

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS

P735

Pluralismo jurídico e diferenças [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-510-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Pluralismo jurídico. 4. Diferenças. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre PLURALISMO JURÍDICO E DIFERENÇAS.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico. Diferenças. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

CONSTRUINDO UM DIREITO DECOLONIAL: RECONHECIMENTO DO PLURALISMO JURÍDICO DE COMUNIDADES TRADICIONAIS NA LATINO AMÉRICA

BUILDING A DECOLONIAL LAW: LEGAL PLURALISM RECOGNITION OF TRADITIONAL COMMUNITIES IN LATIN AMERICA

Ana Clara Correa Henning ¹

Fernando da Silva Mattos ²

Thais Luzia Colaço ³

Resumo

O texto, a partir de revisão bibliográfica, traz considerações acerca das heranças coloniais que o direito ainda carrega, especialmente no que tange ao apego à centralidade estatal na produção de normas jurídicas. O monismo, assim, impede o reconhecimento de regramentos específicos de comunidades tradicionais, imposto pelo colonizador europeu aos povos conquistados. Os estudos decoloniais vem discutindo tais questões e, nessa direção, tanto normas de direito internacional quanto constituições latino-americanas preveem o pluralismo jurídico oriundo de grupos locais. Ainda que consideradas as dificuldades de sua interpretação e aplicação, a refundação do Estado na América Latina tem, no reconhecimento do pluralismo jurídico, elemento essencial para sua construção.

Palavras-chave: Direito decolonial, Pluralismo jurídico, Comunidades tradicionais, América latina

Abstract/Resumen/Résumé

This text, from a literature review, bring forward considerations about the colonial heritages that the law still carries, especially regarding the attachment to government centrality in the production of juridical norms. The monism, thus, prevents the recognition of specific regulations of traditional communities, imposed by the European colonizer to the conquered people. The decolonial studies has been discussing such issues and, in that direction, both rules of international law as Latin American constitutions foresee for juridical pluralism

¹ Doutora em Direito (UFSC). Especializanda em Epistemologías del Sur (CLACSO). Membro do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU) da UFSC. Professora adjunta da Faculdade de Direito (UFPel).

² Mestre em Direito (UFSC). Doutorando em Direito (UFSC). Membro do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU) da UFSC. Promotor Público no Estado do Paraná.

³ Doutora em Direito (UFSC). Pós-Doutora (Universidad Sevilla). Professora (UNESC). Professora titular aposentada (UFSC).

deriving from local groups. Although considered the difficulties in its interpretation and application, the refoundation of the State in Latin America has, in the recognition of legal pluralism, an essential factor for its construction.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Decolonial law, Legal pluralism, Traditional communities, Latin america

Introdução

A região do mundo em que habitamos foi, historicamente, palco de lutas e espoliações, não apenas territoriais, mas igualmente epistêmicas. O colonialismo europeu trouxe consigo toda uma gama de representações que, em decorrência, criou uma identidade subalterizada dos povos aqui encontrados e de outros, para cá trazidos e condenados à escravidão. O direito herdado e aplicado contemporaneamente é tributário dessa perspectiva, constatando-se, assim, a necessidade de construirmos estratégias para sua decolonização.

Adquire com isso enorme importância a discussão sobre o pluralismo jurídico, e, em especial, seu reconhecimento na organização das comunidades tradicionais brasileiras. Algumas constituições latino-americanas trazem em seu texto, explicitamente, considerações e regras jurídicas acerca dessas comunidades e de sua autodeterminação jurídica. Esta é uma das inúmeras formas de superar a subalterização histórica de grupos e povos cujas vozes foram deslegitimadas pela episteme jurídica estatal.

Objetivando desenvolver esse tema por meio de revisão bibliográfica, o presente texto percorre algumas etapas. De início, refere-se às relações coloniais e de colonialidade aqui perpetradas e à necessidade da busca pela decolonização do direito. Em seguida, traça algumas linhas de identificação de comunidades originárias ou tradicionais subalterizadas por tais relações e sua conceituação contemporânea teórica e legal.

Em um terceiro momento, conceitua pluralismo jurídico e indica suas principais características, ressaltando seu objetivo em superar a visão monista do direito estatal. Ao fim, indica algumas discussões sobre o reconhecimento legal, tanto nacional quanto internacional, do pluralismo jurídico, de especial importância para o regramento de direitos próprios de comunidades tradicionais.

1 Relações coloniais na América Latina e a busca pela decolonialidade jurídica

A América Latina possui uma trajetória histórica repleta de explorações territoriais e epistêmicas, que pode ser acompanhada desde o momento em que a Europa aqui aportou. Ainda que o choque de culturas tenha sido inevitável, a forma de poder que daí emergiu foi construída e propagada de acordo com interesses bem definidos. A perspectiva inaugurada foi, sob muitos aspectos, inédita na organização política e econômica mundial da época (GROSGOUEL, 2010, p. 464).

