

## O PLURALISMO JURÍDICO COMO UM MECANISMO DE FORTALECIMENTO DA AGENDA DE DIREITOS HUMANOS

### *THE LEGAL PLURALISM AS A MECHANISM FOR STRENGTHENING THE HUMAN RIGHTS AGENDA*

Artigo recebido em 19/05/2023

Artigo aceito em 29/06/2023

Artigo publicado em 23/10/2023

#### **Leonardo da Rocha de Souza**

Professor Efetivo da Fundação Universidade Regional de Blumenau/SC (FURB), atuando na graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito como membro do corpo docente permanente. Realizou estágio pós-doutoral em Direito (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Membro do grupo de pesquisa 'Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça'. E-mail: [leorochasouza@gmail.com](mailto:leorochasouza@gmail.com).

#### **Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito. Professora Substituta do curso de Direito da FURB – Universidade Regional de Blumenau. E-mail: [liviasolana@gmail.com](mailto:liviasolana@gmail.com).

**RESUMO:** O monismo jurídico é uma invenção da modernidade. O paradigma estadualista nasce junto com as revoluções liberais do século XVIII, e junto da teoria da soberania, estabeleceu uma relação discursiva circular muito clara: o homem – este ser soberano que nasce do jusracionalismo moderno – inventa o Estado e autoriza, racionalmente, a produção legislativa através dele, de modo que as leis, provenientes de um único local, são legítimas porque, em última análise, vêm do povo. Os direitos humanos, por sua vez, florescem dentro dessa mesma grade discursiva. Ocorre que, com o advento da globalização, o paradigma estadualista entra em crise, dando lugar a uma perspectiva pluralista como possível nova chave de leitura da (pós)modernidade. Neste contexto, os direitos humanos enfrentam uma equação de sinal trocado: ao mesmo tempo em que precisam ter um denominador comum que se adeque ao mundo global, um direito efetivo de todos, precisam respeitar as localidades, as particularidades e peculiaridades culturais locais. Essa tensão dos direitos humanos 'glocais' tende a ser resolvida por meio do multiculturalismo. O que se propõe nesse texto é a saída pelo pluralismo jurídico, ou seja, verificar como o paradigma pós-estadualista pode fortalecer os direitos humanos, pois reconhece um aprofundamento democrático e multicultural.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pluralismo jurídico; Direitos humanos glocais; Pós-estadualismo; Globalização; Democracia.

**ABSTRACT:** Legal monism is an invention of modernity. The state paradigm was born together with the liberal revolutions of the 18th century, and together with the theory of

sovereignty, it established a very clear circular discursive relationship: man – this sovereign being born from modern legalism – invents the State and rationally authorizes production. legislation through it, so that laws, coming from a single location, are legitimate because, ultimately, they come from the people. Human rights, in turn, flourish within this same discursive grid. It so happens that, with the advent of globalization, the state paradigm enters into crisis, giving way to a pluralist perspective as a possible new key for reading (post)modernity. In this context, human rights face a mixed-sign equation: while they need to have a common denominator that fits the global world, an effective right for all, they need to respect localities, particularities and local cultural peculiarities. This tension of 'glocal' human rights tends to be resolved through multiculturalism. What is proposed in this text is the way out through legal pluralism, that is, to verify how the post-state paradigm can strengthen human rights, as it recognizes a democratic and multicultural deepening.

**KEYWORDS:** Legal pluralism; Glocal human rights; Post-stateism; Globalization; Democracy.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Glocalização: os direitos humanos globais e locais. 3. Pluralismo jurídico. 4. A influência do pluralismo jurídico na concretização dos direitos humanos. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A modernidade é considerada a época clássica da construção da nação, assim como do Estado. As revoluções liberais do século XVIII consolidam um discurso circular e bastante conhecido: por meio da teoria da soberania e da dinâmica do contrato social o povo cria e constitui o Estado, que concentra a legítima produção do direito, este que então é aceito pela sociedade, justamente porque foi constituído por ela, perdendo, assim, ares de autoritarismo ou imposição.

Diante desse movimento, o direito começa a ser produzido no interior de fronteiras bem determinadas, as fronteiras do Estado-Nação, acabando por se identificar com um texto legislativo válido promulgado por uma autoridade reconhecida. A era do legalismo significou a promulgação da legislação que, pelo menos em regra, é válida no interior da nação.

Os direitos humanos nascem nesse mesmo processo teórico e recorte temporal. Especificamente no segundo pós-guerra, as preocupações com os direitos do homem tomam conta do debate jurídico, ultrapassando as fronteiras dos Estados. Ora, se os direitos humanos são algo

natural do homem, a princípio independente de qualquer positivação estatal, certo é que eles só passaram a ser efetivados e concretizados a partir do momento em que o próprio Estado, essa construção teórica moderna, os reconheceu como legítimos, tornando-se objeto de disputas.

Paulatinamente, porém, o processo de globalização impacta a produção jurídica estatal e, conseqüentemente, a pauta dos direitos humanos.

Com isso, inicia-se um processo de readequação entre a universalidade dos conceitos dos direitos humanos e a necessidade de respeitar suas particularidades locais e culturas próprias. Atualmente não se pode falar em igualdade sem incluir e repensar a própria diversidade, minorias, enfim, todo esse contexto que, paradoxalmente, afasta a ideia de realização de direitos humanos efetivamente globais.

Isso porque, é fato, que as culturas jurídicas modernas nunca deixaram de se comunicar e, constantemente, buscaram comparações, indo além das suas fronteiras políticas. Esse fenômeno não é estranho aos direitos humanos. E para redesenhar e responder essa difícil equação entre universalidade e localidade, a resposta tende a ser o respeito à multiculturalidade dos direitos humanos.

Nesse contexto, entretanto, surge um outro paradigma em crise: o do monismo jurídico, do direito estadualista.

Se a modernidade é marcada pelo primado do Estado e do direito que surge e emerge exclusivamente dele, não há dúvida de que este paradigma encontra-se em franco declínio.

É que manifestações para além do Estado passam a tomar corpo e adquirir força em meio a este emaranhado discursivo. O pós-estadualismo encontrou vez e voz(es) nos estudos jurídicos da tal pós-modernidade. Ou seja, nem só aquilo que vem do Estado é direito. Há direito em manifestações além do Estado.

A proposta deste texto, portanto, vem no sentido de aproximar estes dois vetores. A questão que norteia a pesquisa é no sentido de compreender como o paradigma pós-estadualista pode resolver a questão do impasse entre os direitos humanos globais e locais. Isso porque uma perspectiva pós-estadualista, por ser democrática, inclusiva e multicultural, pode vir a fortalecer a pauta de direitos humanos.

Para responder esse problema, o texto parte de uma primeira análise do que vem a ser esse processo de 'glocalização' dos direitos humanos, ou seja, o que é esse impasse global-local que atravessa a discussão. Aqui, a leitura encontra forte base nos textos de Boaventura de Sousa Santos.

Num segundo momento, o estudo volta-se ao conceito e contexto do pluralismo jurídico. Iniciando com o entendimento do que é o paradigma estadualista, passando pela sua crise e sua readequação aos modelos atuais, fazendo surgir essa nova perspectiva pós-estadualista, ou pluralista do direito. O marco teórico utilizado para a compreensão do que é o pluralismo jurídico vem a ser os textos de Antonio Manuel Hespanha, historiador do direito mundialmente reconhecido e aclamado.

