

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO

Luís Guilherme Nascimento de Araujo

**PLURALISMO JURÍDICO E TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS:
CONTRIBUIÇÕES PARA A PROTEÇÃO DOS POVOS ORIGINÁRIOS NO BRASIL**

Santa Cruz do Sul
2024

CIP - Catalogação na Publicação

Araujo, Luís Guilherme Nascimento de

Pluralismo jurídico e teoria crítica dos direitos humanos :
contribuições para a proteção dos povos originários no Brasil /
Luís Guilherme Nascimento de Araujo. – 2024.

139 f. ; 29 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz
do Sul, 2024.

Orientação: Prof. Dr. Clovis Gorczewski.

1. Direitos humanos. 2. Fundamentação. 3. Pluralismo jurídico.
4. Povos originários. 5. Teoria crítica. I. Gorczewski, Clovis.
II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO

Luís Guilherme Nascimento de Araujo

**PLURALISMO JURÍDICO E TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS:
CONTRIBUIÇÕES PARA A PROTEÇÃO DOS POVOS ORIGINÁRIOS NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Área de Concentração: Direitos Sociais e Política Públicas; Linha de Pesquisa: Constitucionalismo Contemporâneo. Orientador: Prof. Dr. Clovis Gorczewski

Santa Cruz do Sul
2024

Luís Guilherme Nascimento de Araujo

**PLURALISMO JURÍDICO E TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS:
CONTRIBUIÇÕES PARA A PROTEÇÃO DOS POVOS ORIGINÁRIOS NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Área de Concentração: Direitos Sociais e Política Públicas; Linha de Pesquisa: Constitucionalismo Contemporâneo.
Orientador: Prof. Dr. Clovis Gorczewski

Dr. Clovis Gorczewski
Professor Orientador – UNISC

Dra. Caroline Müller Bitencourt
Professora Examinadora – UNISC

Dr. Gilmar Antonio Bedin
Professor examinador – UNIJUI

Santa Cruz do Sul
2024

AGRADECIMENTOS

Ao mesmo tempo em que a realização de um grande projeto de vida aflora sentimentos de orgulho e satisfação pessoal, ela também conduz à percepção de que nada seria praticável sem a presença e o apoio de diversas companhias, das mais próximas e participativas às mais distantes e eventuais. Deixo, aqui, o agradecimento nominal a algumas peças fundamentais de todo esse processo, sem deixar de ser grato àqueles que cumpriram papéis relevantes em momentos pontuais.

Agradeço à minha família pela estrutura sobre a qual posso me sustentar. Em primeiro lugar à minha mãe, fonte do mais incondicional amor, e ao meu pai, esteio moral e base apoio. Agradeço, também, ao meu irmão, pelas horas em que deu ouvidos aos reclames acadêmicos, sempre disposto a apontar o melhor caminho; à minha irmã e ao meu cunhado, ambos invariavelmente dispostos a oferecer a mais sincera colaboração, reflexo da linda generosidade com que regem as suas vidas; às minhas sobrinhas, que, cada uma a seu modo e particularidade, me proporcionam muitas alegrias.

À amiga Vanessa Thomas Becker, pelas longas horas de estrada, cafés, almoços e doces compartilhados, pelos conselhos acadêmicos e de vida, pela amizade tão fundamental e tão presente.

Às amigas Nariel Diotto, Victória Scherer e Etyane Goulart, pela relação de apoio recíproco e pelos muitos aconselhamentos.

Ao professor orientador Clovis Gorczewski, pela parceria, paciência e receptividade que lhe são características.

À professora e amiga Caroline Müller Bitencourt, pelo incansável e fundamental suporte.

Aos professores e à secretaria do PPGD, que, de uma forma ou outra, contribuíram significativamente para o meu amadurecimento como aluno e pesquisador.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pela concessão da Bolsa PROSUC/Capes, modalidade II, sem a qual seria definitivamente impossível a concretização deste passo tão almejado.

Aos colegas de curso, pela partilha dos momentos de riso e aflito.

Sobre todo, creo que

No todo está perdido

(...)

Oigo una voz que me llama

Casi un suspiro

Rema, rema, rema

(...)

Yo, muy serio, voy remando

Muy adentro sonrío

Creo que he visto una luz

Al otro lado del río

(Jorge Drexler)

RESUMO

O objetivo desta pesquisa foi analisar as contribuições da teoria crítica dos direitos humanos e do pluralismo jurídico para a proteção dos povos originários brasileiros. No tratamento deste tema, buscou-se desenvolver uma leitura do direito que se afasta do monismo e afirma que o fenômeno jurídico não se reduz às expressões normativas estatais, podendo ser encarado por diversas bases teóricas que o aproximam dos dinamismos imanentes ao ser social. Intentou-se, ainda, apreender os direitos humanos como uma categoria afastada do formalismo e do individualismo liberal que conformaram acepções ineptas frente às tensões estruturalmente postas pela modernidade capitalista e colonial. Estabeleceu-se como problema o questionamento: quais as contribuições de uma teoria pluralista do direito e de uma concepção crítica de direitos humanos para a proteção dos povos originários no Brasil? O método de abordagem adotado foi o dialético, ao se expor uma concepção pluralista e processual do direito a partir da ruptura teórica com o monismo jurídico e com a concepção liberal-individualista de direitos humanos, para, posteriormente, realizar-se a análise da história e da situação dos desafios enfrentados pelos povos originários no Brasil contemporâneo e das contribuições daqueles aportes para o tratamento dessas questões. Quanto aos métodos de procedimento, empregaram-se o histórico e o analítico. Num primeiro momento, realizou-se o exame da teoria pluralista do direito e dos direitos humanos, evidenciando como os cortes estruturais da sociedade latino-americana impactam para o evolver desses fenômenos. Após, evidenciaram-se os processos de lutas dos povos originários brasileiros e as origens das tensões que impactam essas coletividades no presente. Ofereceu-se, por fim, a apreensão de duas manifestações do pluralismo jurídico no Brasil, conduzida pela análise de uma decisão judicial e do Protocolo de Consulta Prévia do Povo Mbya Guarani do Estado do Rio Grande do Sul. Adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica. A investigação foi conduzida na linha de pesquisa “Constitucionalismo Contemporâneo”, do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc), sob a orientação do Prof. Dr. Clovis Gorczewski. Entende-se que o pluralismo jurídico e os direitos humanos representam elementos relevantes para a apreensão do constitucionalismo hodierno, tanto no seu aspecto mais geral e totalizante, quanto nos aspectos regionalizados. Concluiu-se que o pluralismo jurídico é fundamental para agregar à configuração estatal do direito a riqueza de conteúdos e formas das experiências jurídicas indígenas, avistando-se, a partir disso, uma possibilidade de tensionar o exercício do poder colonial do monismo estatal. Ademais, tem-se que os direitos humanos como categoria processual contribui para a superação do formalismo que toma como critério último para o seu desenvolvimento a normatização e serve, ainda, para a superação das abstrações liberal-individualistas que justificaram a invisibilização de cosmovisões dos povos latino-americanos.

Palavras-chave: Direitos humanos; Fundamentação; Pluralismo jurídico; Povos originários; Teoria crítica.

RESUMEN

El objetivo de esta investigación fue analizar las contribuciones de la teoría crítica de los derechos humanos y del pluralismo jurídico a la protección de los pueblos indígenas de Brasil. Al abordar este tema, se buscó desarrollar una lectura del derecho que se aleje del monismo y afirme que el fenómeno jurídico no se reduce a las expresiones normativas estatales, sino que puede ser visto desde diversas bases teóricas que lo aproximan a los dinamismos inmanentes al ser social. También se buscó entender a los derechos humanos como una categoría alejada del formalismo y del individualismo liberal, que han conformado concepciones ineptas frente a las tensiones estructuralmente planteadas por la modernidad capitalista y colonial. El problema planteado fue: ¿cuáles son las contribuciones de una teoría pluralista del derecho y de una concepción crítica de los derechos humanos a la protección de los pueblos indígenas en Brasil? El enfoque adoptado fue dialéctico, con una concepción pluralista y procesal del derecho basada en una ruptura teórica con el monismo jurídico y la concepción liberal-individualista de los derechos humanos, seguida de un análisis de la historia y la situación de los desafíos a los que se enfrentan los pueblos indígenas en el Brasil contemporáneo y de las contribuciones de estas aportaciones al tratamiento de estas cuestiones. Los métodos utilizados fueron históricos y analíticos. En primer lugar, se examinó la teoría pluralista del derecho y de los derechos humanos, destacando cómo los recortes estructurales de la sociedad latinoamericana inciden en la evolución de estos fenómenos. A continuación, se destacaron los procesos de lucha de los pueblos originarios de Brasil y los orígenes de las tensiones que afectan a estas colectividades en la actualidad. Por último, se analizaron dos manifestaciones del pluralismo jurídico en Brasil, a través del análisis de una decisión judicial y del Protocolo de Consulta Previa del pueblo Mbya Guaraní del estado de Rio Grande do Sul. Se adoptó la técnica de investigación bibliográfica. La investigación se realizó dentro de la línea "Constitucionalismo Contemporáneo" del Programa de Postgrado, Maestría y Doctorado, de la Universidad de Santa Cruz do Sul (Unisc), bajo la orientación del Prof. Dr. Clovis Gorczewski. Se entiende que el pluralismo jurídico y los derechos humanos representan elementos relevantes para la comprensión del constitucionalismo actual, tanto en sus aspectos más generales y totalizadores, como en sus aspectos regionalizados. Se concluye que el pluralismo jurídico es fundamental para sumar los ricos contenidos y formas de las experiencias jurídicas indígenas a la configuración estatal del derecho, y a partir de ello se vislumbra una posibilidad de tensiones entre el ejercicio del poder colonial y el monismo estatal. Además, los derechos humanos como categoría procesal contribuyen a superar el formalismo que toma la normativización como criterio último para su desarrollo y sirven también para superar las abstracciones liberal-individualistas que han justificado la invisibilización de las cosmovisiones de los pueblos latinoamericanos.

Palabras clave: Derechos humanos; Fundamentación; Pluralismo jurídico; Pueblos originarios; Teoría crítica.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PLURALISMO JURÍDICO E SEUS FUNDAMENTOS TEÓRICOS: o reconhecimento do direito para além do monismo estatal e as razões de justificação no caso dos povos latino-americanos	15
2.1 Discussões acerca do conceito de direito desde uma perspectiva pluralista	15
2.2 Aproximações ao pluralismo jurídico desde a crítica ao direito	28
2.3 Conformidades e tensões: duas chaves de leitura para o(s) pluralismo(s) jurídico(s)	38
3 DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: teoria crítica dos direitos humanos e novo constitucionalismo latino-americano como caminhos para a proteção dos povos originários	55
3.1 Direitos humanos como conceito e como categoria: das tradições teóricas ao quadro de referência ontológico	55
3.2 Direitos humanos como processos para a descolonização: o novo constitucionalismo latino-americano.....	68
3.3 Descolonização constitucional equatoriana e boliviana: espaços para os direitos humanos dos povos originários.....	77
4 PLURALISMOS JURÍDICOS E PROCESSOS DE DIREITOS HUMANOS: perspectivas teórico-práticas para o caso dos povos originários do Brasil	94
4.1 A processualidade das lutas dos povos originários do Brasil por dignidade individual e coletiva	94
4.2 Pluralismo jurídico progressista: o diálogo intercultural como caminho	105
4.3 Pluralismo jurídico intraestatal: polos de tensão desde a contraditória institucionalidade moderna.....	114
5 CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	131

1 INTRODUÇÃO

Os desafios enfrentados pelos povos originários brasileiros no que diz respeito às suas condições materiais para um desenvolvimento digno da vida, como individualidades e como coletividades, são compostos por elementos bastante diversos e que possuem origens e dimensões tanto estruturais quanto conjunturais. Diante desse contexto multifacetado de contradições, violações, opressões e, ao mesmo tempo, de resistências e resiliências, as concepções de direito e direitos humanos operacionalizadas pelos agentes sociais que compõem processos de lutas por condições de dignidade impactam diretamente sobre os seus efeitos, resultados e limites mais concretos. O que se pode perceber é que a heterogeneidade de visões de mundo e de formas de composição de instituições e procedimentos, representativa dos povos originários, não pode ser adequadamente apreendida a partir de filosofias e teorias jurídicas acentuadamente restritivas em termos epistemológicos e metodológicos, o que historicamente fundamentou, justificou e, na maior parte das vezes, materializou a imposição de uma lógica unilateralizada sobre outras, num evidente exercício do poder colonial.

Partindo da constatação desse conflito, busca-se, nesta pesquisa, desenvolver, em primeiro lugar, uma leitura da teoria do direito que se afasta do chamado monismo jurídico, e, portanto, adota a premissa de que o fenômeno jurídico não se reduz às modernas expressões normativas estatais e pode ser encarado por diversos enfoques teóricos que o aproximam dos muitos focos de dinamismo, imanentes ao ser social na sua produção material, concreta e cotidiana da vida em coletividade. Além disso, tem-se o intento de apreender criticamente os direitos humanos como uma categoria processual, igualmente afastada dos parâmetros normativistas e liberal-individualistas que conformaram uma aceção de direitos humanos inepta frente às tensões estruturalmente postas à América Latina pela modernidade capitalista e colonial. Essas duas fundamentações teóricas impulsionam o objetivo deste estudo, que é o de analisar as possíveis contribuições da teoria crítica dos direitos humanos e do pluralismo jurídico para o tratamento dos povos originários brasileiros.

Nesse contexto, estabeleceu-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: quais as contribuições de uma teoria pluralista do direito e de uma concepção crítica de direitos humanos para a proteção dos povos originários no Brasil? Adotou-se como hipótese que, por um lado, o pluralismo jurídico é fundamento

para uma teoria que permite agregar à configuração estatal do direito moderno a riqueza de conteúdos e formas das experiências jurídicas indígenas. Por meio disso, vê-se uma possibilidade mitigar o exercício do poder colonial pela via do monismo estatal, ideologicamente alçado à única demarcação teórico-prática possível para o direito. Doutra lado, tem-se que os direitos humanos como categoria processual contribui para a superação do formalismo excessivo que toma como critério último para o trato destes a sua disposição legal, nacional ou internacional, e serve, ao mesmo tempo, para a superação da ideia abstrata liberal-individualista desses direitos, que se mostrou historicamente como justificação para a invisibilização de cosmovisões plurais, holísticas e coletivizadas da vida humana.

O método de abordagem adotado para esta pesquisa foi o dialético. A partir desse recurso metodológico, buscou-se expor os fundamentos teóricos para uma teoria pluralista do direito e, também, uma leitura dos direitos humanos desde uma perspectiva processual, engendrada pelos direcionamentos críticos da filosofia latino-americana. Essa exposição se fez conduzida pela evidenciação da ruptura teórica com as compreensões predominantes acerca de ambos objetos, o direito e os direitos humanos, marcadas pelo monismo, pelo formalismo e individualismo abstrato liberais. Posteriormente, realizou-se a particularização e especificação do problema, lançando mão da ideia de dinamicidade dialética, passando-se a analisar a situação, a história e as contradições dos maiores desafios enfrentados pelos povos originários no Brasil contemporâneo. Por fim, foram expostas as possíveis contribuições daqueles desenvolvimentos filosóficos e jurídicos para um mais adequado tratamento desses povos e, conseqüentemente, uma mais eficaz proteção dos direitos humanos relativos a essas coletividades.

Quanto aos métodos de procedimento, empregaram-se o histórico e o analítico. Ambos os métodos se demonstraram propícios para os diferentes momentos da investigação e para a aproximação de fenômenos que exigem mais de uma orientação procedimental. Num primeiro momento realizou-se uma análise dos fundamentos da teoria pluralista do direito e dos direitos humanos como processos, evidenciando como os cortes estruturais da sociedade latino-americana, a colonialidade e dependência, impactam para o evoluir dessas bases teóricas. Posteriormente, evidenciaram-se traços da história dos processos de lutas dos povos originários brasileiros e as origens, também históricas, das principais tensões que impactam essas coletividades contemporaneamente. Após, oferece-se uma tentativa de apreensão de duas

manifestações do pluralismo jurídico no Brasil, conduzida pela análise de uma decisão judicial orientada por uma hermenêutica intercultural e pela abordagem dos protocolos autônomos de consulta prévia elaborados por povos e comunidades tradicionais, com destaque para o Protocolo de Consulta Prévia do Povo Mbya Guarani do Estado do Rio Grande do Sul (2022).

Finalmente, tem-se que toda pesquisa pressupõe um conjunto de aportes teóricos, sobretudo as exploratórias e descritivas, em que a revisão bibliográfica tem papel central e é imprescindível para afirmar a aproximação ao problema que se propôs a investigar (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009). Sendo assim, adotou-se a técnica de pesquisa bibliográfica, pela análise de construções teóricas e históricas acerca das problemáticas apresentadas, desenvolvidas exclusivamente por meio de fontes bibliográficas de doutrinas jurídicas, livros, artigos científicos, teses e dissertações, bem como por meio de documentos normativos, decisões judiciais e dos referidos protocolos de consulta elaborados pelos povos originários e comunidades tradicionais.

No primeiro capítulo, abordam-se os fundamentos teóricos do pluralismo jurídico. Realiza-se uma interpretação do fenômeno jurídico desde as concepções que o tomam como uma categoria social que vai além das configurações modernas através das normas e decisões do Estado. Busca-se aproximar a teoria do pluralismo jurídico da crítica ao direito, para problematizar as razões estruturais que dão ensejo à monopolização do Estado na produção do direito e na predominância ideológica das teorias que justificam esse paradigma. Por fim, propõe-se duas chaves de leitura do pluralismo jurídico, considerando aqueles que referendam a forma jurídica moderna e mercantil, com contornos progressistas ou conservadores, e aqueles que possuem a capacidade de tensionar essa forma pelas vias intraestatal e extra ou não-estatal.

Já no segundo capítulo da pesquisa, objetiva-se explorar os direitos humanos, sobretudo as teorias acerca da sua fundamentação. Identifica-se uma diferenciação nas leituras desses direitos como um conceito, formal e abstrato, ou como uma categoria processual, que agrega a análise de elementos históricos conjunturais que expressam e configuram as lutas sociais por condições de dignidade individual ou coletiva. Aborda-se o novo constitucionalismo latino-americano como um movimento histórico de relevância na dinamização das demandas por direitos humanos no continente, sobretudo dos povos originários.

No terceiro e derradeiro capítulo, buscou-se identificar os principais aspectos históricos dos processos de direitos humanos dos povos originários brasileiros, bem como identificar manifestações dos pluralismos jurídicos propostos na realidade brasileira atual. Destacaram-se a expressão de um pluralismo jurídico que referenda a forma jurídica com entonações progressistas, tendo como ferramenta central uma hermenêutica intercultural, e, ademais, um pluralismo jurídico que tensiona a forma jurídica desde o contexto intraestatal, apreendidos nos mais recentes reconhecimentos de força normativa aos protocolos autônomos de consulta prévia, que são documentos produzidos de forma independente e original pelos povos e comunidades tradicionais que têm sido reconhecidos pelo Estado como detentores de força jurídica.

Esta pesquisa foi conduzida no âmbito da linha de pesquisa “Constitucionalismo Contemporâneo”, do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul (Unisc). Entende-se que foi a linha propícia para o desenvolvimento da investigação, vez que é regida pelo intento da compreensão do fenômeno constitucional nas sociedades atuais, considerando a pluralidade normativa que o caracteriza. Nesse contexto, entende-se que o pluralismo jurídico, os direitos humanos e o contexto constitucional latino-americano representam aspectos relevantes para a apreensão do constitucionalismo hodierno, tanto no seu aspecto mais geral e totalizante, quanto no aspecto regionalizado, uma vez que servem de aportes para a apreensão da realidade concreta latino-americana e, destacadamente, da situação dos povos originários no Brasil.

Quanto ao orientador, entende-se que a inclinação teórica e a produção científica do Prof. Dr. Clovis Gorczewski condizem com a problemática desta pesquisa, pois aborda, em larga medida, a afirmação histórica dos direitos humanos e fundamentais, bem como as condições para sua concretização, temas que também são desenvolvidos junto ao Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos por ele coordenado, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Dessa forma, verifica-se que as particularidades da proteção aos direitos humanos e fundamentais dos povos originários no contexto latino-americano e, particularmente, brasileiro, são compreendidas pelo conjunto de pesquisas e projetos que compõe o alinhamento acadêmico do Professor orientador deste trabalho.

A escolha do tema justifica-se pela relevância do estudo crítico das condições de concretização dos direitos humanos e fundamentais dos povos originários no Brasil, marcadas por uma significativa predominância ideológica do monismo jurídico, por uma desigualdade social de dimensões estruturais e por uma histórica inviabilização e opressão, pelo poder colonial, das possibilidades de afirmação e de autodeterminação dessas coletividades que compõem o cerne étnico-cultural do Brasil e a América Latina. Esses elementos, analisados conjuntamente, conformam um cenário que torna ainda mais relevante a abordagem crítica do pluralismo jurídico, dos direitos humanos e do constitucionalismo latino-americano, conferindo-lhes um caráter inovador e potencialidades transformadoras e emancipatórias para a tradução jurídica de demandas regionais.

2 PLURALISMO JURÍDICO E SEUS FUNDAMENTOS TEÓRICOS: o reconhecimento do direito para além do monismo estatal e as razões de justificação no caso dos povos latino-americanos

Para além da assumida necessidade de superação de premissas teóricas que limitam o fenómeno jurídico à norma e ao Estado, entende-se igualmente premente uma aproximação entre as concepções pluralistas de direito e a teoria crítica de base materialista. Esse movimento tem motivação na insuficiência analítica da afirmação de que o direito é mais do que norma sem que se realize uma problematização do próprio monismo como paradigma jurídico da modernidade. Este capítulo debate ambas problemáticas, isto é, como se define o direito sob uma óptica pluralista e como o monismo jurídico, além de uma mera ideologia ou opção conceitual, é expressão de uma totalidade sócio-histórica atravessada por relações de exploração, dependência e colonialidade. Ao final, são propostas duas chaves de leitura para o pluralismo jurídico, resultado, sempre provisório, dessa sobreposição de perspectivas teóricas.

2.1 Discussões acerca do conceito de direito desde uma perspectiva pluralista

A recorrente associação entre direito e Estado é algo que, por si só, demonstra a predominância de uma perspectiva muito pontual acerca do fenómeno jurídico e da natureza das normas jurídicas. Contudo, ao se colocar em xeque essa relação aparentemente umbilical entre ambos, revelam-se significativas dificuldades para se chegar a um consenso sobre o que é um e o que é o outro. Se se pretende fugir de uma tautologia que torna o direito mera linguagem do Estado e, simultaneamente, torna o Estado uma instituição meramente jurídica, impõe-se, inescapavelmente, uma aproximação mais afeita às especificidades de cada um para que sejam adequadamente apreendidas as complexidades das suas relações. Vez que o foco deste trabalho é o direito, terão menor destaque as análises das particularidades do Estado em sua totalidade mesma, que serão abordadas na medida em que a investigação do direito assim fizer necessário.

Retornando à associação entre direito e Estado, pode-se afirmar que se trata da manifestação de uma matriz ideológica monista, que não obstante comporta no seu interior leituras distintas sobre o fenómeno jurídico. Algumas interpretações, assim, assumem sentidos e desenvolvimentos diferentes a partir da ideia central de

que o Estado é a única fonte legítima para a produção ou expressão do direito, o que faz por meio da norma. Desse modo, grandes correntes teóricas do direito, como o jusnaturalismo, o positivismo e o decisionismo, carregam e compartilham entre si uma concepção de direito que o toma como uniforme, identificando-o com o Estado e conferindo-lhe características de necessidade, universalidade, imutabilidade e integralidade. Esta é a indicação crítica que desenvolvem alguns autores como Lyra Filho (1990), Warat (1995), Wolkmer (1997) e Pazello (2010).

Lyra Filho (1990), ao esmiuçar a sua definição de direito, assevera que uma ideologia jurídica é o modo provisoriamente preponderante por meio do qual o direito é apreendido em determinado tempo histórico, que revela, em última instância, entendimentos de classes, na medida em que estas ascendem, se estabilizam ou declinam. Sinalizando essa dinamicidade em razão da classe, o filósofo faz alusão ao jusnaturalismo e ao positivismo e às suas profundas relações com o surgimento e a ascensão da burguesia europeia:

[...] a burguesia chegou ao poder desfraldando a bandeira ideológica do direito natural – com fundamento acima das leis - e, tendo conquistado o que pretendia, trocou de doutrina, passando a defender o positivismo jurídico (em substância, a ideologia da ordem assente). Pudera! A “guitarra” legislativa já estava em suas mãos. A primeira fase contestou o poder aristocrático-feudal, na força do capitalismo em subida, para dominar o Estado. A segunda fez a digestão da vitória, pois já não precisava mais desafiar um poder de que se apossara. É daí que surge a transformação do grito libertário (invocando direitos supralegais) em arrote social, de pança cheia (não admitindo a existência de Direito senão em suas leis) (Lyra Filho, 1990, p. 13).

Uma ideologia jurídica, dessa maneira, tal como abordada Por Lyra Filho (1990), não se apresenta como uma invenção intencionalmente idealizada, mas como expressão organicamente constituída desde uma compreensão de mundo atravessada pelos cortes estruturais da sociedade sobre a qual se ergue. Isto é, a ideologia, assim como a discutem Marx e Engels (2007), é um fenômeno social que reflete, nas ideias, as relações materiais de classe, e, por via de consequência, é antes um fenômeno social que psicológico. Em razão disso, considerando o caráter do direito moderno, o jurista soviético Pachukanis (2017, p. 95) afirma que “por mais artificialmente fabricada e irreal que possa parecer uma construção jurídica, enquanto se mantiver dentro dos limites do direito privado [...] ela terá abaixo de si um solo firme”.

Essa observação das ideologias, no sentido marxiano¹, é decorrência de uma postura epistemológica que confere primazia analítica a uma ontologia materialista. Não se trata somente de subordinar a epistemologia e, no particular, a teoria do direito, à ontologia das sociedades e do ser social e, com isso, descreditar um estudo singularizado do fenômeno jurídico, mas, antes, de reconhecer que a materialidade das relações sociais de produção da vida determina ontologicamente as condições de produção do conhecimento e que o direito não está alheio a isso. É o que se vê retratado na máxima de Marx (2008, p. 47): “não é a consciência dos homens que determina o seu ser; ao contrário, é o seu ser social que determina sua consciência”. Partindo disso, evidencia-se como o jusnaturalismo, o decisionismo e o positivismo podem ser considerados ideologias ao tomarem uma aparência fenomênica do direito como sua essência e, assim, reduzi-lo à norma, ao Estado e às decisões judiciais².

Quanto ao positivismo, Lyra Filho (1990, p. 22) afirma que “todas as formas de positivismo [...] rodam num círculo, porque, a partir do legalismo, giram por diversos graus para chegarem ao mesmo ponto de partida, que é a lei e o Estado”. O legalismo, nesse sentido, é o eixo metodológico fundamental que ancora os desenvolvimentos positivistas e se torna a pedra de toque para a afirmação de princípios como a neutralidade e a segurança jurídicas, a impessoalidade da ordem normativa estatal e, no domínio do discurso científico, a busca por um isolamento epistemológico de uma ciência jurídica que não permite a inclusão de outro objeto de estudo e pesquisa que não a norma jurídica (Kelsen, 1998).

O jusnaturalismo, na mesma direção, mas em outro sentido, estabelece-se pela busca de validação ou invalidação de uma dada ordem normativa em função de princípios abstratos, eventualmente ancorados numa cosmologia, numa teologia ou numa antropologia naturalista. Trata-se de um enfoque na “natureza das coisas”, seja na natureza do cosmo, da divindade ou, ainda, numa natureza humana racional, que

¹ A expressão “marxiano” diz respeito ao conjunto de obras escritas por Karl Marx, portanto, serve para referenciar diretamente obra ou categoria do autor alemão. A expressão “marxista”, por sua vez, é a denominação da corrente ou tradição de pensamento originada a partir do trabalho teórico daquele (Netto, 2006, p. 76-77).

² Não se ignora que cada uma das correntes destacadas de pensamento jurídico possui idiosincrasias que expressam uma complexidade interna de ideias, interpretações e embasamentos. O que se destaca como ideológico é uma ideia de fundo, um princípio epistemológico que está na base de cada uma delas, que ou liga o direito diretamente à norma estatal, ou a uma ordem social dominante legítima para a produção normativa ou, ainda, a uma ordem superior justa que se expressa através de normas. Isto é, a redução do direito à norma se faz presente no sentido de enunciação, justificação ou legitimação da ordem, seja ela divina, social (classista) ou histórica. Lyra Filho (1990) desenvolve essas particularidades, bem como o faz Mascaro (2018).

servem de justificação da ordem estabelecida ou, contrariamente, servem de guia para uma busca de um outro sistema de normas e princípios. É uma corrente que Lyra Filho (1990, p. 26) aponta como internamente conflituosa, isto é, que pode ter contornos de justificação ou de confrontação para com o *status quo*, mas que, como assevera o autor: “sempre deixa lugar para as concretizações, em que os preceitos atribuídos à natureza, a Deus ou ao próprio esforço racional, tendem a conciliar o padrão absoluto a as leis vigentes”.

Evidencia-se, nesse movimento, a mesma disposição de redução do fenômeno jurídico a sua mais imediata expressão fenomênica, ainda que por meio de um embasamento numa natureza abstrata, superior, moralmente justa. O jusnaturalismo, dessa maneira, faz referência à “natureza das coisas” como arrimo da figura da norma e toma esta como o resultado último desse processo de revelação ou tradução de uma ordem anterior que paira sobre os sujeitos (Lyra Filho, 1990). E o faz mesmo quando assume sentido de protesto ou busca por uma outra ordem, ao estabelecer não uma superação da forma legal, mas uma outra configuração desta, ou seja, a substituição de uma ordem de normas por outra.

No mesmo contexto de crítica a essas concepções normativistas do direito, Warat (1995) assevera que tanto o jusnaturalismo como o juspositivismo, ainda que antagônicos em aparência, compartilham de princípios e orientações epistemológicas oriundas do mesmo processo histórico de conformação da matriz ideológica monista. Afirma o autor (1995, p. 42) que “Os pressupostos ideológicos da dogmática, não confessos, são coincidentes com os do jusnaturalismo, apresentando-se as mesmas tendências e características da necessidade, universalidade e imutabilidade”. Ambas abordagens, em consequência disso, correspondem, no plano ideal, às relações histórico-sociais burguesas, em função das quais o direito passou a dispor de determinadas funcionalidades estruturais e estruturantes.

Wolkmer (1997) assinala que o jusnaturalismo e o positivismo jurídico cumpriram com funções ideológicas que, em essência, representaram a ascensão e a consolidação de uma mesma classe, isto é, colocaram-se como formas de pensamento estruturantes da transposição de uma formação social para outra. Nesse sentido, o autor destaca que a retórica jusnaturalista da liberdade, da igualdade e da fraternidade entre todos os cidadãos tratou de universalizar e abstrair a materialidade dos interesses de classe que estavam em jogo no movimento de derrocada das estruturas feudais e de escalada da burguesia. Não obstante, o positivismo jurídico se

tornou o mais “autêntico produto de uma sociedade burguesa solidamente edificada” (Wolkmer, 1997, p. 59), buscando no formalismo legal a pureza e objetividade científicas que ofuscavam as relações de classe e justificavam as formas institucionais de controle e manutenção dessas relações.

Acrescendo a essa crítica das ideologias jurídicas, Pazello (2010) frisa a proeminência de um terceiro movimento de relevo no debate jurídico contemporâneo, o decisionismo. Trata-se de uma corrente que, da mesma forma que as anteriores, insiste em imputar uma natureza ao fenômeno jurídico que parte de uma manifestação fenomênica deste, a saber, da decisão jurídica. Nesse sentido, é uma forma de pensamento – diga-se, igualmente carregada de heterogeneidades internas - calcada na problematização da natureza do direito desde o estabelecimento de uma autoridade soberana que promove, no ato da decisão, a concretização das normas jurídicas. Posteriormente, esse entendimento de fundo vai dar ensejo a teorias voltadas à decisão judicial mesma, pelo estudo das manifestações dos tribunais, promovendo longos debates acerca da sistematização de critérios e parâmetros jurídicos que venham a evitar um decisionismo autoritário irrestrito na aplicação das normas pelas instituições judiciais.

O que se pode notar nessas grandes correntes de pensamento sobre o direito, portanto, é que elas possuem um eixo em torno do qual se movem, que se mostra como a grande matriz ideológica do direito moderno, qual seja, o monismo jurídico. Pode-se afirmar, assim, que o direito, na modernidade, corresponde a um paradigma ideológico que traça essa relação de correspondência entre o direito e o Estado, o que, por sua vez, sinaliza a dinâmica histórica da passagem das estruturas sociais feudais até a consolidação das relações sociais no marco do modo de produção capitalista, com a paulatina implementação dos princípios, ideologias e institucionalizações próprias de uma formação social predominantemente burguesa, mercantilizada.

Ao constatar essa conjuntura de formação ideológica na teoria do direito moderno, Wolkmer (1997) destaca fases ou etapas do pensamento monista, que se definem associadas às dinâmicas nas estruturas de poder na história moderna e ao movimento de passagem de um modo de produção socioeconômico por outro. Nesse contexto, a primeira etapa seria a de formação do ideal monista, iniciado com o surgimento do Estado absolutista e com a difusão do capitalismo mercantil, em que o pluralismo político e societário típico do corporativismo medieval começava a ser

superado. Esse primeiro ciclo de formação da doutrina do monismo jurídico, assim, viu-se associado às necessidades de regulamentação das práticas mercantis e aos interesses de uma monarquia aristocrática que estabelecia regimes nacionalistas autoritários (Wolkmer, 1997).

A segunda fase do monismo jurídico tem princípio na Revolução Francesa e vai até o século 19, com o estabelecimento da dinâmica concorrencial do capitalismo já mais socialmente dominante pela ascensão política da classe burguesa, junto da grande influência dos princípios e filosofias que fundamentaram, no discurso, essa revolução social e política. Tem-se, pois, o crescimento do discurso liberal na economia e da doutrina do jusnaturalismo racionalista no direito, em conflito com as dinâmicas absolutistas. Observa-se uma maior organização política e burocrática da instituição estatal, pela divisão de poderes e competências entre os órgãos, pela generalização da legislação e atribuição cada vez mais clara e formalizada de funções aos agentes estatais. Ao final dessa segunda fase, o positivismo sociológico passa a influenciar também o ideário jurídico, uma vez que tornou a carregar caracteres propícios ao desenho institucional do Estado e à afirmação da ideologia burguesa já distanciada dos ímpetus revolucionários (Wolkmer, 1997).

Por fim, o terceiro ciclo do monismo jurídico perfila-se durante o século 20, com amplo domínio do formalismo dogmático na teoria do direito, com pretensões de rígida cientificidade no discurso jurídico baseadas no afastamento ideológico das origens sociais e econômicas da estrutura capitalista de poder e do próprio papel do direito nesse contexto (Wolkmer, 1997). Relevante é a observação de Warat (1995, p. 42), nesse aspecto, que acentua que “Com seu trabalho, a dogmática consegue, para o Direito, que o valor retórico adquira uma aparência analítica e o interesse uma aparência de legalidade”.

O monismo jurídico, desse modo, consolida-se como a matriz ideológica do direito moderno e contemporâneo, imbuído de uma abstração tal que permitiu a celebração de uma ciência jurídica autorreferente, que não enxerga necessidade de embasamento em qualquer outra premissa que não na “verdade jurídica”. Aguiar (1984, p. 85), ironicamente, afirma que esse monismo jurídico assim desenvolvido torna-se tão “completo e voltado para si mesmo que dele poderíamos dizer o que disse um físico da cosmologia: está tão completa e rigorosa que, mesmo que o cosmos não existisse mais, ela continuaria a existir”.

Wolkmer (1997) oferece, ainda, um quarto ciclo do monismo jurídico que seria, justamente, o ciclo de crise de seus fundamentos, expostos de forma mais clara na medida em que o século 20 impôs desafios inéditos aos Estados e ofereceu situações jurídicas que extrapolaram os limites do discurso monista. Reverberando esses limites e o caráter ideológico do monismo jurídico, seja na sua roupagem naturalista, positivista ou decisionista, tem-se a difusão de algumas abordagens materialistas críticas do direito, representadas por grupos e escolas de pensamento surgidas em diversos lugares do mundo no decorrer do século 20, como na então União Soviética, com as aproximações entre o marxismo e o direito, na França, com a Associação Crítica do Direito, na Itália e na Espanha, com o movimento do uso alternativo do direito, nos Estados Unidos e Inglaterra, com o movimento *Critical legal studies*, e na América Latina, com o movimento do Direito Alternativo (Wolkmer, 2009; Pazello, 2014; Santos, 2021).

De toda forma, quaisquer que sejam os fatores determinantes desse estímulo à crítica do monismo jurídico, fato é que, de meados do século 20 até atualmente, angariaram mais voz os discursos com entonações teóricas e práticas que apontavam para a multiplicidade de manifestações do direito para além da sua expressão estatal oficial. Nesse sentido, partindo de diferentes enfoques, filosófico, sociológico ou antropológico, o pluralismo jurídico edificou-se a partir da intuição central de que “em qualquer sociedade, antiga ou moderna, ocorrem múltiplas formas de juridicidade conflitantes ou consensuais, formais ou informais” e que “o direito não se identifica e não resulta exclusivamente do Estado” (Wolkmer, 1997, p. 192).

