

## O PLURALISMO JURÍDICO E O SEU IMPACTO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

### LEGAL PLURALISM AND ITS IMPACT ON CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

Alessandra Matos Portella\*

**Como citar:** PORTELLA, Alessandra Matos. O pluralismo jurídico e o seu impacto no direito penal contemporâneo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 65, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.41589>

\* Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Ciência da Informação pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Processo Penal pelo IBCCRIM/Universidade de Coimbra. Especialista em Contabilidade Gerencial pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Ciências. Graduada em Ciências Contábeis pela Fundação Visconde de Cairu. E-mail: [aleportella@hotmail.com](mailto:aleportella@hotmail.com)

**Resumo:** O pluralismo jurídico é hoje uma realidade inconteste na civilização humana, principalmente depois do fenômeno da globalização, da expansão tecnológica e do fluxo migratório decorrente da integração entre os países. Tal advento trouxe consequências para o mundo do Direito, repensando o monismo jurídico de modo a implementar novas e diferentes formas de resolução de conflitos dentro e fora das fronteiras de um Estado, de onde advém o pluralismo jurídico intra e extraestatal. Indubitavelmente, o pluralismo jurídico foi impulsionado pelo reconhecimento e o respeito às diferenças, acentuado no último quartel do Século XX, a partir de movimentos sociais que exigiam a promoção de direitos identitários relacionados às minorias, dando origem a uma política de identidade, sendo indispensável uma gestão multicultural desta novel sociedade. A hipótese dessa pesquisa é que o Direito se reinventou diante desse contexto, como um sistema normativo aberto aos influxos desta realidade contemporânea, com um viés mais discursivo e prospectivo e menos dogmático, tendo reflexo em todos os seus ramos, a exemplo do Direito Penal, como posteriormente foi confirmado. O objetivo deste artigo é descortinar novas possibilidades de compreensão do Direito, evidenciar outras sensibilidades jurídicas para a resolução de conflitos, sendo esta uma pesquisa exploratória e documental, com vistas a explorar as novas possibilidades advindas a partir do pluralismo jurídico.

**Palavras-chave:** pluralismo jurídico; política de identidade; gestão multicultural; direito penal.

**Abstract:** Legal pluralism is now an undisputed reality in human civilization, especially after the phenomenon of globalization, technological expansion and the migratory flow resulting from

integration between countries. This advent brought consequences for the world of law, rethinking legal monism in order to implement new and different forms of conflict resolution within and outside the borders of a state, from which intra and extra-state legal pluralism comes. Undoubtedly, legal pluralism was driven by recognition and respect for differences, accentuated in the last quarter of the 20th century, from social movements that demanded the promotion of identity rights related to minorities, giving rise to an identity policy, being essential a multicultural management of this novel society. The hypothesis of this research is that Law has reinvented itself in this context, as a normative system open to the influences of this contemporary reality, with a more discursive and prospective and less dogmatic bias, having an impact on all its branches, such as Criminal Law, as was later confirmed. The aim of this article is to uncover new possibilities for understanding Law, highlight other legal sensitivities for conflict resolution, this being an exploratory and documental research, with a view to exploring the new possibilities arising from legal pluralism.

**Keywords:** legal pluralism; identity policy; multicultural management; criminal law.

## INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto sistema de produção normativa programado para dirimir conflitos, desde o Século XVIII, sempre ficou adstrito exclusivamente ao monopólio do Estado, erigido numa estrutura conhecida como Estado de Direito.

A centralização jurídico-política nunca foi questionada até o último quartel do século passado, quando movimentos sociais ligados a determinados grupos identitários, começaram a questionar acerca de tal legitimidade, pois entendiam deveriam existir formas múltiplas de resolução de conflitos.

Esta nova feição da sociedade pós-moderna instaura uma cultura jurídica trazendo como marco característico deste pensamento a desconfiança de todo discurso unificante, inexistindo uma realidade social totalizante, mas fragmentada, multifacetada e plural (Soares, 2010, p. 50).

Esses novos agentes histórico-sociais são denominados por Wolkmer (2001, p. 120) de “novos movimentos sociais”, portadores de elementos constitutivos para edificação de uma juridicidade alternativa, a despeito da mesma possuir “autonomia relativa” e “baixo grau” de institucionalização.

Exemplos desses movimentos sociais podem ser encontrados nos ensinamentos de Vaz e Balthazar (2013, p. 97) que afirmam coexistirem direitos locais “nas zonas rurais, nos bairros periféricos e marginais, nas igrejas, nas empresas, nos esportes. Um fenômeno que conforma uma configuração complexa entre distintas formas de direito”.

Retoma-se aqui a importância do conceito de identidade para explicar o fenômeno do pluralismo jurídico, dessa vez como a acepção de “um processo de ruptura que permite que movimentos sociais se tornem sujeitos de sua própria história” (Wolkmer, 2001, p. 130).

Foi dada origem à política de identidade – uma identidade para cada movimento – “assim, o feminismo apelava às mulheres, a política sexual aos gays e lésbicas, as lutas raciais aos negros, o movimento antibelicista aos pacifistas, e assim por diante” (Hall, 2011, p. 45).

Com experiências cotidianas centradas na autogestão, solidariedade e democracia participativa esses sujeitos coletivos acabam redefinindo um espaço que minimiza a institucionalização e exige uma participação constante no corpo social, seja na tomada de decisões, seja na concretização das execuções (Wolkmer, 2001, p. 133).

O objetivo primordial do pluralismo jurídico, consoante Curi (2012, p. 239-240) é “demonstrar que o Estado moderno não é o único agente legitimado a criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão surgindo, ou seja, que não possui o monopólio da produção de normas jurídicas”.

