

A disputa pela diversidade jurídica nos tempos da globalização neoliberal. A propósito, poderá o direito ser emancipatório?

The dispute for legal pluralism in times of neoliberal globalization. On, can law be emancipatory?

Orlando Aragón Andrade

Investigador em Pós-doutoramento no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Desde 2006 tem sido professor da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (México). É fundador do "Colectivo de Estudios Críticos del Derecho y de las Humanidades. Emancipaciones" (www.colectivoemancipaciones.org). É também advogado ativista na defesa dos direitos humanos dos povos indígenas do México, onde tem atuado em processos judiciais como os da comunidade indígena de San Francisco Cherán.
E-mail: orlandoarande@yahoo.com.mx

Artigo recebido e aceito em fevereiro de 2015.

Resumo

Nesta contribuição discuto o lugar do pluralismo jurídico nas lutas contra-hegemônicas dos nossos dias. A linha argumentativa que sigo consiste em mostrar o grande paradoxo que enfrentamos na atualidade. Por um lado, uma série de movimentos sociais contra-hegemônicos que têm colocado no centro de suas demandas a diversidade cultural e jurídica e, por outro, uma transformação do capitalismo global que o torna cada vez mais ecumênico incluindo a sua legalidade. O objetivo deste trabalho é propor um marco teórico, aproveitando a sociologia jurídica crítica de Boaventura de Sousa Santos, que supere as duas posições equivocadas deste dilema: (I) afirmar que todo o pluralismo jurídico é necessariamente progressista e (II) descartar todas as expressões de pluralismo jurídico pela nova composição plural da legalidade capitalista hegemônica.

Palavras-Chave: Pluralismo Jurídico; globalização do direito; constelações de direito.

Abstract

In this contribution I discuss the role of legal pluralism in contemporary contra-hegemonic struggle. The argumentative line that I follow shows the great paradox that we face now a day: on one hand, a series of contra-hegemonic social movements that have placed cultural and legal diversity in the centre of their demands; and on the other hand, a transformation of global capitalism that makes it, and its legality, increasingly ecumenical. The main objective of this paper is to propose a theoretical framework, taking on Boaventura de Sousa Santos' critical legal sociology, which aims to overcome the two erroneous positions to this dilemma: (I) stating that all legal pluralism is necessarily progressive; and (II) dismiss all expressions of legal pluralism in favor of the new plural composition of capitalist hegemonic legality.

Key Words: Legal pluralism, globalization of law, legal constellations.

Introdução: Diversidade jurídica, capitalismo transnacional e pós-modernismo de oposição

Durante a maior parte do século XX o tema da diversidade cultural foi considerado um problema sério por quase todos os Estados nacionais, especialmente os de América Latina, já que se considerava como um obstáculo para a consolidação das nações fortes.¹ Não obstante, para finais de século esta situação foi-se modificando, em parte pela pressão de movimentos populares como os indígenas e também pelas transformações estruturais que sofreu o sistema capitalista,² como a ruptura com seu velho aliado o nacionalismo homogenizador (Anderson, 2000) e a adoção neste rubro de discursos do liberalismo cosmopolita.³

O relativo sucesso das lutas sociais em pró do direito à diferença combinado com o “uso manipulado” que dele fazem a maioria dos Estados nacionais latino americanos ocasionou a formação de um discurso muito difundido, que me parece desembocou numa romantização da diversidade ou uma espécie de fetichismo da diversidade. Longe parecem nos dias quando as denúncias dos movimentos indígenas, gays, feministas, entre outros escandalizavam e faziam tremer os alicerces das estruturas dos Estados latino americanos no período do capitalismo “fordiano”. A maioria dos Estados latino americanos pois, com as duas notáveis exceções de Bolívia e Equador (Santos, 2010), têm-lhas arranjado para travar as denúncias destas lutas sociais, baixo a

¹Por exemplo, no México os ideólogos do indigenismo oficial revolucionário consideraram que, além de ser uma pré-condição básica para o “progresso” e “desenvolvimento”, a formação de uma nação homogênea e sólida era necessária dado o perigo patente de uma nova intervenção militar de Estados Unidos no território mexicano (Aragón, 2007).

² Em América Latina, por exemplo, converteram neste processo os movimentos indígenas que questionaram a homogeneidade e monoculturalismo do Estado, com a reforma do Estado em quanto a proposta de transformação do capitalismo neoliberal que implicou o dismantelamento do Estado de bem-estar em sua transição para economias de “livre mercado.” Veja-se: (Assies, 1999 e Walhs, 2002).

³ Para o caso mexicano Fernando Vizcaíno (2004) advertiu, como os novos governos de filiação neoliberal passaram de promover o antigo nacionalismo revolucionário à difusão de valores liberais mais próximos a seu credo político (uma variante de cosmopolitismo liberal) como “o respeito dos direitos humanos”, “a promoção da democracia”, “a vinculação com o mundo”, etcétera.

forma de um multiculturalismo de “baixa tensão” (Hale, 2004 e Hernández, Paz y Sierra, 2004).

A lógica destas primeiras linhas leva-me a discordar com a corrente de pensamento que considera que a diversidade cultural por si mesma se opõe ao capitalismo neoliberal que na atualidade domina a órbita. Penso que hoje mais que nunca é necessário ter presentes advertências como a que faz Alain Badiou sobre a natureza do capitalismo neoliberal no campo da arte:

“Since it is sure of its ability to control the entire domain of the visible and the audible via the laws governing commercial circulation and democratic communication, Empire no longer censures anything. All art, and all thought, is ruined when we accept this permission to consume, to communicate and to enjoy. We should become the pitiless censors of ourselves.”⁴

Vivemos, parece-me, num momento em que o capitalismo neoliberal mostra, talvez mais que nunca, uma grande capacidade de plasticidade e poder de trivialização da diversidade cultural. Inclusive um se vê tentado a se perguntar, a partir da provocação de Boaventura de Sousa Santos (2009b) (BSS) sobre China, se o capitalismo não encontrou em sua mistura com alguns “valores culturais asiáticos” e o pragmatismo herdado do comunismo ao estilo Mao uma forma superior em depredação e opressivo à ocidental. Este panorama exige, portanto, um olhar mais atento sobre as considerações “apriorísticas” ou “esencialistas” a respeito da diversidade cultural em nossos dias.

Que se pode dizer, então, sobre o carácter ou natureza da diversidade jurídica e a crescente aceitação de algumas teorias pluralistas? Hoje, ainda que na maioria das faculdades de direito (pelo menos em América Latina) siga-se ensinando que este é só o que se produz pelo Estado ou por sua delegação (o caso do direito internacional), a realidade sócio-jurídica apresenta um panorama abertamente discordante com a ideia do monismo ou centralismo

⁴ Badiou, Alain, “Fifteen theses on contemporary art”, Disponível em: <http://fascisimile.com/node/6> data da consulta: 22/10/10.

jurídico. De tal forma que junto ao direito estatal convivem diversas expressões do fenómeno jurídico que têm uma vida bastante independente da norma jurídica estatal, estas vão desde os novos marcos regulatorios produzidos pelas integrações comerciais dos Estados nacionais (Tratado de Livre Comércio de América do Norte, MERCOSUL, Comunidade Económica Europeia, etcétera.) e a arbitragem comercial internacional (ACI), até os numerosos centros de mediação que funcionam de forma dependente dos tribunais estatais e todo o leque de “auto-regulação ” ou direito macio de sectores dantes regulados pelo direito estatal (Teubner, 2005) Por conseguinte, a cada vez mais e com maior intensidade produzem-se novas zonas de contacto entre diferentes e desiguales expressões de direito que, a sua vez, geram novos híbridos jurídicos. Por suposto, sabe-se, graças à sociologia e à antropologia jurídica, que o pluralismo jurídico não é um fenómeno novo; no entanto, um elemento que mostra uma ruptura cualitativa com o passado é o grau de permisividade explícita ou implícita do direito estatal com outras manifestações do jurídico.⁵

Ao respeito é iluminadora, desde minha perspectiva, a posição que BSS sustentou em vários trabalhos com respeito a que no pluralismo jurídico⁶ não há nada em si emancipatório; inclusive assinalou que há direitos estatais menos despóticos e mais democráticos que algumas formas pluralismo jurídico (Santos, 2009b). Portanto, a “manera en que el potencial del derecho evoluciona, ya sea hacia la regulación o la emancipación, no tiene nada que ver con la autonomía o reflexividad propia del derecho, sino con la movilización política de las fuerzas sociales que compiten entre sí” (Santos, 2009b: 53) assim se entende que “el concepto de pluralidad jurídica no tiene un contenido político fijo. Puede ser de utilidad para una política progresista o reaccionaria”

⁵ Este movimento já tinha sido advertido por Eduardo Rodríguez (1991) quando deu conta da crescente fragmentação e descentralização do Estado a raiz da convergência paradoxica entre movimentos sociais e as transformações do capitalismo neoliberal.

⁶ Recorro instrumentalmente à categoria de pluralismo jurídico por ser a mais difundida, mas acho conveniente recordar que BSS assinalou sua preferência pela noção de “pluralidade de ordens jurídicos” sobre a de pluralismo jurídico (Santos, 2009b).

(Santos, 2009b: 74).⁷ A posição de BSS é clara e não deixa lugar a dúvidas; então cabe a pergunta vale a pena discutir mais sobre o carácter emancipador? Ou regulador do pluralismo jurídico? Parece-me que posso responder afirmativamente por três razões principais.

A primeira consiste numa necessidade prática e urgente, já que certas expressões de pluralismo jurídico são parte hoje em dia da globalização hegemónica. Exemplos claros são as medidas de informalização de justiça (Nader, 2005), a *lex mercatoria* (Santos, 1998), bem como o ACI (Dezalay e Garth, 1996) que impulsionam diversos organismos e entidades transnacionais (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desenvolvimento, Agência para o Desenvolvimento dos Estados Unidos, a Organização Mundial de Comércio, entre outros) através de médios como a promoção global da reforma judicial (Santos, 2009b y Nader, 2005).⁸ Esta situação traz como consequência a necessidade de análise que permitam visualizar e combater; por tal motivo acho que independentemente, de que como assinala BSS o hegemónico e contra hegemónico podem-se entender dependendo do contexto da cada cultura (Santos, 2003a e 2009a), o carácter global destas iniciativas hegemónicas de pluralismo jurídico convertem-no num fenómeno que tem que superar com urgência uma avaliação local para fazer parte dos terrenos em disputa entre a globalização hegemónica e a globalização contra hegemónica ou cosmopolitismo subalterno.

A segunda responde à utilidade que representa o arsenal analítico desenvolvido por BSS em várias de suas investigações para levar a cabo a anterior tarefa. Duas características são, a meu modo de ver, particularmente valiosas de sua proposta teórica; por um lado é um projecto analítico amplo e plural que procura dar conta das múltiplas expressões de pluralismo jurídico (também de poder e conhecimento)⁹ e pelo outro que possui a suficiente

⁷ Carlos Antonio Wolkmer (2003) também argumentou sobre carácter ambíguo do pluralismo jurídico, no sentido de que considera que há expressões tanto hegemónicas como contra hegemónicas.

⁸ Para o caso de América Latina em particular podem-se ver entre outros a (Dezalay e Garth, 2002; Domingo e Sieder, 2001; Rodríguez e Uprinsky, 2003 e Burgos, 2009).

⁹ De facto esta é uma das características de toda a proposta crítica de BSS. Para o tema em particular do direito, o conhecimento e o poder veja-se: (Santos, 2002).

sofisticação para o exercício comparado entre diferentes manifestações de direito (Santos, 1988).