Esse distanciamento da matriz monista de pensamento permite um primeiro passo analítico para a investigação do fenômeno jurídico como uma totalidade dialética, a saber, a não redução deste a uma sua expressão fenomênica, seja à norma ou à decisão jurídica. Nesse sentido, afirma Pazello (2010, p. 108): “aquilo que chamamos de direito é um fenômeno complexo e total, o qual não pode ser reduzido a uma de suas dimensões fáticas”. A apreensão do pluralismo jurídico, assim, é um retorno à vasta história do direito como fenômeno social atravessado por mediações que vão além da norma e do Estado.

Diante desse contexto, o jurista estadunidense Tamanaha (2007) considera que a visão monista de um direito unificado, uniformemente sistematizado pela instituição estatal afastou do imaginário da teoria jurídica a extensa história de pluralismo normativo anterior à modernidade. O autor promove, em vista disso, uma

revisão dos debates pluralistas conduzidos no decorrer do século 20 e oferece uma visão de direito voltada à historicização deste fenômeno e às múltiplas possibilidades de acepções de juridicidade havidas em função dos diferentes tempos históricos e espaços geográficos. Adota, pois, uma perspectiva não essencialista e não abstrata do direito, ao evitar a sistematização de características em um único “conceito” e elaborar a ideia de que uma série de ordenações sociais ao longo da história podem ter sido culturalmente consideradas direito, a depender do local e do contexto cultural (Tamanaha, 2021).

Nessa incursão teórica, Tamanaha (2021) observa que a acepção de pluralismo jurídico implicou, para muitos autores, numa necessidade de conceituação de direito que desse conta de generalizar certos traços característicos a ponto de possibilitar uma verificação de suas ocorrências na história. O autor faz crítica a esses desenvolvimentos do pluralismo, argumentando que incorrem em abstração, quando é o movimento contrário que se faz premente numa teoria jurídica pluralista e realista, ou seja, a inquirição de práticas sociais histórica e socialmente localizadas que demonstrem o que é apreendido como direito da forma mais determinada possível em dada realidade. Consequentemente, ao aceitarem a premissa de que o direito é mais do que norma estatal, tais tendências teóricas desenvolveram um pluralismo jurídico de caráter abstrato, em torno de uma leitura essencialista.

O pluralismo jurídico abstrato, na compreensão do autor, é expressão de teorias que objetivam propor uma perspectiva científica ou filosófica específica como universalmente válida para o direito. Sustenta-se na aferição de manifestações de uma determinada concepção, teórica e aprioristicamente estabelecida, e não no exame da multiplicidade de formas concretas possíveis do fenômeno. Trata-se, assim, de um movimento de subsunção da realidade ao conceito previamente definido, o que, em termos metodológicos, é representado por posturas da teoria jurídica que, segundo Tamanaha (2021), compartilham três premissas essencialistas: a) o direito é um fenômeno singular que b) possui um conjunto de características essenciais que o definem e formam a base para c) uma teoria jurídica objetiva e universal³.

Dentre essas perspectivas, tem-se aquelas em que o direito é considerado quanto à manutenção de uma ordem de normatividade interna aos grupos sociais,

³ Tamanaha (2021, p. 174) resume essas premissas na afirmação de que “law is one thing, that thing has defining features that make it what it is, and a science or theory of law can be constructed by centering on this thing and its features”.

dessa forma, como todo grupo social tem regulação normativa, todo grupo social tem direito; e aquelas em que o direito é considerado como um sistema público institucionalizado que prevê e garante a criação, aplicação e interpretação de leis abstratas. Todavia, ambas orientações manifestam problemas teóricos. A primeira sofre do que Tamanaha (2021, p. 176) chama “*over-inclusiveness*”, ou excesso de inclusão, na medida em que dificulta a diferenciação entre o direito e qualquer outro tipo de regulação social, como a moral e a religião; e a segunda é vítima de uma “*under-inclusiveness*”, ou subinclusão, vez que ignora o fato de que instituições, privadas ou não, possuem sistemas de fazer cumprir as suas normas e nem por isso são consideradas fonte de direito, além de que muitas sociedades na história organizaram um direito sem um sistema institucionalizado.

O pluralismo jurídico “*folk*” proposto pelo autor norte-americano, por outro lado, intenta conceber o direito em termos sócio-históricos e focar numa ideia de que o direito é coletivamente reconhecido pelas pessoas de uma dada arena social⁴, o que varia e muda no decorrer do tempo. O que qualifica o pluralismo jurídico a partir dessa perspectiva, como sublinham Albernoz e Wolmer (2008), não é uma multiplicidade de ocorrências de um fenômeno previamente descrito em um dado espaço, mas a coexistência de diferentes fenômenos distintos entre si, mas igualmente qualificados como direito.

O direito, a partir dessa concepção, é um “conceito popular”, pois forma-se a partir do que os indivíduos, na dinâmica própria imanente aos seus grupos sociais, definem, rotulam e, precipuamente, seguem como “direito” (Tamanaha, 2007). Nesse sentido, não se trata de definir um conceito ou uma categoria abstrata de direito antes de se realizar a análise científica que visa verificar a sua ocorrência numa realidade concreta. Isso porque, ao longo do tempo e em diferentes espaços e dinâmicas sociais, os indivíduos têm definido e articulado o direito em termos culturais significativamente heterogêneos.

Tamanaha, desse modo, objetiva afastar as premissas essencialistas. Para ele, a) o direito não é um fenômeno singular, mas o que os indivíduos, numa coletividade, identificam como tal; uma vez que, ao longo da história, muitos fenômenos sociais

⁴ Por arena social Tamanaha (2007, p. 397, tradução nossa) compreende ser “um dispositivo vazio de enquadramento que pode ser definido de qualquer modo, de acordo com qualquer critério que o pesquisador deseja. Uma nação inteira pode constituir uma arena social, assim como uma comunidade local ou uma rede transnacional de empresários”.

foram identificados como direito, como costumes, religião, lei estatal, leis privadas, leis internacionais, logo, uma multiplicidade de tipos de leis foram identificadas com base nas suas características particulares, o que b) impossibilita abstrair elementos essenciais comuns a essas manifestações; finalmente, haja vista que não é possível o estabelecimento de características universais, c) também é inapropriada uma teoria ou ciência universal do direito. Dessa forma, “o melhor que podemos fazer é produzir fragmentos teóricos (sempre parciais) que fazem avançar nosso entendimento do direito para dados propósitos” (Tamanaha, 2021, p. 175, tradução nossa).

O pluralismo jurídico “*folk*”, ou popular, identifica o direito no interior de práticas sociais, sem conceber elementos abstratos verificáveis na realidade, desse modo, compreende-se que as manifestações de direito convencionalmente estabelecidas variam no decorrer do tempo, conectados às circunstâncias social, cultural, econômica, política, tecnológica e ecológica (Tamanaha, 2021). Compreende-se, com Smorto (2014, p. 190), que essa multiplicidade do fenômeno jurídico “não é, de modo nenhum, reduzida à unidade pela existência de princípios superiores, e cada ordem tem o seu próprio âmbito de aplicação, em parte sobreposto e conflitante com outros, e exprime regras próprias”.

Por essa razão, Tamanaha (2007) abre mão de um “conceito” abstrato para aduzir que o direito é um fenômeno cultural, popular, que se configura de formas muito diferentes no espaço e no tempo. Por conta disso, também é eminentemente histórico, não sendo passível de conceituação apriorística. Dessa maneira, somente depois que contextualizado e analisado dentro de uma realidade específica é que se torna possível o levantamento de características que formam um sentido de direito, de juridicidade numa dada arena social. O jurista proporciona uma operacionalidade crítica ao conceito de direito desde a sua concepção cultural, popular, “*folk*”, por uma perspectiva teórica sócio-histórica.

Ainda que, ao realizar uma análise descritiva das manifestações jurídicas da Idade Média, por exemplo, o faça sem trabalhar com uma perspectiva de totalidade, tampouco com uma preocupação geopolítica, a potencialidade crítica dessa perspectiva histórica e não essencialista do pluralismo jurídico é evidente, consoante afirmam Albernaz e Wolkmer (2008, p. 75):

A visão do direito como se manifestando nas próprias práticas sociais, em oposição às abordagens jurídicas positivistas e funcionalistas, que as pré-conceituam abstratamente, rendeu reflexos em algumas importantes

propostas de redefinir o direito segundo uma Teoria Crítica engajada com o reconhecimento de determinados tipos de juridicidade de grupos sociais silenciados ou oprimidos historicamente em sociedades marcadas pela desigualdade e pela dominação.

Nesse ponto de vista, o direito estatal institucionalizado passa a ser somente uma das formas históricas do direito, que acabou se configurando como o paradigma jurídico dominante na modernidade, assim como as teorias que o sustentam, em decorrência de fatores históricos e políticos que determinaram a predominância de um tipo particular de organização social, econômica e institucional. Fatores estes que, quando introduzidos na análise do fenômeno jurídico, proporcionam camadas de análise que revelam lógicas de poder que tornam necessário um segundo passo na investigação do direito, não dado por Tamanaha, qual seja, a historicização do direito moderno como paradigma.

O pluralismo jurídico popular de Tamanaha colabora com uma concepção não essencialista de direito e, conseqüentemente, agrega no desenvolvimento de um pluralismo jurídico de cunho materialista, mas não o faz radicalmente, pois não historiciza o direito moderno no sentido de apreendê-lo como um paradigma fundado no estabelecimento de uma ordem social dominante que universaliza a sua forma jurídica a ponto de fazê-la valer em detrimento das outras. Tamanaha (2007) reconhece que a predominância do monismo jurídico sobre as outras formas históricas de direito é testemunho do sucesso do projeto moderno de Estado e dessa ideologia que o sustenta, mas não enfrenta as razões de fato que ensejaram essa prevalência, abrindo espaço à interpretação de que se trata meramente de um problema epistemológico e metodológico da teoria jurídica, isto é, que se trata de uma questão apenas ideológica.

O autor aparenta não conceber que o pluralismo jurídico pré-moderno possui contornos e significados distintos do pluralismo reivindicado diante do direito monista. Nesse sentido, incorre também numa abstração do pluralismo jurídico mesmo, como se a investigação das formas do direito na história, incluindo na modernidade, fosse um exercício antropológico voltado a catalogar os múltiplos tipos e conceitos possíveis de direito nas mais diversas arenas sociais e examinar as relações entre sistemas normativos em cada uma delas, se de conflito ou coexistência. Tal ponto fica evidente quando o autor trata do sistema normativo costumeiro ou cultural, no qual o direito indígena e tradicional se insere: “no meu uso dos termos, não se trata de noções

sociológicas, mas sim de rótulos e categorias construídas para fins específicos nas circunstâncias da colonização e suas consequências” (Tamanaha, 2007, p. 398, tradução nossa).

Entende-se que esse é um exercício teórico de abstração, pois isola o direito, ainda que não aprioristicamente, das relações históricas que, ao fim e ao cabo, resultaram numa dinâmica de dominação de uma forma jurídica sobre outras. Assim, trata-se de investigar a historicidade mesma da “paradigmatização”⁵ do monismo jurídico, o que somente é possível partindo-se do direito como uma totalidade dialética que carrega determinações tanto de formas como de conteúdos que a) singularizam os múltiplos direitos concretos, isto é, permitem a apreensão de um pluralismo jurídico popular, e, simultaneamente, b) generalizam a forma jurídica no âmago do movimento geral e universalizante do capitalismo.

Desse modo, o que se faz necessário para uma leitura crítica do pluralismo jurídico é agregar a essa perspectiva sócio-histórica do conceito de direito as estruturas e categorias que operam sobre as realidades das formações econômico-sociais, notadamente, no caso deste trabalho, da formação latino-americana, que são fundamentais para uma postura de denúncia e, simultaneamente, de anúncio, características da teoria crítica e da concepção de giro descolonial. Nesse sentido, é salutar a reflexão de Grosfoguel (2008) quando afirma que o conhecimento é sempre situado e, por tal razão, deve-se construir a consciência de que o lugar epistêmico é condicionado por um contexto geopolítico e por uma distribuição histórico-social do poder.

O autor ressalta que o conhecimento produzido através da desvinculação entre o lugar epistêmico e o sujeito enunciativo é um discurso mitificador, que universaliza o particular, e, sobretudo, oculta as estruturas de poder, notadamente, do poder colonial, a partir do qual se pronuncia. Sousa Santos (2022, p. 21), na mesma senda, assevera que essas disciplinas falsamente universais assim se identificam não apenas porque “se esquecem ativamente dos respectivos não-ditos culturais, mas porque [...] não consideram as formas de sociabilidade existentes do outro lado da linha, no lado colonial”.

⁵ Pazello (2010) faz uso do termo no sentido de denunciar as formas ideológicas como o direito é teoricamente encarado pelas correntes dominantes de pensamento jurídico que conformam, pois, paradigmas desde a fonte do monismo.

Fundamental, dessa maneira, uma “geopolítica do conhecimento” ou “corpopolítica do conhecimento” (Grosfoguel, 2008), vez que o poder colonial atua, em última instância, sobre corpos historicamente subalternizados. Trata-se de enfatizar uma epistemologia explicitamente política (Sousa Santos, 2022), marcada, no caso latino-americano, pela percepção das relações de dependência e da imposição constante do poder colonial, fundamentos concretos que proporcionam o arcabouço necessário para o avanço de uma crítica do direito e do estado baseadas nas potencialidades dos modos vida locais.

Desta feita, para o evoluir de uma perspectiva materialista do pluralismo jurídico, não se pode negligenciar as determinações sociais, culturais e políticas do direito em cada arena social, como advoga Tamanaha, ao mesmo tempo em que não se pode negar as consequências, no direto, de um movimento sócio-histórico que consolidou uma forma jurídica como perspectiva universal. Esse passo metodológico e analítico pode ser melhor elaborado a partir da aproximação entre o materialismo histórico e a teoria do direito, que tem como mais fundamental esteio as elaborações de Pachukanis (2017), autor responsável por considerar o que desenvolveu Marx acerca da teoria do valor e, assim, demonstrar a umbilical relação do direito moderno com a forma mercantil.

Essa construção teórica sustentada na relação dialética entre forma e conteúdo do direito e na processualidade dessas duas dimensões permite a crítica às teorias que, por um lado, não se preocupam com a forma do direito para se debruçarem em análises históricas arbitrárias ou subjetivistas, desconsiderando a influência da forma jurídica nas relações sociais sobre as quais se impõe - o que se entende ser o caso do pluralismo jurídico popular proposto por Tamanaha - e, ato contínuo, abre espaço para a crítica às teorias do monismo jurídico, que abordam a norma como um fenômeno isolado que constrói em torno de si uma estrutura logicamente ordenada de instituições e procedimentos (Araujo; Diotto; Brutti, 2023).

Portanto, por um lado ou por outro, as teorias do direito que ignoram essa relação forma/conteúdo resultam em abstrações dos caracteres que potencializam o pluralismo jurídico como um caminho de a) evidenciação das estruturas de hegemonização do poder e b) enunciação de discursos e práticas afirmativamente voltadas à libertação. Uma leitura materialista do pluralismo jurídico, assim, sustenta-se, em primeiro lugar, na afirmação da premissa de que o direito não se resume à norma e tampouco ao Estado, mas, simultaneamente, no asserto da historicidade e

da dialética como categorias fundamentais no trato das diversas formas e conteúdos que o fenômeno jurídico expressa, o que, conseqüentemente, acarreta na problematização do monismo como paradigma do direito colonial moderno.

2.2 Aproximações ao pluralismo jurídico desde a crítica ao direito

Considera-se, pois, que a feição predominantemente estatal da norma, a partir da modernidade, surge como mais uma das formas possíveis de expressão e configuração de uma ordenação social através de um sentido normativo. Resta desenvolver as dinâmicas históricas que consolidaram a universalização da forma jurídica e a paradigmáticação do monismo jurídico o que, entende-se, é melhor desenvolvido nas aproximações entre materialismo histórico e a teoria do direito, que evidenciam como a sociabilidade capitalista fundamenta-se estruturalmente na mútua determinação entre as relações jurídicas e as relações de troca mercantil, que, pelo prisma marxiano, são a essência do direito moderno.

Na crítica da economia política de Marx a análise das formas sociais cumpriu papel central, haja vista ter levado o autor à consideração das especificidades históricas de um conjunto de relações que, à primeira mirada, apresentavam caráter de universalidade. Marx (2011) exemplifica o dinheiro como um fenômeno, dentre muitos outros, que aparenta universalidade pelo fato de que foi correntemente utilizado na grande maioria das formações sociais desde a antiguidade. Todavia, aponta-se que, quando imerso em relações sociais específicas, o dinheiro, assim como as demais formas, adquire determinações e funcionalidades também específicas. Afirma o autor que

[...] para todos os estágios da produção há determinações comuns que são fixadas pelo pensamento como determinações universais; mas as assim chamadas condições universais de toda produção nada mais são do que esses momentos abstratos, com os quais nenhum estágio histórico efetivo da produção pode ser compreendido (Marx, 2011, p. 61).

A forma social, assim, é o que representa o amálgama de relações e interações sociais históricas que particulariza as formas de ser de um fenômeno, como o dinheiro, o trabalho, a mercadoria e, destacadamente, o direito. Mascaro (2013, p. 21) define que as formas sociais são “[...] modos relacionais constituintes das interações sociais [...] Trata-se de um processo de mútua imbricação: as formas sociais advêm das

relações sociais, mas acabam por ser suas balizas necessárias”. Os processos de reprodução social ensejam particularidades nas relações e interações entre os indivíduos, o que demonstra que a constituição das formas é histórica e relacional (Mascaro, 2013).

Diante desse movimento, as formas ocasionam relações particulares ao mesmo tempo em que são por elas atravessadas e determinadas, afastando de todo uma concepção mecanicista de imediata causalidade entre as relações materiais de produção, a ideologia, o direito e o Estado. Em outras palavras, essa abordagem considera uma totalidade dialética que processa determinações determinantes determinadas. Tem-se a ideia da totalidade circular, na qual cada ponto condiciona e é simultaneamente condicionado pelos demais (Pazello, 2014). Nesse contexto, afasta-se a leitura de que o direito, para Marx, é um fenômeno meramente superestrutural, como muitas vezes interpretado a partir do que foi escrito pelo autor em tons prefaciais⁶.

Desenvolve-se, a partir disso, uma primazia ontológica do modo de produção da vida material com relação ao conjunto das formas. Nas palavras de Marx e Engels (2007, p.32), “[...] o primeiro ato histórico é, pois, a produção dos meios para a satisfação dessas necessidades, a produção da própria vida material, e este é [...] uma condição fundamental de toda a história”. Ou seja, os autores compreendem que a produção da vida concreta, o modo como os seres humanos lidam com o fato de que, como ser vivo, necessitam se sustentar biologicamente, possui um papel primário na investigação das formas sociais, uma vez que essa produção é uma condição de possibilidade para a evolução de todos os demais aspectos.

Como referido, algumas premissas teórico-metodológicas do materialismo histórico são inafastáveis da análise de qualquer fenômeno social como totalidade concreta. Já se apontou para a questão da primazia ontológica dos modos como o ser humano produz e reproduz a sua vida, que se fará sentida no evoluir das formas sociais e que, sobretudo, fundamentará a observação de que essas formas organizativas conformarão os limites da consciência que se tem delas, isto é, revelarão, na expressão de Pazello (2014, p. 133) a “codeterminação entre real e

⁶ Marx, no prefácio da obra *Contribuição à crítica da economia política* (2008, p. 47) afirma: “A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência”.

pensado, [...] entre sujeito e matéria, [o que] só é passível de apreensão se percebida processualmente”. Destacou-se, também, a relevância da historicidade e da dialética como categorias fundamentais para a apreensão das dinâmicas sociais que demonstram a insuficiência explicativa de teorias fundadas em abstrações e universalizações de elementos historicamente singulares.

Neste ponto, mais uma observação metodológica é necessária, ainda que já presente de fundo, qual seja, a de que a aparência dos fenômenos sociais não revela a essência do seu funcionamento. Quanto a isso, Marx (2017b, p. 880) afirma: “Toda ciência seria supérflua se a forma de manifestação e a essência das coisas coincidissem imediatamente”. E esse entendimento ficará evidente no trato das categoriais mais fundamentais do capitalismo, como a mercadoria, o trabalho e o direito, intuição que contribuirá, posteriormente, para a observação do fetichismo como meio de ofuscar o caráter histórico, social e relacional dos mecanismos do capital.

Nessa direção, o direito se demonstra intrínseco à teoria marxiana no intento de explicar a produção da riqueza no capitalismo pela sua teoria do valor. Promove-se, por isso, uma abordagem muito particular do fenômeno jurídico, resultante de um aprofundamento das suas particularidades históricas na transição de um cenário de pluralismo para um paradigma monista, o que se dá em dimensões materiais e não meramente simbólicas, discursivas, ideológicas (Pazello, 2014). Assim, ganha relevo seguir o *iter* marxiano na sua explicação inicial dos processos de troca mercantil para identificar as significações do direito que não são explícitas nas suas mais desenvolvidas exteriorizações.

Marx (2017a) inicia a sua análise do capital pela mercadoria, que, segundo ele representa a forma mais elementar do capitalismo. Em primeiro lugar, a mercadoria é um valor de uso, voltado à satisfação de necessidades dos indivíduos. Nesse sentido, valor de uso é sua característica a-histórica que expressa, da forma mais geral, o modo como o ser humano produz a riqueza por meio da sua particular interação teleológica com a natureza. Afirma o autor (2017a, p. 114): “Os valores de uso formam o conteúdo material da riqueza, qualquer que seja a forma social desta”. Assim, o ser humano age frente à natureza produzindo valores de uso que satisfazem necessidades concretas. Ocorre que, na forma social capitalista, estes valores de uso se tornam um suporte material, concreto, do valor de troca, pois são ultrapassados os

limites do consumo individual próprio, da subsistência, e a produção de riqueza passa a se voltar para a troca dos excedentes.

Por sua vez, para ser trocada, uma mercadoria necessita carregar um conteúdo que permita compará-la, em termos quantitativos, a outros objetos de diferentes qualidades, condição de possibilidade para o estabelecimento da relação mercantil. Nesse sentido, como exemplifica Marx (2017a), numa troca entre uma quantidade de trigo por uma determinada quantidade de ferro é imprescindível que exista entre esses polos algo em comum e de similar grandeza, isto é, um conteúdo que seja igual em ambos, que não se reduz às propriedades físicas, vez que trigo e ferro possuem corporalidades e usos bastante distintos. Revela-se, assim, que, na troca, as propriedades físicas das mercadorias servem tão somente para conferir-lhes as suas utilidades práticas, mas não para fundamentar o ato mesmo da troca, pois nesse sentido concreto não são comparáveis. A troca, portanto, dá-se por uma abstração dos valores de uso e das propriedades físicas dos objetos.

Abstraindo-se os valores de usos das mercadorias, abstraem-se, simultaneamente, a materialidade dos trabalhos que as produziram. Ou seja, a troca tampouco baseia-se na natureza particularizada e concreta dos trabalhos humanos que produziram as mercadorias trigo e ferro. Pelo contrário, o que de comum há entre elas é tão somente o fato de serem produtos do trabalho, mas um trabalho abstratamente considerado, um trabalho humano idealmente igualado, um dispêndio genérico de capacidade humana produtiva, física e mental (Marx, 2017a). Logo, como unidades de trabalho humano abstraído, genérico, as mercadorias são valores, que terão expressão, no ato da troca, nos valores de troca. Vez que a produção se deu precipuamente voltada para a troca, o valor deve ser considerado imanente à mercadoria desde a sua concepção e produção. Esse valor, imanente, abstrato, suprassensível, será expresso e materializado no ato da troca, no valor de troca. Por essa razão, o valor é algo presente na mercadoria desde a sua produção e somente será objetivado na relação de troca. Quer dizer, valor e valor de troca não são sinônimos, sendo o segundo expressão do primeiro.

A mercadoria é uma unidade dialética de valor de uso e valor. O valor de uso sendo o suporte material, sensível, da utilidade das mercadorias para os sujeitos e o valor sendo sua dimensão suprassensível, que, em última instância, permitirá a permuta. Nesse sentido, Carcanholo (1998, p. 24) ressalta que “se o trabalho é a fonte de obtenção de riqueza [...] ele é o responsável pelas duas características da

mercadoria, [...] ele deve possuir propriedades que são responsáveis pelo duplo caráter da mercadoria”. O trabalho humano, então, manifesta-se também por um duplo caráter: concreto, determinado, individual, e, por outro lado, abstrato, genérico, social. O valor, assim, possui como substância o trabalho abstraído, como grandeza a quantificação social desse trabalho, ou seja, o tempo de trabalho que socialmente é necessário para a produção da mercadoria, e, por fim, como forma de expressão o valor de troca (Marx, 2017a).

Relevante é a seguinte afirmação de Marx (2017a, p.119): “Para produzir mercadoria, ele tem de produzir não apenas valor de uso, mas valor de uso para outrem, valor de uso social”. Isto é, o caráter mais determinante do modo de produção capitalista é a sua dimensão precipuamente social. Nesse sentido é que os produtos do trabalho humano nesse sistema carregam caráter duplo de se manifestarem como valores de uso e como suportes de valor, valor este que não se objetiva em termos materiais, mas demonstra uma objetividade puramente social, concretizando-se no conjunto de relações sociais constituídas no entorno da forma mercadoria. Tem-se, pois, a forma mercadoria (dimensão sensível e suprassensível; concreta e abstrata; individual e social) como a forma universalizada de produção. Nesse aspecto, Marx (2017a, p. 136) afirma:

O segredo da expressão do valor, a igualdade e equivalência de todos os trabalhos porque e na medida em que são trabalho humano em geral, só pode ser decifrado quando o conceito de igualdade humana já possui fixidez de um preconceito popular. Mas isso só é possível numa sociedade em que a forma-mercadoria é a forma universal do produto do trabalho e, portanto, também a relação entre os homens como possuidores de mercadorias é a relação social dominante.

A mercadoria, dessa forma, demonstra mais uma determinação, pois ela é para o seu produtor/possuidor um não-valor de uso, ou seja, é um meio de troca, ao mesmo tempo em que para os seus não-possuidores ela é um potencial e desejado valor de uso. Nesse movimento, o capitalismo tem na troca um obstáculo para a realização dos valores de uso, conforme aduz Marx (2017a, p. 160): “[...] as mercadorias têm de se realizar como valores antes que possam se realizar como valores de uso”. Desse modo, a generalização paulatina desse processo transforma a troca num processo social regular que, conseqüentemente, impõe que uma parcela cada vez mais significativa da produção seja direcionada para a troca, distanciando os valores de uso das necessidades humanas e impulsionando a sua utilidade para a troca mesma.

Essa relação de indivíduos que se defrontam como possuidores de mercadorias é abordada por Marx (2017a) como uma relação jurídica que manifesta o conteúdo das relações econômicas mercantis. Os atos de apropriação e de alienação das mercadorias somente são possibilitados pela igualdade de *status* jurídico entre os indivíduos, polos subjetivos dessa relação contratual. Logo, os indivíduos relacionam-se como proprietários privados, de interesses opostos, interligados por um vínculo jurídico, que por sua vez, tem seu conteúdo já determinado pela relação econômica, sendo expressão desta. Nas palavras de Pazello (2014, p. 149): “[...] o valor, essência das relações sociais burguesas, arrasta consigo um nível jurídico que se mostra fenomenicamente a partir da relação voluntária de troca de mercadorias”.

De imediato fica evidente que as relações jurídicas são expressão das relações econômicas e que a forma jurídica é um componente estrutural essencial da dinâmica do capital como processo social. Nos momentos mais simples das relações capitalistas o direito já está posto, como condição que possibilita essas relações de troca e como base material para a garantia de suas consequências. A forma jurídica, assim, é fundamental na constituição da forma mercantil. A mercadoria, no seu dinamismo imanente, carrega de maneira incipiente toda a complexidade do capitalismo como modo de produção necessariamente fundado em relações sociais, volitivas ou não.

Quer dizer, muitas propriedades desse sistema desenvolvem-se orgânica e fantasmagoricamente⁷, sem que sejam passíveis de ter o seu rumo intencionalmente determinado. Viu-se que o valor é uma dimensão da mercadoria que possui como substância o trabalho abstrato, que conta como grandeza o tempo de trabalho socialmente necessário para a sua determinação quantitativa e como forma de expressão o valor de troca, todas categorias indiscutível e objetivamente sociais. A mercadoria é imanentemente social e, em razão disso, o direito se vê contido na forma mercantil, igualmente atravessado pelo caráter social da produção mercantil.

Posteriormente, Marx (2017a) passa a descrever o processo de transformação do dinheiro em capital e da consolidação da força de trabalho como uma mercadoria e, nesse ponto, o direito igualmente assume papel relevante. Essa descrição passa pela apreciação da fórmula geral do capital e pela evidenciação da força de trabalho

⁷ Metáfora recorrentemente utilizada por Marx (2017a) para assinalar a natureza impessoal e incontrolável de muitas das dinâmicas do modo de produção capitalista.

como a mercadoria cujo consumo tem como efeito a geração de mais valor. A força de trabalho é o componente responsável pelo processo de incremento de valor ao fim da circulação, pela produção do mais-valor, que transforma o dinheiro em capital, isto é, um valor inicial que passa por determinado processo social que, ao final, retorna valorizado. Ao ser consumida, a força de trabalho produz mercadorias e, por isso, é fonte de valor (Marx, 2017a).

O objetivo não é adentrar nos meandros desse processo, mas assinalar que o direito ganha novas camadas a partir dessa exposição de Marx, afinal, para que a força de trabalho se torne uma mercadoria disponível no mercado, alguns contornos jurídicos são pressupostos. O principal deles é a consagração da liberdade formal, apreendida em dois significados: o trabalhador tem de ser uma pessoa livre, capaz de expressar a vontade de se colocar como vendedor da sua capacidade de trabalho e, além disso, o trabalhador tem de ser libertado, destituído das condições necessárias para, por si só, realizar a sua força de trabalho, isto é, deve carecer dos meios de produzir. Essa liberdade jurídica “se expressa tão somente na esfera da formalidade, pois a materialidade do sistema propício para a reprodução do capital é, em sua essência, um espaço de privação da liberdade de alguns pela tomada da propriedade por outros” (Brutti; Araujo, 2021, p. 6).

Ademais, no intento de sistematizar os sentidos de direito utilizados por Marx ao longo de toda a sua descrição do capital, referendando a complexidade com que o autor tratou esse fenômeno e, ainda, afirmando a ideia de mútua imbricação entre a forma mercantil e a forma jurídica, Pazello (2014, p. 144) oferece um mapa conceitual das acepções de direito manejadas pelo autor alemão:

1) direito como relação jurídica, ou seja, referências própria e estritamente jurídicas; 2) direito como legislação e aparelho legislativo; 3) direito como sistema judiciário estatal; 4) princípios de justiça (via de regra, em sentido negativo, quer dizer, de injustiça); 5) referências a leis científicas ou ideológicas, naturais ou sociais; e 6) referências a todo tipo de regularidade e normalidade.

Desses sentidos extraem-se formas jurídicas. Isto é, cada sentido presente na obra de Marx expressa um conteúdo, uma manifestação fenomênica de contornos jurídicos, que assumirá, na historicidade das relações sociais, uma forma particular, sendo que é no capitalismo que todas essas formas alcançam integral desenvolvimento. Tem-se o sentido 5, concernente às legalidades sociais decorrentes

da produção social, que constitui a forma fundante, isto é, a forma geral de regulação social que exprime as relações de produção. A forma fundante se evidencia na organização social, institucional, ideológica e jurídica derivadas do modo como os grupos sociais conformam a produção material de riquezas e a reprodução da vida no entorno desses padrões produtivos. É o sentido que manifesta a primazia ontológica da produção com relação às demais formas sociais.

Tem-se a forma jurídica essencial, manifestada pelo sentido 1, que é a relação jurídica propriamente dita, a regulação jurídica das relações de troca, que, na descrição de Marx, é a essência do direito capitalista moderno. E, finalmente, os sentidos 2 e 3 expressam as formas jurídicas aparentes, que se constituem pela aparição fenomênica do direito, onde prepondera a regulação estatal pelas vias legislativa e judicial⁸ (Pazello, 2014).

Pazello (2014), dessa maneira, sumariza que o direito no capital é determinado pela produção de valor (forma fundante), pela relação jurídica (forma essencial) e pela legislação e órgãos judiciais (formas aparentes). Disso se depreende que, na dinâmica capitalista, o direito é mais uma relação social do que uma norma legal. A essência do direito encontra-se no campo da história e não nas legislações, tampouco nos tribunais. O direito moderno, notadamente, tem como essência as relações mercantis e a partir delas se configura. A forma jurídica essencial é imanente à forma mercantil, ainda que as formas aparentes tenham sido confundidas com outras formas históricas, numa ideologia de regulação pela norma estatal universalizada e reconhecível em todos os tempos históricos (Pazello, 2014).

Na esteira das percepções marxianas, Pachukanis (2017) esmiuça o problema da forma jurídica. Segundo ele, o direito, como forma social, manifesta-se e configura-se de maneira específica a partir da consolidação do modo de produção capitalista e das relações sociais por ele inauguradas e concretiza a derivação de uma nova estruturação a partir das relações mercantis. Quer dizer, não se trata de uma derivação automática, mecânica, mas da consolidação mesma de uma forma social particular. Tem-se, pois, uma forma fundada nas relações econômicas que desenvolve especificidades por meios de suas formas complementares. O direito, nesse desenho, é o conjunto imanentemente dinâmico entre todas as suas formas. É dizer, a relação jurídica encontra-se na relação econômica, mas dela se diferencia, tornando-se mais

⁸ Os sentidos 4 e 6 não constituem conteúdos propriamente jurídicos, mas tem o tom de uma legalidade em sentido lato (Pazello, 2014).

abstrata e fazendo os aspectos econômico e jurídico das relações sociais no capital paralelos (Pachukanis, 2017; Pazello, 2014)

É a partir do modo de produção capitalista que o direito adquire seus caracteres mais universais e que, em razão desse traço, permitem uma amplificação da sua aplicação social sem precedentes. Os princípios constituintes da relação social predominante, qual seja, a relação de troca mercantil, tornam-se princípios aplicáveis a todos os âmbitos da vida em sociedade. A liberdade e a igualdade formais, componentes essenciais do direito civil moderno, compõem-se não mais como princípios atinentes somente aos sujeitos da troca, mas como princípios universais que fundamentam o próprio desenvolvimento de constituições e de códigos legislativos (Pachukanis, 2017).

Nesse aspecto, cria-se a abstração do sujeito de direitos, do “homem em geral”, proprietário de mercadorias abstrato. O aparecimento do sujeito jurídico, decorre, assim, da estabilização do valor como categoria econômica, com divisão do trabalho, desenvolvimento da comunicação e das trocas, do estreitamento dos vínculos sociais, do poder cada vez significativo de organização social, e da propriedade como direito absoluto, protegido por leis, polícia e tribunais (Pazello, 2014). A subjetividade jurídica liga-se ao estabelecimento das trocas mercantis generalizadas, o que somente demonstra “a dependência das formas jurídicas em relação com as formas mercantis” (Naves, 2008, p. 69).

Uma vez evidenciados alguns elementos e possibilidades de trato do direito desde o marxismo, coloca-se novamente em questão o pluralismo jurídico. Remonta-se, novamente, ao jurista soviético Pachukanis (2017) quando este sinaliza o equívoco de aglutinar várias formas de direito num mesmo conceito, numa abstração ideal que abarca todas épocas históricas. Parte-se da observação de que em estágios históricos pré-capitalismo não se tinha uma visão de “um direito”, mas de muitas formatações deste. O monismo jurídico e o pleno desenvolvimento e universalização do direito na forma jurídica se dá, como visto, a partir do capital, momento histórico que será ideologicamente retratado pela passagem de um pluralismo prático e teórico para um paradigma monista e estatalista.

Em vista disso, pode-se afirmar que o que caracteriza a história do direito pré-capitalismo é uma multiplicidade de regulações jurídicas fundadas em regulações sociais estruturais de produção distintas (formas fundantes), em que dificilmente as demais bases regulatórias diferenciavam-se entre si. O direito manifestava conteúdos

socialmente constituídos no entorno de diversos núcleos de poder, dinâmicas de grupos, princípios sociais regulatórios, religiões, normas morais e, evidentemente, diferentes estruturações produtivas. Cenário notadamente distinto da dinâmica jurídica no marco do capitalismo, que, por sua vez, sustenta-se na universalização de uma única forma jurídica como reflexo da generalização da forma mercantil. Por isso, o capitalismo é o catalisador da máxima diferenciação do direito dos demais âmbitos de regulação social, como a moral, os costumes e a religião. Afirma Pachukanis (2017, p. 75):

Se deixarmos de lado a cultura dos povos primitivos, em que apenas com muito esforço é possível isolar o direito da massa geral dos fenômenos sociais de ordem normativa, até a Europa feudal medieval, as formas jurídicas distinguem-se pela extrema falta de desenvolvimento. [...] Para que todas essas fronteiras da forma jurídica se cristalizassem com perfeita precisão foi necessário um longo processo de desenvolvimento na principal arena, que eram as cidades.