Neste contexto, o sistema jurídico hermético, fechado, não lacunoso cede lugar para o Direito aberto, fluido, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, “porque suscetível aos constantes influxos fáticos e axiológicos da vida social” (Soares, 2010, p. 51).

Como aduz Wolkmer (2001, p. 157), “trata-se do pluralismo de formulações jurídicas provenientes diretamente da comunidade, emergindo de vários e diversos centros de produção

normativa, adquirindo um caráter múltiplo, informal e mutável”.

Compreender o pluralismo jurídico e suas formas é o objetivo deste artigo, assim como analisar o seu impacto no Direito Penal contemporâneo. Utilizou-se, como método de pesquisa, o levantamento bibliográfico, tendo por referência autores renomados como Boaventura de Sousa Santos; Wolkmer; Hall, Geertz; Losano, Segato; etc., de modo a respaldar um trabalho científico de qualidade.

Assim, o artigo apresentado ficou dividido em cinco partes: Introdução; Pluralismo Jurídico Intraestatal; Pluralismo Jurídico Extraestatal: O Direito Penal Repensado a partir do Pluralismo Jurídico e a Conclusão.

## 1 PLURALISMO JURÍDICO INTRAESTATAL

O pluralismo jurídico intraestatal é uma realidade inexorável na sociedade pós-moderna. É pacífico na sociologia do Direito, como preleciona Boaventura de Sousa Santos (1988, p. 147-148) advertindo que:

[...]ao contrário do que se pretende a filosofia liberal e a ciência do direito que sobre ela se constituiu, circulam na sociedade não uma, mas várias formas de direito ou de juridicidade. O direito oficial, estatal, que está nos códigos e é legislado pelo governo ou pelo parlamento, é apenas uma dessas formas, se bem que tendencialmente a mais importante.

Pode-se captar a sua existência a partir de certos princípios valorativos fundamentais delineadores de seu espectro tais como autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância (Wolkmer, 2001, p. 174-175).

Segundo Wolkmer (2001, p. 175), a autonomia se refere ao poder intrínseco que os movimentos sociais possuem independentemente do poder governamental e se manifesta não apenas diante do poder do Estado, mas também no próprio interior dos vários interesses particulares, setoriais e coletivos.

A descentralização remete ao deslocamento do exercício do poder político-administrativo de instituições formais unitárias para esferas locais e fragmentadas, reforçando os espaços de poder local e ampliando a participação dos corpos intermediários (Wolkmer, 2001, p. 175).

A descentralização acaba se tornando condição necessária para impulsionar a dinâmica da participação não apenas nas diversas instâncias sociais mais complexas e autônomas, como também na participação dos elementos integrantes de pequenas unidades e de corpos setoriais (Wolkmer, 2001, p. 175-176).

O localismo, por sua vez, afirma Wolkmer (2001, p. 176) permite favorecer as condições estratégicas que permitem a produção e movimentação direta de bens e serviços, alicerçando processos decisórios alicerçados em técnicas de ação comunitária e participativa.

A diversidade está na raiz da ordem pluralista, criador de uma normalidade estruturada na proliferação das diferenças, dos dissensos e dos confrontos, motivada por necessidades concorrentes e pela diversidade cultural e religiosa de agrupamentos comunitários (Wolkmer, 2001, p. 176-177).

A tolerância, por derradeiro, acentua Wolkmer (2001, p. 177), está associada à filosofia da liberdade humana como também ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui de ter sua identidade própria e de ser diferente funcionalmente dos outros.

Implica bom-senso e predisposição em aceitar uma vida social materializada pela diversidade de crenças e pelo dissenso de manifestações coletivas.

A título exemplificativo podem ser citados dois casos de pluralismo jurídico intraestatal possuidores de todos os elementos axiológicos acima delineados, quais sejam: o caso Pasárgada e o caso Basílio.

### 1.1 O CASO PASÁRGADA

Pasárgada, uma das maiores e mais antigas favelas do Rio de Janeiro, foi retratada num precioso trabalho de Boaventura de Sousa Santos (1988) que, por meio de seu olhar metucioso e perspicaz, revelou existir judicialidade nas decisões tomadas por seus moradores quanto à ratificação de direitos e resolução de conflitos ainda que não reconhecida pelo Direito estatal, uma vez que corre paralelo a este, mas tão eficaz quanto ele.

A associação de moradores em Pasárgada funciona como um fórum jurídico, resolvendo questões ligadas principalmente à habitação e à terra, envolvendo direito de propriedade, posse e direitos reais como um todo.

Suas decisões válidas e legais para todos os habitantes desta comunidade são, entretanto, ilegais ou juridicamente nulas para o restante da população, já que a propriedade dos terrenos lá existentes se deu por invasão e as construções de suas casas se deram de modo clandestino.

No entanto, as transações jurídicas conhecidas pela associação dos moradores possuem materialidade e juridicidade na medida em que são cumpridas e respeitadas pela comunidade a despeito de não terem coercibilidade, sendo válidas e oponíveis entre as partes de modo que seus contratos são firmados semelhantemente a do Direito estatal até mesmo na linguagem jurídica utilizada, pacificando os conflitos e restabelecendo a ordem das relações sociais, finalidade última do Direito.

As decisões são dialógicas, construídas pela argumentação entre as partes, segundo a facticidade das situações em análise. É a lógica do discurso tópico-retórico que põe fim nas relações conflituosas, tendo as decisões sentido para as partes e o auditório relevante, constituído quase sempre pelos vizinhos que têm interesse na lide.

O processo de mediação é aqui altamente maximizado em detrimento da adjudicação amplamente utilizada pelo Direito estatal, maximizando o poder da persuasão e, conseqüentemente, aumentando a possibilidade de adesão à decisão.

