



O Direito que Emerge da Periferia: Pluralismo Jurídico Comunitário, Interculturalidade e a Luta por Direitos Humanos na América Latina

The Right that Emerges from the Periphery: Community Legal Pluralism, Interculturality, and the Struggle for Human Rights in Latin America

Josenildo Pires de Oliveira

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Veni Creator Christian University, Orlando, EUA.

Suenya Talita de Almeida

Doutora e Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Universitário.

Resumo: O presente estudo tem como finalidade mostrar que o Direito, estabelecido através de um monismo jurídico estatal de matriz europeia, não serve adequadamente aos povos colonizados da América Latina, onde se observa uma cultura jurídica distinta daquela produzida por um pluralismo jurídico. Essa constatação levanta um questionamento fundamental sobre a pertinência dos modelos jurídicos importados. Visto que os sistemas jurídicos são construídos a partir da realidade de cada povo, questiona-se se os atuais e velhos sistemas jurídicos servem como arcabouço normativo para as sociedades latino-americanas ou, mesmo se mantendo as normas jurídicas positivas, se não haveria possibilidade de coexistir, paralelamente, direitos locais. Tal coexistência sugere a necessidade de reconhecer e validar formas alternativas de normatividade. A pesquisa é bibliográfica e o método utilizado foi o dedutivo, tendo como pano de fundo, especialmente, as reflexões de Antonio Carlos Wolkmer sobre o pluralismo jurídico e os novos direitos “comunitários”, ou direitos “periféricos”, compreendidos a partir dos movimentos sociais, indígenas, quilombolas. A obra de Wolkmer, portanto, serve como alicerce teórico para esta análise.

Palavras-chave: direitos humanos; monopólio estatal; movimentos sociais; interculturalidade; descolonialização.

Abstract: This study aims to demonstrate that Law, established through a European state legal monism, does not adequately serve the colonized peoples of Latin America, where a distinct legal culture, produced by legal pluralism, is observed. This observation raises a fundamental question about the relevance of imported legal models. Given that legal systems are constructed from the reality of each people, it is questioned whether current and old legal systems serve as a normative framework for Latin American societies or, even while maintaining positive legal norms, if there would not be the possibility of local rights coexisting in parallel. Such coexistence suggests the need to recognize and validate alternative forms of normativity. The research is bibliographical, and the deductive method was used, having as a background, especially, the reflections of Antonio Carlos Wolkmer on legal pluralism and the new “community” rights, or “peripheral” rights, understood from the perspective of social, indigenous, and quilombola movements. Wolkmer’s work, therefore, serves as a theoretical foundation for this analysis.

Keywords: human rights; state monopoly; social movements; interculturality; decolonialization.

INTRODUÇÃO

Podem outros “direitos” coexistirem com o direito dito oficial, positivado, latino-americano, herdado do monismo europeu? Esta interrogação fundamental desafia a hegemonia do sistema jurídico formal e abre espaço para a consideração de normatividades alternativas. Este sistema jurídico, importado e imposto, resolve, da mesma forma que na “comunidade europeia”, as necessidades dos povos colonizados, dentre os quais as nações latino-americanas? A dúvida reside na capacidade de um modelo externo atender às especificidades de contextos tão diversos e historicamente subalternizados. A efetividade do direito estatal é, assim, colocada em xeque diante da complexidade das demandas sociais contemporâneas. Nesse contexto, fora do ordenamento jurídico estabelecido, haveria outra maneira de se buscar a defesa dos direitos fundamentais da população, especialmente daquelas que estão na base da pirâmide social? Essa questão aponta para a busca de mecanismos jurídicos mais acessíveis e representativos para os grupos marginalizados.

Wolkmer (2019), com sua reflexão sobre o pluralismo jurídico, contrapõe a lógica da dogmática jurídica monista e o direito comunitário participativo; isto é, apresenta, diante do Direito positivado estatal, um novo modo de ser no campo jurídico, um pluralismo jurídico que surge de uma análise a partir, especialmente, das necessidades oriundas dos movimentos sociais e grupos periféricos. A proposta de Wolkmer, portanto, não é apenas teórica, mas também um chamado à ação e ao reconhecimento de práticas jurídicas emergentes. Para aqueles que defendem a possibilidade da existência do pluralismo jurídico estatal vê-se que este modo de pensar o direito se sustenta por que o sistema jurídico ocidental, positivado, monista, encontra-se em uma grande crise, especialmente nos países afastados do centro europeu. Essa crise de legitimidade e eficácia do direito oficial impulsiona a busca por alternativas. Isto é, o direito estatal já não consegue dar resposta aos conflitos sociais atuais. A incapacidade do Estado em solucionar todas as controvérsias sociais evidencia a necessidade de se repensar o monopólio da produção jurídica.

Desse modo, devido às novas demandas conjunturais mundiais e locais, o Direito monista vigente torna-se insuficiente para resolver os conflitos contemporâneos, pois “as transformações pelas quais passam a Sociedade e o Estado produzem impactos nos procedimentos normativos de regulação, integração e controle social” (Wolkmer, 2019, p. 2714). A dinâmica social acelerada e a emergência de novos sujeitos de direito expõem as limitações de um sistema jurídico rígido e centralizado. Neste mesmo sentido, enfatizam Freitas e Gurgel (2019, p. 45) que:

Dada a ineficiência do alcance das leis e o afastamento do Poder Judiciário de grande parcela da sociedade que não consegue levar seus pleitos a uma via de resolução de conflito oficial, seja em virtude de desinformação sobre seus direitos, seja por dificuldade de obter a assistência judiciária, por razões financeiras, ou, ainda pelo descrédito ou morosidade do judiciário, faz-se necessário uma ressignificação de outras formas de promoção do Direito.