Tal perspectiva formou-se por meio de padrões de classificação, estabelecidos em dois momentos sucessivos: primeiro através teopolítica e, depois, pela egopolítica do conhecimento. Em ambos os casos, um ente abstrato sustenta um discurso universal, seja pela religião, seja pelo conquistador ou por cientistas, ditos civilizados. Segundo Enrique Dussel (1994), ao poder temporal da Igreja sucede o *ego conquisto*, fruto da expansão europeia (a partir de 1492), seguido pelo *ego cogito* cartesiano.

Dessa maneira, o século XVI foi palco da confluência de duas revoluções: econômica e epistemológica. A primeira, reuniu africanos, europeus e populações originárias no espaço que seria denominado de América. A segunda, iniciada na Europa, mas exportada ao resto do mundo por meio do colonialismo, inaugurou o racismo ontológico e epistemológico, advindo do conceito renascentista de homem e humanidade que classificou as diversas populações conhecidas. Daí a legitimação da Europa – e do homem branco – para invadir e expropriar terras não-ocidentais (MIGNOLO, 2008, p. 07).

Ressalta-se os significados concernentes ao racismo ontológico e epistemológico. Este pressupõe a demarcação de quem, de onde e como os conhecimentos são considerados válidos; aquele, a distinção biológica do conquistador (branco) e do conquistado (negros, índios, mulheres). Essas perspectivas expandiram-se juntamente com a colonização, que destinou a alguns o trabalho intelectual e a outros, a servidão (índios) ou a escravidão (negros) (LEMONS; SANTOS, 2015, p. 02-03).

Há que se diferenciar, igualmente, colonialismo de colonialidade. O primeiro constitui-se em uma relação hierárquica de poder político, estabelecida entre a metrópole e a colônia. Seu fim ocorre com a independência da nação subordinada. Colonialidade, por sua vez, é um termo que designa as diferentes maneiras pelas quais a mentalidade do povo colonizado constrói a imagem do povo conquistador em detrimento da sua própria (GROSFUGUEL, 2010, p. 467-468).

Durante o domínio colonial, não somente se produzia conhecimento acerca do colonizado para melhor dominá-lo, mas também afirmava-se culturalmente a supremacia europeia, com a transmissão da sua visão de mundo, religião, linguagem, artes e ciência no território conquistado. Essa perspectiva subsistiu ainda após a independência da nação colonizada, uma vez que esta, por anos, teve sua cultura forjada por comparações que lhe destinavam um lugar subalterno perante sua metrópole (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 19). É por isso que a colonialidade faz referência a uma relação específica de dependência de onde decorrem as formas de racismo apontadas acima: dependência dos colonos em relação à metrópole, e construção identitária subalterna dos povos colonizados. Dessa maneira:

[...] a pequena minoria branca no controle dos Estados independentes e das sociedades coloniais não podia ter tido nem sentido nenhum interesse social comum com os índios, negros e mestiços. Ao contrário, seus interesses sociais eram explicitamente antagônicos com relação aos dos servos índios e os escravos negros, dado que seus privilégios compunham-se precisamente do domínio/exploração dessas gentes. De modo que não havia nenhum terreno de interesses comuns entre brancos e não brancos, e, conseqüentemente, nenhum interesse nacional comum a todos eles. Por isso, do ponto de vista dos dominadores, seus interesses sociais estiveram muito mais próximos dos interesses de seus pares europeus, e por isso estiveram sempre inclinados a seguir os interesses da burguesia européia. Eram, pois, dependentes (QUIJANO, 2005, p. 33).

Hoje, os estudos decoloniais partem dessa redimensão histórica, situando o nascimento da modernidade não no século XVIII, como vinha sendo até então, mas desde o século XVI, com a conquista da América. Daí o termo modernidade/colonialidade (MIGNOLO, 2005, p. 38), uma vez que ambas nasceram juntas e são co-dependentes. Essa desconstrução da história ocorre sob pontos de vista daqueles subalterizados, tendo como objetivo descolonizar a epistemologia ocidental, considerando também outros conhecimentos não-ocidentais, apartados do cânon do Ocidente (YOUNG, 2010, p. 283). Este é um processo lento e difícil, considerando a forte interconexão entre colonialidade e subjetividade. Nas palavras de Walter Mignolo:

A colonialidade do poder mundial não se "destrói" com bombas nem com manifestações multitudinárias da multidão, nem com protestos durante as reuniões dos G8. O desmantelamento da colonialidade do poder mundial é um processo de descolonização do conhecimento e da formação de subjetividades que mantém, legítima e naturalizada, a colonialidade do poder mundial. "Desprender-se" não significa retirar-se para a selva ou para a montanha para viver como ermitões, mas significa desprender-se das regras do jogo e começar a jogar outro jogo [...] ¹ (MIGNOLO, 2008, p. 19).

O colonialismo interno é correlato a estas considerações. As comunidades originárias ou tradicionais (indígenas, quilombos, ciganos) podem ser entendidas como colônias internas no espaço nacional, produzindo igualmente as relações que se costuma ressaltar entre as colônias e as metrópoles (BALDI, 2014, p. 55). Seus conhecimentos não possuem o estatuto científico, sua organização social é considerada primitiva e suas vozes, deslegitimadas.

