

**PLURALISMO JURÍDICO E ORDEM NORMATIVA: UM DIÁLOGO COM A
TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH**

**LEGAL PLURALISM AND NORMATIVE ORDER: A DIALOGUE WITH AXEL
HONNETH' S THEORY OF RECOGNITION**

Mariana da Silva Cruz*

Joana de Souza Machado**

RESUMO

O presente trabalho, sob a perspectiva da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, procura analisar o fenômeno do pluralismo jurídico nas sociedades multiculturais. Para tanto, discute a crise do paradigma monista, tendo em vista a necessidade de construção de uma ordem normativa que reconheça a diferença como um valor. O trabalho assume como pano de fundo de investigação a sociedade brasileira, que se insere em uma imensa diversidade cultural. De forma meramente exemplificativa, é apresentada a política indigenista no Brasil, em uma análise crítica, com o propósito de se demonstrar a real necessidade de mudança rumo a uma ordem normativa pluralista.

PALAVRAS-CHAVE: Multiculturalismo. Reconhecimento. Pluralismo Jurídico. Índios.

ABSTRACT

This present work, under the perspective of Axel Honneth's theory of recognition, aims to analyze the phenomenon of legal pluralism in multicultural societies. In order to achieve its goals, the work discusses the crisis of monistic paradigm, considering the necessity of building a legal system that recognizes difference as an important value. The work is developed taking as its research background the Brazilian society, which is inserted in a huge cultural diversity. With exemplificative purposes, it is presented the Brazilian Indian policy, under a critical analysis, in order to demonstrate the real necessity of changing towards a pluralistic normative order.

KEYWORDS: Multiculturalism. Recognition. Legal Pluralism. Native people.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: mariana.cruz87@gmail.com

** Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutoranda e Mestre em Direito pela PUC-Rio. E-mail: joana.machado@ufjf.edu.br

1. INTRODUÇÃO

Diante da complexidade das relações sociais existentes pelo mundo todo, é quase impossível encontrar uma sociedade que não seja pluralista.

Se antes se buscava a igualdade, até mesmo através da padronização das culturas e do direito mundial, hoje, o multiculturalismo exige uma nova concepção de normatividade social que seja capaz de transcender as formas de dominação utilizadas pela sociedade tradicional.

Assim, a realidade social traz à indagação se o modelo jurídico atual, qual seja, o monismo defendido pela tradicional Teoria do Estado, é compatível com a presente sociedade e se será capaz de cumprir o seu escopo: a busca da paz social por meio da resolução dos conflitos.

O objetivo geral deste trabalho é demonstrar que em uma sociedade multicultural não se sustenta, ao menos em definitivo, o caminho da opressão, do calar a voz das minorias. Por meio de um exame crítico do conflito existente entre multiculturalismo e a ordem normativa imposta, esta investigação pretende apontar o Pluralismo Jurídico como alternativa para a participação de todos os setores da sociedade na construção do Direito.

O pluralismo advoga a independência das relações adversas, que não fazem parte do padrão imposto pela normatividade estatal, e, ao mesmo tempo em que respeita essas diferenças, busca a inserção das minorias culturais no quadro de participação e formação do Direito e da própria sociedade.

Mapeando-se o estado da arte relativo ao tema, nota-se que no Brasil ainda não foi suficientemente incorporado o debate sobre o pluralismo jurídico, na contramão de alguns países da América Latina, em que esse modelo alternativo de concepção do Direito apresenta-se como verdadeira tendência.

Tendo em vista o objetivo geral deste trabalho, será realizado um estudo de caso em torno dos povos indígenas, meramente exemplificativo do problema investigado, para sustentar a hipótese em investigação: a necessidade de uma quebra de paradigma da ordem normativa.

A comunidade indígena brasileira é composta por várias nações com organização, crenças, línguas e direito próprios.

Por mais que se persista na defesa de um Estado monista, é impossível deixar de reconhecer a coexistência dos direitos paralelos, restando claro que o Estado não mais detém o monopólio da produção jurídica.

De uma forma geral, os autores que escrevem sobre o assunto acabam por se dividir em dois grupos: o primeiro com foco na Teoria Geral do Estado, do qual pode-se destacar Antônio Carlos Wolkmer, com o Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo e o conceito de direito emancipatório; já o segundo, destacando uma visão para além do Direito, com um aspecto sociológico, antropológico e filosófico, com destaque para Axel Honneth, e a luta pelo reconhecimento intersubjetivo.

Para que se entenda a doutrina pluralista, é necessário que se compreendam os conceitos inseridos no contexto de uma sociedade multicultural, principalmente no que cinge à diferença entre tolerância e reconhecimento.

Diante disso, este trabalho busca mostrar que os dois principais focos sobre o pluralismo jurídico podem ser unidos, pois, o que o Pluralismo Jurídico busca é que as culturas consigam viver em pé de igualdade jurídica e não em guerra constante, da qual o vencedor domina o perdedor. E isso ocorre mediante o reconhecimento mútuo dos indivíduos como sujeitos de direitos.

Cabe ressaltar, que este artigo não tem a pretensão de exaurir o tema, mas de fomentar um debate que apenas sussurra perante a doutrina brasileira.

2. O RECONHECIMENTO E A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE NA SOCIEDADE MULTICULTURAL

De acordo com Boaventura de Sousa Santos¹, pode-se dizer que as sociedades contemporâneas encontram-se em um estado de massificação cultural, causado pela globalização econômica e a difusão dos meios de comunicação, ao ponto de se produzir uma verdadeira “crise da identidade cultural”.

Por outro lado, surge no seio das coletividades um processo reverso. Ao mesmo tempo em que uma cultura dominante se difunde e busca a uniformização das relações sociais, os demais grupos se organizam na busca de elementos distintivos dos processos de formação histórica por todo o planeta.

O ser humano tem o direito de buscar sua identidade cultural específica, que irá suprir-lhe a necessidade de autoafirmação inspirada no reconhecimento intersubjetivo.

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

A diversidade cultural é permanente e não um estado passageiro de evolução social. O grito dos esquecidos e isolados tem ecoado com grande força, não só no nosso país, como em todo o mundo.

Pelo quadro atual, conclui-se que diante da complexidade das relações sociais, a massificação cultural em busca da homogeneidade não é mais uma saída capaz de dirimir os conflitos sociais que persistem.

Ao revés, o multiculturalismo se faz presente, com cada vez mais força, na sociedade. Assim, o reconhecimento dos diferentes povos e dos indivíduos que se encontram inseridos nessa diversidade cultural merece uma concepção de normatividade social que seja capaz de transcender as formas de dominação tradicionalmente usadas.

A identidade cultural de um povo é tão importante, a ponto de ser ela o único elemento capaz de atribuir um norte ao indivíduo, no que se refere aos seus valores, princípios e costumes, e por isso pode-se até considerá-la uma espécie de direito coletivo.

O Estado encontra-se em uma briga secular com o equilíbrio entre preservação e destruição dos indivíduos e grupos sociais. Isso porque o excesso de proteção oriundo da ordem normativa estatal pode tornar a minoria cultural e seus indivíduos “objetos de direito”.