A crítica de Freitas e Gurgel (2019) reforça a ideia de que as barreiras de acesso à justiça oficial e a sua morosidade fomentam a busca por alternativas mais ágeis e acessíveis. O monismo jurídico encontra-se esgotado, impondo-se a consideração da inserção de outras práticas sociais na produção da vontade social, política e jurídica. O esgotamento do modelo monista não é apenas uma constatação de ineficácia, mas um imperativo para a democratização da produção do direito. Assim, o monismo jurídico, estatalista, centralizado, diante do seu esgotamento, já não consegue atender as demandas sociais dos países latino-americanos. Essa inadequação é particularmente sentida em sociedades com profundas desigualdades e diversidade cultural. Sendo necessário observar que há novas culturas normativas, pluralista, comunitária-participativa, e inseri-las nos ordenamentos jurídicos desses países tornando-os mais democráticos. A incorporação dessas culturas normativas representa um caminho para a construção de sistemas jurídicos mais inclusivos e representativos.

MONISMO JURÍDICO E HEGEMONIA JURÍDICA

Boaventura de Sousa Santos (2009, p. 26) introduz o conceito de pensamento abissal para descrever a divisão moderna do mundo, que também se reflete no campo jurídico:

No campo do direito moderno, este lado da linha é determinado por aquilo que conta como legal ou ilegal de acordo com o direito oficial do Estado ou com o direito internacional. O legal e o ilegal são as duas únicas formas relevantes de existência perante a lei, e, por esta razão a distinção entre ambos é uma distinção universal. Esta dicotomia central deixa de fora todo um território social onde ela seria impensável como princípio organizador, isto é, o território sem lei, fora da lei, o território do a-legal, ou mesmo do legal e ilegal de acordo com direitos não oficialmente reconhecidos.⁷ Assim, a linha abissal invisível que separa o domínio do direito do domínio do não-direito fundamenta a dicotomia visível entre o legal e o ilegal que deste lado da linha organiza o domínio do direito.

A análise de Boaventura demonstra como o monismo jurídico opera excluindo e invisibilizando uma vasta gama de práticas normativas que não se enquadram na lógica estatal, perpetuando uma visão limitada e hegemônica do Direito. Ele prossegue, explicando as fundações coloniais dessa visão:

O colonial constitui o grau zero a partir do qual são construídas as modernas concepções de conhecimento e direito. As teorias do contrato social dos séculos XVII e XVIII são tão importantes pelo que dizem como pelo que silenciam. O que dizem é que os indivíduos modernos, ou seja, os homens metropolitanos, entram no contrato social abandonando o estado de natureza para formarem a sociedade civil. O que silenciam é que, desta

forma, se cria uma vasta região do mundo em estado de natureza, um estado de natureza a que são condenados milhões de seres humanos sem quaisquer possibilidades de escaparem por via da criação de uma sociedade civil. A modernidade ocidental, em vez de significar o abandono do estado de natureza e a passagem à sociedade civil, significa a coexistência da sociedade civil com o estado de natureza, separados por uma linha abissal com base na qual o olhar hegemónico, localizado na sociedade civil, deixa de ver e declara efectivamente como não-existente o estado de natureza. O presente que vai sendo criado do outro lado da linha é tornado invisível ao ser reconceptualizado como o passado irreversível deste lado da linha. O contacto hegemónico converte simultaneidade em não-contemporaneidade. Inventa passados para dar lugar a um futuro único e homogéneo. Assim, o facto de os princípios legais vigentes na sociedade civil deste lado da linha não se aplicarem do outro lado da linha não compromete de forma alguma a sua universalidade (Boaventura, 2009, p. 28-29).

Este “silêncio” das teorias contratuais é crucial, pois ao universalizar a experiência metropolitana, nega a existência e a validade de outras formas de organização social e jurídica, relegando-as a um “estado de natureza” conveniente para a dominação colonial e para a manutenção da universalidade do direito hegemónico.

Reportando-se, inicialmente, para a teoria do monismo, que é o modo do Estado centralizar o poder normativo, Wolkmer (2001, p. 46) explica que:

[...]A íntima conexão entre a suprema racionalização do poder soberano e a positividade formal do Direito conduz à coesa e predominante doutrina do monismo. Tal concepção atribui ao Estado Moderno o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo.

A centralização do poder normativo nas mãos do Estado é, portanto, uma característica definidora do monismo jurídico, que se sustenta na ideia de uma única fonte legítima de Direito. Neste sentido, de modo sucinto, esse monopólio da normatização é decorrente de grandes mudanças históricas, ocorridas no século XVIII, especialmente com as Revoluções Americana e Francesa. Esses eventos históricos foram cruciais para a consolidação do Estado-nação e, conseqüentemente, do monismo jurídico. Naquele momento a sociedade ocidental, com o crescimento da classe burguesa, se afasta do modelo feudal para um regime capitalista mercantil. E, nesse contexto “a burguesia mercantil, ao suplantando a nobreza e o clero como nova classe social detentora dos meios de produção, busca adequar aos seus interesses uma ordem estatal fortalecida, apta a legitimar um sistema de normatividade (Wolkmer, 2001, p. 47). Fica evidente a instrumentalização do Direito e do Estado para servir aos interesses da classe emergente, a burguesia,

que necessitava de um sistema normativo unificado para garantir a segurança de suas transações e a proteção de sua propriedade.

Neste compasso, afirma Wolkmer (2019, p. 2714), que a modernidade:

Estabeleceu padrões de existência social e de referência epistêmica em que o pensamento ocidental projeta-se como marco de superioridade, civilização e universalidade que homogeneiza e absolutiza, inferiorizando e subalternizando todas as outras formas de conhecimento.