Ao final, então, discute-se se o pluralismo jurídico pode vir a ser uma ferramenta eficaz para a promoção e o aprofundamento da pauta dos direitos humanos, justamente pela sua perspectiva democrática, inclusiva e multicultural, promovendo uma readequação teórica do que são os direitos humanos.

## **2 GLOCALIZAÇÃO: OS DIREITOS HUMANOS GLOBAIS E LOCAIS**

O diálogo sobre os direitos humanos tornou-se, a partir da modernidade, uma fala global e imprescindível. Noutros termos, num primeiro momento era necessário – e até um tanto óbvio – considerar que os direitos humanos eram direitos de todos os cidadãos do mundo, um direito universal.

A universalidade do discurso sobre os direitos humanos vem, principalmente, do segundo pós-guerra, quando os horrores do conflito global levaram à declaração de que os direitos humanos seriam patrimônio comum da humanidade. É que, após a Segunda Guerra, há um sentimento de fato universal sobre a necessidade de criar mecanismos eficazes que protejam os direitos fundamentais do homem nos diversos Estados.

Imbuídos deste sentimento de proteção, surgiram as inúmeras declarações e pactos que visavam proteger os direitos humanos. Desta forma, por exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), a Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, entre outras cartas.

Essa onda de proteção e cuidado, entretanto, encontrou obstáculos na própria geopolítica. A guerra fria transformou o cenário político mundial, levando ao embate entre capitalismo e socialismo, transformados numa luta entre o bem e o mal. Os Estados Unidos investiram contra o Vietnã, Cuba, Granada, Nicarágua e quase todos os países latino-americanos, estes que receberam regimes autoritários apoiados pelos Estados Unidos. O

exército soviético, por sua vez, impõe, à força, a política soviética na Hungria, Tchecoslováquia, Afeganistão.

Neste caminhar, muito embora existissem forças protetoras dos direitos humanos, que se diziam universais, percebe-se também uma movimentação política e territorial que ameaça esses mesmos direitos humanos, uma expansão que envolve guerras locais.

É apenas com a queda do Muro de Berlim, em 1988, que novamente o cenário mundial é redefinido. Um movimento, até então paulatino, de necessidade de intervenção estatal para a realização efetiva dos direitos humanos ganha força: os Estados precisam efetivar os direitos humanos, cada qual em seu território.

Paralelamente a este processo, assiste-se ao advento da globalização. O modelo político da modernidade ocidental é um modelo de Estados-nação soberanos, coexistindo num sistema internacional de Estados igualmente soberanos — o sistema interestatal<sup>1</sup>.

A transnacionalização, a troca intensa entre os Estados, as facilidades no trânsito entre locais, enfim, toda essa dinâmica foi intensificada nas últimas quatro ou cinco décadas, inaugurando esse processo emblemático que se entende por globalização.

Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos<sup>2</sup>:

A globalização é muito difícil de definir. Muitas definições centram-se na economia, ou seja, na nova economia mundial que emergiu nas últimas duas décadas como consequência da intensificação vertiginosa da transnacionalização da produção de bens e serviços e dos mercados financeiros — um processo através do qual as empresas multinacionais ascenderam a uma preeminência sem precedentes como atores internacionais. Para os meus objetivos analíticos, privilegio, no entanto, uma definição de globalização mais sensível às dimensões sociais, políticas e culturais. Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de fato, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações; em rigor, este termo só deveria ser usado no plural. Qualquer conceito mais abrangente deve ser de tipo processual e não substantivo. Por outro lado, enquanto feixes de relações sociais, as globalizações envolvem conflitos e, por isso, vencedores e vencidos. Frequentemente, o discurso sobre globalização é a história dos vencedores contada pelos próprios. Na verdade, a vitória aparentemente tão absoluta que os derrotados acabam por desaparecer totalmente de cena. Proponho, pois, a seguinte definição: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende sua influência a todo o

<sup>1</sup> SOUSA SANTOS, B. “Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos”. *Contexto Internacional*. Vol. 23, n.1, Rio de Janeiro: 2001, p. 19.

<sup>2</sup> SOUSA SANTOS, B. “Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos”. *Contexto Internacional*. Vol. 23, n.1, Rio de Janeiro: 2001, p. 21.

globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival.

Com esta definição, o autor indica a existência de particularidades e peculiaridades que normalmente são esquecidas quando se trata do fenômeno global.

Tradicionalmente, pode-se entender a globalização como algo, apenas, positivo. Contudo, Boaventura de Sousa Santos indica que, na verdade, existe somente globalização bem-sucedida em detrimento de localismos. Ou seja, a globalização é, eminentemente, uma história dos vencedores, o que remete a uma perspectiva bastante benjaminiana dos conceitos<sup>3</sup>.

Sobre a faceta maléfica da globalização, Antonio Carlos Wolkmer<sup>4</sup> também é categórico:

Redefinir a vida humana, configurada na historicidade de sujeitos singulares e coletivos com dignidade, com identidade e com reconhecimento à diferença implica ter consciência e lutar contra imposições padronizadas que caracterizam a sociedade mundial, estremecida com o enfraquecimento dos Estados-nacionais, com a supremacia selvagem do mercado financeiro e com a hegemonia política do neoliberalismo. Nesse sentido, importa sublinhar breve recorte do cenário cultural por fenômenos como globalização e neoliberalismo.

Veja-se que o enfraquecimento do Estado-nação e da soberania nacional é justamente um dos fatores indicados por Wolkmer<sup>5</sup> como um dos reflexos da globalização na própria instância convencional do poder, indicando que o Estado como instância privilegiada de produção legislativa encontra-se em esgotamento.

Paolo Grossi também não se furtou a desenvolver algumas linhas sobre o tema. Em sua obra 'O Direito entre Poder e Ordenamento', o autor assim sugere que a globalização é 'um enorme fenômeno em curso, que está se desenvolvendo e transformando dia após dia'<sup>6</sup>. O mesmo autor, inclusive, compara o conceito muito mais com um campo de areia movediça do

<sup>3</sup> Nascido em Berlim, em julho de 1892, Walter Benjamin foi um filósofo alemão que ao longo de sua curta vida se dedicou à análise literária, histórica e cultural do seu tempo. Em "Sobre o conceito de história", Benjamin traz uma tese extremamente alegórica sobre o futuro, o progresso e a modernidade: 'Há um quadro de Klee que se chama "Angelus Novus". Nele está desenhado um anjo que parece estar na iminência de se afastar de algo que ele encara fixamente. Seus olhos estão escancarados, seu queixo caído e suas asas abertas. O anjo da história deve ter esse aspecto. Seu semblante está voltado para o passado. Onde nós vemos uma cadeia de acontecimentos, ele vê uma catástrofe única, que acumula incansavelmente ruína sobre ruína e as arremessa sobre seus pés. Ele gostaria de deter-se para acordar os mortos e juntar os fragmentos. Mas uma tempestade sopra do paraíso e prende-se em suas asas com tanta força que o anjo não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, ao qual ele volta as costas, enquanto o amontoado de ruínas diante dele cresce até o céu. É essa tempestade que chamamos de progresso.' (BENJAMIN, 2012, p. 245-246). Com esta tese, Benjamin compromete-se não com os vencedores e com o progresso linear positivista da história, mas sim nos remete aos vencidos, aos perdedores, as vítimas da história.