Ao perderem o *status* de “sujeitos de direito” os integrantes dessas coletividades perdem a própria individualidade, não só perante a sociedade como um todo, mas, principalmente, diante do seu pequeno grupo social. Com isso, as minorias acabam se transformando em pequenos blocos unitários incapazes de sentirem, dizerem, e almejarem algo. São anulados da sociedade e o que torna isso ainda mais brutal é o fato desse isolamento ser quase imperceptível, notadamente mascarado pela “proteção”.

Cabe explicar que o isolamento acima referido não é compreendido como falta de integração entre as sociedades, ou seja, o isolamento físico, mas sim o isolamento das decisões políticas e demais questões de formação social.

Axel Honneth, na obra “Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais”², teve por objetivo central mostrar a forma de inserção social utilizada por grupos sociais e indivíduos.

De acordo com o autor, a inserção ocorre por meio da luta pelo reconhecimento intersubjetivo, e não por autoconservação.

A autoconservação seria uma forma de preservação solitária e isolada, formação de identidade específica. O referido conceito implica na defesa da eventual dominação que

² HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

poderia ocorrer por parte de outra manifestação cultural, assim, só existiria o grupo dos dominantes e o dos dominados na sociedade. Para que os membros do grupo dominado obtenham reconhecimento, devem aderir às concepções da cultura dominante e abdicando de sua identidade cultural.

Já o reconhecimento intersubjetivo passa pelo indivíduo, o seu grupo social e entre eles e o resto da sociedade, ou seja, cria-se uma teia que se divide em vários setores, que embora sejam individualizáveis, estão interligados.

Com isso, não só se preserva a identidade cultural específica, como também se fomenta a sua formação e compreensão.

Pelo exposto, o reconhecimento intersubjetivo resgata a identidade do sujeito, retira a minoria cultural da condição de objeto de direito e busca o encerramento da prevalência do mais forte.

Dentro de uma sociedade multicultural verifica-se um exercício constante da busca pelo reconhecimento intersubjetivo, que será analisado detalhadamente mais adiante.

Neste momento, o mais importante a ser observado é que a diversidade cultural não pode ser considerada obstáculo para a formação da sociedade, pois o valor das culturas alternativas e o fato de serem elas os veículos para a formação da identidade específica, em face da cultura dominante e opressiva, formam os dois principais elementos e a chave para se compreender o multiculturalismo³.

Não há como negar a diversidade, e é no contexto do multiculturalismo que surgem as minorias étnicas, e a luta pelo reconhecimento desta pluralidade de valores.

Nesse sentido, estabelece-se uma ideia de reconhecimento capaz de perceber o indivíduo tanto como membro de uma comunidade nacional quanto membro de um grupo social específico. E é nesse ponto que o reconhecimento ganha destaque, pois ultrapassa a linha da mera tolerância e vincula-se à noção de respeito à diferença⁴.

O multiculturalismo, portanto, dá ensejo à luta pelo reconhecimento, que faz com que a diferença seja respeitada, e não simplesmente tolerada. A partir desse respeito encontra-se a formação da identidade cultural do grupo e do indivíduo.

³ GOLDBERG, David Theo. *Multiculturalism: A critical reader*. Oxford: Blackwell, 1997.

⁴ “Isto porque a tolerância reflete a aceitação da mais vasta gama de opiniões e diferenças culturais, enquanto não ameaçam e causem danos às pessoas de forma direta. Já o respeito é muito mais seletivo, embora as pessoas não tenham que estar de acordo com uma posição para respeitar, deve-se compreender que suas opiniões e diferenças refletem um ponto de vista moral defensável, que as pessoas podem ou não compartilhar, mas devem por isso respeitar, desde que sejam desacordos morais respeitáveis, não incluindo o ódio racial e étnico”. GUTMANN, Amy. Introducción. In: TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 13-42.

2.1 Multiculturalismo

Para se compreender a relação acima sugerida, entre luta pelo reconhecimento, identidade e multiculturalismo, faz-se necessário estabelecer algumas notas distintivas entre multiculturalismo, pluralismo, universalismo e relativismo.

O pluralismo pode ser compreendido como a característica de um Estado Democrático de Direito de combate ao pensamento único, isto é, o fomento ao debate de opiniões. Entretanto, para que esse debate ocorra, é necessário que os indivíduos estejam em estado de igualdade.

Já o multiculturalismo pode ser compreendido como a convivência em um mesmo território, país ou região, de culturas e tradições diferentes. Pode existir pluralismo dentro do multiculturalismo, se houver o incentivo ao diálogo entre as culturas diversas.

O multiculturalismo, por sua vez, é capturado por lentes diversas, entre as quais, destacam-se a relativista e a universalista.

A abordagem relativista não estabelece critérios mínimos para diálogos entre as culturas, nessa seara tudo é correto e justo. Visto da forma mais radical, as culturas são vivenciadas de forma isolada, embora compreendidas fisicamente no mesmo território.

Noutro giro, o sentido universalista busca um denominador comum capaz de ocasionar o diálogo e convivência entre as culturas. Ou seja, um padrão mínimo de convivência entre os povos.

Há, portanto, notório conflito entre relativismo e o universalismo. O primeiro pode ser entendido como uma forma de tolerância, até mesmo confundido com indiferença, em virtude do isolamento entre as culturas.

A criação do Parque Nacional do Xingu pode ser usada como exemplo do relativismo⁵. Naquela ocasião, os diversos povos indígenas foram colocados juntos, em um mesmo território, isolados do resto da sociedade brasileira, como medida de proteção, situação que persiste até hoje. Com isso, os índios que lá vivem acabaram se transformando em uma espécie de patrimônio nacional, ou seja, objetos de direito. Ademais, a sociedade não aprendeu a conviver com eles, apenas os tolera, e os pontuais encontros são recheados de conflito.

⁵ FILHO, Orlando Villas Bôas (orgn.). *Orlando Villas Bôas: Expedições, reflexões e registros*. São Paulo: Metalivros, 2006.

O universalismo tende a ser mais receptivo ao diálogo e ao exercício da luta pelo reconhecimento para se chegar ao respeito entre as culturas. Nada obstante, o seu modo radical pode ser tão perigoso quanto o relativismo, pois pode ensejar a dominação cultural, mediante juízo de valor sobre as culturas, valorando-as e classificando-as como melhores ou piores.

Por derradeiro, a melhor concepção de multiculturalismo para esse trabalho, seria a universal moderada, no sentido de que ocorra a luta pelo reconhecimento por meio do diálogo entre as diferenças culturais e que as suas manifestações sejam respeitadas.

2.2 A cultura e a formação da identidade

A cultura é um elemento central à figura do multiculturalismo e à justificativa da necessidade do reconhecimento, em virtude de ser entendida como a maneira de um determinado grupo social entender a vida, é a identidade de um povo.

Nesse sentido, a identidade individual é formada a partir da inserção e convivência do indivíduo em determinado meio cultural. Por isso, é tão importante que se trate a sociedade como ela verdadeiramente é: Multicultural. A cultura enquanto memória de valores e compreensões de mundo que formam o sujeito só existe em meio à diversidade.

Como já supra debatido, a diversidade cultural leva à luta pelo reconhecimento que culmina no respeito entre as diferenças. Além disso, o reconhecimento propicia a inserção do sujeito na sociedade, como ele é. Assim sendo, o indivíduo não tem que abdicar de seus valores e costumes para ser inserido no contexto social amplo, ao contrário, a partir do reconhecimento e respeito, a formação da sua identidade se fortifica, pois as suas manifestações culturais não precisam ser “podadas”. O sujeito pode continuar sendo quem sempre foi, mesmo em um contexto social diferente do de sua criação e formação.