A modernidade, ao impor seus padrões como universais, deslegitima e marginaliza saberes e práticas jurídicas não ocidentais, consolidando a hegemonia do monismo. Desse modo, estabelecendo uma relação do Estado Moderno com o sistema jurídico imposto pela burguesia, continua Wolkmer (2001, p.48):

O Estado Moderno atribui a seus órgãos, legalmente constituídos, a decisão de legislar (Poder Legislativo) e de julgar (Poder Judiciário) através de leis gerais e abstratas, sistematizadas formalmente num corpo denominado Direito Positivo. A validade dessas normas se dá não pela eficácia e aceitação espontâneas da comunidade de indivíduos, mas por terem sido produzidas em conformidade com os mecanismos processuais oficiais, revestidos de coação punitiva, provenientes do poder público.

A validade jurídica, no modelo monista, desvincula-se da aceitação social e passa a depender exclusivamente da conformidade com os procedimentos formais estabelecidos pelo Estado, reforçando seu monopólio. Entende-se, assim, que o monismo surge quando o Estado se proclama detentor exclusivo do Direito, que não aceita mais ser dependente do soberano ou de outra forma de poder para legislar. Essa autoproclamação é um marco na concentração do poder normativo. Assim, “ao contrário do Estado Absolutista, que torna a pessoa do monarca a única fonte legitimadora, no Estado-Nação liberal privilegia-se um órgão político legislativo com independência para implementar a vontade geral de toda a Nação (Wolkmer, 2001, p. 52). A transição para o Estado-Nação liberal, embora represente um avanço em relação ao absolutismo, mantém a centralização do poder de legislar, agora em um corpo político supostamente representativo da “vontade geral”.

Wolkmer (2001, p. 55) aponta que, entre os defensores do monismo, Rudolf von Jhering se destaca ao sustentar que “o Direito é um sistema de normas imperativas caracterizadas pela ‘coação’ e garantida pela força organizada do Estado”. Essa perspectiva vincula indissociavelmente o Direito à capacidade coercitiva estatal, tornando-o um instrumento de poder centralizado. Neste sentido, fundamentando o monismo, para Jhering, a validade do Direito restringe-se “às prescrições revestidas de sanção estatal” (Wolkmer, 2001, p. 55), o que exclui qualquer fonte normativa que não emane diretamente da autoridade pública ou não seja por ela cancelada.

Contudo, poderia se pensar que o direito natural fugisse à regra da teoria monista. Porém, o direito natural, a partir do declínio do sistema feudal, foi absorvido, também pelo Direito estatal produzido a partir de uma única fonte,

compreendendo-se “o jusnaturalismo – fundado no racionalismo metafísico-natural – e, posteriormente, o positivismo jurídico dogmático, alicerçado no racionalismo lógico-instrumental” (Wolkmer, 2001, p. 66). Mesmo o jusnaturalismo, com sua pretensão de universalidade e anterioridade ao Estado, acaba sendo cooptado ou reinterpretado à luz do poder estatal centralizado. Com relação, ainda, ao jusnaturalismo, Wolkmer (2001, p. 66-67) faz uma crítica severa afirmando que “os princípios enunciados por este jusnaturalismo mostraram-se extremamente falsos, ao clamarem por uma retórica formalista da igualdade, da liberdade e da fraternidade de todos os cidadãos”. A crítica de Wolkmer expõe a distância entre o discurso formalista do jusnaturalismo e a realidade das desigualdades sociais. Continuando, quanto ao direito positivado, estatal, esclarece que “a representação dogmática do positivismo jurídico que se manifesta através de um rigoroso formalismo normativista com pretensões de “ciência” torna-se o autêntico produto de uma sociedade burguesa solidamente edificada no progresso industrial, técnico e científico” (Wolkmer, 2001, p. 67). O positivismo jurídico, com sua roupagem científica, legitima a ordem burguesa e o monismo estatal. E segue, afirmando que “esse formalismo legal esconde as origens sociais e econômicas da estrutura de poder, harmonizando as relações entre capital e trabalho, e eternizando através das regras de controle, a cultura liberal-individualista dominante” (Wolkmer, 2001, p. 67). O formalismo, portanto, atua como um véu que oculta as relações de poder subjacentes à produção do Direito. Compreende-se, desse modo, que tanto o jusnaturalismo como o positivismo são produtos do liberalismo-burguês. Que, ambos, baseados em normas abstratas e universais, tendo como base um direito único, compõem a teoria do monismo jurídico. Essa convergência demonstra a força do paradigma monista em absorver diferentes correntes de pensamento jurídico.

Outro ponto que deve ser analisado é a relação do Direito com o Estado. À primeira vista, afastando-se de uma maior reflexão, pode-se pensar que Direito sempre andou com o Estado. Ao contrário, nem sempre estiveram entrelaçados como se vê atualmente, pois “as sociedades primitivas são sociedades sem Estado, mas não sem Direito (Portela, 2018, p. 15). Essa distinção é fundamental para desnaturalizar a associação exclusiva entre Direito e Estado. Dessa forma, não há Estado sem Direito, mas o Direito pode aparecer sem o Estado. A existência de normatividades fora da esfera estatal é uma realidade histórica e social.

Nessa unificação do Estado com o Direito foi determinante o formalismo dogmático, a partir da teoria pura do Direito, de Hans Kelsen onde “a proposta “científica” de Kelsen descarta o dualismo Estado-Direito, fundindo-os, de tal modo que o Direito é o Estado, e o Estado é o Direito Positivo” (Wolkmer, 2001, p. 57). A teoria kelseniana representa o ápice da identificação entre Direito e Estado, consolidando teoricamente o monismo jurídico. Ainda, neste sentido, quanto a esse movimento de unificação Estado-Direito, Wolkmer (2001, p. 57) afirma que “a representação do centralismo jurídico, embasado no extremismo lógico-formalista da dogmática normativista, tende a eliminar o dualismo jurídico estatal, na perspectiva de que o Estado é identificado com a ordem jurídica”. O formalismo normativista, ao equiparar Estado e ordem jurídica, fecha o sistema a outras fontes de Direito.