<sup>4</sup> WOLKMER, A. C. "Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade". *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, jan. 2006, p. 115.

<sup>5</sup> WOLKMER, A. C. "Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade". *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, jan. 2006, p. 117.

<sup>6</sup> GROSSI, P. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 71.

que terreno estável, sugerindo que, justamente por sua fluidez, seja um local de desconfiança para o jurista, acostumado a trabalhar sobre estruturas bem definidas e estabelecidas em uma tradição normalmente secular<sup>7</sup>.

Num segundo momento, também, Boaventura de Sousa Santos nos relembra que a globalização pressupõe a localização. O mundo global só existe porque os particularismos, as localidades, existem também e pressupõe essa tensão.

Assim, a globalização não ocorre apenas em razão da intensa circulação de bens, capitais, informações e de tecnologia através das fronteiras nacionais, com a conseqüente criação de um mercado mundial, mas também em função da universalização dos padrões culturais e da necessidade de equacionamento comum de problemas que afetam a totalidade do planeta.

Este dilema do que é global e do que é local passa, inevitavelmente, pelo papel do Estado-nação. Nas palavras, novamente, de Paolo Grossi<sup>8</sup>:

Analisamos um primeiro elemento: globalização significa testerritorialização; conseqüentemente, também significa a primazia da economia em detrimento da política; ademais, significa o eclipse do Estado e da sua expressão mais representativa, a soberania. Isso serve perfeitamente para nos introduzir na análise com precisão da relação globalização-direito. Sim, porque o direito moderno, aquele o qual fomos acostumados até ontem, era moldado pela política e sobre a política tinha se conformado. Expliquemos melhor. A história jurídica moderna se caracteriza por uma escolha inovadora: a estatalidade do direito. [...] O complexo cenário jurídico do Antigo Regime foi submetido pela Revolution (e pelo Estado que dela adveio) a uma redução drástica: o único ator foi o Estado e única voz a sua, a lei, ou seja, o ato que manifesta a sua vontade suprema, vontade que obviamente tinha um espaço de eficácia restrito ao território em que a soberania estatal se projetava.

É que a promoção e efetivação dos direitos humanos, a partir da modernidade, acabou por ser relegada ao papel nacional, ou seja, tornou-se uma das inúmeras funções do próprio Estado.

Seja a partir da promoção da cidadania, da garantia dos direitos fundamentais, ou da realização dos direitos sociais, o Estado, mais precisamente o Estado Democrático de Direito, torna-se um dos principais vetores tanto de indução como de segurança dos direitos humanos. Ao eleger, por exemplo, a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, a Carta Constitucional brasileira de 1988 toma para si a responsabilidade de promoção e garantia deste direito.

Com isto, e paradoxalmente, o Estado promotor do bem-estar social torna-se um *locus* privilegiado, deixando de ser apenas um violador, para, também, um incentivador dos direitos

<sup>7</sup> GROSSI, P. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 71.

<sup>8</sup> GROSSI, P. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 73-74.

humanos a partir de políticas públicas, com possibilidade inclusive de responsabilização internacional em caso de violações.

O confinamento da promoção dos direitos humanos ao Estado também parte de uma premissa bastante lógica: é justamente a partir da modernidade que se instaura o paradigma de que as leis atuam e regulam a realidade, modificando-a, de modo que promover direitos humanos seria, também, promovê-los a partir da legislação e da imposição, mediante coerção em caso de desrespeito.

Há um consenso tácito de que imposições legais podem ser suficientes para atingir o bem-estar social e a efetivação dos direitos humanos, razão pela qual os legalismos estatais ganham corpo e força nessa narrativa.

Com isso, novamente esbarra-se no paradoxo universal-local: a promoção dos direitos humanos confinados na atuação do Estado-nação faz com que a universalização destes direitos se torne mais distante. É que as legislações estatais não podem simplesmente copiar aquilo que se tem no mercado internacional, como se fossem aquisições sem adaptações locais, pois bem pode que uma cartilha universal de direitos humanos não coincida com aquilo que determinada comunidade local entenda como prerrogativa de proteção à dignidade humana<sup>9</sup>. Com isto, a espontaneidade e a culturalidade das propostas ficam relegadas a um segundo plano.

Novamente retoma-se o movimento tensional circular do universal-local.

Para Boaventura de Sousa Santos, enquanto os direitos humanos forem concebidos como universais ‘tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de cima para baixo’<sup>10</sup>. Para o autor, a abrangência global dos direitos humanos será justamente obtida às custas da sua legitimidade local. No mesmo sentido é a lição de Antonio Manuel Hespanha<sup>11</sup>:

Se compulsarmos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948 pela Assembleia Geral da ONU, e testarmos a probabilidade de cada um dos direitos aí evocados ter uma aceitação universal, surgem-nos dúvidas de que isso aconteça em muitos artigos. Sendo também certo que, sem exceção, todos estes direitos se formaram na tradição política ocidental, não deixando de ser insólito que as culturas políticas não europeias não tenham conseguido introduzir no catálogo nem um único valor político próprio – desde a solidariedade familiar e comunitária e o respeito pelos mais velhos ou mais cultos, da tradição confuciana, à caridade e hospitalidade, da tradição muçulmana, à resistência pacífica, da tradição política hindu, ou à propriedade coletiva da terra, de tantos povos africanos e americanos.

<sup>9</sup> HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 584.

<sup>10</sup> SOUSA SANTOS, B. ‘Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos’. *Contexto Internacional*. Vol. 23, n.1, Rio de Janeiro: 2001, p. 26.

<sup>11</sup> HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 585.

Como então, resolver essa tensão?

A tendência de resposta a essa questão é a tentativa de retomada da multiculturalidade dos direitos humanos.

A cultura é o elemento que permite a diferenciação do comportamento social dos homens e a diversificação entre as pessoas<sup>12</sup>.

Cultura e antropologia, inclusive, são campos profundamente associados entre si. A antropologia, desde o seu início no século XIX, apropria-se do termo cultura e faz com que ele fique carregado de uma marca antropológica.

Mas conceituar cultura não é, de forma alguma, uma tarefa fácil.

Em 'A Interpretação das Culturas', o antropólogo Clifford Geertz<sup>13</sup> afirma:

O conceito de cultura que eu defendo, e cuja utilidade os ensaios abaixo tentam demonstrar, é essencialmente semiótico. Acreditando, como Max Weber, que o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado. É justamente uma explicação que eu procuro, ao construir expressões sociais enigmáticas na sua superfície.