2.3 O reconhecimento de Axel Honneth

A luta pelo reconhecimento é o modo de se chegar ao respeito entre as diversas manifestações culturais. Somente pelo reconhecimento consegue-se sair do *status* da indiferença e da falsa compreensão de solução de conflitos trazidos pela tolerância.

O presente trabalho adota como referencial teórico a proposta de reconhecimento articulada por Axel Honneth⁶.

O autor parte da observação de como os indivíduos e grupos sociais se inserem na sociedade. O modo é o reconhecimento intersubjetivo e o instrumento, a luta pelo reconhecimento.

Para o autor, não é a autoconservação que incentiva a inserção social, pois essa pressupõe a anulação de alguma forma de manifestação cultural pela dominação entre os povos.

Os indivíduos não devem buscar uma luta sem fim contra uma cultura prevalente, devem, ao contrário, perquirir a sua própria manifestação cultural e identidade, para que essas sejam respeitadas tais como são, e, assim, sejam reconhecidos dentro da grande sociedade como sujeito de direitos, um ser que de fato existe.

Além disso, o autor explica que a luta pelo reconhecimento é um processo que ocorre em três diferentes esferas: amor, direito e solidariedade. Somente por meio do reconhecimento intersubjetivo dessas três dimensões da vida é que o indivíduo e o seu grupo social formam a sua identidade. Ademais, essas três formas de reconhecimento explicam e justificam a origem das tensões sociais e as motivações morais dos conflitos.

A primeira forma de reconhecimento é compreendida nas emoções primárias: amor e amizade. O autor parte da simbiose existente na relação entre mãe e filho, inspirando-se na psicologia infantil de Donald Winnicott, que chama a fase da simbiose de “dependência absoluta” e “intersubjetividade primária”. Mãe e filho são um só, encontram-se em um estado de indiferenciação.

Na segunda fase, denominada dependência relativa, a criança desenvolve a capacidade afetiva e passa a reconhecer a mãe como um ser de direitos próprios e independente. Também nesse período a criança desenvolve dois mecanismos psíquicos: destruição – atos que a criança pratica quando descobre a independência da mãe, como por exemplo, mordidas no

⁶ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

corpo da genitora; e os fenômenos e objetos transicionais – elos de mediação entre a fase da fusão e separação.

Winnicott ainda descreve que a criança só alcança a criatividade quando fica sozinha com os objetos transicionais (travesseiro, brinquedos, etc.), o que só acontece com a dedicação afetiva da mãe, pois pela confiança na figura materna a criança desenvolve a autoconfiança, que, para Honneth, é o resultado da forma de reconhecimento pelo amor⁷.

O filósofo conclui que o amor só surge a partir do reconhecimento do outro como ser independente. O amor é o fundamento da autoconfiança, é a forma mais elementar de reconhecimento, já que através dele o indivíduo desenvolve a confiança em si mesmo e a própria identidade.

A segunda forma de reconhecimento descrita por Axel Honneth é pelo direito. Enquanto no amor há dedicação emotiva, o que caracteriza o reconhecimento pelo direito é o respeito. Assim como pelo amor, o reconhecimento só ocorrerá a partir do momento em que o sujeito reconhece o outro como um ser autônomo e independente.

Esse entendimento corrobora com o explicitado no início desse trabalho, no que se refere ao fato de que o reconhecimento pressupõe que os indivíduos pertencentes às minorias culturais sejam vistos por eles mesmos, pela sociedade e pelo Estado como sujeitos de direito e não como objeto.

A história do Direito demonstra que a sua evolução se dá pela integração do indivíduo na comunidade e a ampliação das capacidades que o tornam um sujeito de direito. O autorrespeito é o fundamento que transforma a pessoa em um ser moralmente imputável que verifica o reconhecimento pelo direito.

Por derradeiro, a solidariedade. Esta forma de reconhecimento tem por fundamento a autoestima, isto é, uma confiança nas realizações pessoais e na posse de capacidades reconhecidas pelos membros da comunidade.

Nessa seara, ocorre a aceitação recíproca das qualidades individuais que são julgadas a partir dos valores existentes na comunidade.

Ainda segundo Honneth, o desrespeito às autorrelações das formas de reconhecimento (amor - autoconfiança; direito – autorrespeito; e solidariedade – autoestima) é o que gera os conflitos sociais. Toda luta por reconhecimento é iniciada por meio de uma experiência de ruptura com as relações acima expostas, ou seja, pelo desrespeito. As relações sociais seguem a seguinte lógica: violação (desrespeito), luta por reconhecimento e mudança social.

⁷ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

Cabe ainda destacar a importância da eticidade na teoria de Honneth. A eticidade é o conjunto de práticas, valores e instituições que formam uma estrutura de reconhecimento intersubjetivo, por conseguinte, é o que forma a identidade do indivíduo. Essa concepção fica limitada ao momento histórico e contexto em que o indivíduo está inserido, é a formação tanto do sujeito como ser autônomo, quanto membro de uma forma de vida cultural específica.

Enfim, o conceito de eticidade tem por objetivo alcançar todos os aspectos necessários para o verdadeiro reconhecimento, nas esferas do sujeito e da comunidade⁸.

3. O PLURALISMO JURÍDICO E A ORDEM NORMATIVA BRASILEIRA

Pela leitura do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁹ observa-se que o constituinte originário concebeu a sociedade brasileira como pluralista.

Não obstante se diga que o referido texto da Carta Magna não é dotado de força normativa, ele direciona os valores da sociedade, criando as bases e os fundamentos não só do ordenamento jurídico brasileiro, mas de toda a ordem social.

Assim, o preâmbulo serve como ponto de referência da análise concreta da sociedade brasileira como pluralista, constatando-se a abertura da identificação do Pluralismo Jurídico no Brasil como forma de se garantir o respeito às culturas diversas, sendo os seus membros sujeitos de direito.

Cabe observar que o Pluralismo Jurídico não é uma discussão pontual, mas sim uma tendência, originada das discussões dentro das ciências humanas acerca do rompimento dos padrões tradicionais. Wolkmer denomina o referido debate de “crise dos paradigmas”¹⁰.

Na doutrina pluralista busca-se uma forma de substituir os conservadores padrões valorativos de fundamentação e de legitimação do monismo tradicional.

⁸ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

⁹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social** e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASIL, Constituição Federal de 1988.

¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, 3ª edição;

Antes, pensava-se que a denominada “paz social” em uma sociedade multicultural só poderia ocorrer através de uma força dominante que se impusesse perante as outras. Todavia, a luta pelo reconhecimento não falece, a busca pela identidade cultural é instintiva e natural, e, por isso, os conflitos continuaram a acontecer.

Diante disso, analisa-se a insuficiência do Estado puramente Monista para contemplar a atual complexidade social.

Assim, surge a necessidade de autorregulação (ordenamentos jurídicos paralelos), cuja força está diretamente vinculada ao grau de autonomia e identidade dos sujeitos sociais capazes de fixar preceitos a serem seguidos e respeitados pelos membros da comunidade.

O Direito não é estático, a sua beleza está exatamente na grande capacidade que essa Ciência tem de se reconstruir e acompanhar as mudanças sociais que são necessárias para o mundo.

