 2, n. 1. Guayaquil, oct. 2008. p. 13-28.

³³³ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **Revista El Otro Derecho**, n. 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Bogotá: ILSA, 2004. 2015. p. 171-196. p. 172.

³³⁴ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **Revista El Otro Derecho**, n. 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Bogotá: ILSA, 2004. 2015. p. 171-196. p. 172.

³³⁵ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **Revista El Otro Derecho**, n. 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Bogotá: ILSA, 2004. 2015. p. 171-196. p. 172.

Para Agustín Grijalva, o novo constitucionalismo latino-americano, para ele Constitucionalismo Plurinacional, deve ser o constitucionalismo do diálogo intercultural material, isto é, não apenas aquela constituição de (no) papel.

Nas palavras do autor

El constitucionalismo plurinacional es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpreten los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado nacional. El Estado plurinacional no es o no debe reducirse a una Constitución que incluye un reconocimiento puramente culturalista, a veces solo formal, por parte de un Estado en realidad instrumentalizado para el dominio de pueblos con culturas distintas, sino un sistema de foros de deliberación intercultural auténticamente democrática.³³⁶

De fato a Constituição não pode ser reduzida ao texto constitucional, mas isso, não quer dizer que o texto não seja importante instrumento de garantia da supremacia da Constituição. Nesse sentido, os textos constitucionais das Constituições plurinacionais são importantes indicativos de uma nova normatividade.

De acordo com o que apresentamos, o processo constitutivo desse novo constitucionalismo latino-americano, é fruto da participação popular, que faz frente ao projeto neoliberal inserido nos paradigmas constitucional liberal e neoconstitucional. Não se tratando, pois de uma continuação do velho constitucionalismo burguês, mas ao contrário, uma afronta aos seus cânones.

Adiante, apresentaremos as ideias bases do Estado Plurinacional, por meio das Constituições dos Estados Plurinacionais.

4.3 O nosso norte é o sul: o novo constitucionalismo latino-americano e o Estado Plurinacional

A Constituição do Equador de 2008 foi o primeiro documento Constitucional que denomina o Estado, como Plurinacional. Esse documento destinou-se a modificar a estrutura Estatal, antes fundada e regida pela Carta política de 1998, naquele país.

³³⁶ GRIJALVA, Agustín. El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008. En: Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (Editores). **Derechos Ancestrales** - Justicia en Contextos Plurinacionales. Quito, Ecuador: V&M Gráficas, 2009. p. 391.

A primeira modificação estrutural pode ser percebida no fato de que a Constituição de 1998 dizia ser o Estado Equatoriano pluricultural e multiétnico, já a Constituição de 2008, o denomina plurinacional e intercultural.³³⁷

Ademais, sob o ponto de vista estrutural, esta nova Constituição dá ênfase à instituição e proteção de direitos coletivos e a administração de uma justiça indígena, aberta e tendencialmente horizontalizada, buscando romper com uma concepção constitucional liberal, centrada no individualismo e na configuração de uma justiça hermética e vertical.

O Estado Nacional, o grande projeto da modernidade europeia, depois transportado para o outro Atlântico e para toda a parte do mundo, constitui-se um modelo de organização política e jurídica de uma sociedade, capaz de impor uma autoridade interna e externa (soberania). Caracterizada, portanto, por uma imposição verticalizada de poder, que em grande medida se legitima por um formal e burocrático procedimento legislativo.

Ademais, forja-se como um Estado unificado sob uma nacionalidade e, portanto, sob um sistema monojurídico, isto é, há, apenas, um único direito aplicável aos indivíduos pertencente àquela coletividade.

Ao contrário, ainda que a partir desse paradigma da existência do Estado, podemos conceber o Estado Plurinacional, como a organização política e jurídica, que acolhe dentro de sua territorialidade várias nações e que admite, assim, um (re)arranjo sócio-político governamental de representação plurinacional sujeita a uma única Constituição.

A Bolívia possui mais de 70 % de indígenas, das mais diversas etnias, que se inserem em um processo de busca de autodeterminação dos povos³³⁸, notadamente, beneficiada por e constituinte desse novo constitucionalismo, produtor de uma perspectiva Estatal plurinacional, intercultural, descolonial e comunitária.

Conforme tivemos a oportunidade de observar³³⁹, as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) consagraram normativamente direitos secularmente reivindicados pelos povos originários, que não eram reconhecidos,

³³⁷ GRIJALVA, Augustín. El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008. En: Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (Editores). **Derechos Ancestrales** - Justicia en Contextos Plurinacionales. Quito, Ecuador: V&M Gráficas, 2009. p. 115.

³³⁸ NEVES, Andrey Philippe de Sá Baeta. **O princípio da autodeterminação dos povos na UNASUL**: por um projeto de integração descolonial. (Dissertação de Mestrado) Belo Horizonte: PUC Minas, 2015.

³³⁹ Cf. GOMES, Bernardo Nogueira B.; RIBEIRO, Raphael Lima. (Orgs.) **Notas Sobre o Estado Plurinacional**. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015.

pois esses sempre estiveram, na América Latina, sob o jugo de uma elite política e econômica. Desde a invasão do continente esta elite ocupou o poder e uniformizou a sociedade, a partir do modelo imposto pelo Estado Nacional, fruto da modernidade europeia.

Mas, como a história não pode ser concebida linearmente e tampouco ser reduzida ao tempo do consenso normativo, apesar de não reconhecidos por um Direito Nacional, uniformizador e excludente, muitos desses pensamentos e catálogos de direitos já encontravam faticidade nas práticas sociais.

Nesse sentido, por sua resistência histórica, atualmente, a América Latina desponta como locus de efervescência de pensamentos críticos e de textos normativos emancipatórios, que buscam realinhar a crise de correspondência entre a realidade e as proposições normativas.

Mesmo diante da (cons)ciência de que apesar de emancipatórios os textos normativos não conseguem abarcar todas as práticas sociais e muito menos constituir uma realidade já existente, essa busca de adequação é necessária, pois certamente é um norte para a batalha de ideias.

Assim, dentre os campos para essa batalha de ideias esta a inserção de uma experiência jurídica plural³⁴⁰, evidenciada por um sistema plurijurídico, ou seja, um sistema que acolhe vários Direitos de Família, Direito de Propriedade, Direito Penal etc.

A experiência jurídica plural do sistema plurijurídico se insere na discussão do pluralismo.

Sob um viés progressista, o pluralismo se redefine como *locus* privilegiado que se contrapõe aos extremos da fragmentação atomista e da ingerência sem limites do poder político. Como expressão da hegemonia de corpos sociais intermediários, o pluralismo tem seu embate articulado contra as diversas formas de individualismo e de estatismo, pautada por autonomia, diferença e tolerância. [Assim] A problematização e a relevância da temática pluralista conduz, necessariamente, à discussão das possibilidades de nova cultura jurídica, com legitimação assentada no reconhecimento da justa satisfação de necessidades básicas e na ação participativa dos sujeitos insurgentes, singulares e coletivos. (...) No âmbito do Direito, a

³⁴⁰ Conforme Wolkmer: "Há, portanto, que desencadear tal processo, revendo o pluralismo como princípio de legitimidade política, jurídica e cultural. Do pluralismo não como possibilidade, mas como condição primeira. É o que se verá nesta reflexão: ao criticar o neo-colonialismo liberal do capital financeiro e os desenfreados genocídios étnicoculturais, introduz o pluralismo democrático como instrumento de luta para combater as mazelas da globalização e para legitimar-se como estratégia contra-hegemônica de afirmação aos direitos humanos emergentes." Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, dez. 2006. p. 113-128. p.115.

pluralidade expressa a coexistência de normatividades diferenciadas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como intento, práticas normativas autônomas e autênticas, geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado.³⁴¹

Para Antônio Carlos Wolkmer, “sintetizando, é na perspectiva paradigmática do Pluralismo Jurídico de tipo comunitário-participativo e com base num diálogo intercultural que se deverá definir e interpretar os marcos de uma nova concepção de direitos humanos.”³⁴²

Nesse sentido, um dos principais problemas que se coloca é discutir como serão dirimidos os conflitos nesse Estado em que se garantem vários direitos. De modo que

El problema real de la plurinacionalidad del Estado no está en las formas institucionales que puede adquirir la plurinacionalidad en el caso del Ecuador y de Bolivia y sus posibles arreglos y acuerdos jurídicos y procedimentales con toda la importancia que pudieran tener. Cuando se menciona y se debate la plurinacionalidad del Estado aquello que está en juego es la pertinencia y régimen de verdad que sustenta una de las categorías centrales del liberalismo: el Estado-Nación, y esta categoría remite a la narración más fuerte que la burguesía ha creado para legitimarse históricamente, aquella de la modernidad. El debate sobre el Estado Plurinacional es, por definición, un debate sobre los límites y alcances de la modernidad y sus posibilidades de regulación y emancipación.³⁴³

Na perspectiva do debate acerca do Estado Plurinacional, propõe-se um recorte sobre os desafios e as perspectivas de um Direito e Sistema Penal decorrentes desse (novo) constitucionalismo. Assim, tem-se o objetivo relacionar o Estado Plurinacional com o Realismo Jurídico Marginal de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Espera-se, com isso, compreender os limites e potencialidades do Direito Penal decorrentes, dessa nova perspectiva, que traz uma nova hermenêutica e gramática dos direitos humanos, bem como se mostra como instrumento contra hegemônico.³⁴⁴

³⁴¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, dez. 2006. p. 113-128. p.119.

³⁴² WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, dez. 2006. p. 113-128. p.123.

³⁴³ DÁVALOS, Pablo. La Plurinacionalidad del Estado y las aporías del liberalismo. In: **GEOgraphia - Revista do Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal Fluminense**. v. 15, n. 29, 2013. p.10.