¹ No original: *La colonialidad del poder mundial no se "destruye" con bombas ni con manifestaciones multitudinarias de la multitud, ni con protestas durante las reuniones de los G8. El desmantelamiento de la colonialidad del poder mundial es un proceso de descolonización del conocimiento y de la formación de subjetividades que mantiene, legítima y naturalizada, la colonialidad del poder mundial. "Desprenderse" no significa retirarse a la selva o a la montaña para vivir como ermitaños sino que significa desprenderse de las reglas del juego y comenzar a jugar otro juego [...].* Esta e as demais traduções foram feitas pelos autores.

Ao direito, o panorama traçado tem muito a contribuir. As "regras do jogo" as quais os juristas ocidentais contemporâneos acostumaram-se a seguir são, tipicamente, modernas. Nosso sistema jurídico é monista, centrado na legalidade estatal e na abstração, propondo-se a um alcance universal e homogêneo (WOLKMER, 2013, p. 03). Lidar com o local e o plural, para ele, é desvirtuar esses objetivos. A fim de validar-se, fala a partir de um não-lugar, que paira sobre espaços concretos, abstraído de diversidades culturais.

A normatização legal latinoamericana, assim, herda características da modernidade/colonialidade na qual foi forjada, perpassada por colonialidades jurídicas tais como a estatuto de tutela indígena ainda em vigor no Brasil ou como a recusa de diversos países em aplicar normas locais, legitimando apenas o regramento de direito estatal.

A decolonização desse direito moderno é um objetivo, conforme pode se verificar, que demandará tempo e estratégias diversificadas, envolvendo a legitimação de sistemas de direito locais, modificações constitucionais, elaboração de normas jurídicas infraconstitucionais, criação de ferramentas hermenêuticas interculturais, reorganização do ensino jurídico dentro e fora das academias, dentre outras enumerações possíveis.

Nessa esteira, algumas constituições latinoamericanas foram elaboradas e outras alteradas tendo por fundamento, explícito em muitos dos casos, a decolonização, conforme se verá. O contexto dessas regras jurídicas legitima grupos que, historicamente, tiveram suas vozes desconsideradas pelo direito moderno. Dentre eles, as comunidades tradicionais, cujo conceito e caracterização se desenvolve a seguir.

2 Reconhecimento jurídico da pluralidade: conceituação teórica e legal de comunidades tradicionais

Definir os limites que compõem o conceito de comunidades tradicionais é algo imprescindível para os fins do presente trabalho. Para tanto, importante consignar quais são suas características principais e suas diferenças em relação à sociedade envolvente. Teoricamente, considera-se comunidade tradicional um grupo de pessoas que compartilha práticas, usos e costumes diferentes daqueles praticados pela sociedade urbana e que possuem uma relação de interdependência com a natureza.

Cristiane Derani (2012, p.86-87) salienta que não é suficiente que a comunidade encontre-se num local fixado pelo seu trabalho, sendo indispensável que possua marcas claras no seu modo de vida. Resume estas da seguinte forma:

1. Posse comunal ou familiar da terra; 2. Produção voltada predominantemente para dentro da comunidade; 3. Distribuição comunitária do trabalho não assalariado; 4. Tecnologia desenvolvida e transmitida por processo comunitário, a partir da disposição de adaptação ao meio em que se estabelecem; 5. Transmissão da propriedade, conhecimento, pela tradição comunitária, integracional.

Percebe-se, pelos elementos expostos, que a transmissão de conhecimento sobre o manejo dos recursos naturais internos da comunidade, sem finalidade mercantil, é componente caracterizador de uma comunidade tradicional.

O grande papel de conservação exercido pelas comunidades tradicionais em relação aos recursos naturais existentes em seu território, é algo assinalado por Antônio Carlos Diegues (1992, p. 142). Ressalta o mencionado autor, ainda, o fato de que as comunidades tradicionais organizam-se econômica e socialmente sem a utilização de trabalho assalariado e com pouca ou nenhuma acumulação de capital. As atividades econômicas são exercidas em pequena escala, como agricultura e pesca, coleta e artesanato, e por produtores independentes que se utilizam dos recursos naturais renováveis, os quais conhecem empiricamente e os transmitem às gerações posteriores.

Da mesma forma, a inexistência de outra fonte renda, padrão de consumo restrito, reutilização de objetos, baixa densidade populacional, baixo nível de poluição e limitado desenvolvimento tecnológico, fazem com que sua interferência no meio ambiente seja limitada. Ainda integra a cultura das populações tradicionais o respeito aos recursos naturais e aos demais membros da comunidade.