PLURALISMO JURÍDICO E UM NOVO OLHAR SOBRE O SISTEMA JURÍDICO

Ao contrário do monismo, o pluralismo jurídico seria uma alternativa, um novo paradigma para o Direito. Apresenta-se como uma resposta às limitações e exclusões impostas pelo modelo único. Direito esse oriundo de várias outras fontes, isto é, produzido levando-se em consideração as diversas realidades sociais. A multiplicidade de fontes é a essência do pluralismo, refletindo a complexidade e diversidade da vida social. Que o modelo monista estaria em crise precisando de reformas radicais, a partir de um olhar perpetrado através dos movimentos sociais. A crise do monismo, portanto, não é apenas teórica, mas sentida na prática pelos grupos que buscam reconhecimento e justiça fora dos canais oficiais. Neste sentido, proclamam Freitas e Gurgel (2019, p. 45) que:

Ao se direcionar o olhar apenas num único sentido, o da lei estritamente positivista, fundada apenas num procedimento previamente estabelecido, há o risco de se ignorar os múltiplos fatores sociais e políticos oriundos de uma sociedade que se mostra cada dia mais complexa e cheia de desafios. São questões fundamentais no atual momento, especialmente quando se parte do pressuposto de que o capitalismo sofre de esgotamento. Cai o véu das promessas não cumpridas e revela-se o grande paradoxo do capitalismo: o abismo de desigualdade existente entre os ricos (países, empresas e indivíduos) e pobres aumentou, a globalização não favoreceu economicamente todos que dela participaram e o “bolo não foi devidamente repartido.

O contexto de crise do capitalismo e o aumento das desigualdades fornecem um terreno fértil para o questionamento de sistemas jurídicos que perpetuam essas assimetrias.

E, Wolkmer, diante de muitas teorias sobre o “pluralismo jurídico”, chama a atenção para um modo singular do seu pensamento sobre este tema, informando que “essa opção é por um pluralismo progressista, de base democrática-participativa” (Wolkmer, 2001, p. 77). A especificidade da proposta de Wolkmer reside em seu compromisso com a transformação social e a participação popular. Desse modo, seu modo de pensar o pluralismo jurídico separara-se daqueles que ele percebia como neoliberais ou neocorporativistas, isto é, “muito adequada aos objetivos e às condições criadas e impostas pelo Capitalismo monopolista globalizado, engendrado pelos países ricos do “centro” e exportando técnica, econômica e culturalmente para a periferia” (Wolkmer, 2001, p.77). Wolkmer distingue sua abordagem de outras vertentes do pluralismo que podem, paradoxalmente, servir à manutenção do status quo neoliberal.

Destacam-se aqui dois pontos da teoria de Wolkmer: primeiro, esse novo pluralismo jurídico nasce do espaço público, democrático, reflexo direto da participação da sociedade, das comunidades; segundo, essas comunidades estão estabelecidas na periferia do direito hegemônico-europeu, especialmente nos países

latino americanos. A ênfase na participação comunitária e na localização periférica confere ao pluralismo de Wolkmer um caráter contra-hegemônico e descolonizador. Com relação, mais ainda, ao segundo ponto, Wolkmer (2001, p. 80) remete ao “capitalismo periférico”, destacando que esse termo “passa a significar um modelo de desenvolvimento que estabelece a dependência, submissão e controle das estruturas sócioeconômicas e político culturais locais e/ou nacionais aos interesses das transnacionais e das economias dos centros hegemônicos”. O pluralismo jurídico surge, assim, como uma forma de resistência a essa dependência imposta pelo capitalismo periférico.

Ademais, o pluralismo jurídico é analisado e posto como alternativa descolonizante em face à insuficiência normativa ocidental-europeia.

Nessa esteira, Quijano (2005, p. 130) comentando sobre a importância do Estado-Nação, observa:

Nações e Estados são um velho fenômeno. Todavia, aquilo que chamamos de moderno Estado-nação é uma experiência muito específica. Trata-se de uma sociedade nacionalizada e por isso politicamente organizada como um Estado-nação. Implica as instituições modernas de cidadania e democracia política.

A especificidade do Estado-nação moderno reside na sua pretensão de homogeneidade e na organização política que define cidadania e democracia. Porém, como ainda há um poder eurocentrista reproduzido modernamente, apesar de sinais de poder local Quijano (2005, p. 135) defende que:

Neste sentido, o processo de independência dos Estados na América Latina sem a descolonização da sociedade não pôde ser, não foi, um processo em direção ao desenvolvimento dos Estados-nação modernos, mas uma rearticulação da colonialidade do poder sobre novas bases institucionais. Desde então, durante quase 200 anos, estivemos ocupados na tentativa de avançar no caminho da nacionalização de nossas sociedades e nossos Estados. Mas ainda em nenhum país latino-americano é possível encontrar uma sociedade plenamente nacionalizada nem tampouco um genuíno Estado-nação. A homogeneização nacional da população, segundo o modelo eurocêntrico de nação, só teria podido ser alcançada através de um processo radical e global de democratização da sociedade e do Estado. Antes de mais nada, essa democratização teria implicado, e ainda deve implicar, o processo da descolonização das relações sociais, políticas e culturais entre as raças, ou mais propriamente entre grupos e elementos de existência social europeus e não europeus. Não obstante, a estrutura de poder foi e ainda segue estando organizada sobre e ao redor do eixo colonial. A construção da nação e sobretudo do Estado-nação foram conceitualizadas e trabalhadas contra a maioria da população, neste caso representada pelos índios, negros e mestiços. A colonialidade do poder ainda exerce seu domínio, na maior parte

da América Latina, contra a democracia, a cidadania, a nação e o Estado-nação moderno.

A persistência da colonialidade do poder, como aponta Quijano, impediu a plena nacionalização e democratização dos Estados latino-americanos, resultando em Estados-nação construídos contra a maioria de suas populações e, conseqüentemente, em sistemas jurídicos que refletem essa exclusão.

