

DIREITO VIVO EM DIÁLOGO COM O PENSAMENTO DECOLONIAL: uma análise a partir do direito antidiscriminatório

Bruno Lopes Ninomiya (IC) e Fernando Rister de Sousa Lima (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackpesquisa

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo, por meio de metodologia de revisão bibliográfica e uma análise sociojurídica da temática, compreender como a teoria de Direito Vivo criada por Eugen Ehrlich e as possibilidades que se apresentam a descolonização do direito propiciam um melhor entendimento do direito antidiscriminatório. Problematicou-se o fato de que o direito – e seu processo de interpretação – é calcado em uma perspectiva liberal e individualista que é utilizada para reproduzir o sistema de dominação racial, o que implica, necessariamente, na inserção de certos indivíduos nas hierarquias sociais. Constatou-se, por meio de um estudo pós-colonial, que a independência das colônias não foi um marco suficiente para que o poder colonial fosse findado, visto que segue existindo nas sociedades uma forma direta ou indireta de colonialismo interno – acoplado à colonialidade do poder e às políticas imperialistas do sistema-mundo – no qual controla e influencia a matriz epistêmica e política das nações ora colônias. Trata-se de uma matriz de poder que controla os seres e a questão de conhecimento, ao qual uns seriam inferiores e outros superiores, e esse diagnóstico reverbera, no campo do direito, como uma das premissas que justificam a inserção do direito antidiscriminatório nos currículos jurídicos. A ciência ehrlichiana, de igual modo, advoga por um direito que demanda necessárias transformações no sentido de que ele brotaria das relações sociais, sendo um processo dinâmico em constante modificação social.

Palavras-chave: Direito Vivo. Descolonização do direito. Direito antidiscriminatório.

ABSTRACT

The research aims, through a literature review methodology and a socio-legal analysis of the theme, to understand how the theory of Living Law created by Eugen Ehrlich and the possibilities presented by the decolonization of law provide a better understanding of antidiscriminatory law. The fact that law - and its interpretation process - is based on a liberal and individualistic perspective that is used to reproduce the system of racial domination was problematized, which necessarily implies the insertion of certain individuals in social hierarchies. It was verified, through a post-colonial study, that the independence of the colonies was not a sufficient mark for the end of colonial power, since there is still a direct or indirect form of internal colonialism - coupled with the colonality of power and the imperialist policies of the world-system - that controls and influences the epistemic and political matrix of the now-

colonial nations. This is a power matrix that controls beings and the question of knowledge, to which some would be inferior and others superior, and this diagnosis reverberates, in the field of law, as one of the premises that justify the insertion of anti-discrimination law in legal curricula. Ehrlichian science, likewise, advocates for a law that demands necessary transformations in the sense that it would spring from social relations, being a dynamic process in constant social modification.

Keywords: Living Law. Decolonizing Law. Anti-discrimination Law.

1. INTRODUÇÃO

O avanço do capitalismo e a crescente globalização, em suas facetas extrativista e neocolonial, desestabilizam e estruturam desigualdades que hoje se vê nas sociedades (THERBORN, 2001). Nessa mirada, essas desigualdades se traduzem em diversos campos do direito. Do ponto de vista epistemológico, o que serviu de catalisador para essas ideias coloniais foi a composição de uma ideologia supremacista que se apoia em premissas eurocêntricas e racistas. Em contraponto a isso, essas premissas são contestadas por um conjunto de lutas contra a exploração e subordinação dos países imperialistas para com suas colônias ou, então, do Norte para com o Sul Global. Esse enraizamento de ideias e práticas deu origem à noção de decolonialidade, que pretende cessar as desigualdades intelectuais, dando margem a um pensamento insurgente da história e da própria construção do conhecimento (GROSFOGUEL, 2011; MALDONADO-TORRES, 2011; MIGLIEVICH RIBEIRO, 2014; BRAGATO; GORDON, 2018).