Em suma, segundo Diegues (1999, p. 21-22), é possível afirmar que as comunidades tradicionais caracterizam-se:

- a) pela dependência, frequentemente, de uma relação de simbiose entre a natureza, os ciclos naturais e os recursos naturais renováveis com os quais se constrói um *modo de vida*;
- b) pelo conhecimento aprofundado da natureza e de seus ciclos que se reflete na elaboração de estratégias de uso e de manejo dos recursos naturais. Esse conhecimento é transferido por oralidade de geração em geração;
- c) pela noção de território ou espaço onde o grupo social se reproduz econômica e socialmente;
- d) pela moradia e ocupação desse território por várias gerações, ainda que alguns membros individuais possam ter se deslocado para os centros urbanos e voltado para a terra de seus antepassados;
- e) pela importância das atividades de subsistência, ainda que a produção de mercadorias possa estar mais ou menos desenvolvida, o que implica uma relação com o mercado;

O autor, prossegue, enumerando mais seis aspectos:

- f) pela reduzida acumulação de capital;
- g) importância dada à unidade familiar, doméstica ou comunal e às relações de parentesco ou compadrio para o exercício das atividades econômicas, sociais e culturais;
- h) pela importância das simbologias, mitos e rituais associados à caça, à pesca e a atividades extrativistas;
- i) pela tecnologia utilizada que é relativamente simples, de impacto limitado sobre o meio ambiente. Há uma reduzida divisão técnica e social do trabalho, sobressaindo o artesanal, cujo produtor (e sua família) domina o processo de trabalho até o produto final;
- j) pelo fraco poder político, que em geral reside com os grupos de poder dos centros urbanos;
- l) pela autoidentificação ou identificação pelos outros de se pertencer a uma cultura distinta das outras.

No âmbito normativo brasileiro, o Decreto n. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007 (BRASIL, 2007), em seu art. 3º, estabelece uma definição para povos e comunidades tradicionais, dando especial enfoque ao autoreconhecimento e à relação entre recursos naturais e manutenção da cultura, senão vejamos:

Povos e Comunidades Tradicionais são grupos que possuem culturas diferentes da cultura predominante na sociedade e se reconhecem como tal. Estes grupos devem se organizar de forma distinta, ocupar e usar territórios e recursos naturais para manter sua cultura, tanto no que diz respeito à organização social quanto à religião, economia e ancestralidade.

Ademais, a Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001 (BRASIL, 2001), que regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição e dispositivos da Convenção sobre Diversidade Biológica, traz a seguinte definição para comunidades tradicionais em seu art.7º, III:

Comunidade local: grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas;

É possível constatar que a cultura é elemento central nas definições teóricas e normativas de comunidade tradicional. Verifica-se, assim, a impossibilidade de caracterizar a sua existência sem a presença de uma forte relação com aspectos culturais e sua transmissão de geração para geração.

Para Manuela Carneiro da Cunha, definir as populações tradicionais pela adesão à tradição é algo contraditório com os conhecimentos atuais da antropologia. Além disso, considerar o baixo impacto da relação das comunidades tradicionais com o ambiente e após afirmar que estas são ecologicamente sustentáveis seria uma tautologia. Entende que mais

adequado é definir populações tradicionais da maneira que denomina “extensional”, ou seja, “[...] enumerando seus ‘membros’ atuais, ou candidatos a membros” (CUNHA, 2009, p.278).

Prossegue a autora:

Termos como "índio", "indígena", "tribal", "nativo", "aborígene" e "negro" são criações da metrópole, são frutos do encontro colonial. E embora tenham sido genéricos e artificiais ao serem criados, esses termos foram sendo aos poucos habitados por gente de carne e osso. É o que acontece, mas não necessariamente, quando ganham status administrativo ou jurídico. Não deixa de ser notável o fato de que com muita frequência os povos que começaram habitando essas categorias pela força tenham sido capazes de apossar-se delas, convertendo termos carregados de preconceito em bandeiras mobilizadoras. Nesse caso, a deportação para um território conceitual estrangeiro terminou resultando na ocupação e defesa desse território.

Há uma grande variedade de comunidades tradicionais no Brasil. Diegues (1999, p. 22), recorrendo a dados empíricos, traz os seguintes exemplos de comunidades tradicionais: “comunidades caiçaras, os sitiantes e roceiros tradicionais, comunidades quilombolas, comunidades, ribeirinhas, os pescadores artesanais, os grupos extrativistas e indígenas”. Na sequência arrola exemplos empíricos de populações não tradicionais: “[...] fazendeiros, veranistas, comerciantes, servidores públicos, empresários, empregados, donos de empresas de beneficiamento de palmito ou outros recursos, madeireiros, etc.”

A invisibilidade que comumente atinge os segmentos em situação de maior vulnerabilidade social, como tal é a população tradicional, torna indispensável que sejam expostas suas características específicas, a fim de que, com o conhecimento das suas especificidades, haja uma maior visibilidade das suas necessidades e forma de organização, que são distintas das necessidades e forma de organização da sociedade não-tradicional.

Isso porque, conforme salienta Joaquim Schiraishi Neto (2007, p. 34), o direito ocidental se propõe “abstrato”, reivindicador de uma “homogeneidade universal”, que tem compromisso com um “projeto global de sociedade”. Desta forma, ao se apresentar como único, o direito acaba por desprezar as noções de “local”, “realidade” e “pluralidade”. Tal pretensão de universalidade, que é da essência do direito moderno, torna invisíveis os sujeitos que, por suas características imanentes, não estejam comprometidos com o mencionado “projeto global de sociedade”. A fim de romper com esse projeto hegemônico, que invisibiliza as características específicas das comunidades tradicionais, é que surgem projetos outros, voltados a demonstrar a existência de possibilidades diversas de organização jurídica que não estejam submetidas aos comandos estabelecidos pelo poder estatal.