Finalmente, mas não menos importante que as anteriores, a terceira razão se deriva do compromisso de tomar uma posição política clara, dentro de sua proposta teórico, à hora de estudar os fenômenos sociais. Esta questão é inerente por sua adesão a uma teoria crítica, neste caso posmoderna. Este ponto parece-me particularmente valioso do “pós-modernismo de oposição” (Santos, 2003b) em contraposição ao “posmodernismo celebratório” e outras perspectivas teóricas modernas convencionais. Longe de compartilhar as críticas sustentadas por alguns especialistas sobre que é reducionista discutir se o direito é emancipador ou não, porque na “realidade” os fenômenos sócio jurídicos não se apresentam desta forma,¹⁰ considero que esta interrogante reflete a dificuldade que entranha a atividade mesma do pensar. Em consequência, não participo da ideia de que a investigação deva estar comprometida com “a complexidade” mesma dos fenômenos que se estudam, se esta situação leva a sacrificar o posicionamento político.¹¹ Acho que o desafio encontra-se mais bem em tratar de dar conta dessa complexidade e ao tempo pensá-la em termos políticos. Apesar de que a proposta crítica posmoderna de BSS distancia-se, e em alguns pontos de forma radical, das teóricas críticas modernas (Santos, 2003b e 2006a); neste ponto (o de recusar

¹⁰ Ademais que está crítica é desproporcionada no sentido de que a proposta de BSS admite diferentes graus ou níveis de potencial emancipador, por exemplo a proposta de distinguir entre concepções de emancipação finas e espessas (Santos, 2003a).

¹¹ Alain Badiou chamou a atenção sobre os riscos que traz consigo esta posição que parece sacrificar o posicionamento político pela “complexidade”: “La apología moderna de la ‘complejidad’ del mundo, siempre adornada con un elogio al movimiento democrático, no es, en realidad, más que un deseo de atonía generalizada” (Badiou, 2008: 463). Aqui a “atonía” refere-se à ideia de “um mundo átono” que consiste segundo as próprias palavras de Badiou: “Se dice que un mundo es átono cuando su trascendental es sin puntos. La existencia de mundos átonos es formalmente demostrable y, a la vez empíricamente verificada. Ya hemos dicho lo suficiente para que se comprenda que, en tales mundos, ningún formalismo subjetivo fiel puede ser agente de una verdad, a falta de puntos para que se confronte con él la eficacia de un cuerpo” (Badiou, 2008: 462). Em consequência “es claro que los mundos átonos son sencillamente mundos tan ramificados y matizados –o tan adormecidos y homogéneos- que ninguna instancia del Dos, y por ende ninguna figura de la decisión, llega a evaluarlos” (Badiou, 2008: 463). O ponto para Badiou não é negar a complexidade empírica; senão chamar a atenção de que o deconstructivismo e a rejeição absoluta às categorias duais de certas tendências científicas impossibilitam, em última instância, uma política da “verdade” e por extensão de uma ação de política clara.

a neutralidade da geração de conhecimento e o de pensar este acto politicamente) considero que há uma continuidade da tradição crítica, ainda que com asegures (Santos, 2003b), que Max Horkheimer sintetizou de forma exemplar:

“Una ciencia que, en una independencia imaginaria, ve la formación de la praxis, a la cual sirve y es inherente, como algo que está más allá de ella, y que se satisface con la separación del pensar y el actuar, ya ha renunciado a la humanidad. Determinar lo que ella misma puede rendir, para qué puede servir, y esto no en sus partes aisladas sino en su totalidad, he ahí la característica principal de la actividad del pensar” (Horkheimer, 2003: 270-271).

O trabalho de BSS com o qual dialoga esta contribuição, *Poderá o direito ser emancipatorio?* Inicia recordando que vivemos em tempos de perguntas fortes e respostas débis (Santos, 2003a); aí mesmo realiza-se uma pergunta forte *Poderá o direito ser emancipatorio?* e responde com uma afirmação débil de um sim, condicionado. Em meu caso não me farei uma pergunta forte nem responderei debilmente, também não me farei uma pergunta débil (se não é que a própria interrogação. Pode o pluralismo jurídico ser emancipatorio? Está em si mesmo uma má proposta por ser impossível a responder nesses termos¹²), como já assinalei atrás, já há uma resposta sobre esta questão; em realidade o objetivo deste trabalho é bem mais modesto, mas não pouco importante. Me limitarei então a polemizar e avançar na discussão analítica e política, desde meu ponto de vista necessária pelas razões expostas, sobre o pluralismo jurídico na etapa atual do capitalismo transnacional inspirado particularmente no trabalho antes referido e guiado pela obra de BSS em general.

Antes de começar preciso fazer uma última advertência, este trabalho não pretende ser mais que uma primeira aproximação à avaliação de diferentes experiências de pluralismo jurídico, uma empresa com maiores

¹² É importante recordar neste ponto o debate entre BSS com William Twining (2000) sobre a pertinência da construção de uma nova teoria geral do direito que dê conta das múltiplas experiências de pluralismo jurídico. Enquanto para BSS está é uma tarefa irrealizável e em seu lugar propõe uma teoria da tradução (Santos, 2009b), William Twining (2002) sim considera pertinente a construção de uma nova teoria geral.

pretensões requereria de um trabalho empírico comparativo que supera por muito os propósitos deste exercício.¹³

Para desenvolver meus argumentos dividirei em cinco partes as linhas que seguem. Primeiro me ocuparei de estabelecer uma divisão classificatoria que permita avaliar o hegemónico, o contra hegemónico e o não hegemónico em diferentes manifestações de pluralismo jurídico. Num segundo momento me dedicarei a discutir algumas categorias fundamentais para a análise do pluralismo jurídico propostas por BSS. Depois me centrarei em analisar algumas manifestações das duas formas rivais de pluralismo jurídico; as hegemónicas e contra hegemónicas. Posteriormente, dedicarei um apartado a discutir o campo, que desde minha perspectiva, é mais interessante e amplo das manifestações de pluralismo jurídico; aquele que pode ser localizado no bloco do não hegemónico. Por último, fecharei esta contribuição com alguns comentários finais.

II. O hegemónico, o contra hegemónico e o não hegemónico no pluralismo jurídico

O primeiro problema sério a superar a esta altura do trabalho é ¿como se podem localizar as múltiplas manifestações de pluralismo jurídico nestes três grandes blocos? Ou melhor dito. Qual é o critério que há que seguir para o fazer? A final de contas, se poderia argumentar, que dependendo do contexto da cada uma destas experiências, o hegemónico e contra hegemónico pode ter várias ou diferentes conotações (Santos, 2009a). Encontro-me aqui num atolador forte que se tem que superar, porque o preço de não o fazer conduz, em termos políticos, às águas do relativismo cultural.

De tal sorte, que é necessário transcender desta posição relativista que esconde depois de si a forma de conservadorismo pós-moderno. A final de contas se pensa-se numa ação transformadora, tal como o sustentam Laclau e

¹³ Veja-se por exemplo: (Aragón, 2013 y Aragón, 2014).

Mouffe, é necessária a mobilização conjunta de setores heterogêneos (Laclau e Mouffe, 2004). Por suposto, a questão é como se consegue essa união entre setores tão heterogêneos e também desiguais; neste ponto radica precisamente a diferença, entre as diferentes propostas de teorias críticas (modernas e posmodernas). Para BSS só será através de uma teoria da tradução que se construa em base a um diálogo “desde abaixo” e multicultural (Santos, 2003b).¹⁴ Por tanto, conquanto é verdadeiro que o hegemônico nos diferentes direitos pode variar dependendo de suas realidades próprias, para os fins e preocupações deste trabalho se tem que buscar certo princípio de articulação, ainda que seja, na prática contingente e instável. Este se pode encontrar em oposição à globalização neoliberal, como sistema de dominação atual; no que BSS denomina a globalização contra hegemônica ou cosmopolitismo subalterno, já que a resiste e a confronta (Santos, 2003a e 2003b).

Mediante a anterior operação já se pode começar a bosquejar o terreno do hegemônico e o contra hegemônico no pluralismo jurídico; no entanto, há que se perguntar. Se esta divisão dicotômica resulta suficiente para a análise que me propus? A resposta é não. Não, porque esta proposta dicotômica conduziria mais bem à lógica que Walter Benjamín (2009) chama a “violência mítica”,¹⁵ isto é, àquela espiral no que uma violência consegue se estabelecer

¹⁴ Aí encontra-se outra das razões pelas quais recusa as teorias gerais (incluídas as jurídicas como já mencionei no caso de Twining) e propõe uma teoria de tradução: “Do ponto de vista do cosmopolitismo subalterno, um tal esforço não é só risível [fazer uma teoria geral] como também perigoso. Qualquer que seja o seu valor, a teoria virá sempre por último, um tal esforço não é só risível [hacer una teoría general] como também perigoso. Qualquer que seja o seu valor, a teoria virá sempre por último, não em primeiro lugar. Em vez de uma teoria que unifique a variedade imensa de lutas e movimentos, do que precisamos é de uma teoria da tradução — ou seja, uma teoria que, mais do que tentar criar outra realidade (teórica) por sobre os movimentos e à margem deles, procure promover entre eles uma compreensão mútua, uma inteligibilidade mútua, para que todos eles possam beneficiar das experiências dos demais e com eles colaborar. Os procedimentos da tradução dispensam as nossas descrições rarefeitas, baseando-se antes em descrições espessas. Na verdade, a especificidade dos relatos de dois ou mais movimentos ou lutas nunca é tanta que garanta uma tradução não-problemática entre elas” (Santos, 2003a: 33) Este esforço de diálogo o exemplifica BSS na dinâmica interna do Foro Social Mundial (Santos, 2005).

¹⁵ Ainda que como tratarei de mostrar a proposta de BSS busca basear sua ideia de legalidade cosmopolita num lugar de “não-violência” (ou de não assimetria de relações de poder), se procura fundar uma nova legalidade uma das características que Benjamín encontra na “violência mítica” em quanto a fundadora de direito. Sem lugar a dúvidas esta é uma das ambições utópicas maiores na proposta de BSS.

no lugar hegemónico enquanto as outras violências a combatem para a deslocar e atingir esse lugar. Esta análise, então, admite só duas posições o hegemónico e todo o que não é hegemónico seria potencialmente contra hegemónico.

Este não seria a abordagem correto que se tem que realizar desde a teoria de BSS. Uma primeira pista que me permite me afastar da anterior proposta é o deslinde que o próprio BSS realiza ao avaliar o potencial emancipatório de certas tradições religiosas para as pôr ao serviço de uma concepção transformadora dos direitos humanos. Nesse trabalho identifica como contra hegemónicas aquelas experiências ou princípios que, efetivamente, resistem ao capitalismo propondo relações equitativas de conhecimento e poder, mas que, ao mesmo tempo, questionam a inevitabilidade das relações desiguais de poder e não impulsionam, em oposição à hegemonía capitalista neoliberal, relações de dominación “pré-capitalistas” (Santos, 2009a).

Para aclarar este ponto é necessário recordar, ainda que seja de forma somera, as noções de poder e emancipação postuladas por BSS. Sobre a primeira teria que dizer que é uma concepção difuminada. Similar à ideia proposta por Foucault, BSS constrói uma noção de poder que não se concentra num só âmbito político-social, como por exemplo, o Estado.¹⁶ Pelo contrário, sustenta a existência de seis espaços sociais nos que se despliegan seis formas de poder particular. Neste sentido o poder apresenta-se não de uma maneira monolítica, senão em constelações de poder, nas que se encontram presentes, de forma genérica e com diferente intensidade, as seis formas diferenciadas, ainda que vinculadas entre si, de poder. O poder é definido por BSS como “qualquer relação social regulada por uma troca desigual” (Santos, 2002: 266). Por oposição, as lutas pela emancipación são aquelas que buscam anular a assimetria nas relações de poder, mas ao igual que este a emancipación não

¹⁶ Não obstante, há uma importante diferença entre as duas propostas; enquanto Foucault (2007) não identifica um centro de poder, BSS concede um lugar especial ao Estado como a única forma de poder autorreflexiva. Outra grande diferença entre estas teorias é a conceção anacrónica que Foucault tem do direito (Santos, 2002).