E, tratando dessa questão Wolkmer (2019, p. 2714), argumenta que o pluralismo jurídico:

Como hipótese, encontra-se na opção por um “giro descolonial” do direito, em que o pluralismo jurídico assume um lugar privilegiado de contraposição crítica, contribuindo como instrumental analítico e operante para examinar e compreender fenômenos normativos complexos e de diferentes naturezas enquanto pensamento, de discursividade e de prática social.

O “giro descolonial” proposto por Wolkmer posiciona o pluralismo jurídico como uma ferramenta crítica para desconstruir a hegemonia do direito eurocêntrico e valorizar as práticas normativas locais. O pluralismo jurídico é, desse modo, uma vertente revolucionária para a compreensão do Direito. Ele representa uma quebra de paradigma significativa. Torna-se um paradigma alternativo que rompe com o modelo estatalista fundado em uma cultura jurídica monista. A ruptura com o estatalismo é um dos seus aspectos mais transformadores. Neste sentido, declaram Freitas e Gurgel (2019, p. 45) que:

O pluralismo jurídico trabalha ativamente a construção de uma nova cultura jurídica voltada para o reconhecimento de práticas que surgem no seio social. Dessa forma, contrapõe-se frontalmente ao monismo jurídico, mas não por negar o Direito Estatal, e sim por referendar outras formas de manifestações jurídicas que não somente as oriundas das produções legislativas “oficiais”.

É crucial entender que o pluralismo não visa anular o direito estatal, mas sim reconhecer a validade e a importância de outras ordens normativas coexistentes.

De outro modo, pode-se conceber um pluralismo jurídico a partir da análise organizacional da sociedade. Nessa linha corresponde a chamada teoria institucionalista que, segundo Bobbio (2003, p. 11):

Fazendo do direito um fenômeno social e considerando o fenômeno da organização como critério fundamental para distinguir uma sociedade jurídica de uma sociedade não jurídica, esta teoria rompeu com o círculo fechado da teoria estatalista do direito, que considera direito apenas o direito estatal, e identifica o âmbito do direito com o Estado.

A teoria institucionalista, ao focar na organização social como critério para a juridicidade, alarga o conceito de Direito para além das fronteiras do Estado. E, de forma resumida, Bobbio (2003, p.12) retrocede um pouco na história informando que:

A teoria estatalista do direito é produto histórico da formação dos grandes Estados modernos, erigidos sobre a dissolução da sociedade medieval. Essa sociedade era pluralista, isto é, formada por vários ordenamentos jurídicos, que se opunham ou se integravam: havia ordenamentos jurídicos universais, acima daqueles que hoje são os Estados nacionais, como a Igreja e o Império, e havia ordenamentos particulares abaixo da sociedade nacional, como os feudos, as corporações e as comunas. Também a família, considerada pela tradição do pensamento cristão como uma *societas naturalis*, era em si mesma um ordenamento.

A perspectiva histórica de Bobbio demonstra que o pluralismo jurídico não é uma novidade, mas um retorno a uma compreensão mais ampla da normatividade, anterior à centralização estatal moderna. Nessa esteira, sobre o monismo como centralizador das normas jurídicas, Bobbio (2003, p. 12) esclarece que: “O Estado moderno foi formado através da eliminação ou absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores pela sociedade nacional, por meio de um processo que se poderia chamar de monopolização da produção jurídica”. Esse processo de monopolização foi fundamental para a consolidação do poder estatal. Com relação ao monismo e sua relação com Direito-Estado, esclarece Bobbio (2003, p. 12) que: “Se hoje persiste ainda uma tendência em identificar o direito com o direito estatal, essa é a consequência histórica do processo de centralização do poder normativo e coativo que caracterizou o surgimento do Estado nacional moderno”. A identificação contemporânea entre Direito e Estado é, portanto, um legado histórico desse processo de centralização.

MONISMO E PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA

Quijano (2009, p.73) oferece uma análise crucial sobre a colonialidade do poder na América Latina:

A colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial do poder capitalista. Sustenta-se na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido padrão de poder e opera em cada um dos planos, meios e dimensões, materiais e subjectivos, da existência social quotidiana e da escala societal.¹ Origina-se e mundializa-se a partir da América. Com a constituição da América (latina),² no mesmo momento e no mesmo movimento históricos, o emergente poder capitalista torna-se mundial, os seus centros hegemónicos localizam-se nas zonas situadas sobre o Atlântico – que depois se identificarão como Europa – e como eixos centrais do seu novo padrão de dominação estabelecem-se também a colonialidade e a modernidade. Em pouco tempo, com a América (latina) o

capitalismo torna-se mundial, eurocentrado, e a colonialidade e modernidade instalam-se associadas como eixos constitutivos do seu específico padrão de poder, até hoje.

A colonialidade do poder, conforme descrita por Quijano, é a chave para entender por que o monismo jurídico europeu se enraizou de forma tão profunda na América Latina, moldando suas instituições e perpetuando estruturas de dominação mesmo após as independências formais.

Neste sentido, Freitas e Gurgel (2019, p. 52) depõem que:

A colonização europeia na América Latina revelou-se um processo em que os reais benefícios ficaram para o colonizador, restando ao colonizado os laços de dominação e subserviência. Sabe-se que lugar algum que objetive a construção de um sistema (em qualquer área) sólido e significativo pode ignorar a própria história. Dessa forma, sem querer afastar peremptoriamente a influência europeia, é necessário descolar-se dos laços da colonização e assim fortalecer a identidade da América Latina, sem negar, entretanto, os efeitos provocados pela globalização.

A superação da herança colonial no campo jurídico implica um esforço de desvinculação dos modelos impostos e a valorização das identidades e práticas locais. Desse modo, para exemplificar, “o pluralismo que prevalece na América latina é o de cunho indígena e os de comunidades campesinas nativas, como tentativa de afastamento do papel inferior de colonizado, introduzido via colonização europeia” (Freitas e Gurgel, 2019, p. 45). O pluralismo jurídico indígena e camponês emerge como uma forma de resistência cultural e política à inferiorização imposta pela colonização.