³⁴⁴ De acordo com Wolkmer, “Diante da nova relação entre Estado e Sociedade, em todo esse processo de lutas e superações multiculturais no âmbito local, cria-se um novo espaço comunitário,

Para Luiz Tapia

Por eso, talvez es preferible pensar en una forma de gobierno democrático multicultural que ponga énfasis en el diseño de instituciones que permitan ir superando las desigualdades entre naciones y pueblos así como las desigualdades al interior de cada uno de estos; es decir, afirmar la primacía de lo democrático por sobre lo nacional, ya que la historia nos muestra que no sólo las construcciones nacionales, sino también las plurinacionales, han producido sus formas de monopolio político y una estructura de clases.³⁴⁵

Dois aspectos são importantes na citação supra, o primeiro pode-se considerar positivo e o segundo negativo, respectivamente:

- a) a primazia do aspecto democrático sob o nacional no Estado Plurinacional;
- b) a possível produção de monopólio político e uma estrutura de classe no âmbito do Estado Plurinacional.

Em relação ao primeiro aspecto, podem-se destacar as palavras de Boaventura de Souza Santos, sobre os prolegômenos da construção normativa do Estado Plurinacional, em especial na Bolívia. Para o autor

Hay un proceso histórico que realmente estamos viviendo hoy en día. Evo es elegido a fines del 2005. Hay un proceso histórico que va desde 1537 a 2006. En 1537 se promulga la bula *Sublimis Deus* del Papa Paulo III que dice que los indígenas tienen alma. En el 2006 un indio llega a la presidencia de un país. Ése es un proceso histórico. Por eso hay que tener alguna paciencia; el tiempo se acelera ahora probablemente para ver cómo va seguir este proceso histórico.³⁴⁶

Como se percebe, o processo histórico que vai do reconhecimento de que o índio tem alma até a assunção de um índio à presidência de um Estado não ocorre ao acaso e faz parte de todo um percurso do poder colonial, que faz surgir às novas constituições, assim, demonstrando a primazia do aspecto democrático sob o

“de caráter neo-estatal, que funde o Estado e a Sociedade no público: um espaço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade.” Nessa perspectiva, o pluralismo comprometido com a alteridade e com a diversidade cultural projeta-se como instrumento contra-hegemônico, porquanto mobiliza concretamente a relação mais direta entre novos sujeitos sociais e poder institucional, favorecendo a radicalização de um processo comunitário participativo, definindo mecanismos plurais de exercício democrático e viabilizando cenários de reconhecimento e de afirmação de Direitos Humanos.” Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, dez. 2006. p. 113-128. p.117.

³⁴⁵ TAPIA, Luiz. Uma reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. **Observatorio Social de América Latina**. Buenos Aires, n. 22, a. VIII, 2007.

³⁴⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **La reinención del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz de La Sierra: Alianza Interinstitucional CEDAN, CEJIS, CEDIB, 2007.

aspecto nacional, as constituições da Bolívia e do Equador representam no plano normativo a concepção mais fidedigna de Estados Plurinacionais.

José Luiz Quadros de Magalhães relaciona Estado Plurinacional e Direito Internacional e propõe uma reflexão “no campo do Direito Constitucional e na teoria da constituição que pode servir de base para a reconstrução do Direito Internacional em novas bases democráticas e plurais”³⁴⁷, para tal enuncia alguns eixos de discussão:

- a) uniformização versus diversidade;
- b) relação Constituição e democracia;
- c) pluralismo epistemológico;
- d) possibilidade de superação do sistema monojurídico por sistemas plurijurídicos;
- e) superação do debate tradicional entre culturalismo e universalismo pela solução dialógica não hegemônica do direito plurinacional.

Em relação ao segundo aspecto, é justamente perquirir esse possível “monopólio político e estrutura de classe”, no que toca a relação entre o Estado Plurinacional e Direito Penal é que se busca, pois como indica o criminólogo Alessandro Baratta para mudar o Direito Penal, tem-se que mudar a sociedade.³⁴⁸

Há uma mudança na sociedade promovida por esse novo constitucionalismo e pelo Estado Plurinacional. Assim, há possibilidade de “mudar” o Direito Penal, isto é, compatibilizar esse ramo jurídico aos anseios de respeito à diversidade constitutiva do Estado Plurinacional, uma vez que o mesmo, tal qual o Estado Nacional, é uniformizador, desigual e excludente.

Desta feita, pode-se pensar com Santiago Mir Puig³⁴⁹ que, relaciona a criação da Constituição com uma nova ideia de Direito Penal. O autor escrevendo sobre a repercussão da Constituição Espanhola de 1978, que trouxe a perspectiva do Estado Social de Direito, ao direito penal, diz:

³⁴⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e direito internacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

³⁴⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

³⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1980.

El Derecho penal de un tal Estado habrá de asumir varias funciones, correlativas a los distintos aspectos que en él se combinan. Encuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida– de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero encuanto Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal. Importará, entonces, no sólo la eficacia de la prevención (principio de la máxima utilidad posible), sino también limitar al máximo sus costos (principio del mínimo sufrimiento necesario) de forma que resulte menos gravosa la protección que ofrece el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho que la que supondría en otros medios de control social ilimitados (como la venganza privada o pública) o desprovistos de garantías (como actuaciones policiales incontroladas, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas ante delictuales), o que otras formas de Derecho penal autoritario.

Nesse sentido, cada paradigma constitucional legitima a sua estrutura repressiva, de modo que, o Direito Penal e o Sistema Penal acolhem várias feições, conforme o modelo de Estado que o institui.

[...] cada modelo de Estado exige una particular concepción del Derecho penal y de su función. La imagen del Estado social y democrático de Derecho debe ofrecer el punto de partida para determinar la función del Derecho penal, pero ésta a su vez debe servir de base no sólo de la teoría de la pena, sino también de la teoría del delito. Si el modelo de Estado debe determinar una concepción del Derecho penal, ésta ha de ofrecer el soporte de sus dos componentes básicas, la pena y el delito: Estado, Derecho penal, pena y delito se hallan en una estricta relación de dependencia. La teoría del delito constituye, en efecto, la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho penal, y da respuesta a la pregunta de cuáles son los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para que algo sea jurídicamente prohibible y punible. La contestación a este interrogante ha de depender, por tanto, de la función que se atribuya al Derecho penal y de los límites que se impongan de modo general a su ejercicio.³⁵⁰

A tese do autor é que o Estado Social de Direito inserido na Constituição tem efeitos concretos no Direito Penal, mormente no caso espanhol. Logo a reforma constitucional de 1978, na Espanha - herança do constitucionalismo alemão -

³⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: Parte General. Barcelona: Reppertor, 2007. *passim*. Do mesmo autor, cf. **El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1980 *apud* VARGAS, Idón Moisés Chivi¿Qué código penal para un estado plurinacional comunitario? –Lineamientos generales para la codificación penal em Bolivia- **Ministerio de justicia – república de Bolivia viceministerio de justicia y derechos fundamentales**, 2015.

chegou à América (Colômbia em 1991, Peru em 1993, Equador em 1998, Venezuela em 1999) e do Constitucionalismo passou ao penalismo³⁵¹.

Nesse sentido, Elsie Rosales afirma:

[...] el derecho penal y la legislación dependiente del mismo debe someterse tanto constitucional como jurídicamente al modelo de Derecho Penal propio de un Estado Democrático o, en palabras de la novel constitución venezolana, al Estado democrático social de derecho y de justicia (art.2°). Lo que exige la adscripción a los principios del derecho penal contemporáneo de signo garantista. Esta teoría penal con semblanza democrática y el sistema de garantías orientado a la limitación y contención del control penal se entrecruzan, en su dimensión constitucional garantista, con la responsabilidad que tiene el Estado de brindar tutela judicial efectiva que corresponda con el resguardo de bienes jurídicos precisos penalmente protegidos contra ataques relevantes.³⁵²

O Estado Moderno, em todos os seus paradigmas constitucionais, é umbilicalmente ligado, ou melhor, sustentado pelo Direito Penal. O que esperar do Estado Plurinacional?

O que se percebe é que da invasão da América aos sistemas penais de hoje³⁵³, pouco se modificou em relação ao genocídio exercido pelo poder punitivo, antes colonial, atualmente global, ou globalizado, como instância superior do colonialismo. Desse modo, conforme Zaffaroni:

[...] a descrição da realidade do exercício do poder dos sistemas penais em nossa região marginal latino-americana e a tentativa subsequente de reconstruir dogmaticamente a teoria penal a partir desta realidade levamos de encontro a postulados amplamente reiterados do saber penal. Somente o nível de violência a que assistimos e sua trágica progressão fazem-nos tomar a decisão de “sair do sistema planetário”. É possível que não se trate de “sair” e, sim, de reconhecer que estão nos deixando de fora. De qualquer maneira, assumir conscientemente a condição de marginal é pressuposto iniludível para se tentar sua superação.³⁵⁴

Se há uma unidade no sistema-mundo, que se processa entre Estados Nacionais, conforme indica Wallerstein, devemos reconhecer com Zaffaroni que a

³⁵¹ VARGAS, Idón Moisés Chivi ¿Qué código penal para un estado plurinacional comunitario? – Lineamientos generales para la codificación penal en Bolivia- **Ministerio de justicia – república de Bolivia viceministerio de justicia y derechos fundamentales**, 2015.

³⁵² Cf. ROSALES, Elsie. “Sistema Penal y Reforma Penal”. En: **Capítulo Criminológico**, v. 32, n. 4, Maracaibo, octubre 2004. Universidad Central de Venezuela. *Apud* VARGAS, Idón Moisés Chivi ¿Qué código penal para un estado plurinacional comunitario? – Lineamientos generales para la codificación penal em Bolivia- **Ministerio de justicia – república de Bolivia viceministerio de justicia y derechos fundamentales**, 2015.