é unidimensional já que é relacionável às formas de poder contra as quais luta. O anterior ponto tem como consequência que dentro da proposta de BSS “não há emancipação em se, mas dantes relações emancipatórias; relações que criam um número a cada vez maior de relações a cada vez mais iguais. As relações emancipatórias desenvolvem-se, portanto, não interior das relações de poder, não como, ou resultado automático de uma qualquer contradição essencial, mas como resultados criados e criativos de contradições criadas y criativas” (Santos, 2002: 269). Baixo este entendido, a emancipação também se pode representar em forma de constelações, mas com a diferença de que têm como fundamento os intercâmbios simétricos (Santos, 2002).

Este marco permite justificar um terceiro bloco que se pode denominar “não hegemónico”, no qual se poderiam localizar o maior número de expressões de direito, porque a maioria estão cruzadas por diferentes formas de poder que analisarei com mais detenimento numa seção deste trabalho.

III. Constelações jurídicas, campo jurídico, interlegalidade e zonas de contato

Agora bem, o problema que a seguir se apresenta pode questionar-se através das seguintes interrogantes, como se pode dar conta, analiticamente falando, deste trinómio nas experiências concretas de pluralismo jurídico? E quais são os instrumentos teóricos que permitem uma avaliação comparativa de tão diversas expressões de pluralismo jurídico? Quatro ferramentas da teoria de BSS aparecem então como indispensáveis: as constelações jurídicas, os campos jurídicos, a interlegalidade e as zonas de contato.

Quiçá a categoria mais referida de BSS nos estudos jurídicos é a de interlegalidade (Santos, 1987). Uma grande variedade de trabalhos, inclusive de posições teóricas contrárias, se apropriaram desta ideia para explicar a natureza dos fenômenos jurídicos de nossos dias; assim a interlegalidade converteu-se numa ferramenta tão flexível que a cada quem recorre a ela como quer. Esta noção refere-se à sobreposição de diferentes ordens normativos, não obstante esta sobreposição não é infinita nem anárquica

(Santos, 1987), como se desprende de alguns trabalhos; de fato, uma concepção que não atenda a esta advertência conduz diretamente à trivialização do direito, como o sustentou em repetidas ocasiões o próprio BSS (“se o direito está em todas partes não está em nenhuma”).¹⁷ Por tal motivo, a hibridação jurídica deve-se conceber de forma limitada, estruturada e jerárquica (Santos, 2002).

Devido a esta situação parece-me mais útil recorrer, para os fins que persigo neste trabalho, à noção de constelação de poder e de direito, que a meu modo de ver integra à ideia de interlegalidade. Para BSS as sociedades capitalistas podem analisar-se mediante constelações de direito, de poder e de conhecimento baseadas, geralmente, em seis espaços básicos de produção: (1) o espaço doméstico, (2) o espaço de produção, (3) o espaço do mercado, (4) o espaço da comunidade, (5) o espaço da cidadania e (6) o espaço mundial (Santos, 2002). A cada um destes espaços produz uma forma concreta de poder, de direito e conhecimento, que ainda que estão inter-relacionadas são estruturalmente autônomas; por exemplo, e centrado-me no direito e o poder, o espaço doméstico caracteriza-se pela forma de poder de patriarcado e pelo direito doméstico; o espaço de produção reproduz a forma de poder de exploração capitalista e o direito da produção; o espaço do mercado, por sua vez, manifesta a forma de poder do fetichismo das mercadorias e o direito do intercâmbio; no espaço da comunidade reproduz-se a forma de poder de diferenciação desigual e o direito da comunidade; o da cidadania produz o poder da dominação o direito estatal; finalmente o espaço mundial caracteriza-se por uma forma de poder baseada na mudança desigual e o direito sistémico (Santos, 2002).

Em consequência, a cada sociedade produz uma constelação de poder e de direito, específica da articulação destes seis espaços básicos. Esta proposta

¹⁷ Esta é precisamente uma das críticas mais fortes à literatura do pluralismo jurídico em general, no sentido de que não tem bem definido sua área de estudo, isto é, onde começa e termina o jurídico. O trabalho de Brian Tamanaha (1993 e 2000) é quicá o mais representativo desta crítica. A BSS em particular não o questiona por este ponto, senão por sustentar uma concepção essencialista e funcionalista do direito (Tamanaha, 2000). A resposta de BSS o leitor encontra-a em: (Santos, 2009b: 62 e 75).

analítica tem implícita a ideia de que o poder, o direito e o conhecimento não são atributos exclusivos de um espaço de produção, senão que se constituem na constelação concreta que forma a cada sociedade. Parece-me, então, que este quadro analítico permite avaliar diversas experiências de pluralismo jurídico e compreender por que ainda que em alguns dos espaços parecem contra hegemônicas, em outros estão cruzadas por outras formas de poder.

As constelações jurídicas, contudo, não estão completas para a análise comparativa sem os campos jurídicos que conformam. O sentido desta noção na teoria de pluralismo jurídico de BSS refere-se à articulación, que apresentam diferentes constelações jurídicas, dos três elementos estruturais do direito: a violência, a retórica e a burocracia. A primeira é “una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza de la fuerza física” (Santos, 2009b: 57). A segunda “no sólo es un tipo de conocimiento, sino también una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión o convicción mediante la movilización del potencial argumentativo de secuencias y artefactos verbales y no verbales que han sido aceptados” (Santos, 2009b: 57). Finalmente, a burocracia entende-a como “una forma de comunicación y estrategia de toma de decisiones basada en imposiciones autoritarias a través de la movilización del potencial demostrativo de los procedimientos regularizados y los estándares normativos” (Santos, 2009b: 57).

A regra geral dos campos jurídicos é que o equilíbrio da forma de direito predominante na constelação tende também a prevalecer nestes, isto é, uma constelação onde predomine, dentro das seis formas relevantes de direito, o direito estatal tenderá a reproduzir este mesmo equilíbrio no campo jurídico. Por exemplo, se uma constelação está dominada pelo direito estatal o balanço geral dos três componentes estruturais do direito favorecerão à burocracia e à violência em detrimento da retórica. No entanto, esta regra geral pode ser insuficiente ou enganosa na análise de formas complexas de direito, pelo que a avaliação dos campos jurídicos também admite um estudo diferenciado em três formas de articulação: a covariação, a combinação geopolítica e a interpretação estrutural (Santos, 2009b).

Uma última ferramenta analítica à que me devo referir é a noção de zona de contato. Como disse na introdução, as novas expressões de pluralismo jurídico e por tanto de constelações jurídicas, são mais instáveis e contingentes que suas predecessoras, se formam da colisão acelerada de outras constelações que se produzem nestas zonas de contato (Santos, 2003a). Esta ideia não é para nada ornamental, senão que cobra um especial interesse, porque centra sua atenção na “qualidade da hibridación”. A proposta de BSS não se trata, como já disse, de um hibridismo ou eclecticismo sem regras e sem princípios (Santos, 2010), senão que não perde de vista interrogantes centrais sobre “Quem é que define quem –ou que coisa- pertence à zona de contacto? A quem pertence a linha que delimita, interna e externamente, a zona de contato?” (Santos, 2003a: 44). Mas além de concentrar-se no anterior aspecto, também permitem as conceber como espaços em disputa, em condições claramente desiguais, mas susceptíveis de ser disputadas.

Este arsenal analítico parece-me suficiente para exemplificar e explicar comparativamente algumas experiências de pluralismo jurídico e fazer um exercício de aproximação de classificação nos três blocos propostos, manifestações hegemónicas, contra hegemónicas e por último não hegemónicas.

IV. E onde ficou o centralismo jurídico? Experiências hegemónicas e contra hegemónicas de pluralismo jurídico

Longe parecem nos dias nos John Griffiths (1986), em seu trabalho clássico *What is legal pluralism?*, questionava apaixonadamente o que ele chamou a “ideologia do centralismo jurídico”. Apesar de que na maioria das faculdades de direito, ao menos as de América Latina, o estudo do direito segue se concentrando nesta tradição, hoje é fácil se dar conta que não corresponde com a “realidade” sócio jurídica tolerada, aceita e até promovida pelo próprio Estado. A interrogante que há que se propor dantes de dar por um fato natural ou por produto do “progresso jurídico” este novo panorama é: quais foram os fatores que permitiram esta transformação?

BSS oferece ao respeito uma extensa análise que se centra no novo processo de globalização do direito, mas dantes de entrar a uma breve revisão deste fenómeno é conveniente recordar minimamente a proposta analítica que faz sobre as globalizações em general. Para BSS não há em si mesma uma globalização genuína, senão globalizações originadas e promovidas desde verdadeiro localismo (Santos, 2003b). Desde este orçamento se postulan quatro tipos diferentes de globalizações: (1) O localismo globalizado que se define como:

“el proceso por el cual un determinado fenómeno local es globalizado con éxito, sea éste la actividad mundial de las multinacionales, la transformación de la lengua inglesa en *lingua franca*, la globalización de la comida rápida norteamericana o de su música popular, o bien la adopción mundial de las mismas leyes de propiedad intelectual, de patentes o de telecomunicaciones promovida agresivamente por los Estados Unidos” (Santos, 2003b: 208).

(2) O globalismo localizado que se “traduce en el impacto específico en las condiciones locales, producido por las prácticas y los imperativos transnacionales que se desprenden de los localismos globalizados” (Santos, 2003b: 208). (3) O cosmopolitismo subalterno refere-se

“a la organización transnacional de la resistencia de Estados-nación, regiones, clases o grupos sociales victimizados por los intercambios desiguales de los cuales se alimentan los localismos globalizados y los globalismos localizados, usando en su beneficio las posibilidades de interacción transnacional creadas por el sistema mundial en transición, incluyendo aquellas que se desprenden de la revolución de las tecnologías de información y de comunicación” (Santos, 2003b: 209).

(4) O patrimônio comum da humanidade que se refere a “las luchas transnacionales por la protección y la desmercantilización de recursos, entidades, artefactos y ambientes considerados esenciales para la sobrevivencia digna de la humanidad y cuya sustentabilidad sólo puede ser garantizada a una escala planetaria” (Santos, 2003b: 212). Os dois primeiros tipos dão forma à globalização hegemónica neoliberal e o segundo binômio

constituem a matéria da globalização “desde abaixo” que resiste e propõe alternativas à dominante (Santos, 2003b).

Apesar de que, como se desprende da anterior análise, a globalização não é um fenômeno monolítico, sua versão neoliberal foi a mais determinante à hora de produzir esta nova etapa de pluralismo jurídico que se vive em nossos dias. Sally Engle Merry (1988) propôs uma classificação histórica do pluralismo jurídico composta de duas categorias: o clássico e o novo. O primeiro consistia basicamente na tradição que estudava as ordens jurídicas que conviviam numa sociedade como entidades separadas ao estilo dos direitos coloniais. O segundo, em mudança, preocupava-se pela análise da interação dos diferentes ordens jurídicas dentro de um Estado nacional, isto é, entre a esfera local e a nacional. Não obstante, a raiz dos novos processos de globalização BSS sugeriu uma nova etapa que denomina “pluralismo jurídico posmoderno” a qual tem como elemento característico um marcado aumento qualitativo e quantitativo na mixtura e na densidade ordens jurídicos que, ademais, abarcam agora as três escalas do direito: a local, a nacional e a global (Santos, 2009b).¹⁸

Esta nova etapa de “pluralismo jurídico posmoderno” foi produzida através da globalização da regulação do Estado nação. Este processo tem-se materializado em diferentes transformações do direito estatal como produto da pressão formal ou informal de determinados Estados, agências internacionais (como a Agência para o Desenvolvimento de Estados Unidos, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Interamericano de Desenvolvimento, etcétera) e outros atores transnacionais (Santos, 2009b). A novidade que se pode encontrar nesta nova etapa de pluralismo jurídico consiste na intensificação das pressões globais e os intercâmbios mais

¹⁸ Neste ponto existe quase um consenso entre os principais teóricos da globalização do direito, isto é, em que o pluralismo jurídico é a expressão característica do processo da globalização do direito. Por exemplo, para Twining (2002) o pluralismo jurídico ocupa um lugar central em sua proposta de reformulação de uma teoria geral do direito. Para Teubner (1997) um pluralismo jurídico à Ehrlich será o definidor das expressões jurídicas nesta nova etapa da globalização.

desiguales de poder, baseados no novo consenso hegemónico,¹⁹ entre as entidades promotoras dos ajustes e os Estados recetores (Santos, 2009b).