Nessa toada, o autor (2017) referenda um juízo teórico que enseja a análise das formas e dos conteúdos do direito determinada pelas épocas históricas em questão. O direito pré-capitalismo representa uma riquíssima multiplicidade de formas, inacabadas, precárias, não universalizadas ou universalizáveis, e de conteúdos não somente jurídicos, mas imbricados com moral, religião, costumes, tradições etc. O capitalismo, em sentido contrário, desenvolve-se por uma forma jurídica plenamente acabada, porque fundamental às relações mercantis, e conteúdo de direito afastado das demais formas de regulação social, como a moral e a religião, ganhando, inclusive, contornos de autonomia das suas formas aparentes judicial e legislativa, fato que as teorias ideológicas do direito monista avalizam.

Nesse contexto, conclusivamente, o problema do pluralismo jurídico ganha novas camadas para o enfretamento crítico da paradigmaticização do monismo como ideologia, na medida em que o capitalismo impõe um desafio previamente não encarado, que é, notadamente, o embate entre uma ordem jurídica hegemônica, universalizada, e as ordens jurídicas plurais pré-capitalistas e pré-estatais, que como ressalta Tamanaha (2007), não foram apagaram por completo, nem poderão ser. Pode-se considerar, assim, que o pluralismo jurídico na modernidade carrega consigo uma potencialidade, através da qual se denota uma problematização de legitimidade da ordem normativa estatal (Falcão, 1984).

Dessa faceta, Pazello (2010) faz referência ao caráter imanentemente tensionado e conflituoso do direito moderno, embebido de contradições. Compreende-se, tal como o referido jurista, que o pluralismo jurídico contém uma potência para proferir as contradições da forma jurídica, simbolizando os múltiplos espaços de regulação social que não se limitam à ordenação das relações mercantis e tampouco reconhecem as formas jurídicas aparentes como um horizonte para a afirmação de identidades e para a busca de condições materiais de realização da dignidade individual e coletiva. Dessa forma, toda vez que contradições sociais perfilam espaços sociais de luta e reivindicação, mais ou menos diferenciados, no âmbito dos quais são geradas disputas que são processadas por meio de recursos regulatórios, institucionais e normativos genuínos, tem-se as mais autênticas expressões do pluralismo jurídico.

2.3 Conformidades e tensões: duas chaves de leitura para o(s) pluralismo(s) jurídico(s)

Em consonância com o que aponta Tamanaha (2021, p. 9, tradução nossa) “descartar a imagem monista do direito é importante não apenas para propósitos teóricos e para aprimorar o nosso entendimento do direito como um fenômeno social, mas também possui implicações políticas”. E, vez que não se adota uma definição apriorística do direito, suas funcionalidades e potencialidades também serão definidas desde uma perspectiva sócio-histórica e, notadamente, geopolítica. Aduz Pazello (2014, p. 62): “A localização geopolítica da crítica, em geral, conduz a uma localização do direito mesmo, anunciando novos contornos a sua especificidade”. Nesse sentido, exporemos categorias que, entende-se, são fundamentais para a compreensão do direito e do pluralismo jurídico no contexto latino-americano. Tratam-se das categorias da totalidade, da colonialidade e da dependência.

O que o pluralismo jurídico “*folk*” de Tamanaha permite observar e realizar é um movimento necessário de localização histórica do fenômeno jurídico, em detrimento de uma visão generalizante do monismo e positivismo jurídicos e mesmo de uma universalização apriorística do pluralismo jurídico abstrato. Contudo, não é o caso de advogar em favor de um empirismo para a teoria jurídica, no intento de particularizar o fenômeno jurídico de modo a ignorar as diversas relações de mútua imbricação entre as suas muitas manifestações, tampouco é o caso de prestigiar uma

leitura pós-moderna do direito que exclui da análise do fenômeno o conjunto de determinantes estruturais que sobre ele atuam, investindo a análise numa percepção atomizada e contingencial ou de meras representações.

Trata-se, pois, de considerar a localização epistemológica do direito na composição de uma totalidade concreta. Essa é a tônica da exposição do teórico peruano Quijano (2009) quanto a sua apreensão da totalidade histórico-estrutural como um caminho para a abordagem e explicação dos sentidos dos fenômenos sociais. Em vista disso, compreende-se que um fenômeno histórico e social significa a expressão de uma gama de relações anteriores e que dispõem de objetividade independentemente dele, por isso, afirma o autor (2009, p. 83) que “[...] a sua explicação e o seu sentido não podem ser encontrados senão em relação a um campo de relações maior que o que lhe corresponde”.

Uma totalidade histórico-social, assim, compreende uma rede de relações em que se veem articulados e imbricados diversos modos de ser, também heterogeneamente constituídos. Forma-se, desse modo, um conjunto em que inúmeras instituições, relações e subjetividades conformam um cenário maior que não se caracteriza pela mera soma ou sobreposição das particularidades que o compõem. Essa articulação, segundo Quijano (2009, p. 86), gera uma tendência, uma orientação de conjunto, todavia, não suficiente para que as partes desse conjunto sejam ignoradas em suas particularidades. Nas palavras do autor: “Isso quer dizer que as partes num campo de relações de poder societal não são só partes [...] cada uma delas é uma unidade total na sua própria configuração porque tem igualmente uma constituição historicamente heterogênea”.

É esse recurso à historicidade como processo imanente à totalidade das relações sociais que permite traçar mais adequadamente a relação de um elemento isolado (no caso, o direito) a um contexto (modernidade/colonialidade; capitalismo dependente latino-americano) sem que isso implique numa redução a uma “uniformidade indiferenciada, a uma identidade” (Lukács, 2003, p. 84). Depreende-se disso que a independência e autonomia do fenômeno jurídico se revelam tão somente aparentes quando este é considerado como um elemento dinâmico na composição de um todo também imanente e dialeticamente dinâmico.

Considera-se que a dialética é o princípio fundamental que possibilita a “fluidificação de conceitos” (Konder, 1997, p. 56), ou, ainda a “supressão de fronteiras” (Warat, 1995, p. 40) impostas pela ideologia jurídica monista moderna, uma vez que

empreende a localização ontológica do direito por meio do recurso à totalidade, à historicidade e ao caráter relacional e dinâmico das formas sociais no processo histórico. Essa concepção dialética, entende-se, é o que destaca a teoria crítica pela sua identificação da “realidade como devir social” (Lukács, 2003, p. 85) e, por isso, como aquela que carrega a dupla dimensão da denúncia e do anúncio e concebe a emancipação como parte fundamental desse projeto teórico-prático que assume uma função concreta na totalidade determinada.

Logo, nenhum fenômeno social pode ser analisado de modo isolado, senão para fins instrumentais muito bem estabelecidos pelo investigador, caso contrário, o isolamento epistemológico acaba por gerar a já abordada roupagem cientificista a um discurso ideológico, roupagem esta que atinge sobremaneira a produção do conhecimento ocidental eurocêntrico. Nesse sentido caminha a crítica de Grosfoguel (2008), quando afirma que o isolamento epistemológico e a supressão do lugar de enunciação permitiram ao indivíduo ocidental lançar o próprio conhecimento como universal, como o único capaz de alcançar a objetividade científica, no mesmo movimento em que desconsiderou as múltiplas formas de viver e conhecer constituídas nos continentes dominados.

A noção de totalidade, assim, conduz à questão das relações de poder estabelecidas entre os seus componentes, o que, por sua vez, conduz-nos à consideração do processo histórico de estabelecimento da chamada modernidade, que, conforme Dussel (1993; 1995), nasceu de um movimento de violento encobrimento, de conquista e de controle do não-europeu. O filósofo argentino compreende, pois, que o ano de 1492 demarca historicamente o nascimento da modernidade e, ao mesmo tempo, da colonialidade. É o ano histórico e simbólico em que a Europa se coloca no centro da história, no centro de um sistema mundial “em contradição [...] com todas as outras culturas do planeta Terra, culturas estas que (em primeira instância) serão militarmente dominadas em forma de periferia” (Dussel, 1995, p. 87).

Dessa forma tem origem uma gama de relações internacionalizadas que passarão a constituir a totalidade do mundo moderno, calcado na colonialidade que, por sua vez, não se confunde e não se limita ao colonialismo. Quijano (2009) aduz que este diz respeito a uma estrutura bastante antiga de dominação e controle de uma população por outra, calcada no exercício direto de autoridade política e de gerência de recursos de produção e de trabalho de um território por outro. Já aquela se sustenta

numa imposição de classificação racial e étnica da população do mundo como o principal método de distribuição do poder na escala global, operando em todos os planos objetivos materiais, assim como sobre as dimensões subjetivas da sociabilidade. Segundo o autor peruano (2009), tal qual para Dussel (1995), a colonialidade nasce a partir do descobrimento - em verdade, encobrimento - da América.

Evidencia-se, pois, que a modernidade se constituiu por meio de processos de dominação calcadas num movimento geral de expansão do mercado mundial e da divisão internacional do trabalho, ainda que não reduzida a isso, assevera Grosfoguel (2008). Ato contínuo, o teórico porto-riquenho sublinha que parte do mito eurocêntrico de modernidade reside no argumento de que o colonialismo como momento histórico e político já foi superado, e, ulteriormente, as relações entre as nações mundiais se deram entre Estados de semelhante soberania. Contudo, denota-se que a desigualdade do capitalismo global é um componente estrutural, imanente a esse sistema, e que a colonialidade do poder permaneceu em operação.

A teoria marxista da dependência (TMD), nesse contexto, concede um arcabouço desde a economia política para uma análise aprofundada das chamadas condicionantes estruturais (Carcanholo, 2008) que configuraram o mercado mundial desde o seu estabelecimento, numa operação contínua de desfavorecimento das economias periféricas, antes subordinadas pelo colonialismo. A dependência, mais do que meramente explicar o modo subordinado com que a América Latina foi introduzida ao movimento global do capitalismo, serve como instrumental teórico que permite uma leitura crítica dos mecanismos que atuam para a perpetuação dessa posição nesse sistema, incluindo aí o direito.

Luce (2018) aponta que a TMD se baseia na premissa de que o desenvolvimento e o subdesenvolvimento são processos intimamente vinculados, ou seja, não representam estágios do evoluir capitalista⁹, mas são condições contínua e mutuamente constituídas. O subdesenvolvimento latino-americano não é resultado de falta de capitalismo, mas uma forma específica de configuração deste, expresso na

⁹ A TMD, inclusive, colocou-se historicamente como uma corrente teórica de confronto às teses etapistas e desenvolvimentistas em voga no Brasil nas décadas de 1940 e 1950. Gunder Frank (1967, p. 160), um dos teóricos responsáveis pelo surgimento da TMD, sublinhou: “[...] la mayoría de nuestras teorías fracasan en explicar la estructura y desarrollo del sistema capitalista como un todo y en tener en cuenta su generación simultánea de subdesarrollo en algunos lugares y desarrollo económico en otros”.

ideia de “desenvolvimento do subdesenvolvimento” (Gunder Frank, 1967). Essa concepção se estabelece com base no fato de que a história de consolidação do modo de produção capitalista se deu num movimento de expansão global em que a América Latina passou a integrar o sistema central de reprodução cumprindo papéis específicos, primeiramente sob a lógica colonial e, posteriormente, sob a lógica da dependência.

Segundo Marini (2011), esse movimento possibilitou o aumento do fluxo de mercadorias e matérias-primas para as economias centrais, abriu espaço para o desenvolvimento dos capitais comerciais e bancário e solidificou o sistema manufatureiro europeu, facilitando o caminho para o progresso da indústria. A divisão internacional do trabalho determinou, dessa maneira, diferentes papéis às formações econômico-sociais dela resultantes e gerou distintas esferas de produção, as dependentes e as centrais, onde a lei geral do valor se manifesta por meio de diferentes tendências. Tem-se duas realidades contraditórias que afetam e são afetadas de modos distintos pelo movimento da totalidade da economia mundial (Luce, 2018).

A dependência, portanto, é resultado da dinâmica do modo de produção capitalista e possui mecanismos que a determinam e a mantêm até os dias atuais. Esses mecanismos fundamentam as categorias específicas das formações dependentes, ou, conforme Luce (2018), as leis tendenciais específicas do capitalismo dependente, quais sejam: a transferência de valor como intercâmbio desigual, a superexploração da força de trabalho e a cisão no ciclo do capital, expresso pelo afastamento entre a estrutura produtiva e as necessidades da massa da população. Entende-se, na esteira do pensamento de autores como Dussel (1990) e Katz (2020), que a categoria da transferência de valor como intercâmbio desigual constitui a essência da condição dependente.

A divisão internacional do trabalho ensejou diferenciações entre as formações econômico-sociais por ela abarcadas e, nesse sentido, a lei geral do valor passa a incidir sobre diferentes realidades e a tornar possível diferentes níveis de produção e apropriação dos valores produzidos por cada cadeia produtiva (Carcanholo, 2008). Uma vez que a produtividade é o fundamento para o desenvolvimento das forças produtivas, passa a agir uma estrutura hierárquica no âmbito do mercado mundial que impõe a relação entre economias de vários níveis e complexidades produtivas, o que determina, em última instância, os níveis de apropriação da riqueza produzida em

cada uma delas, em que o trabalho mais produtivo logra de maior apropriação (Luce, 2018).

Dessa forma, o princípio das relações entre as potências europeias e as formações econômico-sociais latino-americanas determinou estruturalmente os limites do desenvolvimento capitalista regional. Lenin (2012, p. 119), em sua destacada abordagem sobre o princípio histórico do imperialismo, nos primórdios do século 20, descreve:

Ao falar da política colonial da época do imperialismo capitalista, é necessário notar que o capital financeiro e sua correspondente política internacional, que se traduz na luta das grandes potências pela partilha econômica e política do mundo, originam abundantes formas transitórias de dependência estatal. Para esta época, são típicos não só os dois grupos fundamentais de países – os que possuem colônias e as colônias – mas também as variadas formas de países dependentes que, de um ponto de vista formal, são politicamente independentes, mas que na realidade se encontram enredados nas malhas da dependência financeira e diplomática.

A partir dessa elaboração, compreende-se que, em que pese independentes politicamente, as economias latino-americanas passaram a operar com as chamadas condicionantes da dependência, vez que galgaram uma colocação periférica na composição do mercado mundial, de maneira a manter a essa transferência contínua de riquezas, não direta e arbitrariamente apropriadas, mas sistemática, estrutural e organicamente.

Luce (2018) indica algumas dessas principais maneiras de arranjo, manifestação e perpetuação da dependência, quais sejam, a deterioração dos termos de intercâmbio; o serviço da dívida, que se dá pela remessa de juros; as remessas de lucros, *royalties* e dividendos e a apropriação de renda diferencial e de renda absoluta de monopólio sobre os recursos naturais. Essas formas de expressão da dependência na realidade denotam a subordinação das economias da região em diferentes aspectos, a saber, comercial, financeira e tecnológica que, conectados entre si e analisados em conjunto, estabelecem uma constante retroalimentação dessa lógica no mercado internacional.

Diante desse contexto, uma leitura do pluralismo jurídico “*folk*”, ou não essencialista, condizente com a realidade latino-americana vale-se da inserção do fenômeno jurídico e das suas múltiplas manifestações na totalidade histórico-estrutural que conforma a sociabilidade regional. Essa totalidade reflete, evidentemente que não de maneira mecânica e direta, uma série de condicionantes

postas em exercício desde a consolidação do capitalismo e da sua mundialização, o que ocorreria por meio de processos significativamente violentos de encobrimento de realidades não-europeias, originando a colonialidade do poder e a dependência.

No que toca ao direito e ao pluralismo jurídico, considera-se, em consonância com Pazello (2016, p. 556), que essa divisão internacional do trabalho no mercado mundial assume um caráter de condicionante sobre “as relações jurídicas que se dão na periferia do capitalismo, não só no nível imediato das relações que envolvem trabalhadores e outras classes sociais, mas também no âmbito das relações internacionais”. Consequentemente, a interconexão entre a dinâmica dessas formas sociais, mercantil e jurídica, e as relações de dependência no estabelecimento da posição latino-americana no mercado mundial ensejam a análise de uma forma jurídica com traços dependentes, em que são consideradas as particularidades das formações econômico-sociais regionais e seus pontos de relação com a totalidade social.

No entendimento de Pazello (2016, p. 567), na relação jurídica dependente “a relação jurídica, elemento inarredável do capitalismo, ganha desdobramentos próprios conforme se fixa na periferia do sistema-mundo colonial-moderno capitalista”. Portanto, integra-se à investigação do fenômeno jurídico a análise da história e da economia política, como ferramentas que tornam singular a sua expressão e concretização no âmago da sociedade regional, uma vez que as economias periféricas são uma espécie de “antessala, no âmbito das relações jurídicas, de modificações estruturantes no contexto de uma economia globalizada, em que a circulação de “comodidades” (*commodities*) influencia o mercado internacional, mas também o interno” (Pazello; Camargo Neto, 2015, p. 191-192).

Em outras palavras, o desenrolar das trocas de mercadorias estabelecido a nível internacional dá ensejo a uma gama de relações jurídicas que vão além daquela forma geral definida por Pachukanis acerca do direito como instrumento de equivalência formal geral entre os indivíduos nas relações mercantis. A divisão internacional do trabalho acaba se estabelecendo, também, por meio de uma série de relações jurídicas entre nações, num primeiro momento formalmente dependentes, sob o regime do colonialismo, até, posteriormente, entre nações formalmente independentes, mas ainda subordinadas, tendo o direito, uma outra vez, funcionando como ferramenta para a equivalência entre polos hiper desiguais. A forma jurídica dependente, portanto, é definida como

[...] o resultado possível do diálogo entre duas teorias marxistas aparentemente distantes. A relação jurídica como garante da circulação de mercadorias no capitalismo, como na formulação de Pachukanis, espelha-se na relação de dependência, que subordina nações tomadas por equivalentes sujeitos de direito internacional público (“nações formalmente independentes”) e que asseguram (ou garantem) a própria reprodução da dependência, portanto, da relação social capitalista em nível global, segundo a conceituação de Marini (Pazello, 2014, p. 478).

Nesta senda, entende-se, com Pachukanis (2017), que existe um paralelismo na história entre o evoluir do pensamento econômico e do pensamento sobre o direito. Essa concepção faz perceber o rico panorama de possibilidades teóricas que se faz aberto a partir da abordagem do fenômeno jurídico considerando suas possíveis intersecções com a teoria de dependência e da colonialidade. Pode-se investigar os desenvolvimentos concretos das dinâmicas entre a forma mercantil e a forma jurídica no âmbito da realidade latino-americana, por sua vez preñe de especificações e mediações que somente aqui se manifestam, como consequências de sua própria historicidade e de sua própria complexidade como uma totalidade em si mesma.

Portanto, a teoria marxista da dependência (TMD) apreende a dinâmica das formas sociais descrevendo leis tendenciais próprias na configuração do capitalismo regional e promovendo, conseqüentemente, a derivação de uma forma jurídica dependente eivada de estruturas condizentes com a perpetuação das condicionantes da dependência, perfilando, ao mesmo tempo, uma série de relações jurídicas que, em última instância, remetem à manutenção da desigualdade no cenário do mercado mundial. Denota-se, nesse contexto, o pluralismo jurídico como um caminho que revela, desde as contradições sociais, uma assimetria entre as formas possíveis de regulação social, calcada em estruturas que têm a forma jurídica, essencial e aparentes, como fundamento e a forma jurídica dependente como resultado necessário.

Assim, a compreensão de que o direito possui caracteres populares e culturais que extrapolam a forma jurídica das relações mercantis coloca-o como uma forma de organização e regulação social constituída no terreno da história e, conseqüentemente, apta a ser disputada, aberta à construção de caminhos outros que não voltados à manutenção da sua forma dominante. Atenta-se ao que Pazello (2010) desenvolve, em conformidade com Aguiar (1984), quanto ao direito como um espaço de opressão e, simultaneamente, de resistência. Aguiar (1984, p. 183) afirma a

necessidade de perseguição “de um direito que é fruto de um conflito entre o direito posto, vigente e eficaz, contra um direito em potencial que emerge das lutas dos dominados, dos destinatários esmagados na ordem jurídica posta”.

Quer dizer, apreender o pluralismo jurídico como ponto de partida teórico conduz a uma revisão do direito para além do seu caráter monista, incorporando nessa análise as potencialidades geopolíticas inerentes à própria condição do direito como forma estabelecida social e historicamente. A conjunção desses fatores, analítico e político, leva à compreensão de que as relações de colonialidade e dependência são dimensões inafastáveis da investigação do direito em seu imaneente dinamismo dialético. Assume-se, assim, o sentido de materialismo histórico afirmado por Pazello (2014, p. 137) como “o método que concebe a totalidade concreta, expressando as formas de ser específicas da realidade”.

Nesse contexto, propor-se-á uma leitura do pluralismo jurídico que parte das considerações analíticas de crítica à visão monista e essencialista do direito e também integra a essa crítica a historicidade da forma jurídica e a potência criativa das práticas pluralistas no contexto sociocultural e geopolítico latino-americano. Nesse caminho, considera-se que desde a aplicação direta de legislações das metrópoles europeias nos solos das colônias até a adoção do modelo jurídico-estatal pelas novas nações a partir das independências políticas, houve um movimento de incorporação e reprodução de racionalidades alheias ao que historicamente caracterizou o continente americano pré-invasão, muito mais próximo do cenário europeu antigo e feudal no que diz respeito ao pluralismo jurídico e à multiplicidade de focos de poder. Fator este que corrobora com a ideia de encobrimento de subjetividades e modos de vida que a modernidade significou para os continentes dominados, demonstrando ser “um processo histórico de duas faces” (Dussel, 1993, p. 75).

O pluralismo jurídico, portanto, mais do que uma concepção teórica acerca da natureza do direito, é um fenômeno concreto, uma situação fática que se faz percebida tanto pela historicidade das diversas comunidades que, ao longo do tempo, constituíram suas normatividades como caminhos para a acomodação dos anseios individuais e estabelecimento de objetivos compartilhados, quanto pelo conjunto de legalidades presentes mesmo na vigência e hegemonia do paradigma monista estatal, que conformam a heterogeneidade e complexidade das relações sociais na contemporaneidade (Albernaz; Wolkmer, 2008). Portanto, a multiplicidade de interpretações sobre o pluralismo jurídico é consonante com a sua concreticidade

complexa, razão pela qual é salutar o acento quanto à leitura crítica por meio da qual se aborda esse fenômeno.

Entende-se, com Pazello (2010), que o pluralismo jurídico tem esteio nas contradições sociais e, por tal razão, ele mesmo é imerso em contradições, podendo assumir contornos que apontam para o intraestatal, para o extra-estatal e, ainda, para o não estatal. Estabelece feições alternativas, paralelas ou concorrentes quanto à matriz dominante, e, simultaneamente, pode sinalizar uma dinamicidade interna ao monismo mesmo. Portanto, “a inserção do problema da pluralidade jurídica é ela mesma, a um só tempo, modificação da noção de direito e sua contradição” (Pazello, 2010, p. 144). Propor-se-ão duas chaves de leitura do(s) pluralismo(s) jurídico(s), considerando a ideia não essencialista, como a de Tamanaha, interpretada através do prisma teórico-metodológico do materialismo histórico, com o aporte das formulações da TMD e dos autores da descolonialidade.

Essas compreensões podem servir para a captação da multiplicidade imanente ao fenômeno do pluralismo jurídico na contemporaneidade, simbolizada pelas diversas maneiras pelas quais ele é abordado e reivindicado. O pluralismo jurídico pode se expressar tanto filtrado pelas lentes do monismo, limitado às suas demarcações, nos sentidos conservador ou progressista, quanto através de formas plurais manifestas em realidades normativas outras, extra ou não-estatais, historicamente oprimidas e invisibilizadas, com destaque para as legalidades oriundas dos povos originários latino-americanos e, por fim, por uma abordagem que focaliza nas tensões da forma jurídica, uma vez vão de encontro às suas mais essenciais determinações.

A primeira chave de leitura diz respeito aos pluralismos jurídicos que se desenvolvem no marco da forma jurídica. Reproduzem, referendam e operam no interior da lógica do direito e do Estado modernos, imbricados com a forma mercantil e, conseqüentemente, possuindo como âncora última a ideologia monista. Podem angariar contornos discursivos progressistas de inclusão, de proteção dos direitos humanos, de busca pela democratização social, e, noutro sentido, podem assumir posturas que advogam pela ordem privada, como uma contestação à ordem pública e estatal nas suas orientações mais sociais.

Toma-se o exemplo da visão progressista de Barcellos (2019), segundo a qual o pluralismo jurídico pode ser associado a quatro principais abordagens: das relações do direito estatal com as normas internacionais, incluindo decisões de Cortes

internacionais; das relações entre as normas internas emanadas dos variados níveis organizativos do Estado, isto é, União, estados e municípios; das relações do direito estatal com normatividades tradicionais, como é o caso dos povos indígenas; das relações do direito estatal com as normas oriundas de entidades privadas nacionais e supranacionais. Entende-se que, não obstante a leitura da autora vá no caminho de crítica sobre como o Brasil, de forma geral, encara o pluralismo jurídico através de um filtro estatalista e monista, ela tampouco o interpreta de forma desligada do Estado e do direito modernos, demonstrando que a pedra toque do seu entendimento acerca do pluralismo ainda é a norma estatal.

Wolkmer (2007), por sua vez, traceja projetos de pluralismos conservador e emancipatório. Compreende-se que o autor emprega essas noções numa lógica que, por mais progressista e inclinada que seja ao pluralismo, não aborda a questão radicalmente, isto é, não perpassa pela própria percepção do que é o direito moderno em essência e, assim, toma como pressupostos categorias e atributos eminentemente modernos e, por isso, demarcados pela insígnia da forma jurídica. Se a leitura partir de projetos de pluralismo, ofusca-se o fato de que estão sendo manejados conceitos e entendimentos distintos sobre o conteúdo e a forma do direito, sem se apreender a historicidade da sua articulação moderna como arrimo e garante das formas sociais mercantilizadas.

Sendo assim, no domínio do que se entende por pluralismos jurídicos que operam e referendam a forma jurídica, Wolkmer (2007) descreve aquele de cunho conservador, concernente às novas configurações do capitalismo no plano global, paradigma amplamente difundido hodiernamente, e, por outro lado, aquele de caráter emancipatório. Fala-se, pela via conservadora, do pluralismo da desregulamentação econômica, das normatividades de empresas supranacionais e agências financeiras internacionais, da formação de blocos econômicos, das amplas e concorrentes legislações internacionais, da arbitragem, da abertura para a flexibilização regulatória das relações de trabalho, das regras de instituições de mercado para a maior valorização do capital em âmbito global etc. Trata-se de um pluralismo que não faz referência à construção social coletiva, nem promove participação popular para sua constituição e implementação, apontando para uma crítica ao Estado, em favor da ordem regulatória privada.

Por seu turno, Wolkmer (1997, p. 219) propõe um conceito progressista de pluralismo jurídico, entende-o como uma “multiplicidade de práticas jurídicas

existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”. Assim, no âmbito do seu projeto emancipatório de pluralismo jurídico, estabelece fundamentos para a sua efetividade, nos aspectos formal e material, constituindo um pluralismo que denomina comunitário-participativo, fonte de um novo direito, produzido e articulado “*desde abajo*”. Os fundamentos de efetividade material são os elementos de conteúdo que constituem o projeto pluralista e os fundamentos de efetividade formal dizem respeito a uma prévia e mínima ordenação prática e procedimental.

Os primeiros compreendem a expressão de sujeitos de direito coletivos, organizados por meio de movimentos sociais, e, ainda, um sistema de aferição e promoção de necessidades básicas fundamentais histórica e socialmente reivindicadas. Já os fundamentos de efetividade formal são os caminhos prático-teóricos do empreendimento participativo e envolvem: uma reordenação do espaço público por meio de uma democracia comunitária e participativa, a constituição de uma ética da alteridade que abrange uma prática pedagógica como forma de expressão e afirmação de valores éticos emancipatórios, e, por fim, o estabelecimento de uma racionalidade e de processos de racionalização procedimental que partam “da totalidade de vida e de suas necessidades históricas” (Wolkmer, 1997, p. 282), em detrimento da instrumentalidade da racionalidade jurídica moderna de cunho formalista.

Denota-se que a forma jurídica está presente e referendada na construção teórica do pluralismo jurídico comunitário-participativo, ainda que por caminhos bastantes progressistas o que, de imediato, confere-lhe relevância. Contudo, em certas passagens fica claro que o eminente autor pressupõe a forma estatal e a forma jurídica modernas. Quando faz referência a “sujeitos coletivos de juridicidade” (Wolkmer, 2007) aponta para uma forma de organização que seja capaz de gerar efeitos no domínio jurídico e estatal. Igualmente, no ponto da reordenação do espaço público, o autor faz referência a democracia participativa, gestão descentralizada, controle popular, sistemas de conselhos que, sem dúvida, são instrumentos fulcrais para a democratização do Estado moderno, mas que estão a ele restritos. Portanto, concorda-se com Pazello (2010) quando este expressa que se trata de uma leitura que valoriza as potencialidades emancipatórias do Estado e do direito modernos, mas

que, ao fim e ao cabo, limita-se a elas, circunscrevendo-se na dimensão intraestatal e referendando a forma jurídica mercantil.

A segunda chave de leitura aqui proposta se assenta nos pluralismos jurídicos que carregam a potencialidade de tensionar a forma jurídica e mercantil. Podem ser percebidos em experiências jurídicas que não estão fundamentadas nas relações sociais mercantis e não se estabelecem através das relações jurídicas capitalistas. Nesse contexto, não se encontram integralmente imersas a essa lógica vez que se constituíram anteriormente ou em paralelo a ela, em termos históricos, e, notadamente, à sua expansão lograram resistir, de uma forma ou de outra. Tem-se ainda, os casos de construções jurídicas alicerçadas em princípios, categorias e procedimentos que vão de encontro às mais essenciais marcas da forma jurídica, como a propriedade privada, a liberdade contratual, a individualização do sujeito jurídico e a igualdade formal (Teles, 2021).

Quanto à primeira ramificação desses pluralismos jurídicos de tensão à forma jurídica, tem-se aqueles que apontam para dimensões extra ou não-estatais. É o notório caso de muitas comunidades tradicionais e povos originários que conservaram costumes, formatações, instituições e princípios milenarmente constituídos e se sustentam em formas socioculturais comunitárias sólidas, que resistiram à incorporação das relações de troca mercantis como eixo fundamental para a estruturação da vida social (Osorio; Rodríguez, 2012). Nesse sentido, existem normatividades de muitos povos originários que não se fundamentam na produção de mercadorias, que evidentemente, podem ter o mercado como uma dimensão relevante e necessária para a própria continuidade, mas não como uma dimensão central na produção e reprodução da vida comunitária.

O pluralismo de experiências jurídicas e políticas de origem indígena carrega essa multiplicidade como reflexo de estruturas e dinâmicas sociais também múltiplas, que conformam o espaço latino-americano como um sistema de inumeráveis potencialidades de distanciamento e tensionamento da forma jurídica. Diante da diversidade de instituições, autoridades, princípios, transgressões, sanções e procedimentos no interior desse universo de práticas abarcadas pela noção de justiça ou direito indígena, torna-se mais adequado falar em justças indígenas (Osório; Rodríguez, 2012).

Essa diversidade interna, pois, é reflexo de uma articulação de valores e práticas que são culturalmente condicionadas e estruturadas, integradas por

cosmovisões diversas e formas de auto-organização e autogoverno que respondem a uma extensa história. Dessa maneira, essas diversidades não podem ser consideradas como algo acessório, alternativo ou funcional ao direito moderno, à organização da justiça chamada ordinária e ao monismo estatal. Os pluralismos jurídicos de base indígena estabelecem-se como uma representação do “instituinte sonogado”, na pluralidade empírica de normatividades e organizações jurídico-políticas que tem o condão de “evidenciar a assimetria de poderes entre o uno que não quer o plural e o plural que pretende ser uma nova unidade na pluralidade” (Pazello, 2010, p. 142).

Já no que toca à segunda abordagem desses pluralismos jurídicos que tensionam a forma jurídica, tem-se a constituição de espaços em que as construções jurídicas estão alicerçadas sobre relações, princípios e procedimentos que conflitam diretamente com o núcleo essencial da forma jurídica e mercantil, como, a propriedade privada, a liberdade contratual e de contratar, a individualização dos sujeitos jurídicos e agentes econômicos e a igualdade formal. São caminhos de tensão porque indicam “menos mercadoria, menos igualdade e menos liberdade, e que, em que pese não tenham o condão de transformar a forma do capital, são progressivos para a sua superação pela coletivização da reprodução e tensionamento da forma” (Teles, 2021, p. 254).

Esse caso se manifesta em organizações fundadas em princípios de colaboração coletiva, como é o caso das cooperativas, no fortalecimento de formas coletivizadas de negociação e reivindicação, como é o exemplo da sindicalização, da gestão coletiva dos direitos trabalhistas. Também é o caso do reconhecimento de direitos da *Pachamama*, que choca com os conceitos tradicionais de subjetividade jurídica e exige novos caminhos hermenêuticos para a sua concretização. E, por fim, cita-se o princípio do bem viver, oriundo das cosmovisões dos povos originários latino-americanos, e os desafios que a sua busca, na prática, impõe ao Estado na sua forma capitalista, vez que é um princípio de base holística que projeta uma vida fundada na gestão coletiva, incluindo nesses cuidados a natureza como a base material da reprodução social e não como um instrumento para a obtenção de lucro (Acosta, 2016).

Nesse sentido, vislumbra-se, a partir de práticas comunitárias e, destacadamente, a partir das constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, um projeto de pluralismo jurídico com tônica descolonizadora e emancipatória

capaz de tensionar a forma jurídica mercantil, ao partir da observação das particularidades sociais dos povos locais como oprimidos e excluídos, até então, do sistema vigente. Ferrazo e Wolkmer (2021) trabalham o conceito de descolonização constitucional para descrever esse movimento. Para os autores, os novos paradigmas desses projetos são: a plurinacionalidade (tensão à ideia de monismo estatal); o pluralismo jurídico (tensão à ideia de monismo jurídico); a incorporação das cosmovisões dos povos originários e a nova regulamentação dos direitos da natureza (tensão ao individualismo liberal); a democracia comunitária (tensão ao modelo tradicional representativo).

Compreende-se que esse sentido dado ao pluralismo jurídico ambiciona a construção de um espaço estatal plurinacional e do pluralismo jurídico como prática descolonizadora. Tem-se a presença de direcionamentos filosóficos que buscam a superação do individualismo liberal e a superação das formas colonizadoras de Estado e de direito. Nesse sentido, demanda atuação e interpretação integradoras das “novidades” desse movimento, oriundo de lutas concretas dos povos de cada um desses países, por meio da consideração do caráter plurinacional do Estado, da ideia de democracia comunitária, dos princípios e cosmovisões que regem esses povos desde tempos ancestrais e que hoje encontram-se positivados nessas cartas políticas (Ferrazzo; Wolmer, 2021).

Sem embargo, não se pode desconsiderar que apenas a positivação desses princípios e dessas mudanças institucionais sejam insuficientes, isoladamente, para a concretização de um projeto emancipatório. Cada país e cada povo enfrenta os contratempos concretos que se impõem nas suas conjunturas histórica, política, social, econômica e jurídica, tanto na produção de uma legislação ordinária que apreenda a axiologia dos recentes textos constitucionais, quanto nas práticas dos tribunais e juízes nos momentos de interpretar e aplicar essas novas normatividades. O risco da recolonização é permanente (Ferrazzo; Wolkmer, 2021), vez que a dependência do capitalismo regional é condição estruturante para a perpetuação de diversas formas de exploração, que, por sua vez, relacionam-se com outras fontes de opressão historicamente afirmadas na América Latina.

E, nesse contexto, ficam evidentes os limites que a forma jurídica impõe à realização da emancipação humana e aos caminhos para o seu tensionamento. Esses limites encontram-se imbricados com a relação de essencialidade entre o direito moderno, monista, e a forma mercantil por ele assegurada, por meio de todos os

princípios jurídicos, filosóficos, econômicos e políticos que, mais do que expressarem uma consagração simbólica do projeto capitalista, significam a materialidade e a concretude das relações de exploração e dominação que sustentam esse modo de produção a nível individual, nacional e internacional. Nesse sentido caminha a leitura do direito na obra de Marx, consoante destaca Atienza (1983, p. 28, tradução nossa): “sob o sistema capitalista não cabe pensar em acabar com a exploração dos trabalhadores, mas somente é possível impor certos limites a tal exploração”. Por esse percurso, tem função primordial o ato de dar destaque às experiências que apontam para os limites dessa ordem social.