Nesse contexto, com o objetivo de relativizar essa pretensão de totalidade, de universalidade do direito, emerge a noção de “pluralismo jurídico”, apontando espaços de

produção de normatividade próprios e autênticos, mais compatíveis com os elementos componentes das comunidades tradicionais antes expostos.

3 Pluralismo Jurídico: conceito e características principais

Conforme exposto, as comunidades tradicionais possuem formas de organização internas próprias que se estruturam com base na sua cultura e são transmitidas de geração para geração.

As mencionadas formas de organização são vivenciadas pela comunidade como “jurídicas”, na medida em que visam regulamentar o modo de viver destas de maneira não necessariamente vinculada ao modelo pretensamente hegemônico estabelecido pelo Estado. Tendo carga de juridicidade, é possível entender-se que entre as comunidades tradicionais há a manifestação do que se convencionou denominar “pluralismo jurídico”.

Prima facie, imperioso mencionar que os limites estreitos do presente ensaio não possibilitarão uma análise de todas as peculiaridades que envolvem o estudo do tema “pluralismo jurídico”. Serão apresentadas somente linhas gerais, com o objetivo de possibilitar o enfrentamento do tema proposto, qual seja, a existência de modelos de pluralismo jurídico nas formas de organização das comunidades tradicionais brasileiras.

Tratar do tema “pluralismo jurídico”, principalmente no Brasil, passa necessariamente pela análise da vasta produção, a respeito do tema, do autor e professor de direito Antônio Carlos Wolkmer.

Na obra “Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito”, Wolkmer (1994, p. 168) ensina que da mesma forma que se pode falar em inúmeras dimensões de pluralismo filosófico, sociológico ou político, é possível se falar em diversas tendências de pluralismo jurídico, com origens e caracterizações múltiplas. Desta forma, embora não seja possível estabelecer uma unidade de princípios essenciais que o caracteriza, é razoável indicar o núcleo para o qual converge, qual seja, a negação do estado como fonte única de todo o Direito. O autor afirma que:

Trata-se de uma postura antidogmática que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais. Assim, minimiza-se ou exclui-se a legislação formal do Estado e prioriza-se a produção normativa multiforme de conteúdo concreto gerada por instâncias, corpos ou movimentos organizados semi-autônomos que compõem a vida social. Não se há de aquiescer à ideia de que o pluralismo jurídico limita-se tão somente a uma função das forças vivas da sociedade contra a onipotência funcional do moderno Estado capitalista. Ora, na verdade, bem antes da produção e do controle hegemônico do Direito por parte do

Estado burguês soberano, subsistiu uma rica e longa trajetória histórica de práticas autônomas de elaboração legal comunitária.

Reconhecendo a impossibilidade de se estabelecer um único conceito para pluralismo jurídico, haja vista a existência de múltiplos fenômenos de pluralismo legal, que ora privilegiam o aspecto jusfilosófico, ora sociológico ou antropológico, Wolkmer (1994, p.192) propõe-se a formular uma conceituação que possibilite ao menos a delimitação dos seus elementos gerais, qual seja:

[...] há de se designar o pluralismo jurídico como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais (WOLKMER, 1994, p.195).

Interessante notar na conceituação acima trazida, a possibilidade de se falar em pluralismo jurídico mesmo em se tratando de práticas jurídicas oficiais. Em relação especificamente a este ponto, Wolkmer (1994, p. 198) informa que “[...] o pluralismo legal cobre não só práticas independentes e semi-autônomas, com relação ao poder estatal, como também práticas normativas oficiais/formais e práticas não-oficiais/informais.”

Assim, entre outras propostas de classificação, pode-se apresentar a existência de: a) um pluralismo jurídico estatal: reconhecido, permitido e controlado pelo Estado; b) um pluralismo jurídico comunitário: autêntico, agindo num espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, que subsistem sem o controle estatal (WOLKMER, 1994, p. 200-201).

O pluralismo jurídico propõe a necessidade de repensar novos padrões de referência e legitimação não comprometidos com o modelo de direito estatal, positivista, monista, pretensamente hegemônico e formalista.

Segundo Wolkmer (2001), o pluralismo jurídico pode exercer uma função ideológico-instrumental conservadora ou emancipatória. O tipo conservador de pluralismo, vinculado a projetos de pós-modernidades, aumenta as desigualdades sociais e potencializa a exploração e a marginalização dos historicamente oprimidos. Diferencia-se do pluralismo progressista e democrático, proposto pelo autor, na medida em que este busca o estabelecimento de estratégias democráticas que integrem os segmentos populares e os novos sujeitos coletivos de base.

Na mesma obra, Wolkmer afirma que o pluralismo jurídico na concepção emancipatória propõe a construção de um projeto político-jurídico resultante dos processos de

luta dos oprimidos, das vítimas, dos espoliados, travada para satisfação das suas necessidades essenciais. Trata-se de um projeto de alteridade edificado para e pelos ocupantes dos espaços periféricos do capitalismo latino-americano, pressupondo a articulação dos seguintes requisitos: a) legitimidade de novos sujeitos sociais; b) democratização e descentralização de espaços públicos participativos; c) existência de defesa de caráter pedagógico de uma ética da alteridade; d) consolidação de processos comprometidos com uma racionalidade emancipatória.