Por isso, a normatividade autóctone acaba prevalecendo sobre a normatividade heteróctone, uma vez que a solução dos conflitos conta amplamente com a participação das partes e acaba sendo um produto de vontade, o que favorece o caráter constitutivo da ratificação.

Os principais *topoi* do discurso jurídico em Pasárgada são do equilíbrio, da justiça, da cooperação e do bom vizinho, sendo esta forma de resolver conflitos bastante eficaz na medida em que as partes concordam e participam ativamente de suas soluções, ocorrendo uma pacificação real dos conflitos e não artificial como acontece na maioria das vezes no Direito oficial.

A associação de moradores, sendo uma expressão sociopolítica da comunidade, se investe de alteridade, auxiliando a resolução de conflitos. Esta dialética é muito importante em Pasárgada, já que lá não existem separadores mecânicos que caracterizam o direito estatal como as tecnologias, a profissionalização e a burocratização.

Por todo o exposto, se pode inferir que a expectativa das partes na favela de Pasárgada é satisfeita de modo significativo quando reconhece a Associação de Moradores como um fórum judicial capaz de atender suas demandas e resolver seus conflitos.

Tal conclusão leva ao questionamento e análise de dois importantes fatores que caracterizam o Direito do Estado, a saber: o nível de institucionalização da função jurídica, analisada a partir do processo de produção em si e das suas relações técnicas e sociais; e o poder dos instrumentos de coerção que estão a serviço da produção jurídica.

O nível de institucionalização da produção jurídica é medido por variáveis como divisão do trabalho jurídico, conseqüentemente, a sofisticação da profissionalização, a hierarquização das tarefas que integram a função; a atuação impessoal dos sujeitos participantes da produção, bem como pelos princípios e normas do sistema jurídico.

Analisando essas variáveis, pode se perceber com clareza que o grau de institucionalização em Pasárgada é bastante precário quando comparado com a do Direito oficial, não impactando, entretanto, no respeito e cumprimento de suas decisões que, pelo contrário, ocorrem naturalmente já que as partes se convenceram da solução porque participaram dela, construíram-na a partir de uma dialética constitutiva.

O mesmo ocorre com o poder dos instrumentos de coerção que estão a serviço da produção jurídica, que representam os meios de violência que podem ser acionados legitimamente para se fazer cumprir uma determinada solução jurídica.

Por óbvio que a associação de moradores não a possui, pois não representa oficialmente uma instituição estatal, apesar de reconhecida pela comunidade como tal, sendo então utilizado, na maior parte das vezes, apenas o discurso da violência e da ameaça, tratando-se, sobretudo, de uma retórica da força que visa intimidar as partes caso não seja cumprido o que se convencionou.

Conclui-se, assim, com Boaventura de Souza Santos (1988), que nas sociedades que apresentam um baixo nível de institucionalização e uma precariedade dos instrumentos de coerção, o discurso jurídico tende a impor-se por um espaço retórico amplo, sendo a ordem jurídica adequada às necessidades da comunidade e ao seu nível de desenvolvimento, caracterizando, por isso, por um viés sociológico, sociedades autônomas.

## 1.2 O CASO BASÍLIO

O caso Basílio é um exemplo do reconhecimento do Direito estatal aos direitos dos povos indígenas, podendo ser considerado um paradigma a ser seguido. Abaixo se encontra a narrativa completa desta estória extraída na íntegra do artigo de Souza (2008, p. 5-7), *in verbis*:

Basílio Alves Salomão, indígena do povo Macuxi, foi denunciado pelo Ministério Público de Roraima em março de 1986 por homicídio contra Valdenísio da Silva, também Macuxi, na aldeia em que ambos viviam. O processo passou para competência da Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Roraima – em fevereiro de 1992, e em outubro de 1994, depois de ouvidos o réu e as testemunhas, o Ministério Público Federal solicitou laudo antropológico, tendo em vista a necessidade de avaliar, conforme se argumentou, “(a) como o fato criminoso praticado por Basílio repercutiu perante àquela comunidade indígena, tendo em vista seus usos e costumes; b) o grau de imputabilidade do referido índio [Basílio]; c) se houve alguma punição ou qual o sistema primitivo adotado pela comunidade, levando em conta, especialmente, ser ele um tuxaua.”

Deferido pelo juiz, o laudo foi realizado por antropólogo da FUNAI, o qual ressaltou a importância do sistema de liderança para manter a identidade grupal e defender o território, e relatou as consequências do crime em questão para a comunidade Macuxi, uma vez que Basílio era o Segundo Tuxaua do pólo mais importante de uma das regiões do pólo Macuxi, o que abalou a comunidade e levou-a a rediscutir suas práticas de controle social. Os Tuxauas reuniram-se, discutiram e decidiram o destino de Basílio: o desterro, durante o qual Basílio ficaria privado da companhia de seus familiares e privado de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo.

Quanto ao “grau de imputabilidade”, o laudo argumentou que não se pode basear num suposto “grau de aculturação”, por este revelar o etnocentrismo da sociedade nacional, que toma a si própria como parâmetro de comparação. Por fim, o laudo destacou a vigência de um sistema penal aplicado pela comunidade, que, como demonstrou o caso de Basílio, consiste no julgamento por um conselho de Tuxauas, que analisa os fatos e ouve o réu, aplicando pena de acordo com as tradições e com o acordo da família do ofendido e do restante da comunidade, devendo o cumprimento da pena ser fiscalizado pelo Tuxaua. No caso de Basílio o laudo informa que este ainda se encontrava cumprindo a pena – de início, mais rigorosa, depois, mais flexível – e que contava, no momento de elaboração do laudo (junho de 1995), com quase 10 anos.