Diante do exposto, propõe-se o seguinte quadro conceitual:

Pluralismos jurídicos	
Referendam a forma jurídica	Conservadores
	Progressistas
Tensionam a forma jurídica	Intraestatal
	Extra ou não-estatal

O filósofo peruano Bondy (1995) afirma os pressupostos e dimensões para a constituição de uma filosofia da libertação, sendo que a primeira delas é a acentuação da ação crítica da filosofia, que implica no tratamento científico, teórico, epistemológico da realidade que parte de uma crítica histórico-social capaz de diagnosticar a materialidade da situação periférica que atravessa a América Latina. A segunda dimensão proposta pelo autor diz respeito à recolocação e replantio dos problemas filosóficos, sociológicos, jurídicos etc. sob uma óptica distante da dominante para que, finalmente, seja possível e a reconstrução de um pensamento atento às determinações e mediações que compõe as particularidades objetivas e, conseqüentemente, subjetivas da sociabilidade latino-americana.

Entende-se, nesse contexto, que os pluralismos jurídicos que tensionam a forma jurídica colocam-se como caminhos para o replantio dos problemas que envolvem a teoria do direito e, no mesmo sentido, a experiência jurídica concreta dos direitos humanos desde a América Latina. Não se trata de negar os potenciais que o pluralismo jurídico possui mesmo quando imerso na lógica da forma jurídica, pois são também perceptíveis os espaços de luta que ele oferece. Todavia, compreende-se

que essa forma, assim como a ideologia que a sustenta, operam em detrimento das pluralidades mais autênticas que, notadamente, constituem experiências, formas e conteúdos jurídicos substancialmente distintos.

No capítulo que segue serão desenvolvidas as bases que sustentam uma fundamentação dos direitos humanos desde os aportes teóricos críticos latino-americanos, bem como os significados desses direitos no debate acerca dos pluralismos jurídicos propostos, isto é, as possibilidades de sua efetivação quando atravessados pela forma jurídica e as veredas de tensão a essa forma por eles oferecidas. Além disso, serão mais detidamente abordados o novo constitucionalismo latino-americano e os caminhos abertos por esse movimento para o tratamento dos povos originários. Intenta-se, nesse percurso, levantar possibilidades, orientações e tendências para uma ulterior análise da realidade dos povos originários brasileiros e os desafios jurídica e institucionalmente postos para a sua proteção.

3 DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA: teoria crítica dos direitos humanos e novo constitucionalismo latino-americano como caminhos para a proteção dos povos originários

Semelhante ao direito, os direitos humanos são também atravessados pela predominância de abordagens pouco críticas que ideologicamente os afastam das suas potencialidades derivadas do conflito e da luta social. O que se pretende neste capítulo é promover uma leitura ontológica dos direitos humanos, isto é, evidenciar como os processos sociais de luta por dignidade estão umbilicalmente ligados às necessidades do ser humano como ser essencialmente ativo, produtivo, prático. Dessa maneira, busca-se compreender que os cortes estruturais e estruturantes das sociedades contemporâneas, que afetam e oprimem as necessidades mais básicas de indivíduos e coletividades, devem compor as agendas das lutas desses agentes em torno da sua modificação, por reforma ou revolução. Ao final, aborda-se o movimento do novo constitucionalismo latino-americano, apreendido como uma reestruturação da composição normativa e estatal que, pela chamada descolonização constitucional, permite a abertura de relevantes espaços para lutas de direitos humanos, com destaque para as reivindicações dos povos originários.

3.1 Direitos humanos como conceito e como categoria: das tradições teóricas ao quadro de referência ontológico

A fundamentação dos direitos humanos é questão premente em razão da necessidade de construção de um aparato institucional que seja capaz de lidar com a complexidade que a efetivação desses direitos demanda. Entende-se que uma compreensão crítica dos direitos humanos, que perpassa por uma retomada da sua fundamentação, contribui de maneira significativa para essa multifacetada tarefa que é os concretizar. Nesse aspecto, sublinha-se, com Herrera Flores (1989), que a necessidade de fundamentar as práticas de direitos humanos dá-se pelo envolvimento de, em primeiro lugar, um constante repensar dos princípios básicos que dinamizam essas ações e, simultaneamente, um situar adequado desses direitos nos seus respectivos contextos sócio-históricos.

No presente capítulo, inicialmente serão tratadas algumas tradições teóricas dos direitos humanos, propondo-se, após, uma abordagem detalhada desses direitos

como categoria inserta em um quadro referencial ontológico, que se expressará em processos sociais de busca por condições de dignidade individual e coletiva, envolvendo a contingência de elementos que se configuram historicamente e que conformam os horizontes de atuação dos agentes em luta. Num segundo momento, a análise se direcionará ao movimento do novo constitucionalismo latino-americano, para verificar suas potencialidades na promoção de espaços mais amplos e abertos para a luta pelos direitos humanos dos povos originários, sinalizando o aspecto de tensionamento da forma jurídica por ele proporcionado. Será realizada uma avaliação das características inovadoras desse constitucionalismo, ressaltando suas possíveis contribuições para a constituição de processos de direitos humanos relacionados às populações originárias, historicamente marginalizadas, discriminadas e violadas em suas subjetividades.

Nesse sentido, o capítulo busca contribuir para um entendimento crítico das mais proeminentes tradições teóricas dos direitos humanos, contextualizando-as desde uma perspectiva ontológica que reconhece a dinamicidade imanente do ser social e a complexidade dos seus processos históricos. Ademais, ao analisar o novo constitucionalismo latino-americano, pretende-se identificar caminhos que possam favorecer a consolidação de um ambiente jurídico e social atento às particularidades da condição latino-americana.

Gallardo (2014) atesta a existência de um abismo entre os mais predominantes discursos sobre os direitos humanos e aquilo que realmente é efetivado na realidade concreta no âmbito desses direitos. Segundo o autor, dois entendimentos dão ensejo a esse distanciamento entre discursos e realidade, a saber, a tentativa de ligar o fundamento dos direitos humanos a uma proposta filosófica única, universal, e, por outro lado, a ideia de que a fundamentação desses direitos não é mais necessária e, quiçá, possível de ser acordada. Essas duas chaves de leitura são o que estruturam duas das grandes tradições teóricas de fundamentação dos direitos humanos abordadas por Herrera Flores (1989), a europeia e a norte-americana, esta última caudatária e consonante com a tradição anglo-saxã.

A tradição europeia de direitos humanos, conforme entende o autor espanhol (1989), desenvolve-se por meio de uma necessidade de embate contra os absolutismos estabelecidos na Europa no quadro histórico de superação do feudalismo pelo mercantilismo incipientemente capitalista. Nesse processo, fundamentado por um jusnaturalismo racionalista, o direito é colocado como

instrumento racionalmente pactuado entre os indivíduos para a proteção contra o poder absoluto. É dessacralizado pela ideia de natureza humana e não mais divina, contexto ideológico no qual os direitos humanos devem ser descobertos e produzidos por esse espírito racional, desde que resultantes de procedimentos constituídos no pacto social. Os direitos naturais do ser humano são base das legislações e convenções erigidas nas revoluções burguesas, notadamente a francesa, mas são atravessados por uma lógica política, que estabelece a necessidade de pactuação prévia e constitutiva da comunidade política.

Nas palavras de Trindade (2012, p. 35), essa “construção intelectual de um direito natural de base racional [...] foi socialmente apropriada com muita facilidade pela burguesia revolucionária como arma ideológica de combate”. Nesse contexto, é consolidado um sentido político de reivindicação por direitos, que projeta no reconhecimento estatal o elemento final objetivo desses processos. Os direitos humanos, dessa forma, são conquistados e impostos politicamente, sendo este o procedimento adequado para a sua consecução, o que resulta numa fundamentação de base formalista, ainda que estruturada por um discurso político que a confere certa dinamicidade.

A partir dessa tradição, portanto, tem-se um primado do procedimento, do pacto e da forma sobre o conteúdo, fazendo com que os aspectos formais dos direitos humanos sejam elevados a fundamento e proporcionando as premissas filosóficas para a separação teórica do direito e, conjuntamente, dos direitos humanos, da sua complexidade e conflituosidade inerentes. Esse passo é promovido, ulteriormente, pelo positivismo jurídico, caudatário do racionalismo científico nascido no decorrer dos séculos 17 e 18. Ao estruturar-se sobre a forma, essa tradição abre espaço para uma ambiguidade teórica representativa, que ora aponta para a completa relativização na fundamentação dos direitos humanos, assumindo a possibilidade de múltiplos fundamentos, e ora afirma, de maneira peremptória, que a fundamentação se faz suficientemente presente nos textos das declarações internacionais e das constituições nacionais.

Por um lado, abre-se espaço para pensar os direitos humanos fora da totalidade social, com uma fragmentação de interesses sociais enclausurados em si mesmos, demarcados teoricamente por um multiculturalismo pós-político que, ainda que aberto às heterogeneidades culturais, não deixa de estar balizado pelo monismo do direito institucionalizado (Sousa Santos, 1997). Por outro, tem-se um discurso que

prega uma clivagem entre a instância filosófica e a instância política dos direitos humanos, entre a teoria e a prática desses direitos, tratando de estabelecer que a fundamentação por meio das declarações universais expressa suficientemente o consenso filosófico da comunidade internacional acerca de valores humanos fundamentais e aposta na busca dos direitos humanos como tarefa unicamente política (Bobbio, 2004).

Numa ou noutra direção, a tradição europeia ignora ou deliberadamente prejudica a complexidade dos direitos humanos que reside, justamente, na dialética das suas instâncias teórica e política e, igualmente, nos seus contornos filosóficos engendrados pela relação entre o particular e o universal. Em conformidade com o que manifesta criticamente Žižek (2010), em matéria de direitos humanos, o universal sem particular se torna uma forma ideológica de dominação e opressão, assim como o particular que não se relaciona com a universalidade se transforma em um jogo pós-político de interesses particulares.

A tradição anglo-saxã, por sua vez, cuja influência é notável sobre a tradição norte-americana, não se estrutura a partir de uma contenda histórica contra instituições feudais ou mesmo absolutistas, mas num contexto de criação da estrutura institucional sem a modificação radical das relações econômicas e sociais, muito a partir de um consenso pré-estabelecido em torno de princípios morais tidos universais. Uma das razões que dá ensejo a essa característica é que a Inglaterra passou por processos de superação de políticas absolutistas mais precocemente na sua história. Conforme Trindade (2012), em razão disso, as noções de liberdade individual, de autonomia política e de restrições ao Estado já possuíam maior desenvolvimento e angariavam peso de axioma no discurso jusfilosófico e político, tanto no evoluir da monarquia constitucional britânica quanto na elaboração dos moldes republicanos estadunidenses.

Nesse aspecto, no âmago das tradições anglo-saxã e norte-americana, o consenso moral precede ao pacto político e os direitos humanos são algo de abstrato e anterior às instituições. A tarefa principal do jogo político é estabelecer procedimentos e estruturas condizentes com a prática do conjunto de direitos dado aprioristicamente. Herrera Flores (1989) aponta que a obra do teórico estadunidense John Rawls assinala eficazmente o significado dessas tradições, vez que se desenvolve a partir da ideia de um consenso quanto a uma cultura de valores públicos, tipicamente liberais, que, por sua vez, será o fundamento para constituição dos

procedimentos institucionais voltados à concretização dos pré-estabelecidos princípios de justiça.

Consoante Trindade (2012, p. 88), as declarações e a Constituição norte-americanas “além de limitarem o poder arbitrário dos governantes sobre a pessoa [...], ampliavam a autonomia dos indivíduos em relação ao Estado”. Ou seja, os direitos humanos, diante dessas tradições, são assumidos e justificados desde uma ideia de liberdade por meio da qual as forças sociais possuem capacidade de autorregulação espontânea. O estabelecimento da ordem pública e das suas dinâmicas concretas deve ser resultante do exercício das vontades individuais que veem nesse espaço coletivo uma potencialidade de ameaça à busca pelos interesses particulares. Há, assim, uma clareza da separação entre espaços públicos e privados, colocando determinados direitos como armas ou ferramentas contra outros, isto é, os direitos privados são axiologicamente opostos aos direitos do domínio público.

Compreende-se que ambas tradições limitam as potências inerentes ao discurso voltado à promoção e proteção de direitos humanos. Por um lado, a tradição europeia atribui prioridade de forma sobre conteúdo, carregando um discurso infecundo, incapaz de enfrentar as demandas dos indivíduos empíricos que apontam para além da esfera jurídica e institucional, e, por outro, as tradições anglo-saxã e norte-americana simbolizam a relevância e a urgência da disputa ideológica quanto aos direitos humanos, vez que se empenham em conferir validade universal a valores classistas particulares, em detrimento das múltiplas visões de mundo que buscam espaços para a própria afirmação. Quanto a essas limitações, Sánchez Rubio (2014, p. 27) sublinha:

Devido ao positivismo, estabeleceu-se uma cultura formalista que entende o direito como simples técnica de regulação construída e imposta por uma autoridade concreta. O Estado enquanto instituição centraliza a capacidade de produção do direito e o Poder Judiciário acaba sendo seu principal órgão interpretativo. [...] Com o jusnaturalismo, defensor da imutabilidade dos valores ou de seu estabelecimento prévio, acaba por descontextualizá-los e separá-los do conjunto de relações e ações humanas que são as que realmente os constroem e lhes confere significado, não sendo de competência exclusiva de uma casta de especialistas dizer o que é a liberdade, a igualdade e a dignidade humana.

Os direitos humanos, se encarados a partir dessas perspectivas, são apreendidos desde instâncias que forçosamente os abstraem das dinâmicas concretas que catalisaram a sua existência mesma. São ignorados ou mesmo

ideologicamente ocultados os indivíduos, processos e lutas históricas reais que conformaram a institucionalização e normatização de demandas sociais por condições de sobrevivência e de dignidade. As tradições europeia, anglo-saxã e norte-americana, baseando-se ora num positivismo formalista estanque, ora num jusnaturalismo individualista abstrato, constituem-se como obstáculos que o imaginário jurídico dominante impõe aos processos que, ainda que historicamente ligados a uma instância normativa ou propriamente jurídica, apontam para um mundo de relações, necessidades, tensões e conflitos que vão muito além do domínio do direito moderno.

Conforme a leitura de Horkheimer (1980, p. 132), o pensamento crítico “considera conscientemente como sujeito a um indivíduo determinado em seus relacionamentos efetivos com outros indivíduos e grupos, em seu confronto com uma classe determinada [...] em vinculação com o todo social e a natureza”. Retomando Žižek (2010), nesta mesma orientação, trata-se de tornar evidente e pressuposta a dialeticidade entre o universal e o particular sem que, com isso, cometa-se o equívoco de reduzir um ao outro. Nesse aspecto, a teoria crítica se candidata como base teórica que não toma o indivíduo por isolado, tampouco adota uma generalidade de indivíduos abstratos como o seu fundamento.

Além dessas problemáticas, tem-se o fato de que as referidas tradições permitiram, desde os seus nascedouros, práticas diametralmente opostas à garantia e preservação das dignidades individual ou coletiva. Gallardo (2019, p. 56) faz o seguinte destaque:

As leituras do Direito natural, antigo e moderno, que contêm a possibilidade de negar direitos humanos àquelas cujas práticas não coincidem com uma moral universal decidida autoritariamente, isto é, pelo poder econômico, político e cultural. A leitura do direito positivo ou histórico, que pode incluir violações legais a esses direitos, porque sua realidade é inteiramente jurídica ou formal [...], questão que só pode ser protegida por pactos interestatais e tribunais internacionais, cujo caráter não é necessariamente popular e, facilmente, pode ser antipopular.

Trindade (2012), no mesmo sentido, identifica que os processos revolucionários burgueses pouco estiveram fundamentados por uma visão ou projeto social e inclusivo de sociedade. Quanto às limitações da Revolução Americana, é notória a segmentação quanto aos povos originários da região e quanto aos escravizados importados do continente africano. O autor (2012, p. 82) afirma que “embora índios e

escravos constituíssem a maioria da população, não podia mesmo fazer parte das cogitações dos colonizadores levar até eles o espinhoso debate sobre direitos “naturais” do homem”. No que toca à Revolução Francesa, limites similares são perceptíveis quanto à formalização de direitos de liberdade individual e igualdade civil que, na realidade concreta, significaram a troca de alguns privilégios de classe por outros, em desfavor de uma grande parte da população que permaneceu enfrentando misérias.

Dessa maneira, ao consolidarem-se no discurso jurídico apreensões fechadas de direito e de direitos humanos, tem-se uma conseqüente plataforma para a segmentação e exclusão daqueles elementos, instituições, interpretações, indivíduos e grupos que não se veem abarcados no que se considera hegemônico, oficial. Diversos são os exemplos históricos que atestam uma sintomática facilidade e uma alarmante recorrência de lesão a direitos básicos de dignidade de indivíduos, grupos e da natureza, por ações ou omissões deliberadas, atrelada à manutenção de um discurso de defesa dos direitos humanos sem que se exprima aí conflito, contradição ou artifício retórico.

Sob distinta perspectiva, a teoria crítica dos direitos humanos, aludindo a Herrera Flores (2009), parte da constatação de que a universalização da ideologia liberal burguesa, calcada no individualismo, na competitividade e na exploração do trabalho pelo capital, e, soma-se a isso, no formalismo monista, pressupõe um movimento de expansão e globalização homogeneizantes. Nesse sentido, o autor espanhol perfila o compromisso que uma teoria crítica deve ter para com a emancipação humana com base noutra racionalidade, que coloca em primeiro plano a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos e não a manutenção e o cumprimento das agendas do capital. O intento que o jurista estabelece de reinvenção dos direitos humanos, dessa maneira, tem início com o reconhecimento das insuficiências da sua fundamentação da forma como hodiernamente está posta e dos limites estruturais que a contemporaneidade impõe para o seu efetivo cumprimento (Herrera Flores, 2009).

Assumindo essa interpretação, buscar-se-á desenvolver os direitos humanos como uma categoria essencialmente sustentada por um quadro de referência ontológico, que se expressa no âmbito fenomênico por meio de movimentos e processos sociais de busca por condições de dignidade individual e/ou coletiva, envolvendo aí elementos que se configuram histórica e contextualmente. A referência

ontológica, nesse aspecto, faz-se necessária na medida em que a sua negação serviu como fundamento para a edificação das mais consagradas abordagens ideológicas do direito, irradiando efeitos nas tradições teóricas predominantes em sede de direitos humanos.

Essa negação, conforme Lukács (2018, p. 26) é erigida na história da filosofia pelo abandono do questionamento acerca da especificidade do ser social e do ser-em-si do mundo, em favor de teorias a partir das quais “podia ser realizada qualquer disposição metodológica, qualquer manipulação dos objetos, desde que não envolvesse uma contradição lógico-formal”. Tal tendência resultou, no entendimento do pensador húngaro, no surgimento de correntes de pensamento despreocupadas com o conhecimento das coisas-em-si e das categorias fundantes do ser, por sua vez profundamente voltadas à manipulação pragmática e direcionada da realidade objetiva em favor de determinados empreendimentos.

Nas palavras do autor (2018, p. 42), trata-se da “eliminação definitiva de todos os critérios objetivos de verdade, procurando substituí-los por procedimentos que possibilitem uma manipulação ilimitada, corretamente operativa, dos fatos importantes na prática”. Tendência que notoriamente afetou a teoria jurídica, seja na direção do positivismo formalista com a tentativa de isolamento epistemológico-metodológico de uma ciência autônoma do direito, ditada pela técnica jurídica, seja pela significativa influência do idealismo subjetivista no evoluir dos princípios jurídicos jusnaturalistas que fundamentam grande parte do discurso jurídico que se coloca partidário dos direitos humanos¹⁰ sem que isso signifique uma referência às fundações ontológicas da socialidade humana, mas, antes, à universalização de um sujeito moral particular.

Um pensamento de base ontológica para os direitos humanos, portanto, abre mão da abstração e do formalismo autossustentados e autorreferentes, para a apreensão e reconhecimento do ser-precisamente-assim do mundo e, conseqüentemente, dos fatores concretos que conformam os limites e os horizontes de possibilidade para a ação no contexto desses direitos. Esse movimento de elevação do ontológico como momento predominante quanto ao gnosiológico colocam

¹⁰ Acerca da relação entre o positivismo e o idealismo cartesiano e kantiano, Lukács (2018, p. 54) assevera: “[...] o positivismo e o neopositivismo apossam-se da herança do idealismo subjetivo. [...] o idealismo subjetivo erigiu um peculiar mundo pensado – diverso para cada um de seus representantes de relevo -, no qual a concretude, que se apresenta como uma efetividade dada, é concebida em essência como produto da subjetividade cognoscente, enquanto o em-si deve permanecer para todo o conhecimento um fantasma inalcançável ou um além sempre abstrato”.

a atividade teórica como apenas um dos componentes da dialética imanente ao ser social. As instâncias do ser penetram a do conhecer e, nas palavras de Chasin (2009, p. 58), a racionalidade é tida como “produto efetivo da relação, reciprocamente determinada, entre a força abstrativa da consciência e o multiverso sobre o qual incide a atividade, sensível e ideal, dos sujeitos concretos”.

Essa intuição crítica, regida pela “interrogação recíproca entre teoria e mundo” (Chasin, 2009, p. 58) é propícia e necessária aos direitos humanos pois, se captados como processos, exigem dos seus atores atenção às legalidades e necessidades intrínsecas aos contextos e estruturas sobre as quais agem e das quais exigem, reivindicam. Trata-se, assim, com Herrera Flores (1989, p. 27) de “descobrir qual é o processo a partir do qual os direitos humanos começam a ter sentido para nós”, ao invés de estabelecer um núcleo conceitual a partir do qual agir.

No dizer de Horkheimer (1980, p. 131), “[...] o reconhecimento crítico das categorias dominantes na vida social contém ao mesmo tempo a sua condenação”. Esse, nesse sentido, pensar os direitos humanos desde uma predominância do ontológico sobre o gnosiológico-metodológico exige ressignificar o que é teoria e qual o seu papel nas dinâmicas hodiernas que envolvem as lutas por esses direitos. É alternar o *locus* da verdade científica para a história e conceber uma atividade teórica intrínseca e necessariamente ligada à atividade prática. Como sustenta Chasin (2009, p. 85) “Teoria, pois, como descoberta, não como jogo especulativo, reducionismo abstrativante ou versão arbitrária, imputativa de significado”. Tem-se que um quadro de referência ontológico é capaz de traçar parâmetros teóricos e práticos indispensáveis para a atuação nos processos de direitos humanos, inacabados e inacabáveis.

Ademais a relevância dessa mirada crítica, é premente apontar categorias que compõem o complexo do ser social e que poderão assumir função destacada na análise de processos relativos aos direitos humanos desde esse quadro referencial. Nesse contexto, é fundamental ter claro que a ideia de totalidade dialética de sujeito e objeto, saber e ser, indivíduo e mundo, não pode significar a redução de uma instância a outra ou a simplificação das suas relações. Como alerta Sartori (2021), dois equívocos são possíveis na tentativa aligeirada de apreensão do ser-propriadamente-assim da totalidade social, a saber, o reducionismo econômico que estabelece a produção material da vida como mecânica e imediatamente determinante dos demais aspectos da vida, bem como a fetichização de complexos do

ser social como instâncias autônomas do ser, caso das concepções abstratas e formalistas que fragmentam o saber científico.

Assim, o destaque de Lukács (2013) é de que a totalidade é um complexo de complexos, em que a reprodução do todo é dependente da autonomia relativa de cada parte, ao mesmo tempo em que a reprodução social específica somente se efetiva em termos totalizantes. Como assevera Sartori (2021, p. 310), a conformação da totalidade “enquanto tal depende da autonomia dos complexos parciais [...], ao mesmo tempo em que esta autonomia não pode figurar senão como um fator, um momento do desenvolvimento do todo”. Existem aí, portanto, complexos ontológicos específicos que se relacionam dialeticamente na totalidade e o conhecimento de um está atrelado ao conhecimento das especificidades do outro e das respectivas determinações recíprocas.

Nesse ponto, Mészáros (2016, p. 46) afirmará que “não há como apreender o fator antropológico *específico* (“humanidade”) [...], a menos que seja concebido com base na *totalidade ontológica* historicamente em desenvolvimento (“natureza”) à qual ele, em última instância, pertence”. Em consequência disso, a fim de relevar e destacar esse “fator antropológico”, isto é, aquilo que ontologicamente caracteriza a instância social do ser e, portanto, as características dessa experiência concreta, Mészáros (2016), no mesmo sentido de Lukács (2013), fará referência às especificidades e ao dinamismo das relações travadas pelos seres humanos para com a natureza e os recursos por ela oferecidos, em função da satisfação de necessidades. Relação esta efetivada e mediada pela ação produtiva, simultaneamente auto-produtiva, resumida na categoria do trabalho.

É com esse arrimo que se torna possível uma aproximação, sempre cuidadosa, de uma ideia de essência ou natureza humana desde Marx (2010) e da tradição marxista, notadamente com Lukács (2013) e Mészáros (2016). Ainda que inserta num contexto categorial bastante rico e que não seja utilizada de maneira resoluta pelos referidos autores, pode-se ponderar que o traço ontológico determinante do ser social, algo como natureza propriamente humana, para estes, é a tripla relação, recíproca e dialeticamente determinada, constituída pelo homem, a sua atividade produtiva (o trabalho) e a natureza. Denota-se, dessa forma, a ideia do trabalho como atividade automediadora, aquela constitutivamente humana, sobre a qual Mészáros (2016, p. 135) esclarece:

Ele (Marx) nega que o ser humano seja um ser essencialmente *egoísta*, pois não aceita algo como natureza humana *fixa* (ou, de fato, qualquer coisa fixa). Na visão de Marx, o ser humano por natureza não é nem egoísta nem altruísta. Ele é *feito*, por sua própria atividade, naquilo que ele é a qualquer tempo. Assim sendo, se essa atividade for transformada, a natureza humana egoísta de hoje mudará no devido tempo.

Nessa toada, ainda seguindo Mészáros (2016, p. 102), “O conceito mesmo de “natureza própria do homem” *necessariamente implica* a automediação ontologicamente fundamental do ser humano com a natureza por meio de sua própria atividade produtiva (e autoprodutiva)”. Assim dizendo, a atividade teleológica e automediadora do trabalho, como canalização de forças vitais físicas e mentais dos indivíduos para se alcançar determinado fim ligado à satisfação de necessidades, torna-se o substrato de toda a interação humana.

Em razão disso, a transformação da natureza passa a ser um processo de objetivação dos indivíduos. Significa dizer que o que é objetivado pelos seres humanos no mundo concreto, objetivo, quando guiado pela ação teleológica, não são elementos espontaneamente naturais, mas inovações desse pôr teleológico, são novas essências que se tornarão fundamentos de outras ações teleológicas. Esse processo assinala o fato de que a reprodução social humana é a reprodução incessante do novo a partir do novo. Tem-se, pois, inéditos elementos no campo da individualidade, produtora e produzida, e um novo campo da totalidade social do gênero humano sobre o qual novas interações ocorrerão, em constante reprodução, sempre socializada.

A categoria do trabalho como ação voltada para a produção da vida social, como atividade prático-produtiva especificamente social, nesse contexto, é a essência do ser social¹¹. O trabalho ascende à categoria ontológica fundante, dado que reúne uma série de elementos que compõe o cerne determinante dessa instância do ser (Lessa, 2012). O trabalho dá origem a um ciclo de inovações de necessidades que fazem da realidade social um contexto fluido, que se altera e se complexifica na medida em que o ser humano age. Esse quadro referencial tem como consequência a concepção de que “aquilo que emerge como a “essência da natureza humana” não é o *egoísmo*, mas a *socialidade* (isto é, “o *conjunto*” das relações sociais” [...])” (Mészáros, 2016, p. 136).

¹¹ Marx (2007, p. 534), na sétima tese sobre Feuerbach, afirma: “Toda vida social é essencialmente prática. Todos os mistérios que conduzem a teoria ao misticismo encontram sua solução racional na prática humana e na compreensão dessa prática”.

Essa socialidade mediada e determinada pela atividade produtiva, continuidade intrínseca ao fluxo do ser social, está implicada pelo caráter reflexivo da relação homem e natureza, inicialmente direcionada para a satisfação de necessidades primárias, naturais, básicas, que torna a produzir novas necessidades, cada vez mais “humanizadas”. O indivíduo e o produto do trabalho são momentos de um só e mesmo conjunto e, desse modo, a produção inicial de meios para a satisfação das necessidades, o referenciado “primeiro ato histórico” (Marx; Engels, 2007), cria novas necessidades, não dadas na constituição biológica, necessidades própria e autenticamente sociais (Heller, 1986).

Na esteira desse entendimento, Heller (1986) considera que, na dinâmica de um corpo social, a primazia é do momento da produção, vez que é essa produção a criadora de novas necessidades, assim como essa criação de necessidades se encontra correlacionada com as já previamente existentes, ou seja, com o contexto a partir do qual é efetivada. Essa tendência de constante objetivação e criação de necessidades indica, pois, o seu caráter operante, ativo. Segundo a autora, necessidades implicam ação, atitudes, o que, conseqüentemente, faz com que a capacidade para a atividade concreta seja uma das mais primordiais necessidades do ser humano (Heller, 1986).

Ato contínuo, tendo o trabalho como categoria fundante, por sua vez conduzido pela satisfação de necessidades, depreende-se um rico quadro referencial para os direitos humanos, que os afasta da racionalidade formalista, calcada em critérios de existência, validade e eficácia jurídicas, e também da racionalidade abstrata jusnaturalista e individualista, que abstrai dos sujeitos suas necessidades e os coloca como sujeitos de interesse (Heller, 1986) ou sujeitos de preferências (Hinkelammert, 2006). Tem-se, pois, que os interesses e as preferências estão, antes, subordinadas à satisfação de necessidades. Nas palavras de Hinkelammert (2006, p. 46, tradução nossa), “Como o sujeito antecede a seus fins, o circuito natural da vida antecede ao sujeito”, sendo o ser humano não um sujeito com necessidades, mas um sujeito necessitado, condicionado à submissão de seus fins, interesses e preferências à concretude e eficácia da inserção da sua atividade (auto)produtiva no circuito natural da vida social.

Portanto, as categorias que embasam o ponto de vista ontológico da filosofia, do direito e dos direitos humanos, apontam para traços fundamentais do ser social que somente se realizam nas relações entre os indivíduos e são diretamente afetadas

pelas possibilidades de ação, pelas condições materiais de exercício da sua atividade. Assim sendo, compreende-se que os direitos humanos, desde uma aproximação ontológica, sustentam-se no ser empírico e não no ser abstrato, e, em consequência disso, devem ser apreendidos como uma categoria que aponta para além dos limites jurídicos e para além de relações travadas por fins mercantis. Tem-se uma categoria fundada na busca por condições de dignidade individual ou coletiva, condicionada e catalisada pela satisfação de necessidades socialmente constituídas, em face das estruturas produtivas historicamente estabelecidas que constituem ambientes ou contextos de ação.

A satisfação de necessidades é considerada a tônica dos processos de direitos humanos, considerando-se, nesse conjunto de necessidades, a capacidade para a atividade produtiva como um ponto inicial e comum, inafastável de qualquer desses processos. A capacidade de ação é o que constitui os indivíduos e as coletividades e, conseqüentemente, deve ser um pressuposto para o exercício de qualquer deliberação, do nível mais individual e isolado, ao nível mais complexo, mediado e indireto. Não há possibilidade de participação política e escolha livre de representantes se, antes, os sujeitos possuem necessidades materiais mais básicas obstaculizadas, negadas. Da mesma forma como não é factível deliberar e escolher de acordo com interesses ou preferências individuais se, antes, as possibilidades e os caminhos de escolha são minimizados, indeferidos, impossibilitados. E é diante desses obstáculos e negações que os processos de direitos humanos, fundamentados ontologicamente, podem oferecer resistência.

Essas buscas por dignidade, movidas e fundamentadas pela satisfação de necessidades, aparecem, ou, se configuram na realidade como processos e movimentos de lutas que engendram determinados elementos concretos, que sofrerão variações em função dos contextos sócio-históricos em perspectiva. São considerados elementos desses processos de direitos humanos: práxis, teoria, reconhecimento, eficácia e ideologias. Assim desenhado, cada um desses elementos se realiza em maior ou menor medida em cada processo histórico e, conseqüentemente, exerce maior ou menor papel nessas dinâmicas sociais a depender do caso em análise.

No tópico que segue, desenvolver-se-ão as particularidades que constituem cada um desses elementos e, ainda, será analisado, a partir desses fatores, o novo constitucionalismo latino-americano. Tem-se que se trata de um movimento

constitucional de relevância para a realidade da América Latina em termos de aproximação entre a institucionalidade e as demandas históricas de povos originários por um maior reconhecimento e por um mais atento tratamento normativo. Entende-se que é um movimento que apresenta potencialidades e diretrizes para o tratamento desses povos também no contexto brasileiro, em que pese oriundo de formações econômico-sociais bastante distintas no que diz respeito à presença desses povos na composição das respectivas populações.

3.2 Direitos humanos como processos para a descolonização: o novo constitucionalismo latino-americano

A concepção de direitos humanos como processos é, em muito, caudatária do pensamento de Herrera Flores (1989; 2009), Gallardo (2016; 2019) e Sánchez Rubio (2010; 2014). Tais autores constituem um relevante arcabouço teórico de crítica às concepções predominantes e estáticas de direitos humanos, fazendo forte apelo à necessidade, sempre urgente, de desenvolvimento de uma cultura a eles voltada. Sánchez Rubio (2010), faz referência aos já citados elementos dos processos de direitos humanos, a saber, luta social, reflexão filosófica ou doutrinal, reconhecimento positivo e institucional, eficácia e efetividade jurídicas e sensibilidade sociocultural. Nesse contexto, o autor assevera que o imaginário predominante, jurídico e não jurídico, tende a superdimensionar ou mesmo isolar alguns desses elementos em detrimento de outros, isto é, tende a simplificar os componentes desses processos e, com isso, limitar a riqueza e a potência dos direitos humanos como processos. Nas palavras do autor (2010, p. 13):

[...] observaremos como nosso imaginário oficial e mais difundido somente se fixa em alguns deles: a dimensão normativa e institucional; a dimensão teórico-filosófica e a eficácia jurídico-estatal, desconsiderando, ou dando escassa importância a âmbitos fundamentais como a luta social [...], a eficácia não jurídica e a eficácia jurídica não estatal, assim como a cultura e sensibilidade popular, que são fundamentais para poder melhor entendê-los e pô-los mais coerentemente em prática.

Nessa linha, tem-se que, quando apreendidos na sua totalidade categorial, os direitos humanos angariam potencialidades para a criação de espaços de lutas e, conseqüentemente, espaços para a conquista e o exercício da dignidade. Trata-se, com Herrera Flores (1989), de descobrir o núcleo dos múltiplos e históricos processos

a partir dos quais os indivíduos ou coletividades dotam de sentido as suas necessidades, exigências e valorações. Os direitos humanos como categoria não podem estar limitados ao âmbito teórico e doutrinário da forma jurídica moderna, seja pela sua justificação formalista e normativista, seja pela sua roupagem liberal individualista e abstrata.

Busca-se, com isso, lançar mão do desenvolvimento de uma metodologia crítica dos direitos humanos capaz de oferecer um instrumental teórico apropriado e consentâneo com a pluralidade dessas lutas sociais, na medida em que, para tais agentes em luta, a dimensão e a tecnologia meramente jurídicas são limitativas, insuficientes e amiúde excludentes. Nesse sentido, depreende-se com Menezes (2013) que, quando se trata de direitos humanos, tem-se uma força categorial expansiva, que concerne a todos os aspectos da vida humana, na medida em que cada aspecto contribui para uma vida digna e satisfatória e, dessa forma, os limites e a seletividade da tecnologia jurídica, bem como das suas justificações, se fazem explícitos.

Tendo em vista essas indicações, tratar-se-á de analisar os elementos dos processos de direitos humanos tendo como esteio o novo constitucionalismo latino-americano, no intento de revelar algumas de suas particularidades mais perceptíveis. O primeiro desses elementos é o da práxis que diz respeito, fundamentalmente, aos movimentos sociais concretos. No caso do novo constitucionalismo latino-americano, nota-se que este foi fruto de uma efervescência nos contextos sócio-históricos dos respectivos países, muito conectada com a conformação de coletividades ativas politicamente diante do cenário crítico que caracterizou a vida do século na América Latina (Gallardo, 2016).

Os movimentos sociais, nesse aspecto, cumpriram papel primordial, “dirigindo suas demandas à sociedade civil e às autoridades” e intervindo “com relativa continuidade no processo de mudanças sociais” (Gorczewski, Friedrich, 2018, p. 935). As transformações sociais e políticas que demarcam o início do século 21 na América Latina são, então, levadas à cabo por uma rede de grupos sociais que direcionaram suas demandas para o palco político e jurídico de cada país, conformando, pois, novos processos constituintes, como na Venezuela, no Equador e na Bolívia, destacadamente.

Dalmau e Pastor (2010) realçam a constituinte venezuelana de 1999 como um ponto exordial para uma nova orientação nos processos constituintes latino-

americanos. Segundo os autores, essa constituinte consagrou características formais que, posteriormente, viriam a se consolidar e se repetir em outros movimentos democráticos, como os referendos ativadores da constituinte e os referendos de aprovação dos textos constitucionais, e, ainda, traços materiais que exteriorizavam necessidades de reestruturação e de combate às estruturas políticas e econômicas neoliberais dominantes, tipicamente marcadas pela desproteção e desamparo social. Nesse contexto, observam o novo constitucionalismo latino-americano como expressão de uma tentativa histórica de limitação do poder constituinte derivado em favor da ratificação da vontade popular que demandava mudanças, resgatando aspectos típicos da teoria inaugural e revolucionária do poder constituinte originário (Soares; Bastos, 2021).

