

PLURALISMO JURÍDICO E NOVOS DIREITOS: DISCUTINDO A RELAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO ESTATAL E O DIREITO INDÍGENA NO BRASIL

LEGAL PLURALISM AND NEW (HUMAN) RIGHTS: DISCUSSING THE RELATIONSHIP BETWEEN STATE LEGAL SYSTEMS AND INDIGENOUS LAW IN BRAZIL

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira¹
Mateus Vinicius Kaiser²
Bruna Gregoletto Parizotto³

Como citar: SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni; KAISER, Mateus Vinicius; PARIZOTTO, Bruna Gregoletto. Pluralismo jurídico e novos direitos: discutindo a relação entre o ordenamento jurídico estatal e o Direito indígena no Brasil. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC**, Londrina, v. 9, n. 1, e100, jan./jun., 2024. DOI: 10.48159/revistadoidcc.v9n1.e100.

Resumo: O presente trabalho discute as dificuldades dos sistemas jurídicos estatais no relacionamento com populações periféricas que pleiteiam direitos. Problematisa, a partir da perspectiva do pluralismo jurídico, a possibilidade de garantia de novos direitos por meio do diálogo entre o Estado e os sujeitos coletivos, tais como os povos indígenas. O objetivo do estudo é discutir os principais problemas decorrentes do relacionamento entre o direito estatal e outros ordenamentos jurídicos, questionando como esse problema deve ser equacionado no marco teórico do pluralismo jurídico, entendido em seu viés crítico e emancipatório. O trabalho tem perfil de ensaio, e procura na bibliografia selecionada os argumentos principais a respeito do problema posto, de modo a promover um debate sobre os vínculos entre diferentes formas de juridicidade. Conclui-se que é desejável a abertura do direito do Estado para manifestações jurídicas dos povos tradicionais, no propósito de manutenção de culturas não hegemônicas. Este fenômeno deve ser discutido a partir de um pluralismo jurídico de viés comunitário-participativo e compromisso emancipatório.

Palavras-chave: Pluralismo jurídico; direito indígena; novos direitos; Direito e Comum; teoria do direito ambiental.

Abstract: This work discusses the difficulties faced by state legal systems in their interactions with peripheral populations claiming rights. It problematizes, from the perspective of legal pluralism, the possibility of guaranteeing human rights through the dialogue between the State and collective subjects, such as indigenous peoples. The aim of the study is to discuss the main issues arising from the relationship between state law and other legal orders, questioning how this problem should be addressed within the theoretical framework of legal pluralism, understood from a critical and emancipatory perspective. The text is essayistic and seeks in the selected bibliography the main arguments regarding the problem proposed, promoting a debate on the connections between different forms of legality. It concludes that it is desirable for state law to open up to legal expressions of traditional peoples, with the purpose of preserving non-hegemonic cultures. This phenomenon should be discussed from a legal pluralism that emphasizes community participation and an emancipatory commitment.

Keywords: Legal pluralism; indigenous law; human rights; Law and the Commons; environmental law theory.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, com estágio na Universidade Lusfada do Porto. Pós-doutorado na Pace University/NY. Mestrado em Direito pela UFSC. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul, atuando nos cursos de mestrado e doutorado. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental Crítico (DAC). Membro da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Meu Lattes <http://lattes.cnpq.br/0824411824552682>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5210-0316>. Email: cemsilveira@ucs.br.

2 Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental Crítico (DAC). Advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3440964889039047>. orcid: <https://orcid.org/0009-0002-8815-3978>. Email: mvkaiser@ucs.br.

3 Bacharelada em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental Crítico (DAC). Bolsista de Iniciação Científica PIBIC-Cnpq. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0006529931863712>.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o debate do pluralismo jurídico como aporte teórico e seu potencial de engendrar experiências democratizantes; em particular, seu potencial em contribuir com a garantia de direitos ambientais, territoriais e culturais de populações periféricas. Com estilo ensaístico, seu objetivo é apresentar o pluralismo jurídico como alternativa democrática e, com base na doutrina especializada, discutir os principais problemas provenientes do relacionamento entre ordenamentos jurídicos; particularmente, questionando como esse problema pode ser equacionado em se tratando do Direito indígena e de sua recepção pelo Direito estatal.

O problema que aqui se propõe a enfrentar foi suscitado no contexto de uma série de publicações¹ nas quais o tema central foi o Direito indígena; trabalhou-se com documentos jurídicos produzidos por povos indígenas destinados a servir como ponte entre seus modos de organização social e a legislação brasileira. Dentre esses documentos, os mais importantes são os protocolos de consulta e os planos de gestão territorial e ambiental (PGTAs). Nesta série de trabalhos, esses documentos foram discutidos, sob diversos enfoques, com apoio do marco teórico do pluralismo jurídico. Discutiu-se, por exemplo, os protocolos de consulta e o problema do consentimento, bem como o poder de veto dos povos e comunidades tradicionais nas decisões judiciais e administrativas (Silveira, Kaiser, Burgel, 2023); em que medida os protocolos de consulta podem ser entendidos como manifestação do pluralismo jurídico (Silveira, Kaiser, Magni, 2024); o papel da Convenção nº 169 da OIt como instrumento de organização do território e garantia de direitos coletivos (Silveira, Kaiser, Fich, 2024a) e o potencial dos planos de gestão territorial e ambiental de Terras Indígenas como instrumento de organização do território e garantia de direitos coletivos (Silveira, Kaiser, Fich, 2024b).

Constatou-se, no contexto da pesquisa sobre produções jurídicas dos povos indígenas, um problema teórico de base, capaz de influenciar na compreensão de problemas correlatos. Pode-se expressar a questão da seguinte forma: a partir da perspectiva do pluralismo jurídico, como deve ser compreendido o relacionamento entre ordenamentos jurídicos conflitantes, particularmente entre a produção jurídica dos povos indígenas e o Direito do estado? Para resolver essa questão, recorreu-se a obras de referência no contexto do marco teórico eleito, particularmente António Manuel Hespanha e Antônio Carlos Wolkmer. A partir dessas leituras,

¹ É importante mencionar que o presente trabalho surge no contexto das pesquisas realizadas no grupo de pesquisa Direito Ambiental Crítico (DAC), vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul.

foram selecionados e cotejados os argumentos-chave, de maneira a produzir-se uma reflexão útil para aqueles que operam na temática dos protocolos de consulta e dos PGTAs indígenas.

Tendo em conta a pluralidade de acepções, convém esclarecer que, no contexto deste estudo, designa-se pluralismo jurídico as concepções teóricas rebeldes ao consenso monista (que identifica o Direito com o Estado), com pretensões emancipatórias; ou seja. “de base democrático-participativa, fortemente inspirado em matrizes descoloniais latino-americanas” (Wolkmer, 2015, p. 81), capaz de justificar, no plano teórico, o fortalecimento dos direitos dos povos e grupos sociais periféricos, no contexto brasileiro. Fala-se em pluralismo, nesse sentido, como “marco de ruptura e denúncia dos mitos sacralizados do instituído” (Wolkmer, 2015, p. 184). Isso não exclui, porém a luta dos movimentos sociais por direitos no contexto do Direito estatal, seja por meio da exigência para que se tornem efetivos os direitos já reconhecidos pela legislação estatal, seja por meio da reivindicação do reconhecimento de novos direitos que emergem das necessidades coletivas (Wolkmer, 2015, p. 99).