3.1 O paradigma monista

Com origem entre os séculos XVIII e XIX, a teoria moderna do Direito corresponde a um projeto de normatividade iluminista e tem como fundamento a concepção de valores identificados à segurança e centralização política, culminando em uma cultura disciplinar monista, o Direito Moderno Burguês.

Para o Monismo Jurídico, o Estado é o centro único do poder, detentor do monopólio da produção das normas jurídicas. A lei é válida pelo simples fato de ser ela lei e sua legitimidade é decorrente da observância do devido processo legislativo, ou seja, as normas técnicas pré-estabelecidas. Basta a legitimidade democrática da representatividade do Poder Legislativo para que seja legítima e dotada de respeitabilidade. O excesso de formalismo na fabricação de normas acaba reduzindo a legitimidade à legalidade e torna inviável qualquer referência a questões subjetivas. O Direito é legitimado por si mesmo, é autorreferenciado, isto é, o ordenamento jurídico é autossuficiente.

Neste ponto, tem-se como consequência a sensação de que as normas foram descoladas da realidade social, constituindo uma realidade autônoma e abstrata. Vale citar o exemplo dado por Lucas Borges de Carvalho:

Em termos concretos, isso significa que para o jurista – no âmbito do direito penal, por exemplo – importa apenas se determinado crime é formal ou material, ainda, se admite tentativa ou se pode ou não ser consumado por uma conduta omissiva. Pouco interessa o caráter seletivo do sistema penal ou o fato de que a defensoria pública não possui estrutura para oferecer serviços adequados aos seus assistidos ou, ainda, o fato de a polícia não respeitar as garantias constitucionais quando realiza diligências em bairros periféricos. Problemas como esses, segundo o esquema positivista, estão além do direito, pois envolvem uma análise empírica e valorativa, de maneira que não devem ser objeto da ciência jurídica.¹¹

Pela leitura do trecho acima selecionado, resta compreensível que o Estado não detém o monopólio de produção de normas, e nem o Direito se resume ao direito estatal. Existe um direito vivo na própria sociedade que chega até mesmo a apresentar maior legitimidade que os atos normativos das instituições públicas.

Assim, as teses pluralistas, mesmo com divergências a seguir analisadas, acabam por demonstrar a insuficiência do paradigma monista que se torna incapaz de responder às novas demandas sociais. É clara a necessária retomada do debate sobre a pluralidade de fontes legais.

3.2 Raízes do pluralismo jurídico

O período de início da discussão acerca das ideias pluralistas (final do século XIX e até metade do século XX) é compreendido como o *Pluralismo Jurídico Clássico* e é constituído de uma mistura de estudos sociológicos e filosóficos do Direito com as investigações empíricas realizadas por antropólogos nos períodos coloniais e pós-coloniais.

Já a segunda etapa é vinculada às manifestações heterogêneas das sociedades capitalistas modernas e é denominada de “*Novo*” *Pluralismo Jurídico*.

No fim do século XX e na primeira década do século XXI, encontra-se o chamado *Pluralismo Jurídico “Pós-Moderno”*, que busca explicar a funcionalidade normativa no tempo e espaço da globalidade, a pluralidade de ordenamentos jurídicos. Essa etapa tem como grande divulgador o autor Boaventura S. Santos.

Esta é a divisão tradicional das etapas de evolução do pluralismo. Todavia, no início dos anos 1990, é delineado, na tese de doutorado do Professor Antônio Carlos Wolkmer, o

¹¹ WOLKMER, Antônio Carlos, NETO, Francisco Q. Veras, LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico, Os Novos Caminhos da Contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.15.

Pluralismo Jurídico Comunitário – Participativo, a ser explicado de modo mais detalhado à frente.

3.3 O pluralismo jurídico no Brasil

Na história do Pluralismo Jurídico no Brasil, alimenta-se em boa medida da fonte de Boaventura de Sousa Santos, que, em sua tese de doutoramento, em 1973, retomou os estudos sobre um direito não oficial, porém, amplamente reconhecido e respeitado em uma comunidade. Denomina-o de direito de Pasárgada, fundado em um procedimento aberto, menos burocrático e mais próximo da linguagem comum¹². O autor vislumbra uma forma de emancipação ao direito burguês.

Ressalte-se que a tese foi publicada na década 1980 no Brasil, no fim do regime militar. Naquele momento, naturalmente, ainda não havia espaço propício para se falar de um direito que nascesse do seio da sociedade. Ainda que tenha despertado certa euforia inicial, surgem várias críticas ao direito de Pasárgada, o que dificulta a sua aplicação imediata na Nova Ordem Jurídica Brasileira.

A primeira delas é referente ao fato de que faltava originalidade cultural, pois Pasárgada era constituído dos mesmos valores capitalistas que constituíram o monismo. Isso significa que o “novo direito” não poderia ser compreendido como um direito vivo e espontâneo. Para os críticos, o que as minorias buscavam não era o reconhecimento de um direito alternativo, mas que se fizessem presentes na ordem jurídica estatal.

Já o segundo grupo de críticas cingia-se ao fato de que as comunidades isoladas, até mesmo na busca de seu direito alternativo, procuravam, de alguma forma, introduzir as instituições e o formalismo que norteia o direito dominante.

Após a publicação sobre o direito de Pasárgada, Boaventura modificou os seus estudos, incorporando outras perspectivas ao pluralismo jurídico¹³.

Surge então, o *Pluralismo Jurídico “Pós-Moderno”*, que busca um novo paradigma. O autor frisa que a modernidade é marcada pelo fenômeno da homogeneização das identidades culturais, assim, como reflexo, a dominação do direito estatal¹⁴.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JR., José Geraldo (Org.). *O direito achado na rua*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, p.46-51;

Enquanto em Pasárgada o autor se limitou a tratar da resolução de conflitos entre os moradores de uma mesma comunidade, neste momento, o olhar sobre o direito estatal ganha maior amplitude e é distribuído por seis espaços estruturais e em cada um vigora uma forma de saber e de poder.

O *espaço doméstico* corresponde ao conjunto das relações familiares; o *espaço de produção* é compreendido pelas relações de trabalho; o *espaço de mercado* envolve as relações de consumo; o *espaço da comunidade* é onde se criam as identidades coletivas; o *espaço da cidadania* é a relação entre cidadão e Estado; por fim, o *espaço mundial* integra as relações entre os Estados nacionais.

Filtrando as reflexões de Boaventura Santos a partir do marco teórico de Axel Honneth, adotado por este trabalho, pode-se concluir que o indivíduo não é inserido naturalmente, de forma passiva, nos espaços acima citados, mas sim pela busca do reconhecimento, passando pelas três formas propostas por Honneth¹⁵.

No *espaço doméstico* visualiza-se o reconhecimento pelo amor, ou seja, o indivíduo deve enfrentar a discriminação sexual e a hierarquia das relações familiares para que seja reconhecido como um ser independente, quando, então, existe o amor.

Quanto aos *espaços de produção, cidadania e mundial* o direito é a fórmula de condução do reconhecimento, passando, segundo Honneth, pelo respeito e reconhecimento da independência do indivíduo.

Por derradeiro, no *espaço da comunidade*, verifica-se a solidariedade, que tem como mola propulsora a autoestima, ou seja, a fé do indivíduo nas realizações pessoais e nas capacidades reconhecidas pela comunidade.