No entanto, a suscetibilidade e os efeitos deste conjunto de pressões não devem se entender como a evidência da pouca relevância, em nossos dias, do Estado. Pelo contrário, estas pressões globais conseguem materializa-se devido ao papel finque que segue jogando o Estado e seu direito para cristalizar este processo; tal como o sustenta BSS “la reducción del Estado no se puede conseguir sino a través de una profunda intervención estatal. El Estado debe intervenir para no intervenir. Por eso, la desregulación implica re-regulación” (Santos, 2009b: 331).²⁰ Simultaneamente do “desmantelamento do Estado”, particularmente de suas políticas sociais ou de bem-estar, emergiram ao interior dos Estados nacionais “novos” atores políticos, denominados por certa tradição sociológica como “novos movimentos sociais”, que contribuem, além das pressões globais, à sua debilitação. A principal consequência deste movimento paradójico é um aumento exponencial na heterogeneidade jurídica da regulação do Estado, que nos casos mais extremos produz um Estado heterogéneo caracterizado “by the uncontrolled coexistence of starkly different political cultures and regulatory logics in different sectors [...] or levels [...] of state action” (Santos 2006b: 44).

Uma das expressões mais inovadoras desta nova modalidade do “pluralismo jurídico pós-moderno” é a ACI como instância privada de justiça, o qual deslocou rapidamente ao cada vez mais anacrónico, para o mundo dos negócios transnacionais, direito internacional privado. O ACI pode considerar-se como uma forma de localismo globalizado e por tanto uma manifestação mais da globalização hegemónica. Segundo Dezalay e Garth (1996) esta prática, a cada vez mais aceite pelos Estados como médio de resolução para os grandes conflitos de negócios transnacionais, surgiu em França e Suécia para depois expandir-se a outros lugares do mundo, da mão, já para esse momento,

¹⁹ BSS propõe que o atual ordem global descansa sobre quatro consensos: o económico neoliberal, o do Estado débil, da democracia liberal e do Estado de direito e a reforma judicial. Veja-se: (Santos, 2009b).

²⁰ Neste ponto existe uma diferença com a proposta de Teubner (1997) que vê completamente marginal o papel do Estado na globalização do direito.

dos grandes despachos de advogados estadunidenses. Por suposto que o anterior não deve levar à conclusão de que toda a prática do ACI pode se reduzir a uma sozinha constelação jurídica para todas suas diferentes manifestações na órbita, já que apresentam variações, às vezes pequenas e às vezes maiores, dependendo dos elementos concretos da cultura jurídica, das relações de poder e da conjuntura histórica de cada um dos lugares onde se aplica.²¹ De facto, neste ponto é onde se manifesta com clareza o carácter “multiescala” e contingente deste novo “pluralismo jurídico posmoderno”. Não obstante, também se pode afirmar que não tudo é instabilidade e que as constelações jurídicas do ACI compartilham certos elementos comuns, por exemplo o énfasis na maximación dos ganhos económicos, a certeza jurídica nas transacções comerciais trasnacionales, etcétera.

Neste sentido pode-se realizar um exercício de aproximação a estas constelações jurídicas. As dimensões que imediatamente destacam são as do direito do intercâmbio e a do direito sistémico, seguidas em menor medida pela do direito da produção e depois a do direito estatal; enquanto o direito da comunidade e o doméstico são totalmente marginales. A esta caracterização geral pode-se-lhe somar uma avaliação da articulación do campo jurídico, em quanto ao equilíbrio que guardam os três elementos estruturais do direito: a violência, a burocracia e a retórica. A análise desta variação nas constelações jurídicas como esta é particularmente complexo, já que desafiam a lógica da composição do direito estatal e outras formas mais tradicionais de pluralismo jurídico. Este campo em particular pareceria dominado principalmente pela retórica e a violência, enquanto a burocracia apareceria um tanto retraída, já que a primeira vista o ACI é um acordo entre privados no qual se submetem a um “terceiro neutro” deixando de lado a dimensão estatal institucionalizada. Não obstante, este equilíbrio é selectivo ao interior dos três elementos estruturais do direito, por exemplo, no componente da burocracia nesta constelação é totalmente ambiguo, já que uma das “virtudes”, destacadas por

²¹ Por exemplo, Dezalay e Garth (1996) oferecem alguns elementos interessantes para fazer uma avaliação numa conjuntura particular do Cairo e de Hong Kong.

seus promotores, do ACI consiste em que se prescinde da parcial, lenta, ineficaz, pouco especializada e adversarial burocracia judicial estatal. No entanto, uma análise mais detida adverte dois elementos que contradizem este aparente deslocamento da burocracia: (1) O ACI é um saber erudito entre o já erudito conhecimento profissional do direito; só um reduzido número de faculdades de direito, em América Latina, dão este tipo de matéria e só os grandes despachos oferecem este tipo de serviços. (2) Que ocorre se não se cumpre com uma resolução de ACI? Simples, o exercício de coacção recai novamente na institucionalidad estatal. O balanço deste campo jurídico requer então de uma análise detida e centrado no tipo de avaliação que BSS chama interpretação estrutural.²²

Os “mecanismos alternativos para a resolução de conflitos” (ADRs por suas siglas em inglês) implantados recentemente em muitos Estados graças à promoção global da reforma judicial é outro exemplo de uma manifestação do “pluralismo jurídico pós-moderno” e de globalização hegemónica. Inclusive a partir de sua difusão e promoção como parte da “nova ortodoxia legal” Galanter e Trujillo (2006) sugeriram um novo período de pluralismo jurídico que denominaram: techno-pluralism. A diferença do ACI, a mediação e a conciliação como ADRs são instrumentos que operam numa escala menor e que geralmente encarregam-se de resolver conflitos de “pouca monta”, mas que ao igual que o ACI envolvem em sua operação as três escalas do direito.

Os ADRs são, também, um dos exemplos mais paradigmáticos do “poder coptador” e a plasticidade da globalização neoliberal. Várias análises deram conta da instrumentalização dos movimentos de organização comunitária por parte da justiça estatal nos programas dos ADRs particularmente em Estados Unidos (Harrington, 1985 Hofrichter, 1987 e Merry e Milner, 1995), lugar onde surgiram e foram posteriormente exportados como parte da reforma judicial (Pedroso, Trincão e Dias, 2003 e Nader, 2005). Não obstante, é ainda mais surpreendente sua importação em outros contextos culturais onde os

²² BSS entende esta articulação como a “más compleja porque consiste en la presencia y reproducción de un determinado componente dominante dentro de uno dominado” (Santos, 2009b: 59).

promotores globais da reforma judicial os puseram em marcha sobre outras tradições de justiça,²³ devido a que, como o refere BSS, sua informalidade, não enfrenta as mesmas resistências normativas que outros programas da reforma judicial (Santos, 2004a). Por exemplo, Yasunobo Sato dá conta de como se levou a cabo este processo de informalização da justiça no Japão, a colisão de valores e princípios com as formas anteriores de direito local, bem como a instrumentalização deste para conseguir uma estandarização das múltiplas manifestações dos direitos locais (Sato, 2000).

As múltiplas expressões dos ADRs, mais que as diferentes manifestações do ACI, resistem um enquadre único numa constelação jurídica, devido a que estão tão diversificadas como nos contextos locais onde existem. Assim por exemplo, os centros a cada vez mais profissionalizados de Estados Unidos guardam diferenças daqueles instalados no Japão, na Austrália, na Argentina ou em México; inclusive entre as experiências localizadas dentro um mesmo país ou outra subdivisión política, populacional (rural ou urbano) ou cultural (ocidental, oriental, indígena, etcétera). Apesar destas advertências acho que também é possível identificar algumas regularidades neste tipo de constelação jurídica. Por suposto, reitero-o, o mais interessante da utilização deste arsenal analítico não é identificar uma constelação genérica, senão comparar diferentes zonas de contacto e as experiências particulares de ADRs, ACI e outras experiências posmodernas de pluralismo jurídico em contextos similares ou diferentes. No entanto, para os fins deste trabalho que só são demonstrativos, pode inclusive ser de utilidade o contraste entre diferentes expressões de pluralismo jurídico hegemónico, como o ACI já citado e os ADRs.

Para o caso dos ADRs pode-se advertir que os elementos predominantes nesta constelação jurídica se compõem principalmente do direito da comunidade e do direito doméstico, combinado com o direito estatal e com o

²³ Esta advertência realiza-a Merry (2004) sobre a adoção de programas de ADRs baseados na experiência norte-americana e importado a diferentes Estados. Neste mesmo sentido, é reveladora a guia para a implementação de ADRs da Agência de Desenvolvimento do governo norte-americano (principal promotor destes programas em América Latina), já que recomenda, como uma das questões finques para o sucesso deste tipo de programas, a de montar-se sobre a tradição de um direito local já existente (Center for Democracy and Governance, 1998: 27).

direito sistémico; acompanhados, em menor medida, por o direito do intercâmbio. Por suposto em outros contextos um direito pode ter maior ou menor peso, por exemplo, uma mediação familiar levada a cabo numa grande cidade de um país central, suporia (ainda que obviamente pode não ser assim) um peso menor do direito da comunidade, em relação a uma realizada numa comunidade rural de um Estado periférico. A mesma variação poderia apresentar-se no referente ao direito doméstico ou ao direito sistémico dependendo do nível de apropriação desse aparelho de resolução de conflitos por parte da comunidade. Evidentemente a formação de uma constelação jurídica requer precisamente de uma investigação empírica que precise todas estas e outras variações na cada experiência concreta.

Que se pode dizer da articulação do campo jurídico desta constelação? Como é sabido os ADRs operam com conteúdos altamente informais, em tempos “sumaríssimos”, num discurso que faz inecessário o uso de advogados e apelando mais que à legislação a verdadeiro “senso comum da conciliação entre as partes”. Estes elementos comuns indicariam um equilíbrio orientado para a retórica em detrimento da burocracia e a violência. Parece-me, no entanto, que ao igual que o caso do ACI este campo jurídico requer de uma interpretação estrutural. A burocracia, por exemplo, “contamina” elementos como a retórica no sentido de que só pode se considerar “informais e ágeis os procedimentos” em relação ao prototipo tradicional de o direito estatal, mas também têm um processo claro a seguir; contam com uma estrutura interna organizacional definida e especializada; e o pessoal que trabalha em muitos dos centros de mediação e conciliação é portador de um conhecimento profissional e sobretudo estas figuras estão inmersas na própria institucionalidade estatal. Pelo que toca à violência e apesar de que os ADRs promovem uma “ideologia da harmonia” e declaram-se explicitamente contra a “cultura adversarial” existem suficientes indícios para duvidar que este movimento não oculte um exercício da violência institucionalizada (Nader,

1993).²⁴ De nova conta este tipo de valorações tem que se fazer em base a experiências particulares, que obviamente podem variar de caso em caso.