³⁵³ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso de “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos Wolkmer (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

³⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 7.

nossa posição é marginal, para assim postular a sua superação, no sentido de não subordinação a um colonialismo do saber e do ser.

Assim, com a tessitura aberta por esses saberes, pretende-se incorporar a discussão Penal, tanto no âmbito interno, quanto, e com maior ênfase, para a proteção dos Direitos Internacionais dos Direitos Humanos, em uma perspectiva crítica do universalismo europeu. Para tal, adiante, apresenta-se o realismo jurídico penal marginal de Eugenio Raúl Zaffaroni.

4.4 O realismo jurídico penal marginal e o direito penal no Estado plurinacional

CREO QUE EL segundo milenio ha sido el milenio del sistema penal, pues, en efecto, éste nace con la expropiación o confiscación del conflicto (es decir, con la supresión de la víctima) en los primeros siglos del milenio. Sólo puedo manifestar la esperanza de que el tercer milenio repare esta confiscación y sea el milenio de la «desaparición del sistema penal», reemplazado por mecanismos efectivos de solución de los conflictos y no por ilusiones que encubren un ejercicio de poder verticalizador, autoritario y corporativo.³⁵⁵

O realismo jurídico penal marginal³⁵⁶ é uma proposição teórica de Eugenio Raúl Zaffaroni, que busca construir um discurso e teoria jurídicos, a partir da realidade dos sistemas penais latino-americanos. Trata-se de realismo, pois, a América-latina, não pode mais conviver com teorias europeias (centrais), inadequadas a ilegalidade paralela do sistema penais de nossa região, aqui “a única verdade é a realidade”³⁵⁷. É jurídica-penal, pois, descreve a operatividade do sistema jurídico-penal, pela criminalização primária e secundária, deixando evidente o labor de todos os agentes do sistema penal (policiais, juízes, promotores, carcereiros etc.). Por sua vez, é marginal, uma vez que decorre de assumir, criticar e buscar modificar a posição subalterna da América latina no sistema mundo, uma vez que este sempre fora subjugado como periferia.

Nesse sentido, o realismo jurídico penal marginal é uma proposição latino-americana para reduzir a letalidade da teoria jurídico-penal advinda do centro

³⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 41.

³⁵⁶ A ideia de realismo marginal é trabalhada pela primeira vez por Zaffaroni em “Criminología. Aproximación desde un margen”, em 1988, posteriormente, em “En busca de las penas perdidas”, em 1989. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2010 e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

³⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988.p. 23.

(Europa) e uma vez que acolhe uma perspectiva crítica a subalternidade teórica pode dialogar com novo constitucionalismo latino-americano, que questiona o Estado Moderno.

Dentro da perspectiva dialogal pode-se fazer algumas reflexões.

O Estado Plurinacional, na medida em que garante um sistema plurijurídico³⁵⁸, expande o Direito e Sistema Penal e contraria as expectativas de alguns penalistas progressistas, como, Zaffaroni, de que este milênio deve ser o da extinção do sistema penal? Se sim, no âmbito penal, o plurijurisdicção do Estado Plurinacional, não seria a gênese de sua própria destruição, uma vez que (re)legitimaria o Estado Moderno, em sua manifestação mais nefasta, que é o poder punitivo?

As duas perguntas são importantíssimas para a compreensão do contexto de inserção da discussão sobre o Direito e Sistema Penal, no bojo da concepção de Estado Plurinacional. No entanto, as supracitadas problematizações são fruto de uma falsa dicotomia – expansão do reconhecimento cultural/ expansão da proteção-intervenção penal -, dada pelo paradigma da modernidade, o que pode suscitar hipóteses falsas.

Essas hipóteses falsas são formuladas, há muito tempo, na seara das ciências humanas e sociais aplicadas, também por uma falsa dicotomia, que supõe uma oposição irreduzível: Culturalismo versus universalismo.³⁵⁹ Assim, pretende-se uma discussão, a partir da perspectiva do Direito Penal e Sistema Penal do Estado Plurinacional, que ultrapasse tal redução da complexidade social.

No entanto, anteriormente a essa pretensão, poder-se-ia inferir que o paradigma Plurinacional, ao reconhecer direitos culturais de determinadas nações pertencentes ao mesmo Estado, desconsidera a perspectiva universal, que em se tratando de Direito Penal, propõe e acolhe um rol de bens jurídicos universalmente

³⁵⁸ De acordo com Wolkmer "(...) o pluralismo jurídico tem o mérito de revelar a rica produção legal informal engendrada pelas condições materiais, lutas sociais e contradições pluriclassistas. Isso explica por que, no capitalismo periférico latino-americano, o pluralismo jurídico passa pela redefinição das relações entre poder centralizador de regulamentação do Estado e pelo esforço desafiador de auto-regulação dos movimentos sociais e múltiplas entidades voluntárias excluídas". Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, dez. 2006. p. 113-128. p.119.

³⁵⁹ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. São Paulo: Boitempo, 2007 e MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

passíveis de proteção, muitos deles conflitantes com a perspectiva, em tese, particularista do culturalismo.

De igual modo, a partir de outra hipótese que se quer refutar, pode-se supor que, a ampliação do rol de direitos coletivos, difusos e/ou individuais homogêneos, supostamente, em detrimento de direitos individuais, deve levar a uma maior criminalização de condutas e ao acolhimento de bens jurídicos supra-individuais.

As duas primeiras hipóteses partem de uma premissa, ou de um lugar de observação, não compatível com esse novo paradigma do Estado Plurinacional. De modo que, entendendo a relação do Direito e Sistema Penal do Estado Plurinacional, ainda que, a partir do paradigma do Estado liberal, pode-se pensar que aumentando o número de indivíduos considerados culturalmente diversos, dever-se-á aumentar a proteção jurídica a cada um deles, para manter certa coesão do ente Estatal e, em última razão, trata-se de proteger pelo Direito Penal.

De outro lado, conforme Wolkmer

A ineficácia das instâncias legislativas e jurisdicionais do clássico Direito Moderno (capitalista, liberal e formalista) favorece “a expansão de procedimentos extrajudiciais e práticas normativas não-estatais”, exercidas por subjetividades sociais que, apesar de, por vezes, oprimidas e inseridas “na condição de ‘ilegalidade’ para as diversas esferas do sistema oficial, definem uma forma plural e emancipadora de legitimação. [...]. Os centros geradores de Direito não se reduzem mais tão-somente às instituições oficiais e aos órgãos representativos do monopólio do Estado Moderno, pois o Direito, por estar inserido nas práticas e nas relações sociais das quais é fruto, emerge de diversos centros de produção normativa”.³⁶⁰

Nesse sentido, como não se trata de instituições oficiais e de órgãos representativos do Estado Moderno, forja-se uma nova normatividade, ou melhor, visualizam-se as formas de resolução de conflitos já existentes. O sistema de responsabilização sócio penal comunitário, por exemplo, fica bastante evidente, pois, ao contrário, do que se pensa, ele, diminui a repressividade do sistema punitivo, uma vez que, em regra, comina uma sanção legitimada coletivamente e não meramente imposta por um ente uniformizador. Assim, da mesma forma que responsabiliza penalmente, reinsere o desviante na coletividade, depois que o mesmo fora sancionado.

Para Zaffaroni devem-se quebrar os compartimentos que separam as agências, para introduzir um diálogo aberto. Ademais, além das agências do

³⁶⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, dez. 2006. p. 113-128, p.104-105 e p.121.

Sistema Penal, por exemplo, deve-se dialogar com a comunidade. É evidente, que não se trata de idealismo irresponsável e se sabe do perigo da punição comunitária se tornar uma forma de vingança privada. Mas, a pena não pode ser visualizada atualmente como mera vingança pública de todos contra um?

De acordo com Zaffaroni,

La única forma de introducir discursos alternativos y abrir los discursos provincianos o agénciales a niveles de realismo es la quiebra de los compartimientos que separan a las agencias, en forma de introducir el diálogo abierto, no sólo a nivel de cúpulas, sino a nivel de la totalidad de sus integrantes.³⁶¹

Se não conseguirmos emprender tal esforço anti-teórico “*corremos el riesgo de producir libros bien encuadernados, cuando en realidad deberíamos tratar de evitar muertes.*”³⁶²

Zaffaroni³⁶³ nos propõe a seguinte pergunta: *¿Por qué quedamos marginados?* Assim, para respondê-la, discute o que significa e qual é a importância para a ciência e, no caso para a criminologia, do conceito de América-latina.

Segundo Zaffaroni³⁶⁴ o saber central bloqueia as perguntas fundamentais, tais quais “quem sou?”, “onde estou?” e “para que existo?”, pois as respostas implicariam em desnudar e negar radicalmente os discursos encobridores do poder mundial, que tenta responder por nós a essas questões.

Um exemplo, que propomos para a crítica de Zaffaroni à manipulação do poder mundial, são as respostas simplórias de que somos nacionais (brasileiros, argentinos, bolivianos etc.), portanto, estamos no Estado Nacional e existimos para consumir.

Essa resposta, no campo da política, pretende negar a história de opressão perpetrada contra os povos originários, e diluí-los no sistema capitalista de produção, que forja um modo de vida diverso do seu, uma vez que centrado no individualismo.

³⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 57.

³⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 57.

³⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988. [Cf. capítulo 03, intitulado “*La gestación del poder en nuestro margen y “nuestro” saber*”].

³⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 84.