Ao longo do estudo sobre pluralismo jurídico, surgem alguns termos caros ao desenvolvimento da matéria: (1) fragmentação jurídica, (2) Direito insurgente, (3) *derecho profano*, (4) justiça multicultural, (5) Direito extraestatal, (6) Direito vivo e (7) Direitos espacial e temporalmente concomitantes. A lista não é exaustiva, mas serve para sublinhar alguns dos termos-chave para a leitura.

No decorrer do texto, serão feitas referências aos protocolos de consulta e aos planos de gestão territorial e ambiental (PGTAs), importantes instrumentos jurídicos de que se valem os povos indígenas para estabelecer um vínculo entre seus elementos culturais e a legislação vigente. Este não é o tema central do trabalho, uma vez que a proposta é conceitual e não aplicada. Não obstante, como já observado, a tomada de posição pluralista tem como inspiração a defesa dos direitos dos povos indígenas; ademais, o caso em questão serve como ilustração para debates teóricos que, algumas vezes, ocorrem em um plano excessivamente abstrato. O exercício de defesa dos direitos dos povos indígenas a partir do pluralismo jurídico pode realizar satisfatoriamente seus objetivos com a harmonização (diálogo) entre o Direito estadualista e o Direito indígena. Trabalha-se, portanto, sob a perspectiva de um pluralismo de contraponto ou conformação, que busca o diálogo e uma adequação recíproca entre o Direito oficial e o Direito insurgente, com todas as cautelas para que esse diálogo não se desvirtue em assimilação.

A primeira seção do trabalho desenvolve a crítica à concepção teórica monista, que promove uma identificação completa entre Direito e Estado; ou seja, que compreende que o fenômeno jurídico está localizado (e não transborda) dentro dos muros do Estado. Argumenta-

se que essa monopolização do Direito é especialmente prejudicial às populações periféricas e culturalmente diferenciadas, visto que esse movimento está relacionado com o enfraquecimento das culturas não hegemônicas. Deste modo, são estabelecidas as bases para a discussão posterior, bem como justificada a adoção do marco teórico. Na segunda seção, discute-se as potencialidades do pluralismo jurídico como alternativa democrática, capaz de gerar novas formas e modelos participativos (por vias oficiais ou não). Argumenta-se acerca do caráter coletivo e emancipador das práticas engendradas pelo pluralismo jurídico. Na terceira seção, que é o cerne da discussão, aborda-se alguns aspectos problemáticos (teóricos e práticos) que surgem do relacionamento entre ordenamentos jurídicos diversos. Como forma de testagem do argumento, são discutidos alguns elementos importantes do relacionamento entre Direito do Estado e a produção jurídica dos povos indígenas.

2 A NECESSÁRIA PROBLEMATIZAÇÃO DO MONISMO E DO POSITIVISMO JURÍDICO

O Direito não é matéria universal, atemporal e inata, e sim fruto de seu período histórico. Contingências de ordem cultural, socioeconômica, política, explicam a juridicidade de cada período e local. A ideia de um pluralismo jurídico surge por oposição ao monismo e ao positivismo jurídico que marcam o século XX.

Em cada período histórico “domina um certo tipo de ordenação jurídica”, de modo que o Direito da sociedade moderna, de matriz eurocêntrica, está desenhado a partir das necessidades da classe burguesa e do modo de produção capitalista. Essa ordem possui traços ideológicos liberais e individualistas, combinados com uma organização institucional do poder centrada na figura do Estado soberano, cujas pretensões são unificadoras e universalistas, amparadas em uma racionalidade burocrática (Wolkmer, 2015, p. 24).

Há aí a formação de um sistema realimentado, onde o Estado é capaz de colher legitimidade do Direito, enquanto o Direito adquire o atributo da força vinculante, justamente em razão do respaldo proporcionado pelo Estado. Assim, explica Wolkmer (2015, p. 62) “a primeira e essencial especificidade do Direito moderno é a natureza de sua estatalidade”. Nesse horizonte, consolida-se o dogma de que existe um único Direito, instrumentalizado por regras neutras produzido pelo Estado e positivadas (Wolkmer, 2015, p. 63).

Conforme Hespanha (2019, p. 45), “a própria forma geral e abstrata do Direito, bem como sua organização segundo uma lógica rigorosa (formalismo e logicismo jurídicos)

constitui elementos de neutralização dos pontos de vista particulares e das pulsões egoístas ou corporativas”. Para o jurista português, (Hespanha, 2019, p. 189) a lei do Estado reclamou para si a competência de representar a vontade geral (e racional) e o interesse geral, não aceitando compartilhar o campo de regulação da vida política com qualquer outra fonte de Direito. A implicação dogmática da monopolização do Direito pelo Estado é que a aplicação do Direito se resumiria em “submeter à lei os casos concretos”, num exercício simples de subsunção ou silogismo (em que a Lei ocupa o lugar da premissa maior).

Justamente por ser produzido pelo Estado, contudo, é que são desconsideradas ali “as múltiplas manifestações de exteriorização normativa (Direito espontâneo, indígena, informal, extraestatal etc.), representados pelos corpos sociais autônomos” (Wolkmer, 2015, p. 72). Enquanto as manifestações descentralizadas e informais do direito são desconsideradas, a legitimidade exclusiva do Estado associa-se à representação da vontade popular: o Estado corporiza o povo e detém, de maneira exclusiva, “a legitimidade para superar as contradições dos interesses particulares, combinando-os num interesse geral ou público” (Hespanha, 2019, p. 45).

A sociedade medieval era pluralista, constituída por “uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio”; por sua vez, o Estado moderno, ao urgir, impõe “uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes” (Bobbio, 1995, p. 27). O positivismo é a doutrina segundo a qual não existe outro Direito senão o positivo, ou seja, colocado pelo Estado (Bobbio, 1995, p. 26). A expressão “positivismo jurídico” é um pleonasma, na medida em que o monismo rejeita todo o tipo de Direito “diferente daquele posto pela lei” (Bobbio, 1995, p. 86). Nessa linha, a teoria do ordenamento jurídico desenvolve-se com base em três dogmas, quais sejam, a unidade, a coerência e a completude. O atributo da completude é especialmente interessante para a discussão da díade monismo/pluralismo:

Nos tempos modernos o **dogma da completude** tornou-se parte integrante da concepção estatal do Direito, isto é, daquela concepção que faz da **produção** jurídica um monopólio do Estado. Na medida em que o Estado moderno crescia em potência, iam-se acabando todas as fontes de direito que não fossem a Lei ou o comando do soberano. **A onipotência do Estado reverteu-se sobre o Direito de origem estatal, e não foi reconhecido outro Direito senão aquele emanado direta ou indiretamente do soberano** (Bobbio, 1999, p. 120).