Ocorre que, diante da construção teórica e epistemológica restrita da matéria jurídica, a concepção atual de direito ainda é calcada em uma perspectiva liberal e individualista que é utilizada para reproduzir a ideia de dominação social fundada pela colonialidade. Ou seja, o direito opera sob um sistema que estrutura desigualdades sob diversas perspectivas.

Em corroboração a tal entendimento, a ideia central do presente estudo é compor uma pesquisa que, partindo do Direito Vivo e dos estudos decoloniais, se voltasse a uma leitura do direito antidiscriminatório, visto que a forma de hierarquização imposta na colonização categorizou o que hoje tem-se por discriminação (QUIJANO, 2005, 2010; MOREIRA, 2020).

A par dessas considerações, ao pensar de maneira conjunta na teoria ehrlichiana e na questão jurídico-decolonial, pode-se consolidar que o principal objetivo de ambas é questionar como se estruturam na sociedade as formas de dominação epistemológica, defendendo a pluralidade de concepções e aplicações do direito. Nesse compasso, essa pesquisa pretende compreender como o direito antidiscriminatório poderia ser estudado, tanto a partir do imperativo de formação de operadores e operadoras do direito que consigam se emancipar da idealização imperialista – que, diante de uma hierarquização racial, discriminou as pessoas pelas raças –, quanto na construção de formas plurais de conhecimento e aplicação do direito.

O artigo foi estruturado em três seções. Na primeira parte realizou-se um estudo da ciência de Eugen Ehrlich para compor a ideia de que a reinvenção do direito é algo inevitável, justamente por brotar das necessidades sociais. Em segundo lugar, recorreu-se à literatura pós-colonial para compor a ideia histórica de que o direito foi construído e ainda parte de pressupostos coloniais de hierarquização que discriminam as pessoas. Para tanto, utilizou-se de grandes pesquisadores(as) que têm se dedicado a essa agenda de práticas

emancipatórias, buscando (des)centralizar os legados coloniais do direito. Em terceiro lugar, realizou-se um estudo e análise do direito antidiscriminatório partindo de autores(as) que notoriamente se destacam nas discussões críticas relativas à formação de uma sociedade paritária e antidiscriminatória.

2. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

2.1 Sociologia jurídica e a ciência de Eugen Ehrlich: o Direito Vivo como transformação sociopolítica

Quem é o sociólogo do direito? Essa é uma das perguntas feitas por Alberto Febbrajo e Fernando Rister de Sousa Lima no livro “Sociologia jurídica: novas observações sobre problemas fundamentais”. Para os juristas, ao mapear as principais ideias dos sociólogos jurídicos, chegou-se a conclusão que existem seis premissas que o sociólogo do direito deve possuir para alcançar, em suas pesquisas, as relações travadas entre o direito e a sociedade:

Tabela 1 – Premissas de um possível modelo de pesquisa ao sociólogo do direito

I	Observação da relação direito e sociedade.
II	Entendimento do direito como resultado de relações interindividuais.
III	Circularidade da relação direito e sociedade.
IV	Resultado da pesquisa como um grande espelho do fato observado.
V	O estudo dos fatos do direito.
VI	Preocupação com o “ser” constituído ou identificado nas relações sociais e não no “dever-ser” inserido nas normas jurídicas.

Fonte: Febbrajo e Lima (2021).

Tendo essas premissas em mente, é possível perceber certas contribuições e mudanças advindas dos juristas que formaram a sociologia do direito, ao passo que tais intelectuais questionam a solidez e inflexibilidade na interpretação e aplicação das normas na sociedade (FERRARI, 2015; TIMASHEFF, 2017). Um desses grandes expoentes é o austríaco Eugen Ehrlich (1862-1922), autor do livro “Fundamentos da Sociologia do Direito”, publicado originalmente em 1913, que concebeu uma proposição teórica que trouxe lume à concepção social do direito. O jurista analisou criticamente que a definição e a construção do direito, por si só, não se restringiria exclusivamente ao direito positivado, mas sim da maneira que ele se desenvolve na sociedade a partir dos fatos do direito – influências sociais que o

direito recebe da sociedade –, que apesar de serem forças sociais invisíveis, vinculam uma coletividade (POUND, 1922; EHRLICH, 1986; REHBINDER, 2007; MALISKA, 2015; NINOMIYA, 2021). A partir dessas premissas, Ehrlich idealiza a concepção de Direito Vivo; ideia de que o direito está em um processo contínuo de ressignificação e reinterpretação, modificando-se no dia a dia com o desenvolver e as necessidades das sociedades (EHRLICH, 1986; NELKEN, 2008).