La disyuntiva entre renunciar a las preguntas fundamentales o caer en el totalitarismo es únicamente propia de los intelectuales centrales con sus condicionamientos de formación y de clase, y de los periféricos, que suman a esos condicionamientos los de colonizados, pero para nada preocupan al saber de los pueblos periféricos.³⁶⁵

O Direito e Sistema Penal do Estado Plurinacional, não podem ser os mesmos Direito Penal e Sistema penal do Estado Nacional Moderno, cujo grau de estratificação social e a imobilidade vertical da sociedade são altíssimos. Sendo assim, conseqüentemente, a função do Direito e Sistema Penal será a de proteção de tal estrutura e não da garantia ou proteção aos Direitos Humanos, contra a intervenção do próprio Estado.³⁶⁶

De acordo com Zaffaroni³⁶⁷, desde a criminologia “liberal” ficou demonstrado que o discurso penal é falso, pois se baseia em uma causalidade social falsa. Para o citado autor, *“hoy sabemos perfectamente que los presos no están presos por el delito que han cometido, sino por su vulnerabilidad, es decir, que el sistema penal opera como una epidemia, que afecta a quienes tienen sus defensas bajas”*.³⁶⁸

Na América Latina e, sobretudo, nos atuais Estados plurinacionais percebe-se que a vulnerabilidade social é maior entre os povos originários do continente, em detrimento dos Europeus, que desde a primeira colonização “criminaliza” os modos de vida para eles culturalmente inaceitáveis, sobre o ponto de vista da modernidade europeia.

³⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988. p. 87.

³⁶⁶ Zaffaroni diz: No voy a insistir en los caracteres negativos del ejercicio de poder de cualquier sistema penal, es decir, en sus caracteres negativos estructurales, que pueden ser más o menos pronunciados, según el grado de violencia del mismo que, en general, se corresponde con el grado de estratificación social y de inmovilidad vertical de una sociedad. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 42. (...) También sabemos que el sistema penal ejerce un poder que no pasa por nuestras manos jurídicas. Nos hemos dedicado a elaborar un cuidadoso discurso de justificación del poder punitivo que es ejercido por otras agencias que no tienen nada que ver con nosotros, especialmente las agencias policiales y ejecutivas, las de publicidad (medios masivos) y las políticas. Somos la única agencia que se ha pasado el tiempo tejiendo finamente la teoría (o la ilusión) justificadora del poder del resto de las agencias y justificando con ello su propia renuncia o limitación al poder. En un mundo donde prima una terrible competencia por el poder, nosotros hemos protagonizado la ridícula tarea de justificar nuestra falta de poder y aún de explicar la necesidad de reducirlo más. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p.43.

³⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 42

³⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 42

De fato, os povos originários do subcontinente Latino-americano possuem baixa imunidade, seja contra as doenças que dizimaram grande parte da população indígena desde a invasão no século XV, ou, metaforicamente, contra a epidemia do sistema punitivo, cujo elixir propugnado pelos alquimistas-penalistas, muita vez, produz efeitos iatrogênicos de legitimação e dogmatização do saber-poder jurídico penal.

Desse modo, conforme Zaffaroni, não se deve insistir em todos esses conceitos jurídico-penais de matriz europeia, que sabemos não conjunturais, senão estruturais, próprios da forma de poder do aparato estatal, pois “*mientras haya sistema penal, así serán las cosas*”.³⁶⁹

Podemos atenuarlos o agudizarlos, pero nunca los haremos desaparecer. El sistema penal se sostiene porque hay una construcción social y un poder que lo mantiene. Es como con las brujas; yo no sé si las brujas existen o no, pero en los tiempos en que se quemaban brujas, los que las quemaban lo hacían porque creían en las brujas, el pueblo los aplaudía porque también creía en las brujas y las brujas creían que eran brujas y actuaban como brujas: también se enfermaba gente y hasta se morían porque creían en las brujas y todo pasaba porque todos creían en las brujas. Algo parecido nos pasa hoy con el sistema penal.³⁷⁰

Cada tempo produz as suas bruxas e muitas das bruxas europeias foram exportadas para a América pelos invasores europeus. Atualmente, a bruxa que mais incomoda a sociedade é o traficante de drogas, figura associada na América-latina da década de 1960 ao resistente aos regimes ditatoriais.

Ocorre que a caça as bruxas na América latina gera dados alarmantes de letalidade, morrem bruxinhas, bruxas e bruxonas, caçadores de bruxas e, também, expectadores dessa peleja. Tem-se um verdadeiro genocídio em marcha em nosso continente - legitimado por um estado de exceção permanente -, em um continente que fora constituído, desde a bárbara invasão iniciada em 1492, como uma instituição de sequestro.³⁷¹

³⁶⁹ “No voy a insistir en todos estos conceptos que ya conocemos y que hoy sabemos que no son meramente conyunturales de los sistemas penales, sino directamente estructurales, propios de su forma de poder; mientras haya sistema penal, así serán las cosas.” Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 43-44.

³⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 43-44.

³⁷¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo- Buenos Aires: Editorial BdeF, 2005. p.31.

O importante nesta tarefa de construir uma identidade para o nós seria identificar o “outro”, o culpado, o diferente, o distinto. Isso seria identificar o demônio ou quem estava influenciado por ele. Esta tarefa parecia mais simples no caso da conquista colonial onde o outro falava outra língua, tinha outra pigmentação em sua pele ou características que permitiriam “naturalizar” a diferença em inferioridade.³⁷²

Esse é o caldo de cultura, que forja essa condição insuperável do sistema penal latino-americano, como o espelho da insuperável condição do poder punitivo, socialmente legitimado e estruturado, a partir do modelo institucional do Estado Moderno.³⁷³

Frente a esto, es posible tomar tres actitudes diferentes: a) La primera es negar la realidad. Para ello hay, a su vez, dos caminos: el primero es volver al neo-kantismo furioso, decir que somos juristas y que el deber ser es una cosa y el ser otra, que no tienen punto de contacto alguno y, de este modo, pasar a la historia (o a la «historieta») como comentaristas del «Martillo de las Brujas»; la otra es afirmar que todo esto es cierto, pero que es resultado de las estructuras sociales injustas y que, por ende, mientras esas estructuras no cambien, no sería posible cambiar nada y tendríamos que seguir haciendo lo mismo que hemos hecho hasta ahora, mientras esperamos que las estructuras cambien, lo que seguramente se producirá por algún efecto mágico, b) La segunda alternativa sería reconocer que todo esto es cierto y sentarse en el suelo y ponerse a llorar. No la creo del todo razonable, c) La tercera, que es la que creo más racional, es reconocer la realidad y tratar de usar del poder que tenemos para hacer algo que reduzca la increíble violencia. En este sentido, creo que el poder jurídico existe, que será todo lo limitado que se quiera, pero que es poder y que, como tal, tenemos el deber de operar con él conforme a cierta ética humanista, o mejor, para no usar palabras que a muchos suenan huecas y ser más concretos, diría que tenemos el poder de operar con él en la forma que salve el mayor número de vidas humanas posible.³⁷⁴

³⁷² ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 87.

³⁷³ “En general, es posible afirmar que los sistemas penales latinoamericanos constituyen verdaderos genocidios en marcha y que las perspectivas actuales son las de un mayor número de víctimas como resultado de su inusitada violencia: matarán más personas supuestamente sospechosas, morirán más en las calles y en las cárceles, esto reproducirá la violencia, morirán más policías y guardacárceles y habrá más delitos y más víctimas de la violencia criminal, no conseguirán nada contra el crimen organizado, de modo que también habrá más víctimas de esta modalidad criminal. Tendremos más jóvenes, de modo que tendremos más candidatos a la victimización. Las agencias policiales tendrán más arbitrio, de modo que tendremos más violaciones a los Derechos Humanos fundamentales y éstas se corromperán más, en razón directa de su mayor arbitrio (poder sin control), en tanto que las judiciales se irán reduciendo conforme a la tendencia que se observa. Estas son las perspectivas reales del actual momento penal latinoamericano, tal como las muestran los números y los hechos.” Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 51.

³⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 51-52.

Desse modo, se pensarmos na posição marginal da América-latina no sistema-mundo e na resposta a isso advinda das proposições dos Estados Plurinacionais, podemos visualizar, se não o desaparecimento do sistema penal, ao menos a redução desse letal aparato estatal.

Para isso devemos pensar na estratégia. Assim, conforme Zaffaroni deve-se excluir as seguintes saídas epistemológicas e praxistas:

- a) de que os juristas devem separar o ser do dever ser (modo de garantir sua hipocrisia);
- b) de que devemos esperar a mudança das estruturas sociais, pois, só assim, é que se poderá modificar o Direito Penal (modo de garantir sua inércia e hipocrisia);
- c) reconhecer que tudo isto está certo e sentar e chorar (rendição ao estado de coisas e despolitização da vida).

Depois de excluídas tais saídas e de outro lado, depois de negado o idealismo em detrimento de um realismo jurídico penal marginal, pode-se ter um eficiente instrumental, quando se reconhece a realidade e trata de usar do poder que temos para fazer algo para reduzir a violência e salvar o maior número de vidas possíveis.³⁷⁵

Assim, na missão de salvar vidas, tanto o realismo marginal, quanto o paradigma do Estado Plurinacional, partem da realidade latino-americana, e acolhem no âmbito teórico o sangue e as lágrimas de um povo destroçado pelo colonialismo, “um povo sem pernas, mas que caminha”.

Caminhemos e cantemos a letra da canção “*Latinoamérica*” de Calle 13³⁷⁶:

Soy... Soy lo que dejaron
 Soy toda la sobra de lo que se robaron
 Un pueblo escondido en la cima
 Mi piel es de cuero, por eso aguanta cualquier clima
 Soy una fábrica de humo
 Mano de obra campesina para tu consumo

Frente de frío en el medio del verano
 El amor en los tiempos del cólera, mi hermano!
 Soy el sol que nace y el día que muere

³⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993. p. 51-52.