Do reconhecimento do dogma da completude irradiam muitos efeitos: um ordenamento jurídico dotado de completude indica que sua regulação não deixa lacunas, isto é, não há espaço (nem utilidade) para um direito extraestatal:

Onipotente como o Estado do qual emanava, o Direito estatal devia regular cada caso possível: havendo lacunas, o que deveria ter feito o juiz senão recorrer a fontes jurídicas extraestatais, como o costume, a natureza das coisas, a equidade? **Admitir que o ordenamento jurídico estatal não era completo significava introduzir um Direito concorrente, quebrar o monopólio da produção jurídica estatal** (Bobbio, 1999, p. 120).

Conforme Bobbio (1999, p. 128), “a completude não era um mito, mas uma exigência de justiça, não era uma função inútil, mas uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a certeza”. Nesses termos, relativizar a completude “significava quebrar a barreira do princípio da legalidade, que havia sido colocado em defesa do indivíduo, [significava] abrir as portas ao arbítrio, ao caos e à anarquia” (Bobbio, 1999, p. 128).

Com essas preocupações, desde o ponto de vista da dogmática jurídica, “as lacunas (aparentes) devem sofrer uma correção num ato interpretativo”. Adota-se a perspectiva segundo a qual “toda e qualquer lacuna é efetivamente uma aparência”, de modo que o sistema jurídico é visto como “manifestação de uma unidade imanente, perfeita e acabada” (Ferraz Junior, 2019, p. 54). Nestes termos, Ferraz Jr. argumenta que “a ideia de sistema fechado, marcado pela ausência de lacunas, acaba assim ganhando o caráter de ficção jurídica necessária”. A dogmática jurídica constroi a si mesma, transformando-se numa elaboração abstrata (valendo-se de inúmeras ficções garantidoras de sua lógica interna). Esta abstração gera alguns efeitos positivos e negativos:

Paga-se um preço por isso: o risco de um distanciamento progressivo da realidade, pois a ciência dogmática, sendo abstração de abstração, vai preocupar-se de modo cada vez mais preponderante com a função de suas próprias classificações, com a natureza jurídica de seus próprios conceitos (Ferraz Jr., 2019, p. 55).

Muitas são as críticas feitas ao Direito estatal: critica-se o seu distanciamento em relação aos conflitos sociais, a sua lentidão na resolução dos conflitos e sua incapacidade de reconhecer as culturas periféricas. A teoria monista/estadista, vinculada ao positivismo jurídico, considera Direito apenas o Direito estatal. Esta forma de visualizar o fenômeno jurídico ganha força com o surgimento do Estado moderno, conforme Bobbio (2016, p.32):

A teoria estadista do direito é produto histórico da formação dos grandes Estados modernos, erigidos sobre a dissolução da sociedade medieval. [...] O Estado moderno foi formado por meio da eliminação ou da absorção dos ordenamentos jurídicos superiores ou inferiores pela sociedade nacional, por meio de um processo que se poderia chamar de monopolização da produção jurídica.

Nesses termos, o Estado nacional soberano exigia uma configuração institucional que concedesse a ele o monopólio legislativo, o monopólio de jurisdição e o monopólio de uso legítimo da força. Segundo Bobbio (2016, p. 33):

A máxima consagração teórica desse processo [identificação do Direito com o Direito estatal] é a filosofia do direito de Hegel², na qual o Estado é considerado o Deus terreno, ou seja, o sujeito último da história, que não reconhece, nem abaixo nem acima de si, qualquer outro sujeito, e a quem os indivíduos e grupos devem obediência incondicional.

Com isso, ocorre a supervalorização da lei, que se torna a “principal fonte de Direito nos Estados ocidentais”; foi o primado da lei que fundamentou "a teoria do Direito e da norma jurídica dominante durante os séculos XIX e XX" (Hespanha, 2019, p. 93). Esse processo de centralização de poder em busca de uma unidade nacional afeta de modo especialmente grave as populações periféricas, que possuem modos de vida e cosmovisões inconciliáveis com o modelo europeu, conforme Duprat (2015, p. 56):

O fato é que esses grupos menores não tinham como resistir a todo o instrumental concebido para chegar à pretendida homogeneidade. A começar pela adoção de uma única língua administrativa, o seu uso obrigatório nas relações entre o indivíduo e o Estado, seguindo-se a alfabetização pública em larga escala. Os não falantes da língua oficial, nesse ambiente, estavam condenados a ficar à margem da sociedade nacional.

No mesmo sentido, Varella (2018, p. 176) refere que o processo de adoção de um idioma único³, no Brasil, teve vários pontos negativos, como, por exemplo, a perda de vários elementos culturais locais e a desvalorização de regionalismos. Dito de outra forma: a unificação de cima para baixo prejudica a diversidade cultural e linguística. O caso brasileiro é marcado, desde o início da colonização, por um Direito estatal “segregador e discricionário com relação à população nativa”, que se impôs sobre a pluralidade de culturas existentes (Wolkmer, 2015, p. 89). O Brasil colonial (construído com base na monocultura e mão de obra escrava) desenvolveu um aparato político “desvinculado das necessidades da maioria de sua população, montado para servir [...] o governo real da Metrópole” (Wolkmer, 2015, p. 90).

² No mesmo sentido, Hespanha (2019, p. 45) afirma que "o Estado passou a ser considerado como um fator, neutral e acima dos interesses privados, de racionalização dos múltiplos interesses setoriais em conflito na sociedade. Essa visão do Estado - que nasceu da **dialética hegeliana** entre o real (a sociedade) e o racional (a ideia de Estado e de Direito) [...]" e "competiria ao Estado (ao soberano) a tarefa de arbitrar e harmonizar a pluralidade de pretensões dos indivíduos e dos grupos, de modo a manter a coesão nacional [...]" (Hespanha, 2019, p. 45).

³ “Grupos indígenas, sobretudo os de contato mais antigo com a população neobrasileira, foram induzidos a falar [...] português, por imposição expressa do Diretório dos Índios pombalino (artigo 6.)” (Cunha, 2012, p. 106).

Vê-se que o Estado nacional, quando centraliza em si todas as funções legislativas, administrativas e judiciárias, também passa a interferir na cultura, tradição e costumes dos cidadãos que são administrados por ele. Essa interferência estatal nos modos de vida dos cidadãos (processos de assimilação) visa a construção de uma identidade nacional. Esse processo de monopolização⁴ é compatível com os modos juspositivistas de visualizar o fenômeno jurídico. De acordo com Mascaro (2022, p. 51):

Por juspositivismo compreende-se uma associação necessária do fenômeno jurídico ao fenômeno da autoridade estatal. As raízes históricas de tal pensamento já vêm de há muito, mas a construção sistemática de um modelo de identificação do direito ao Estado surge, vigorosamente, apenas no século XIX. Nessa época os Estados nacionais europeus já se encontram sob controle da burguesia, que então dita seus interesses por meio de normas jurídicas estatais.

Com essa breve discussão a respeito das implicações da teoria juspositivista/monista, passa-se a propor, no tópico subsequente, o pluralismo como alternativa democrática e garantidora dos direitos das populações periféricas.