Na Bolívia, tem-se que a Constituição Política do Estado (2009) foi resultado de lutas populares ocorridas desde o século 20, formadas por blocos populares complexos que congregavam interesses tanto da classe trabalhadora assalariada quanto de povos originários e camponeses. Esses blocos populares enfrentaram diversos obstáculos e retrocessos, mas também obtiveram conquistas expressivas. A acumulação de experiências e aprendizados ao longo desses processos moldou a consciência política do heterogêneo povo boliviano e estabeleceu bases para a elaboração de uma Constituição que refletisse os interesses e aspirações desses setores. São demonstrativos desses movimentos o Manifesto de Tiwanaku (1973), as Marchas reivindicatórias dos anos 90, como a Marcha por Território e Dignidade (1990) e a Marcha pelo Território, pelo Desenvolvimento e pela Participação Política dos Povos Indígenas (1996) e, notavelmente, os episódios das Guerras da Água (2000) e do Gás (2003) (Ferrazzo; Wolkmer, 2021).

A história do Equador, igualmente, é assinalada por lutas reivindicatórias e movimentos sociais que desempenharam papel fundamental na conquista da Constituição da República (2008). Dentre essas demandas, tem destaque o Levantamento indígena do *Inti-Raymi*. Foi um movimento que emergiu nas décadas de 1990 e teve um papel preponderante na mobilização de indígenas e camponeses em busca de seus direitos e reconhecimento. Com efeito, esses grupos indígenas e camponeses não só clamavam por justiça e igualdade, mas também por uma nova ordem constitucional que incorporasse suas demandas e necessidades. A sua luta ressoou no país, ganhando apoio de setores da sociedade equatoriana que compartilhavam dos ideais de justiça social e participação democrática. Assim, o

processo constituinte foi posto em movimento, abrindo espaço para que os grupos indígenas e camponeses participassem ativamente da redação e definição dos novos princípios (Maldonado Bravo, 2019).

O segundo elemento dos processos de direitos humanos é a faceta teórica, a justificação que respalda os movimentos sociais, esteja ela bem determinada ou não, podendo ser mais ou menos “consciente” nos seus atores e oriunda de movimentos mais ou menos orgânicos. Nessa instância, sublinha-se, com Herrera Flores (2009), que os direitos humanos como uma categoria processual são particularizados e determinados por meio de três níveis teóricos, a saber, o nível do “o quê”, o nível do “por quê” e o nível do “para quê”. Quanto ao que são os direitos humanos, o Herrera Flores (2009, p. 28) afirma que “mais que direitos “propriamente ditos”, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório de lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida”. Por meio dessa definição, compreende-se que os direitos humanos não se resumem às previsões normativas de ordem nacional ou internacional, mas são práticas sociais que buscam a conquista de meios concretos para a construção de condições materiais e imateriais básicas necessárias para uma vida digna.

O segundo nível teórico trabalhado por Herrera Flores (2009) é o nível do “por quê” dos direitos humanos, e está calcado em duas premissas, a saber: a de que todos os indivíduos necessitam ter acesso a certos bens básicos exigíveis para viver e a de que os acesso a esses bens é atravessado por processos amplos e, hodiernamente, globais, que determinam uma distribuição hiper desigual. Assim, o autor afirma que a luta dos direitos humanos é necessária “porque consideramos injustos e desiguais tais processos de divisão do fazer humano [...] todas e todos precisamos dispor de condições materiais [...] concretas que permitam o acesso aos bens necessários para a existência” (Herrera Flores, 2009, p. 30).

O terceiro nível, o “para quê” dos processos de direitos humanos, envolve, notadamente, as concepções de dignidade em disputa. Considera-se, assim, como o delineamento do fim que se busca alcançar por meio das lutas sociais por acesso aos bens materiais, se o que está sendo demandado é a mera sobrevivência ou a dignidade. O autor entende, evidentemente, que a busca pela dignidade é o que movimenta os direitos humanos, e a conceitua não como o simples acesso a esses bens, mas como acesso igualitário, que “não esteja hierarquizado “*a priori*” pros processos de divisão

do fazer que coloquem alguns [...] em posições privilegiadas e outros em situação de opressão e subordinação” (Herrera Flores, 2009, p. 31).

No caso dos movimentos sociais motrizes do novo constitucionalismo latino-americano, denota-se o forte componente indígena na projeção desses níveis e na justificação teórica destes. Notadamente os povos originários não se encontram demarcados por conceitos modernos que restringem as demandas sociais aos limites da previsão legal e, no mesmo sentido, investem em concepções distintas de dignidade, por sua vez não contempladas pelo aparato institucional moderno capitalista e colonial. No caso boliviano, Linera (2008) assinala um rico movimento indigenista, de significativa intelectualidade prática integrada nas direções de sindicatos, comunidades e federações comunitárias e agrárias que tem como base de seus discursos a identidade étnica, sustento de projetos políticos de ampliação e complexificação das estruturas democráticas estatais.

Nesse mesmo sentido, é notável como as lutas reivindicatórias no Equador fortaleceram-se ao longo do século 20. A atuação das organizações populares, que encontraram sua força na representação indígena, camponesa e ambientalista, desempenhou um papel crucial na defesa de interesses e identidades culturais localizadas. Essas lutas não se limitaram apenas a aspectos políticos, mas também tiveram uma dimensão filosófica marcada pelo caráter étnico e anticapitalista que permeava muitos desses movimentos. Conforme Maldonado Bravo (2019), esses movimentos abordavam questões que transcendiam a esfera meramente econômica, promovendo debates civilizacionais, sobre concepções de mundo. Os princípios enraizados nas cosmovisões dos povos originários entravam em choque com os paradigmas tradicionais de desenvolvimento orientados pelo mercado. A resistência desses grupos à lógica mercantil estava pautada em sua busca por alternativas que preservassem o equilíbrio entre o ser humano e a natureza, promovendo uma relação mais harmoniosa e sustentável com o meio ambiente.

O terceiro elemento, o reconhecimento, indica as diversas formas que possuem o Estado, as instâncias regulatórias e a sociedade civil como um todo de identificar a legitimidade das demandas dos grupos em lutas e proporcionar a elas determinado grau de proteção. Nesse aspecto, julga-se que a instância normativa e institucional de reconhecimento dos direitos humanos cumpriu historicamente função significativa na objetivação de demandas sociais. Diversos são os processos que culminaram na positivação de garantias sociais e na previsão de reivindicações voltadas à proteção

de grupos vulneráveis e à promoção de melhores condições de dignidade. A própria sociedade burguesa conformou-se num movimento de coletivização e canalização de objetivos e necessidades para consagrá-las em dispositivos jurídicos, políticas públicas e projetos institucionais estatais.

Nas palavras de Sánchez Rubio (2010, p. 15), “é curioso comprovar que circunscrevemos direitos humanos a uma simples reivindicação ou demanda judicial, interposta ante os tribunais, uma vez que os mesmos tenham sido violados”. Dessa maneira, se depreende também que o reconhecimento jurídico e normativo é um reconhecimento limitado, que não constitui o objetivo último dos processos de direitos humanos. O autor assinala, ainda, que a redução à instância jurídica dos direitos humanos dá ensejo a uma delegação de poder ao Estado e aos sujeitos que compõem suas administrações, promovendo uma homogeneização de caminhos possíveis e de horizontes de interpretação das práticas e necessidades históricas.

De acordo com a perspectiva apresentada, o reconhecimento dos direitos humanos transcende uma abordagem estritamente jurídica e adquire uma dimensão mais ampla, relacionada às práticas sociais, sensibilidades culturais, aceitação e assimilação das diversas condições sociais e visões plurais de dignidade. Isso implica em desvincular os direitos humanos das meras previsões normativas presentes em constituições e tratados, a fim de realçar sua relevância nas esferas não estatais e não jurídicas das práticas comunitárias, embasadas em lógicas outras (Sánchez Rubio, 2010).

Nessa concepção, é essencial uma teoria pluralista do direito, que reconheça a multiplicidade de perspectivas e experiências, para construir uma hermenêutica descolonizada. Tal abordagem permitirá identificar na pluralidade não uma deficiência ou insuficiência teórica e procedimental, mas, ao contrário, uma base de apoio. Isso implica reconhecer que a diversidade de vozes e saberes enriquece o entendimento e a aplicação dos direitos humanos, favorecendo a criação de soluções mais inclusivas e sensíveis às necessidades de grupos invisibilizados. Ao abraçar uma abordagem pluralista e descolonizada dos direitos humanos, avança-se em direção a uma sociedade declaradamente plural, na qual as diferentes culturas e modos de vida podem ser protegidos. Ao invés de encarar a pluralidade como uma fraqueza, essa perspectiva incentiva a compreender e valorizar a riqueza intrínseca de cada abordagem.

O elemento da eficácia desempenha um papel fundamental quando se trata da realização das demandas no âmbito dos direitos e coloca-se em uma posição central nesses processos. É precisamente diante de situações e contextos marcados pela ineficácia, desamparo e falta de proteção que esses processos se intensificam e geram o surgimento de novas reivindicações que dinamizam historicamente tais processos. Conseqüentemente, essas situações de ineficácia e desamparo estimulam processos de mobilização social e política, impulsionando a busca por soluções e a promoção de modificações.

A eficácia, ademais, é elemento que sublinha de forma significativa a dinâmica existente entre o reconhecimento jurídico e as suas possibilidades de efetivação. Diversos autores preocupam-se em tentar aclarar as possíveis conseqüências práticas do novo constitucionalismo latino-americano em função do seu arrimo democrático e inclusivo e das suas projeções de valorização das subjetividades regionais.

Dalmau (2018), por exemplo, identifica uma correlação entre o novo constitucionalismo e a melhora na qualidade de vida dos cidadãos daqueles países, bem como com a diminuição da desigualdade social e uma perspectiva de melhora no exercício dos direitos civis, contudo, o autor também aponta que muitas dessas potencialidades são limitadas no sentido de reorganização e controle do poder político. Na mesma toada, Maldonado Bravo (2019) assevera que o novo constitucionalismo oferece avanços significativos em termos de previsão normativa, mas, ao mesmo tempo, são conquistas que não se materializaram integralmente, muito em razão do tensionamento com projetos desenvolvimentistas e extrativistas no Equador.

Dessa forma, a ausência de eficácia dos direitos humanos não é apenas um obstáculo a ser superado, mas também um catalisador para a transformação e fortalecimento do sistema de proteção dos direitos e, ainda, para a intensificação de lutas no sentido de concretização das previsões e avanços já conquistados. É por meio desse dinamismo que as demandas por eficácia se consolidam como uma força motriz na busca contínua por um mundo mais equitativo e com maior apreensão da multiplicidade de dignidades.

Por fim, o elemento das sensibilidades diz respeito ao fato de que os processos de direitos humanos se fundam em reivindicações que buscam melhores condições de dignidade e satisfação de necessidades, isso, por si só, revela o caráter conflituoso

desses processos, vez que calcados na verificação de insuficiências do sistema social na promoção dessas condições. Portanto, o elemento do conflito leva a considerar que existem duas ou mais sensibilidades, formas ideológicas, visões e projetos de mundo em disputa pelo mesmo espaço. Nesse aspecto, tem-se que todo processo de direitos humanos envolve sensibilidades pró ou contra movimentos, manifestações que estruturam e impulsionam todos os componentes das disputas.

Na esfera das sensibilidades destacam-se tendências de pensamento que vão de encontro ao estabelecido, no intento de reformá-lo ou refunda-lo, ou que defendem, em diversas formas e veemências, a sua manutenção. Nesse ponto, é salutar o comentário de Fagundes, Patrício e Caciatori (2019, p. 113), ao abordarem a sinuosidade do processo constituinte boliviano:

Como ocorre em qualquer movimento que se propõe a transformar a ordem posta, a classe detentora do poder desencadeou um verdadeiro embate para impedir os avanços pretendidos e conseqüentemente, a perda dos privilégios gozados. Surgiu um inexorável clima de avanços e retrocessos, que conduziu o sistema até à época vigente a uma crise, possibilitando, assim, sua superação.

Assim, o movimento de inclusão e visibilização de discursos outros tem como inevitável consequência a projeção de entendimentos opostos, estabelecendo aos processos de direitos humanos a necessidade de atenção contínua e integral à instância ideológica das suas lutas. Nesse aspecto, afirma-se, uma vez mais, o fato de que nenhuma atuação humana tem a capacidade de desvincular teoria e prática, ato e pensamento. É fulcral, dessa maneira, que a instância da fundamentação teórica não se desvincule da prática e, assim, os direitos humanos sejam apreendidos como uma unidade dialética entre prática e teoria. Afirma-se, com Gallardo (2016, p. 21) que “a eficácia jurídica de direitos humanos, questão cultural, política e social, é inseparável de uma discussão abrangente sobre seu fundamento”.

Na análise mais detida do processo constituinte boliviano, Fagundes, Patrício e Caciatori (2016) aferiram uma intensa disputa no âmbito das Comissões da Assembleia Constituinte. Os autores perceberam, na consulta às Atas da Assembleia, a forte presença de discursos comprometidos na manutenção da ordem jurídica e estatal modernas, em detrimento do resgate das demandas populares que se fizeram ouvidas no decorrer das consultas e audiências públicas pré-constituinte, o que resultou na fragilização de muitas ideias e inovações para o desenho institucional do

país. Sinalizando, ainda, a intensidade dessas disputas, Ferrazzo e Lixa (2017) destacam que as Comissões em que o debate se deu de forma mais intensa foram, justamente, aqueles em que se discutiam os pontos mais nodais da configuração político-estatal como a da cidadania, das autonomias e descentralização territorial e judicial e da visão de país.

No mesmo sentido, Maldonado Bravo (2019), ao visitar as particularidades do processo constituinte equatoriano, identificou uma pluralidade de discursos e entendimentos, seja entre grupos opostos, seja no interior de um mesmo bloco político. O autor salienta que essas diferenças de posições entre organizações foram sentidas na Assembleia, destacadamente quanto a temas centrais de organização do Estado e do poder político, como a plurinacionalidade, o pluralismo jurídico e o reconhecimento dos direitos da natureza. Resulta disso uma certa discrepância entre diversas das demandas populares, principalmente indígenas, e o texto final da Constituição, sem que se façam pequenas as mudanças levadas a cabo ao fim do processo (Maldonado Bravo, 2019).

Os elementos da práxis, teoria, reconhecimento, eficácia e formas ideológicas ou sensibilidades, conformam a complexidade sócio-histórica dos processos de direitos humanos, destacando os múltiplos fatores concretos que dinamizam as práticas sociais nesse âmbito. A análise crítica desses elementos pode contribuir para o entendimento das variáveis em jogo, dos polos de poder em disputa, das tramas estruturais que atravessam essas demandas e, ainda, as perspectivas e projeções de possibilidades que podem resultar desses processos, com a articulação de dimensões táticas, de imediato e médio prazo, para uma atuação estratégica, de longo prazo, de transformação radical da sociedade em favor da construção de estruturas, instituições, regulações e relações sociais fundadas na priorização positiva dos aspectos mais fundamentais do que é ser humano.

A sustentação e fundamentação ontológica de fundo garante que sejam evidenciados parâmetros de atuação em processos de direitos humanos, resgatando intuições que se fundam sobre a riqueza de necessidades sociais oriundas da atuação humana como sujeito produtivo e autoprodutivo. Nesse sentido, entende-se a socialidade como instância fundamental, erigida à condição de possibilidade para a atuação e efetivação no mundo. Afasta-se a concepção de que o indivíduo precede à sociedade e tem direitos a ela opostos e alheios. Tem-se, pois, que indivíduo e

sociedade são polos de um mesmo e único processo dialético, e são, portanto, contínua e reciprocamente determinados.

Para além da justificação ontológica dos direitos humanos, entende-se que seus elementos fornecem um cabedal teórico essencial para a análise concreta dos seus processos. Como foi sumariamente demonstrado, a configuração de cada um desses elementos na dinâmica histórica do movimento do novo constitucionalismo latino-americano revela a dialética própria desse episódio relevante na história da América Latina. No tópico subsequente, pretende-se aprofundar a compreensão das inovações mais notáveis dessas cartas constitucionais, a fim de identificar possíveis diretrizes para o tratamento dos povos originários no contexto brasileiro.

Nessa análise, será realizada uma avaliação das diferentes abordagens adotadas pelas constituições latino-americanas em relação aos direitos humanos e, em particular, às demandas e direitos dos povos originários. Serão destacadas as disposições constitucionais que reconhecem a existência desses povos como sujeitos de direitos e promovem medidas específicas para proteger suas culturas, territórios e identidades. Além disso, será examinado como o novo constitucionalismo latino-americano aborda questões como pluralismo jurídico, direitos da natureza e o princípio do bem viver, elementos fundamentais para garantir que os povos originários possam desfrutar de espaços de luta e exercer influência sobre decisões que afetam suas realidades.

3.3 Descolonização constitucional equatoriana e boliviana: espaços para os direitos humanos dos povos originários

Tendo em conta a significativa participação popular que proporcionou a legitimação democrática característica do princípio e da condução dos processos constituintes do novo constitucionalismo latino-americano, realizar-se-á neste subcapítulo o destaque a alguns dos aspectos comuns a ambas as experiências jurídicas, equatoriana e boliviana, nos sentidos formal e material, em conformidade com as interpretações dos juristas Dalmau e Pastor (2010). Seguindo a trilha destes autores, compreende-se que é a partilha de determinados elementos de sentido axiológico e de caráter formal-estrutural que, de maneira mais clara e eficaz, assinala a existência de um autêntico movimento constitucional no subcontinente latino-americano.

O primeiro desses traços a ser posto em evidência, considerando-os no sentido formal, é o caráter inovador e, até experimental das constituições que resultaram dos complexos e historicamente longos processos de lutas e reivindicações populares de cada uma dessas nações. Essas inovações exprimem-se por escolhas jurídico-normativas de incorporação de expressões, procedimentos e princípios originais e inovadores, ao lado da tentativa de composição de institutos próprios, em detrimento de outras estruturas e disposições tradicionalmente presentes no constitucionalismo moderno europeu e historicamente reproduzidas pelos sistemas constitucionais latino-americanos, o que evidenciava a colonialidade na composição jurídico-estatal dos países da região. Pode-se tomar como exemplos dessas reformas os conceitos de plurinacionalidade e de pluralismo jurídico presentes nas constituições equatoriana e boliviana.

O segundo elemento de caráter formal a ser destacado desse movimento é a amplitude dos textos e das disposições constitucionais. Os autores sublinham que essa extensão se demonstra uma expressão da necessidade de limitação da arbitrariedade dos poderes constituídos, no sentido de impor a estes a observação dos princípios e regras estabelecidas na sua integralidade e com as máximas implicações possíveis (Dalmau; Pastor, 2010). Nesse contexto, a amplitude dos textos constitucionais vai além da mera redação das normas fundamentais voltadas ao regimento e estruturação do ordenamento jurídico. Entende-se que ela reflete a complexidade e a abrangência dos temas e desafios que essa reestruturação normativa e institucional carrega.

Os constitucionalistas argumentam (2010) que a proporção dos textos e a extensão dos detalhes são aspectos relevantes nessa tentativa de garantir a estabilidade e a legitimidade das instituições conquistadas. Pela inclusão de uma ampla gama de disposições, os constituintes buscaram antecipar cenários e fornecer uma estrutura mais sólida para o trato das inevitáveis mudanças sociais e contingências políticas que sobrevêm ao longo do tempo. Ademais, a amplitude dos textos constitucionais também pode refletir a pluralidade e diversidade de interesses dentro de uma nação atenta ao pluralismo da sua composição. Nesses contextos marcados pela multiplicidade cultural e organizativo, a constituição se torna um espaço onde diferentes grupos podem observar e postular representação e proteção (Dalmau; Pastor, 2010).

Tal característica vem acompanhada do terceiro elemento formal do novo constitucionalismo, qual seja, a tentativa de tradução de elementos complexos em linguagem acessível. A complexidade técnica, portanto, necessária e condizente com as reconfigurações institucionais e jurídicas almejadas, é acompanhada de uma acessibilidade linguística, com a utilização de expressões indígenas e a tradução das expressões latinas consagradas do direito, a exemplo da tradução do *habeas corpus* para ação de liberdade, na Constituição da Bolívia (Dalmau; Pastor, 2010). A utilização de termos técnicos e linguagem hermética implica num distanciamento entre o que é normativamente posto e a vivência cotidiana dos cidadãos em geral, o que resulta numa inacessibilidade e até desconhecimento quanto aos direitos previstos e às formas para os seus exercícios. Portanto, essa preocupação com a linguagem constitucional não deve ser compreendida como mero capricho linguístico e simbólico, mas como uma estratégia consciente para a garantia de que os direitos e deveres ali estabelecidos sejam compreendidos pelos seus destinatários e mais facilmente efetivados.

Denota-se, além do mais, que a busca pela tradução de elementos complexos em termos de maior clareza e mais facilmente compreensíveis também declara o intento de promoção de inclusão e fomento da participação ativa da população no processo de construção e aprimoramento das instituições democráticas. Ao realizar a inclusão de expressões indígenas no corpo constitucional e traduzir termos jurídicos oriundos do latim, o novo constitucionalismo demonstra reconhecer a diversidade cultural das respectivas nações e a pluralidade linguística das suas formações sociais. Compreende-se que essa abordagem valoriza a identidade dos grupos étnicos e culturais locais e, em razão disso, é um modo de fortalecer o tecido social em torno desse projeto coletivo.

Por fim, tem-se o elemento formal da rigidez constitucional, compreendida como a busca da perdurabilidade da vontade do poder constituinte originário expressa naquelas disposições. A rigidez constitucional é um atributo essencial dessas cartas, uma vez que visam proteger o núcleo de princípios fundamentais que representam a vontade popular constituinte. No caso do novo constitucionalismo, essa rigidez é ilustrada pela constância com que a vontade popular é considerada e provocada a deliberar por meio de instrumentos de controle social sobre o constituinte derivado (Soares; Bastos, 2021). Tem-se, assim, um forte mecanismo de salvaguarda que visa

evitar mudanças abruptas e casuísticas nas constituições e, desse modo, preservar sua integridade e coerência no passar do tempo.

A rigidez protege as previsões da constituição daquelas instabilidades políticas engendradas pela condição dependente e periférica dos Estados latino-americanos, significativamente sujeitos a desígnios transitórios de grupos sociais dominantes. Torna-se uma forma de conferir maior segurança e permanência às deliberações originárias, em que o controle social sobre o constituinte derivado se coloca como um dos aspectos mais significativos do novo constitucionalismo. É uma forma de buscar garantir a continuidade da vontade popular no tempo e promover uma maior possibilidade de estabelecimento de programas e políticas de Estado e não somente de governos.

No que toca aos elementos materiais do novo constitucionalismo, Dalmau e Pastor (2010) consideram que há o resgate de uma perspectiva revolucionária do poder constituinte originário, que virá a cumprir o papel de ruptura com a ordem constitucional anteriormente posta, num legítimo reestabelecimento da dimensão propriamente política desse poder. Observa-se, ademais, uma tentativa de implementação de uma institucionalidade mais participativa, que, ato contínuo, acarretará no segundo aspecto material do movimento, a relevância da revisão constitucional pelo cidadão, o que ilustra o objetivo de construção de um governo democrático por meio da participação direta, que, nos textos constitucionais equatoriano e boliviano, é por vezes referida como democracia participativa ou formas de participação democrática (Soares; Bastos, 2021).

O terceiro elemento material identificado pelos autores é o da maior compatibilização entre os modelos de democracia representativa e democracia participativa por meio do estabelecimento de institutos de garantia da legitimidade e de exercício direto de controle social do poder constituinte derivado. Dalmau e Pastor (2010) interpretam esse elemento como a criação de procedimentos que projetam uma reconstrução da unicidade concreta, material, entre as demandas da sociedade e as instituições políticas, em que estas passam a ter maior capacidade de refletir a vontade popular, não somente por meios convencionais partidários indiretos típicos das constituições e sistemas políticos ocidentais modernos.

Como quarto elemento material do novo constitucionalismo, tem-se a significativa extensão da carta dos direitos considerados fundamentais, em que se destaca o tratamento do sujeito latino-americano, individual e coletivamente

considerado, numa visão integrada ao seu espaço geográfico. Trata-se de um movimento central e, quiçá, o mais relevante, pela inclusão de subjetividades colonizadas e invisibilizadas pela longa história do tradicional constitucionalismo liberal moderno. Para além disso, a natureza, referenciada *Madre Tierra* ou *Pachamama*, também tem lugar de destaque e é tida nessas cartas como sujeito de direitos, notadamente na constituição equatoriana, que evolui significativamente nesse aspecto (Dalmau; Pastor, 2010).

O quinto elemento de carácter material comum aos processos do novo constitucionalismo é a vocação de inclusão das minorias dos respectivos países, inclusive por meio do reconhecimento de diversidades organizacionais e jurisdicionais. Nesse âmbito, destaca-se a consolidação do Estado Plurinacional e dos mecanismos de participação direta nas deliberações democráticas, que tornou assegurada a expressão e composição de vontades multiétnicas, dotadas de autonomia para afirmação de ideias quanto aos rumos e configurações do Estado e do direito a partir de realidades múltiplas (Soares; Bastos, 2021).

Finalmente, como duas últimas características materiais do movimento, aponta-se a centralidade do sistema concentrado e abstrato de controle de constitucionalidade e a amplitude dos capítulos voltados ao arranjo da ordem econômica nesses textos constitucionais. No que tange à primeira, pode-se notar uma concentração na figura do Tribunal constitucional – denominado Tribunal Constitucional Plurinacional, na Bolívia, e Corte Constitucional, no Equador – ou, ao menos, uma configuração híbrida que favorece o controle concentrado. Dalmau e Pastor (2010) consideram que este elemento tem carácter revolucionário diante do histórico de sua implementação nos demais ordenamentos jurídicos da América Latina.

Quanto à segunda, destaca-se que as constituições do novo constitucionalismo intentam incorporar variados modelos econômicos, entrelaçando a iniciativa privada com formas e mecanismos de justiça distributiva, bem como objetivando uma economia de base comunitária (Dalmau; Pastor, 2010). Todas essas assimilações guardam em comum a presença do Estado na condução da proteção dos recursos naturais e na busca de um desenvolvimento econômico alternativo, com relativo destaque para a integração latino-americana para além das visões comercialistas bilaterais características do neoliberalismo.

Determinados os elementos que contribuem para a verificação de um movimento constitucional latino-americano, com o caráter inovador e original dos seus textos constitucionais, buscar-se-á analisar de forma detida alguns dos fundamentos destas constituições, propriamente aqueles que, por ocuparem posição central em diversos pontos dos respectivos ordenamentos, corroboram com a definição desse novel constitucionalismo. Tratam-se dos princípios do *suma qamaña*, presente da Constituição da Bolívia, ou, ainda, do *sumak kawsay*, constante da Constituição equatoriana, da particular proteção dos direitos da natureza, referenciada como *Pacha Mama* ou *Madre Tierra*, notadamente a partir do texto constitucional do Equador e do pluralismo jurídico, ponto nodal para o evoluir de uma cultura jurídica capaz de superar o monismo em termos teóricos e concretos.

O *suma qamaña*, expressão proveniente do idioma aimará, e o *sumak kawsay*, originado no idioma quéchua, podem ser traduzidos como “viver bem” ou “bem viver”/“bom viver”, sem a exclusão de outras possíveis traduções e entendimentos. São, em última instância, conceitos em contínua construção, política e juridicamente, e abarcam debates semânticos e linguísticos de longa duração na história, além de uma série de complexidades étnico-sociais que perpassam tanto pelas suas definições como conceitos ou princípios propriamente ditos, quanto pelas suas consolidações no domínio do direito moderno. No presente subcapítulo, serão conceitos tidos como sinônimos, similares em valor semântico, que guardam unidade de sentidos ainda que expressem pluralidade na integralidade de suas construções e origens (Silva, 2019).

A introdução do conceito de bem viver num texto constitucional pode implicar, à primeira vista, duas precípuas mudanças de perspectiva e projeto, a saber, na relação dos seres humanos entre si e na relação deste para com a natureza. Na primeira das dimensões, entende-se que o bem viver significa uma maior valorização do ideal de reciprocidade entre os indivíduos, enquanto que, na segunda, pode carregar um sentido holístico da relação do homem com a natureza, num sentido de harmonia, pertencimento e integração em detrimento da concepção de domínio, extrativismo, manipulação pragmática e exploração. Neste último, a modificação da postura se daria tanto no aspecto individual e presente, imediato, quanto no aspecto de longo prazo, de consideração quanto às gerações futuras. Nas palavras de Silva (2019, p. 4):

A reciprocidade entre indivíduos no presente e em relação às gerações futuras (e mesmo passadas, dado o respeito devido aos antepassados, materializados na própria natureza) também poderia ser observada na relação homem-natureza: o homem recebe seu sustento da natureza que integra e, em troca, permite sua regeneração; e ela, mais adiante, agradecida, voltará a lhe oferecer seus frutos.

Notabiliza-se, dessa maneira, uma noção consideravelmente distinta, inclusive, quanto à noção e à experiência da temporalidade, carregando uma ideia cíclica e circular de tempo e história, distinta do entendimento tipicamente ocidental de linearidade. Além do mais, no que toca à interpretação econômica do conceito, tem-se que ele pode ser a base para uma reestruturação, refundação ou, ainda, redefinição radical do sentido capitalista moderno de desenvolvimento, por meio da premente superação da lógica extrativista, na busca, portanto, de um ou diversos modelos de estratégias e proposições baseadas em lógicas comunitárias, localizadas, cabendo, no ponto, questionamentos acerca da sua não conciliação com o modo de produção capitalista. Dessa forma, sumariza Silva (2019, p. 5):

[...] o *sumak kawsay/suma qamaña* constitui um conceito rico exatamente por sua capacidade de se prestar tanto para nomear propostas e programas articulados pelos próprios intelectuais indianistas e movimentos sociais de base camponesa/indígena, quanto para a defesa por uma intelectualidade crítica e por grupos internacionais de um novo projeto societário (em suas versões “fortes”) ou ao menos de propostas socioambientais alternativas (em suas versões mais “fracas”).

O pensador equatoriano Acosta (2016, p. 24), na mesma toada, afirma que “o bem viver [...] supera o tradicional conceito de desenvolvimento e seus múltiplos sinônimos, introduzindo uma visão muito mais diversificada e, certamente, complexa”. A riqueza do conceito de bem viver, nesse contexto, se notabiliza pela constância e diversidade de pontos em que a sua concepção pode ser verificada nos textos das constituições boliviana e equatoriana e pela influência desse princípio na acepção de desenvolvimento, destacada pela sua incidência quando do trato de questões econômicas centrais, como é o caso do regime jurídico da propriedade e dos recursos naturais.

O inciso I do artigo 306, da Constituição boliviana, estabelece que o modelo econômico do país tem de ser orientado pela qualidade de vida e para o bem viver, além de, no inciso III do mesmo dispositivo, fazer menção ao viver bem coletivo, numa evidente concepção de complementariedade, e não oposição, entre os interesses dos

domínios individuais e comunitários. Essa leitura também é possível no caso da definição dos propósitos da organização econômica do Estado, em que é referenciado o viver bem nas suas múltiplas dimensões, perfilando, pois, os demais princípios e objetivos econômicos, consoante o artigo 313 da Constituição boliviana (Bolívia, 2009).

A Constituição equatoriana, por sua vez, estabelece desde o preâmbulo o objetivo de construção da convivência cidadã em harmonia com o meio natural, com fins de alcançar o *sumak kawsay*, ou, bem viver. É a partir do capítulo segundo do texto constitucional, inaugurado pelo artigo 12, que são estabelecidos os direitos e deveres relativos ao bem viver, passando pela água, alimentação, meio ambiente saudável, habitação e saúde, dentre outros. O capítulo sétimo da Constituição, que trata dos direitos da natureza, também aponta, no texto do artigo 74, o direito ao acesso, pelos indivíduos e comunidades, às riquezas naturais que possibilitam e garantem o exercício do bem viver, ressaltando, no aspecto, a mudança de perspectiva na relação do homem com a natureza expressa pelo *sumak kawsay* (Ecuador, 2008).

No que diz respeito à organização do Estado e da economia, é estabelecido pela Constituição equatoriana, a partir do artigo 275, o seu regime e sua perspectiva de desenvolvimento, que é compreendido como um conjunto complexo entre os sistemas político, econômico, social, cultural e ambiental, que, por sua vez, estruturam e promovem a realização do bem viver. Nesse mesmo dispositivo é determinado que a realização do bem viver requer que os indivíduos e comunidades gozem desses direitos e exerçam responsabilidades no marco da interculturalidade, do respeito à diversidade social e da convivência em harmonia com o meio natural. Atenta-se, dessa forma, que o bem viver cumpre papel fundamental em diversos aspectos da Constituição do Equador, sendo relevante, inclusive, a disposição de que o endividamento público não venha a afetar a promoção do bem viver e a preservação da natureza, no que dispõe o inciso 2, do artigo 190 (Ecuador, 2008).

Por conseguinte, pode-se observar que as duas bases conceituais mencionadas do *suma qamaña* ou *sumak kawsay*, principalmente na perspectiva da relação homem-natureza, articulam-se com a concepção de espaço territorial do *ayllu* e com a noção de *Pacha mama*. O primeiro pode ser compreendido como os núcleos de convivência comunitária indígena originária, em que são considerados laços os familiares e os territoriais. Trata-se, nesse caso, do espaço onde se vive bem,

indissociável, nessa dimensão, do espaço físico da terra, da natureza, da *Pacha mama*, com a qual se travam interações, se convive e sobre a qual se apoia a vida em comunidade e a morte (Silva, 2019).

No que tange aos direitos da *Pacha mama*, os artigos 342 e 343 da Constituição boliviana descrevem o dever do Estado de preservação e de proteção dos recursos naturais e da biodiversidade do país, estabelecendo o direito da população de participar da gestão ambiental, que, por sua vez, deve ser consultada quando da tomada de decisões que contenham a possibilidade afetar a qualidade ambiente natural. Afora isso, o texto dispõe, no âmago da estrutura do Poder Judiciário, uma jurisdição agroambiental, reputada como o órgão máximo para o tratamento de matéria agroambiental, conduzido pelos princípios da função social, da sustentabilidade e da interculturalidade, conforme os artigos 186 e 187 da Constituição (Bolívia, 2009).

Contudo, quanto à proteção da natureza ou *Pacha Mama*, a Constituição equatoriana merece destaque, pois a prevê de forma expressa como sujeito de direitos e regula seu regime de proteção a partir do seu artigo 71. Nesse sentido, a natureza é definida como o *locus* de reprodução e realização da vida, tendo, por isso, direito de respeito quanto a sua existência, bem como à manutenção e regeneração dos seus ciclos vitais, estruturas, funções e processos evolutivos. Garante-se, outrossim, nos dispositivos seguintes, medidas de precaução pelo Estado, de restrição de atividades que venham a prejudicar ecossistemas, ameacem alterar ciclos naturais e, não obstante, proíbe-se a introdução de materiais orgânicos que possam alterar definitivamente o patrimônio genético nacional (Ecuador, 2008).

Compreende-se, ante essas particularidades dos textos constitucionais abordados, que, no caso equatoriano, a firmeza nas mudanças de perspectiva no tratamento dos direitos da natureza se demonstra de forma mais explícita, determinando, textualmente, a subjetividade jurídica da *Pacha Mama*. No caso boliviano, por outro lado, denota-se que não se assumiu “o mesmo distanciamento da concepção eurocêntrica que a Constituição equatoriana protagonizou” (Brandão, 2015, p. 118). Tal timidez é explicável pela própria significação dos direitos da natureza no interior da lógica da forma mercantil, representando um foco de tensão material e ideológica a atribuição de subjetividade jurídica ao que, historicamente, foi apreendido como bem jurídico. É o destaque que faz Zaffaroni (2011, p. 67, tradução nossa), quando afirma que “reconhecer a existência de sujeitos de direito não

humanos no direito ambiental não é simples, pois com isso se põe em séria crise o conceito tradicional de direito”.