Interessante notar, nesse aspecto, que a sociologia jurídica de Eugen Ehrlich se desviou da concepção eurocentrada da qual lhe foi lecionada para compor uma teoria de direito com um viés social e plural, uma vez que procurava investigar como as pessoas concebiam e interpretavam o direito. Ehrlich propõe um Direito Vivo, que seria aquele que brota das relações sociais – sendo este dinâmico e em constante processo de modificação social –; seria, portanto, um direito da força social, construído no seio da sociedade (EHRLICH, 1986; HERTOOGH, 2008; NELKEN, 2008; TAMANAHA, 2011).

Em outras palavras, Ehrlich advogava por um direito que estabelecesse uma relação cooperativa entre Estado e sociedade, no sentido de questionar os preceitos e as evidências constituídas na coletividade enquanto regulações impositivas (SEINECKE, 2016). O jurista dá ênfase ao preceito de que o direito rege as relações humanas, e as práticas e comportamentos cotidianos das associações e das pessoas influenciariam o fenômeno jurídico (ZIEGERT, 1998).

No prisma de Ehrlich (1986, p. 155), “da sociedade partem os impulsos para a formação do direito, de acordo com as relações de força nela vigentes”. Nessa acepção, reconhecer a constante ressignificação do direito faz com que ele tenha um dinamismo maior, por ser ressignificado constantemente a partir das relações sociais (MALISKA, 2015). De tal forma, Ehrlich (1986, p. 378) assevera que:

O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em prescrições jurídicas, domina a vida. As fontes para conhecê-lo são sobretudo os documentos modernos, mas também a observação direta do dia-a-dia do comércio, dos costumes e usos e também das associações, tanto as legalmente reconhecidas quanto as ignoradas e até ilegais.

Ademais, pondera Ehrlich (1986, p. 70) que “não haveria direito se não existissem pessoas que fossem portadoras da concepção de direito”. Por outro lado, é evidente que as concepções de direito são vistas como axiomas por quem detinha, e detém, o poder em uma sociedade (COTTERRELL, 2017). Assim, ao considerar como incontestável a ideia de direito que foi construída ao passar dos séculos e é, hoje, vigente, consequentemente estar-se-á

aceitando os processos discriminatórios fundidos pela epistemologia jurídica atual. De forma semelhante, repete-se o aludido por Bragato e Adamatti (2014, p. 106):

Avaliar a legitimidade dos tratamentos diferenciados sob a lógica da igualdade formal, conceito construído na modernidade ocidental, é inviável por tratar-se de um elemento importante do projeto moderno homogeneizante e excludente que concebeu a sociedade ideal, como sendo aquela onde reinaria a unidade e onde não existiriam diferenças.

Fato é que as ideias e reflexões introduzidas pelo jurista são de suma importância na contemporaneidade, tendo em vista a atual composição multicultural da sociedade – da qual integra uma pluralidade de pensamentos e interpretações (COSECHEN; MALISKA, 2016). Essa concepção mais humanística e social de Ehrlich deu margem ao debate estabelecido entre ele e Hans Kelsen no tocante à distinção da unidade e pluralidade de ordenamentos jurídicos. Enquanto Kelsen defendia o monismo, ou seja, o direito único, Ehrlich defendia o pluralismo jurídico, ou seja, a ideia de que na sociedade as pessoas estão sobre o influxo de diversas associações sociais com diferentes conjuntos de normas que se impõe a cada uma delas (SPAREMBERGER, 2003; VAN KLINK, 2009).