3 A ALTERNATIVA DO PLURALISMO JURÍDICO

Wolkmer (2015, p. 199) refere que antes do fenômeno da monopolização do Direito pelo Estado nacional soberano, “subsistiu uma rica e longa trajetória histórica de práticas autônomas de elaboração legal comunitária, ou de ordens normativas espontâneas de caráter consuetudinário”. A estatização do Direito ocorreu na Europa durante os séculos XVII e XVIII (racionalização política centralizadora) a partir de um processo de uniformização burocrática. Wolkmer (2015, p. 201) aponta que foi com a república francesa pós-revolucionária⁵ que se acelerou o processo de centralização (na figura do Estado) das manifestações jurídicas, “sob a base da igualdade de todos perante uma legislação comum”.

Reconhecedor da historicidade das práticas plurais, Hespanha (2019, p. 15) aponta:

[...] este pluralismo jurídico a que nos referimos, antes de ser algo que surgiu nos nossos dias, por circunstâncias particulares dos tempos e das políticas, é antes algo de sempre, pois tem a ver com a maneira de ser dos próprios grupos humanos - a diversidade das suas maneiras de ver o mundo, as relações dele com os homens e as que os homens mantêm entre si - *ubi societas, ibi iura* (onde há uma sociedade aí há direitos, no plural).

⁴ "Na verdade, sobretudo a partir do momento em que surgiram códigos e se estabilizou a lei feita pelos parlamentos [...], o Direito passou a ser identificado com a lei, pelo menos para os juristas menos inquietos" (Hespanha, 2019, p. 11).

⁵ Principalmente com a promulgação das reformas administrativas napoleônicas e a promulgação do código civil francês (Wolkmer, 2015, p. 201).

Há o reconhecimento de que, por mais monopolizante que seja a regulamentação estatal, sempre subsistirá espaço⁶ para que se desenvolvam manifestações jurídicas informais (Wolkmer, 2015, p. 330). Com essa breve constatação histórica a respeito do pluralismo jurídico, pretende-se, agora, discutir a sua definição. Apesar de não ser apropriado fixar um conceito único a respeito do que seja pluralismo, é adequado afirmar que todas as correntes pluralistas convivem com o fato de que “em qualquer sociedade, antiga ou moderna, ocorrem múltiplas formas de juridicidade conflitantes ou consensuais, formais ou informais” e de que “o Direito não se identifica e não resulta exclusivamente do Estado” (Wolkmer, 2015, p. 253). Daí decorre que, para a corrente pluralista, “o Direito surgiria de vários polos, níveis, esferas de discussão ou instâncias reconhecidas pela comunidade como idóneas para o declarar” (Hespanha, 2019, p. 72).

Para Jacques Vanderlinden, pluralismo jurídico é a convivência, em determinado espaço social, de sistemas jurídicos distintos que se aplicam a situações idênticas; como exemplo de pluralismo, o mencionado autor indica “a aplicação e a prática, num país colonizado⁷, do Direito autóctone, concomitantemente com o Direito imposto da Metrópole” (Wolkmer, 2015, p. 254). Nessa mesma linha, Joaquim Falcão refere que o pluralismo jurídico é um esforço teórico que tem como objetivo descrever um relacionamento consensual, porém contraditório, entre os vários Direitos observáveis num mesmo território (Wolkmer, 2015, p. 254). Wolkmer (2015, p. 257), por seu turno, conceitua pluralismo jurídico da seguinte forma: “multiplicidade de manifestações e práticas normativas existentes num mesmo espaço sociopolítico, interligadas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

Wolkmer (2015) dá muito valor ao fator “necessidades”, que dão a direção das lutas dos sujeitos insurgentes. Conforme Cervantes (2016, p. 207), o pluralismo comunitário se distingue em razão de sua autonomia frente ao Estado e pelo caráter coletivo dos sujeitos que o sustentam; desse modo, o pluralismo comunitário “choca contra el carácter individualista que caracteriza al derecho moderno-capitalista” (Cervantes, 2016, p. 207).

Cumpre, também, trazer a percepção de Fajardo (2006, p.1), em razão de sua objetividade: “El pluralismo jurídico es una perspectiva teórica que permite reconocer la

⁶ Nesses termos, Hespanha (2019, p. 12) refere que o fenômeno do pluralismo jurídico “tem sido uma constante, mais visível ou mais encoberta, de toda a história do Direito ocidental”.

⁷ Conforme Wolkmer (2015, p. 258), “o pluralismo jurídico desenvolve-se em países que foram dominados economicamente e politicamente, sendo obrigados a aceitar padrões jurídicos das metrópoles (colonialismo inglês, português etc.)”.

coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad” (Fajardo, 2006, p. 1). O pluralismo, que tem como pressuposto a coexistência (com o diferente), não tem, necessariamente, a pretensão⁸ de negar o Direito estatal, mas reconhecer que ele é apenas uma das muitas formas de manifestação jurídica que podem florescer numa sociedade (Wolkmer, 2015, p. 254). O pluralismo busca a formação de um consenso possível (em igualdade de condições), a partir das particularidades de cada espaço político concreto (rejeitando sociedades abstratas e idealizadas), com o auxílio de procedimentos praticáveis (Hespanha, 2019, p. 16).

Rejeitando fundamentos abstratos e idealizados, é possível dizer que o paradigma pluralista também rejeita a ideia de legitimidade a partir de uma vontade geral proveniente de um pacto social (de tonalidade iluminista):

A insistência que se põe no consenso como elemento de legitimação do Direito [para o paradigma pluralista] não tem a ver com uma concepção individualista e pactista da sociedade, como a que foi desenvolvida pela filosofia política dos finais do séc. XVIII e que, em geral, está na base da democracia representativa. É hoje bem claro que a legitimação do Direito a partir de um hipotético contrato social que desse origem a uma vontade geral é, a vários títulos, um mito (Hespanha, 2019, p. 68).

Hespanha (2019, p. 53) constata que a imagem da sociedade foi alterada: antes, falava-se em indivíduos abstratos, idealizados, isolados, todos orientados pelos mesmos princípios e racionalidade; agora, reconhece-se a complexidade de uma sociedade desigual, diversa, que se relaciona e é capaz de criar laços de solidariedade:

Estas novas formas de identidade e de relacionamento social exigem e criam novas formas de expressão política, **mais diversas e mais ricas do que o voto e o sufrágio**. Daí que tenha surgido a preocupação de encontrar modelos novos de construção da democracia e de um direito democrático, **admitindo novos padrões de democracia que multipliquem as modalidades e os níveis de participação política [...]**.

Daí se percebe que o problema do pluralismo é o problema da legitimidade e da participação popular. Essa constatação parece dar margem a um diálogo com o conceito de “movimentos sociais” (“novos sujeitos históricos” ou “novos atores coletivos”), trabalhado por Wolkmer (2015).

Conforme Caleiro e Wandscheer (2016, p. 170), a maior crítica endereçada à teoria do pluralismo jurídico é referente ao reconhecimento (legitimidade) dos Direitos extraoficiais:

⁸ “O pluralismo jurídico pode ter como objetivo a denúncia, a contestação, a ruptura e a implementação de 'novos' direitos” (Wolkmer, 2015, p. 261).