Do mesmo modo, os antropólogos Gilberto Velho e Eduardo Viveiros de Castro<sup>14</sup>, citando Edward Tylor, expõem:

Cultura ou civilização... é este todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, leis, moral, costumes, e quaisquer outras capacidades e hábitos adquiridos pelo homem enquanto membro da sociedade" (Tylor 1871:1). A famosa definição de Edward Tylor, por inclusiva e confusa que fosse, abriu caminho a toda uma nova problemática. Depois dela, muita coisa se passou na Antropologia, em volta deste conceito: escolas inteiras organizaram-se a partir de ênfases, alternativas, definições de "Cultura". O termo entrou em pares conceituais variados: cultura/sociedade, cultura/personalidade, sem esquecermos o tradicional cultura/civilização, presente na citação de Tylor. Kroeber e Kluckhohn, em 1952, transcreveram, classificaram e comentaram definições diferentes de "cultura": descritivas, normativas, psicológicas, estruturais, históricas, etc. (Kroeber e Kluckhohn 1952). Esta espantosa proliferação indica o papel estratégico do conceito, que, neste sentido, vai integrar o acervo cultural do Ocidente moderno: ele já foi comparado à segunda lei de termodinâmica, ao princípio da seleção natural, à motivação inconsciente do comportamento (Geertz 1973) - tópicos-chave da mitologia "cultura" do século XX.

<sup>12</sup> FACHIN, M. G. `Verso e anverso dos fundamentos contemporâneos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais: da localidade do nós à universalidade do outro´. São Paulo: 2008, p. 72. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8123> Acesso em: 23 fev. 2023.

<sup>13</sup> GEERTZ, C. *A Interpretação das Culturas*. 1989, p. 15.

<sup>14</sup> VELHO, G. e VIVEIROS de CASTRO, E.B. "O Conceito de Cultura e o Estudo das Sociedades Complexas: uma perspectiva antropológica". *Artefato: Jornal de Cultura*. Rio de Janeiro: Conselho Estadual de Cultura, n. 1, Jan. 1978.

Logo, compreender a cultura de determinado local é, antes de mais nada, o processo denso de descrição do próprio local, das suas particularidades, dos seus descaminhos.

De um lado, então, tem-se a necessidade de universalizar os direitos humanos, de descobrir o seu denominador comum entre todos os homens e culturas do mundo, impulsionado pelo processo de globalização e, do outro lado, há a relatividade cultural, a necessidade de valorizar as localidades, de promover as culturas locais, de realizar distinções. Como nos relembra Geertz, o que quer que a antropologia moderna possa afirmar, ela tem a firma convicção de que não existem homens que não sejam modificados, tocados pelos costumes de lugares particulares<sup>15</sup>.

Mas, voltando a Boaventura de Sousa Santos, se todas as culturas são relativas, é o relativismo cultural que está incorreto, e contra essa armadilha do universalismo dos direitos humanos devem ser propostos diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas<sup>16</sup>. É que, para o autor, o debate global-local é intrinsecamente falso e prejudicial ao estudo dos direitos humanos.

Ainda assim, a saída para esta tensão tende a ser voltar-se à resposta da culturalidade.

A proposta, aqui, é outra: o pluralismo jurídico, o paradigma anti-estadualista, como forma de resolver o diálogo entre a universalidade e a localidade dos direitos humanos, fortalecendo-os em sua espontaneidade, em sua multiculturalidade, e reconhecendo que não é só o Estado o local próprio de realização e efetivação destes direitos.

Afinal, no que consiste o pluralismo jurídico?

### 3 PLURALISMO JURÍDICO

Antes de compreender o que vem a ser um paradigma pós-estadualista, é necessário definir as bases do que se quer dizer com estadualismo, este conceito tão moderno. A definição importa justamente porque os direitos humanos, a valorização significativa do papel do homem, é uma das conquistas da modernidade, apresentando-se junto com o contexto teórico e discursivo que faz nascer a modernidade, a teoria da soberania e o Estado.

Criou-se na literatura dogmática e menos familiarizada com a historiografia o que se costuma chamar de “paradigma do Estado”, ou paradigma estadualista. Mais ou menos entre os séculos XVIII e XIX a política liberal foi eficaz em desenvolver a ideia de Estado como a

<sup>15</sup> GEERTZ, C. *A Interpretação das Culturas*. 1989, p. 47.

<sup>16</sup> SOUSA SANTOS, B. ‘Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos’. *Contexto Internacional*. Vol. 23, n.1, Rio de Janeiro: 2001, p. 28.

grande instituição moderna, como o apogeu daquele período, marcado por revoluções emblemáticas, como a Revolução Francesa. O Estado foi resultado das revoluções burguesas, que fulminaram com o absolutismo. Este modelo estadualista foi se impondo não só como modelo evidente e natural de perceber a sociedade, mas também como filtro de observação da história. O estudo passou a ser norteado pela pergunta “como era o Estado na época tal?”. Junto com o imaginário da modernidade, o Estado foi desenhado segundo linhas gerais bastante precisas: a separação entre “sociedade política” e “sociedade civil”; distinção entre o que é público e o que é privado; ideal de que os membros da sociedade civil participam da política através de mecanismos de representação; identificação do direito com a lei, vontade absoluta do Estado, que se corporifica na vontade do povo, construindo-se o império da Nação; e instituição da justiça como único campo de resolução de conflitos<sup>17</sup>.

O nascimento desse monumento chamado Estado remonta os séculos XVII e XVIII, notadamente o advento da estrutura jusracionalista e das revoluções liberais.

Nascido mais ou menos no século XVII, o jusracionalismo dá o tom – renascentista – do que se vivia nas vésperas das revoluções burguesas do século XVIII na Europa. A nova ordem era a razão desenvolvida pelo homem. Pode-se afirmar que o jusracionalismo já era gestado desde a escolástica, na Baixa Idade Média, quando se percebe que é possível raciocinar e teorizar sobre determinadas fórmulas jurídicas fazendo uso de uma estrutura lógica e argumentativa. No jusracionalismo também se valoriza a observação e o exercício da razão, mas agora se pretende a construção de uma nova ordem de direito natural que não se relaciona com Deus, mas sim com o próprio homem. O jusracionalismo se coadunava com a onda de idealismo cartesiano que dominou a Europa naquele século: a crença de que o homem seria capaz de apreender, através da razão, a lógica e a ordem natural das coisas, inclusive do direito, assim como se fazia com a matemática, a astronomia e a geometria. O homem capaz de dominar esse processo racional era quase um super-homem, dotado dos poderes da modernidade. Nas palavras de Schioppa<sup>18</sup>:

Nessa perspectiva, a ênfase nos direitos do indivíduo, ou seja, nos inalienáveis direitos subjetivos da pessoa humana, constitui uma característica central das novas doutrinas jusnaturalistas, que se encontra na base da enunciação dos direitos de liberdade das constituições modernas.

<sup>17</sup> HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 40-41.

<sup>18</sup> SCHIOPPA, A. P. *História do Direito na Europa* (trad.: Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite, Carlo Alberto Dastoli). São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 237.

Essa “contaminação” das ciências humanas pelas exatas contou com uma situação peculiar ao final do século XVI: o declínio da Universidade. A disputa entre Estado e Igreja, já mencionada acima, atingiu vários níveis periféricos, inclusive a Universidade medieval. Perdem-se muitos professores durante a Reforma e muitos outros passam a ser perseguidos, e além disso o discurso acadêmico ficou dominado pelos debates teológicos, especialmente nos países católicos em que as Universidades ficam subordinadas à Igreja. Com o declínio da Universidade, perde espaço também o debate acadêmico e intelectual sobre a recepção do direito romano<sup>19</sup>. Assim, a maioria dos novos jusracionalistas, contaminados pelo efeito René Descartes, não vinham do ambiente acadêmico, mas das próprias camadas burguesas.