Percebe-se que tratar de pluralismo jurídico, no contexto latino-americano, é buscar o afastamento de propostas de normatividade que desconsiderem as diferentes juridicidades existentes em espaços não-oficiais, não estatais. Nesse cenário, tem-se que o paradigma monista estatal oblitera a organização e regulamentação próprias estabelecidas no seio das comunidades tradicionais.

De outro vértice, a noção de pluralismo jurídico abre espaço para a consolidação dos processos de luta desses grupos, baseados principalmente no respeito a sua autodeterminação. Daí o reconhecimento de tais realidades, que sobrevivem a par de sua deslegitimação pelo estado:

Esta pode ser considerada a razão pela qual, durante a última década, uma série de países latino-americanos fizeram mudanças substanciais em suas Cartas Constitucionais para acercar a institucionalidade legal com a realidade plural de seus países, sobretudo em atenção às demandas indígenas (ALMEIDA, 2011, p. 44).

Pode-se, ainda, ao lado do pluralismo jurídico, somar-se à pretensão de não adesão a um “projeto global de sociedade” que almeja se impor em face das populações tradicionais, o conjunto de processos de ruptura construído no âmbito latino-americano, que se descreveu brevemente no início deste texto, denominado pensamento decolonial. Cabe, por fim, verificar a existência de normatizações que reconheçam essa pluralidade de direitos. É o que se passa a relatar.

4 Reconhecimento legal do pluralismo jurídico em comunidades tradicionais

Questão fulcral nos debates decoloniais, o pluralismo jurídico é hoje objeto de pesquisa de inúmeros investigadores. Em tempos coloniais, autores afirmam que “a negação do direito do colonizado começa com a afirmação do direito do colonizador, negação que é, em realidade, do próprio direito coletivo e concretização do direito individual” (ALMEIDA,

2011, p. 41). Ou seja, a adoção de um sistema jurídico europeu em terras latino-americanas privilegiou os direitos individuais, típicos do pensamento liberal, em detrimento de uma gama de direitos coletivos, construídos e vivenciados por comunidades originárias. Dessa forma:

O estado-nação monocultural, o monismo jurídico e um modelo de cidadania censitária (para homens brancos, proprietários e ilustrados) foram a coluna vertebral do horizonte do constitucionalismo liberal do século XIX na Latinoamérica. Um constitucionalismo importado pelas elites *criollas* para configurar estados a sua imagem e semelhança com exclusão dos povos originários, dos afrodescendentes, das mulheres e das maiorias subordinadas, e com o objetivo de manter a sujeição indígena² (FAJARDO, 2011, p. 140).

Presencia-se desconstruções dessa perspectiva, tanto em dimensão nacional quanto internacional. Desta, ressalta-se, especialmente, aquelas estabelecidas em tratados e convenções - como a Convenção n. 169 da Organização Mundial do Trabalho (OIT) -, prevendo direitos coletivos, considerados como direitos humanos que alcançam grupos diferenciados, tais como as comunidades tradicionais, por exemplo: direito ao território, à preservação cultural, ao desenvolvimento de identidade étnica e à autodeterminação (ALMEIDA, 2011, p. 46). Essa Convenção é obrigatória para os estados-membros, que devem apresentar relatórios anuais sobre a sua implementação à OIT. Seu texto trata do reconhecimento e da preservação da identidade de povos indígenas e tribais, e estabelece a tais grupos um certo grau de autogoverno, em decidir suas prioridades e seu desenvolvimento (arts. 7; 25.1; 27.2 e 3; 22.3; 13-19) (OIT, 1989).

A Convenção determina algumas regras para a convivência entre o direito estatal e o direito próprio dessas comunidades. Assim, na aplicação a legislação nacional, deve-se levar em conta os costumes e o direito consuetudinário destes povos; ao mesmo tempo, permitir a conservação de seu direito, desde que este não confronte os direitos fundamentais e os direitos humanos internacionais (art. 8). Quanto a repressão dos delitos, sempre que possível – e quando não afronte direitos fundamentais e humanos – deve-se respeitar a forma como esses povos aplicam suas sanções (art. 9). Se as punições forem executadas pelo Estado, os costumes desses povos devem ser considerados (art. 10) (OIT, 1989).

² No original: *El Estado-nación monocultural, el monismo jurídico y un modelo de ciudadanía censitaria (para hombres blancos, propietarios e ilustrados) fueron la columna vertebral del horizonte del constitucionalismo liberal del siglo XIX en Latinoamérica. Un constitucionalismo importado por las elites criollas para configurar estados a su imagen y semejanza, con exclusión de los pueblos originarios, los afrodescendientes, las mujeres y las mayorías subordinadas, y con el objetivo de mantener la sujeción indígena.*

A Declaração da Organização das Nações Unidas sobre o Direito os Povos Indígenas, de 2007, ainda que não seja um instrumento de aplicação obrigatória, aprofunda os direitos previstos na Convenção 169 da OIT e assegura a livre determinação desses povos. Versa sobre cidadania étnica e, o que tem especial relevância para este texto, reconhece o direito ao exercício da justiça comunitária (ONU, 2007).