“Qual a suposta autoridade de quem pratica este reconhecimento?”. Argumentam os autores que se tal reconhecimento é praticado pelas instâncias oficiais de poder “resta como nítida uma suposta hierarquia desta para com as demais fontes de normatividade ditas extraoficiais”. Para responder a essas indagações, recorre ao conceito de novos sujeitos históricos: trata-se de um paradigma que retira a normatividade dos preceitos “não mais e apenas das fontes⁹ ou canais habituais clássicos representados pelos processos legislativo e jurisdicional do Estado”. Antes, retira a potencialidade normativa da ação concreta (*práxis*) dos **atores coletivos**, independentemente de rituais formais (Wolkmer, 2015, p. 127). Pode-se conceituar esses novos sujeitos históricos da seguinte forma:

identidades coletivas conscientes, mais ou menos autônomas, advindos de diversos estratos sociais, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, interligadas por formas de vida com interesses e valores comuns, compartilhando conflitos e lutas cotidianas que expressam privações e necessidades por direitos, legitimando-se como força transformadora do poder e instituidora de processos democráticos, participativos e pluralistas (Wolkmer, 2015, p. 281).

Os movimentos sociais aparecem como “reveladores de uma outra fonte diferenciada de produção jurídica” (Wolkmer, 2015, p. 162), proporcionando “o alargamento dos centros geradores de produção jurídica, mediante outros meios normativos não convencionais” (2015, p. 162). No interior dos grupos comunitários ocorre uma regulação autônoma e espontânea, paralela ao Direito estatal (2015, p. 165).

Como se percebe, a opção por um modelo pluralista de Direito *irrita* os conceitos clássicos de fontes¹⁰ de Direito, regras de nomogênese, legitimidade e princípio da legalidade, estabelecendo a “supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais” (Wolkmer, 2015, p. 199). A partir do ideário do pluralismo jurídico, “a fonte¹¹ jurídica por excelência encontra-se interligada às relações sociais e às necessidades cotidianas” (2015, p. 163).

Existem várias correntes (e gerações) de pluralismo jurídico; cada uma delas tem suas próprias preocupações e está inserida no vocabulário da área com a qual tem mais afinidade. Para ter uma ideia da diversidade de manifestações que estão inseridas no rótulo “pluralismo jurídico”, lista-se algumas delas: (1) organizações da vida corrente (regras de convívio

⁹ “Este pluralismo legal ampliado e de 'novo tipo', '*desde abajo*', ou desde o Sul, impõe a rediscussão de questões [...] como as 'fontes', os 'fundamentos', e o 'objeto' do Direito” (Wolkmer, 2015, p. 275).

¹⁰ Para Hespanha (2019, p. 65), “o saber jurídico tem usado a expressão 'fontes de direito' para designar as vias de manifestação ou de formação do direito num certo ordenamento jurídico”.

¹¹ Conforme Wolkmer, “os centros geradores de Direito não se reduzem, de forma alguma, às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado” (Wolkmer, 2015, p. 164).

cotidiano); (2) práticas estabelecidas; (3) leis dos negócios (nova *lex mercatoria*); (4) regras da arte (dos médicos, por exemplo); (5) boas práticas das organizações; regras de desporto (que afastam inclusive normas de Direito penal); (6) regras de internet; (7) normas de Direito supraestadual (tratados internacionais); (8) consensos e acordos privados (contratos, cláusulas de arbitragem); (9) comunidade de especialistas em Direito (doutrina) (Hespanha, 2019, p. 25), (10) “normas de grupos com uma forte identidade cultural ou religiosa (imigrantes, minorias [ou maiorias] étnicas ou religiosas)” (Hespanha, 2019, p. 41) e muitas outras; nessa lista, não se pode deixar de incluir as normas técnicas e de gestão, trabalhadas por Frydman (2018).

Com essa constatação, é natural que existam correntes mais progressistas e correntes mais conservadoras de pluralismo jurídico. Evidentemente, para os fins do presente trabalho, não se faz qualquer aproximação com o pluralismo jurídico de tipo neoliberal, adequado às potências do norte global e ao capitalismo monopolista globalizado:

Interessa aos blocos hegemônicos defender e propagar tal pluralismo de teor conservador [...], pois a liberalização, privatização e livre mercado, em contextos periféricos dominados por elites opressoras e colonizadoras (que estão a serviço do capital internacional), é o sintoma trágico do desajuste estrutural, do conflito mundializado e da crise cultural permanente (Wolkmer, 2015, p. 81).

Wolkmer recomenda, na conjuntura da América Latina, prudência ao lidar com a retórica “anti-Estado”, visto que a “orquestração da crise estatal e da expansão do poder privado interessa aos novos rearranjos de forças transnacionais identificadas com o poder midiático e com as leis do mercado globalizados” (Wolkmer, 2015, p. 409).

Daí a importância da distinção entre o modelo dito “neocolonial” e o modelo (ou corrente) pluralista que está ligado com a emancipação¹² das sociedades dependentes e dos segmentos excluídos. Wolkmer (2015, p. 410) vê com preocupação o pluralismo de tipo neocolonial (ou neoliberal¹³):

Ora, tal modalidade de pluralismo vinculado a projetos da “pós-modernidade” é mais um subterfúgio para escamotear a concentração violenta do grande capital nas metrópoles avançadas (Norte global), excluindo em definitivo a periferia marginalizada ou fazendo dela uma forma mais perversa de colônia.

¹² “Este pluralismo ha sido fundamental para la resistencia a las políticas neoliberales en toda nuestra región y, específicamente, para el desarrollo de los procesos políticos a partir de los cuales fueron posibles las nuevas constituciones de Ecuador y de Bolivia” (Cervantes, 2016, p. 199).

¹³ “Para além de que o pluralismo neoliberal costuma converter-se paradoxalmente em centralismo e absolutismo quando lida com formas subalternas ou alternativas de pluralismo” (Hespanha, 2019, p. 28).

Nesses termos, Hespanha (2019, p. 12) propõe a discussão de "questões decisivas para a dogmática jurídica, como para a política do direito", no sentido de verificar os riscos e vantagens do pluralismo jurídico, do ponto de vista da democratização do Direito.

4 O RELACIONAMENTO ENTRE ORDENAMENTOS JURÍDICOS, EM UMA PERSPECTIVA PLURALISTA

Inicia-se o presente tópico com a constatação de que “a jusdiversidade existe independentemente do querer do Estado-Nacional, uma vez que é um fato e existe em face da sociodiversidade” (Caleiro; Wandscheer, 2016, p. 170). Não há necessidade, por exemplo, de uma lei¹⁴ que reconheça a existência da pluralidade de ordenamentos em um mesmo espaço geográfico, porque “la validez y la eficacia de ninguno de los dos [ordenamentos jurídicos] tiene la necesidad de ser validada por el reconocimiento del otro para existir¹⁵” (Cervantes, 2016, p. 199). Daí que a aferição de uma situação pluralista se dá no plano do *ser*.

Uma das grandes questões do pluralismo jurídico e, mais especificamente, das formas de convivência entre diversos ordenamentos jurídicos é “compatibilizar a preservação das diferenças com a inevitabilidade de interação e de solidariedade social?” (Hespanha, 2019, p. 15). No momento de harmonizar os anseios e necessidades da coletividade, percebe-se que

O que uns grupos acham ser um uso das suas faculdades jurídicas outros acham que é um abuso. O que uns pensam dever fazer, outros acham que é apenas uma possibilidade, mas não forçosa. O que uns acham que é uma manifestação de egoísmo ou de ganância outros creem ser um direito seu - mesmo um direito fundamental (Hespanha, 2019, p. 15).