É fundamental frisar que essa nova “ordem” das coisas não provinha de Deus, do criador, ou de cânones judaico-cristãos. Mas sim do próprio homem racional. Voluntarismo e individualismo estavam na base do pensamento jusracional, e não as divindades que, na Antiguidade, norteavam o pensamento daquilo que era natural da sociedade. E para potencializar as faculdades racionais do homem era preciso de organizar a sociedade. Uma sociedade não organizada era um entrave para os instintos racionais do novo tipo de homem desenhado nos moldes cartesianos.

Segundo Hespanha, o jusracionalismo jurídico inaugura a “modernidade” ao introduzir um novo imaginário social e jurídico muito diferente daquele que dominou a época medieval, deixando um verdadeiro legado que foi providencial na construção das bases de um Estado liberal. Se antes a ordem natural do mundo era divina, agora o homem é colocado no centro de todo o pensamento, produtor e responsável pela organização da sociedade. E os indivíduos são portadores de razão e de vontade, porquanto voluntariamente se organizam por meio de pactos, sendo a origem da ordem social o contrato, produto da vontade racional do homem, e não mais o divino. Essa vontade humana há de corresponder a um cálculo racional para alcançar a maior felicidade para o maior número de indivíduos, formando as bases liberais da sociedade. Assim, com base num conceito de homens racionalmente iguais, o pacto social dá legitimidade a uma ordem soberana pois nós, racionalmente, elaboramos o contrato, e somos soberanos ao estabelecer o seu conteúdo. É assim que a liberdade e a propriedade (a depender das vertentes hobbesiana ou lockeana) passam a ser as premissas contratuais deste direito natural. O lado negro deste legado, para o autor, está justamente na própria construção deste modelo de homem racional e livre, pois não leva em consideração as evidentes discrepâncias entre a igualdade material e a formal (evidentemente os homens não são iguais), e também

---

<sup>19</sup> LIMA LOPES, J. R. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, 194-195.

não leva em conta as estruturas de dominação das sociedades. O jusracionalismo foi negando o pluralismo que se via até então, formando uma estrutura normativa monista e ligada ao advento do Estado Moderno<sup>20</sup>.

O auge do movimento jusracionalista e das próprias monarquias absolutistas formadas nestes dois séculos de intensas modificações representa, paradoxalmente, também o seu fim. Nas palavras de Perry Anderson<sup>21</sup>, “*o domínio do Estado absolutista era o da nobreza feudal, na época de transição para o capitalismo. O seu fim assinalaria a crise do poder de sua classe: o advento das revoluções burguesas e a emergência do Estado capitalista*”.

Todo esse conjunto conceitual desenvolvido pelo jusracionalismo é utilizado como suporte para as revoluções liberais burguesas do século XVIII, em especial a Independência Americana (1775) e a emblemática Revolução Francesa (1789). Tanto na Declaração de Independência das Treze Colônias (1776) como na Declaração dos Direitos dos Homens (1789), há a sintetização do pensamento sobre o direito natural da época, de que o poder se origina do povo e deve ser por ele exercido, na forma que o pensamento racional conduziu à elaboração do contrato. E é perante esta legitimidade democrática – a vontade popular manifestada através dos representantes do parlamento – que deveriam se curvar todas as demais espécies de legitimidade anteriormente conhecidas, como a autoridade do direito divino, da tradição da comunidade, por exemplo. Assim, a lei parlamentar seria elevada no plano das fontes do direito como fonte primeira, expressão da vontade geral, perante a qual todas as demais formas de normatividade seriam periféricas, perderiam importância. Os novos Estados constitucionais originados das ondas revolucionárias liberais – ou por elas indiretamente influenciados, ainda que não tenham passado por uma revolução propriamente dita – adotariam a separação dos poderes teorizada por Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, na qual a edição do direito como vontade geral é função exclusiva do poder legislativo, sem a interferência, especialmente, do poder judiciário. A doutrina também perde a legitimidade para fazer construções autônomas – como o fazia desde os glosadores e especialmente quando tratava da recepção do direito romano – ocupando um papel de espectadora da produção legislativa<sup>22</sup>.

Enfim, há uma tríade, um tripé conceitual bem amarrado que se forma nesse período: Homem, Estado e Direito.

<sup>20</sup> HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 340-348.

<sup>21</sup> ANDERSON, P. *Linhagens do Estado Absolutista* (trad.: Renato Prelorentzou). São Paulo: Unesp, 1998, p. 41.

<sup>22</sup> HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 373-377.

É um movimento circular que define o período: o novo modelo de homem, esse centro total das forças e das razões, cria uma sociedade organizada em torno de um conceito, o Estado. É o acordo de vontades, o contrato social, que organiza a vida em sociedade em torno desta figura. E é justamente deste Estado que emana o Direito, como um bloco que impera `de cima para baixo`, e é aceito pela sociedade pois é essa mesma sociedade que autoriza e concorda com o surgimento do Estado.

A partir desse movimento teórico circular os direitos humanos também ganha expressividade, tornando-se uma das conquistas da modernidade.

Certas características e temáticas precisas compõem esse quadro teórico moderno, e dentre elas o individualismo e a exacerbação do homem é uma das mais marcantes. Hespanha retrata com precisão o espírito do momento<sup>23</sup>:

A definição do homem feita pelo cartesianismo era a de um ser racional e livre (i.e., cuja vontade não se sentia limitada). A sua racionalidade, ou capacidade de pensar, era o que permitia intuir a sua existência como sujeito pensante; e esta existência aparecia, intuitivamente, como isolada, livre de quaisquer limites, autodeterminada. A combinação de razão e vontade, os dois atributos evidentes do indivíduo, permitiam chegar a um terceiro atributo do indivíduo – a liberdade, definível como a capacidade de dominar as paixões e de agir em função dos ditames da razão. Ao indivíduo, assim concebido, não se podia deixar de reconhecer dois direitos, decorrentes da sua natureza: o de usar livremente a razão (no campo teórico) e o de seguir a sua orientação (i.e., pautar a sua ação pelos princípios que lhe fossem ditados pela razão).

Esse culto à razão, ao homem como centro do mundo, impulsiona os direitos humanos, dá o tom da modernidade e fortalece o discurso teórico em prol das individualidades, tendo o Estado como centralidade moderna.

A crise deste paradigma, entretanto, não tardou a chegar.

Seja pela via das próprias escolas críticas do direito – Escola Marxista, Escola do Direito Livre, entre outras – seja pela própria reorganização geopolítica do mundo ocidental, certo é que o primado da lei, do Estado como centro único de produção do direito, passa a ser colocado em dúvida a partir de meados do século XX. O papel do intérprete, dos Tribunais, antes tão modesto, começa a ganhar espaço, numa reação anti-legalista. Denunciou-se a simplificação do monismo jurídico.

Para além disso, outros indícios denunciaram a crise do paradigma estadualista. A mobilidade do mundo de hoje não deu tempo para que s processos estaduais de criação do

---

<sup>23</sup> HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 315.

direito pudessem acompanhar as mudanças e complexificações sociais, exacerbando o espaço entre a realidade prática e o direito formal, transformando-os em mundos distintos. Essa lentidão e desajustamento do direito com a realidade faz com que as pessoas tenham menos aceitabilidade da técnica jurídica formal, vista justamente como lenta e retrógrada, formal em excesso, imposta de forma autoritária e artificial, dando a impressão de que outros mecanismos funcionam mais adequadamente.