Com relação aos povos indígenas, destaca Fajardo (2004, p. 171) que:

El reconocimiento de los pueblos indígenas y su derecho al control de sus instituciones, hábitat y territorios, autogobierno, sistemas jurídicos, autoridades, identidad, idiomas y cultura, así como su derecho a participar en los planes regionales y nacionales que puedan afectarlos, ha supuesto una larga lucha aún inconclusa en América Latina. El hecho colonial puso a los pueblos originarios en una condición de subordinación política, explotación económica y subvaloración cultural. La ideología de la inferioridad natural de los indios del siglo XVI y la herencia republicana de la idea del Estado-nación y la identidad Estado-derecho del siglo XIX, han impedido el reconocimiento pleno de la dignidad de los diferentes pueblos y culturas, así como de los diversos sistemas jurídicos indígenas. Esta situación ha sido contestada por los diferentes movimientos indígenas y campesinos y también, durante la década pasada, por importantes cambios normativos.¹

1 O reconhecimento dos povos indígenas e de seu direito ao controle de suas instituições, habitat e territórios, autogoverno, sistemas jurídicos, autoridades, identidade, idiomas e cultura, bem como seu direito de participar nos planos regionais e nacionais que possam

A luta dos povos indígenas pelo reconhecimento de seus direitos e sistemas jurídicos próprios é um exemplo paradigmático da tensão entre monismo e pluralismo na América Latina, evidenciando o legado de subordinação e a resistência contínua. Fajardo (2004, p. 173) também observa que:

Los países andinos que han reformado la Constitución, incluyendo alguna fórmula de reconocimiento del derecho y la jurisdicción especial indígena son: Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999).

El primer cambio que se observa en estos textos constitucionales es el reconocimiento del carácter pluricultural y multiétnico de la configuración estatal o de la nación, lo cual ocurre por primera vez en la historia de tales repúblicas. Esto es muy importante porque es el fundamento del reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica, así como del reconocimiento de derechos indígenas específicos. El verbo que utilizan las constituciones es “reconocer”, en la medida que el texto constitucional no está “creando” la situación de diversidad cultural sino reconociendo la misma.²

As reformas constitucionais nos países andinos representam um avanço significativo, ao “reconhecer” – e não “criar” – a preexistência e validade dos sistemas jurídicos indígenas, fundamentando um Estado pluricultural.

O Brasil, igualmente a outros países latino-americanos, é marcado também pelo monismo jurídico. Mas, como se verá, há sinais contrários indicando que a teoria pluralista subsiste para aqueles que entendem que o modelo monista se encontra em crise já algum tempo. E afirmam que a cultura monista, oriunda do direito hegemônico europeu, não mais consegue resolver os conflitos internos das populações periféricas brasileiras. A crise do monismo no Brasil se manifesta na sua incapacidade de dar respostas eficazes às complexas demandas de uma sociedade diversa e desigual.

afetá-los, tem representado uma longa luta ainda inconclusa na América Latina. O fato colonial colocou os povos originários em uma condição de subordinação política, exploração econômica e subvalorização cultural. A ideologia da inferioridade natural dos índios do século XVI e a herança republicana da ideia do Estado-nação e da identidade Estado-direito do século XIX impediram o reconhecimento pleno da dignidade dos diferentes povos e culturas, bem como dos diversos sistemas jurídicos indígenas. Esta situação foi contestada pelos diferentes movimentos indígenas e camponeses e também, durante a década passada, por importantes mudanças normativas. (tradução nossa)

2 Os países andinos que reformaram a Constituição, incluindo alguma fórmula de reconhecimento do direito e da jurisdição especial indígena são: Colômbia (1991), Peru (1993), Bolívia (1994), Equador (1998) e Venezuela (1999).

A primeira mudança que se observa nesses textos constitucionais é o reconhecimento do caráter pluricultural e multiétnico da configuração estatal ou da nação, o que ocorre pela primeira vez na história de tais repúblicas. Isso é muito importante porque é o fundamento do reconhecimento da pluralidade linguística e jurídica, bem como do reconhecimento de direitos indígenas específicos. O verbo que as constituições utilizam é “reconhecer”, na medida em que o texto constitucional não está “criando” a situação de diversidade cultural, mas sim reconhecendo-a. (tradução nossa)

Por outro lado, Wolkmer (2001, p. 56) sinaliza que no Brasil:

Há que se relembrar a trajetória nacional do centralismo legal e sua natural convivência não só com o autoritarismo estatal intervencionista, como, basicamente, com uma sociedade marcada por instituições frágeis e submissas, uma cultura de importação e reprodução, uma ideologia de liberalismo conservador, uma democracia formal e elitista, uma economia historicamente dependente.

O diagnóstico de Wolkmer sobre o Brasil aponta para um contexto de fragilidade institucional e dependência cultural que favoreceu a manutenção do centralismo legal e dificultou o florescimento de um pluralismo jurídico robusto.

Desse modo, Freitas e Gurgel (2019, p. 56) afirmam:

Em razão do déficit estatal e da existência de lugares “onde o Estado não chega”, o Brasil se mostra como um fértil celeiro para o pluralismo jurídico. Esse imaginado “celeiro” tem sido feito por teorias críticas do Direito. Essas teorias possuem uma legitimidade conquanto se pauta na multidisciplinaridade possível de leituras da realidade social.