Não obstante o laudo ter sido requerido pelo Ministério Público Federal, em suas alegações finais (setembro de 1995), o representante do MPF (que não era o mesmo que pedira o laudo) manifestou-se pela pronúncia do acusado – isto é, que Basílio fosse levado a júri popular –, afirmando, entre outras coisas, que o laudo antropológico não cumprira com a finalidade para que havia sido requerido. A FUNAI, por outro lado, que atuou durante todo o tempo na defesa de Basílio, por meio de seus advogados, em suas alegações finais pede a absolvição do réu, com fundamento no *estado de embriaguez* em que este se encontraria no momento do crime, alegando ainda a relevância de se avaliar o “grau de aculturação” do

indígena. Não faz o defensor qualquer menção ao laudo antropológico constante dos autos.

O juiz federal, na sentença em que pronunciou o réu, aceitou a tese do MPF de que o laudo antropológico não cumprira a finalidade a que se destinava. Afirma o juiz que Basílio “era um tanto quanto aculturado e integrado à cultura brasileira predominante” e, ainda, que não era “alienado da vida civilizada”.

Até esse momento, portanto, o *Caso Basílio* não parece diferir do que é a prática comum de nossos tribunais, ao insistirem no grau de *aculturação*, de *integração* ou de *civilização* de indígenas. Também não é considerado pelo juiz o fato de Basílio estar cumprindo pena imposta pela comunidade a que pertencia, ao se julgar competente para processar (e punir) Basílio.

Levado a júri popular em maio de 2000, Basílio foi absolvido. Entretanto, o que fundamentou sua absolvição pelo Conselho de Sentença (os jurados) não foi ausência de materialidade ou não comprovação da autoria. Apesar de terem decidido que Basílio desferiu a facada na vítima, e que esta facada levou Valdenísio à morte, os jurados consideram que o fato de Basílio ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena era suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado pela Justiça Federal.

O reconhecimento pela Justiça Federal da aplicação de normas jurídicas que não estão previstas no Código Penal Brasileiro, prática pouco comum na jurisprudência brasileira, torna o *Caso Basílio* singular na prática jurídica brasileira. Com efeito, o desfecho do caso leva-nos à discussão sobre as possibilidades de reconhecimento do(s) Direito(s) indígena(s) no Estado brasileiro, na tentativa de superar o colonialismo jurídico a que estão submetidos os povos indígenas, permitindo, assim, a construção de um Estado plural.

Em ambos os casos o que pode ser percebido é que existem instâncias de poder não institucionalizadas que funcionam regularmente no interior do ordenamento político-jurídico estatal, a despeito de por ele não serem reconhecidos.

A legitimidade dessas instâncias provém de coletividades sociais que se agrupam em torno de valores comuns formadores de suas identidades: político-social, no primeiro caso e étnica, no segundo caso.

As decisões tomadas nestas instituições sociais são válidas e respeitadas para os membros que compõem as comunidades afetadas, possuem legitimidade e eficácia, principalmente porque são tomadas a partir de valores comuns compartilhados no interior dos grupos afetados, eleitos democraticamente a partir de suas sensibilidades jurídicas.

Estão presentes em ambas as situações os princípios valorativos fundamentais delineados por Wolkmer (2001) para a caracterização do pluralismo jurídico: autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância.

Trata-se, como adverte Wolkmer (2001, p. 337) de perceber que:

Justiça e Direito são conquistas do povo, extraídos de um social conflitivo e de relações de força que não se confundem com o “legal” positivado e outorgado pelas minorias, camadas e classes privilegiadas, detentoras do poder político e econômico. Trata-se da concepção política comum do Direito e da Justiça, que não

passa pelo “legal” abstrato e aleatório, pré-determinado por órgão burocratizado e equidistante da realidade imediata e vivida.

Entretanto, o pluralismo jurídico não fica adstrito apenas às fronteiras do Estado, mas, pelo contrário, extrapola tais barreiras, se fazendo presente também entre os Estados de modo que exista uma variedade de decisões jurídicas decorrentes das inúmeras compreensões acerca do Direito espalhadas pelo globo terrestre.

## 2 PLURALISMO JURÍDICO EXTRAESTATAL

Geertz (1999) apresenta um bom exemplo do pluralismo jurídico extraestatal por meio da análise da aplicação do Direito de algumas comunidades, a exemplo da islâmica, índica e malaia, verificando-se que há uma enorme variedade de sensibilidades jurídicas - dependendo muito das perspectivas culturais, políticas, morais etc. de onde se depreende que as decisões jurídicas só fazem sentido para uma determinada comunidade para um *locus* específico.

Para a comunidade islâmica, por exemplo, o termo *haqq*, um dos nomes de Deus, surge junto com a norma, ou seja, não há subsunção do fato à norma como no Direito Ocidental, o fato e a norma possuem uma relação atávica, nascem juntos, são inseparáveis, significam a sensibilidade jurídica islâmica concretamente situada, nos processos de deliberação e nos procedimentos.

Isto ocorre segundo Losano (2007, p. 399) porque o termo ““Islã” significa efetivamente “total submissão a Deus” e o Direito islâmico não se subtrai a tal submissão”, estando subordinado a um ritual religioso, sendo por esta razão a ciência jurídica vinculada à teologia.

Como ensina Segato (2006, p. 215): “[...] não há separação entre igreja e o Estado: A lei islâmica é controlada dirigida e regulada pela religião islâmica. A teocracia controla todos os assuntos, públicos e privados. Governo, lei e religião são uma só entidade.”

O texto fundamental do Direito islâmico é o Corão, codificado com base nos princípios revelados pelo arcanjo Gabriel a Maomé (cerca de 570-632), refletindo diretamente a vontade de Deus não podendo, por isso, ser inovado pelo homem (Losano, 2007, p. 400).