Ainda segundo Hespanha<sup>24</sup>, o tema do pluralismo surgiu a partir da antropologia, em meados dos anos 50, justamente para descrever situações do direito nas colônias e, depois, nos Estados pós-coloniais, nos quais, ao lado do direito oficial colonizador, manifestavam-se inúmeras outras fontes de direito, as quais escapavam quase que completamente à tutela do aparelho jurídico oficial. Depois, essa estrutura foi redescoberta em países desenvolvidos, com focos de direitos não oficiais, como os direitos das favelas. O caráter multicultural deste pluralismo jurídico era evidente.

Esses focos de direitos não estaduais impulsionaram a necessidade de se criar um discurso não estadualista, uma vez que esses direitos plurais e espontâneos gozam de grande legitimidade prática e comunitária. Pensar o direito a partir de respostas não estaduais é valorizar a multiculturalidade e a legitimidade democrática do povo<sup>25</sup>:

As pessoas – juristas ou leigos – parece tenderem a procurar o direito ‘autentico’ noutros lugares. Na organização da vida corrente (por exemplo, na vida das famílias, nas regras comunitárias de convívio); nas práticas estabelecidas ou nos usos assentes dos negócios (v.g., as ‘leis do mercado’); nas regras geralmente seguidas em certo setor de atividade – as chamadas ‘regras da arte’ [...]; naquilo que é considerado como correto em certo ramo de atividade – as ‘boas práticas’ [...]; nas normas que estão estabelecidas pelas organizações representativas de um setor específico do trato social (normas de ‘autorregulamentação’, no desporto, na regulação da concorrência [...])

A questão, entretanto, é mais profunda do que simplesmente aceitar qualquer locus como sendo meio de produção do direito. Muito pelo contrário. A pergunta colocada pelo autor, na verdade, muito antes de aceitar tudo como sendo direito, seria como manter viva a legitimação democrática do direito?

<sup>24</sup> HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 550.

<sup>25</sup> HESPANHA, A. M. “Irà a Legitimação Democrática do Direito desaparecer do modelo de Estado Constitucional?” *Iusgentium*, v. 12, n. 6, 2015, p. 9.

A autora Cristina Nogueira da Silva<sup>26</sup>, no livro publicado em homenagem aos estudos e obra de Antonio Manuel Hespanha, resume o dilema explicando que o autor avançou na procura de respostas para que, ao fim e ao cabo, nem tudo se resumisse como sendo direito, inspirando-se na teoria de Herbert Hart para propor que, para uma norma de fato vigorasse e fosse considerada direito, seria necessário observar seu efetivo reconhecimento comunitário, sua validade consensual, enriquecendo, assim, o conceito de democracia, abrangendo muito mais do que um processo formal de expressão da vontade popular, incorporando, assim, processos de consensualização em diferentes níveis e segmentos sociais.

Com isso, a questão do pluralismo torna-se muito mais complexa e enriquecedora do que simplesmente concordar com a possibilidade de reconhecimento da produção do direito em inúmeras áreas não-estadualistas. Trata-se de uma opção por uma terceira via: nem só o que vem do Estado, e nem tudo aquilo que não vem do Estado.

Paolo Grossi complementa a questão, indicando justamente que o pluralismo jurídico se coaduna com a perspectiva globalizadora<sup>27</sup>:

Uma complicação de valia nova foi, porém, criada pelos fenômenos globalizadores. Aqui não é o Estado que projeta ou aceita novas formas de organização jurídica, mas algo que acontece além do Estado (ou mesmo contra o Estado). Forças privadas, sobretudo forças econômicas, começam a produzir direito. E o binário jurídico se torna ao menos duplo. Permanece, obviamente, a estrutura oficial com suas leis, os seus regulamentos, os seus oficiais de polícia, os seus juízes, mas – conjuntamente – se desenha um binário novo com suas fontes produtoras, seus instrumentos, seus instintos, seus juízes privados (árbitros).

O pluralismo apresenta-se, então, como um complemento para a democracia, e não um seu substituto.

Há, portanto, uma forte carga multicultural e democrática no processo de pluralismo jurídico, daí porque se coaduna com a valorização e efetivação dos direitos humanos. Noutras palavras, ao reconhecer e reforçar os consensos democráticos e as diferenças culturais de cada comunidade, aprofundando tais conceitos, o pluralismo jurídico passa a valorizar, conseqüentemente, os próprios direitos humanos, pois de fato torna robusta a discussão sobre a validade e a eficácia das normas, até onde elas de fato se inserem na realidade social.

Essa carga multicultural e a proposta de fortalecimento dos direitos humanos através do pluralismo jurídico não passou despercebida ao Prof. Antonio Carlos Wolkmer<sup>28</sup>:

<sup>26</sup> SILVA, C. N. “Por que (e até onde) matar o Estado’? Reflexões sobre a história institucional, o direito e a democracia em Antonio Hespanha.” *Estudos de história e historiografia do direito em homenagem ao professora António Manuel Hespanha*. Curitiba: Intersaberes; Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 131.

<sup>27</sup> GROSSI, P. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 84

Diante da nova relação entre Estado e Sociedade, em todo esse processo de lutas e superações multiculturais no âmbito local, cria-se um novo espaço comunitário, “de caráter neo-estatal, que funde o Estado e a Sociedade no público: um espaço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade.”<sup>9</sup> Nessa perspectiva, o pluralismo comprometido com a alteridade e com a diversidade cultural projeta-se como instrumento contra-hegemônico, porquanto mobiliza concretamente a relação mais direta entre novos sujeitos sociais e poder institucional, favorecendo a radicalização de um processo comunitário participativo, definindo mecanismos plurais de exercício democrático e viabilizando cenários de reconhecimento e de afirmação de Direitos Humanos.

Sob o viés progressista e multicultural, o pluralismo jurídico apresenta-se como resposta democrática e inclusiva aos anseios da perspectiva pós-estadualista, superando os limites do confinamento dos direitos humanos na dimensão estatal. É que depender unicamente do Estado como fonte e força motriz dos direitos humanos é pouco democrático e eficaz, sendo que a espontaneidade da perspectiva pós-estadualista é fértil até mesmo para a adesão firme e mais comprometida da sociedade ao discurso dos direitos humanos.

#### 4 A INFLUÊNCIA DO PLURALISMO JURÍDICO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Wolkmer, no texto “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito” critica a influência da Europa sobre a América Latina, principalmente em relação à imposição de seu modo de ver liberal-individualista, antropocêntrico e colonialista. Essa influência projeta uma tentativa de superioridade da Europa sobre a América Latina que continua sendo subalternizada, nos moldes do ethos de colonialidade, construindo uma noção de que “na modernidade projeta-se somente uma História – a do europeu branco, cristão, civilizado – e naturalmente uma etnografia branca ocidental – escrita e oficializada por ele”<sup>29</sup>.

A visão europeia de normatividade tende a criar um referencial europeu que se pretende universal, formalista, etnocêntrico, o que gera uma subalternização de povos e culturas. Nessa ideia, a normatividade proposta pela tradição europeia exige o Estado nacional como fonte exclusiva e absoluta do direito. Essa visão monista aponta o direito da

---

<sup>28</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade”. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, jan. 2006, p. 117.