Os dois exemplos citados como manifestações de pluralismo jurídico hegemónico ajudam também a mostrar outra dimensão da heterogeneidade da regulação do Estado nacional, que não só implica uma actuação contradictoria e desparpajada, senão um grau impressionante de flexibilidade e manejo desigual na dê e re-regulação estatal. Isto é talvez mais evidente em Estados ex colónias como os de América Latina, particularmente em México, onde o Estado pode manejar expressões de pluralismo jurídico para os negócios transnacionais em onde se mostra altamente permissivo, enquanto ao tempo pode articular a sua justiça formas de pluralismo jurídico de “baixa tensão” como o reconhecimento dos diferentes direitos indígenas.

Outra questão importante na que pode ser de grande utilidade o instrumental teórico no que me venho apoiando é na discussão de até que ponto, este tipo de expressões de pluralismo jurídico hegemónico podem ter um uso contra hegemónico e se for o caso qual é o alcance desse uso progressista (potencial emancipador fino ou espesso).

Por sua vez as experiências de pluralismo jurídico contra hegemónicas são muito menos visíveis e consolidadas que os casos anteriormente referidos. O próprio BSS reconhece que se encontram em estado “embrionário” e dá como exemplos alguns diálogos iniciados no Foro Social Mundial, onde organizações civis de diferente índole começaram a manter discussões e intercâmbios de experiências de legalidade para construir estratégias híbridas em sua luta contra a globalização neoliberal (Santos, 2005).

Nestes dois últimos pontos encontra-se um dos debates mais interessantes da sociologia jurídica crítica contemporânea, particularmente entre os seguidores de Bourdieu nas análises da globalização do direito Yves Dezalay e Bryant Garth em frente a BSS e seu projecto de legalidade

²⁴ Owen Fiss (1984) critica à ideologia da paz dos ADRs no contexto estadunidense e adverte sobre as formas de violência que podem ocultar. Numa direção similar Jacqueline Sinhoretto (2006) mostra como em alguns foros em onde se aplica a mediação, como produto de uma reforma judicial em Brasil, em realidade se reproduzem diferentes formas de violência nos critérios empregados pelos mediadores e conciliadores que aí laboram.

cosmopolita subalterna,²⁵ em demonstrar se pode-se ou não dar um uso contra hegemónico a um instrumento hegemónico e se as experiências progressistas às que alude BSS em sua proposta de legalidade cosmopolita têm efectivamente um potencial emancipador ou se por estar enmarcadas, muitas delas, dentro das coordenadas de acção toleradas pelo capitalismo são subsidiárias das próprias forças hegemónicas.²⁶

IV. Pluralismo jurídico não hegemónico: do simbólico à constelação de poder

Sem dúvidas o bloco mais rico e diverso de experiências pluralismo jurídico é aquele que se encontra no não hegemónico. Neste apartado sigo uma estratégia analítica que segmento em dois para mostrar precisamente o carácter não hegemónico de algumas expressões de pluralismo jurídico. Primeiro abordarei a dimensão simbólica do direito e depois concentrar-me-ei na dimensão do poder.

a) A dimensão simbólica no direito

Ante la ley hay un guardián. A este guardián se acerca un hombre del campo y le pide que le permita entrar a la ley. Pero el guardián dice que ahora no puede concederle la entrada. El hombre reflexiona y pregunta si podrá entrar más tarde. “Es posible”, dice el guardián, “pero no ahora”. Como la puerta de la ley está abierta como siempre y el guardián se echa a un lado, el hombre se agacha para ver el interior a través de la puerta. Al notarlo el guardián, se ríe y dice: “Si tanto te atrae, anda, intenta entrar a pesar de mi prohibición. Pero ten en cuenta una cosa: Soy poderoso. Y sólo soy el

²⁵ Alguns dos pontos mais importantes desta discussão podem se seguir em (Dezalay e Garth, 2002: 26-27 e 279-283; e Dezalay e Garth, 2005: 314-316) e a resposta de BSS em: (Santos e Rodríguez, 2005: 9-12).

²⁶ Ao reseito BSS sustenta que: “A questão dá compatibilidade resume-se, por conseguinte, a saber se ou mundo vai ficando a cada vez menos cómodo para o capitalismo global por força das práticas subalternas rebeldes, ou se, pelo contrário, o capitalismo global conseguiu cooptar aquelas práticas e transformá-las em meios da sua própria reprodução” (Santos, 2003a: 34).

más bajo de los guardianes. Pero entre una sala y otra, hay también guardianes, y cada uno de ellos es más poderoso que el anterior. Ni yo mismo puedo soportar la simple visión del tercero de ellos”. El hombre del campo no esperaba tales dificultades. La ley debe ser siempre accesible y estar abierta a todos, piensa. Pero entonces, al observar más detenidamente al guardián envuelto en su capote de pieles, su nariz grande puntiaguda, la barba de tártaro, larga, negra y estrecha, decide que es mejor esperar hasta que le den permiso de entrar. El guardián le da un taburete y deja que se siente a uno de los lados de la puerta. Allí permanece sentado días y años. Efectúa muchos intentos para que le dejen entrar y fatiga al guardián con sus súplicas. El guardián se enzarza a menudo con él en breves interrogatorios; le pregunta por su tierra y por otras muchas cosas, pero se trata de preguntas indiferentes, como las formulan los grandes señores y, para acabar, le dice siempre que no puede permitirle la entrada. El hombre que se ha provisto de muchas cosas para su viaje, las utiliza todas, por valiosas que sean, para sobornar al guardián. Éste lo acepta todo, pero dice: “Lo acepto únicamente para que no creas que has omitido nada.” Durante los muchos años que van pasando, el hombre observa al guardián casi sin interrupción. Se olvida de los restantes guardianes, y le parece que éste, el primero, es el único obstáculo para la entrada en la ley. Durante los primeros años, maldice en voz alta la desgraciada casualidad, pero luego, al envejecer, ya solo refunfuña entre dientes. Chochea, y como, por haberse pasando tantos años examinando al guardián, ha llegado a conocer hasta las pulgas de su cuello de pieles, suplica también a las pulgas que le ayuden y hagan cambiar de opinión al guardián. Finalmente, la vista se le va debilitando y no sabe si realmente está oscureciendo a su alrededor o si le engañan sus ojos. Pero entonces distingue en la obscuridad un resplandor inextinguible que sale de la puerta de la ley. Ya no vivirá mucho. Antes de su muerte, se acumulan en su cabeza todas las experiencias de todos aquellos años

y forman una pregunta que aún no había formulado nunca al guardián. Le hace una seña, porque ya no puede levantar su cuerpo yerto. El guardián tiene que inclinarse mucho, porque la diferencia de estatura se ha hecho mucho mayor, en perjuicio del hombre del campo. “¿Qué más quieres saber?”, pregunta el guardián. “Eres insaciable”. “Todo el mundo se esfuerza por llegar a la ley”, dice el hombre, “¿Cómo es posible entonces que durante tantos años, nadie haya pedido la entrada más que yo?” El guardián se da cuenta de que el hombre está cerca de su fin, y para que las palabras lleguen a su oído, que se extingue, le grita con fuerza: “Por aquí no podría tener acceso nadie más que tú, porque esta entrada estaba destinada sólo a ti. Ahora me voy y la cierro” (Kafka, 2002: 219-220).

“Ante a lei” como é bem sabido é um conto dentro da obra “O processo” de Franz Kafka. Não é nenhuma novidade a filiação da obra de Kafka com o direito, nem o uso deste conto na reflexão jurídica filosófica. Não obstante, aqui utilizo-o dando-lhe outra interpretação ou pelo menos diferente às realizadas por Agamben (2006) e Derrida (1984), que creio útil para explicar uma das diferenças importantes entre o direito estatal (entendido em sua forma mais prototípica) e algumas manifestações de pluralismo jurídico.

Se se parte da ideia mais estereotipada do direito estatal, “Ante a lei” mostra de forma clara a impenetrabilidade do discurso jurídico estatal para os legos,²⁷ quem conquanto vêem-se envolvidos, ao igual que o camponês, pela força simbólica de “a lei”, permanecem excluídos de muitas de suas áreas de compressão e construção. De tal maneira, que estes espaços de “a lei” estão reservados, ainda que também de forma desigual e não absoluta, para os portadores de um conhecimento erudito capaz de decodificar esse discurso. Pode-se dizer então, que os juristas se encarnam na figura do guardião de “a

²⁷ *Na ordem do discurso* Foucault adverte sobre os sistemas de exclusão presentes na produção dos discursos na sociedade. No caso do discurso jurídico Foucault identifica o sistema de que denomina “de comentário” como o principal mecanismo de exclusão. A finalidade deste vai ser “a de conjurar a casualidade do discurso ao tê-lo em conta: permite dizer outra coisa a parte do texto mesmo, mas com a condição de que seja esse mesmo texto o que se diga, e em certa forma, o que se realize” (Foucault, 2009: 29).

lei”. Se translada esta reflexão à análise da articulação do campo jurídico proposto por BSS pode-se ver que tal como ele o sustenta o elemento da burocracia predomina sobre a retórica neste campo (Santos, 2009b), isto é, o conhecimento profissional do direito acima do senso comum.

Pelo contrário, em outras expressões de “a lei”, isto é, em outros direitos ou experiências de pluralismo jurídico o acesso e a construção da realidade simbólica é mais transparente e comensurável para seus utentes. Não existe por tanto esta assimetria de conhecimento, e por consequência de poder, entre legos e letrados, ou se quer entre o camponês e o guardião. Como o sustenta BSS

“O senso comum [jurídico] é prático e pragmático; reproduz-se colado às trajetórias e às experiências de vida de um dado grupo social e nessa correspondência se afirma fiável e securizante. O senso comum é transparente e evidente; desconfia da opacidade dos objectivos tecnológicos e do esoterismo do conhecimento em nome do princípio da igualdade do acesso ao discurso, à competência cognitiva e à competência linguística. O senso comum é superficial porque desdenha das estruturas que estão para além da consciência, mas, por isso mesmo, é exímio em captar a profundidade horizontal das relações conscientes entre pessoas e entre pessoas e coisas” (Santos, 1995: 56).

Estas outras expressões de “a lei” concentram-se principalmente no grande leque dos direitos domésticos e da comunidade, dado que sua aprendizagem e prática faz parte da própria sociabilidade quotidiana na que se adotam e interiorizam (Santos, 2002). Se recorre-se novamente aos três pilares que compõem um campo jurídico, poder-se-ia dizer que estas expressões se encontram dominadas pela retórica sobre a burocracia.

Numa avaliação apressada poder-se-ia concluir que estas outras experiências de pluralismo jurídico são contra hegemónicas já que mostram uma qualidade de “acesso democrático à justiça”, por empregar um termo reformista. Não obstante, como argumentarei mais adiante este carácter não pode ser considerado intrinsecamente como emancipatorio, o próprio BSS faz esta advertência sobre a retórica (Santos, 2009b).

Teria que dizer, dantes de continuar, que subjaze à anterior explicação uma noção particular de dimensão simbólica do direito,²⁸ que em realidade pode ser rastreada desde Cassirer (1969),²⁹ Geertz (1994), Bourdieu (2003) até Kahn (2001). Por suposto, que há diferenças importantes entre os autores sobre a noção do simbólico,³⁰ mas se pode encontrar um ponto comum entre eles no sentido que se referem, para o caso que aqui me ocupa, a que o direito não só serve para resolver conflitos, senão também para criar “realidade simbólica” produzida e significada pelo humano em quanto “animal simbólico”, para usar a expressão de Cassirer (1968). Talvez se entenda melhor isto se nos interrogamos: Como se pode entender que um casal de indivíduos de sexo oposto ao realizar um formalismo jurídico, deixem de ser percebidos como dois indivíduos e se convertam num “casal”? Como um indivíduo que cumpre com certos requisitos formais deixa de ser tal e se converte, para os olhos de uma comunidade, em “cidadão”? ou como, através de algumas convenções legais, se pode considerar a um sujeito ou bem um ladrão ou bem um cleptómano?, etcétera. Esta é precisamente “a magia” do direito, estatal neste caso, a de transmitir algumas pautas e que os indivíduos sejam capazes de conotar esses símbolos e os relacionar com outros para os converter em “realidade”.