Além do Corão, Losano (2007, p. 404) aponta mais três importantes fontes teológico-jurídicas do Direito islâmico, quais sejam: a tradição sagrada (*sunnah, suna*), a opinião concordante e a interpretação analógica.

Diferentemente do Direito ocidental, no Direito islâmico não vigora a lógica binária do lícito e do ilícito. Como ensina Losano (2007, p. 401), “o ato jurídico pode ser obrigatório, recomendado, permitido, reprovado e proibido”.

Por isso que a prova testemunhal é de suma importância, valendo mais do que documentos, representando o aqui estamos e ali estamos de uma determinada situação específica, o que é crucial na administração da justiça.

A sharia no Direito islâmico é de extremamente relevante, significando literalmente “o

caminho a seguir”, representando o conjunto de normas religiosas, jurídicas e sociais diretamente baseadas na doutrina corânica (Losano, 2007, p. 402).

Já para o direito índico, o *dharma* possui papel vital, significando o conjunto de direitos e obrigações de uma determinada classe social definida transcendentemente. A categoria social pode ser se dar em forma de castas, como no hinduísmo, ou pode se dar de forma meritória, como no budismo, já que na Índia encontram-se espalhados de maneira difusa o hinduísmo, o budismo e o hindu-budismo.

O *dharma* possui cinco significados na Índia, consoante Losano (2007, p. 471), sendo: “[...] em primeiro lugar, [...] religião, que é uma categoria da teologia, em segundo lugar, significa virtude (oposta a pecado ou vício), que é uma categoria da ética; em terceiro lugar, significa direito, que é uma categoria da jurisprudência; em quarto lugar, significa justiça; em quinto lugar, dever”.

O lugar que o rei ocupa no direito índico é tão decisivo quanto o da testemunha no direito islâmico, pois é ele quem faz a conexão do *dharma* com as consequências práticas de seu governo, é ele que tem a responsabilidade de fazer com que os indivíduos sigam seus códigos naturais segundo sua posição social.

A casta mais elevada para o Direito índico é a dos brâmanes, a qual goza de privilégios especiais, de modo contrário, os considerados sem castas (sudras), impuros, estavam expostos a penas cruéis e desproporcionais (Losano, 2007, p. 469-470).

Ao *dharma* contrapõem-se a *vyavahāra*, uma vez que o *dharma* “representa verdades ou os princípios jurídicos contidos nas fontes escritas do direito bramânico, [...] enquanto *vyavahāra* é, por outro lado o direito positivo” (Losano, 2007, p. 472).

A complexa sociedade de castas é refletida na administração da justiça, sobretudo na prática dos tribunais, composta de três tribunais reais e três tribunais de origem popular (Losano, 2007, p. 475).

Contrariamente ao Direito islâmico, no Direito índico a prova escrita é privilegiada, só se chegando ao ordálio se inexistir prova escrita ou, subsidiariamente, testemunho humano (Losano, 2007, p. 476).

O eixo do sistema jurídico bramânico, segundo Losano (2007, p. 473) é o conjunto do Código de Manu (*Manusmṛti*), redigido entre o século II a.C. e o século II d.C., os escritos de *Yājñavalkya* e *Narada*.

Para o direito malaio, por sua vez, o termo *adat* é que representa a palavra-chave, que significa decoro e, por consequência, a administração da justiça ocorre de forma consensual, é um acordo social exibido publicamente, sendo, por isso, um Direito menos sistematizado e mais associado à normalização da conduta.

Geertz (1999, p. 318-319) aduz que no sentido de julgamento, *adat* tem a tarefa prática de aproximar-se da harmonia social e do decoro individual, tendo como elemento principal os mecanismos utilizados nas tomadas de decisão e procedimentos no sentido mais comportamental.

Estabelecendo uma associação com o Direito ocidental, Geertz (1999, p. 319) ensina que *adat* possui um sentido similar a etiqueta, importando ao final:

[...] que essa unanimidade mental se manifeste não tanto no próprio veredito, que é apenas um desenlace, um aplauso final à concordância, e sim nos processos públicos nos quais é gerada. Para que o decoro seja preservado, é preciso que sua preservação seja visível a todos.

Desse modo, o procedimento da administração da justiça funciona segundo a lógica de análise comportamental, verificando sua normalidade conforme o que foi convencionado ou seu desvio, sendo tudo discutido de acordo com a etiqueta do grupo de modo a preservar o decoro, tranquilizando e, ao mesmo tempo, persuadindo um determinado padrão de comportamento.

Granjo (2011) também relata uma rica experiência ocorrida em Moçambique de prática de administração da justiça bem peculiar quando comparada à ocidental. Baseando-se empiricamente em entrevistas e observação participante, aborda acusações e julgamento de feitiçarias como expressão de justiça local.

Uma acusação de feitiçaria em Moçambique, mesmo confessada pelo acusado ou considerada provada pelos acusadores, não conduz necessariamente a uma punição ou marginalização.

Ele aduz que “o sistema dominante de *domesticação da incerteza* e a fenomenologia local da possessão criam mesmo uma possibilidade que, pelo contrário, viabiliza e facilita a reintegração social” (Granjo, 2011, p. 174).

Fulcral para o desenlace da acusação é o grau de consenso que se estabelece acerca da pessoa a culpabilizar, da sua culpabilidade e da vantagem de destruí-la enquanto ser social, ou mesmo enquanto ser vivo. Isto porque muitas vezes as acusações não chegam a ser objeto de qualquer julgamento formal. Em zonas mais distantes da autoridade estatal é normal que a suspeita coletiva se dê por adivinhação por parte de um especialista.