<sup>29</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2719.

modernidade como aquele vindo do Estado, com uma promessa de segurança jurídica que se afasta da realidade social<sup>30</sup>.

A proposta de um ordenamento jurídico completo, racional, justo e universal está fundamentada no ideal de segurança jurídica que serve ao sistema capitalista e ao individualismo. O rompimento com essa proposta deve iniciar com a consciência de que existem novas formas de produção do capital e de que o paradigma liberal-individualista gera inúmeras contradições sociais. Essa consciência exige “instrumentos epistêmicos e metodológicos” que consigam “questionar radicalmente o poder da colonialidade normativa” para propor uma “normatividade alternativa, plural e descolonial”<sup>31</sup>.

Os instrumentos epistêmicos e metodológicos apontam para uma oposição e uma ruptura à noção dominante de normatividade, destacando as alternativas que permitem superá-la. Esses aportes epistêmicos passam por uma “concepção crítica descolonial e pluralista”, conhecidos como “teorias do Sul global”. Isso exige entender que existem novas fontes de legitimidade, alternativas à estatal, e que costumam ser escondidas e minimizadas<sup>32</sup>.

Para que o pluralismo jurídico seja um instrumento para concretização dos direitos humanos, é necessário partir para uma noção de descolonialidade e para o Sul global, refletindo-se a respeito da continuidade, da retomada ou da renovação da “teoria crítica”. A teoria crítica da Escola de Frankfurt apresenta uma proposta de utopia, de ruptura e de emancipação, “articulando a dinâmica da ‘teoria’ com a ‘práxis’”. Essa corrente ideológica apresenta certa hegemonia da escola alemã e, por mais que se pretenda crítica, continua reproduzindo fontes etnocêntricas, desvinculadas da realidade social e cultivando a colonialidade da “cultura imperial dos países centrais”. Apesar desses problemas, teorias críticas como as provenientes da Escola de Frankfurt permitem perceber conteúdos heterogêneos, questionar o direito posto e propiciar novas alternativas. Com isso, trazem um potencial de “conscientização pedagógica de ruptura e autonomia”<sup>33</sup>.

Para ressignificar o lugar da teoria crítica é preciso reconhecer a impossibilidade de existir somente uma teoria crítica no direito. Os discursos fragmentados, as diferentes formas de vida em sociedade e de institucionalidade do direito devem trazer uma perspectiva

<sup>30</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2719.

<sup>31</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2720.

<sup>32</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2720.

<sup>33</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2721.

metodológica que vislumbre a impossibilidade de se criar uma teoria “genérica, sistemática e unitária” do direito. Para isso, deve-se reforçar o “papel pedagógico da ‘crítica jurídica’”, pois ela permite uma denúncia e uma conscientização dos modelos formalistas de normatividade e de cultura jurídica estatal. O resultado deve levar a uma erradicação de “ideias, procedimentos e institucionalidades fetichizadas, opressoras e excludentes” e à instauração de “processos de emancipação”<sup>34</sup>.

Um dos problemas encontrados no nosso ordenamento jurídico está nos possíveis conflitos entre direitos fundamentais e práticas culturais. Um exemplo trazido por Marcelo Neves<sup>35</sup>, envolve a ordem normativa dos índios Suruahá, que vivem no estado do Amazonas, que ordena a morte de recém-nascidos que apresentem alguma deficiência ou problema de saúde. Outro exemplo é o dos índios Yawanawá, que vivem no estado do Acre, que determinam a morte de um dos gêmeos recém-nascidos.

Esse dilema apresenta, ao menos, dois pontos de vista. De um lado, debate-se a absolutização do direito fundamental individual à vida, nos termos da moral cristã ocidental e o direito fundamental da mãe à maternidade. E de outro lado, surge a perspectiva antropológica da autonomia cultural das comunidades e o argumento de que a “simples criminalização das práticas indígenas [...] pode ser vista [...] como um [...] genocídio cultural”<sup>36</sup>.

A proposta de Marcelo Neves<sup>37</sup> é que se realize um diálogo entre as ordens normativas (estatal e da comunidade), dentro de um modelo transconstitucional, levando em conta a diferença de concepção de vida e de morte nas duas realidades e a dificuldade de mera imposição de valores. Nesse debate, deve-se admitir a autonomia do outro, conferindo ao Estado o papel de supervisionar a deliberação na comunidade para permitir autotransformações internas e garantir convívio de ordens jurídicas diversas.

Percebe-se, assim, a necessidade de uma retomada do pluralismo, principalmente diante das novas mobilidades e dos novos conflitos transindividuais. A isso somam-se os novos processos de conhecimento, o surgimento de diferentes formas de organização social e

<sup>34</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2722.

<sup>35</sup> NEVES, M. “(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões”. *Lua Nova*, São Paulo, v. 93, p. 217. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

<sup>36</sup> NEVES, M. “(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões”. *Lua Nova*, São Paulo, v. 93, p. 220. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

<sup>37</sup> NEVES, M. “(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões”. *Lua Nova*, São Paulo, v. 93, p. 224. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2023.

política e de convivência com o ecossistema. Além disso, a globalização econômica passa a se intensificar sob uma racionalidade neoliberal que retoma as noções hegemônicas<sup>38</sup>.

As novas tentativas de hegemonia geram um comportamento comercial global que aponta para a desconstitucionalização de direitos, a disseminação da lógica da exploração, da discriminação e da desigualdade. Essa realidade deve reforçar a disseminação de novas alternativas críticas, envolvendo “desde releituras do marxismo até variadas vertentes de teor libertário, anarquista, feminista, pós-moderno, descolonial e pluralista”. Como resultado, espera-se um “pensamento de resistência” que aponte para uma “redefinição da ação coletiva”, na construção de estratégias “democráticas de lutas contra-hegemônicas”, na formação de um direito emancipador, transformador e plural<sup>39</sup>.

A crítica jurídica deve projetar um pluralismo jurídico que sirva de “instrumental apto para compreensão de práxis normativas subjacentes, que seja a materialização do exercício crítico e descolonial desde e para o Sul global”<sup>40</sup>. “Como o paradigma norteador nessa discussão é a opção por um pluralismo jurídico como concepção crítica do direito, importa, igualmente, estabelecer e direcionar a reciprocidade de seu impacto para uma construção de “teoria crítica” no direito”<sup>41</sup>.

Na insurgência contemporânea das “teorias críticas” no direito, o pluralismo jurídico de tipo descolonial e transformador surge como uma de suas variantes mais significativas, pois em sua especificidade se inserem experiências múltiplas de normatividades que vão além do Estado, compreendendo uma extensa gama de vivências subjacentes particulares, entre tantas, como justiça comunitária, indígena, de quilombolas, consuetudinárias, “campesinas” e itinerantes. Ainda que se possa encontrar incontáveis exemplos de pluralidade normativa em ricas manifestações de justiça indígena na América Latina (México, Guatemala, Equador, Peru e Bolívia) e nas comunidades ancestrais da África e no Brasil, transpondo as pesquisas clássicas de Boaventura de S. Santos no Rio de Janeiro (Pasárgada), chega-se com destaque à experiência teórico-acadêmica do pluralismo jurídico “comunitário-participativo” (A. C. Wolkmer), que tem dado frutos em toda uma geração de pesquisadores latino-americanos, e à

<sup>38</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2727-2728.