O debate da contextualização, ou seja, “do modo como cada sistema de Direito é sensível ao ambiente, incluindo os outros sistemas jurídicos aí existentes” (Hespanha, 2019, p. 175) é de fulcral importância para este trabalho. Fala-se em (1) “influência do ambiente”; (2) abertura dos sistemas jurídicos aos impactos dos outros, que estão à sua volta; (3) permeabilidade a estímulos e (4) irritações (Hespanha, 2019, p. 179).

Essa discussão abre espaço para visualizar a “diferenciação dos sistemas comunicacionais”, engendrados em razão da complexidade da comunicação humana (Hespanha, 2019, p. 178). Constata-se o atributo de *autopoiesis* dos sistemas, que formulam

¹⁴ “Nestes termos, a ideia de ir buscar ao Direito do Estado uma norma de reconhecimento do direito em geral envolve a mesma falha lógica que constituiria pedir à parte uma definição do todo” (Hespanha, 2019, p. 58).

¹⁵ Principalmente quando se pugna pela ausência de hierarquia entre os sistemas.

“suas próprias regras de funcionamento interno”, isto é, uma capacidade dos ordenamentos de se fecharem em si mesmos¹⁶, para não se influenciarem (na medida do possível) por regras alienígenas (existe aí um momento de autorreferência) (Hespanha, 2019, p. 179). Assim, o Direito cria para si, inclusive, uma metalinguagem (teoria do Direito, doutrina...) (Hespanha, 2019, p. 180).

Hespanha (2019, p. 12) aponta que a dogmática jurídica (aquela que se desenvolveu a partir do modelo do Direito único), tem dificuldades para lidar com uma ordem jurídica composta por diferentes Direitos, visto que, nesse contexto, há “a necessidade de saber acomodar entre si estes vários direitos, sem os reduzir artificialmente à unidade, mas também sem que se perca um grau mínimo de unidade” (Hespanha, 2019, p. 13). Quando entram em contato, ordenamentos jurídicos podem se comportar de diferentes maneiras uns em relação aos outros. Essas relações podem ser (1) de indiferença, (2) de recusa ou (3) de absorção (Bobbio, 1999, p. 168). Bobbio (1999, p. 169) exemplifica da seguinte forma:

Por situação de indiferença entendemos aquela em que um ordenamento considera lícito aquilo que num outro ordenamento é obrigatório [...]. Por situação de recusa entendemos aquela em que um ordenamento considera proibido aquilo que num outro ordenamento é obrigatório [...]. Por situação de absorção, enfim, entendemos aquela em que um ordenamento considera obrigatório ou proibido aquilo que noutro ordenamento é também obrigatório ou proibido.

Entre as formas de absorção há o reenvio e a recepção. *Reenvio* significa o procedimento pelo qual um ordenamento jurídico deixa de regular determinada matéria e respeita a regulamentação posta por outro ordenamento; a *recepção* ocorre quando um ordenamento jurídico “incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida num outro ordenamento” (Bobbio, 1999, p. 169).

Pode-se dizer que a situação dos protocolos de consulta e PGTAs (documentos jurídicos dos povos indígenas) foram absorvidos pelo Direito estatal pelo método do reenvio, visto que são produzidos pelos povos e (apenas) aceitos pelo ordenamento hegemônico. Ou seja, o Estado “limita-se a reconhecer a sua plena validade no próprio âmbito” (Bobbio, 1999, p. 171). Parece ser esse o caso de incorporação dos protocolos de consulta:

Em dezembro de 2017, tivemos no Brasil a importante e inédita decisão que reconheceu juridicamente o caráter vinculante dos protocolos. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu o dever do estado do Pará de consultar o povo Juruna, suspendendo o processo de licenciamento ambiental da mineradora Belo Sun, pois a

¹⁶ Daí decorre o fato de que “é o Direito que define quais são as normas que ele reconhece como jurídicas (só o Direito determina o que é Direito)” (Hespanha, 2019, p. 179).

consulta prévia deverá ocorrer em conformidade com as regras de consulta estabelecidas no Protocolo Juruna e deverá ser realizada previamente à licença de instalação de qualquer empreendimento (Silva, 2019, p. 104).

Diz-se, portanto, que “nos encontramos frente a regras de conduta formadas fora e independentemente do ordenamento estatal, às quais o Estado empresta a própria proteção” (Bobbio, 1999, p. 171).

Ainda sobre os tipos de relacionamento entre ordenamentos jurídicos, J. Griffiths refere que há (1) o pluralismo jurídico débil (aquele permitido pelo Estado), vinculado ao centralismo legal: “é o falso pluralismo que ocorre dentro do direito estatal, no qual distintos corpos normativos são consentidos ou permitidos pelo próprio Estado”; e (2) o pluralismo jurídico forte, que “rejeita os conceitos de legalidade e o sistema jurídico da tradição positivista” (Wolkmer, 2015, p. 220). Nesses termos, para manter o monopólio da produção normativa, o Estado pode recorrer a duas abordagens distintas: ou trata de eliminar as práticas pluralistas a partir da redução de suas competências ou trabalha no sentido de incorporar as manifestações jurídicas dos “grupos sociais, populações indígenas e minorias étnico-culturais” (Wolkmer, 2015, p. 220).

Como se percebe da análise do pluralismo jurídico forte, “o reconhecimento estadual de outros direitos é irrelevante para a inclusão destes no quadro das fontes de Direito” (Hespanha, 2019, p. 59). Diz-se que o reconhecimento da legitimidade do pluralismo pelo ente estatal é aparente, limitado e supérfluo¹⁷:

Aparente porque subordina as ordens jurídicas não estatais à constituição e à lei, para além de implicitamente não lhes reconhecer senão uma legitimidade derivada. Limitado, porque apenas se refere às ordens jurídicas tradicionais, mas não já a outras esferas de produção normativa, constantemente em processo de emergência. Supérflua, pois, como se disse, os contornos do Direito não podem, logicamente, ser globalmente definidos por uma das várias ordens jurídicas que o compõem (Hespanha, 2019, p. 59).

Aparece a dualidade entre um *pluralismo jurídico estatal* e um *pluralismo jurídico comunitário*, em que o primeiro traduz práticas reconhecidas, permitidas e controladas pelo Estado, enquanto o segundo “age num espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, subsistindo independentemente do controle estatal” (Wolkmer, 2015, 265).

¹⁷ Conforme Hespanha (2019, p. 60), “se supomos que há mais Direito que o estadual [...] como vamos atribuir justamente ao Direito estadual a legitimidade para declarar que Direito é esse? Por outro lado, é o próprio Direito estadual que, quase sempre, prevê que certos casos jurídicos não possam ser resolvidos pelas suas normas, devendo sê-lo por outra forma prescrita pelo Direito”.