³⁷⁶ LATIONAMÉRICA. CALLE 13.

Con los mejores atardeceres
Soy el desarrollo en carne viva
Un discurso político sin saliva
Las caras más bonitas que he conocido

Soy la fotografía de un desaparecido
La sangre dentro de tus venas
Soy un pedazo de tierra que vale la pena
Una canasta con frijoles, soy Maradona contra Inglaterra
Anotándote dos goles

Soy lo que sostiene mi bandera
La espina dorsal del planeta, es mi cordillera
Soy lo que me enseñó mi padre
El que no quiere a su patria, no quiere a su madre
Soy américa Latina, un pueblo sin piernas, pero que camina (...)

5 CONCLUSÃO

A forma colonial de dominação é um produto da modernidade europeia, que pode ter, simbolicamente, como origem, o ano de 1492, momento em que há a invasão do continente americano, sob os ventos das grandes navegações e, no âmbito intra-europeu há a formação dos primeiros Estados Nacionais, Portugal e Espanha, no último caso, com a expulsão dos mouros da península ibérica, em um processo de exclusão dos mais diferentes e unificação dos mais iguais.

Àquele momento histórico forjava-se, pela primeira vez na história, a “estória” da Europa, como centro do mundo e, por consequência, a América-latina, passa a estar à margem desse mundo. Nesse sentido, a ideia de centro-margem implica necessária relação de poder e subjugação econômica, social, política etc.

A partir da leitura de Francisco de Vitória, de Francisco Suárez, de Ginés de Sepúlveda e Bartolomeu de Las Casas, pode-se dizer que essa subjugação da América-latina à Europa, é processo constituinte/raízes do Direito Internacional moderno, que a despeito da paternidade ser atribuída a Hugo Grotius e de seu caráter intra-europeu, deriva da invasão do continente americano. Portanto, como os palácios europeus, o Direito Internacional é fundado sob as ruínas do novo mundo.

Para sustentar, a proposição de que as raízes do Direito Internacional moderno (Europeu) deriva da invasão da América e das repercussões desse evento, evidenciamos como ponto alto da discussão sobre a possibilidade ou não de intervenção no “novo mundo”, o grande debate de Valladolid, ocorrido em 1550-1551, em que digladiaram Ginés de Sepúlveda e Bartolomeu de Las Casas para discutir se o índio tinha ou não alma.

O primeiro entendia que o índio não possuía alma, portanto, poderia e deveria ser civilizado pela cruz e/ou pela espada. O segundo, ao contrário, entendia que os índios tinham alma e que, portanto, não deveriam ser tratados como “verdadeiros animais”. O embate entre esses pensadores foi de suma importância para a imaginação da Modernidade e do Direito Internacional Moderno, que carrega, ainda contemporaneamente, muito da ideia de “intervenção humanitária”.

Com a expansão marítima do século XV e XVI, que desencadeou na invasão do continente americano e a expulsão dos mouros na península ibérica forjaram-se como uma série de práticas destinadas ao controle racional da vida humana. Trata-se de emblemático surgimento da modernidade, cujas implicações são as mais

diversas, tal como a imposição de uma unidade nacional, a partir da consolidação do Estado Moderno.

O Estado Moderno, posteriormente, foi concebido como Estado-Nação ou Estado Nacional. Assim, paradoxalmente, este modelo de organização política deriva do nacionalismo, isto é, o nacionalismo surgiu antes da Nação. Mas, para além do discurso nacionalista, o Estado Nacional, funda-se em outras bases, como a pressuposição de uniformização dos indivíduos, operadas por um Sistema Monojurídico, legitimado pela distinção Violência/Poder.

O Estado Nacional, como signo de sua face mais repressiva, utiliza um sistema monojurídico-penal, que impõe um padrão normativo criminalizando condutas e, portanto, institui a diferença e penalização. De modo que, esse sistema-jurídico penal estruturalmente se constitui como paradoxal gestor das desigualdades.

Mantendo essa linha de raciocínio, entendemos o questionamento às intervenções coloniais, forjadas a partir da configuração do Estado-Nacional, feitas pelo Pensamento Pós e Descolonial, desde o século XX, como crítica a subalternidade do poder.

Já no âmbito latino-americano, pode-se perceber uma discrepância evidente entre a teoria e a prática política, ou seja, entre o modelo normativo e a vivência constitucional, em razão da falta de adequação dos conceitos à realidade de nossos países, uma vez que:

- a) a teoria política foi desenvolvida no Norte Global, sobretudo na França, Alemanha, Itália e Estados Unidos;
- b) ao fato de que as práticas transformadoras dos últimos 30 anos advêm do Sul, e os teóricos do Norte não conseguem concebê-las e interpretá-las, pois não leem, por exemplo, português e espanhol;
- c) ao fato de que toda teoria política é monocultural e eurocêntrica;
- d) a falta de percepção quanto a permanência do colonialismo, posteriormente aos processos de independências do século XVIII e a ingerência desse colonialismo, em várias áreas da vida humana.

O modelo normativo que nos rege(u) é o próprio modelo normativo do “constitucionalismo colonizador”, que em momentos oportunos requereu reajustes,

para a estruturação das classes econômica e politicamente dirigentes, sem contudo respeitar novas formas jurídicas de estruturação social, que desse autonomia aos desvalidos, negou-se o pluralismo jurídico.

Tratava-se, portanto, de um constitucionalismo, permeado por um monismo jurídico, notadamente, excludente e redutor da complexidade social, que se presta, muita vez, a ideologizar os direitos humanos, como lições de morais aos pobres, índios, negros, mulheres e demais minorias e torna-se um “monopólio político e estrutura de classe”.

A esse constitucionalismo, moderno e europeu, apresentamos pretensas respostas dadas pelo novo constitucionalismo latino-americano e seu Estado Plurinacional, construtos normativos das Constituições do Equador (2008) e Bolívia (2009), bem como no âmbito jurídico-penal, pelo realismo marginal, pois cada paradigma constitucional legitima a sua estrutura repressiva, de modo que, o Direito Penal e o Sistema Penal acolhem várias feições, conforme o modelo de Estado que o institui.

Assim, para mudar o Direito Penal, além disso, tem-se que mudar a sociedade e, uma vez que há uma mudança na sociedade promovida por esse novo constitucionalismo e pelo Estado Plurinacional há possibilidade de readequar o Direito Penal aos anseios de respeito à diversidade constitutiva do Estado Plurinacional, uma vez que o mesmo, tal qual o Estado Nacional, o direito penal é uniformizador, desigual e excludente.

Essas modificações devem ser verificadas na perspectiva de que há uma unidade no sistema-mundo, que se processa entre Estados Nacionais, conforme indica Wallerstein, e que, portanto, devemos reconhecer com Zaffaroni que a nossa posição é marginal, para assim postular a sua superação, no sentido de não subordinação a um colonialismo do saber e do ser.

O realismo jurídico penal marginal é uma proposição teórica de Eugenio Raúl Zaffaroni, que busca construir um discurso e teoria jurídicos, a partir da realidade dos sistemas penais latino-americanos. Trata-se de realismo, pois, a América-latina, não pode mais conviver com teorias europeias (centrais), inadequadas a ilegalidade paralela do sistema penais de nossa região, aqui “a única verdade é a realidade”. É jurídica-penal, pois, descreve a operatividade do sistema jurídico-penal, pela criminalização primária e secundária, deixando evidente o labor de todos os agentes do sistema penal (policiais, juízes, promotores, carcereiros etc.). Por sua vez, é

marginal, uma vez que decorre de assumir, criticar e buscar modificar a posição subalterna da América latina no sistema mundo, uma vez que este sempre fora subjugado como periféria.

Nesse sentido, o realismo jurídico penal marginal é uma proposição latino-americana para reduzir a letalidade da teoria jurídico-penal advinda do centro (Europa) e uma vez que acolhe uma perspectiva crítica a subalternidade teórica pode dialogar com novo constitucionalismo latino-americano, que questiona o Estado Moderno.

O Estado Plurinacional, na medida em que garante um sistema plurijurídico não deve expandir o Direito e Sistema Penal Estado Plurinacional, pois, assim constituirá a gênese de sua própria destruição, uma vez que (re)legitimaria o Estado Moderno, em sua manifestação mais nefasta, que é o poder punitivo.

Ao contrário, do que se pensa, o sistema de responsabilização sócio penal comunitário diminui a repressividade do sistema punitivo, uma vez que, em regra, comina uma sanção legitimada coletivamente e não meramente e burocraticamente imposta por um ente uniformizador. Assim, da mesma forma que responsabiliza penalmente, reinsere o desviante na coletividade, depois que o mesmo fora sancionado.

O Direito e Sistema Penal do Estado Plurinacional, não podem ser os mesmos Direito Penal e Sistema penal do Estado Nacional Moderno, cujo grau de estratificação social e a imobilidade vertical da sociedade são altíssimos. Sendo assim, conseqüentemente, a função do Direito e Sistema Penal será a de proteção de tal estrutura e não da garantia ou proteção aos Direitos Humanos, contra a intervenção do próprio Estado.

Na América Latina e, sobretudo, nos atuais Estados plurinacionais percebe-se que a vulnerabilidade social é maior entre os povos originários do continente, em detrimento dos Europeus, que desde a primeira colonização “criminaliza” os modos de vida para eles culturalmente inaceitáveis, sobre o ponto de vista da modernidade europeia.

Tem-se um verdadeiro genocídio em marcha em nosso continente - legitimado por um estado de exceção permanente -, em um continente que fora constituído, desde a bárbara invasão iniciada em 1492, como uma instituição de sequestro.