Nas zonas de maior densidade populacional ou mesmo nas cidades, a obtenção de elementos de provas e a promulgação política da punição tende a formalizar-se. Geralmente, a primeira adivinhação que confirma as suspeitas dos acusadores terá que ser confirmada por um grupo de especialistas indicado pela associação profissional respectiva, numa sessão previamente combinada tensa e solene.

Nesta situação, o meio formal de prova é a adivinhação conjunta por parte dos especialistas designados. Os juízes de feitiçaria dispõem, para confirmar a culpa da pessoa acusada, de uma autoridade e competência que é reconhecida pelas partes através da sua própria presença no julgamento.

Os instrumentos utilizados por eles para conduzir a uma confissão ou um acordo de compensação são a sua capacidade retórica e performativa, a par do respeito e do medo que suscitam.

Por último, adverte Granjo (2011, p. 177), “em casos em que suscitem elevadíssima tensão social e unanimidade acerca da culpa da pessoa acusada, poderá chegar-se à realização de um ordálio”.

Realizadas estas pequenas e singelas análises comparativas da diversidade do direito

islâmico, índico, malaio e moçambicano, pode-se inferir que o direito é, de fato, um saber local, constitutivo de realidades válidas para um determinado grupo social, representação de um imaginário coletivo que almeja disciplinar desejos e sistematizar deveres sob o ponto de vista da comunidade local.

E é por isso que os significados extraídos de suas decisões práticas servem apenas e tão-somente para os locais em que foram produzidos, tendo um sentido específico, único, não podendo, por isso, ser transportado, exportado, migrado de uma cultura para outra, pois sua estrutura simbólica, de significantes, não mais faria sentido e por via de consequência haveria a implosão do sistema jurídico nativo.

Dessa conclusão se extrai a importância do pluralismo jurídico nas sociedades modernas, da necessidade de coexistirem instituições jurídicas diversas respeitando-se umas às outras de modo a compatibilizar suas imagens coerentes com suas fórmulas consequentes para que todas possam existir autonomamente, preservando sua identidade cultural e a sensibilidade jurídica de sua comunidade.

### 3 O DIREITO PENAL REPENSADO A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO

O pluralismo jurídico como já supra exposto defende um direito aberto aos influxos da sociedade, defende um direito cultural interessado em proteger as diferenças, sejam estas individuais ou coletivas, dispondo de tratamentos diferenciados caso o titular pertença a uma cultura determinada.

Carnevali Rodríguez (2007, p. 11) adverte que os direitos culturais podem ser positivos ou negativos, demandando estes a não interferência do Estado ou de outros indivíduos no exercício dos direitos individuais, e aqueles uma atitude ativa por parte do Estado, que deve adotar medidas para preservar certas culturas, como, por exemplo, construir edifícios para práticas religiosas.

Estas duas posturas, como aponta Carnevali Rodríguez (2007, p. 11-14), se relacionam com as teses do liberalismo e do comunitarismo no tocante ao reconhecimento dos direitos culturais. Numa perspectiva do liberalismo, o Estado deve respeitar os direitos culturais, assumindo uma posição neutra para com eles, enquanto os comunitaristas entendem que o Estado deve assumir uma postura ativa na promoção de certas expressões culturais, fomentando a particularidade, salvaguardando a identidade e reconhecendo direitos de caráter coletivo.

Estas duas teses – liberalismo e comunitarismo - trazem repercussão no tocante à interpretação dos direitos fundamentais, entendendo os liberais que se tratam de direitos universais e, portanto, de conteúdo imutável e os comunitaristas de valores históricos, variando a sua compreensão conforme as realidades culturais (Carnevali Rodríguez, 2007, p. 16).

A hermenêutica advinda de tais concepções teóricas indubitavelmente reflete nas propostas de solução de conflitos em sociedades multiculturais em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Penal que foi:

[...] tradicionalmente construído sobre os valores de uma sociedade (erroneamente) considerada homogênea, mas que hoje não tem mais razão de ser ante a evidência de uma grande maioria de Estados pluriculturais. Uma incontestável realidade que repercute sobre alguns de seus princípios básicos, como os da legalidade e culpabilidade, e que obriga inclusive a reformular suas próprias categorias para adaptá-las a novas exigências (Sanz Mulas, 2014, p. 3).

Sanz Mulas (2014, p. 14), citando Ferreira, afirma que podem advir duas possíveis soluções do Direito Penal para solucionar esses conflitos interculturais, variando em razão da postura ideológica que defenda na seara dos direitos humanos, quais sejam:

A admissão de um pluralismo jurídico, que aceita uma espécie de relativismo cultural, permitindo diferentes soluções segundo o background cultural; e a existência de um único Direito Penal, neutral em relação aos acontecimentos ou as preferências culturais ou de origem étnica, mas articulando possíveis vias que tenham em consideração as motivações culturais.

Sanz Mulas (2014, p. 15-16), citando Becerra aduz ainda que quando se adota a versão do pluralismo jurídico o pressuposto basilar que decorre a partir do Direito Penal é que este não pode sancionar a diversidade cultural em respeito ao direito consuetudinário, devendo-se respeitar as distintas valorações sobre as condutas que provenham de parâmetros culturais diversos e preexistentes à cultura oficial.

A título de exemplo e advertindo acerca da dificuldade enfrentada pelo Direito Penal no tocante a encontrar soluções para os conflitos interculturais, Carnevali Rodríguez (2007, p. 17-18) cita alguns casos emblemáticos como: mutilações genitais admitidas por certas culturas do norte da África e outros países árabes; a poligamia praticada por mulçumanos; as mortes, inclusive de menores, para resguardar a honra da família e os atos constitutivos de maus tratos familiares e trabalhos infantis que são tolerados pelo pai de família.