Hespanha refere que se a eficácia dos outros Direitos estiver vinculada ao Direito oficial, este terá uma capacidade muito forte de influência (irritação) em relação a eles (Hespanha, 2019, 207). Cita-se, a título de exemplo, o relacionamento entre o Direito estadual e aquele praticado pelos povos indígenas:

a legislação brasileira contemporânea respeita os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nas relações de família, sucessões e negócios entre índios, assim como **aceita**, nos crimes intra-étnicos, a punição da comunidade, **desde que** não seja com pena infamante ou de morte (Marés, 2019, p. 74).

Com as expressões “aceita” e “desde que”, percebe-se a influência que um sistema causa no outro. Há um caso importante de aceitação da jurisdição indígena em matéria penal (Processo Criminal nº. 0000302-88.2010.8.23.0090, Tribunal de Justiça do Estado de Roraima) que merece menção; conforme Segundo Neto (2015, p. 83):

A autoridade judiciária prolatora da decisão, no que chamou de "*Duplo jus Puniendi*", declarou que não poderia ser aplicado o direito estatal quando a Comunidade indígena soluciona o caso aplicando seus usos e costumes (direito consuetudinário indígena).

Segundo Neto (2015, p. 84) entende que o atual desenvolvimento dos direitos humanos implica no reconhecimento da jurisdição dos povos indígenas, inclusive em matéria penal:

No atual desenvolvimento dos direitos humanos¹⁸ impõe-se a aceitação de um sistema normativo próprio a uma comunidade indígena, como reflexo de uma sociedade multicultural, reconhecendo essa comunidade enquanto sujeito político, capaz, inclusive de criação de norma jurídica de natureza penal, de forma autônoma, independente e, talvez, antagônica ao sistema penal vigente no Estado nacional" (Segundo Neto, 2015, p. 84).

Marés refere que os diplomas jurídicos nacionais (e a Convenção 169 da OIT) declaram que a aplicação das regras jurídicas indígenas têm aplicação secundária (ou subsidiária), toleradas quando a lei for omissa ou não necessária (Marés, 2019, p. 74). Marés (2019, p. 74) explica que os Estados admitem a existência do Direito indígena, mas deixam clara sua posição de inferioridade em relação ao Direito oficial ou aos direitos humanos: “isto equivale a dizer

¹⁸ É interessante notar que uns entendem que a aceitação de um ordenamento jurídico indígena é decorrência do respeito aos direitos humanos; outros argumentam que o ordenamento jurídico indígena só pode “valer” se ele respeitar os direitos humanos.

que estes Direitos não têm autonomia frente ao nacional”. Cita-se, como exemplo desta prática de inferiorização¹⁹ do Direito indígena, o artigo 8.2 da Convenção 169 da OIT (1989):

Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, **desde que** eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

A parte final do artigo supracitado demonstra a importância do desenvolvimento de formas de comunicação entre os sistemas jurídicos oficiais e não oficiais.

A respeito do relacionamento entre Direito estatal e Direito indígena, Fajardo (2006, p. 23) faz referência a uma decisão²⁰ da corte constitucional da Colômbia, que "se ha pronunciado por una interpretación favorable al principio del pluralismo y la búsqueda de un 'consenso intercultural'". Conforme a corte colombiana, a jurisdição especial indígena apenas está obrigada a respeitar "unos mínimos fundamentales (no matar, no esclavizar y no torturar, y respetar el principio de legalidad de las penas, según su propio derecho)"; sem esta autonomia "el reconocimiento del principio del pluralismo quedaría vacío" (Fajardo, 2006, p. 23).

Wolkmer (2015, p. 333) indica a impossibilidade de negar a convivência entre o Direito oficial do Estado (nem sempre democrático) e um "Direito informal inerente às práticas reais da população [...] operando à margem da Legalidade oficial", que, muitas vezes, pode influenciar o Direito positivo estatal (Wolkmer, 2015, p. 334). Nessa linha, Wolkmer (2015, p. 395) indica um pluralismo que busca o diálogo²¹ entre os diversos tipos de ordenamentos jurídicos:

Um pluralismo ampliado que no contexto da complexidade regional latino-americana e brasileira não rompe com a presença do poder estatal (e sua institucionalidade), e muito menos a exclui, **mas busca em uma nova institucionalidade (refundação do Estado) compatibilizar certa unicidade com a multiplicidade nas diferenças.**

A busca pela acomodação (ao invés de ruptura com o Direito estadual) parece ser o melhor caminho. Nesse sentido, Hespanha (2019, p. 70) reconhece que há um consenso na

¹⁹ “Podemos afirmar que um critério de validade jurídica ou fonte do Direito é supremo se as normas identificadas mediante referência a ele são ainda reconhecidas como normas do sistema mesmo que conflitem com outras normas identificadas mediante referência aos outros critérios” (Hart, 2009, p. 136).

²⁰ Corte Constitucional de Colômbia, sentencia n°T-523/97. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>.

²¹ Wolkmer (2015, p. 404) refere que "o 'novo' está em captar o que já existe subjacentemente na realidade e não a idealização utópica [...]. É uma tradição errônea da modernidade concluir que a criação do 'novo' implica destruição e ruptura total com o presente [...]".

opinião pública dos países democráticos no sentido de atribuir grande importância à constituição e à legalidade democrática (que tem guiado as forças políticas e sociais), de modo que a comunidade tenderá a negar o status de Direito àquelas manifestações insurgentes que forem declaradas inconstitucionais. Ou seja, não há como negar o papel central que hoje ocupa o Direito oficial²² no imaginário do cidadão comum. Parece ser esse o caso da implementação e do respeito dos protocolos de consulta e dos PGTAs. Apesar de não significar ruptura, não é sem algum grau de esperança que se assiste a esse movimento de absorção (e respeito) do direito comunitário indígena.

O reconhecimento do pluralismo jurídico no âmbito da questão indígena passa a ter grande notoriedade com a consolidação do direito à diferença. O elemento pluralista traz consigo a imagem de um novo modelo de Estado, que passa a respeitar expressões normativas descentralizadas, provenientes das minorias, "de baixo para cima".

5 CONCLUSÃO

Constatadas as dificuldades de conciliação entre uma situação de diversidade cultural (no plano do ser) e um sistema jurídico monista, centralizado na figura do Estado (no plano do dever ser), convém discutir o conceito, a historicidade e a pertinência da existência de fontes de Direito não estatais (descentralizadas). Neste sentido, o presente trabalho permite concluir que o pluralismo jurídico, na sua matriz comunitário-participativa, é uma concepção teórica rica na crítica aos modelos hegemônicos da sociedade. Em particular, essa matriz permite organizar a compreensão das formas jurídicas dos povos indígenas e tradicionais, tais como os protocolos de consulta e os planos de gestão territorial e ambiental (PGTAs).

Se há um componente “dialogante” na concepção pluralista, também há um elemento subversivo. Ou seja, há um consenso entre os autores pluralistas em entender *prescindível* a “anuência” do Direito estatal (hegemônico) em relação a outras formas jurídicas que ocorrem à margem das formas jurídicas hegemônicas. Nesses termos, “a ideia de ir buscar ao Direito do Estado uma norma de reconhecimento do direito em geral envolve a mesma falha lógica que constituiria pedir à parte uma definição do todo” (Hespanha, 2019, p. 58), principalmente quando se pugna pela ausência de hierarquia entre os sistemas.