Essa diferença acaba por gerar, entre alguns autores, discordância quanto ao reconhecimento ou não de direitos subjetivos à natureza no âmbito da Constituição da Bolívia, entendendo alguns que não há qualquer determinação objetiva nesse sentido e compreendo outros que há um reconhecimento tácito da natureza como sujeito de direitos, como é o caso de Zaffaroni (2011). Quanto a isso, Acosta (2016, p. 28) aduz:

No Equador, reconheceu-se a Natureza como sujeito de direitos. Esta é uma postura biocêntrica que se baseia em uma perspectiva ética alternativa, ao aceitar que o meio ambiente – todos os ecossistemas e seres vivos – possui um valor intrínseco, ontológico, inclusive quando não tem qualquer utilidade para os humanos. A Constituição boliviana, aprovada em 2009, não oferece o mesmo biocentrismo: outorgou um posto importante à *Pacha Mama* ou Mãe Terra, mas, ao defender a industrialização dos recursos naturais, ficou presa às ideias clássicas do progresso, baseadas na apropriação da Natureza

Porém, em que pese essas diferenças nas disposições, entende-se que ambos os casos representam avanços significativos na proteção jurídica da natureza no contexto latino-americano, seja por meio do reconhecimento direto e expresso de subjetividade jurídica, seja através de garantias jurisdicionais de tratamento especializado de demandas relativas à matéria. Tem-se, dessa maneira, uma mudança notável de perspectivas normativas e principiológicas nhoque toca à conservação do meio ambiente e à preservação de recursos naturais. Afirma Brandão (2015, p. 121):

[...] não se impõe à natureza um valor instrumental – pois a *Pacha Mama* não tem como objetivo servir ao homem. Há, nesse cenário, portanto, uma assimetria entre a proposta da natureza como sujeito de direitos – tendo em vista que o homem é integrante da *Pacha Mama* – e a teoria antropocêntrica moderno (re)produzida historicamente pelo constitucionalismo clássico.

Nessa toada, se depreende uma mudança substancial de eixo na principiologia constitucional inaugurada pelo novo constitucionalismo, no sentido de fortalecimento de uma visão mais integrada da vida humana com a natureza e na determinação da reprodução dessa mesma lógica pelo Estado em todas as suas atuações. O *suma qamaña* ou *sumak kawsay* e a *Pacha Mama*, assim, assinalam, interligada e conjuntamente, essa mudança de eixo na direção da incorporação das cosmovisões

dos povos originários na estruturação desses Estados latino-americanos, que, a partir dos novos pactos constitucionais, abrem caminho para a construção de uma sociedade regida por princípios e valores que expressam e identificam as subjetividades locais, no indivíduo latino-americano, no indígena e na chamada *Madre Tierra*.

Não se trata, portanto, como compreende Zaffaroni (2011), da positivação de compreensões afeitas à tradicional dignidade da pessoa humana ou, ainda, ao tradicional conceito de bem-comum. Estas são ideias limitadas aos indivíduos, aos seres humanos, propriamente ditos, como existências individualizadas que precedem à constituição do social e tomam a natureza como instrumento, enquanto que o bem viver aponta para um todo orgânico, vivo, de apreensões heurísticas. Nesse sentido, supõe os seres humanos, mas, no mesmo movimento, supõe o meio natural, carregando um significado de complementariedade e equilíbrio que não são alcançáveis pela perspectiva individualistas.

O pluralismo jurídico, por sua vez, representa uma pauta que se constituiu como objeto de contendas históricas, diretamente implicadas pelo colonialismo e pela dependência da América Latina. Faz-se referência ao fato de que as estruturas típicas dos Estados modernos, impostas às formações latino-americanas desde o ano de 1492, de forma alguma condiziam com a realidade tradicional dos povos originários da região. Dessa maneira, a incorporação forçada do monismo estatal e jurídico resultou em assimetria nas relações entre as ordenações, princípios e composições locais, indígenas, e as alienígenas, oficializadas. Em razão disso, o que predominou, historicamente, foi uma apreensão negativa acerca da justiça ou dos direitos indígenas, constantemente negados, criminalizados ou estigmatizados (Ferrazzo; Lixa, 2017).

Diante de um cenário de desfavorecimento e invisibilização forçada, o reconhecimento do pluralismo jurídico no interior de uma constituição angaria contornos relevantes, que proporcionam ao novo constitucionalismo latino-americano uma camada a mais de autenticidade. Não se ignora que as consequências concretas dessas inclusões não estão imediata e positivamente dadas, contudo, a partir da apreensão crítica de um pluralismo jurídico intraestatal que tensiona a forma jurídica mercantil e de uma visão de direitos humanos como uma categoria processual, compreende-se que há aí uma abertura relevante de espaços institucionais para

afirmação dos povos originários e de composição de caminhos que não se fariam abertos senão através de intensas mobilizações.

O artigo 190 da Constituição boliviana, que inaugura o capítulo da jurisdição indígena originária campesina, dispõe que os povos e nações originárias do país terão competência para exercerem, por meio das próprias autoridades e instituições, funções jurisdicionais por meio da aplicação de princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios (Bolívia, 2009). Distingue-se o inciso II do referido dispositivo, que estabelece a necessidade de observação, pelas jurisdições indígenas, dos direitos e garantias previstos na constituição, o que, consoante Ferrazzo e Lixa (2017), nunca constituiu um ponto de polêmica para os povos defensores da autonomia jurisdicional originária.

Os artigos 191 e 192, por sua vez, sistematizam alguns outros aspectos da jurisdição indígena originária campesina, como as possibilidades de sua vigência tendo por base critérios pessoal, material e territorial e a obrigatoriedade que toda autoridade pública possui de acatar as decisões oriundas dessas jurisdições. Outra previsão importante no tema consta do artigo 202, que, nos seus incisos 8 e 11, colocam como competência do Tribunal Constitucional Plurinacional a consulta às autoridades indígenas acerca da aplicação de suas normas nos casos concretos, bem como a resolução de eventuais conflitos entre as jurisdições indígena, ordinária e agroambiental (Bolívia, 2009).

A mais relevante das previsões, entende-se, está presente no inciso II do artigo 179 da Constituição boliviana, que ao sistematizar a organização do Poder Judiciário, assevera que a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena originária campesina não possuem diferenças de hierarquia. Dessa forma, percebe-se a impossibilidade de subordinação de uma pela outra, tampouco de revisão de decisões proferidas nos domínios indígenas. Trata-se de uma relevante previsão, que, na toada do que observam Ferrazzo e Lixa (2017), condiz com os princípios da interculturalidade e da descolonização, por sua vez destacadamente previstos no artigo 9 desta carta constitucional.

A constituição equatoriana, igualmente, caminha para o reconhecimento do pluralismo jurídico e da plurinacionalidade. Jiménez (2012) aponta que, de imediato, a declaração constitucional sobre o caráter intercultural e plurinacional do Estado é uma inovação e um indicativo de avanço em comparação com as ordens constitucionais pretéritas. O pluralismo jurídico é mais detidamente estabelecido no

artigo 171 do texto constitucional equatoriano, que inaugura a seção dedicada à justiça indígena. Prevê-se que as comunidades, povos e nacionalidades indígenas exercerão funções jurisdicionais baseadas nas suas tradições ancestrais e nas regras de direito próprio. Ponto que merece destaque é a previsão de que esse exercício e organização jurisdicional deve garantir a participação e decisão das mulheres (Ecuador, 2008).

No corpo do mesmo artigo, a Constituição do Equador determina que os órgãos e autoridades públicas do Estado observação e respeitarão as decisões provenientes das jurisdições indígenas e que, ato contínuo, essas decisões estarão eventualmente sujeitas ao controle de constitucionalidade. Outra disposição relevante no tema se faz presente no artigo 189, no qual se vê disposto que as decisões proferidas pelos juízes de paz não terão poderão prevalecer sobre as decisões das justiças indígenas (Ecuador, 2008).

Observa-se, com Jimenez (2012), que a promoção de autonomia e autodeterminação aos povos originários implicou diretamente numa maior democratização do país em razão da própria natureza do que é compreendido como justiça no âmago desses povos. O autor referenda que a justiça é concebida e exercida por meio de procedimentos participativos, que envolvem famílias, autoridades e também os jovens. Tem-se que o caráter ritualístico, pedagógico e restaurativo dessa justiça pressupõe participação mais ampla da comunidade, haja vista que o conjunto desses procedimentos e instituições que compõe a vida comunitária constituem a expressão e a base política das suas identidades (Jiménez, 2012). Assim, ao reconhecer a autodeterminação jurídica aos povos originários, conseqüentemente o desenho institucional do Poder Judiciário se vê mais democratizado, mais capaz de expressar a pluralidade cultural inerente à realidade equatoriana, o que igualmente se aplica ao caso boliviano.

Identifica-se, no novo constitucionalismo, uma forma de pluralismo jurídico intraestatal que tem o potencial de tensionar a forma jurídica do direito moderno quando da sua conjunção com os demais elementos axiológicos desse movimento, notadamente aqueles que se fundam na promoção da autodeterminação aos povos originários e na conservação integral dos recursos naturais desses países. Por ser emoldurado pela via intraestatal, está sujeito ao conjunto de limitações operativas da forma jurídica mercantil moderna, sobretudo no que diz respeito às contingências políticas e geopolíticas que determinam e delineiam os horizontes de atuação para

uma real implementação das características mais progressistas das referidas constituições.

Tais limitações podem ser percebidas no imediato desenrolar daquilo que as constituições boliviana e equatoriana projetaram, tanto como tarefas para o legislador infraconstitucional no tocante à competência e incidência dos direitos e jurisdições indígenas, quanto como eixos hermenêuticos interculturais para a solução de eventuais conflitos entre as jurisdições indígenas e a ordinária. Esses são os casos da Lei nº 073, de 2010, chamada Lei de Deslinde Jurisdicional, na Bolívia, e das notáveis decisões da Corte Constitucional do Equador, que vão de encontro às previsões de competência das jurisdições indígenas¹². O que se percebe é um constante desfavorecimento daquilo que foi estabelecido constitucionalmente, constituindo regimes legislativos limitativos das jurisdições indígenas material e formalmente ou, de outro lado, firmando interpretações violadoras dos direitos desses povos.

Numa interpretação da primeira década posterior à promulgação da Constituição equatoriana de 2008, Wolkmer e Maldonado Bravo (2020, n.p.) traçam as seguintes ponderações críticas:

[...] a) os avanços legais não se materializaram em transformações substanciais sobre as instituições e sua ideologia e acabaram reproduzindo as lógicas e os modelos anteriores sob o manto retórico do “novo”; b) não foram criados mecanismos de descolonização e de transição democrática plurinacional; c) os principais elementos das propostas indígenas foram incorporados ao discurso oficial, mas foram esvaziados do seu potencial transformador; d) o modelo interpretativo das instituições estatais permanece reproduzindo a colonialidade, o eurocentrismo e os aspectos discriminadores que dificultam ou inviabilizam as mudanças [...]; e) desde o período da constituinte, a plurinacionalidade não foi adotada de forma transversal e implementada a partir da perspectiva dos movimentos indígenas, sendo que seu eixo jurídico (pluralismo) foi amplamente atacado pelas principais instituições públicas [...]; f) os marcos teóricos e o modelo hermenêutico da Corte Constitucional apresentam fortes características eurocêntricas, nas quais permanece demonstrada a vigência do colonialismo epistêmico e dos limites de uma estrutura jurídica verticalizada e centralizada [...].

¹² A edição e promulgação da Lei de Deslinde Jurisdicional na Bolívia envolveu conflitos na comunidade política que acabaram resultando na previsão de mitigações ao pluralismo jurídico contrárias à Constituição, desenhando um papel quase residual das jurisdições indígenas frente à justiça ordinária (Ferrazzo; Lixa, 2017). No caso equatoriano, Wolkmer e Maldonado Bravo (2020) sublinham que o pluralismo jurídico previsto constitucionalmente vem sendo confinado por interpretações jurisprudenciais tipicamente monistas, que aplica conceitos, teorias e princípios que subordinam as jurisdições indígenas à institucionalidade estatal e ao regime jurídico oficial.

Entende-se que essas podenrações são aplicáveis ao movimento do novo constitucionalismo como um todo e que, ao contrário do caráter geral entonado na crítica feita pelos referidos autores, no sentido de que se trata de uma problemática essencialmente conjuntural¹³, tem-se que as limitações apontadas conformam um conjunto estrutural de barreiras assentadas pela forma jurídica mercantil, que não podem ser integralmente superadas enquanto administradas sob a sua égide. O que se constata é tão somente a possibilidade de tensão a essa forma jurídica – e com isso não se quer minimizar a relevância dessas veredas de tensão. Essas limitações legislativas e hermenêuticas representam a força material e objetiva da forma jurídica e mercantil que, ao mesmo tempo em que preveem garantias e direitos, estabelecem limites e mecanismos de contenção.

Compreende-se, nessa toada, que os espaços proporcionados por esse pluralismo jurídico intraestatal são absolutamente relevantes para a luta concreta imediata, haja vista o histórico silenciamento institucional no tocante aos povos originários, todavia, não podem constituir o horizonte final dessas lutas. É fundamental que o movimento de tensão à forma jurídica mercantil seja fortalecido pela afirmação de institucionalidades, princípios e subjetividades que não tenham como referência última o Estado e o direito modernos. Isto é, compreende-se que os espaços abertos pelo novo constitucionalismo latino-americano devem ser apreendidos como impulsos para manifestações autênticas e não como limite para essas afirmações.

Tem-se que a pluralidade não se concretiza na previsão e permissão constitucional ou legislativa de uma forma outra de jurisdição, pois isso denota, de pronto, uma posição de superioridade hierárquica do Estado como avalista da existência de outras organizações coletivas. Nessa perspectiva, mais do que previsões e regimentos estatais limitantes, a forma jurídica tem de ser tensionada desde a sua exterioridade, desde espaços sociais que não dependem ou não se limitam à institucionalidade como condicionante da ação para a conquista dos seus elementos de dignidade individual ou coletiva. Nesse aspecto, sublinha-se as

¹³ Quer-se observar com isso que os autores não ponderam sobre possíveis limitações estruturais do direito e do Estado mesmos, demonstrando uma certa projeção de que as transformações almejadas são realizáveis no marco da institucionalidade, desde que regidas por uma lógica intercultural. É o que se evidencia nas seguintes afirmações: “A crença no Estado, no direito e no constitucionalismo como possibilidade de transformação da dependência epistêmica e da colonialidade capitalista não tem se realizado como almejado. [...] Infelizmente, as experiências contemporâneas apontam para o fato de que ainda é preciso realizar um profundo processo de descolonização e de libertação das amarras que constituem o absolutismo monista”.

potencialidades dos pluralismos jurídicos extra ou não-estatais, que demandam do Estado e do direito modernos não uma regulação, mas, antes, uma mirada de respeito, consulta, observância, reserva.

Demonstra-se, a despeito de eventuais limitações e inconstâncias, que, além das novas estruturas estatal e jurídica, delineadas pelo Estado Plurinacional e pelo pluralismo jurídico, encontram-se em formação, também, uma gama de novos princípios jurídicos. O novo constitucionalismo, assim, pode ser considerado um movimento histórico de renovação e, ao mesmo tempo, de resgate. Resgate de concepções e horizontes de mundo anteriores à constituição das formas jurídica e mercantil, que, em decorrência dos processos de estabelecimento do sistema-mundo moderno colonial, acabaram por ser secundarizados em favor de concepções externas e renovação de espaços para a prática e reivindicação de direitos humanos, sobretudo dos povos originários. Nas palavras de Gorczewski (2012, p. 62):

É uma sociedade constituída de indivíduos ativos, que designamos como sociedade democrática, entendendo como tal não a sociedade que possui um regime político denominado de democrático, mas aquela sociedade organizada a partir de parâmetros instituídos por indivíduos participativos e incorporados em todas as instituições dinâmicas da mesma sociedade.

O novo constitucionalismo latino-americano representa, nesse sentido, um movimento de regionalização das estruturas classicamente concebidas pelo direito moderno europeu e também pelo norte-americano, servindo, desde o seu princípio, à afirmação e à democratização da condição latino-americana. Os institutos que esse movimento inaugurou compreendem o desafio de universalizar a prática democrática em termos materiais, promovendo os caminhos e instrumentos para tal desde uma perspectiva localizada no espaço e no tempo (Gorczewski, 2009). Nesse sentido, entende-se que o novo constitucionalismo contribui para o enfrentamento do desafio que é “a inclusão universal na verdadeira cidadania” (Gorczewski, 2012, p. 65) e na abertura de inéditos espaços para a instauração de novos processos de direitos humanos.

Observa-se, pois, um destaque ao princípio do bem viver, *suma qamaña* ou *sumak kawsay*, à consideração da *Pacha Mama* como sujeito de direitos e ao pluralismo jurídico. Tais elementos assumiram visibilidade nos ordenamentos jurídicos equatoriano e boliviano, e geraram, em razão disso, novas e relevantes formas de expressão das subjetividades locais, em um sentido de afirmação de dignidades

individuais e coletivas em oposição à histórica invisibilização a que foram submetidas diversas dessas existências. Ante essas inovações jurídicas dos textos das constituições do Equador e da Bolívia e às particularidades dos complexos movimentos que resultaram nessas constituições, é possível estabelecer que o novo constitucionalismo se constitui como um movimento dotado de caracteres singulares, que permitem afirmar e valorizar as particularidades dessas experiências.

4 PLURALISMOS JURÍDICOS E PROCESSOS DE DIREITOS HUMANOS: perspectivas teórico-práticas para o caso dos povos originários do Brasil

Tendo em vista os desenvolvimentos acerca do pluralismo jurídico e dos humanos dos povos originários, pretende-se, neste momento da pesquisa, abordar de forma mais detida as coletividades indígenas brasileiras e os elementos concretos dos seus processos de luta que se estendem por séculos. Ao se recorrer às categorias anteriormente postas, denota-se uma processualidade nas demandas desses povos dinamizada pelas relações entre as autenticidades jurídica, política e institucional indígenas e a paradigmática do monismo jurídico, do modo de produção capitalista e da figura do Estado, engendrada pela colonialidade e pela dependência que afetam a América Latina. Finalmente, observam-se os limites e propõem-se algumas contribuições de duas expressões do pluralismo jurídico no Brasil, a saber, um pluralismo jurídico que referenda a forma jurídica com horizonte progressista, conduzido por uma hermenêutica intercultural, e um pluralismo jurídico que tensiona a forma jurídica mercantil moderna, que, no caso específico, o faz desde o âmbito intraestatal pelo reconhecimento da força normativa dos protocolos autônomos de consulta prévia.

4.1 A processualidade das lutas dos povos originários do Brasil por dignidade individual e coletiva

Interpretar os movimentos dos povos originários do Brasil como expressões de processos de direitos humanos forçosamente se direciona à análise das intrincadas relações sociais estabelecidas a partir da invasão europeia ao continente americano. Isso porque a história indígena pré-invasão é repleta de obscuridades que, hodiernamente, compõem agendas de pesquisas antropológicas, etnográficas e arqueológicas que possuem o escopo proporcionar clareza a muitos desses pontos controvertidos (Cunha, 1992). O que se pode afirmar, de imediato, é que as sociedades ameríndias conformavam complexas estruturas sociais, institucionalidades, legalidades, espiritualidades e idiomas que somente acentuam o tom do eurocentrismo colonizador daqueles que lhes atribuíam a pecha do primitivismo. Este argumento foi o cerne de teorias que, desde o princípio das relações coloniais, cumpriram com o papel justificador da dominação (Losurdo, 2006) e

trataram de diminuir a solidez societária e a riqueza cultural das múltiplas povos que aqui habitavam.

Para o cumprimento dos objetivos deste capítulo são suficientes algumas menções sumárias aos contextos sócio-históricos a partir dos quais se desenvolveram os movimentos de múltiplas etnias originárias brasileiras, sobretudo nos primeiros séculos após a invasão europeia, com a implementação forçada de lógicas institucionalistas, individualistas e formalistas advindas da metrópole que em nada se aproximavam das legalidades indígenas já milenarmente estabelecidas sobre o vasto território continental. Nesse aspecto, Cunha (1992) propõe uma dinâmica relativa às visões que os europeus projetavam sobre os povos originários, que sinalizou transformações no decorrer dos séculos e na medida em que se modificavam os propósitos lançados sobre as populações, os recursos e o território do então denominado “Novo Mundo”.

De acordo com a autora (1992), essa dinâmica tem início com o fato de que durante o primeiro meio século de contato os povos ameríndios foram encarados como parceiros comerciais, notadamente por meio do escambo envolvendo o pau-brasil e outras mercadorias consideradas exóticas pelo olhar europeu. Posteriormente, com a instalação definitiva da colônia sobre o continente, essas relações se alteraram em razão da imposição de novas empresas coloniais que necessitavam de mão de obra em número continuamente maior. Essa perspectiva acabou tensionando sobremaneira as relações com os povos originários e intensificando a subjugação indígena, inclusive direcionada para a reprodução da própria mão de obra com a utilização de indígenas para o apresamento de mais indígenas (Cunha, 1992).

Conforme expressa Cunha (1992, p. 15): “A Coroa tinha seus próprios interesses, fiscais e estratégicos acima de tudo: queria decerto ver prosperar a Colônia, mas queria também garanti-la politicamente”. Nesse contexto, movidos pelos interesses de manutenção política dos seus domínios, tornou-se, com o tempo, conveniente à Coroa o estabelecimento de relações menos conflitivas, com a ideia de que alguns agrupamentos indígenas, sobretudo fronteiriços, poderiam oferecer contribuições para a garantia e até expansão dos limites geográficos de domínio colonial, conformando uma espécie espúria de aliança entre a metrópole e os povos originários. Nessa toada, tem-se a gênese da concepção de um povo substancialmente miscigenado que valorizava igualmente suas diferentes origens, em

que “índios e brancos formariam este povo enquanto os negros continuariam escravos” (Cunha, 1992, p. 16).

No decorrer dos séculos, sem ignorar a continuidade dos conflitos por sobre o extenso e heterogêneo território e, também, a relevante atuação da Igreja e da ordem jesuíta no exercício de mais uma faceta da dominação, a espiritual, tem-se o descobrimento de mais riquezas naturais a serem oferecidas pelas terras brasileiras, com destaque para o ouro. Nas palavras de Galeano (2020, p. 82), “assim entrou na história, impetuosamente, a região de Minas Gerais: a maior quantidade de ouro até então descoberta no mundo foi extraída no menor espaço de tempo”. Razão pela qual os séculos 18 e 19 consolidaram mais uma das mudanças de rumos nos interesses coloniais europeus com relação aos povos originários brasileiros, que passaram da mão de obra para as terras indígenas e, ato contínuo, para o subsolo indígena (Cunha, 1992).

A passagem do século 19 para o século 20, por sua vez, sinalizou um processo de constituição burocrático-administrativa do Estado brasileiro, em que ocorria a governamentalização de diversos serviços e funções que, anteriormente, eram exercidas de forma pulverizada por diversos aparelhos privados (Lima, 1992). Nesse contexto, surge o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), no ano de 1910, como a primeira instituição governamental instituída especificamente para a gerência das relações entre o poder estatal oficial e os povos originários. Segundo Lima (1992), o SPI foi constituído e guiado, até o fim da sua atuação, pela ideia de transitoriedade dos índios, considerada em função dos seus graus de civilização, instituindo, em razão disso, práticas de assimilação indígena com fins de utilização comercial das suas terras e aplicação da mão de obra. No histórico da regulação dessa instituição pode-se notar expressões como “missão civilizadora”, “atrair e pacificar”, “nacionalização dos silvícolas”, “pedagogia da nacionalidade” e do “civismo”, dentre outras que denotam o espírito geral da legislação indigenista na primeira República brasileira (Lima, 1992).

Demetrio e Kozicki (2019) fazem o destaque de que o período da ditadura militar no Brasil (1964-1985) significou uma afetação ainda maior ao contingente populacional indígena, em função do fortalecimento da ideologia do progresso capitalista por meio da expansão industrial e de infraestrutura em direção às regiões de predominante presença originária, como foi o caso dos projetos da Rodovia Transamazônica, da Hidrelétrica de Belo Monte e da rodovia Perimetral Norte. Esses

processos envolveram a remoção forçada de territórios, assassinatos, encarceramento e escravização de diversas etnias. Destaca Cunha (1992) que há, aí, uma outra mudança na percepção dos povos originários, que passam a ser considerados inimigos públicos, representando riscos à segurança nacional e ao desenvolvimento dos objetivos da nação, conseqüentemente, passam a ser considerados criminosos.

Essa breve contextualização permite observar que a ideologia da superioridade civilizadora da conquista europeia se fez presente e efetiva em efeitos materiais desde o princípio das relações do centro capitalista com os povos originários e os territórios da América Latina e do Brasil, no particular. Por outro lado, não se pode homogeneizar a reação desses povos diante das agressões sem incorrer, com isso, numa simplificação da já destacada complexidade intrínseca às sociedades indígenas. Com essa ressalva quer-se afastar a ideia de passividade e aceitação irrestrita, pelas etnias originárias, das violentas práticas colonizadoras e, por essa mesma via, quer-se afirmar a condição dessas etnias como agentes da própria história. Com esse direcionamento, Cunha (1992) faz menção a uma “política indígena”, paralela à “política indigenista” colonial.

Nesse mesmo sentido, Perrone-Moisés (1992) também ressalta a necessidade de se considerar cada processo de acordo com as especificidades históricas e culturais do povo em questão. A autora faz menção ao fato de que houve povos que aceitaram pacificamente a assimilação, assim como a existência de chefes de tribos e comunidades que agiram de modo ativo pela integração de seus grupos. Da mesma forma, outros agrupamentos, sem necessariamente abandonarem seus territórios e práticas, formaram alianças e coalizões com os colonizadores e as instituições governamentais. É possível observar, ainda, diversas comunidades que assumiram postura de resistência a toda e qualquer tentativa colonizadora, como aborda e descreve Ribeiro (1985).

Uma aproximação mais detida a essas relações como processos de direitos humanos revela que “a história dos índios não se subsume na história indigenista” (Cunha, 1992), e, em consequência disso, tem-se claro que as manifestações jurídicas dessas lutas históricas compõem apenas um dos elementos dessas dinâmicas. A processualidade concreta dessas lutas, portanto, possui na práxis dos seus movimentos o seu principal substrato, de forma a apontar um pluralismo sociológico, filosófico e jurídico intrínseco a cada episódio, fundamental como

pressuposto para essa análise teórica que carrega como objetivo principal a compreensão das suas particularidades com a consideração da alteridade dos povos originários.

Diante desse contexto, os elementos da práxis e da teoria dos diversos processos continuamente conduzidos pelos povos originários brasileiros necessitam de aproximações atentas às suas historicidades. Em razão da multiplicidade cultural, geográfica, espiritual, populacional, dentre outras variáveis, os processos de direitos humanos desses povos e comunidades estarão movidos por diferentes objetivos e demandas diante dos poderes instituídos. Os parâmetros comunitários e individuais de dignidade semelhantemente serão definidos em razão das especificidades socioculturais desses povos e dos seus entornos, o que implica numa necessidade de abertura teórico-prática efetiva para a interculturalidade, sem que se incorra em uma imposição de valores e ideais quanto à concepção de vida digna como, predominantemente, se tem desenvolvido quando da abordagem institucional dos direitos humanos dos povos originários.

O elemento do reconhecimento institucional das demandas dos povos originários no Brasil, que historicamente contou com uma postura de assimetria cultural que justificava o estabelecimento de tutela estatal para com as comunidades indígenas, mais uma vez se encontra num processo de ressignificação, sobretudo a partir da tonalidade assumida nas legislações oficiais nacionais e internacionais desde a metade final do século 20. É importante, nesse contexto, situar a Constituição Federal de 1998 no âmago do constitucionalismo latino-americano e como se manifesta o tratamento dos povos originários, sumariamente, no contexto da normatividade nacional.

Diante dos avanços dos textos constitucionais equatoriano e boliviano vislumbra-se mais claramente que a orientação do constitucionalismo brasileiro é caudatária de uma tradição teórica e pragmaticamente afeita ao monismo jurídico e estatal, em que o pluralismo é considerado uma espécie de carência de regulamentação a ser tratada e superada pela normatização estatal (Taroco, 2021). Yrigoyen Fajardo (2011) identifica a Constituição Federal de 1988 no marco do ciclo do constitucionalismo multicultural da América Latina, sendo este o ciclo que, a despeito de ter promovido o reconhecimento uma diversidade cultural interna, não avançou na direção do reconhecimento do pluralismo jurídico propriamente dito, tampouco modificou ou abriu espaços para a modificação estrutural do caráter

monista do Estado. Tem-se, assim, o estabelecimento de um multiculturalismo de semântica limitada.

Nessa linha, Amado (2015) desenvolve a ideia de que a expressão “direito dos povos indígenas” contempla dois aspectos, a saber, o direito indigenista, elaborado e positivado pelo Estado quando do trato normativo dos povos originários, e, de outro lado, o direito genuinamente indígena, que se refere às composições normativas e institucionais estabelecidas no âmbito das próprias coletividades indígenas. Nesse sentido, no que toca ao tratamento dos povos originários, vislumbra-se, no Brasil, a conformação de um direito indigenista recorrentemente aplicado em detrimento das singularidades dos direitos indígenas. O autor interpreta que até a promulgação Constituição Federal de 1988 e da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a legislação indigenista brasileira expressava evidente caráter integracionista e pretensão de superioridade cultural com relação aos seus povos originários.

A CF/88 prevê, nos artigos 231 e 232¹⁴, uma breve regulamentação acerca dos direitos dos povos originários do país, reconhecendo sua organização social, costumes, idiomas, crenças e tradições, além de estabelecer que esses povos detêm a titularidade dos territórios que tradicionalmente ocupam, ponto este bastante sensível diante da obscuridade e brevidade do dispositivo. Observa-se, pois, que não há maior desenvolvimento acerca das normatividades indígenas ou previsão de competência para autodeterminação em termos políticos e jurídicos, o que implica, em uma primeira aproximação, no não reconhecimento expresso do pluralismo jurídico pela Constituição e permite constatar a timidez do multiculturalismo nela declarado.

Além disso, tem-se a vigência da Convenção nº 169 da OIT no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que promulgada pelo Decreto nº 5.501, de 19 de abril de 2004, e, atualmente consolidada, junto de outras convenções e recomendações da OIT, no Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Trata-se de uma legislação que revisa e redireciona os termos consolidados na precedente Convenção nº 107, e, por isso, representou avanço na proteção dos direitos coletivos dos povos originários, prevendo

¹⁴ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...] Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

uma gama de direitos e garantias com foco na promoção da autodeterminação dessas coletividades e não na sua assimilação cultural pelo Estado e pela concepção monista de nação.

A apreciação do elemento da eficácia dos processos de direitos humanos dos povos originários brasileiros contempla, ao menos, duas facetas que se desenvolvem de forma inversamente proporcional: a eficácia do direito indigenista colonizador e assimilacionista e a eficácia das previsões de garantia à autodeterminação desses povos, presentes nas legislações nacionais e internacionais mais recentes. Quanto ao primeiro, Ribeiro (1985) aponta de maneira seminal diversos processos que, ao longo do século 20, significaram a dizimação de etnias seja pela violência nos confrontos de interesses, seja pela denominada transfiguração étnica. O autor descreve, por exemplo, como os povos do vale do Rio Negro, na Amazônia, tiveram de encarar as investidas do crescente extrativismo, assim como inúmeras tribos espalhadas pelo centro-oeste brasileiro confrontaram-se com o estabelecimento da expansão pastoril (Ribeiro, 1985).

Souza Filho (2003), no mesmo sentido, descreve como o histórico da relação entre as estruturas modernas e os povos originários não ofereceu lugar para coletividades no interior da dicotomia entre o cidadão e o Estado. O autor aponta como exemplos a extinção do povo xetá, que dominava a região da Serra dos Dourados, no Paraná, até ser completamente extinta em razão do avanço da exploração imobiliária. Além desse caso, tem-se a sinuosa história do povo guarani, que, por séculos dominou a região sul da América do Sul, e, ao longo do tempo, perdeu espaço e população em razão de guerras, tentativas de acultramento e dispersão geográfica (Souza Filho, 2003). É significativo o número de casos e exemplos históricos que podem ser apontados para retratar o longo processo de subjugação cultural sofrido pelos povos originários do Brasil, o que remete a uma verificação de eficácia dessa política de longa projeção no espaço e no tempo.

Em sentido contrário, denota-se uma dificuldade na garantia efetiva das previsões direcionadas aos povos indígenas brasileiros. São patentes as tensões que afloram em função das demandas das múltiplas etnias resistentes no território nacional e as instituições privadas e as representativas, estas incumbidas pela concretização dessas previsões e aquelas movidas por desígnios de exploração mercantil de recursos naturais. Nesse aspecto, na medida em que as políticas e legislações integracionistas conduziram seus processos eficazmente, tratando

historicamente os povos originários de forma assimétrica e reduzindo suas populações, as legislações mais recentes, que representaram uma mudança de sentido no tratamento dessas etnias, encontram maiores focos de resistência advindos da institucionalidade mesma.

Consoante Verdum (2022), é possível apreender, diante dos contextos político e social da atualidade, uma nova política indigenista direcionada ao enfraquecimento substantivo dos processos de demarcação de terras indígenas, ao protecionismo a iniciativas mercadológicas privadas em territórios ainda não demarcados e ao avanço no acesso e decorrente exploração por esses agentes privados dos recursos naturais dos extensos territórios reivindicados por comunidades originárias. De acordo com dados do Conselho Indigenista Missionário - Cimi (2022), no ano de 2022 foram registrados 158 casos de conflitos relativos a direitos territoriais indígenas, espalhados por 22 estados do Brasil, dado que sinaliza uma tensão existente acerca dos direitos territoriais garantidos aos povos indígenas, cabe dizer, amparados constitucionalmente.

Tratam-se de conflitos baseados na reivindicação dos povos originários sobre territórios historicamente ocupados, e, por outro lado, agentes privados que contestam esses direitos e intentam a exploração econômica em tais espaços¹⁵. Nesse contexto, basta observar que o Cimi (2022) pôde registrar mais de 300 casos de invasões possessórias, exploração ilegal de recursos naturais e danos diversos ao patrimônio de povos originários em todo o território nacional no ano de 2022. Esses casos dizem respeito a áreas já demarcadas que, ainda assim, sofrem com violações. Ademais, não se pode esquecer daqueles casos em que os processos de demarcação de terras são negligenciados pelos órgãos estatais incumbidos, criando focos de incerteza e conflituosidade ainda mais intensos. Quanto a isso, o referido relatório aponta que há 588 casos em que terras foram reivindicadas por comunidades indígenas sem que nenhuma providência administrativa tenha sido tomada para regularização,

¹⁵ A significativa dimensão desses conflitos é evidenciada na tese do marco temporal para a demarcação das terras indígenas. Segundo essa concepção, as comunidades originárias somente teriam o direito de ocupar as terras que já ocupavam ou disputavam quando da promulgação da Constituição Federal, no dia 5 de outubro de 1988. Esse entendimento foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal no dia 21 de setembro de 2023, na decisão do Recurso Extraordinário nº 1017365, com repercussão geral, tornando evidente que tal leitura é inconstitucional, vez que ignora os componentes históricos, sociais e culturais que regem as relações dos povos originários com os seus territórios, que vão além da mera posse de um espaço físico.

evidenciando a omissão e a morosidade relativas ao tratamento dessas demandas (Cimi, 2022).

Para além da ineficácia das previsões relativas à garantia dos territórios, o que recai sobre um ponto nuclear da forma jurídica mercantil, qual seja, a propriedade privada, desde o princípio tensionada pelas relações singulares que os povos originários traçam com a natureza e a territorialidade, numa ideia de harmonia, interdependência e mesmo culto, tem-se, não obstante, violações a direitos sociais básicos que atentam contra a vida de milhares de comunidades indígenas brasileiras. O relatório do Cimi (2022) demonstra, por exemplo, 39 casos de desassistência no âmbito educacional, durante o ano de 2022, além de 87 casos de desassistência na área da saúde e 72 ocorrências de desassistência geral, como a falta de acesso à alimentação, por meio de cestas básicas, à água e à diminuição de territórios em razão da não demarcação.

Denota-se, desse modo, que o elemento da eficácia é um ponto nodal para a análise dos processos de direitos humanos envolvendo os povos originários. Trata-se, por um lado, da eficácia da aculturação e da opressão sistemática contra esses povos, desde a invasão europeia ao continente americano, que, por sua vez, assume configurações e intensidades distintas desde a consolidação das formas jurídica e estatal. Por outro, vê-se uma ineficácia ou, ao menos, uma dificuldade intensificada para a garantia material dos direitos previstos a essas comunidades, que, apesar de ter sofrido um redirecionamento em termos legislativos desde meados do século 20, não permitiu avistar as mesmas modificações nas realidades concretas dessas coletividades.

No que toca ao último elemento a ser analisado nesses processos, as ideologias, compreende-se que a disputa está atravessada pela compreensão acerca da existência mesma de direitos próprios aos povos originários. As ideologias jurídicas que fundamentam, por um lado, a universalização da individualidade liberal, e, por outro, a restrição ao formalismo das normas, divergem, cada uma a seu modo, da condição dos povos originários como sujeitos legítimos de direitos. Dessa forma, os direitos humanos redundam em argumentos de verdadeira opressão (Aguiar, 1984), direcionados à proteção do núcleo material-subjetivo da forma jurídica mercantil, isto é, à manutenção da propriedade privada, do individualismo liberal, da liberdade e igualdade formais e do monismo jurídico-estatal.

Nesse contexto, os discursos dominantes de direitos humanos podem facilmente construir imagens do indígena enquanto obstáculo ao desenvolvimento capitalista ou enquanto criminoso, quando não completamente assimilado. Depreende-se, desse modo, a insuficiência dos direitos humanos quando inseridos nessa lógica de consenso apriorístico ou de catálogo formalista, incapazes de apreender as demandas dos povos originários que se fundamentam em estruturas e princípios anteriores, em termos históricos, à própria constituição do Estado e do direito ocidentais modernos, pois se sustentam em subjetividades coletivas, em projetos de vida que integram a natureza e não a empregam como instrumento do progresso, em instituições que se afirmam no cotidiano do consenso, praticado comunitariamente.