De fato, os povos originários do subcontinente Latino-americano possuem baixa imunidade, seja contra as doenças que dizimaram grande parte da população indígena desde a invasão no século XV, ou, metaforicamente, contra a epidemia do sistema punitivo, cujo elixir propugnado pelos alquimistas-penalistas, muita vez, produz efeitos iatrogênicos de legitimação e dogmatização do saber-poder jurídico penal.

Desse modo, conforme Zaffaroni, não se deve insistir em todos esses conceitos jurídico-penais de matriz europeia, que sabemos não conjunturais, senão estruturais, próprios da forma de poder do aparato estatal.

Se pensarmos na posição marginal da América-latina no sistema-mundo e na resposta a isso advinda das proposições dos Estados Plurinacionais, podemos visualizar, se não o desaparecimento do sistema penal, ao menos a redução desse letal aparato estatal.

Conforme Zaffaroni deve-se excluir as seguintes saídas epistemológicas e praxistas:

- a) de que os juristas devem separar o ser do dever ser (modo de garantir sua hipocrisia);
- b) de que devemos esperar a mudança das estruturas sociais, pois, só assim, é que se poderá modificar o Direito Penal (modo de garantir sua inércia e hipocrisia);
- c) reconhecer que tudo isto está certo e sentar e chorar (rendição ao estado de coisas e despolitização da vida).

Depois de excluídas tais saídas e de outro lado, depois de negado o idealismo em detrimento de um realismo jurídico penal marginal, pode-se ter um eficiente instrumental, quando se reconhece a realidade e trata de usar do poder que temos para fazer algo para reduzir a violência e salvar o maior número de vidas possíveis.

Nessa perspectiva- Realismo Jurídico Penal Marginal e Estado Plurinacional, ambos os pensamentos, tem a similitude de serem construções latino-americanas, que partem do mesmo ponto: o questionamento à submissão do “sul” ao “norte”. Trata-se de propor algo novo, a partir das possibilidades e perspectivas do Direito

Penal plural do Estado Plurinacional, sob pena, de reprodução da lógica repressiva e excludente do saber-poder de matriz eurocêntrica.

Pretendeu-se dar voz aos grupos sociais excluídos, desde a invasão do continente pelos europeus, no final do século XV. Em especial, no âmbito jurídico-penal, pretendeu-se demonstrar a seletividade do sistema penal, como um dado estrutural do Estado Nacional e propor um realismo jurídico-penal marginal, como meio de não reproduzir a lógica do Estado Moderno de uniformização e repressão do diverso, do “outro”.

Assim, nos rastros do (anti)colonialismo, o novo paradigma constitucional latino-americano foi distinguindo do neoconstitucionalismo, bem como demonstrado as suas superações e permanências ao velho constitucionalismo liberal.

O processo constitutivo desse novo constitucionalismo latino-americano, é fruto da participação popular, que faz frente ao projeto neoliberal, inserido nos paradigmas constitucional liberal e neoconstitucional. Não se tratando, pois de uma continuação do velho constitucionalismo burguês, mas ao contrário, uma tentativa de superação, uma afronta aos seus cânones.

Como não se trata de uma verificação linear da história, percebemos que ao contrário, ainda que não tenha tido formalmente, uma vitória de Sepúlveda e mesmo com os reveses e censuras a suas obras, desde o grande debate de Valladolid temos a sensação de que Sepúlveda tem vencido a cada dia. A sua refutação à causa dos índios é a mesma refutação aos direitos materiais e garantias processuais das pessoas na contemporaneidade.

As proposições de defesa social do século XVIII, no bojo da suposta modernidade iluminista, justificavam-se na defesa de um projeto homogêneo e hegemônico de concepção de mundo. Antes, o Império Espanhol, entendendo império no sentido moral do termo. Depois, a moralidade de uma classe sobre outra. Até a contemporaneidade pode-se entender a classe dominante de uma época e lugar a titular para imposição de regras, tal qual, a proposição do que seja crime e conseqüentemente, de quem seja criminoso.

Se antes, a grande discussão se dava em torno da existência ou não de alma, por parte dos índios, com Lombroso e a criminologia positivista a grande questão é se além da alma, alguns seres, possuíam também características que o transformassem em índios, isto é, em seres diferentes, de segunda categoria, seres que possuíssem características atávicas que os tornassem criminosos.

Os sepúlvedas (pensadores do primeiro colonialismo), os Lombrosos (pensadores do segundo colonialismo), continuam vencendo, numa perspectiva tão sofisticada que a insistência dos Las Casas passa por defesas das mais variadas, como a redução do aparato punitivo do Estado.

O encarceramento em massa, a criminosa e insistente discussão sobre a redução da maioria penal no Brasil, a hedionda lei de crimes hediondos, a emergência penal, o movimento do *Law and Order*, não nos deixam esquecer o debate de Valladolid. Os nossos índios, no Brasil, com outros rostos, hoje jovens, pobres e negros, ou jovens-pobres-negros são suspeitos de não terem almas, assim como os povos originários do subcontinente latino-americano.

A civilização dos primeiros índios – que resistiram e ainda resistem, ainda que em menor quantidade, ao genocídios/massacre -, fora justificada pela necessidade de evangelização. A civilização dos segundos índios, como já referenciados, no Brasil, jovens-negros-pobres, ou não América-latina povos originários, se justifica pela imposição da democracia neoliberal. Na imposição da fé, pela cruz e espada, pode-se verificar um sentido político à catequização.

Do mesmo modo, a imposição da suposta democracia, que chega às favelas, vilas e localidades pauperizadas latino-americanas, aos moldes do Estado democrático de direito burguês, onde os espelhos dados aos índios, atualmente tem a conotação de bens de consumo (celulares, televisões, etc.), tem um caráter retórico e ideológico.

Se, falta intervenção estatal no âmbito laboral, educacional, sobra intervenção estatal repressiva, inclusive, militar, com tanques e armas de guerra.

Portanto, a verificação do passado pelo presente, pelas construções teóricas críticas ao colonialismo do poder e do ser - Estado Plurinacional e Realismo Jurídico-penal Marginal – são respostas emancipatórias ao colonialismo europeu, que forjou o sistema-mundo em que vivemos, isto é, impôs aos colonizados um único modo de vida, negando-lhes toda a pluralidade cultural subjacente aos mais diversos “povos”, que habitavam e habitam sobre este mesmo território nacional.

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**: reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. Porto: Edições Afrontamento, 1984.
- AFONSO, Henrique Weil. **O local do internacional**: história e reconstrução dos espaços emancipatórios no Direito das Gentes. Belo Horizonte, 2014. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.
- ALMEIDA, Ileana. **Autonomía, Multiculturalidad y Desarrollo Sostenible en Ecuador**. (Planteamiento Preliminar). Quito, 2002.
- AMIN, Samir. **El Eurocentrismo**: crítica de una ideología. Madrid: Siglo Veintiuno, 1989.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BAHIA, Alexandre de Melo Franco. **Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte. Youtube. Em: <<https://www.youtube.com/watch?v=nYrE0p8133Q>>. Último acesso: 25 de outubro de 2015.
- BALDI, César Augusto (Coord.). **Aprender desde o Sul**: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade. Aprendendo desde o Sul. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. Apresentação. In: WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar. 2007.
- BATAILLON, Gilles. Presentación. In: BATAILLON, Marcel. **Las Casas en la historia**. Present. de Gilles Bataillon; trad. de Ignacio Díaz de la Serna. México: FCE, 2013.
- BATAILLON, Marcel. **Las Casas en la historia**. Present. de Gilles Bataillon; trad. de Ignacio Díaz de la Serna. México: FCE, 2013.
- BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro, I**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.

BERGALLI, Roberto, RAMIRES, Juan Bustos y MIRALLES, Teresa. **El Pensamiento Criminológico I**. Bogotá: Editorial Temis, 1983.

BENJAMIN, Walter. Crítica da violência - crítica do poder. In: BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura**. Documentos de barbárie: escritos escolhidos I seleção e apresentação Willi Bolle; tradução Celeste H.M. Ribeiro de Sousa *et al.* 1. - São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo. 1986.

BENJAMIN, Walter. **Documentos de cultura**. Documentos de barbárie: escritos escolhidos I seleção e apresentação Willi Bolle; tradução Celeste H.M. Ribeiro de Sousa *et al.* 1. - São Paulo: Cultrix: Editora da Universidade de São Paulo. 1986.

BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**. São Paulo: Ícone, 2011.

BÖHLKE, Marcelo. **A proibição do uso da força no direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho**. - Brasília: OIT, 2011.

BUEY, Francisco Fernández. **La controversia entre Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de Las Casas**. Una revisión. Barcelona, Espanha, março de 1992.

BURKE, Peter. **Linguagens e comunidades nos primórdios da Europa Moderna**. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

CAMARGO, Tamara Lopes Martins. **A experiência descolonial no Estado Plurinacional da Bolívia**. Etnografia do pensamento da teoria e do Estado. O caso do Viceministerio de Descolonización. Trabalho apresentado na 29ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 03 e 06 de agosto de 2014, Natal/RN. Documento eletrônico disponível em: http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402021604_ARQUIVO_Rba_GT6_0_artigo.pdf. Acesso: 05 de setembro de 2015.

CARVALHO, Salo de. Tântalo no Divã (Novas críticas às reformas no sistema punitivo brasileiro). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 50. São Paulo, RT, 2004.

CARVALHO, Salo. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CASTELLO, Vidal Abril. Bartolomé de Las Casas y la escuela de Salamanca. p. XXX. In: BARTOLOMÉ DE LAS CASAS: **apología o declaración y defensa**

universal de los derechos del hombre y de los pueblos. Edición paleográfica e crítica dirigida por Vidal Abril Castello. Salamanca: Europa Artes Gráficas S.A/ Junta de Castilla y León – Consejería de Educación y Cultura, 2000.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro” In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais.** Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

CATÃO, Francisco. **O que é teologia da Libertação.** São Paulo: Nova Cultural: Brasiliense, 1986.