Entende-se, portanto, que seja necessário o reconhecimento da pluralidade de direitos, acompanhado, porém, de um reconhecimento mútuo entre esses direitos, por meio de uma rede, caso contrário, seria uma luta por mera autoconservação entre os ordenamentos, o que culminaria em uma guerra sem fim de preponderâncias e dominação de determinada forma de regulação.

¹⁴ Como o presente trabalho adota por referencial teórico a proposta de Axel Honneth, não acompanha a linha “pós-moderna” de Boa Ventura, por entender que o projeto da razão moderna ainda sequer foi concretizado.

¹⁵ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

3.4 O pluralismo jurídico comunitário-participativo

Concomitante às reflexões de Boaventura Sousa Santos, no Brasil, acerca do Novo Pluralismo, é delineado um novo modelo de pluralismo, por Antônio Carlos Wolkmer¹⁶.

O Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo reconhece que nem toda regulação comunitária autônoma e espontânea é justa e legítima. Para Wolkmer, é essencial a distinção entre grupos comprometidos com as causas do justo, do ético e do bem comum.

O grande desafio proposto pelo autor é o de pensar critérios de justiça que atestem a legitimidade de determinada prática e que ao mesmo tempo possam também avaliar as diversas normatividades produzidas no espaço não oficial. Para tanto, são propostos dois tipos de fundamentos.

O primeiro constitui o grupo dos *fundamentos de efetividade material*, o qual representa a busca da satisfação das necessidades humanas fundamentais. O grande diferencial é que nesse grupo é inserido o conceito de sujeito coletivo que supera a visão de sujeito individual do direito tradicional. É a própria necessidade que impulsiona a luta dos movimentos desses sujeitos coletivos.

O segundo grupo é composto pelos *fundamentos de efetividade formal*, o qual busca reordenar o espaço público por meio de uma política descentralizadora e participativa. Procura desenvolver espaços públicos alternativos, nos quais as reivindicações dos novos sujeitos coletivos sejam discutidas, onde as identidades individuais e coletivas assumam, conjuntamente, o papel de agentes históricos de juridicidade.

Em síntese, uma prática alternativa de direito será legítima quando se aproximar dos fundamentos materiais e formais.

Afirma o autor que os fundamentos acima descritos são setas que apontam para um caminho a ser seguido com o fim de construir uma nova cultura no direito, ou seja, a superação do Estado puramente Monista¹⁷.

¹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

¹⁷ “Tal superação implica o direcionamento para um modelo cultural estruturado na proliferação de espaços políticos locais, na pluralidade do “social”, nas prioridades concretas de um mundo de vida compartilhada, na emancipação e libertação de experiências humanas plurais e na construção de um conhecimento que, como assinala Boaventura de Souza Santos, é ‘sempre aproximado, provisório e contextualizado na práxis concreta. Tendência que pauta pela descentralização, autonomia e autogestão das formas de organização sócio-políticas e pelas novas modalidades de relações individuais/coletivas, calcadas na diversidade, alteridade e informalidade de identidades históricas”. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3ª ed. São Paulo, editora Alfa Omega, 2001.

O novo modelo normativo delineado por Wolkmer concebe condições básicas e ideais para o desenvolvimento de uma outra cultura no direito, plural e participativa.

Imperioso se faz destacar que o pluralismo jurídico aqui defendido não é compreendido como uma luta entre opressores e oprimidos, o que resultaria em uma simples inserção destes na cultura opressora, ou a troca de qual cultura estaria no poder de dominação. Pelo contrário, emancipar é dar a liberdade de escolhas, é reconhecer a independência e sobrevivência própria, é permitir o diálogo entre as culturas sem que essas percam a sua própria identidade, é, acima de tudo, reconhecer e respeitar, além da simples tolerância.

Wolkmer ainda realça a importância de práticas alternativas surgidas no bojo do direito estatal, como uma forma de superação do monismo jurídico. Ganham destaques as ações judiciais coletivas e o uso do direito alternativo por magistrados progressistas.

O direito alternativo emancipatório pode ser considerado, à luz da teoria de Honneth, como uma possível concretização do mútuo reconhecimento intersubjetivo entre os ordenamentos jurídicos, a etapa seguinte da rede de conexão e reconhecimento, na medida em que busca, de fato, a emancipação social das minorias culturais.

Para se chegar ao destino proposto por Wolkmer, é necessário que se dialogue com Honneth, pois uma nova cultura jurídica democrática, participativa e pluralista só pode existir por meio da ascensão da luta pelo reconhecimento, na qual os próprios ordenamentos se reconheçam como independentes para que juntos sejam capazes de se constituírem como “novos sujeitos coletivos”.

3.5 Algumas experiências pluralistas

O Pluralismo Jurídico é mais uma situação de fato do que uma construção teórica. Ele se revela na historicidade existencial de cada unidade coletiva na busca de configurar uma expressão de juridicidade que seja capaz de acomodar os anseios e interesses, não necessariamente harmoniosos. Está intimamente ligado com a emergência social das experiências concretas de produção jurídica.

O Brasil se encontra em uma etapa bem menos avançada do processo de ruptura do paradigma monista, do que outros países da América Latina.

Como visto, o pluralismo real não é imposto pelo direito positivo estatal, mas sim construído pela comunidade, diante do reconhecimento intersubjetivo.

Para uma análise mais adequada desse processo, será realizado em capítulo próprio um estudo de caso, meramente exemplificativo, sobre a situação dos índios no Brasil, como forma de ilustrar as diferenças entre pluralismo e monismo.

Antes, entretanto, serão descritos alguns casos bem sucedidos, exemplificados na obra de Vitorelli¹⁸. Vale ressaltar que os casos a seguir delineados contêm inserções de normas no ordenamento jurídico estatal, todavia, será perceptível tratar-se de Pluralismo Comunitário-participativo, ou seja, o reconhecimento de determinada minoria como sujeito de direito e participante de comunidade jurídica – não como objeto – o que ocorre quando apenas se tolera a existência dessas comunidades, criando-se normas meramente protetivas, desprovidas do reconhecimento.

Começando pela Argentina, a Constituição de 1994 afirma ser de atribuição do congresso nacional o reconhecimento da preexistência étnica e cultural dos povos indígenas, garantindo-se, inclusive, a educação bilíngue e intercultural. Além disso, é atribuída personalidade jurídica às comunidades indígenas.

Já a Constituição mexicana de 1917 sofreu uma alteração em 2001, e passou a reconhecer a composição pluricultural da nação. A partir desse reconhecimento, o texto constitucional mexicano também passou a garantir a autonomia e livre determinação dos povos indígenas, como exemplo: a eleição em separado de vereadores, aplicação de seu direito próprio para a resolução de conflitos internos, exige-se a elaboração de leis locais que permitam a participação dos índios no governo não indígena. Com isso, foi consagrado o autorreconhecimento, a consciência da própria identidade desses povos.

Ainda no caso mexicano, uma das maiores conquistas do reconhecimento desses povos, formando um ordenamento participativo e um direito alternativo emancipatório, é o fato de se aproveitar a medicina tradicional nos tratamentos de saúde e as iniciativas de desenvolvimento sustentável das tribos que devem ser consultadas na elaboração do plano nacional de desenvolvimento.

Na Colômbia também não é diferente. O texto constitucional de 1991 concede aos índios das regiões de fronteiras a nacionalidade colombiana, se houver reciprocidade no país do qual são efetivamente nacionais, reconhecendo que as nações indígenas vão além dos limites nacionais.