Uma vez realizado esse panorama teórico e normativo de alguns dos fatores que envolvem e atuam sobre os seculares processos de direitos humanos dos povos originários no Brasil, com o destaque dos seus elementos e, portanto, com a constituição do pano de fundo das suas demandas históricas e dos eventuais limites de possibilidade das suas concretizações através do Estado e da forma jurídica modernos, abordaremos, na sequência, aquilo que compreendemos ser manifestações de duas das formas de pluralismo jurídico anteriormente propostas e descritas. Busca-se evidenciar de que maneira o desenvolvimento desses pluralismos pode vir a contribuir, por caminhos distintos e igualmente relevantes, para a concretização de demandas relativas às intensas, constantes e urgentes lutas dos povos originários brasileiros.

Retomando alguns dos contornos dos referidos pluralismos jurídicos manifestos no Brasil, tem-se aquele de teor progressista que referenda a forma jurídica mercantil e aquele que tensiona essa forma jurídica desde o âmbito intraestatal. O primeiro está relacionado com uma concepção progressista de direito e de direitos humanos, que destaca e valoriza uma pluralidade cultural dos povos originários, inclusive em termos jurisdicionais e, portanto, vislumbra possibilidades de atribuição de competências jurídicas e políticas às comunidades originárias, mas o faz sem superar estruturas, conceitos e pressupostos jurídico-estatais da modernidade. Nesse sentido, é um pluralismo jurídico relevante para o enfrentamento de demandas concretas imediatas, mas que está limitado por concepções monistas que projetam na atuação estatal e na incidência do direito moderno caminhos para a superação de opressões estruturais.

O segundo, entendido como um pluralismo jurídico que tensiona a forma jurídica desde os domínios do intraestatal, assim o faz porquanto não limitado a concessões estatais para manifestações que partem de outras racionalidades. Trata-se de um pluralismo jurídico necessariamente interpretado a partir de e em conjunto com concepções que conflitam com a lógica mercantil e apontam para caminhos distintos daqueles que sustentam material e ideologicamente essa forma. A saber, vão de encontro à liberdade e à igualdade meramente formais, à concorrência e à supremacia do mercado, à razão instrumental, ao individualismo. O caráter intraestatal desse pluralismo representa resultados de mobilizações sociais populares, que angariaram a abertura de caminhos pela estatalidade e pelo direito e que devem ser adjudicados de forma radical por esses atores sociais, em especial pelos povos originários.

No subcapítulo imediatamente seguinte será analisado um julgamento da Justiça Federal brasileira, em que a sentença, que resultou absolutória, representa a manifestação de um pluralismo jurídico progressista, de caráter intercultural, reconhecendo aspectos da jurisdição indígena, ainda que sem afastar de todo a atuação estatal para o processamento do conflito. Entende-se que se trata de um caminho relevante para a construção de uma hermenêutica intercultural e dialógica que, respeitando os limites do Estado e do direito modernos, pode sinalizar uma abertura de espaços para a busca imediata de condições de dignidade dos povos originários, historicamente tratados como sujeitos primitivos em processo de transição cultural.

No terceiro e derradeiro subcapítulo, apresentam-se configurações do direito que os povos originários possuem à consulta prévia, livre, informada e de boa-fé quando da projeção de desenvolvimento de empreendimentos que venham a afetar os seus territórios, o que, no caso brasileiro, tem sido operacionalizado por meio dos protocolos autônomos de consulta elaborados pelos próprios povos originários e comunidades tradicionais. Realizar-se-á análise de sentença judicial que declarou a nulidade do processo do licenciamento ambiental do Projeto Mina Guaíba, em razão da ausência de consulta prévia aos povos potencialmente afetados, o que ensejou a elaboração do primeiro protocolo de consulta por povos do estado do Rio Grande do Sul, a saber, o protocolo do Povo Mbya Guarani.

Entende-se ser esta uma expressão de pluralismo jurídico que tensiona a forma jurídica, vez que proveniente de manifestações autônomas e deliberadas desses

povos que expressam suas particularidades, subjetividades, ritos e instituições, consolidando desde parâmetros internos, próprios, os caminhos a serem observados pelo Estado e pela iniciativa privada para sua abordagem em busca de consenso. Acaba ganhando contornos intraestatais na medida em que os protocolos vêm sendo reconhecidos juridicamente, em mais de uma ocasião, como detentores de força normativa, sinalizando um possível foco de tensão em oposição à prática irrestrita de atividades mercantis.

4.2 Pluralismo jurídico progressista: o diálogo intercultural como caminho

A primeira manifestação a ser analisada é a de um pluralismo jurídico que referenda a forma jurídica e mercantil, fazendo-o por uma via progressista. Está expressa na fundamentação da sentença da Ação Penal nº 5002882-22.2015.4.04.7000/PR, prolatada no dia 31 de agosto de 2018 (Brasil, 2018). O caso em questão envolve a prática, suposta, de estupro de vulnerável pelo cacique da Aldeia Kuaray Guatá Porá, pertencente ao tronco guarani e localizada na terra indígena de Cerco Grande, na cidade de Guaraqueçaba, estado do Paraná. Segundo consta da denúncia, o réu, padrasto da vítima, então menor de idade, praticou com esta conjunção carnal entre os anos de 2010 e 2013, resultando daí uma gravidez, sucedida por um aborto. A ação fora inicialmente movida pelo Ministério Público do Estado do Paraná, endereçada ao Juízo da Vara Criminal da Comarca de Antonina/PR, sendo que, posteriormente, a competência fora declinada à Vara Federal de Paranaguá.

Na revisão dos termos da denúncia originalmente proposta pelo MPE-PR, o Ministério Público Federal veio a requerer a absolvição sumária do réu, por se tratar de “erro culturalmente condicionado” (Brasil, 2018), isto é, de fato que não constitui conduta criminosa no âmbito da comunidade indígena, o que seria suficiente para acarretar na não culpabilidade do agente. Dentre as diversas particularidades da instrução processual penal, que, vale dizer, são naturais a todos casos semelhantes a este, ressalta-se o papel fundamental dos institutos do laudo antropológico e da denominada “escuta étnica”, instrumentos que foram responsáveis pelo fornecimento de todo um conjunto de conteúdos históricos, etnológicos e sociológicos, centrais para uma adequada aferição de muitos aspectos da realidade cultural e, notadamente, jurídica do povo e da aldeia em questão.

Desde o princípio da decisão o magistrado priorizou uma postura hermenêutica com horizonte intercultural. Evitou, nesse sentido, uma conduta estritamente legalista, que se faria valer da simples subsunção dos fatos às normas penais oficiais e, ao mesmo tempo, abriu mão de um imediato reconhecimento da jurisdição indígena, o que terminaria por afastar completamente a aplicação do direito estatal. Dessa forma, reconheceu que o panorama legal e constitucional brasileiros não são propícios para uma aplicação direta dos regimentos e institutos jurídicos indígenas, mas, ainda assim, os observou e os conjugou com a processualística do direito estatal, promovendo diálogos por meio de espaços que entendeu abertos pela legislação processual penal e apreendendo ambas as experiências jurídicas com semelhante valoração.

À vista disso, diante das limitações oriundas da timidez do multiculturalismo adotado pela ordenação constitucional brasileira, destaca-se, na decisão, que o reconhecimento da jurisdição indígena por órgãos do Poder Judiciário forçaria o exercício de uma atividade regulamentadora por este poder, pela instituição de matérias e competências jurisdicionais às comunidades originárias que deveria ser precedida por debates com representatividade indígena e, sobretudo, no contexto do Poder Legislativo. Outro problema possivelmente surgido se seguido o caminho do reconhecimento imediato da competência jurisdicional indígena, e, portanto, da ultrapassagem de atribuições judiciárias típicas, seria a implicação do reconhecimento derivado e irrefletido de outras possíveis jurisdições comunitárias como quilombola, campesina, ribeirinha, dentre outras, o que, novamente, demandaria uma série de debates necessariamente qualificados em torno de possíveis distinções entre essas coletividades e eventuais justificações para o não reconhecimento de normatividades em todos esses casos.

Em razão desses e outros temas, o magistrado afirmou que o itinerário para um efetivo reconhecimento de competências jurídicas às comunidades originárias não deveria ser protagonizado por um juízo monocrático, de primeiro grau, mas por meio de debate qualificado e democratizado, com base nas demandas oriundas dos próprios povos envolvidos e com a partição ativa dos demais poderes do Estado e demais institucionalidades interessadas (Brasil, 2018). Esse argumento tem sustentação no fato de que, o Brasil, ao contrário de outros países latino-

americanos¹⁶, não prevê expressamente competência e autodeterminação jurídica aos seus povos originários, demonstrando, como referido no tópico anterior, o caráter substancialmente monista do direito nacional e tornando claros, nesse sentido, os limites do multiculturalismo estampado na Constituição de 1988.

Ao reconhecer esses limites, fora adotada na apreciação do caso, uma postura dialógica por meio da apreensão das jurisdições estatal e indígena, promovida desde o interior da forma jurídica judicial, sem que se incorresse numa completa exclusão, e, conseqüentemente, subordinação e opressão de uma normatividade em detrimento da outra. Na definição dessa atuação jurisdicional intercultural, afirma-se (Brasil, 2018, p. 11):

Penso que o pluralismo jurídico se efetiva quando a multinormatividade se encontra diante de um diálogo (eis porque um “pluralismo dialógico”), com concessões mútuas, alterações normativas recíprocas, interpenetrações de racionalidades, aceitações de semelhanças e diferenças, costuras pragmáticas de efetividade e verdadeiro respeito ético e não apenas jurídico ou moral.

Para concretizar essa hermenêutica intercultural e, portanto, evitar o “assimilacionismo total que ainda marca a história da relações índio-estado brasileiro” (Brasil, 2018, p. 12), foram empregados recursos interpretativos de direito comparado e institutos processuais estatais que possibilitaram a abertura do direito oficial às manifestações concretas da experiência jurídica indígena do povo guarani do litoral paranaense. Ganham destaque, dentre esses instrumentos, o laudo antropológico e a “escuta étnica”.

O magistrado encontrou fundamento para a denominada escuta étnica nos artigos 481 e seguintes do Código de Processo Civil¹⁷, numa espécie de adaptação

¹⁶ Além de Equador e Bolívia, que preveem a competência jurisdicional indígena no *corpus* constitucional, tem-se o caso das constituições da Colômbia, do Peru, da Venezuela e do México. Contudo, entende-se que esses últimos casos não constituem experiências de uma abordagem descolonizadora quanto à autodeterminação jurisdicional originária, própria do novo constitucionalismo latino-americano, pois preveem significativas restrições materiais e formais à sua atuação e incidência.

¹⁷ Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Art. 482. Ao realizar a inspeção, o juiz poderá ser assistido por um ou mais peritos.

Art. 483. O juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou a coisa quando:

I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar;

II - a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades;

III - determinar a reconstituição dos fatos.

Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.

hermenêutica do instituto da inspeção judicial. Por meio desses dispositivos, tornou-se possível um “esforço jusantropológico” para a aferição congruente de uma concreta e complexa experiência jurídica do povo guarani do leste do estado do Paraná, guiada pela orientação cosmológica, pelo caráter coletivista, adaptável e reparador das suas sanções e pela oralidade (Brasil, 2018). Além disso, por meio desse instituto, fizeram-se abertos espaços para a compreensão de diversas particularidades da organização social desse povo, das suas formas de decisão política em coletividade, de participação constante dos indivíduos na gerência de questões sociais, inclusive dos jovens, e das regras para os julgamentos de condutas comunitariamente consideradas inaceitáveis.

Com base na escuta étnica e no laudo antropológico o magistrado buscou sumarizar a juridicidade do povo guarani do leste paranaense, partindo de cinco parâmetros de compreensão: metafísica normativa; contornos de juridicidade; características jurídicas; instituições jurídicas e pragmática jurídica. Quanto à metafísica normativa, o intento era identificar a existência e expressão das ideias de proibição, obrigatoriedade, faculdade, definições de igualdade e justiça, efeitos de violações e possíveis punições. Quanto à percepção dos contornos de juridicidade, a análise recaía sobre as múltiplas fontes da experiência jurídica guarani, como as origens, os sujeitos e os destinatários, envolvendo, para essas definições, a ancestralidade, símbolos religiosos, vinculações tribais, dentre outros fatores. No que toca às características normativas, o decisor destacou a multiplicidade originária da juridicidade, a transmissão geracional, a discursividade e oralidade, a variabilidade do justo, a mutação na aplicação das regras, a difusão pelo convívio, dentre outras (Brasil, 2018).

Sobre as instituições jurídicas, tem-se que são constituídas como personificações da própria juridicidade originária, dotadas das respectivas funções de aplicação do direito e de execução das punições deliberadas. O magistrado reconheceu como exemplos dessas instituições o sujeito coletivo da comunidade, as lideranças tribais, o cacique, e o chamado *tcheramói*, o pajé, órgão representativo direto das divindades, cumprindo este com atuação constante e decisiva em diversos momentos dos processos decisórios. Por fim, quanto à pragmática jurídica indígena, tem-se uma variabilidade dos ritos, essencialmente ritualísticos, e dos cumprimentos

Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia.

das decisões em razão do fato em análise. Nota-se a excepcionalidade das situações em que é possível a comunicação ao Estado, sobretudo quando da ocorrência de homicídios (Brasil, 2018).

Destes grandes blocos de juridicidade, pode-se aferir que o julgamento pelos guaranis é precipuamente fundamentado em função das condutas, que são julgadas como corretas ou desagregadoras do convívio social em comunidade, independente dos sujeitos que as tenham cometido. A partir desse parâmetro, são estipuladas as punições, como a conversa com o pajé da aldeia, que, por sua vez, ouvirá às divindades a respeito do ocorrido e extrairá daí as orientações de julgamento. Além disso, tem-se como possibilidades de sanção o trabalho comunitário por período determinado, o deslocamento para outra tribo, também por tempo determinado, ao mesmo tempo em que há a proibição de penas perpétuas, banimento ou da pena de morte (Brasil, 2018).

Ademais, outras características observadas pelo magistrado, propiciadas pela escuta étnica e pelo laudo antropológico foram: a multiplicidade de fontes jurígenas, como as divindades, as práticas comunitárias, as experiências observadas de outras tribos, as reuniões em casas de reza, a transmissão geracional das tradições normativas, a oralidade e a mutação da aplicação das regras e a alterabilidade das punições em razão dos fatos. Nesse contexto, afirma o decisor: “Das respostas dadas pela Escuta Étnica, percebe-se que o fenômeno jurídico manifestado nas tribos do litoral paranaense compreende uma outra noção de direito, um direito vivenciado, um direito dialogado, logo, a chave de compreensão não pode ser uma categoria fechada e absoluta” (Brasil, 2018, p. 21).

Sustentado por esse arcabouço antropológico, a sentença aponta para a necessidade de uma “subsunção cruzada” dos fatos ocorridos às normas jurídicas estatais em conjunto com as indígenas. Por esse caminho, não fora possível concluir pela tipificação do delito por meio das previsões do Código Penal, mas por uma “definição jurídica diversa” advinda do diálogo com a experiência jurídica guarani (Brasil, 2018, p. 25). Nesse sentido, não se demonstrou como “criminosa”, diante do povo guarani, a conduta praticada pelo cacique. E isso porque a maioria, para os guaranis dessa aldeia, não se dá simplesmente pelo critério etário, mas por um ritual através do qual a, então, mulher passa após a menstruação, o que já havia ocorrido com a “vítima”.

Outro fator cultural que cumpriu papel relevante na apreciação desse aspecto foi a criação dos jovens muito voltada para a vida familiar e para as atividades comunitárias, o que se dá desde muito cedo, acarretando num tratamento diferente aos adolescentes e pré-adolescentes com relação ao peso e à relevância da sua participação nas decisões coletivas. Essa característica tem consequência direta nas práticas de iniciação dos jovens na vida sexual e nos relacionamentos com fins de constituição familiar (Brasil, 2018). A partir disso, fora possível verificar que a concepção e as definições de infância do povo guarani divergem da cultura ocidental predominante e, portanto, a apreciação de eventuais crimes que envolvem a vulnerabilidade do envolvidos consequentemente possuirão fundamentação e consequências jurídicas e sociais distintas.

Demonstrou-se, diante desse referencial interdisciplinar, a atipicidade da conduta perante a jurisdição indígena guarani, fator anunciado pela sentença como “atipicidade cruzada ou étnica” (Brasil, 2018, p. 31). Em consequência disso, o magistrado resolvera pela absolvição sumaria do acusado, com fulcro no artigo 397, III, do Código de Processo Penal¹⁸ e na experiência jurídica do povo guarani, evidenciando como uma leitura pluralista e dialógica é possível de ser desenvolvida ao se considerar os espaços que a legislação estatal brasileira deixa em aberto, notadamente quando se leva a cabo uma postura hermenêutica de fato intercultural e descolonizadora.

A sentença manifesta um pluralismo jurídico que, regido por uma visão intercultural, não se estabelece pela afirmação de hierarquias entre fontes de normatividade e entre legalidades distintas no momento decisório, tampouco trata de forma assimétrica as diferentes experiências jurídicas, mas, antes, intenta lançar mão de um diálogo intercultural entre essas legalidades que possuem orientações, dinâmicas, fontes e horizontes de sentido bastante díspares. Lê-se, na decisão (Brasil, 2018, p. 24):

A descolonização do saber jurídico exige que a complexidade religiosa, a legitimidade das instituições normativas e "jurisdicionais", a mutabilidade, a dinamicidade dos ritos, a multiplicidade étnico-axiológica, a variabilidade das autoridades intra e intertribos, a diversidade da hierarquização dos valores jurídicos, a liberdade, a oralidade, a cosmologia, a reciprocidade, a eficiência, a solidariedade típicas, a agilidade procedimental, a impossibilidade de

¹⁸ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: [...] III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime [...].

codificação e de registro, a coletividade do trato social e suas normas presentes na cultura indígena guarani sejam respeitadas em prol da alteridade jurídica que deve se manifestar [...] quando posta em pluralismo dialógico com o direito estatal.

Partindo dessas constatações e afirmando a existência de uma autêntica experiência jurídica guarani, a decisão manifesta expressamente o intento de “evitar duplas ofensas” (Brasil, 2018, p. 24), e, evidentemente, busca evitar também a ofensa que representa o exercício assimétrico de poder pelo direito estatal sobre a experiência jurídica indígena, e, dessa maneira, realiza uma apreciação intercruzada dos fatos. Aponta-se para a utilização dos ritos processuais penais realizada em conjunto com a aplicação material de sistemas, princípios e sentidos oriundos da pragmática jurídica indígena, optando pela chamada “atipicidade cruzada ou étnica” (Brasil, 2018, p. 28), fundamentada na razão de que a conduta em análise não fora considerada reprovável pela cultura jurídica guarani, e, conseqüentemente, não preenche uma hipotética previsão da figura estatal do estupro de vulnerável conforme essa cultura.

Por esse caminho, essa forma de interpretação, que já se fez presente em outras ocasionais decisões¹⁹, aponta para uma interpenetração jurídica, institucional e cultural que permite viabilizar construções e conquistas com efeitos imediatos para determinadas demandas dos povos originários. Tem-se uma via concreta para a efetivação da autodeterminação de múltiplas realidades comunitárias originárias, que compartilham do intento de assegurar, através dos próprios meios organizativos e por valores espirituais múltiplos, uma existência humana digna, sobretudo quando construída e vivenciada em coletividade.

Dessa forma, entende-se que está expresso na sentença deste caso concreto um pluralismo jurídico que referenda a forma jurídica com tonalidades progressistas, e, além disso, compreende-se que o mais adequado caminho para viabilizar essa abordagem progressista é o da interpretação jurídica com horizonte intercultural. Contudo, uma interculturalidade crítica que, nos termos propostos por Walsh (2012), parte do pressuposto de que o exercício do poder, na América Latina, é atravessado por padrões de racionalização e realização implicados pelas relações coloniais, que

¹⁹ Ver: decisão da Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, pelo Tribunal de Justiça de Roraima (Roraima, 2015).

afetam substancialmente diferentes instâncias do ser social, das subjetividades às institucionalidades objetivas.

Nesse ponto, é relevante a diferenciação entre um horizonte teórico-hermenêutico criticamente intercultural e, portanto, apto a fornecer expressões progressistas, daquele caudatário do multiculturalismo que orientou a ideologia liberal desde a segunda metade do século 20. Ainda com Walsh (2008), tem-se que o multiculturalismo se fundamenta num relativismo cultural que reconhece a dimensão relacional existente entre diferentes culturas em inevitável contato, mas oculta os cortes estruturais da sociabilidade moderna que criam e mantêm as desigualdades e iniquidades culturais em favorecimento a um particular projeto societal estabelecido. Segundo a autora, esta é uma postura tipicamente ocidental que surgiu no intento de contrapor e superar ideologicamente os aspectos mais espúrios da economia política burguesa ostentados pelos acontecimentos da Segunda Guerra Mundial (Walsh, 2008).

Não por outro motivo, a Constituição Federal de 1988 é considerada por Yrigoyen Fajardo (2011) como pertencente a um horizonte teórico e institucional multicultural. O ciclo do constitucionalismo multicultural, para a autora, exprime as tensões existentes entre as demandas indígenas e as resistências dos novos colonialismos, o que determinou a imposição de limites às próprias previsões constitucionais resultantes dessas históricas contradições. Nesse sentido, as constituições representativas desse ciclo exigem dos agentes e operadores responsáveis pela sua concretização uma interpretação pluralista, intercultural, sendo esta a única capaz de resolver determinados tensionamentos de modo favorável aos povos originários.

O multiculturalismo, por conseguinte, expressa um reconhecimento da diferença somente enquanto subordinada a um horizonte comum relativo às dimensões estruturais da sociabilidade moderna e capitalista. Nesse sentido, o conceito “acaba encobrendo a submissão globalizada aos mercados financeiros” (Weissmann, 2018, p. 24). Está longe, portanto, de abarcar e enfrentar os desafios impostos à realidade latino-americana pela dependência e pela colonialidade do poder e do saber e, ademais, é insuficiente para constituir uma hermenêutica jurídica capaz de apreciar as demandas de povos originários que, em razão da sua natureza, explicitam uma série de conflitos envolvendo o núcleo material e ideológico da modernidade ocidental.

A interculturalidade, por outro lado, é um projeto de natureza significativamente mais abrangente, que ultrapassa esse limitado reconhecimento liberal da diversidade, do bem comum e da tolerância para contemplar uma postura desde o princípio afirmativa, ligada às possibilidades de interpenetração entre culturas e à construção compartilhada de um horizonte social multifacetado. Desse modo, consoante o que afirma Walsh (2012, p. 65), a interculturalidade não parte “*del problema de la diversidad o diferencia en sí, ni tampoco de la tolerancia o inclusión culturalista (neo)liberal. Más bien, el punto medular es el problema estructural-colonial-racial y su ligazón al capitalismo del mercado*”.

O exercício de uma hermenêutica com horizonte intercultural, dessa forma, carrega o potencial de ir além do reconhecimento multicultural restringido da pluralidade de cosmovisões para problematizar a historicidade das relações e condições modernas que conduziram e justificaram uma tentativa - e, em muitos casos, o êxito - de apagamento e opressão sistemática de práticas sociais e de subjetividades. Nesse sentido, o pluralismo jurídico progressista, mesmo que referendando a forma jurídica e estatal modernas e, portanto, se utilizando dos aparelhos oficiais, pode ser conduzido pela consideração e aplicação de mecanismos e racionalidades jurídicas plurais, advindos das culturas originárias, por sua vez postas em diálogo com as institucionalidades, o que também pressupõe a existência de espaços dialógicos no âmbito dessas mesmas culturas.

Diante desses aspectos mencionados, tem-se claro que o pluralismo jurídico progressista, que referenda a forma jurídica, é intrinsecamente limitado porque constituído, essencialmente, sobre elementos, conceitos e pressupostos típicos do direito e do Estado modernos e é operacionalizado pelos ritos processuais determinados em função da forma mercantil de sociabilidade. O ponto central e problemático dessa forma de pluralismo é que ela não condiz com as estruturas organizativas dos povos originários e, ainda, se caracteriza por uma capacidade significativamente reduzida de adaptabilidade e incorporação de racionalidades e temporalidades distintas das estabelecidas, exigindo dos agentes dispostos ao exercício da hermenêutica intercultural um esforço teórico e argumentativo expressivo.

Outro fator que simboliza os limites determinantes desse pluralismo jurídico progressista é o fato de que os casos pelos quais ele é expresso somente se fazem percebidos no âmbito pós-violatório, ou seja, trata-se de um pluralismo estruturado e

identificado por meio de manifestações institucionais que, por sua vez, são materializadas desde a da provocação das instituições do Estado pelos agentes em luta, diante de situações concretas de incumprimento, violação, ineficácia, insuficiência, incompreensão. Dessa forma, é expressão de um enclausuramento de perspectivas e possibilidades que, amiúde, se afirma após a ocorrência de uma cadeia de atentados a direitos, notadamente relativos às etnias indígenas, coletiva e individualmente considerados.

Sob essa visão, a riqueza inerente aos direitos humanos enquanto processos pela busca da dignidade dos povos originários é forçadamente reduzida às instrumentalidades estatais e, não obstante, submete-se às circunstanciais possibilidades de abertura hermenêutica pelos agentes e instituições desse Estado. Portanto, no caminho do que assevera Douzinas (2009), toda vez que um sujeito ou coletividade oprimida aciona e emprega a linguagem do direito e do Estado modernos, está se conectando a uma particular metafísica, moralidade e política, e, conseqüentemente, estará limitado, em efeitos e perspectivas, pelas fronteiras do monismo liberal-individualista que, historicamente, tem-se mostrado insuficiente para a apreensão inclusiva e atenta às idiosincrasias das sociabilidades dos povos originários.

Destacadas algumas dessas limitações objetivas, tem-se que o teor progressista dessa manifestação pluralista está na prática de uma hermenêutica intercultural. Trata-se de um caminho de diálogo entre experiências jurídicas distintas, mesmo que partindo de uma lógica processual tipicamente monista. Diante do fato de que a justiça oficial do Estado fatalmente é provocada em inúmeros casos, tem-se que, desde o interior do próprio Estado e direito modernos, pode haver caminhos hermenêuticos progressistas que, ainda que representem a interferência estatal sobre realidades outras, pode se fazer de modo a respeitar aspectos da autodeterminação desses povos e subjetividades.

4.3 Pluralismo jurídico intraestatal: polos de tensão desde a contraditória institucionalidade moderna

Este subcapítulo versará sobre uma segunda possível expressão do pluralismo jurídico no contexto brasileiro, este, por sua vez, embebido de potencialidades de tensionar a forma jurídica moderna desde o âmbito intraestatal. A análise terá

fundamento nos modos pelos quais têm se dado o exercício do direito à consulta prévia, livre, informada e de boa-fé, garantido aos povos originários desde a Convenção nº 169 da OIT. Trata-se de um instituto oponível por essas coletividades quando da previsão de medidas da iniciativa privada ou do poder público, pelas vias administrativa ou legislativa, que tenham o potencial de afetar, direta ou indiretamente, os territórios e a organização de determinados povoamentos indígenas, quilombolas ou comunidades tradicionais.

Esse direito envolve uma gama de dispositivos procedimentais que visam garantir o direito desses povos à expressão prévia de consentimento, devida e adequadamente informado, e à livre determinação quando existir possibilidade de afetação externa das suas realidades e dos seus patrimônios materiais e imateriais. A consulta prévia está prevista, dentre outros dispositivos, no artigo 6º da Convenção nº 196 da OIT²⁰, que faz menção ao dever de estabelecimento de procedimentos apropriados para a realização das consultas aos povos interessados, respeitando as formas internas de representação e deliberação, bem como a necessidade de que essas consultas sejam conduzidas com boa-fé e de maneira apropriada, isto é, com a observação das circunstâncias de cada povo.

Além da Convenção nº 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, do ano de 2007, no mesmo sentido prevê e consolida o instituto da consulta prévia, livre, informada e de boa fé. Os artigos 19 e 32²¹, além

²⁰ 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

²¹ Artigo 19 Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

Artigo 32 1. Os povos indígenas têm o direito de determinar e de elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou a utilização de suas terras ou territórios e outros recursos. 17 Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas 18 2. Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo. 3. Os Estados

de outras regulamentações, estabelecem o direito dos povos originários de determinarem estratégias e prioridades próprias no que tange ao emprego de suas terras e dos recursos naturais dela provenientes, assim como instituem o dever do Estado da criação de mecanismos de reparação ou mitigação de danos, naqueles casos em que há previsão de consequências nocivas às comunidades em termos ambientais, culturais ou espirituais.

Em razão dessas garantias, o Estado e a iniciativa privada devem promover consulta quando do intento de desenvolvimento de qualquer ato empresarial, legislativo ou administrativo que tenha potencial de afetar povos e comunidades originárias e tradicionais de determinado território, ou seja, o dever de consulta deve ser observado tanto em processos de legislativos quanto em implantação de políticas públicas ou, ainda, na composição de projetos de exploração econômica. Deve, dessa maneira, ser considerada desde as fases iniciais de planejamento e de estudos de impacto, e não tida como uma mera etapa burocrática a ser verificada e superada já na fase de execução do empreendimento (Silva, 2019). Denota-se que o caráter prévio da consulta é um dos fatores fundamentais desse instituto, que visa, primordialmente, combater a forma com que historicamente se deu a exploração econômica de territórios indígenas sem que a vontade e a dignidade dos povos afetados tivessem sido consideradas.

Nesse contexto, as definições da consulta enquanto prévia, livre, informada e de boa-fé ganham relevo e são dotadas de ainda maior significado considerando as informações consolidadas em cada protocolo em particular. O caráter prévio estabelece os parâmetros e a temporalidade procedimentais, denotando que a própria concepção de medidas e ações pela Administração ou a projeção de explorações econômicas pelos entes privados necessitam ter como requisito a consulta às comunidades afetadas. Por sua vez, a liberdade e a informação demarcam a obrigatoriedade de se estabelecer e se observar critérios mínimos de comunicabilidade entre os dois polos, orientados por diferentes linguagens, o que somente tem condições de efetividade quando da afirmação autônoma, por uma cada das partes, do seu próprio vocabulário. A boa-fé, por fim, deve ser um eixo em torno do qual as relações se formam, sem exigir benevolência ou indulgência pelos atores

estabelecerão mecanismos eficazes para a reparação justa e equitativa dessas atividades, e serão adotadas medidas apropriadas para mitigar suas consequências nocivas nos planos ambiental, econômico, social, cultural ou espiritual.

estatais e privados, mas tão somente clareza quanto aos objetivos e repercussões do que está sendo apresentado.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a efetivação do direito à consulta prévia encontrou obstáculos, em muito baseados no argumento de que a ausência de sistematização, uniformização e regulamentação legislativa do instituto prejudicaria a sua aplicabilidade. Taroco (2021) faz referência à tentativa do Poder Executivo, no ano de 2012, de estudar e apresentar proposta de regulamentação interna da Convenção nº 169 da OIT. Contudo, no contexto do julgamento da Petição nº 3.388 pelo Supremo Tribunal Federal, que, na oportunidade, consolidou a tese do marco temporal para a demarcação de terras indígenas, numa interpretação restritiva dos direitos territoriais dos povos originários, a Advocacia Geral da União (AGU) publica a Portaria nº 303, em 16 de julho de 2012, referendando e incorporando as salvaguardas institucionais referentes aos direitos dos povos originários presentes na referida decisão. Essa publicação implicou na retirada da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) dos processos de discussão acerca da regulamentação da Convenção nº 169 (Taroco, 2021).

A premissa de que a operacionalização do direito dos povos originários à consulta prévia estaria sendo obstaculizada pela ausência de regulamentação é uma típica expressão da linguagem do Estado e do direito modernos. Vê-se uma tendência de elaboração normativa, de serem estabelecidas legislações generalizantes, consoantes com a lógica e processualidade monistas. Contudo, conforme o destaque de Souza Filho (2019), o estabelecimento de regras gerais somente buscaria solucionar o desnorreamento estatal perante a inexistência de caminho burocráticos e protocolares a seguir, mas, desde a perspectiva dos destinatários da Convenção, as comunidades tradicionais, quilombolas e os povos originários, somente representaria mais uma forma inepta, uma opressão e imposição cultural de racionalidades alienígenas, frente à pluralidade de regramentos, legalidades e instituições dessas coletividades, que ultrapassa o espírito generalizante das normas do monismo estatal. Diante disso, “a vontade livre não seria apurada, não passaria pelas instituições representativas nem seria possível o acordo e o consentimento” (Souza Filho, 2019, p. 32).

Em consequência disso, as tentativas de regulamentação estatal da consulta prévia foram esvaziadas de debates democratizados e representativos dos povos originários, o que acabou não resultando em nenhuma proposta efetiva (Taroco,

2021). A partir daí, então, teve início um movimento, encabeçado pelas próprias comunidades, para a superação desses obstáculos de aplicação imediata do instituto, através da elaboração dos protocolos autônomos de consulta. Esses protocolos são documentos constituídos de forma interna pelos povos, em que são estabelecidos os procedimentos a serem observados quando há interesse de consulta. Encontram-se ali critérios, diretrizes, formas de decisão comunitária, temporalidades, princípios e regras que deverão ser observados pelo Estado ou pelo sujeito interessado em realizar a abordagem.

Em razão da ausência de guarda estatal e movidos por uma necessidade de combate às múltiplas e constantes formas de opressão pela exclusão e invisibilização, os povos projetaram no instituto da consulta prévia uma forma eficiente de expressão e afirmação das suas realidades, o que se vislumbrou materializado nos protocolos autônomos de consulta. Nesse sentido, entende-se que a manifestação autônoma, ao contrário de uma regulamentação mais generalizante, traduz uma exteriorização genuína dos sistemas e símbolos dos povos e comunidades que sentem a necessidade de expressar as suas particularidades em termos organizativos e mesmo jurídicos. Trata-se de uma sinalização positiva ao pluralismo jurídico no Brasil e à assimilação, pelo Estado e pelo direito oficial, da ideia de que os povos originários constituem suas fontes normativas próprias.

Desde o ano de 2014 os protocolos autônomos de consulta e consentimento vêm sendo elaborados por povos originários de todo o território brasileiro, motivados por diferentes causas e contextos que, de uma forma ou outra, ensejaram a necessidade e a urgência da afirmação e expressão das suas subjetividades coletivas. O primeiro desses protocolos indígenas que se tem registro é oriundo do povo Wajãpi, do estado do Amapá²². E, no ano de 2017, teve início o reconhecimento da juridicidade desses documentos, no processo que envolvia o licenciamento ambiental do Projeto Volta Grande, da empresa Belo Sun Mineração Ltda., que intentava a extração de ouro no município de Senador José Porfírio, região de Volta Grande do Xingu, no estado do Pará (Silva, 2019; Taroco, 2021). Na oportunidade, foi reconhecida a força

²² Os protocolos indígenas, quilombolas e de povos e comunidades tradicionais vem sendo consolidados pelo Observatório de Protocolos Comunitários de Consulta e Consentimento Livre, Prévio e Informado, vinculado aos Programas de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) e em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Podem ser encontrados e consultados no seguinte site: <https://observatorio.direitosocioambiental.org/observatorio-2/>.

normativa e a necessidade de observação, pela empresa e pelo Estado, do Protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) e, em razão disso, foi suspenso o processo de licenciamento ambiental em curso, determinando a consulta de acordo com o referido instrumento.

Diante desse contexto, ganha relevância a decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 5069057-47.2019.4.04.7100/RS, publicada no dia 08 de fevereiro de 2022 (Brasil, 2022). Refere-se a reivindicação ajuizada pela Associação Indígena Poty Guarani e pela Associação Arayara de Educação e Cultura contra a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luis Roessler (FEPAM) e a Copelmi Mineração Ltda., com o escopo de anular o processo de licenciamento ambiental do chamado Projeto Mina Guaíba, fundamentado numa desconsideração quanto às conseqüentes condições dos povos direta e indiretamente afetados pela extração mineral de carvão numa área de 5.000 hectares, que abrangeria territórios dos municípios de Eldorado do Sul e Charqueadas, no estado do Rio Grande do Sul.

O empreendimento afetaria de forma direta e indireta a Terra Indígena Arroio do Conde, a Aldeia Mbyá-Guarani Guajayví e a Aldeia Pekuruty/Arroio Divisa, que, por sua vez, foram ignorados pelo Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e tampouco foram previamente consultadas, seja pelas organizações estatais, seja pelos empreendedores do projeto. Constata-se que houve um desprezo, pelo empreendimento, das situações indígenas, tanto pela não participação da FUNAI durante a elaboração do EIA/RIMA, quanto pela ausência do Componente Indígena no referido documento, o que acaba por demonstrar, não obstante, que a realização de consulta prévia diretamente aos povos afetados, com a observação e o respeito aos procedimentos autônomos, sequer foi considerada pelos empreendedores.