CHALFUN, Audrey Gonçalves de Castro; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Novo Constitucionalismo e Superação da Modernidade. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional Aplicado.** v. 1, n. 2. Jul./Dez. de 2014. p. 140-156.

CHOSSUDOVSKY, Michel. **A globalização da pobreza: impactos das reformas do FMI e do Banco Mundial.** São Paulo: Moderna, 1999.

COUTINHO, Jacinto. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: CARVALHO, Salo. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR.** v. 42, n. 0 de 2005.

CREVELD, Martin van. **Ascensão e declínio do Estado.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución del Ecuador de 2008. **Alter Justicia: estudios sobre teoría y justicia constitucional,** ano 2, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 13-28.

DANTAS, Ivo. **Teoria do Estado Contemporâneo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DÁVALOS, Pablo. La Plurinacionalidad del Estado y las aporías del liberalismo. In: **GEOgraphia - Revista do Programa de Pós-Graduação em Geografia da Universidade Federal Fluminense.** v. 15, n. 29, 2013.

DEL ROIO, Marcos. **O império universal e seus antípodas: a ocidentalização do mundo.** São Paulo: Ícone, 1998.

DOMINGUES, José Mauricio [et al.] (organizadores). **A Bolívia no espelho do futuro.** Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009.

DUSSEL, Enrique. **1492: El encubrimiento del otro - hacia el origen del mito de la modernidad.** La Paz, Bolivia: Plural editores, 1994.

DUSSEL, Enrique. **1492**. El encubrimiento del otro. Hacia el origen del “Mito de la modernidad”. Versión corregida y aumentada. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2008.

DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005. pp. 55-70.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão**. São Paulo: Paulus, 1995, 4ª edição, 2011.

ELLIOT, J. H. T. A Espanha e a América nos séculos XVI e XVII. In: BETHELL, Leslie (org.). **História da América Latina**. São Paulo: Edusp, Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1998.

ESPINOSA, Nicéforo Guerrero. Francisco De Vitoria entorno a la Conquista de América. **Publicaciones UAMS**, 2015.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos**. São Paulo: UNESP, 2000.

GEWALT. In: **Michaelis Alemão - Português**. SP: Melhoramentos, 1994.

GOMES, Bernardo N. B.; RIBEIRO, Raphael Lima. (Org.) **Notas sobre o Estado Plurinacional**. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015.

GOMES, Renata Andrade. **“Com que direito?”: análise do debate entre Las Casas e Sepúlveda, Valladolid, 1550-1551**. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2006.

GONZÁLES, Sabrina. Crônicas marxianas de uma morte anunciada. In: **A teoria marxista hoje**. Problemas e perspectivas. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2007.

GRIJALVA, Agustín. El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008. En: Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia (Editores). **Derechos Ancestrales - Justicia en Contextos Plurinacionales**. Quito, Ecuador: V&M Gráficas, 2009.

HOBSBAWM, Eric J. **Nações e Nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence. **A invenção das tradições**. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. México: FCE, 2000.

JUDERÍAS, Julián. **La Leyenda Negra**. Barcelona: Araluce, 1917.

LA CONTROVERSE DE VALLADOLID, un film de Jean-Daniel Verhaeghe, scénario et dialogues de Jean-Claude Carrière, coproduction FR3-La Sept, Bakti, CLEA-RTBF, Paris, La Sept-Vidéo, France 3, cop. 1992.

LANDER, Edgardo. Ciências Sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

LEONEL JUNIOR, Gladstone. **O novo constitucionalismo latino-americano**: um estudo sobre a Bolívia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LÓPEZ SEGRERA, Francisco. Abrir, “impensar” e redimensionar as ciências sociais na América Latina e Caribe. É possível uma ciência social não eurocêntrica em nossa região? In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

LOSURDO, Domenico. **Liberalismo**. Entre civilização e barbárie. São Paulo: Anita Garibaldi, 2006.

LOSURDO, Domenico. **Nietzsche**: o rebelde aristocrata: Biografia Intelectual e Balanço Crítico. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

LOWY, Michael. **Walter Benjamin**: aviso de incêndio. Uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005.

LUHMANN, Niklas, **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória: defensor dos índios ou patriota espanhol? In: **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, nº. 1, 2012, p. 1-13.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **O fundamento do Direito Internacional em Francisco Suárez**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=66a1942cfad91ff0>>. Acesso em: 01 abril 2015.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O DIREITO DA GUERRA EM FRANCISCO SUÁREZ: o projeto civilizador da escolástica Espanhola. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n.22, jul/dez. 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**: curso de direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Plurinacionalidade e cosmopolitismo: A diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 53. Belo Horizonte: jul./dez. 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. O novo constitucionalismo indo-afro-latino americano. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v.13, n. 26, jul./dez. 2010.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; SOUZA, Tatiana Ribeiro de; RIBEIRO, Rafael Lima; CONSTANTE, Paula de Souza; JACOB, Mona Lisa; MALUF, Emir Couto; ROSA, Marcos Bernardes. Estado Plurinacional: (Re)surgimento do Poder Constituinte revolucionário na América Latina?. In: Alejandro H. del Valle; Enrique Adndioti Romanin. (Org.). **Actas de las primeras Jornadas Internacionales Sociedad, Estado y Universidad**. 1ed. Mar del Plata - Argentina: Universidad nacional de Mar del Plata, 2011, v. 17, p. 92-99.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (Org.). **Direito à diversidade e o Estado Plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

MARTÍN RODRIGUES, Juan Pablo. **Bartolomé de las Casas**: a pena contra a espada. Recife: O Autor, 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Departamento de Letras, 2006.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MERCEDES, Serna. Revisión de la leyenda negra: Sepúlveda. Las Casas. En: **Cartaphilus 1, Revista de Investigación y Crítica Estética**, 2007. p. 120-127. Disponible en: <http://revistas.um.es/cartaphilus/article/viewFile/68/55>. Acesso em 23 de abril de 2015.

MIGNOLO, Walter. **Historias locais/ projetos globais**: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Trad. Solange Ribeiro. Belo Horizonte: editora UFMG, 2003.

MIGNOLO, Walter D. Desobediencia epistémica, pensamiento independiente y liberación decolonial. En: **YUYAYKUSUN**, Revista del Departamento Académico de Humanidades de la Universidad Ricardo Palma, n. 3, Lima, Perú, noviembre de 2010.

MIR PUIG, Santiago. **El Derecho Penal en el Estado Social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel Derecho, 1980.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: Parte General**. Barcelona: Reppertor, 2007.

MORALES, Ramón J. Fernández de Marcos. A propósito de algunas Relecciones de Francisco de Vitória. **Revista de Derecho UNED**, n. 4, 2009.

MOTA, Aurea. A Nova Constituição Política do Estado Boliviano. Antecedentes históricos, conteúdo e proposta analítica. In: DOMINGUES, José Mauricio [*et al.*] (organizadores). **A Bolívia no espelho do futuro**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2009.

NEVES, Andrey Philippe de Sá Baeta. **O princípio da autodeterminação dos povos na UNASUL: por um projeto de integração descolonial**. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2015.

OLIVÉ, León *et ali*. **Pluralismo Epistemológico**. La Paz, Bolivia: Muela del diablo editores, 2009.

OLIVEIRA, Oris. **Contribuição de Francisco de Vitoria ao Direito Internacional Público no “de Indis Recenter Inventis, Relectio Prior”**. Trabalho apresentado na cadeira de Direito Internacional Público do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em fevereiro de 1969.

OLIVEIRA E SILVA, P. El maestro salmantino Francisco de Vitória. Principales doctrinas sobre el Derecho y su influjo en la posteridad. Trad. PONCELA González, Ángel (Ed.). **La Escuela de Salamanca: Filosofía y Humanismo ante el mundo moderno**. Ed. Verbum, Madrid, 2014.

ONU. **Centro Regional de Informação das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.unric.org/pt/informacao-sobre-a-onu/26496?start=4>>. Acesso: 07 de fev. de 2015.

ONU. **Comitê Especial de descolonização da Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.un.org/es/decolonization/specialcommittee.shtml>>. Acesso: 08 de fev. de 2015.

PASTOR, Roberto Viciano y DALMAU, Rubén Martínez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. En: **Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina**. 1 ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo. En: **EL OTRO DERECHO, Debates Constitucionales en nuestra América**, n. 48. Bogotá, Colombia, 2013.

PRADA ALCOREZA, Raúl. Análisis de la nueva Constitución Política del Estado. En: **Crítica y emancipación**: Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. Año 1, n. 1, jun. 2008. Buenos Aires: CLACSO, 2008.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

RAPOSO, Eva Rodrigues Ferreira Guilherme. Francisco Suárez: último medieval, primeiro moderno: a ideia exemplar. **Cauriensia. Revista anual de Ciências Eclesiásticas**. Coeditada con la Universidad de Extremadura. v. 5, 2010. p. 261-281.

RIBEIRO, Raffael Lima. **Domenico Losurdo**: críticas a um rebelde aristocrático. Disponível em: <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/27525/domenico-losurdo-criticas-a-um-rebelde-aristrocratico>. Acesso dia 29 de abril de 2015.

RODRIGUES, Juan Pablo Martín. **Juan Ginés de Sepúlveda**: Gênese do pensamento imperial. Recife: O Autor, 2010. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CAC. Teoria da Literatura, 2010.

ROSALES, Elsie. “Sistema Penal y Reforma Penal”. En: **Capítulo Criminológico**, v. 32, n. 4, Maracaibo: Universidad Central de Venezuela. Octubre de 2004.

RUSHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SALGADO, Juan Manuel. **El convenio 169 de la OIT**: comentado y anotado. 1ª ed. - Neuquén: EDUCO – Universidad Nacional del Comahue, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reinención del Estado y el Estado Plurinacional**. Santa Cruz de La Sierra: Alianza Interinstitucional CEDAN, CEJIS, CEDIB, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pensar el estado y la sociedad**: desafios actuales. Buenos Aires: Wadhuter editores, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur**. Lima: IIDS, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Orgs.) **Epistemologias do Sul**. São. Paulo: Editora Cortez. 2010.

SCHMITT, Carl, Théologie politiques. Paris, Gallimard, 1988, p. 40. In: MOURÃO, José Augusto. A guerra nas 'apologias' de Sepúlveda e Las casas. **Revista da**

Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, n. 16, Lisboa, Edições Colibri, 2003. p. 287-295.

SÉMELIN, Jacques. **Purificar e destruir**: usos políticos dos massacres e dos genocídios. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

SEPÚLVEDA, Juan Ginés. **Obras completas III, demócratas segundo**. Trad. A. Coroleu. Pozoblanco: Ayuntamiento de Pozoblanco, 1997.

SHAW, Malcom N. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SICHES, Luis Recasens. **La filosofía del derecho de Francisco Suárez**. Ciudad del México: Editorial Jus, 1947.

SILVA, Heleno Florindo da. **Teoria do Estado plurinacional**: o novo constitucionalismo latino-americano e os direitos humanos. Curitiba: Juruá, 2014.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso de “inferioridade” latino-americana. In: WOLKMER, Antonio Carlos Wolkmer (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Mercosul**: direitos humanos, globalização e soberania. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAPIA, Luis. Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. En: **OSAL (Buenos Aires: CLACSO)**. Año VIII, n. 22, septiembre, Buenos Aires, 2007.

TODOROV, Tzvetan. **La conquista de América**. El problema del otro. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. São Paulo: Martins Fontes, 2014, 3ª tiragem, 2014.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Revista Sequência**, n. 53, dez. 2006. p. 113-128.

URBANO, Francisco Castilla. Introdução. In: VITÓRIA, Francisco de. **Os índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006.

VARGAS, Idón Moisés Chivi **¿Qué código penal para un estado plurinacional comunitario?** –Lineamientos generales para la codificación penal em Bolivia - Ministerio de justicia – República de Bolivia, Viceministerio de Justicia y Derechos

Fundamentales. Disponível em:

<http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20090402_01.pdf>.

Acesso em: 09 de agosto de 2015.

VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. **Revista el otro derecho**, n. 30. Variaciones sobre la justicia comunitaria. Bogotá: ILSA, 2004. 2015. p. 171-196.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**. Aproximación desde un margen. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Hacia un realismo jurídico penal marginal**. Caracas, Venezuela: Monte Avila Editores Latinoamericana, 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En torno de la cuestión penal**. Montevideo- Buenos Aires: Editorial BdeF, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar - 1ª ed.** - Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La pachamama y el humano**. Buenos Aires: Colihue; Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: v. 7, n. 2, maio-ago. 2015, p.182-243.

ŽIŽEK, Slavoj. **Violência** - Seis Notas à Margem. Lisboa: Relógio D'Água, 2009.

ŽIŽEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. São Paulo: Boitempo, 2011.

ANEXO A - Cuadro comparativo del reconocimiento del derecho indígena en los países andinos

CUADRO COMPARATIVO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS					
PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
<p>1. FUNDAMENTO:</p> <p>Estado reconoce Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal.</p>	<p>- A Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven@., etc.</p>	<p>Art. 7: El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.</p>	<p>Art.2: Toda persona tiene derecho, inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.</p>	<p>Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.</p>	<p>Art. 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y de los medios democráticos previstos en esta Constitución. El Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los</p>

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
					ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas , en los términos que fija la ley. La bandera, el escudo y el himno establecidos por la ley son símbolos de la patria.
<p>2. Texto de Reconocimiento de</p> <p>a) la Jurisdicción Indígena y</p> <p>b) el Derecho Indígena o Consuetudinario</p>	<p>Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.</p> <p>Art.9,1: En la medida que ello sea compatible</p>	<p>Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.</p>	<p>Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con</p>	<p>Art.171: Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y</p>	<p>Art. 191: El ejercicio de la potestad judicial corresponde a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.</p> <p>De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con</p>

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
	con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.		los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.	sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.	sujeción a la ley. Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.
3. Acción Estatal Promovida sobre la Pluriculturalidad	1. Respeto del derecho de conservar sus costumbres e instituciones (art. 8,2). 2. Respeto de los métodos propios de control penal de los PI (art.9,1). 3. Establecimiento de mecanismo para solucionar conflictos entre DC y DH.	Diversidad étnico cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Respeto por el Estado.	Pluralidad étnica y cultural de la Nación: 1. Reconocimiento, y 2. Protección por el Estado.	Pluriculturalidad: Auto-definición de la República de Bolivia.	Pluriculturalidad y Multietnicidad: autodefinición del Estado.
4. Derecho	1. Derecho de <i>conservar</i>	- Potestad de ejercer funciones	- Potestad de ejercer	- Potestad de ejercer función de	-Potestad de ejercer

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
Subjetivo	costumbres e instituciones propias. 2. Derecho al <i>respeto</i> de sus métodos de control penal propios. 3. Derecho a resolver por mecanismos establecidos conflictos entre DC y DH	jurisdiccionales -y de aplicar su propias normas y procedimientos.	funciones jurisdiccionales - y de aplicar su derecho consuetudinario.	administración y aplicación de normas propias, - sus costumbres y procedimientos.	funciones de justicia, - aplicación de normas y procedimientos propios - aplicación de costumbres o derecho consuetudinario.
5. Objeto de reconocimiento y respeto	1. Costumbres propias. 2. Instituciones propias. (Art. 8, inc. 2) 3. Métodos propios de control de los pueblos indígenas. (Art. 9,1).	1. Propias normas y procedimientos, 2. Autoridades de los pueblos indígenas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Derecho Consuetudinario, 2. Autoridades de las comunidades campesinas y nativas con el apoyo de las rondas campesinas, 3. Funciones jurisdiccionales.	1. Normas propias, costumbres y procedimientos propios, 2. Autoridades <i>naturales</i> de las comunidades indígenas y campesinas. 3. Función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos	1. Derecho Consuetudinario, normas, costumbres y procedimientos propios. 2. Autoridades de los pueblos indígenas. 3. Funciones de Justicia.
6. Titular del derecho (Sujeto Beneficiario del reconocimiento).	1. Pueblos Indígenas en países independientes. 2. Pueblos Tribales.	1. Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Campesinas, 2. Comunidades Nativas, 3. Rondas Campesinas. 4. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	1. Comunidades Indígenas, 2. Comunidades campesinas. 3. Por la ratificación del Convenio 169 OIT, también: Pueblos Indígenas.	Pueblos Indígenas.
7. Competencia Territorial	No se menciona expresamente.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de los pueblos indígenas.	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades	Dentro de su ámbito territorial: ámbito territorial de las comunidades indígenas y campesinas.	No se indica, pero se habla de <i>conflictos internos</i> (no se sabe si es por la materia, los sujetos o

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
			campesinas, nativas y rondas campesinas.		el territorio).
8. Competencia Material	1. Todas, no se limita. 2. Inclusive la materia penal: represión de delitos cometidos por sus miembros.	Todas las materias, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.	Todas, no se limita.
9. Competencia Personal	1. En general: no se hace mención (art. 8, 2). 2. En materia de represión de delitos: miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	No se hace mención si sólo se limita a campesinos y nativos. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial campesino o nativo (indígena).	No se hace mención si sólo se limita a indígenas. Sólo se establece criterio territorial sin límite de materias. Puede entenderse incluso que es para todos dentro del ámbito territorial indígena.	Se habla de <i>conflictos internos</i> (no se explicita si es por el territorio, los sujetos o la materia).
10. Límite	1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles: a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 2. En materia penal, que métodos de control sean	Que normas y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que no violen: 1. Los derechos fundamentales de la persona.	Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes de la República.	Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: 1. Constitución, y 2. Leyes.

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998
	compatibles con: a) el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.				
11. Ley de Coordinación o Compatibilización	(...) deberán establecerse mecanismos para solucionar los <i>conflictos en la aplicación del principio</i> de la incompatibilidad entre a) la conservación de costumbres e instituciones propias y, b) los derechos fundamentales y humanos.	La ley establecerá las formas de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) el <i>sistema jurídico nacional</i> . Todavía no se da ley.	La ley establece las formas de coordinación: a) de la <i>jurisdicción especial</i> , con b) los juzgados de Paz y con las demás instancias del <i>Poder Judicial</i> . Todavía no se da ley.	La ley compatibilizará: a) estas funciones (administración y aplicación de normas propias), con b) las atribuciones de los <i>poderes del estado</i> . Todavía no se da ley.	Ley compatibilizará: a) funciones de justicia de los pueblos indígenas, con b) las del sistema judicial nacional. Todavía no se da ley.
12. Ubicación sistemática	Parte I: Política General. - Artículo 8, inc. 2 - Artículo 9, inc. 1	Capítulo referido a la Función Jurisdiccional. Ubica sistemáticamente dos tipos de jurisdicciones: a) ordinaria, b) especial o indígena, dentro de un régimen de autonomía de los PI.	Capítulo referido al Poder Judicial. Ubicación al final del capítulo. También la llama <i>jurisdicción especial</i> . No es muy sistemático el tratamiento.	Capítulo referido a la Función Judicial. Ubicación al final del capítulo.	Título VIII De la Función Judicial. Artículo único sobre potestad judicial. Tratamiento sistemático.

Fonte: FAJARDO, 2004.