É por esta razão que, desde meu ponto de vista, para fazer um uso contra hegemónico do direito, e especialmente do direito estatal, não é suficiente um “simples” distanciamento voluntarista de usar a este para uma causa justa ou na protecção dos sectores sociais excluídos;³¹ senão que se requer uma tomada de consciência mais radical que implica o conhecimento das consequências do uso do direito e por tanto o manejo mais prudencial de

²⁸ BSS dá outro sentido à função simbólica do direito veja-se: (Santos, 2009b: 113-114).

²⁹ Em *Antropologia filosófica* Cassirer (1968) refere-se a vários sistemas simbólicos (o mito, a religião, a ciência, a arte, entre outros) nos quais não inclui ao direito, mas serve de inspiração para este tipo de interpretações que veem ao direito como uma forma simbólica. Veja-se: (Cozcun, 2007).

³⁰ Veja-se por exemplo: (Bourdieu, 2007).

³¹ Neste sentido parece-me fundamental o contributo da obra de Mauricio García Villegas (1993) *A eficácia simbólica do direito*, ao ressaltar que a eficácia do direito não se limita ao instrumental, senão que a dimensão simbólica joga um papel muito importante, às vezes mais que a instrumental, no desenvolvimento do direito estatal.

uma ferramenta que ainda que permita tomar algumas vantagens dentro do sistema só se fazem possíveis, precisamente, pela preeminência deste sistema de dominação simbólica.

Por suposto, na contramão desta posição poder-se-á argumentar, com certa quantidade de razão, que as investigações da sociologia jurídica norte-americana conhecidas como *legal consciousness* demonstraram que a “gente comum” “não entende” a realidade simbólica produzida pelo direito estatal, tal como este pretende; que a criação desta é mais plural e não depende unicamente do Estado (Silbey e Erwick, 2005; Silbey, 2005; Sarat, 2005 e Merry, 1986). Numa direcção crítica similar, ainda que com orçamentos e envolvimentos diferentes, podem-se localizar alguns trabalhos resientes da sociologia jurídica colombiana que sustentam que a eficácia simbólica do direito estatal pode se disputar e converter-se em determinadas circunstâncias, particularmente nos contextos quotidianos de violência que se padecem em Colômbia, em práticas emancipadoras ou numa mensagem válida de emancipação para os cidadãos³² ou para os ativistas dos direitos fundamentais que recorrem à corte constitucional (Lemaitre, 2009; Uprimny e García, 2004 e García, 2006).

O mérito destes trabalhos, desde minha perspectiva, consiste em mostrar a complexidade que existe nos processos de dominação em questionar a imagem simplificadora na que se convertia aos sujeitos em simples marionetas da realidade simbólica criada pelo direito estatal; bem como mostrar que em situações concretas o uso do direito estatal permite tomar algumas vantagens em quanto ao reforço da identidade dos grupos litigantes e da legitimidade de suas causas em frente a certos sectores. Não obstante, não compartilho o balanço tão otimista que geralmente se desprendem destas investigações. Considero, sobre os *legal consciousness*, que a capacidade dos sujeitos para “participar”, “distorsionar”, “resignificar” ou resistir a realidade simbólica produzida pelo direito estatal não deve levar à conclusão de que esta potência é inoperante ou a um idealismo abstrato da

³² Uma defesa num sentido similar, para o caso particular dos grupos afroamericanos de Estados Unidos, pode-se encontrar em: (Williams, 2003).

resistência.³³ Uma coisa é mostrar que os processos de dominação e hegemonia não são mecânicos; que a maioria das vezes são frágeis, incompletos e incoerentes; que não se tratam “simplesmente” de conjunto de “mentiras” ou “enganos” dirigidos aos governados para manter um estado de coisas e outra muito diferente é deixar de lado o lugar central que a realidade simbólica do direito estatal segue ocupando hoje em dia (Santos, 2009b e Bourdieu, 2007), que a batalha pela produção desta rede de significados é totalmente desigual; bem como dotar imaneamente de coerência e solidez às resistências que demonstram os diferentes grupos sociais, como se aprioristicamente dispusessem de um “mapa cognitivo” que lhes permitisse dirigir suas ações ou omissões de resistência com clareza dentro do grupo das relações sociais nas que se encontram imersos.³⁴

Pelo que vê aos trabalhos colombianos meu dissenso radicaría não tanto no desdén implícito sobre os processos de dominación como no caso os *legal consciousness* (ainda que sim acho que também há um balanço que ainda que não ignora a assimetria na produção de realidade simbólica do direito estatal se desloca-a a um segundo termo), senão na ideia de violência que fica implícita em suas análises. A legitimidade e identidade que alguns das falhas da corte constitucional colombiana outorgam a grupos sociais oprimidos em suas lutas se referem a uma forma de “violência subjetiva” (Žižek, 2009), isto é, à manifestação mais evidente da violência, aquela que exercida por agentes sociais e aparelhos repressivos bem determinados. Neste sentido concordo com o potencial contra hegemónico, a este nível, do uso do direito estatal na corte constitucional, ainda que desde minha posição dito recurso entraria na dimensão do que BSS chama formas de emancipación finas (Santos, 2003a). No entanto, desde uma concepção mais ampla da violência, este potencial contra

³³ Tal como o assinala Sally Engle Merry “All resistance is not constructive, nor are all subordinated peoples able to critique the conditions of their subordination... Some resistance is destructive to community life, such as robbery, drug traffic, and cheating on income taxes. We cannot escape judgments about ‘good’ resistance and ‘bad’ resistance. The celebration of some forms of resistance contains implicit commitments to social justice and equality. It would be more honest to acknowledge where we stand and join in the search for a more just world” (Merry, 1995: 24-25).

³⁴ Para conhecer dois balanços críticos diferentes sobre estes os estudos de *legal consciousness* se veja: (García, 2003 e McCan e March, 2005).

hegemónico é quase nulo e até verdadeiro ponto mistificador. Por exemplo, com a “violência sistémica” do capitalismo (Žižek, 2009) ou aquela que é anónima, no sentido de que não pode ser atribuída, pelo menos com clareza, a um agente social determinado (como “a crise do contrato social e o surgimento do fascismo social” do que nos fala BSS), mas que é indissociável e consubstancial na produção das diferentes formas de “violência subjetiva”. Desde esta perspectiva um se sente obrigado a pensar na validade, para este caso, da mensagem contida na pergunta que Herbert Marcuse se realizou ao começar seu livro *O homem unidimensional* “¿La amenaza de una catástrofe atómica que puede borrar a la raza humana no sirve también para proteger a las fuerzas que perpetúan ese peligro? Los esfuerzos para prevenir tal catástrofe encubren la búsqueda de sus causas potenciales en la sociedad industrial contemporánea” (Marcuse, 2008: 19).

Por estes motivos sento-me mais próximo da posição cética assumida por Balakrishnan Rajagopal (2005) ou à do próprio Mauricio García Villegas (1993) na eficácia simbólica do direito. Ainda que coincido em que o novo processo de globalização do direito abre novas possibilidades para o uso contra hegemónico do direito estatal, também considero que não se deve se deixar de lado, tão facilmente, que a ambiguidade do direito estatal funcionou inclusive nos regimes de opressão coloniais.³⁵ A experiência dos povos indígenas em América Latina é uma clara mostra desta situação; apesar de sua posição de subordinação puderam recorrer “exitosamente” ao direito colonial e mais tarde ao direito estatal liberal para obter algumas “vitórias” que provavelmente fizeram menos dura sua dominação ou que lhes permitiu reter suas terras por alguns anos mais, mas que de pouco serviram para reverter sua situação de subordinação (Stern, 1986; Stern, 2000; Castro, 2003; Roseberry, 2004; Purnell, 2004 e Gledhill, 2004).

Todas estas considerações, desde minha perspectiva, não clausuram o uso contra hegemónico do direito estatal, o dota, mais bem, de um carácter “mais estratégico”. Esta condição teria que incluir, naturalmente, a valoração

³⁵ O próprio BSS analisou diferentes experiências históricas, praticamente todas do mundo ocidental, onde os tribunais estatais tiveram uma atuação ambígua. Veja-se: (Santos, 2007)

da pertinência do uso do direito em cada caso, ainda naqueles nos que sua eficácia instrumental pudesse parecer claramente favorável. Há que recordar que os próprios bolcheviques, a dizer de Trotsky em sua estupenda resposta a Kautsky em *Terrorismo e comunismo*, fizeram um uso contra hegemônico da democracia parlamentar burguesa:

con objeto de realizar su obra fundamental, el partido socialista movilizó también a las masas para la acción parlamentaria, pero nunca se comprometió en ninguna parte a no conducir al proletariado hacia el socialismo más que por la democracia. Al adaptarnos al régimen parlamentario en la época precedente, nos limitábamos a desenmascarar teóricamente la democracia, que todavía no podíamos superar prácticamente por falta de fuerza. Pero la curva ideológica del socialismo [...] acaba con la negación de la democracia y su sustitución por un mecanismo proletario (Trotsky, 2009: 130).

De tal sorte que “la hora de la ruptura [...] debe estar naturalmente determinada por consideraciones de oportunidad en función de la situación; pero toda política de los comunistas verdaderos debe tender a este fin: la ruptura final” (Trotsky, 2009: 318). Nesta mesma direção, parece-me, é como deve se entender a dupla insistência que BSS faz ao assinalar enfaticamente que o uso contra hegemônico do direito estatal tem que estar acompanhado e subordinado à mobilização política, e que a atitude de todo ativismo jurídico deve ser o “inconformismo” em necessária oposição, desde minha perspectiva, ao “goze” por obter “triumfos” nos tribunais.

Agora bem, como pensar esta dimensão simbólica do direito na etapa do “pluralismo jurídico pós-moderno”, em onde constelações jurídicas de significado são a cada vez menos estáveis e constantemente colisionam com outras em zonas de contacto também contingentes e altamente desiguais, resignificándose e produzindo novos híbridos jurídicos, que segundo várias investigações também combinam e instrumentalizam as referências simbólicas

das constelações que as formam.³⁶ O exemplo mais claro deste fenómeno tal vez sejam a promoção global dos ADRs que não só implica a hibridação de formas de resolver conflitos (por exemplo, a informalização dos procedimentos, etcétera) senão a mobilização dos valores e universos simbólicos das comunidades em onde se instalam a favor, geralmente, da concepção de justiça promovida desde o direito estatal (Santos, 1982; Nader, 1993 e Harrington e Merry, 1989).³⁷

Este ponto mostra a importância de que a interlegalidade não se conceba como um “hibridismo sem regras”, senão que esta se entenda como limitada e estruturada. O mesmo há que dizer da ideia de zona de contacto, já que alerta sobre as condições e desigualdades na conformação de uma nova constelação jurídica.

b) A dimensão do poder no direito

Na lógica que vim propondo neste trabalho, a avaliação da dimensão simbólica não pode ser suficiente para enquadrar a determinada experiência como contra hegemónica, já que a proposta do cosmopolitismo subalterno consiste na supressão das assimetrias de poder existentes em várias esferas da

³⁶ Por suposto que este fenómeno da instrumentalização de valores e recursos simbólicos não é do todo novo, não assim a intensidade, velocidade e alcance do intercâmbio assimétrico de diferentes constelações jurídicas. Várias experiências dão conta desta situação, por exemplo o direito consuetudinário em África que foi funcional à dominação colonial (Meneses, 2004). Outro elemento que também se pode considerar como inovador, ainda que é compartilhado com quase todo o credo neoliberal, é o impulso pós-político que caracteriza a estes programas. A diferença dos projetos de justiça popular criados por vários regimes socialistas no século XX que procuravam explicitamente a transformação cultural e de organização das sociedades (Sachs e Honwana, 1990, Lubman, 1967 e Salas, 1983), os programas dos ADRs difundem-se, sobretudo por seus importadores, como mecanismos apolíticos, assépticos cuja virtude unicamente se concentra em sua eficácia para resolver conflitos harmonicamente e descarregar de trabalho aos tribunais estatais. Em isto consiste precisamente, tal como o adverte Slavoj Žižek (2008), o carácter da pós-política na negação e exclusão do político. Por estas e outras razões deve considerar-se aos direitos locais como espaços em constante disputa (Santos, 1977; Merry, 2004 e Nader, 1998).