Em sede de defesa, o principal argumento da empreendedora foi de que o direito à consulta prévia teria sido observado e respeitado em razão da participação da FUNAI durante o processo de licenciamento – mesmo a FUNAI demonstrando não ter sido previamente demandada pela empresa, tampouco pela FEPAM, tomando ciência do empreendimento somente em função de informações encaminhadas pelo MPF e pelo Conselho Estadual dos Povos Indígenas (CEPI). Dessa forma, fica demonstrada uma reduzida leitura formalista e burocrática das exigências de participação dos povos originários afetados na cadeia de decisões e direcionamentos

de um projeto que afetaria uma significativa área e um número igualmente significativo de pessoas e comunidades.

Tal argumento fez com que a magistrada competente pelo caso afirmasse que o direito à consulta prévia não se resume a uma mera manifestação formal da FUNAI, mas que exige a participação direta das populações afetadas. Assim, exige-se uma integração efetiva dessas coletividades na integralidade dos processos de tomada de decisão, o que, por sua vez, deveria ser realizado de maneira concomitante às fases de licenciamento ambiental, sob pena de nulidade de todos os atos administrativos que desconsiderassem esse componente (Brasil, 2022). Denota-se, portanto, um desconhecimento acerca das particularidades e das exigências de realização do instituto da consulta prévia e dos requisitos de informação, liberdade e, sobretudo, boa-fé que ele envolve.

A decisão, desse modo, concluiu pela nulidade do processo de licenciamento ambiental do empreendimento Mina Guaíba, sendo que o processo não alcançou ainda o trânsito em julgado, estando concluso para decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região desde o mês de outubro de 2022. Todavia, para além das consequências jurídicas propriamente ditas que o processo possa vir a confirmar ou a modificar, o litígio acabou por dar ensejo à elaboração do Protocolo de Consulta Prévia do Povo Mbya Guarani do Estado do Rio Grande do Sul (2022), sendo que este é o primeiro instrumento dessa espécie proveniente de comunidades indígenas do estado. Nesse documento está determinado as autoridades que devem ser consultadas, os passos a serem seguidos para a realização da consulta, bem como os parâmetros que permitem ao próprio povo estabelecer quando foi efetivamente consultado.

O protocolo realiza o destaque de que, dos territórios tradicionalmente ocupados pelos guaranis, que se estendia por partes do Brasil, da Argentina, do Paraguai e da Bolívia, atualmente existem apenas pequenas e dispersas ilhas. Por conta de migrações forçadas, guerras e processos de colonização, a territorialidade guarani acabou sofrendo com a necessidade de movimentação e busca constante por diferentes locais em que pudessem se estabelecer (Conselho de Caciques, 2022). Em razão disso, vê-se de forma ainda mais marcante a relevância e a urgência da concretização da consulta prévia e dos conteúdos expressos por meio desse protocolo. Esses conteúdos fornecem demonstrativos de como os territórios ocupados por este povo, atualmente, constituem-se como resultado de longos processos

históricos de dizimação e tentativas sistemáticas de desestruturação cultural, política e populacional dessas sociedades.

Após a apresentação das razões do documento, que justificaram a união das diversas comunidades no intuito da sua elaboração, são anunciadas no protocolo as dimensões histórica, política e social que conduziram a sua construção, além de consolidar todo o aparato legislativo que suporta a consulta prévia. Nesse contexto, é estabelecido que

O processo de consulta prévia deve respeitar os modos de ser, fazer e viver característicos do povo Mbya Guarani e os diferentes tempos, pois o tempo do Juruá (não indígena) é diferente do tempo dos Mbya Guarani. Dessa forma, o interessado deve seguir os passos abaixo, conforme orientação do Conselho de Caciques do estado do Rio Grande do Sul (Conselho de Caciques, 2022, p. 17).

O documento, a partir de então, prediz três passos principais a serem observados nas ocasiões de realização das consultas prévias ao povo Mbya Guarani, quais sejam: um primeiro contato com os caciques das aldeias, preferencialmente na forma presencial, para a entrega de um material explicativo que possa vir a subsidiar os debates internos às comunidades e, ainda, para a realização de um pré-agendamento para o retorno, sem que seja exigível qualquer resposta na primeira visita. Após, prevê-se uma nova reunião com as lideranças, na qual serão expostas, na forma mais detalhada possível, as particularidades do projeto, respeitando-se os tempos de diálogo interno entre as lideranças locais, que, por sua vez, dialogarão, na língua materna, de forma intercalada com a exposição do projeto pelos interessados. Nessa etapa é possível que, a depender da complexidade do assunto, sejam agendadas reuniões adicionais, anteriores à etapa derradeira. Finalmente, como último passo, tem-se a reunião de consulta prévia, que deverá ocorrer em todas as aldeias potencialmente afetadas, com a presença de órgãos competentes e respeitando a organização social e espacial local de cada uma, além de contar com os integrais registros e com o estabelecimento de formas de controle do cumprimento do acordado (Conselho de Caciques, 2022).

Ademais, ficam estabelecidos no protocolo os parâmetros de verificação para que o povo Mbya Guarani utilize na definição acerca da realização adequada e efetiva da consulta, levando em conta as particularidades das formas internas de deliberação e exigindo a manifestação expressa do Conselho de Caciques após a conclusão do

processo de consulta. Dessa maneira, consoante o exposto no protocolo, considera-se que o povo foi consultado “quando todos os Guaranis da aldeia possivelmente afetada entenderem como a comunidade será afetada e decidirem se concordam ou não, quais as condicionantes, quais as medidas compensatórias, quais serão as formas de garantia e controle do que ficou acordado” (Conselho de Caciques, 2022, p. 20).

Demonstra-se relevante, a partir da análise desse caso concreto e da manifestação do povo Mbya Guarani do Rio Grande do Sul, que o reconhecimento da juridicidade dos protocolos autônomos de consulta é uma abertura, no Brasil, a um pluralismo jurídico que tensiona a forma jurídica desde o âmbito intraestatal. Essa abertura se faz “*desde abajo*”, sem ter como referência última a regulação estatal, mas, antes, afirmando-se na ausência desta. Nesse sentido, o insucesso da regulamentação, no caso brasileiro, significou um avanço concreto para a autodeterminação dessas comunidades, com a catalisação de movimentos dos próprios povos originários pela expressão das suas condições de dignidade em coletividade, o que deve ser encarado como um processo representativo de direitos humanos que, por meio de elementos práticos e teóricos genuinamente gestados, coloca-se em busca do reconhecimento jurídico como mais um componente de força e resistência face às situações imediatas e objetivas de opressão e tentativas de silenciamento.

Trata-se de uma forma instrumental de tensionar as formas sociais mais nucleares do direito moderno a partir de expressões autênticas e genuínas de povos e comunidades historicamente ignorados, tanto pela institucionalidade estatal quanto pela iniciativa privada, fundamentalmente movidos pela exploração econômica e pela capitalização de territórios considerados sagrados por muitas dessas tribos e aldeias. Nesse contexto, a abertura para essas expressões autônomas dos povos originários pode vir a sinalizar um adequado caminho a ser seguido pela prática jurídica brasileira em geral, na direção do reconhecimento de cosmovisões e racionalidades essencialmente distintas das orientações materiais e ideológicas da modernidade capitalista.

Salutares, nesse aspecto, as observações de Souza Filho (2019), que aponta para o fato de que os bens e os direitos disputados no contexto de eventuais consultas aos povos originários são objeto de diferentes entendimentos e relações pelas partes, apreendidos distintamente na cultura dessas comunidades e nos âmbitos do Estado

e dos agentes econômicos. Enquanto, para estes, os territórios e recursos naturais representam oportunidades de valorização de capital e, conseqüentemente, de benefícios materiais em forma de lucro, para os povos originários esses mesmos bens são envoltos por relações de sacralidade, ancestralidade, fraternidade e estruturação da vida comunitária. Nesse diálogo, “as duas partes, povo e Estado, não estão muitas vezes tratando do mesmo tema, não estão falando a mesma linguagem” (Souza Filho, 2019, p. 43).

Nesse sentido, se interpretados radicalmente e considerados na integralidade dos seus conteúdos e significados, os protocolos autônomos de consulta podem constituir polos de tensionamento da forma jurídica. Onde há pretensão de liberdade contratual e de contratar, esses documentos representam limitações materiais e formais oriundas de formas coletivizadas de vida. Onde existe pretensão de valorização do capital, manifestam impedimentos em favor de relações espirituais com a terra e visões de interdependência e convivência harmônica com o meio natural. Onde o mercado projeta exploração do trabalho e da natureza, constituem-se barreiras cujos fundamentos se assentam nas relações comunitárias e no culto a instituições milenares. Onde a forma jurídica exige formalidade e burocracia pela reverência à segurança jurídica, tem-se a oralidade, o diálogo e a ancestralidade como expressões de relações intersubjetivas genuína e cotidianamente firmadas e resistentes no tempo.

Conforme exposto anteriormente, o novo constitucionalismo latino-americano, ao prever a autodeterminação dos povos originários dos respectivos países, o faz em conjunto com a previsão dos direitos da natureza, da democracia comunitária, da plurinacionalidade e com a irradiação do princípio do bem viver por sobre consideráveis aspectos da estruturação institucional. Em razão desse complexo de previsões e releituras institucionais, tem-se que esse movimento representa a abertura de focos de tensionamento à forma jurídica desde o âmbito intraestatal, isto é, desde uma previsão constitucional. É necessária, a partir disso, a reivindicação radical dessas previsões e a luta pela sua efetivação desde as demandas particulares dos povos originários que vão de encontro às dimensões estruturais da sociabilidade liberal-individualista.

No mesmo caminho, o pluralismo jurídico que se apreende no Brasil a partir dos protocolos autônomos de consulta prévia e do seu reconhecimento como fonte de juridicidade, é capaz de tensionar a forma jurídica, sobretudo se considerado em

conjunto com as tendências latino-americanas de descolonização pela via jurídica constitucional, de busca pela efetividade de princípios comunitários, instituições, procedimentos e ferramentas oriundas das coletividades originárias e axiologicamente opostas ao núcleo material-ideológico da sociabilidade predominantemente mercantil. São caminhos contraditoriamente abertos pela estatalidade e pelo direito que podem sinalizar limitações à mercantilização irrestrita da vida e à captura de subjetividades pelo capital. Desse modo, em razão dos já referidos limites estruturais à emancipação impostos por essas formas sociais modernas e coloniais, esses caminhos devem ser radicalmente adjudicados pelos movimentos de direitos humanos em luta, em especial pelos povos originários.

Destacam-se como caminhos de tensão à forma jurídica mercantil uma vez que rompem idealmente com a cartilha do capital, das relações de dependência e do exercício do poder e do saber coloniais. Não obstante, necessitam de uma assimilação radicalizada, através de uma incorporação e reivindicação integral dos seus significados e dos seus aspectos mais insurgentes e transformadores. Essa exigência encontra suporte na compreensão de que as chamadas condicionantes estruturais da dependência, bem como as instâncias ontológica, epistemológica e política da colonialidade, somente podem ser questionadas e, portanto, tensionadas por meio de movimentos de incisão aos seus suportes e conteúdos materiais e ideológicos estruturais.

Nesse sentido, os povos originários, pela expressão das suas formas plurais de organização política e composição jurídica, ordenados por seus sistemas sociais que se movem baseados em cosmovisões carregadas de sentidos coletivizados, constituem processos de direitos humanos capazes de exprimir relevante resistência à sociabilidade mercantil. Por esses caminhos, podem ser verdadeiros polos de tensão à condição dependente e à colonização de subjetividades, demonstrando formatações sociojurídicas que ultrapassam a individualidade liberal-individualista e se aproximam de uma ética voltada à constituição digna dos indivíduos e coletividades empíricos autome-diados, produtos e produtores da própria vida e dos próprios meios sociais.

5 CONCLUSÃO

Com ancoragem numa perspectiva crítica do direito e dos direitos humanos, ambicionando apreender ambas categorias como totalidades dialéticas atravessadas por condicionantes estruturais e estruturantes, evidenciou-se que o pluralismo jurídico é fundamental ponto de partida teórico para se agregar à conformação estatal da forma jurídica mercantil moderna a rica amplitude de conteúdos e formas de normatividade e composição socioinstitucional provenientes das experiências jurídicas indígenas. Desse modo, estabeleceu-se uma possibilidade de tensionamento do hegemônico exercício do poder colonial, pela via do monismo estatal e ideologicamente posto como a única demarcação teórico-prática possível para o direito. O fenômeno dos direitos humanos, nesse contexto, é concebido como uma categoria processual, dinâmica, capaz de empreender a superação do formalismo e abstração excessivos, que tomam a normatização como critério último para o trato dos processos de luta por dignas condições de vida e serve, ao mesmo tempo, para a superação do ideal liberal-individualista desses direitos, historicamente consolidado como justificação para o menosprezo e a opressão de uma pluralidade de cosmovisões.

Nesse contexto, o dimensionamento de possíveis contribuições da teoria pluralista do direito e dos direitos humanos como processos para o desenvolvimento de uma mais eficaz e deferente proteção dos povos originários no Brasil foi a problemática que guiou esta pesquisa. Questionava-se: quais as contribuições de uma teoria pluralista do direito e de uma concepção crítica de direitos humanos para a proteção dos povos originários no Brasil? O evoluir da investigação demonstrou caminhos e possibilidades para esse propósito, na medida em que se aproximam aportes propriamente jurídicos de categorias estruturais do capitalismo, da modernidade e da colonialidade. Essa aproximação é representativa da complexificação do fenômeno jurídico e, portanto, de maior adequação na colocação de problemas e no evoluir de eventuais medidas de solução, mitigação e superação de obstáculos igualmente complexos.

No primeiro capítulo o que se buscou foi evidenciar os fundamentos teóricos da teoria pluralista do direito e coloca-los em contato com a crítica ao direito desde a tradição marxista. Foram propostas chaves de leitura de distintas expressões de pluralismos jurídicos, sendo possível a observação daqueles que referendam a forma

jurídica e, portanto, manifestam-se no interior da lógica estatal e mercantil, podendo ter entonações progressistas ou conversadoras. Além desses, tem-se os pluralismos jurídicos que tensionam a forma jurídica moderna, seja por meio de afirmações autônomas que não possuem como base a sociabilidade mercantil, seja por meio de aberturas fornecidas, contraditoriamente, pela institucionalidade estatal e pelas formas aparentes judicial e legislativa.

Por sua vez, no segundo capítulo foi explorada a categoria dos direitos humanos, com o intento de crítica às concepções formalistas e idealistas desses processos, que são a principal fonte de ruído e discrepância entre o discurso e a prática em sede de proteção à natureza e à dignidade individual e coletiva da vida humana. Buscou-se consolidar os direitos humanos como uma categoria de base ontológica, que toma a empiria dos sujeitos necessitados a sua pedra de toque e oferece um caminho para um maior ajuste entre as situações concretas e as possibilidades de atuação e reivindicação, levando em conta a materialidade de relações estruturais que, em última instância, condicionam essas esses contextos sócio-históricos.

Foram abordadas as tradições teóricas de fundamentação dos direitos humanos para, em seguida, se interpretar os processos latino-americanos em torno desses direitos. Estabeleceu-se o movimento do novo constitucionalismo latino-americano como uma tentativa de refundação da figura do Estado, pelo Estado Plurinacional, e do direito, pelo pluralismo jurídico, por meio da catalisação de processos libertadores, tendo em vista o evoluir sócio-político de construção de sujeitos históricos até então ausentados, levada a cabo pela dominação e exploração dos Estados periféricos da América Latina. Pôde-se observar significativas inovações jurídico e institucionais conduzidas pelo princípio do bem viver e pela proteção aos direitos da natureza, o que consolidou demandas sociais dos povos originários dos respectivos países e proporcionou uma reestruturação do Estado e do direito, internalizando a multiplicidade étnica dos seus povos nas estruturas institucionais e jurídicas. A presença significativa dos referidos princípios no longo desses textos constitucionais assinala uma possibilidade de mudança de perspectiva na principiologia do direito latino-americano.

Os textos resultantes do novo constitucionalismo latino-americano, portanto, são documentos jurídicos de caráter inovador, que simbolizam um movimento jurídico em construção, ao incorporar particularidades regionais na tentativa de introduzi-las

aos debates e mecanismos que, em última instância, determinam os rumos das institucionalidades. É por conta dessa fundamental característica que o novo constitucionalismo se constitui como movimento e se consagra como um caminho possível para a consolidação de uma realidade democrática que não somente respeita e aceita as singularidades latino-americanas, mas as coloca definitivamente nos locais de deliberação e participação e reforça a ideia de integração entre a existência humana e a natureza.

O pluralismo jurídico, nesse movimento, coloca-se como uma forma de tensão à forma jurídica mercantil, que se desenha como uma chave para o giro descolonial na compreensão do direito como fenômeno social multifacetado, uma vez que, além de albergar o pensamento crítico, permite que emerjam múltiplas respostas às idiossincrasias das sociabilidades locais, abrindo espaços para fenômenos contingentes sem aniquilar as diferenças. Permite ascender uma resposta para além do etnocentrismo e tecnoburocracia eurocêntricos, ao reconhecer nas diferenças, na interculturalidade e na alteridade a fonte real das aspirações dos direitos humanos, impactando de forma significativa o tratamento dos povos originários na América Latina.

Com esse olhar é que o movimento do novo constitucionalismo latino-americano, sustentado por uma teoria pluralista do direito, vai questionar o caráter classista, colonizador e a imposição de princípios burgueses de individualismo e liberdades contratuais que traduzem na propriedade privada um direito natural decorrente da condição e natureza humanas. Ao refletir sobre os processos de colonização e dominação, o monismo estatal mostra sua face deficitária e ideologicamente condicionada, especialmente quando ignora as múltiplas formas possíveis de viver e conviver, gerando a ideia de que o direito, vez que posto, é, *a priori*, capaz de conduzir conflitos sociais.

Pelo último capítulo, perfilaram-se a análise dos processos de direitos humanos dos povos originários do Brasil e a identificação das manifestações de duas formas de pluralismo jurídico, quais sejam, um pluralismo que referenda a forma jurídica com contornos progressistas e um pluralismo jurídico que tensiona essa forma desde o âmbito intraestatal. A partir de dois casos estudados, pode-se observar a materialidade do pluralismo jurídico no Brasil, a despeito da sua não previsão constitucional ou da sua não regulamentação legislativa. Nesse sentido, entende-se que os pluralismos jurídicos não estão limitados ao reconhecimento das juridicidades

indígenas, mas, antes, que esse reconhecimento é uma das múltiplas formas para que se construa um cenário nacional intercultural em que se estabeleçam condições de diálogo entre legalidades.

Compreende-se a relevância da abertura de espaços dialógicos entre as jurisdições oficial e não oficial, ou, ainda, entre o direito indigenista e o direito indígena, o que pode ser apreendido tanto pelo primeiro caso, numa sentença penal absolutória fundamentada na normatividade indígena ainda que estruturada e processada pelo aparato estatal. Identifica-se como uma expressão pluralista estabelecida no âmago da forma jurídica mercantil e limitada por ela, contudo, em razão da sua entonação progressista, é expressão de uma interculturalidade que apreende e aproveita os espaços de diálogo entre direito estatal e as demais experiências jurídicas autênticas e plurais em sentido e configurações.

No segundo caso, apreende uma expressão do pluralismo jurídico que tensiona a forma jurídica desde o âmbito intraestatal. Fundamentalmente por meio da observância da necessidade de expressão das autonomias indígenas quando da possibilidade de interferência externa nas suas realidades, o que, por sua vez, encontrou nos protocolos autônomos de consulta prévia uma ferramenta efetiva, de juridicidade reconhecida, de afirmação e de autodeterminação. Denota-se, assim, uma expressão da pluralidade jurídica que passou a ter seus efeitos admitidos pela jurisdição estatal, o que manifesta condições de coexistência entre experiências essencialmente distintas.

A aprendizagem cultural e a interpenetração entre legalidades desde uma ética da alteridade, que reconheça a razão, a institucionalidade, a sensibilidade do Outro são componentes de uma racionalidade pluralista que pode concretizar os direitos mais fundamentais dos povos originários, independente da previsão ou não previsão constitucional. Para isso, é central apontar que uma teoria do pluralismo jurídico com vistas a um projeto descolonial não pode estar desconectada de uma fundamentação dos direitos humanos como processos reais e conflitivos em torno das necessidades dos sujeitos empíricos e das estruturas que conformam suas realidades concretas. Esse conjunto pode conformar uma racionalidade emancipatória e descolonizadora que compreenda as particularidades do local (não oficial) capaz de estabelecer uma relação dialógica com a totalidade (oficial) sem que isso signifique assimilação, aculturação ou apagamento.

Em vista desses desenvolvimentos, entende-se que o pluralismo jurídico, aproximado à crítica ao direito, apresenta a) caminhos para a superação do formalismo monista que se materializa pela supressão de expressões jurídico-institucionais de diferentes matizes que não a norma estatal; b) a apreensão de distintas potencialidades dessas expressões, em função da sua estruturação e interlocução para com a institucionalidade hegemônica, se congruentes e moldadas pela forma jurídica capitalista moderna ou se potências de tensão da sociabilidade burguesa; c) a clareza dos limites de cada forma de pluralismo, o que evidencia parâmetros de adequação entre as demandas, sobretudo dos povos originários, e os instrumentos operacionalizados pelos agentes em luta; d) uma diversificação do direito brasileiro com vistas à maior inclusão e consideração de culturas historicamente concebidas como primitivas e, portanto, desconsideradas em suas expressões.

Ademais, a leitura dos direitos humanos como categoria processual fundamentada ontologicamente oferece contribuições no sentido de a) priorização das demandas concretas dos povos originários que não são engendradas axiologicamente pelo individualismo e pela instrumentalização dos meios naturais; b) desenvolvimento de discursos e práticas em sede direitos humanos que considerem os cortes estruturais da sociedade moderna/colonial e, portanto, os instrumentos, fenômenos e relações que estão na base do exercício do poder colonial e da condição dependente dos Estados latino-americanos; c) evidenciação da inadequada relação de tutela do Estado e do direito modernos para com os povos originários, o que foi historicamente simbolizado pelas ideologias da assimilação e da integração culturais; d) a demonstração de que o direito é um dentre múltiplos e plurais caminhos e instrumentos possíveis para a reivindicação de condições de dignidade por essas coletividades.

O pluralismo jurídico, assim, torna-se componente relevante no evoluir de processos de direitos humanos dos povos originários brasileiros. Se referenda a forma jurídica, deve fazê-lo com entonações progressistas, encabeçadas por uma interculturalidade crítica que não estabelece aprioristicamente valores às juridicidades, mas conforma espaços de diálogo e interpenetração entre essas expressões. De outro lado, o pluralismo jurídico que tensiona a forma jurídica é decorrente das construções mais autênticas desses povos, no exercício da sua autoafirmação como sociedades e culturas e demandam consideração e valorização

nas suas particularidades mesmas, que, por sua vez, não estão estruturadas ou condicionadas pelas determinações materiais e ideológicas da sociabilidade mercantil moderna.

Nesse sentido, o olhar para as realidades normativas dos povos originários brasileiros e da mais recente composição do constitucionalismo latino-americano pode oferecer os fundamentos filosóficos e jurídicos para a construção desse cenário pluralista no Brasil, que poderá dar um passo além do reconhecido multiculturalismo, na direção de uma interculturalidade descolonizadora. Assim, as experiências dos povos originários não sinalizam somente um conjunto de povos e indivíduos que integram o projeto nacional, mas que são racionalidades autênticas e como fontes de normatividade. Por essa perspectiva, os demonstrados contributos do pluralismo jurídico e da teoria crítica dos direitos humanos, por meio de categorias que unem a análise estrutural à solução de problemas conjunturais baseadas na descolonização constitucional equatoriana e boliviana, na hermenêutica intercultural e nos protocolos autônomos de consulta, são instrumentos que o direito oficial brasileiro pode se valer para o desenvolvimento e o exercício de uma lógica pluralista dialógica e emancipatória.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver**: uma oportunidade para imaginar outros mundos. São Paulo: Elefante, 2016.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

ALBERNAZ, Renata O.; WOLKMER, Antonio Carlos. As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 29, n. 57, p. 67-94, dez. 2008.

AMADO, Luiz Henrique Eloy. Terra indígena e legislação indigenista no Brasil. **Cadernos de Estudos Culturais - UFMS**, Pioneiros, v. 7, n.13, p. 65-84, 2015.

ARAUJO, Luís Guilherme Nascimento de; DIOTTO, Nariel; BRUTTI, Tiago Anderson. A questão do método: teoria geral do direito e materialismo histórico. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 23, n. 45, p. 5-18, jan./abr. 2023.

ATIENZA, Manuel. **Marx y los derechos humanos**. Madrid: Mezquita, 1983.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado (CPE), 7 febrero 2009**. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

BONDY, Augusto Salazar. **Dominación y liberación**: escritos 1966-1974. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Letras UNMSM, 1995.

BRANDÃO, Pedro Augusto Domingues Miranda. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. **Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso de: 05 set. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. Justiça Federal. Nona Vara Federal de Porto Alegre. **Ação Civil Pública nº 5069057-47.2019.4.04.7100/RS**. Decisão de 08 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5069057-47.2019.4.04.7100&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=RS&sistema=&txtChave=. Acesso em: 05 set. 2023.

BRASIL. Justiça Federal. Primeira Vara Federal de Paranaguá. **Ação Penal nº 5002882-22.2015.4.04.7000/PR**. Decisão de 31 de agosto de 2018. Disponível em: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701535733070882820094674636254&evento=807&key=691943d1b98f38df87590e2f0464e50d29ed449ed1e5072386096ee85b21c4a1&hash=da23a0b15c28ceea1e9382d7f3a16c8c. Acesso em: 26 set. 2023.

BRUTTI, Tiago Anderson; ARAUJO, Luís Guilherme Nascimento de. A subjetividade jurídica como condição para a transformação da força de trabalho em mercadoria. **Derecho y cambio social**, Lima, n. 63, p. 1-12, jan./mar. 2021.

CARCANHOLO, Marcelo Dias. A importância da categoria valor de uso na teoria de Marx. **Pesquisa e Debate**, São Paulo, v. 9, n.2, p. 17-43, 1998.

CARCANHOLO, Marcelo Dias. Dialética do desenvolvimento periférico: dependência, superexploração da força de trabalho e política econômica. **Revista Economia contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 247-272, maio/ago. 2008.

CHASIN, José. **Marx**: estatuto ontológico e resolução metodológica. São Paulo: Boitempo, 2009.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales**. Washington, D.C., 2021.

CONSELHO DE CACIQUES DO POVO MBYA GUARANI DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Protocolo de Consulta Prévia do Povo Mbya Guarani do Estado do Rio Grande do Sul**, 2022. Disponível em: <https://observatorio.direitosocioambiental.org/protocolo-de-consulta-previa-do-povo-mbya-guarani-do-estado-do-rio-grande-do-sul-2022/>. Acesso em: 05 set. 2023.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil**. 2022. Disponível em: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-cimi.pdf>. Acesso em: 26 set. 2023.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Introdução a uma história indígena. Em: CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 9-24.

DALMAU, Rubén Martínez. As constituições do novo constitucionalismo latino-americano funcionaram? **Revistas Culturais Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 12, p. 42-67, set./dez. 2018.

DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **¿Se puede hablar de un nuevo constitucionalismo latinoamericano como corriente doctrinal sistematizada?** Em: Nuevas tendencias del derecho constitucional en América Latina, VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: constituciones y principios. Ciudad de México: UNAM, 2010.

DEMETRIO, André; KOZICKI, Katya. A (in)justiça de transição para os povos indígenas no Brasil. **Direito e práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 129-169, 2019.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão**. São Paulo: Paulus, 1995.

DUSSEL, Enrique. Marx's economic manuscripts of 1861-63 and the 'concept' of dependency. **Latin American Perspectives**, Riverside, v. 17, n. 2, p. 62-101, 1990.

ECUADOR. **Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008**. Disponível em:

https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf. Acesso em: 19 jul. 2023.

FAGUNDES, Lucas Machado; PATRÍCIO, Ághata July Goularte; CACIATORI, Emanuela Gava. **Pluralismo jurídico no processo constituinte boliviano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FALCÃO, Joaquim de Arruda (org.). **Conflitos de direito de propriedade: invasões urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERRAZZO, Débora; LIXA, Inove Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição boliviana. **Direito e práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, p. 2629-2657, 2017.

FERRAZZO, Débora; WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico e democracia comunitária: discussões teóricas sobre descolonização constitucional na Bolívia. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 872-895, 2021.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre: L&PM, 2020.

GALLARDO, Helio. **Direitos humanos como movimento social**: para uma compreensão popular das lutas por direitos humanos. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2019.

GALLARDO, Helio. **Teoria crítica**: matriz e possibilidade de direitos humanos. São Paulo: Unesp, 2014.

GORCZEVSKI, Clovis. A participação política como exigência intrínseca e *conditio sine qua non* para o reconhecimento da cidadania. **(Re)Pensando o Direito**, Santo Ângelo, a. 2, n. 4, jul./dez. 2012, p. 47-68.

GORCZEVSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania**: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GORCZEVSKI, Clovis; FRIDERICH, Denise Bittencourt. Movimentos sociais: construindo alternativas para superar os limites da democracia representativa. **Revista Novos Estudos Jurídicos – eletrônica**, Itajaí, v. 24, n. 3, set./dez. 2018.

GROSGUÉL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 80, p. 115-147, mar. 2008.

GUNDER FRANK, André. El desarrollo del subdesarrollo. **Pensamiento crítico**, Havana, n. 7, ago. 1967.

HELLER, Agnes. **Teoría de las necesidades en Marx**. Barcelona: Península, 1986.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. **La fundamentación de los derechos humanos desde la Escuela de Budapest**. Madrid: Tecnos, 1989.

HINKELAMMERT, Franz Joseph. **El sujeto y la ley**: el retorno del sujeto reprimido. Havana: Caminos, 2006.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. Em: BENJAMIN, Walter *et al.* **Textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 117-161.

JIMÉNEZ, Agustín Grijalva. Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador. Em: SOUSA SANTOS, Boaventura de; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva. **Justicia indígena, plurinacionalidad y interculturalidad en Ecuador**. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 51-76.

KATZ, Claudio. **A teoria da dependência cinquenta anos depois**. São Paulo: Expressão Popular, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONDER, Leandro. **O que é a dialética**. São Paulo: Brasiliense, 1997.

LENIN, Vladimir Ilitch. **Imperialismo, estágio superior do capitalismo**: ensaio popular. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

LESSA, Sérgio. **Mundo dos homens**: trabalho e ser social. 3. ed. São Paulo: Instituto Lukács, 2012.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. Em: CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 155-172.

LINERA, Álvaro García. **Indianismo e marxismo**: o desencontro de duas razões revolucionárias. São Paulo: CLACSO, 2008.

LOSURDO, Domenico. **Contra-história do liberalismo**. Aparecida: Ideias e Letras, 2006.

LUCE, Mathias Seibel. **Teoria marxista da dependência**: problemas e categorias - uma visão histórica. São Paulo: Expressão Popular: 2018.

LUKÁCS, György. **História e consciência de classe**: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUKÁCS, György. **Para uma ontologia do ser social I**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

LUKÁCS, György. **Para uma ontologia do ser social II**. São Paulo: Boitempo, 2013.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

MALDONADO BRAVO, Efendy Emiliano. Reflexões críticas sobre o Processo Constituinte Equatoriano de Montecristi (2007-2008). **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 129-151, 2019.

MARINI, Ruy Mauro. Dialética da dependência. Em: TRASPADINI, Roberta; STEDILE, João Pedro (orgs.). **Ruy Mauro Marini**: vida e obra. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MARX, Karl. **Grundrisse**: manuscritos econômicos de 1857-1858: esboços da crítica da economia política. São Paulo: Boitempo, 2011.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro I: o processo de produção do capital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2017a.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: livro III: o processo global da produção capitalista. São Paulo: Boitempo, 2017b.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENEZES, Rafael de Sá. **Crítica dos direitos humanos à luz da leitura de István Mészáros**. Dissertação (Mestrado em Direito). 2013. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MÉSZÁROS, István. **A teoria da alienação em Marx**. São Paulo: Boitempo, 2016.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.

NETTO, José Paulo. **O que é marxismo**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): lutas contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. Em: SOUSA SANTOS (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 111-152.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. Estado e autonomias indígenas na Nova Constituição da Bolívia, **Tensões Mundiais**, Fortaleza, v. 14, n. 26, p. 157-181, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 01 out. 2023.

OSORIO, Martín Bazurco; RODRÍGUEZ, José Luís Exeni. Bolívia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad. Em: SOUSA SANTOS, Boaventura de; RODRÍGUEZ, José Luis Exeni. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012, p. 49-144.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, 2019.

PAZELLO, Ricardo Prestes. **A produção da vida e o poder dual do pluralismo jurídico insurgente**: ensaio para uma teoria de libertação dos movimentos

populares do choro-canção latino-americano. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

PAZELLO, Ricardo Prestes. Contribuições metodológicas da teoria marxista da dependência para a crítica marxista ao direito. **Direito e práxis**, Rio de Janeiro, v. 07, n. 13, p. 540-574, 2016.

PAZELLO, Ricardo Prestes. **Direito insurgente e movimentos populares**: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

PAZELLO, Ricardo Prestes; CAMARGO NETO, Rubens Bordinhão de. Teoria marxista da dependência e teoria marxista do direito: um possível diálogo entre Marini e Pachukanis. Em: GAXIOLA, Napoleón Conde (org.). **Teoría crítica y derecho contemporáneo**. Cidade do México: Editorial Horizontes, 2015, p. 175-196.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livre e índio escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). Em: CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 115-132.

PERUZZO, Pedro Pulzatto. Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil. **Direito e práxis**, Rio de Janeiro, *ahead of print*, 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. Em: SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73-117.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. 2. ed. São Paulo: Círculo do Livro, 1985.

RORAIMA. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0**. Câmara Única, Turma Criminal. Relator: Desembargador Mauro Campello. Decisão de 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://estatistica.tjrr.jus.br/estatistica/extrato-processo?p=0090100003020>. Acesso em: 28 ago. 2023.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SANTOS, Luasses Gonçalves dos. **O interesse público sob a crítica da teoria crítica**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

SARTORI, Vitor Bartoletti. Lukács diante do Direito e da autonomização da esfera jurídica no capitalismo. **Verinotio**, Rio das Ostras, v. 27, n. 1, p. 308-337, jan./jun. 2021.

SILVA, Fabricio Pereira da. Comunalismo nas refundações andinas do século XXI: o *sumak kawsay/suma qamaña*. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 34, n. 101, p. 1-19, 2019.

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). Em: GLASS, Verena et. al. (Orgs.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. p. 47-107.

SMORTO, Guido. Pluralismo jurídico e a difusão dos direitos. **EJLL**, Chapecó, v. 15, n. 1, p. 177-196, jan./jun. 2014.

SOARES, João Gabriel; BASTOS, Elísio. Novo constitucionalismo latino-americano e histórico de centralização política da América Latina: a necessidade de superação da sala de máquinas para alcançar efetivas plurinacionalidades, **Culturas Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 21, p. 77-114, set./dez. 2021.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O fim do império cognitivo**: a afirmação das epistemologias do sul. Belo Horizonte: Autêntica, 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A força vinculante do protocolo de consulta. Em: GLASS, Verena et. al. (Orgs.). **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre determinação**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. p. 19-45.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. Em: SOUSA SANTOS (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 71-110.

TAMANAHA, Brian Z. **Legal pluralism explained**: history, theory, consequences. New York: Oxford University Press, 2021.

TAMANAHA, Brian Z. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. **Sydney Law Review**, Sydney, v. 30, n. 3, jul. 2007, p. 375-411.

TAROCO, Lara Santos Zangerolame. O protocolo de Consulta Juruna (Yudjá) e o caso Belo Sun: espaços multinormativos e possibilidades descoloniais. **Direito e práxis**, Rio de Janeiro, *Ahead of Print*, 2021.

TELES, Gabriela Caramuru. **Relação jurídica dependente e o programa de transição**. 2021. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2012.

VERDUM, Ricardo. O “novo indigenismo” em 2022: desestruturação, desassistência e vulnerabilização. Em: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil**. 2022, p. 37-46.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito**. v. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 9, p. 131-152, jul./dez. 2008.

WALSH, Catherine. Interculturalidad y (de)colonialidad: perspectivas críticas y políticas. **Visão Global**, Joaçaba, v. 15, n. 1-2, p. 61-74, jan./dez. 2012.

WEISSMANN, Lisette. Multiculturalidade, transculturalidade, interculturalidade. **Revista Construção Psicopedagógica**, São Paulo, v. 26, n. 27, p. 21-36, 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. Em: RANGEL, Jesús Antonio de La Torre (org.). **Pluralismo jurídico**. Teoría y experiencias. San Luís Potosí: Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2007, p. 17-35.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de Estado Plurinacional na América Latina. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 18, n. 2, p. 329-342, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos; MALDONADO BRAVO, Efendy Emiliano. Pluralismo jurídico diante do constitucionalismo latino-americano: dominação e colonialidade. **Cahiers des Amériques latines**, Paris, n. 94, 2020.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. Em: GARAVITO, César Rodríguez. **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Pachamama y el humano**. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2011.

ŽIŽEK, Slavoj. Contra os direitos humanos. **Mediações**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 11-29, jan./jun. 2010.