¹⁸ LIMA, Edilson Vitorelli Diniz Lima. *Estatuto do Índio: Lei nº 6.001/1973 – dicas para realização de provas de concurso artigo por artigo*. Salvador: Editora Juspodium, 2011.

Também são reservadas aos índios duas cadeiras no senado; é reconhecida a jurisdição indígena; e as terras indígenas são reconhecidas como entes político (municípios) com autonomia para gestão de seus interesses, recebendo recursos do ente político central.

Um outro marco importante é a Constituição da Bolívia de 2009, principalmente com a chegada de um Presidente de ascendência indígena (Evo Morales) no poder. Garante a livre determinação e autogoverno das comunidades indígenas; a participação dos índios nas instituições do Estado; educação multilíngue; reconhece todas as línguas indígenas como oficiais, exigindo-se o uso de pelo menos duas línguas nos documentos oficiais; além de incluir a medicina tradicional das nações indígenas no sistema de saúde pública.

Em matéria de direitos políticos, a Constituição Boliviana garante ainda a representação parlamentar proporcional à população indígena. Também reconhece os territórios indígenas como organizações territoriais com administração própria e autonomia de governo, contendo inclusive, uma lei orgânica própria.

Ainda na Bolívia, a Constituição reconhece a dualidade de jurisdição, a justiça indígena não é uma subjustiça, tem a mesma hierarquia da justiça comum. Mesmo o não-índio pode se submeter à jurisdição comum e à indígena, sendo que desta somente cabe recurso para o Tribunal Constitucional que é plurinacional.

O que se quis demonstrar com as experiências citadas é a importância do reconhecimento e da preservação da diferença, processo que repercute de forma diferente em diversos países. O foco foi o direito indígena como uma forma de delimitar o estudo do pluralismo e por ser uma realidade comum a todos esses países.

O que se extrai com facilidade das proposições acima dispostas é o fato de as próprias comunidades indígenas se reconhecerem como unidade, como conjunto e como membros de uma sociedade ainda mais ampla. O tratamento como objeto de direito fornecido por uma política protetora (Brasil) só mascara o isolamento e resta nítido que somente se tolera a presença desses povos.

Já nas experiências ocorridas, não. A minoria cultural participa da formação do ordenamento e consegue essa participação pelo fato de ser reconhecida intersubjetivamente.

Voltando ao *Pluralismo Comunitário-Participativo*, nota-se que ocorreu um avanço democrático do reconhecimento da legalidade diversa, ou seja, o direito alternativo saiu da margem da juridicidade posta pelo Estado, para, sem perder a sua identidade, dela também fazer parte.

O mais importante a se frisar é que todas essas garantias e o reconhecimento dos territórios como autônomos entes políticos não destruíram a identidade da comunidade indígena. Pelo contrário, permitiu seu desenvolvimento.

O que se buscou não foi a simples integração entre as culturas jurídicas, a jurisdição indígena não é uma adaptação da jurisdição comum para os povos indígenas, mas sim o reconhecimento de sua atuação e expressividade. Oficialidade não é sinônimo de rendição aos valores da cultura jurídica dominante, é o exato reconhecimento da existência da cultura diferente, deixando esta de ser simplesmente tolerada. São exemplos de caminhos para o Direito Alternativo Emancipatório, que, embora não rompa com a ordem estatal, consegue sair da sua margem, passando a ser reconhecido intersubjetivamente.

4. MULTICULTURALISMO NO BRASIL

Diversidade étnica, de gênero, de língua, entre outras, são manifestações cada vez mais fortes e presentes. A Nação Brasileira é o resultado de grandes e pequenas misturas.

Quando os colonos portugueses desembarcaram em terras tupiniquins, deram o mesmo nome a todos que tinham o tom de pele avermelhado e andavam nus, ignorando a variedade imensa dentro da própria cultura indígena. A dominação fez parte da história desse povo, e em uma análise crítica, o sentido de dominação branca perdura até hoje com os indígenas.

Um pouco depois vieram os negros africanos, também oriundos de etnias diversas. Aqui se enraizaram e hoje estão tão inseridos na cultura dominante quanto dela marginalizados, por meio dos denominados remanescentes quilombolas.

Não se podem desprezar os demais povos que em épocas diversas fizeram parte da nossa miscigenação e colonização, dos quais podemos citar os alemães, franceses, ingleses, italianos, judeus, árabes, japoneses, entre outros.

Como este trabalho pretende pontuar o início da discussão acerca do Pluralismo Jurídico no país, o foco escolhido para exemplificar o problema será o dos indígenas. Não se objetiva, com isso, realizar qualquer tipo de tratado sobre direito indígena no Brasil, pois a tarefa demandaria um estudo próprio e um trabalho muito mais amplo.

Pretende-se, apenas, retratar a realidade jurídica de um povo que, embora tenha um estatuto próprio (Lei nº 6.001/73), dispositivos constitucionais a eles destinados e a assinatura

da Convenção 169 da OIT – Organização Internacional do Trabalho – por parte do Estado Brasileiro, ainda não possui reconhecimento e autonomia.

4.1 A “questão” indígena

Um verdadeiro divisor de águas da política indigenista no Brasil foi a Expedição Roncador-Xingu, criada pela Portaria Federal nº77 de 1943¹⁹, com a finalidade de exploração do Brasil Central; de estabelecimento de núcleos de povoamento; e de fazer a ligação, por terra, com o Estado do Amazonas, com o que se realizaria uma integração do território nacional.

Os irmãos Orlando, Cláudio e Leonardo Villas Bôas se infiltraram, disfarçadamente, na expedição. Quando se aproximaram de Xavantina, avistaram os índios Xavante, e o impulso do líder foi abrir uma frente militar e eliminar todos os índios.

Indignado com a decisão do comandante, Orlando envia comunicado ao Marechal Rondon que instruiu a suspensão da frente militar e, após esse fato, os três irmãos assumem a liderança da vanguarda da expedição e a história muda o seu curso.

Conhecidos como salvadores e protetores dos índios, na verdade, os irmãos Villas Bôas perceberam a importância das diversas culturas com as quais se depararam durante a expedição. Fizeram acordos diplomáticos com os índios, respeitando-os como integrantes e donos das terras onde pisavam. O grande feito do trio foi reconhecer no diferente um ser autônomo, dotado de vida, cultura e identidade própria. E, assim, identificaram o diálogo como o melhor caminho a ser seguido em aliança.

Hoje, a FUNAI ainda exerce um trabalho de proteção e isolamento desses povos, para protegê-los. Nada obstante, isso tem se tornado cada vez mais difícil. Cada vez mais é necessária a interação entre os povos (brancos e índios), e a melhor saída que se consegue vislumbrar é o abrigo das doutrinas pluralistas na ordem normativa brasileira, com o objetivo de que o inevitável contato não destrua a cultura e não promova a perda da identidade própria.

¹⁹ FILHO, Orlando Villas Bôas (orgn.). *Orlando Villas Bôas: Expedições, reflexões e registros*. São Paulo: Metalivros, 2006.

Na época, a única forma que os Villas Bôas vislumbraram para a proteção dos povos indígenas foi a criação do Parque Nacional do Xingu. Em seus relatos²⁰, os irmãos perceberam que bastava o primeiro contato para que a “contaminação” acontecesse, e, naquele momento, o melhor seria isolar para proteger.