Tais regramentos internacionais inspiraram diversos processos de reconhecimento constitucional dos direitos acima elencados. Cita-se a Constituição Federal brasileira, de 1988, que reconhece uma série de direitos às comunidades indígenas (art. 231), a propriedade da terra quilombola (art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), a proteção a direitos coletivos e da pluriculturalidade, legitimando usos e costumes indígenas (BRASIL, 1988). Entretanto, a categoria “usos e costumes” é criticada por boa parte da doutrina, já que “não deveriam, pois, ser reconhecidos apenas como ‘usos e costumes’, dentro de uma chave colonial, mas sim como verdadeiros sistemas jurídicos; em suma, como ‘direito próprio’” (BALDI, 2014, p. 48).

As constituições da Bolívia e do Equador, por sua vez, referem ao pluralismo jurídico em seus textos sob o fundamento da interculturalidade, dos direitos das populações originárias e sua autodeterminação. Da mesma forma, determinam a participação popular na gestão dos órgãos públicos e reconhecem as jurisdições indígenas. Este reconhecimento está expresso em ambas as constituições: da Bolívia, nos arts. 190-192 e do Equador, no art. 171. Formas de participação política também são instituídas, como o plebiscito, o referendo, a consulta, além da democracia comunitária no interior dos grupos sociais, de acordo com seus próprios mecanismos de participação política (FAJARDO, 2011, art. 150-151).

Também tratam da formação plurinacional dos estados e na adoção de práticas ancestrais, em uma conexão “mestiça” entre as tradições e o presente. Nesse sentido, procuram superar conceitos ocidentais, legitimando saberes indígenas e autóctones, assumindo o pluralismo jurídico que emerge de suas sociedades (VIEIRA; ARMADA, 2014, p. 57-59).

Como deve ser, entretanto, organizada a convivência entre os direitos abrangidos pelo pluralismo jurídico? Essa questão é importante, especialmente quando se leva em consideração os conflitos (regulações distintas ou contraditórias) entre tais direitos, a necessidade destes interagirem e o cuidado em não estabelecer hierarquias entre eles:

Uma dessas soluções articuladoras dos vários direitos conviventes entre si no Pluralismo Jurídico é a de um *Direito Positivo Estatal radicalmente democrático somado a um Pluralismo Jurídico Independente ou pelo menos integrado*. Ela

suscita um duplo processo: o de um direito estatal mais poroso e permeado pelos inúmeros pleitos e demandas materiais dos diversos grupos sociais que ele regula; e o do funcionamento de um direito dos grupos, não só o permitido pelo Estado como também o independente ou autônomo dele (ALBERNAZ; WOLKMER, 2008, p. 87).

Pode-se afirmar que “o novo constitucionalismo pluralista destaca o reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos políticos e não apenas como objetos de políticas ditadas por outros” (URQUIDI; TEIXEIRA; LANA, 2008, p. 214). Ainda, assim, há brechas entre a legislação nacional e internacional: inconsistências legais, ausência de legislação infraconstitucional que dê efetividade aos direitos constitucionais e quase inexistência de pessoal com conhecimento técnico sobre esses temas trabalhando na administração pública, o que faz com que muitas dessas garantias não tenham efetividade prática nas comunidades.

Há, portanto, muito ainda que ser aperfeiçoado nesses textos constitucionais, especialmente há a necessidade de elaborar uma hermenêutica pluralista para lidar com as inconsistência e contradições de seus regramentos e avançar no projeto descolonizador (FAJARDO, 2011, p. 154).

As sociedades latino-americanas são mestiças e complexas, não combinando com o abstracionismo e homogeneidade do modelo moderno de direito. Diversos tribunais já reconhecem essa discrepância, procurando se aproximar dessa sociedade plural. No entanto, se reconhece que essa tarefa será um processo lento e difícil para todos os sujeitos de direito envolvidos - comunidades, juízes, advogados, professores, academia, servidores públicos, dentre outros (FAGUNDES; WOLKMER, 2011, p. 398-399).

Refundar o estado, dessa forma, toma o sentido de uma reconstrução “desde abaixo”, reconhecendo complexidades e diálogos entre culturas antes ignoradas, como as práticas políticas, jurídicas e econômicas indígenas, quilombolas e campesinas. O estado plurinacional abrange várias nações, prevendo-lhes direitos coletivos que protegem as subjetividades entrelaçadas do grupo e que atuarão ao lado dos direitos individuais.

Conclusão

A colonização do território latino-americano constituiu um conjunto estratégias subalterizadoras das comunidades locais. Diante da valorização da cultura europeia, tanto o racismo ontológico quanto o epistemológico distinguiram os povos conquistados de seus conquistadores. A colonialidade daí resultante estruturou o direito e sua aplicação em

sociedade ocidentais modernas, resultando em um sistema jurídico monista, estatal e abstrato, com pretensões de universalidade e homogeneização.