³⁷ Segundo Galanter e Trujillo (2008) a expansão dos ADRs provocará uma mudança substantiva com outras formas de pluralismo jurídico, no sentido de que anteriores expressões de pluralismo jurídico, o direito era um instrumento para reafirmar a pertença a certa comunidade, mas que a lógica de o *Techno pluralism* é a de converter-se numa “ferramenta efectiva” e uma “opção a modo” para resolver conflitos sem âncoras a uma identidade particular, ainda que pode também instrumentalizar referências à comunidade.

vida social. Por consequência, pode-se advertir que conquanto algumas manifestações de pluralismo jurídico têm uma relação mais horizontal em quanto à produção e acesso da realidade simbólica em relação ao direito estatal, podem ser mais despóticas em outras esferas sociais.

Este ponto requer então três apreciações claras, (I) há que estar conscientes de que à dimensão simbólica do direito não se lhe pode isolar das relações de poder que a cruzam, (II) se requer de uma teoria sofisticada de o próprio poder, que dê conta de seus múltiplos caras e (III) que este marco teórico seja útil para avaliar a diversidade de expressões do poder sem trivializá-lo. A primeira advertência vale para algumas aproximações de estudo do direito que parecem dissociar, ou pelo menos não é clara a relação, o simbólico das relações de poder que cruzam essa esfera (como a que derivada de Cassirer e a proposta pelo próprio Geertz). A segunda parece-me que se aplica para a ideia de Bourdieu (2001) (sobretudo porque parte de uma concepção que limita todo o fenómeno jurídico ao direito estatal) no sentido, de que conquanto adverte que a dimensão simbólica está condicionada por relações de poder e violência, não ajuda demasiado a identificar a pluralidade de assimetrias que podem estar presentes nas diversas expressões de juridicidade. A terça, finalmente, dirige-se à proposta de Kahn (2001) que conquanto identifica múltiplas formas poder na dimensão simbólica do direito, estas parecem não ter limite algum, ao igual que a concepção Foucaultiana.

Ante este problema parece-me adequado recorrer novamente à proposta teórico das constelações jurídicas e de poder. De acordo a este marco todas as expressões de direito se manifestam, como já o tinha explicado atrás, numa constelação jurídica que se conforma da hibridação de seis formas relevantes de direito. Ao mesmo tempo que se forma uma constelação jurídica, se concreta uma de poder com seis espaços relevantes. Esta ideia de constelação de poder alumia a análise sobre outras relações assimétricas existentes nas diversas manifestações de direito.

Para explicar com maior amplitude a anterior questão vou voltar à diferença que marquei, aproveitando o conto de Kafka, entre o direito estatal e alguns outros direitos sobre a assimetria na construção e acesso de o discurso jurídico entre os legos e os letrados. Um direito que poderia encuadrarse dentro dos dominados pelo direito da comunidade e o direito doméstico seriam os que se aplicam em muitas das comunidades indígenas de México. Em esse sentido, apresentam-se como constelações em onde a divisão entre legos e letrados praticamente não existe; isto significa que a dimensão de poder correspondente a “dominação”, de acordo ao esquema proposto por BSS, se encontra mais retraída. No entanto, este equilíbrio pode ser contrastado com outras esferas de poder, mais acentuadas nas justiças indígenas como as que dominam ao espaço doméstico e ao da comunidade, isto é, o patriarcado e a diferenciação desigual.

Uma radiografia similar poder-se-ia sacar do estudo clássico de BSS sobre a legalidade em “Pasargada”, na qual a constelação jurídica é dominada pelo direito da comunidade e portanto a relação de poder dominante é a diferenciación desigual e não a dominación como ocorre nas constelações tradicionais do direito estatal (Santos, 1977). Em consequência, a noção dominante é a diferenciação desigual e não a dominação como ocorre nas constelações tradicionais do direito estatal (Santos, 1977). Em consequência, a noção de constelação jurídica e poder tem a virtude de alertar-nos sobre as diferentes relações assimétricas que podem estar presentes em determinada experiência de direito; a final de contas só partindo deste orçamento é possível construir uma legalidade cosmopolita subalterna ou contra hegemónica nos termos expostos na segunda secção deste trabalho.

Conclusão: a diversidade jurídica como matéria prima para a emancipação social

Em *Seeing like a state* James Scott (1998) adverte sobre o processo de eliminação de *metis* (aquele conhecimento local irreductível a fórmulas gerais) que se acelerou conforme o projecto do Estado e o capitalismo burocrático se desenvolvem. Que pode dizer este trabalho ao respecto? Parece-me que primeiramente se deve matizar essa afirmação. Conquanto o capitalismo transnacional não promove *metis* jurídicos no sentido de compartilhar o lugar privilegiado que em sua história em general ocupou a *techne* jurídica, também não parece muito interessado em sua extinção (como na etapa de formação de economias e Estados nacionais) quando os pode instrumentalizar ou quando estes não obstaculizam a regulação hegemónica.

Qual é “o fundamento” hoje por hoje do exitoso mercado do movimento *new age* e da filosofia *zen*, a cada vez mais difundidos nas classes médias, senão a suposta recuperação de valores e conhecimentos “não ocidentais” e até “pré-científicos”. Por suposto pode-se discutir se em realidade estes movimentos são ou não “originais”, etcétera. O importante, parece-me, é advertir que o capitalismo de nossos dias, já não compartilha a voracidade homogenizante de suas formas predecessoras, senão que mostra maior plasticidade e flexibilidade na que a diversidade cultural e jurídica começa a fetichizarse também.

Qual é então o valor, se o há, da diversidade jurídica para o cosmopolitismo subalterno e sua legalidade em particular? O cosmopolitismo subalterno é uma utopia plural, talvez sua diferença central com outras propostas emancipadoras é precisamente seu carácter plural e intercultural; não concebe necessariamente ao socialismo, na ideia marxista, como o único

caminho para a emancipação social, senão que postula que como a experiência humana é plural os caminhos da emancipação também podem o ser.³⁸

De tal sorte que a diversidade jurídica é “a fonte” para a criação de uma legalidade emancipadora. Não obstante, uma legalidade cosmopolita subalterna não se compõe da simples agregação de experiências de direito, senão do diálogo ou ecología de saberes e experiências jurídicas que procura eliminar ou reduzir ao máximo as relações assimétricas de poder contidas na cada uma manifestação do direito ou na cada uma das constelações jurídicas com a finalidade de criar novas constelações mestizas que sim possam se afirmar como emancipadoras.

Por esta razão o pluralismo jurídico não pode ser em si mesmo emancipador ou hegemónico, se trata mais bem, segundo a lógica atual, de um terreno em disputa que pode servir tanto para a produção de constelações jurídicas contra hegemónicas como hegemónicas. Ao final tal como o adverte o próprio BSS, ao discutir a compatibilidade dos movimentos sociais com o capitalismo, o movimento globalizador (neoliberal ou cosmopolita subalterno) que assimile mais e mais rápido na acumulação de processos de aprendizagem e adaptação (Santos, 2003a), neste caso da diversidade jurídica do mundo, terá uma forte vantagem para decidir o futuro da humanidade.

Referência Bibliográfica

AGAMBEN, Giorgio (2006), *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Trad. Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos.

³⁸ BSS resume este marco nas três metáforas da nova subjetividade emancipatória: a fronteira, o barraco e o sul. Veja-se: (Santos, 2002).

ANDERSON, Perry (2000), *Los orígenes de la posmodernidad*. Trad. Luis Andrés Bredlow. Barcelona: Anagrama.

ARAGÓN Andrade, Orlando (2007), *Indigenismo, movimientos y derechos indígenas en México. La reforma del artículo 4° constitucional de 1992*. Morelia: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

ARAGÓN Andrade, Orlando (2013), *De la "vieja" a la "nueva" justicia indígena. Transformaciones y continuidades en las justicias indígenas en Michoacán*, Tesis de doctorado. México DF: Departamento de Antropología de la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa.

ARAGÓN Andrade, Orlando (2013), "La justicia indígena en disputa. Experiencias de hegemonia y no hegemonica del derecho en Michoacán", en Laura Raquel Valladares de la Cruz (coord.), *Nuevas violencias en América Latina. Los derechos indígenas ante las políticas neoextractivistas y las políticas de seguridad*. México DF:UAM-I /Juan Pablos Editor, 259-298.

BADIOU, Alain (2008), *Lógicas de los mundos. El ser y el acontecimiento*, 2. Trad. María del Carmen Rodríguez. Buenos Aires: Manantial.

BADIOU, Alain, "Fifteen theses on contemporary art", Disponible en: <http://fascisimile.com/node/6> Fecha de consulta: 22/10/10.

BENJAMÍN, Walter (2009), *Estética y política*. Trads. Tomás Joaquín Bartoletti y Julián Fava. Buenos Aires: Las cuarenta.

BOURDIEU, Pierre (2001), *Poder, derecho y clases sociales*. Trad. Ma. José González Ordovás. Bilbao: Desclée.

BOURDIEU, Pierre (2003), "Los juristas, los guardianes de la hipocresía colectiva", Trad. J. R. Capella, *Jueces para la democracia*, 47, 3-5.

BOURDIEU, Pierre (2007), *Intelectuales, política y poder*. Trad. Alicia Gutiérrez. Buenos Aires: EUDEBA.

BURGOS Silva, Germán (2009), *Estado de derecho y globalización. El papel del Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Alternativos Legales.

CASTRO Gutiérrez, Felipe (2003), "Tzitzuntzan: la autonomía indígena y el orden político de la Nueva España", en Carlos Paredes Martínez y Marta Terán (coords.), *Autoridad y gobierno indígena en Michoacán*. Zamora: El Colegio de Michoacán / Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados en Antropología Social / Instituto Nacional de Antropología e Historia / Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 285-303.

Center for Democracy and Governance (1998), *Alternative dispute resolution practitioners' guide*. Washington: USAID.

CUZKUN, Deniz (2007), *Law is a symbolyc form. Ernst Cassirer and the anthropocentric view of law*. The Netherlands: Springer.

DERRIDA, Jaques (1984), *La filosofía como institución*. Trad. Ana Azurmendi. Barcelona: Juan Granica, 93-144.

DEZALAY, Yves y Bryant G. Garth (1996), *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Trasnational Legal Order*. Chicago: The University of Chicago Press.

DEZALAY, Yves y Bryant G. Garth (2002), *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*. Trad. Antonio Barreto. Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos / Universidad Nacional de Colombia.

DEZALAY, Yves y Bryant Garth (2005), "Legitimizing the new legal orthodoxy", en Yves Dezalay y Briant Garth (eds.), *Global prescriptions. The production, exportation and importation of new legal orthodoxy*. United States of America: The University of Michigan Press, 306-334.

DOMINGO, Pilar y Rachel Sieder (eds.) (2001), *Rule of law in Latin America. The international promotion of judicial reform*. London: Institute of Latin America Studies University of London.

EWICK, Patricia y Susan Silbey (2005), "Conformismo, oposición y resistencia: un estudio sobre conciencia jurídica", en Mauricio García Villegas (ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Trad. Magdalena Holguín y Alicia Escobar. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 269-289.

Fiss, Owen (1984), "Against Settlement", *The Yale Law Journal*, 93 (6), 1073-1090.