A ausência ou ineficácia do Estado em vastas áreas do território brasileiro abre espaço para o surgimento e a consolidação de práticas jurídicas comunitárias, impulsionadas por teorias críticas que buscam alternativas ao modelo oficial. Este déficit estatal relaciona-se quando o Estado positiva direitos, mas estes não ocorrem efetivamente devido a um dos grandes problemas jurídicos, se não o maior, que é o acesso à Justiça. Nestes termos, corroborando essa tese, Cappelletti e Garth (1988, p. 11) afirmam que, “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”. A mera proclamação de direitos é insuficiente sem garantia de acesso à sua efetivação. E, conformando-se com o presente estudo, afirmam que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” Cappelletti e Garth (1988, p.12). O acesso à justiça emerge, assim, como um direito humano fundamental, sem o qual os demais direitos perdem seu valor prático.

Visualiza-se, assim, que o pluralismo jurídico permite, devido às dificuldades encontradas atualmente no acesso à Justiça, que grande parte da população possa resolver seus problemas de uma forma mais direta, efetiva, democrática. O pluralismo oferece caminhos alternativos para a resolução de conflitos que podem ser mais ágeis e adaptados às realidades locais. No Brasil e em toda América latina, nesse contexto do pluralismo jurídico, por exemplo, destacam-se os povos indígenas que por vivenciarem outra cultura, possuem uma normatização “interna” independente da normatização estatal. Neste sentido, “todas as comunidades indígenas possuem o seu próprio regramento, podendo ser análogo ou não ao Direito estatal, a depender do grau de contato que o grupo indígena considerado guarda em relação

à sociedade nacional (Portela, 2018, p. 31). A normatividade indígena, com suas particularidades, exemplifica a coexistência de sistemas jurídicos.

Porém, especificamente, “o Estado brasileiro, por adotar uma postura monista, não aceita o regramento indígena e entende que deve intervir em suas práticas culturais de modo a normatizar aquilo que para os índios já se encontram normatizados (Portela, 2018, p. 32). A postura monista do Estado brasileiro frequentemente leva à negação ou tentativa de tutela sobre os sistemas normativos indígenas, gerando conflitos e desrespeito à autonomia desses povos. Mas, apesar disso, Portela (2018, p. 33) declara que:

Independentemente de haver reconhecimento formal dos sistemas jurídicos adotados pelas comunidades indígenas em seus territórios, fato incontestado é que eles existem e possuem eficácia para os povos dessas nações, sendo suas práticas advindas de suas crenças e tradições, construídas secularmente.

A existência e eficácia dos direitos indígenas independem do reconhecimento estatal formal, pois se baseiam em tradições e legitimidade interna. De outro modo, Freitas e Gurgel (2019, p. 56-57) apontam:

Outra questão particular brasileira é o papel do Poder Judiciário e sua cultura de burocracia, ineficiência material, demora processual e, principalmente, as barreiras que afastam os indivíduos hipossuficientes de acesso à Justiça. É necessário diferenciar o papel ideal do Poder Judiciário, como agente transformador, e o que ele de fato representa: agente de manutenção do status quo, estritamente ligado a uma lógica econômica – o “custo” do Direito acima do Direito propriamente dito.

A crítica ao Judiciário brasileiro, sua burocracia e seu papel na manutenção das desigualdades, reforça a necessidade de se buscar e fortalecer instâncias plurais de justiça. Outro exemplo a ser destacado é a luta no campo entre camponeses e latifundiários (aqueles que possuem grandes extensões de áreas improdutivas) que, a partir do Direito pluralista poderia se chegar a resoluções a partir de norma “local” em que as partes pudessem chegar a um acordo com regras ditadas pela própria comunidade. Normas essas que, de acordo com o caso, vão servir a um tipo de problema determinado para cada setor social. Os conflitos agrários poderiam encontrar soluções mais justas e adequadas através de mecanismos pluralistas que considerem as normas e os valores das comunidades camponesas.

PLURALISMO JURÍDICO E INTERCULTURALIDADE

Para uma mudança significativa do modelo monista de Estado para um pluralismo jurídico, Wolkmer (2006, p. 113-114) propõe:

Repensar um projeto social e político contra-hegemônico, capaz de reordenar as relações tradicionais entre Estado e Sociedade, entre universalismo ético e o relativismo cultural, entre a razão prática e a filosofia do sujeito, entre o discurso de integração e de diversidade, entre formas convencionais de legalidade e as experiências plurais não-formais de jurisdição.

A proposta de Wolkmer é ambiciosa e exige uma reconfiguração profunda das relações sociais, políticas e jurídicas, baseada em um diálogo intercultural que valorize a diversidade. Neste sentido, esse novo comportamento jurídico passa por uma consciência social e política que consegue perceber novos modelos de relação da sociedade com o Estado, através da interculturalidade, isto é, um diálogo ininterrupto que leva em consideração as diversas formas de vida das comunidades, dos movimentos sociais, dos povos. A interculturalidade é, portanto, a chave para construir pontes entre diferentes sistemas de valores e práticas normativas. Desse modo, Wolkmer (2006, p. 114) mostra que, “significar outro modo de vida impulsiona a dimensão cultural por outras modalidades de experiências, de relações sociais e ordenações das práticas emergentes e instituintes”. A valorização da dimensão cultural permite o florescimento de novas formas de organização social e jurídica. Em contraposição a uma globalização neoliberal, focando-se nesse novo modelo social, diversificado, “a prioridade não estará no estado-nacional e no Mercado, mas, presentemente, na força da sociedade como novo espaço comunitário de efetivação da pluralidade democrática, comprometida com a alteridade e com a diversidade cultural” (Wolkmer, 2006, p. 114). A ênfase desloca-se do Estado e do mercado para a sociedade civil e suas comunidades como lócus de construção democrática e plural.