<sup>39</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2727-2728.

<sup>40</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2728.

<sup>41</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2729.

contribuição operacional marcante e exitosa do pluralismo legal, representado pelo “Direito achado na rua” (R. Lyra Filho e José Geraldo de Sousa Jr.)<sup>42</sup>.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A definição jurídica e a institucionalização dos direitos humanos é, sem dúvida, uma das mais importantes conquistas das revoluções liberais do século XVIII. Os direitos humanos tiveram um momento especial de reconhecimento institucional que se mescla com o próprio advento do Estado moderno, legitimando as ações do Estado Democrático de Direito.

Essa dimensão histórica é inegável.

Inegável também que a positivação de um rol de direitos humanos e a sua promoção a partir de políticas públicas fez com que o Estado se tornasse o principal foco de reconhecimento dos direitos humanos, seu foco produtor.

Com isso, essa nacionalização e localização dos direitos humanos passa a se chocar com seu discurso universalista. Ao mesmo tempo em que são locais, os direitos humanos também são globais, uma vez que fogem do território estrito do Estado-nação, comunicam-se e atravessam as diversas culturas. A centralidade política e jurídica da Constituição, da soberania popular, convive com a valorização dos direitos humanos como uma ordem jurídica autônoma, decorrente de um valor irrenunciável, a dignidade humana, conceito este que é, também, localizado, pois está ligado a valores culturais e tradições específicas.

Para resolver essa soma de sinais trocados – local-global – normalmente recorre-se ao aspecto multicultural dos direitos humanos.

O que se propôs neste texto foi a saída pelo pluralismo jurídico.

Como visto, a crise do paradigma estadualista moderno faz com que perspectivas pós-estatais apresentem-se como respostas democráticas e inclusivas aos problemas vivenciados pela modernidade. Seja em razão do descompasso entre a produção teórica do direito, estatal, com a complexa e rápida alteração da realidade, ou seja, pela divergência entre a produção legislativa estatal e a interpretação dos tribunais, certo é que o reconhecimento de fontes não-estadualistas do direito é um caminho seguro para lidar com o direito atual.

---

<sup>42</sup> WOLKMER, A. C. “Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, p. 2729-2730.

Na verdade, lidar com o direito hoje é ter sempre em mente que o direito é um fenômeno mutável nas suas fronteiras, plural nas suas fontes e complexo em sua lógica interna, não harmônico em seu conteúdo<sup>43</sup>.

Ciente desses desafios, é preciso compreender que tais entraves se estendem à produção e efetivação dos direitos humanos, reconhecendo que o modelo jurídico liberal-individualista tem sido pouco eficaz no sentido de recepcionar e instrumentalizar as novas demandas sociais, os direitos que vem das dimensões metaindividuais, virtuais, bioéticas, entre outros.

Num primeiro momento pode-se verificar, como propõe Hespanha<sup>44</sup> (ano. p. 585), qual foi o concreto catálogo de direitos humanos universais que foi efetivamente e consensualmente recebido pela comunidade local, seja por meio da constitucionalização, seja por meio de outras fontes do direito não-estadualistas. A partir dessa recepção, ele passa a ser, de fato, um direito 'local', legítimo democraticamente. Do contrário, será descartado, até porque o processo de acomodação implica esse aceite consensual, ou a extensão artificial e autoritária de um direito global acarretará no seu mau funcionamento.

Esse processo de recepção e legitimidade democrática local, entretanto, deve poder acomodar fontes não estadualistas do direito. Isso porque, como visto, num direito pós-moderno não só aquilo que vem do Estado efetivamente se mostra democrático e inclusivo, mas também fontes não estaduais demonstram a espontaneidade da adesão popular ao direito, promovendo a efetiva inclusão democrática. Não é dizer, entretanto, que o Estado deixará de existir como instância legitimadora do direito vigente, mas sim afirmar, com clareza, que estão sendo postas em discussão suas funções clássicas, sendo necessário readequá-las à realidade global.

A promoção dos direitos humanos, então, pela via do pluralismo jurídico, não só respeita a sua redefinição multicultural, como também andam lado a lado. Estimula-se, deste modo, a proposta de novos instrumentos jurídicos mais flexíveis e mais abrangentes, capazes de regular essas situações complexas e os novos fenômenos. Não bastasse isso, essa redefinição de agenda faz com que os tradicionais direitos humanos possam incorporar novos direitos, em atenção à alteridade, estes que se apresentam e nascem espontaneamente, do dia-a-dia, que talvez o debate e a restrição estadualista-monista sequer poderia imaginar que existissem.

Neste quadro que se apresenta, é imperativo que se supere a perspectiva estadualista-monista, para que um novo e aprofundado diálogo democrático e multicultural abra caminho para novos conceitos e fortalecimento dos direitos humanos.

<sup>43</sup> HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 10

<sup>44</sup> HESPANHA, A. M. *Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 585

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista* (trad.: Renato Prelorentzou). São Paulo: Unesp, 1998.

BENJAMIN, Walter. *Magia e Técnica, Arte e Política*. 3ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

FACHIN, Milena Girardi. `Verso e anverso dos fundamentos contemporâneos dos direitos humanos e dos direitos fundamentais: da localidade do nós à universalidade do outro´. São Paulo: 2008. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8123> Acesso em: 23 fev. 2023.

GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GROSSI, Paolo. “Código: algumas conclusões entre um milênio e outro” *Mitologias Jurídicas da Modernidade* (trad. Arno Dal Ri Júnior). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

GROSSI, Paolo. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, Antonio Manuel. `Irá a Legitimação Democrática do Direito desaparecer do modelo de Estado Constitucional?´ *Iusgentium*, v. 12, n. 6, 2015, pp. 1-50.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LIMA LOPES, José Reinaldo. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEVES, Marcelo. `(Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões´. *Lua Nova*, São Paulo, v. 93, pp. 201-232. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf> . Acesso em: 23 fev. 2023.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do Direito na Europa* (trad.: Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite, Carlo Alberto Dastoli). São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SILVA, Cristina Nogueira da. `Por que (e até onde)´matar o Estado´? Reflexões sobre a história institucional, o direito e a democracia em Antonio Hespanha.´ *Estudos de história e historiografia do direito em homenagem ao professora António Manuel Hespanha*. Curitiba: Intersaberes; Madrid: Marcial Pons, 2020.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. `Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos´. *Contexto Internacional*. Vol. 23, n.1, Rio de Janeiro: 2001, pp. 7-34. Acesso em: 23 fev. 2023.

VELHO, G. e VIVEIROS de CASTRO, E.B. “O Conceito de Cultura e o Estudo das Sociedades Complexas: uma perspectiva antropológica”. *Artefato: Jornal de Cultura*. Rio de Janeiro: Conselho Estadual de Cultura, n. 1, Jan. 1978.

WOLKMER, Antonio Carlos. 'Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade'. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 113-128, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15095>  
Acesso em: 23 fev. 2023.

WOLKMER, Antonio Carlos. 'Pluralismo jurídico: um referencial epistêmico e metodológico na insurgência das teorias críticas no direito'. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro. v. 10. n. 4. 2019, pp. 2711-2735. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/45686>. Acesso em: 23 fev. 2023.