FOUCAULT, Michel (2007), "La gubernamentalidad", en Gabriel Giorgi y Fermín Rodríguez (comps.) *Excesos de vida. Ensayos sobre biopolítica*. Trad. Ángel Gabilondo. Buenos Aires: Paidós, 187-215.

FOUCAULT, Michel (2009), *El orden del discurso*. Trad. Alberto González Troyano. México: Tusquets.

GALANTER, Marc y Bernard Trujillo (2006), *The plurality of pluralism*, Paper presented in the Conference celebrating the work of Eugen Ehrlich, Oñati, Spain.

GARCÍA Villegas, Mauricio (1993), *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Uniandes.

GARCÍA Villegas, Mauricio (2006), "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en Mauricio García Villegas *et al.*, *¿Justicia para todos?: sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma, 201-233.

GEERTZ, Clifford (1994), *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*. Trad. Alberto López Bargados. Barcelona: Paidós, 195-287.

GLEDHILL, John (2004), *Cultura y desafío en Ostula*. Zamora: El Colegio de Michoacán.

GRIFFITHS, John (1986), "What is legal pluralism?", *Journal of legal pluralism*, 24, 1-55.

HALE, Charles (2004), "Rethinking indigenous politics in the era of the 'indio permitido'", *NACLA report of the Americas*, 38, 16-37.

HARRINGTON, Christine (1985), *Shadow justice. The ideology and institutionalization of alternatives to court*. London: Greenwood Press.

HARRINGTON, Christine y Sally Engle Merry (1989), "Ideological production: the making of community mediation", *Law and society*, 22 (4), 709-736.

HERNÁNDEZ, Aída, Sarela Paz y María Teresa Sierra, (2004), "Introducción", en Aída Hernández, Sarela Paz y María Teresa Sierra (coords.), *El Estado y los indígenas en los tiempos del PAN: Neoindigenismo, legalidad e identidad*. México: CIESAS, 7-24.

HOFRICHTER, Richard (1987), *Neighborhood justice in capitalism society. The expansion of the informal state*. London: Greenwood Press.

HORKHEIMER, Max (2003), *Teoría crítica*. Trad. Edgardo Albizu y Carlos Luis. Buenos Aires: Amorrortu.

KAFKA, Franz (2002), *El proceso*. Trad. Feliu Formosa. Madrid: Alianza Editorial.

Kahn, Paul (2001), *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Trad. Daniel Bonilla. Buenos Aires: Gedisa / Universidad de Palermo.

LACLAU, Ernesto y Chantal Mouffe (2004), *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

LEMAITRE Ripoll, Julieta (2009), *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes.

LUBMAN, Stanley (1967), "Mao and the mediation: Politics and dispute resolution in communist China", *California law review*, 55 (5), 1284-1359.

MARCUSE, Herbert (2008), *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*. Trad. Antonio Elorza. Barcelona: Ariel.

MARX, Karl (2009), "Sobre la cuestión judía", en Bruno Bauer y Karl Marx, *La cuestión judía*. Barcelona: Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa.

MCCAN, Michael W. y Tracey March (2005), "El derecho y las formas cotidianas de resistencia: una evaluación sociopolítica", en Mauricio García Villegas (ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Trad.

Magdalena Holguín y Alicia Escobar. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 297-331.

MENESES, Maria Paula (2004), *Toward interlegality? Traditional healers and the law in postcolonial Mozambique*, Oficina do CES.

MERRY, Sally Engle (1986), "Everyday understandings of the law working-class america", *American ethnologist*, 13 (2), 253-270.

MERRY, Sally Engle (1988), "Legal pluralism", *Law and society review*, 22 (5), 869-896.

MERRY, Sally Engle y Neal Milner (eds.) (1995), *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.

MERRY, Sally Engle (1995), "Resistance and the Cultural Power of Law", *Law and society review*, 29 (1), 11-26.

MERRY, Sally Engle (2004), "Una clasificación de la justicia popular", *El otro derecho*, 30, 39-74.

NADER, Laura (2002), *The Life of the Law. Anthropological Projects*. Berkeley: University of California Press.

NADER, Laura (1993), "Controlling processes in the practice of law: hierarchy and pacification in the movement to re-form dispute ideology", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 9 (1), 1-25.

NADER, Laura (1998), *Ideología armónica. Justicia y control en pueblo de la montaña zapoteca*. Oaxaca: INAH /CIESAS.

NADER, Laura (2005), "The americanization of international law", en Franz Von Benda-Beckmann, *et al.* (eds.), *Mobile people, mobile law. Expanding legal relations in a contracting world*. England: Ashgate, 199-213.

PEDROSO, João, Catarina Trincão e João Paulo Dias (2003), , *Por caminhos da(s) reforma(s) da justiça*. Coimbra: Coimbra Editora.

PURNELL, Jennie (2004), " 'Con todo el debido respeto'. La resistencia popular a la privatización de tierras comunales en el Michoacán del siglo XIX", en Adrew Roth Seneff (ed.), *Recursos contenciosos. Ruralidad y reformas liberales en México*. Zamora: El Colegio de Michoacán, 85-128.

RAJAGOPAL, Balakrishnan (2005), "Limits of law in counter-hegemonic globalization: the Indian Supreme Court and the Narmada Valley struggle", en Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (eds.), *Law and globalization from below. Towards a Cosmopolitan legality*. New York: Cambridge University Press, 183-217.

RODRÍGUEZ, César A. y Rodrigo Uprinmy (2003), "¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia y en América Latina", en Darío I. Botero Restrepo (coord.), *La falacia neoliberal. Crítica y alternativas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 415-451.

RODRÍGUEZ, Eduardo (1991), "Pluralismo jurídico ¿el derecho del capitalismo actual?", *Nueva sociedad*, 112, 91-101.

ROSEBERRY, William (2004), " 'El estricto apego a la ley'. Ley liberal y derecho comunal en el Pátzcuaro porfiriano", en Adrew Roth Seneff (ed.), *Recursos contenciosos. Ruralidad y reformas liberales en México*. Zamora: El Colegio de Michoacán, 43-84.

SALAS, Luis (1983), "The emergence and decline of the Cuban popular tribunals", *Law and society review*, 17 (4), 587-613.

Santos, Boaventura de Sousa (1977), "The law of the oppressed: the construction and reproduction of legality in Pasargada", *Law and society review*, 12 (1), 5-126.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1982), "O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 10, 9-40

Santos, Boaventura de Sousa (1984), "From Customary Law to Popular Justice", *Journal of African Law*, 28 (½), 90-98.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1987), "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of law and society*, 14 (3), 279-302.

Santos, Boaventura de Sousa (1988), *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

Santos, Boaventura de Sousa (1995), *Um Discurso sobre as Ciências*, Porto, Afrontamento.

SANTOS, Boaventura de Sousa (1998), *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Trad. César Rodríguez. Bogotá: ILSA /Universidad Nacional de Colombia.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2002), *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2003a), "Poderá o direito ser emancipatório?" *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 62, 3-76.

Santos, Boaventura de Sousa (2003b), *La caída del angelus novus. Ensayos para una nueva teoría social*. Trad. César Rodríguez. Bogotá: ILSA.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2004a), "Derecho y democracia: la reforma global de la justicia", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (coords.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá: Universidad de Coimbra / Universidad Nacional de Colombia / Universidad de los Andes / Siglo del Hombre Editores, 151-207.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2004b), "El significado político y jurídico de la jurisdicción indígena", en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (coords.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo II. Bogotá: Universidad de Coimbra / Universidad Nacional de Colombia / Universidad de los Andes / Siglo del Hombre Editores, 201-211.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2005), "Beyond neoliberal governance: the World Social Forum as subaltern cosmopolitan politics and legality" en Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (eds.), *Law and globalization from below. Towards a Cosmopolitan legality*. New York: Cambridge University Press, 29-63.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2006a), *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. Buenos Aires: CLACSO.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2006b), "The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique", *Law and society review*, 40 (1), 39-75.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2007) *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Editora Cortez.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2008), *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2009a), "If God were a Human Rights Activist: Human Rights and the Challenge of Political Theologies", *Law Social Justice and Global Development*, 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2009b), *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*. Trad. Elvira del Pozo Aviñó. Madrid: Trotta / Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2010), *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad /Red Latinoamericana de Antropología Jurídica.

SANTOS, Boaventura de Sousa y César Rodríguez Garavito (2005), "Law, politics, and the subaltern in counter-hegemonic globalization", en Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (eds.), *Law and globalization from below. Towards a Cosmopolitan legality*. New York: Cambridge University Press, 1-26.

SARAT, Austin (2005), "... 'El derecho está en todas partes': el poder, la resistencia y la conciencia jurídica de los pobres que viven de la asistencia social", en Mauricio García Villegas (ed.), *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Trad. Magdalena Holguín y Alicia Escobar. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 217-266.

SATO, Yasunobu (2000), "Cultural Conflict in Dispute Processing under Globalisation", APEC Discussion Paper, Disponible en: <http://www.gsid.nagoya-u.ac.jp/project/apec/outcomes/paper00/36/Sato.pdf>
Fecha de consulta: 12/12/2009.

SCOTT, James (1998), *Seeing like a State. How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. New Haven: Yale University Press.

Silbey, Susan (2005), "After legal consciousness", *Annual review of law and Social science*, 1, 323-368.

SINHORETTO, Jacqueline (2006), *Ir aonde o povo está. Etnografia de uma reforma da justiça*, Tesis de doutoramento. São Paulo: Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo.

STERN, Steve (1986), *Los indígenas del Perú y el desafío de la conquista española*. Trad. Fernando Santos Fontenla. Madrid: Alianza.

STERN, Steve (2000), "La contracorriente histórica: los indígenas como colonizadores del Estado, siglos XVI a XX", en Leticia Reina (coord.), *Los retos de la etnicidad en los estados-nación del siglo XXI*. México: Instituto Nacional Indigenista / Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados en Antropología Social /Miguel Ángel Porrúa, 73-91.

TAMANAHHA, Brian (2000), "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of law and society*, 27 (2), 296-321.

TAMANAHHA, Brian (1993), "The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism", *Journal of law and society*, 20 (2), 192-217.

TEUBNER, Gunther (1997), "Global Bukowina: Legal pluralism in world society" en Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot, 3-28.

TEUBNER, Gunther (2005), "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", en Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La fuerza del derecho*. Trad. Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del hombre editores, 81-152.

Trotsky, León (2009), *Terrorismo y comunismo: réplica a Karl Kautsky*. Trad. Equipo editorial. Madrid: Akal.

TWINING, William (2000), *Globalisation and legal theory*. Illinois: Northwestern University Presses.

TWINING, William (2002), "Reviving general jurisprudence", en Michael Likosky (ed.), *Law in context. Transnational legal processes: Globalisation and power disparities*. Great Britain: Butterworths, 3-22.

UPRYMNY, Rodrigo y Mauricio García Villegas (2004), "Corte constitucional y emancipación social en Colombia", en Boaventura de Sousa Santos (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*. México: Fondo de Cultura Económica, 255-291.

VIZCAÍNO, Fernando (2004), *El nacionalismo mexicano en los tiempos de la globalización y el multiculturalismo*. México: Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM.

WILLIAMS, Patricia (2003), "La dolorosa prisión del lenguaje de los derechos", en Wendy Brown y Patricia Williams, *La crítica de los derechos*. Trad. Isabel Cristina Jaramillo. Bogotá: Siglo del Hombre editores, 43-74.

WOLKMER, Carlos Antonio (2003), "Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina", en Mauricio García Villegas y Cesar Rodríguez (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, 247-259.

ŽIŽEK, Slavoj (2008), *En defensa de la intolerancia*. Trad. Javier Erasmo Ceballos y Antonio José Antón Fernández. Madrid: Sequitur.

ŽIŽEK, Slavoj (2009), *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*. Trad. Antonio José Antón Fernández. Barcelona: Paidós.