²² Em várias passagens, Hespanha tece elogios às Constituições e leis infraconstitucionais: "essas fontes são caracterizadas por um processo de feitura muito regulado, dialógico, exposto à avaliação pública, e tendendo a gerar consensos alargados e refletidos e, logo, muito legitimadores" (Hespanha, 2019, p. 86).

A partir do cotejo e discussão dos principais argumentos na matéria, no contexto do referencial teórico eleito, reconhece-se a imprescindibilidade do Direito estatal; contudo, defende-se a abertura do ordenamento estatal no sentido de dialogar com outras manifestações jurídicas que ocorrem dentro dos limites geográficos dos Estados. Estas manifestações possuem legitimidade própria, independente do reconhecimento externo, mas tornam-se mais efetivas politicamente quando reconhecidas e harmonizadas com o ordenamento jurídico estatal. No Brasil, este debate inclui, nomeadamente, a questão indígena.

Uma questão que se coloca é a seguinte: como garantir um relacionamento (jurídico-político) minimamente coerente, sem reduzir artificialmente as diferenças entre o direito estatal e a juridicidade imanente destes sujeitos coletivos? Com o objetivo de pensar soluções a esse problema, surge outro, relacionado diretamente com um velho debate que envolve direitos humanos: de que maneira (e em que medida) o direito à diferença repercute na possibilidade de um povo “ter direito ao próprio Direito”? Enquanto alguns entendem que o espaço de autonomia de um povo deve ser limitado e “balizado” pelo filtro dos direitos fundamentais (plano interno) e dos direitos humanos (plano internacional), outros compreendem que a própria autonomia jurídica de um povo (direito ao seu próprio Direito) é um direito humano e, por esse motivo, deve ser respeitada.

Nesses termos, constata-se que o argumento do respeito aos direitos humanos seria capaz de fundamentar duas posições contrapostas: a *limitação do espaço de liberdade jurídica de um povo em nome dos direitos humanos*, por um lado, e o *direito humano de ter o seu próprio Direito*, por outro. Pergunta-se, então, quais são os casos em que as práticas tradicionais de um povo colidem com o Direito estatal, com o objetivo de compreender a quais grupos interessa a retórica “estabelecida” dos direitos humanos, no contexto brasileiro. Neste ponto específico residem as dificuldades inerentes ao contato entre jurisdições de ordens diversas.

No cenário dos povos indígenas, especificamente, o debate a respeito do pluralismo jurídico, longe de resumir-se a debates sobre divergências morais insuprimíveis, está voltado para a importante questão do relacionamento entre povos indígenas e agentes políticos. O direito de consulta, positivado no artigo 6. da Convenção 169 da OIT garante a participação da voz indígena nos debates políticos a respeito de projetos que interfiram nas suas terras, direitos e modos de vida; os povos indígenas, para enfrentar o problema da consulta, trabalham com os já mencionados protocolos de consulta e planos de gestão territorial e ambiental, que são (em razão de seus procedimentos descentralizados de gênese) expressões de pluralismo jurídico. Nesse quadrante, a partir dos protocolos de consulta e dos PGTAs, os povos indígenas

ingressam na arena política para debater assuntos que os afetam. Trata-se de um ganho em si, apesar das contradições inerentes a este processo. Daí que se afirma o pluralismo jurídico como aporte teórico renovador, dialogante e democrático, útil para a compreensão dos problemas relacionados à produção jurídica não-estatal e seu contato com o ordenamento jurídico estatal.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 10 edição, 1999.

CALEIRO, Manuel Munhoz; WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Sistemas jurídicos originários: entre o plural e o diverso. In: TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; *et al.* (orgs.). **Estados e povos na América Latina Plural**. Goiânia: Ed. PUC Goiás, 2016. ISBN: 978-85-7103-942-1.

CERVANTES, Daniel Sandoval. El pluralismo jurídico contrahegemónico en nuestra América. In: TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; *et al.* (orgs.). **Estados e povos na América Latina Plural**. Goiânia: Ed. PUC Goiás, 2016. ISBN: 978-85-7103-942-1.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DUPRAT, Deborah. A Convenção n. 169 da OIT e o direito à consulta prévia, livre e informada. In: DUPRAT, Deborah (org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Brasília: ESMPU, 2015. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/convencao-169-da-oit_web.pdf. Acesso em: 10 sep 2024.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. **Bilbao**, 2006. Disponível em: <http://www.alertanet.org/ryf-hitos-2006.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2024.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2019.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**: prospetivas do direito no século XXI. Coimbra: Almedina, 2019.

MARÉS, Carlos. A Força Vinculante dos Protocolos de Consulta. In: MARÉS, Carlos; et al (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2024.

MARÉS, Carlos Frederico. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

SEGUNDO NETO, José Augusto. A Convenção n. 169 da OIT e o pluralismo jurídico. **Revista do TRT6**, Recife, v. 24, n. 41, p. 75-86, 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/102839>. Acesso em: 27 ago. 2024.

SILVA, Liana Amin Lima da. Sujeitos da Convenção n.169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o direito à consulta e ao consentimento prévio, livre e informado (CCPLI). In: MARÉS, Carlos; *et al.* (org.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2024.

SILVEIRA, Clóvis Malinverni. BURGEL, Caroline Ferri. KAISER, Mateus Vinicius. Protocolos de consulta e consentimento: o problema do poder de veto dos povos e comunidades tradicionais nas decisões judiciais e administrativas. In: SILVEIRA et al. (org.). **Políticas Públicas, Meio ambiente e novos direitos, desafios contemporâneos frente à crise ambiental**. Lages/SC: Editora Biosfera, 2023.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da; KAISER, Mateus Vinicius; FICH, Bruna Gasparin. O papel da Convenção nº169 da OIT e da Constituição de 1988 na promoção dos direitos políticos dos povos indígenas e na superação da política integracionista no Brasil, v. 1 n. 50 (2024): *Revista Direito & Paz*, p.259-279. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1745/730>. Acesso em: 5 fev. 2025.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo; KAISER, Mateus Vinicius; FICH, Bruna Gasparin. Os Planos de gestão territorial e ambiental de Terras Indígenas (PGTAs) como instrumento de organização do território e garantia de direitos coletivos. *Revista Jurídica (FURB)*, [S. l.], v. 28, n. 1, 2024. Disponível em: <https://ojsrevista.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/12202>. Acesso em: 5 fev. 2025.

SILVEIRA, Clóvis Malinverni; KAISER, Mateus Vinicius; MAGNI, Marciana. Os protocolos de consulta como manifestação do pluralismo jurídico. *Revista observatório de la economia latino-americana*, Curitiba, v.22, n. 2, p. 01-23. 2024. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/378581985_Os_protocolos_de_consulta_como_manifestacao_do_pluralismo_juridico. Acesso em: 08 ago. 2024.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Saraiva, 201.

Data de submissão: 05/08/2024

Data de aprovação: 20/08/2024

Data de publicação: 16/02/2025

Este trabalho é publicado sob uma licença
Creative Commons Attribution 4.0 International License.