Questiona Carnevali Rodríguez (2007, p. 21) acerca da possibilidade de, nesses casos, se estabelecerem fronteiras “que permitam falar em delitos culturalmente orientados ou motivados e, com isso, determinar se cabem respostas particulares”, conduzindo de imediato tal questionamento a outro, qual seja: “Se resulta válido ou não manter uma espécie de presunção de igualdade entre os valores de diversas culturas ou, se corresponde, que uma sociedade realize um juízo de legitimidade a respeito do comportamento de outras culturas minoritárias”.

Aduz que os comunitaristas defendem o estabelecimento de diversos sistemas sancionatórios – com suas próprias instituições - circunscritos territorialmente, atendendo o sentimento de pertença de certos grupos culturais.

Em sua visão, entretanto, tal procedimento leva a uma generalização de guetos dentro da sociedade podendo derivar em um desmembramento social, impactando, inclusive, na eficácia da prevenção geral pelo Direito Penal. Ademais, a fragmentação do Direito Penal em direitos penais

próprios iria levar a se admitir certos comportamentos intoleráveis para o resto dos componentes sociais (Carnevali Rodríguez, 2007, p. 22).

Os delitos culturalmente motivados, explica Carnevali Rodríguez (2007, p. 24), são aqueles cometidos por alguém pertencente a uma cultura minoritária, não sendo considerado delito no interior de sua esfera cultural, seja porque é atípico, justificado ou exculpado a despeito de ser um delito dentro do sistema penal da cultura majoritária. Podem também ser considerados delitos em ambas as culturas, porém possuem tratamento diferenciado.

Em outras palavras, delitos culturalmente motivados são aqueles “casos em que determinadas condutas contrárias a norma penal do país “anfitrião”, se explicam sem embargo em razão da cultura a qual pertence o infrator” (Sanz Mulas, 2014, p. 13).

Para identificar se estamos diante de um delito culturalmente motivado é necessário o preenchimento de três elementos, segundo Carnevali Rodríguez (2007, p. 24-25), que são: a) os fatores psíquicos, ou seja, a determinação dos motivos para atuar, caso se apoiem em motivações culturais; b) a relação desses motivos de natureza individual com o grupo cultural a que pertence, o que ele denomina de fatores objetivos e, por fim, c) se existe uma relação antinômica entre a cultura de pertença e a cultura do lugar de residência.

Constatada a existência de delitos culturalmente motivados se deve passar à análise do tratamento sistemático dado aos sujeitos que os cometem, tendo a literatura e jurisprudência norte-americana adotado, nestes casos, a *cultural defenses*.

Quando se fala de *defenses*, se aponta essencialmente a concorrência de certos fatores ou circunstâncias que permitem excluir ou diminuir a responsabilidade penal. Concorrendo a esses fatores o componente cultural, pode-se falar em *cultural defenses* (Carnevali Rodríguez, 2007, p. 25).

Para o Direito norte-americano a *cultural defenses* não constitui uma eximente autônoma, mas tomam em consideração os valores culturais recorrendo às instituições gerais, tais como o erro de fato, estados passionais, a provocação, a enfermidade mental e a imputabilidade diminuída (Carnevali Rodríguez, 2007, p. 26).

Todas essas eximentes encontram respaldo no Direito Penal por conta da existência de algum tipo de vício que faz com que a culpabilidade seja diminuída ou mesmo justificada.

Utilizar tais eximentes na seara cultural pode significar, portanto, denegrir toda a tradição e cultura de um grupo minoritário, “sendo os custos, em consequência, maiores que os benefícios, pois para deixar impune o autor do delito culturalmente motivado se afeta necessariamente toda a comunidade de origem” (Sanz Mulas, 2014, p. 18).

Esta postura estadunidense demonstra a sua opção teórica pela tese do liberalismo, já supra exposta, uma vez que: “[...] se trata de um sistema que quer mostrar-se sensível à diferença étnico-cultural, mas não cede frente a mesma, um sistema que não está disposto a pôr em discussão os fundamentos de um direito penal de signo ocidental, que sempre e em toda circunstância devem ser confirmados (Sanz Mulas, 2014, p. 18).

Para Carnevali Rodríguez (2007, p. 27) o tratamento que deve ser dado aos delitos

culturalmente motivados é o de erro de proibição, uma excludente de culpabilidade, fundamentado não no desconhecimento da norma penal, mas na sua falta de compreensão, uma vez que: “[...] podendo conhecer a proibição da norma, o sujeito não a pode compreender por ter internalizado um conjunto de valores diferentes, que podem inclusive serem incompatíveis com os compartilhados pela cultura dominante.”

Para Zaffaroni (2015, p. 576-577), o erro de compreensão culturalmente condicionado ocorre “quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa, e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura, como no exemplo dos enterros clandestinos do indígena”. Como regra geral, nesses casos, a culpabilidade deve ser excluída por ser um erro de proibição invencível.

Mas para Zaffaroni (2015, p. 577), “o condicionamento cultural nem sempre dá lugar a um erro de proibição, mas pode dar lugar a distintas classes de erros”. Cita o exemplo da cultura ahuca no oriente equatoriano na qual se acredita que o homem branco sempre matará um dos seus membros e, por isso, vai matá-lo assim que o ver.

Tal fato é encarado como um ato de defesa e, assim, diante dessa situação, estar-se-á diante de “um erro de proibição culturalmente condicionado, mas que constituirá uma justificação putativa e não um erro de compreensão”.