Resistindo a essa perspectiva, alguns sistemas jurídicos de países latino-americanos trazem o reconhecimento da diversidade social e de grupos antes silenciados, como as comunidades tracionais ou originárias. Estas, em uma dimensão fortemente cultural, distinguem-se da organização das sociedades não-tradicionais, especialmente no que diz respeito à solidariedade comunal, ao uso da terra e trato com a natureza e a aplicação de um sistema jurídico local, próprio de cada comunidade.

O pluralismo jurídico, assim, é importante elemento desses grupos, em sua negação do direito como oriundo, unicamente, do Estado, atestando a supremacia da vivência cotidiana sobre aspectos formais do direito moderno. Seu reconhecimento, hoje, ocorre tanto em regras internacionais, como a Convenção n. 169 da OIT e a Declaração da Organização das Nações Unidas sobre o Direito os Povos Indígenas, quanto em constituições nacionais, como as do Equador e da Bolívia. Esses textos fazem referência a práticas ancestrais e a construções contemporâneas, constatando um direito “mestiço”, conectado às necessidades concretas das comunidades.

Constata-se, entretanto, que muito há o que fazer para aprimorar a aplicação desse direito plural, que suscita questionamentos sobre: articulação entre o pluralismo jurídico e o direito estatal; inconsistências e mesmo confronto entre ambos; legislações infraconstitucionais que garantam sua execução; corpo técnico-administrativo aparelhado para auxiliar nesse processo. Além disso, urge a elaboração de uma hermenêutica própria, que lide com as nuances de diversos sistemas de direito que convivem, em maior ou menor grau, entre si.

O reconhecimento do pluralismo jurídico é, sem dúvida, um grande passo no caminho da construção de um estado plurinacional. A refundação do estado, na América Latina, contudo, exige um diálogo permanente entre culturas, em grande parte silenciadas por muito tempo, demandando uma postura decolonial no debate sobre o direito próprio de comunidades tradicionais.

Referências

ALBERNAZ, Renata O.; WOLKMER, Antonio Carlos. As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico. **Revista Sequência**, no 57, p. 67-94, dez., 2008.

ALMEIDA, Marina Corrêa de. A cultura legal emergente latino-americana: o pluralismo jurídico rompendo os laços imperialistas no direito. **Revista Brasileira de Estudos Latino-Americanos**, v. 1, n. 1, p. 38-50, jun., 2011.

BALDI, César Augusto. De/colonialidade, direito e quilombolas - repensando a questão. *In*: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; FERREIRA, Heline Sivini; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. **Direito socioambiental: uma questão para América Latina**. Curitiba: Letra da Lei, 2014. p. 31-83.

BRASIL. **Decreto n. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acessado em 02 de março de 2015.

BRASIL. **Medida Provisória n. 2.186-16, de 23 de agosto de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm. Acessado em 02 de março de 2015.

CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

DERANI, Cristiane. **Estudos sobre acesso aos recursos genéticos da biodiversidade, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios: interpretação da Medida Provisória 2186/2001**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

DIEGUES, Antônio Carlos. Desenvolvimento sustentável ou sociedades sustentáveis: da crítica dos modelos aos novos paradigmas. **São Paulo em Perspectiva**, n.1-2, jan./julho, 1992.

DIEGUES, Antônio Carlos (Org.). **Os saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil**. São Paulo: NUPAUB-USP: MMA, 2000.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 139-159.

LEMOS, Girleide Torres; SANTOS, Aline Renata dos. A desobediência civil e epistêmica: possibilidades de compreensões Outras sobre as realidades do território rural através dos Estudos Pós-Coloniais Latino-Americanos. Disponível em: http://actacientifica.servicioit.cl/biblioteca/gt/GT17/GT17_TorresLemos_RenataDosSantos.pdf. Acessado em 20 de março de 2015.

MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. *In*: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2005. p. 35-54.

MIGNOLO, Walter D. La opción descolonial. **Letral**, n. 01, p. 04-22, 2008.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005. p. 227-278.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim (Org.). **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil**: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007

URQUIDI, Vivian; TEIXEIRA, Vanessa; LANA, Eliana. Questão Indígena na América Latina: Direito Internacional, Novo Constitucionalismo e Organização dos Movimentos Indígenas. **Cadernos PROLAM/USP**, ano 08, v. 01, p. 199 – 222, 2008.

VIEIRA, Ricardo Stanzola; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Paradigmas do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista Científica Direitos Culturais – RDC**, v. 09, n. 18, p. 49-62, maio/agosto, 2014.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. *In*: WOLKMER, Antonio C.; MELO, Milena P. (Orgs.). **Constitucionalismo Latino-americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Pluralismo Jurídico: Novo marco emancipatório na historicidade latino-americana. **Revista Cadernos de Direito**, Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, v. I, n. I, 2001.

YOUNG, Robert J.C. Qué es la crítica pós-colonial? **Pensamiento Jurídico**, Bogotá, n. 27, p. 281-294, enero-abril, 2010. Tradução de Maria Donapetry.