Realmente a atitude mostrou-se adequada, tendo em vista que várias nações indígenas conseguiram sobreviver à expansão ao Brasil Central graças ao Parque. Os irmãos, porém, sabiam que essa não era a melhor solução, pois os indígenas saíram de suas terras e passaram a viver em um território que, embora vasto, era limitado.

Mas o significado do Parque Indígena no Xingu é muito grande, pois com ele se criou a noção de que uma terra indígena é um espaço cultural, o território de um povo. Em nenhuma parte do mundo, tantos povos com identidades étnicas diferentes, falando inúmeras línguas diversas, haviam se juntado em paz uns com os outros, casando-se entre si, estabelecendo formas culturais de convivência que equilibravam o sentimento de identidade particular com o sentimento do todo, principalmente, sem estabelecer hierarquias ou desigualdades entre si (povos).

O Parque Nacional do Xingu é um microorganismo capaz de ensinar muito ao resto do Brasil e do mundo. A convivência ocorre porque durante todo o processo de criação do Parque as diferentes nações indígenas se reconheceram entre si, como autônomas e sujeitos coletivos de direitos. A própria “questão” trouxe a sua solução, via comportamento de seus próprios povos.

4.2 O índio cidadão

De acordo com Darcy Ribeiro²¹, o índio no Brasil é um cidadão por omissão, com uma situação jurídica imprecisa, o que gera uma série de problemas. Em que pese essa análise datar de 1970, a situação descrita perdura até a atualidade.

Basta o mínimo de interação do indígena com a sociedade para que ele não seja mais reconhecido como “índio de verdade”, da mesma forma, para ser reconhecido como um

²⁰ FILHO, Orlando Villas Bôas (orgn.). *Orlando Villas Bôas: Expedições, reflexões e registros*. São Paulo: Metalivros, 2006.

²¹RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

cidadão, o índio deve deixar de ser índio. Uma verdadeira política indigenista deveria ser baseada em leis que promovessem a dignidade das comunidades e de seus membros.

Juridicamente, o que é capaz de gerar direitos é uma situação fática, e não a história, em si. E, na atualidade, as comunidades indígenas são dignas de direitos diferenciados, porque são detentoras de uma cultura distinta que, acima de tudo, é preciosa para a diversidade que a Carta Magna de 1988 procura preservar.

Existe um dilema covarde a ser resolvido: ou se integram à comunidade circundante, ou desaparecerão. Neste momento, a palavra integração assume um conceito duvidoso. Na história do direito indigenista brasileiro, o objetivo era o da integração na sociedade dominante. De acordo com o princípio integracionista, os índios são indivíduos não evoluídos, ou seja, membros de populações em um estágio menos adiantado que a cultura nacional dominante, a denominada cultura ocidental, ou branca.

Assim, seria obrigação do Estado a busca de sua integração, como forma de lhes possibilitar o desenvolvimento, como se ser índio fosse apenas um estado temporário que buscasse a evolução para a inserção na cultura tradicional.

Diante disso, observa-se que por traz de toda a política protetiva os índios eram apenas tolerados na sociedade, enquanto seres primários, faltando-lhes o reconhecimento. Nessa ótica, a cultura nacional deveria ser completamente homogênea.

Infelizmente, o princípio integracionista foi adotado nas legislações brasileiras, e não obstante existam algumas mudanças na Constituição de 1988, o Estatuto do Índio, ainda em aplicação, é fundamentado nessa doutrina.

A nova ordem jurídica implementada em 1988 acolheu um pouco do universalismo moderado das culturas, valorizando a pluralidade de etnias, o que fomentou o início da discussão sobre uma nova política indigenista.

Na doutrina universalista moderada, as sociedades e culturas humanas não podem ser comparadas entre si, já que isso implicaria em uma espécie de hierarquia entre as próprias culturas, o que também não é cogitado pelo Pluralismo Jurídico.

De acordo com isso, as comunidades diversas, no caso, as indígenas, devem ser reconhecidas como realidades culturalmente diferentes, que possuem formas próprias de organização e de desenvolvimento. A diversidade deve ser compreendida como um enriquecimento cultural.

Também é preciso esclarecer que a preservação das diferentes culturas indígenas não pressupõe um isolamento forçado dessas comunidades. Como já dito, isso foi necessário em um primeiro momento.

Em respeito à autonomia, que nasce do reconhecimento, podem os índios, sem abrir mão dessa condição, terem acesso a todos os bens oferecidos pela sociedade moderna. Em linguagem mais vulgar, o índio não deixa de ser índio por usar calça *jeans*, telefone celular ou falar português. O que o caracteriza como índio é o pertencimento a um grupo culturalmente diferenciado.

O que o Pluralismo Jurídico busca é o direito de ser índio e continuar sendo índio, em todas as esferas da vida. A Constituição de 1988 e a Convenção 169 da OIT iniciaram o reconhecimento. Por exemplo, essa Convenção estatui o direito de consulta e participação dos índios nas decisões estatais que lhes forem de interesse.

Embora traduzam avanço, essas inovações não se mostram suficientes. As nossas comunidades indígenas continuam sendo encaradas como objeto de direito, e não como sujeito, faltando-lhes mecanismos para o exercício dos direitos que já lhes são assegurados.

O Índio cidadão é aquele reconhecido na sociedade como seu membro, que tem voz, que pode exercer os seus direitos, sem precisar ser a caricatura indígena descrita por Caminha no século XVI.

Para que isso aconteça, é necessário que se abra o diálogo do Pluralismo Jurídico como uma realidade atenta às novas perspectivas do Constitucionalismo Latino-Americano.

No Brasil, basta que o índio tenha uma pequena noção do idioma Português, e que vista roupas ocidentais, para que a grande maioria dos magistrados dispense o uso de intérpretes e da perícia antropológica.

Em terras brasileiras existem aproximadamente 270 povos indígenas, com 456 terras indígenas oficialmente reconhecidas e 180 línguas e dialetos²². Ressalte-se que a legislação nacional não abarca o uso, nem dos principais dialetos, em documentos oficiais, de modo que a língua indígena fica restrita à sua própria comunidade.

Por derradeiro, uma última ilustração acerca do descaso no tratamento dos povos indígenas pela sociedade como um todo. O decreto 3.156/99 dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas e estabelece, dentre outros, o uso complementar dos tratamentos tradicionais com a medicina indígena.

Em 2009, foi necessária a atuação do Ministério Público Federal no Estado do Amazonas, para garantir que uma criança indígena picada por uma cobra recebesse como forma de tratamento os rituais de cura de sua comunidade. Os médicos e o hospital impediam o uso da medicina indígena como complementar ao tratamento prescrito.

²² Fundação Nacional do Índio. *Índios do Brasil: as terras indígenas*. Disponível em: [HTTP://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudos.htm#erros](http://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudos.htm#erros). Acesso em outubro de 2011;

Após a intervenção do *parquet*, foi autorizado ao Pajé aplicar os rituais de cura na criança, resultando em seu total restabelecimento, sem sequelas, sendo que o prognóstico inicial, com somente o uso da medicina convencional, era o de amputação.

Nesse caso, para além do desrespeito à norma jurídica, foi maior o desrespeito à cultura, já que os profissionais da saúde não reconheceram a criança como membro de uma cultura diversa e nem a sua cultura como digna de promoção de cura.