Da mesma forma, será um caso de defesa putativa baseada em erro sobre a concepção da causalidade: “[...] acreditar numa causalidade mágica e entender que se defende legitimamente aquele que crê seriamente estar sendo levado à morte por outrem através de sortilégios, o que é muito comum nas culturas africanas, requerendo mortes particularmente cruéis para esconjurar os “bruxos” (Zaffaroni, 2015, p. 577).

Por fim, Sanz Mulas (2014, p. 16), citando Becerra, apresenta outra concepção de tratamento dado pelo Direito Penal aos delitos culturalmente motivados, não se devendo sequer buscar o instituto da culpabilidade nestas situações:

[...] pois deste modo se estaria reconhecendo a supremacia de uma cultura sobre a outra. E isto porque em um Estado que desconhece a diversidade e baseia sua soberania numa visão de um só grupo (e cujos interesses representa), o interesse “comum” se converteria em um interesse de um grupo e o desenvolvimento de políticas estatais se converteria assim em um desenvolvimento de políticas que refletem uma relação de dominação. Isto é, a justiça penal que não respeita a diversidade cultural termina sendo uma justiça discriminatória na qual um parâmetro cultural é imposto a quem responda a um modelo distinto. (Sanz Mulas, 2014, p.16)

Assim não há que se falar em erro, pois a pessoa atua por um condicionamento cultural “e obviamente seus valores e padrões culturais não são uma forma errônea de perceber o mundo, senão uma forma própria tão válida quanto outras” (Sanz Mulas, 2014, p. 21).

Os delitos culturalmente motivados, destarte, podem ter tratamento diferenciado na dogmática penal e serem tratados como uma excludente de antijuridicidade em vez de excludente

de culpabilidade, como, por exemplo, um exercício regular de direito amparado pela cultura minoritária (Sanz Mulas, 2014, p. 19).

Talvez esta seja a resposta estatal mais condizente ao ideal dos comunitaristas, porém, inaplicável ao caso concreto, uma vez que “nenhum dos ordenamentos jurídicos europeus tem reconhecido em alguma medida a especificidade cultural no âmbito do Direito Penal” (Sanz Mulas, 2014, p. 29).

Essa realidade é facilmente percebida quando se analisa as soluções encontradas pelo Direito Penal para os casos das mutilações genitais femininas.

O Reino Unido e a Suécia promulgaram leis penais *ad hoc* para proibir e penalizar esta prática; a Bélgica, a Dinamarca e a Itália reformaram seus Códigos para incluir essa prática como um delito autônomo; a Alemanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Portugal entenderam que já existem em seus Códigos Penais adequação típica perfeita para tal prática, notadamente nos delitos de lesões e suas causas agravadas por conta das vítimas serem menores ou pelo fato das lesões serem cometidas por seus pais (Sanz Mulas, 2014, p. 28-29).

## CONCLUSÃO

O pluralismo jurídico é uma realidade irrefutável na hodiernidade, existindo intra e extra fronteira estatal. Isso porque o Direito é um sistema normativo, que regula a vida social de um determinado povo, fazendo sentido apenas e tão-somente para determinada comunidade.

Está atrelado a um específico sistema de crenças e valores, compartilhados pelos membros daquela comunidade. Há um sentimento de pertença, de identidade, que faz com que as normas sejam legítimas e devam ser respeitadas.

Devido ao multiculturalismo existente no globo terrestre - não apenas entre os diferentes continentes e países, mas também dentro dos próprios limites geográficos que compõem um Estado -, é totalmente compreensível a existência de sistemas normativos diversos que coexistem simultaneamente.

Apesar de não ser reconhecido oficialmente pela maioria dos Estados, que tem em sua matriz constitucional o monismo jurídico, é incontestável a sua existência, funcionando bem em diversos setores sociais, no sentido de normatizar e resolver seus próprios conflitos.

O Direito Penal, enquanto subsistema do sistema social, não pode ficar imune e nem insensível a esta realidade, deve se reestruturar e adequar seus institutos dogmáticos de modo a reconhecer o pluralismo jurídico, de modo a responder eficazmente aos conflitos de sua competência.

Apesar de ainda incipiente, se pôde constatar com o Caso Basílio, o reconhecimento do pluralismo jurídico por parte do júri em Roraima, que absolveu o réu justamente porque já havia sido julgado em sua comunidade, segundo seus costumes e tradições.

Que este exemplo seja seguido muitas vezes pelo Estado brasileiro, que o Direito oficial

estatal conviva pacificamente com outras ordens jurídicas autônomas adstritas a determinados grupos sociais, com vistas à obtenção da administração da justiça, fim último da ciência jurídica.

## REFERÊNCIAS

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno. **Política Criminal**, Santiago, Chile, v. 2, n. 3, p. 1-28, 2007.

CURI, Melissa Volpato. O Direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparada. *In*: GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 249-356.

GRANJO, Paulo. Pluralismo jurídico e direitos humanos: os julgamentos de feitiçaria em Moçambique. **Revista o Público e o Privado**, Fortaleza, v. 9, n. 18, 2011.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

SANZ MULAS, Nieves. Diversidad cultural y política criminal: estrategias para la lucha contra la multilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español). **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 16-11, p. 1-49, 2014.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, 2006. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010493132006000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010493132006000100008&script=sci_arttext). Acesso em: 15 maio 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Estella Libardi. Povos indígenas e o direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PLURALISMO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS, 2008, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

VAZ, Antenor; BALTHAZAR, André. Povos indígenas isolados: autonomia, pluralismo jurídico e direitos da natureza, relações e reciprocidades. **Boletín Onteaiken**, n. 15, maio 2013. Disponível em: <http://onteaiken.com.ar/ver/boletin15/3-1.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura jurídica**

no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Recebido em: 09/11/2020

Aceito em: 09/10/2023