Assim, para que o pluralismo jurídico seja viabilizado será preciso afastar-se da dominação do capitalismo neoliberal, promovendo-se novas relações sociais a partir da diversidade política, econômica e cultural das comunidades. A superação do pluralismo jurídico requer uma transformação que transcenda o campo jurídico, alcançando as esferas política e econômica. Destarte, pode-se estabelecer que, “a constituição de uma cultura jurídica antiformalista, antiindividualista e antimonista, fundada nos valores do poder da comunidade, está necessariamente vinculada aos critérios de uma nova legitimação social e de um novo diálogo intercultural” (Wolkmer, 2006, p. 114). Uma nova cultura jurídica, pautada na comunidade e no diálogo intercultural, é essencial para a legitimação do pluralismo. Nesse contexto, a partir de uma nova consciência social, tendo como percepção a diversidade cultural que cultiva o diálogo igualitário entre Estado e sociedade, ao contrário do atual sistema, Wolkmer (2006, p. 120) enxerga que:

O reconhecimento de outra cultura jurídica, marcada pelo pluralismo de tipo comunitário-participativo e pela legitimidade construída através das práticas internalizadas de sujeitos sociais, permite avançar na redefinição e afirmação de direitos humanos numa perspectiva da interculturalidade.

O pluralismo comunitário-participativo, legitimado pelas práticas sociais e informado pela interculturalidade, oferece um caminho promissor para a redefinição

e efetivação dos direitos humanos. Dessa forma, será necessário estabelecer na sociedade atual um novo modelo intercultural, isto é, participativo, não individualista, comunitário, na sua relação com o Estado. Tendo como finalidade, a partir dessa conscientização e construção de um ordenamento jurídico pluralista dos países latino-americanos, a proteção, a garantia e a defesa dos direitos humanos. A construção de um ordenamento pluralista, alicerçada na interculturalidade, visa, em última instância, a plena realização dos direitos humanos para todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa perspectiva acima exposta, especialmente à luz do pensamento de Wolkmer, chega-se à conclusão que o modelo jurídico monista implantado no decorrer da história já não consegue resolver os problemas atuais dos países latino-americanos, estados nacionais que foram política, econômica, cultural e juridicamente, colonizados pelos europeus. A herança colonial e a inadequação do monismo jurídico são, portanto, desafios centrais para a América Latina.

Observa-se que, a partir da interculturalidade, os Estados periféricos, isto é, afastados do Direito hegemônico europeu, em especial a América Latina, necessitam rever seus sistemas jurídicos e promoverem, talvez, um Direito pluralista, que inclui, como visto, todas as demandas e camadas sociais. A interculturalidade surge como um princípio orientador para essa revisão, promovendo a inclusão e o reconhecimento da diversidade.

Propõe-se, destarte, um Direito comunitário que, ao lado do direito positivado, possibilite o cidadão de escolher qual o melhor caminho para a resolução de seus problemas. A coexistência de diferentes instâncias de justiça, com a possibilidade de escolha pelo cidadão, democratiza o acesso e a própria concepção de Direito. E que esse Direito pluralista, possa ainda mais ser impulsionado pelo próprio Estado, em diversos locais, como já acontece, de certa forma, com a conciliação, mediação, Justiça itinerante, isto é, a promoção de um Direito mais próximo das comunidades. O Estado não é visto como um obstáculo, mas como um potencial fomentador de práticas pluralistas que aproximem a justiça das pessoas.

O importante será a efetivação, a defesa de todos os direitos humanos estabelecidos ou não na Constituição por que um Direito originado do meio do povo, das comunidades indígenas, quilombolas, mulheres (pretas, pobres, desempregadas), moradores de rua, enfim, de todos os grupos humanos que de certa forma não se sentem alcançados pelas leis positivadas.

O foco final é a garantia dos direitos humanos para todos, especialmente para os grupos historicamente marginalizados, através de um Direito que emane de suas próprias realidades. E, para que essa mudança possa ser alcançada, para implantação de um modelo jurídico diverso, plural, comunitário, abrangendo a diversidade dos sujeitos, das comunidades, nos diversos espaços públicos, torna-se necessário promover uma consciência social, de dimensão intercultural, tendo como finalidade a promoção e efetivação plena dos direitos humanos.

A transformação rumo a um pluralismo jurídico efetivo depende, fundamentalmente, de uma mudança de consciência social orientada pela interculturalidade e pelo compromisso com os direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2 edição, Revista, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Imprensa: Porto Alegre, S. A. Fabris, 1988.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos**. El Otro Derecho, número 30, Junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C, Colombia. Disponível em: file:///C:/Users/jpo20/Downloads/Fajardo.pdf. Acesso em 03 junho 2025.

FREITAS, Janaína Helena de. GURGEL, Maria da Graça Marques. **As perspectivas e desafios do pluralismo jurídico na américa latina**. Suffragium – Rev. Tribunal Regional Eleitora do Ceará. Fortaleza, 2019.

PORTELA, Alessandra Matos. **Monismo Jurídico: entrave estatal à efetivação dos direitos humanos dos povos indígenas**. Ver. Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas. Santo Ângelo: v.18, n. 32, 2018.

_____. **Colonialidade do poder e Classificação social**. Epistemologias do Sul. Epistemologias do Sul / org. Boaventura de Sousa Santos, Maria Paula Meneses. - (CES). Disponível em: <https://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/Epistemologias%20do%20Sul.pdf>. Acesso em 04. Junho 2025.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Disponível em: https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em 03 junho 2025.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes**. Epistemologias do Sul. Epistemologias do Sul / org. Boaventura de Sousa Santos, Maria Paula Meneses. – (CES). Disponível em: <https://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/Epistemologias%20do%20Sul.pdf>. Acesso em 04 de junho 2025.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade**. Sequência Estudos Jurídicos, [S.l.] v. 27, n. 53, p. 113-128, 2006. DOI: 10.5007/%x. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15095>. Acesso em: 09 fev. 2024.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3 edição. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito/Legal Pluralism: na epistemic and methodological referential in the insurgency of the critical legal theories.** Revista Direito E Práxis, 10(4), 27112735. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/45886>. Acesso em: 13 jan. 2024.