Isso demonstra que não basta a produção jurídica estatal, é necessária a mudança na ordem normativa em busca do Pluralismo Jurídico, que deverá ocorrer por meio do reconhecimento, na concepção ampla de Axel Honneth.

5. CONCLUSÃO

O multiculturalismo é um fenômeno inerente à sociedade humana. Nada obstante as diferenças culturais tenham sempre existido no mundo, é na atualidade que a discussão acerca desse tema toma fôlego.

A busca pela identidade cultural é o que provoca o autorreconhecimento e supre a necessidade de autoafirmação do indivíduo. A diversidade cultural é um estado permanente da sociedade e o reconhecimento intersubjetivo é a verdadeira arma contra a padronização cultural provocada pelo imperialismo e monopólio da produção jurídica estatal.

É a individualidade, a identidade, que torna o indivíduo um sujeito de direito dentro da sociedade. Mesmo em se tratando de uma coletividade, o sujeito não perde a própria capacidade de se reconhecer não só como dela pertencente, mas também como um ser único.

O que se busca, na verdade, não é a autoconservação, pois esta implica em um conflito do qual se tem, necessariamente, um vencedor. Noutra giro, o reconhecimento transforma a sociedade, ultrapassa a barreira da mera tolerância e do isolamento cultural, o sujeito sai da situação de marginalizado.

Por meio dessa consciência da busca pela identidade foi que se chegou ao melhor conceito de multiculturalismo a ser aplicado: que seria o *multiculturalismo universal moderado*, que, ao mesmo tempo em que individualiza o sujeito e os grupos sociais, fomenta o diálogo entre esses, saindo da indiferença que pode ser causada pela mera tolerância.

Nada obstante, para se chegar a esse tipo de multiculturalismo, é necessário que se atrevesse o caminho do reconhecimento traçado por Axel Honneth, isto é, pelo amor, direito e

solidariedade. O primeiro encontra-se nas emoções primárias: amor e amizade, o segundo conecta-se ao respeito e, por fim, o terceiro está ligado às relações sociais e autoestima do sujeito. O mais importante é que todas as searas do reconhecimento só alcançam sucesso quando se enxerga no outro um ser autônomo, dotado de ideias e vontades próprias.

Dessa forma, com a busca incessante da formação da própria identidade e do reconhecimento, o atual modelo jurídico não consegue suprir as necessidades da coletividade. Diante disso, observou-se a necessidade de se quebrar o paradigma monista e se criar uma nova ordem normativa, o Pluralismo Jurídico.

A princípio, nos primeiros escritos de Boaventura sobre o assunto, a doutrina pluralista baseava-se, praticamente, na união de vários ordenamentos jurídicos. Todavia, tal modelo era utópico demais. Com o amadurecimento da ideia, o autor lusitano chegou à conclusão de que não bastava a existência de vários ordenamentos para se caracterizar a ordem normativa pluralista, mas que essas produções jurídicas deveriam estar de alguma forma conectadas. É quando surge o “Novo” Pluralismo Jurídico Moderno.

Para que se compreenda a ideia acima explicitada, é importantíssimo que se pense na teoria do reconhecimento de Axel Honneth, ou seja, o que dá a liga para a conexão dos ordenamentos jurídicos é o reconhecimento intersubjetivo entre eles. Assim, se a existência simplesmente for tolerada ela será eternamente paralela, as ordens normativas andarão concomitantemente em linhas retas, lado a lado, sem se misturarem.

De outro modo, se elas se reconhecem, elas se misturam, formando uma verdadeira teia de ordens normativas. Uma teia forma um único objeto, é por isso que o pluralismo que se propõe neste trabalho não pretende negar a estrutura estatal, mas sim demonstrar que o Estado não é a única e nem a principal fonte jurídica, apenas mais uma dentre as tantas que são capazes de estabelecer normas jurídicas no país.

Pelo motivo exposto, o modelo criado por Wolkmer ganha tanto relevo. O Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo é fundamentado no direito emancipatório. Assim, nem toda produção jurídica deve ser reconhecida e inserida na ordem normativa, mas sim aquelas que contenham o senso do justo, do ético, que se baseiem em dois tipos de fundamento, de efetividade material e de efetividade formal.

Esses fundamentos são norteadores da produção de uma ordem normativa capaz de fazer surgir um direito emancipatório de um povo, isto é, capaz de lhe dar autonomia, reconhecimento. Como uma forma de ilustrar a possibilidade de um Estado pluralista, foram fornecidos exemplos dos povos indígenas na América Latina.

Todavia, em uma análise posterior, percebeu-se que o Brasil ainda se encontra atrasado com relação à grande maioria dos países vizinhos. Os nossos índios ainda são tratados como objeto de direito, o que demonstra, mais uma vez, que a produção estatal de normas não basta para que uma etnia seja devidamente reconhecida na sociedade. É urgente a ruptura com o paradigma do Estado monista.

Por derradeiro, conclui-se com esse trabalho que o Pluralismo Jurídico é um fenômeno que se origina da indignação das minorias culturais com a falha do Estado em suprir a necessidade da coletividade. Mesmo assim, esse fenômeno não se resume a uma simples “luta do bem contra o mal”, o que se busca por meio do Pluralismo não é a autoconservação e nem a troca de supremacias, mas sim a coexistência das produções jurídicas oriundas das diversas fontes. E só se pode chegar a uma ordem normativa pluralista de verdade por meio do reconhecimento, a fonte da autonomia e do respeito entre as diferenças.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora UNB, 1999;

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 5 de outubro de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em setembro de 2012;

_____. Decreto nº3156, de 27 de agosto de 1999. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3156.htm. Acesso em setembro de 2012;

_____. Decreto nº5051, de 19 de abril de 2004. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. (Convenção Internacional do Trabalho nº169). Acesso em outubro de 2012;

_____. Lei nº6001, 19 de dezembro de 1973. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em setembro de 2012;

DENNINGER, Ethard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para La sociedad multicultural*. Traducción de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Editorial Trotta, 2007;

FILHO, Orlando Villas Bôas (orgn.). *Orlando Villas Bôas: Expedições, reflexões e registros*. São Paulo: Metalivros, 2006;

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. *Índios do Brasil: as terras indígenas*. Disponível em: [HTTP://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudos.htm#erros](http://www.funai.gov.br/indios/terras/conteudos.htm#erros). Acesso em outubro de 2011;

GOLDBERG, David Theo. *Multiculturalism: A critical reader*. Oxford: Blackwell, 1997;

GUTMANN, Amy. Introdução. In: TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993;

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: Editora DP e A, 2002;

HONETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003;

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *Patriotismo e nacionalismo*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1997;

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz Lima. *Estatuto do Índio: Lei nº 6.001/1973 – dicas para realização de provas de concurso artigo por artigo*. Salvador: Editora Juspodium, 2011;

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009;

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JR., José Geraldo (Org.). *O direito achado na rua*. Brasília: Universidade de Brasília, 1988, p.46-51;

_____. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988;

_____. (Org.). *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003;

TOURAINÉ, Alain. *Poderemos viver juntos?*. Tradução de Jaime A. Clasen e Ephraim F. Alves. Petrópolis: Editora Vozes, 1999;

TULLY, James. *Strange multiplicity – Constitucionalism in an age of diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995;

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009;

_____. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001;

_____; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (orgs.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.