Como visto, existem outras normas na sociedade além das normas estatais que têm importância na regulamentação do comportamento das pessoas na vida cotidiana. Tais ordens normativas, na amplitude de Ehrlich, podem ser mais eficazes do que a lei formal em si, ao passo que vinculam a coletividade e o direito por meio do reconhecimento (FEBBRAJO, 2017a; 2017b).

2.2 O diagnóstico pós-colonial: a raiz das relações de poder

Vive-se em um mundo que tem um legado muito presente da época colonial, ilustrada hoje pelas disparidades socioeconômicas entre o Norte e o Sul Global. Nesse sentido, mesmo após décadas dos processos coloniais, o Sul Global sofre com as estruturas e dinâmicas de hierarquização racial que criam realidades negativas até hoje (QUIJANO, 2005; MIGNOLO, 2008, 2011; PIRES, 2021). Em contraste, há um movimento atual pós-colonial, de ordem teórica e prática, que objetiva ressignificar criticamente as diversas estruturas de poder herdadas das colônias. Para tanto, é necessário o fortalecimento de novas miradas que pretendem desconstruir essas concepções consolidadas de epistemologia, dando voz – antes silenciadas – para as populações do Sul Global (SAID, 2007; GANDHI, 1998; BALDI, 2015; SANTOS, 2010). Nesse mesmo sentido, na avaliação de Bragato e Mantelli (2019, p. 103):

O que o pós-colonialismo advoga é que a dominação ocidental tornou-se possível a partir do discurso colonial que representa o outro como sujeito degenerado por meio de estratégias de inferiorização, subalternização e desumanização que são internalizadas por aqueles representados como tal.

O direito, por sua vez, se envolve no projeto de descolonização pela iminente necessidade de reinterpretação das estruturas do direito, que ainda insistem numa hegemonia epistemológica predominantemente eurocentrada (MANTELLI *et al.*, 2021). A grande problemática no fato do direito ser adjacente à cultura do colonizador é que ele carrega concepções racistas e opressoras, fato que contraria o princípio final do direito, que é o de garantir a justiça material na sociedade, com igualdade e sem discriminação.

Muitas dessas disposições coloniais partem da figura normativa do homem europeu, branco e heterossexual, como o ser ideal, civilizado e racional (MISSIATTO, 2021). Por derradeiro, essa unilateralidade de pensamento criou a ideia de que todas as pessoas que eram alheias a essa sociedade civil e ao que pregavam, estariam inferiores na escala evolutiva, estando próximos ao estado primitivo de natureza (QUIJANO, 2010). Essa concepção perdura até a modernidade – seja de forma direta ou indireta –, pois a imagem de sujeito criada na colonização e reproduzida pela colonialidade situa as pessoas de forma estratégica na sociedade, fazendo com que uns tenham mais privilégios e respeito do que outros, o que implica na situação de desvantagem estrutural e, conseqüentemente, no acesso desigual de direitos.

A descolonização do direito, por outro lado, pretende estimular a reflexão sobre os encontros e desencontros entre o direito e as múltiplas formas de resistência contra o colonialismo e a colonialidade, sejam expressões do ponto de vista teórico – influenciadas pelos estudos pós-coloniais e o giro decolonial – quanto da práxis da luta anticolonial e dos movimentos de libertação e descolonização (NINOMIYA; MANTELLI, 2021). A centralidade que o colonialismo e a colonialidade imprimem às relações sociais e à estrutura de organização do mundo tem despertado diversas reflexões com base em acúmulos teóricos de pensadores e pensadoras baseados no Sul Global, dos quais buscam vocalizar e revisitar outros conhecimentos marginalizados (GROSFOGUEL, 2011; MALDONADO-TORRES, 2011; BRAGATO; GORDON, 2018; CASTRO-GÓMEZ; GROSFOGUEL, 2007; SANTOS, 2019). Nesse ínterim, Mantelli *et al.* (2021) resumizam os seguintes elementos para considerar a descolonização das estruturas institucionais:

Tabela 2 – Elementos para considerar a descolonização das estruturas institucionais

1	A construção do conhecimento científico perpassa pela colonialidade do poder, em face de povos do Sul Global, e pela destruição/invisibilização das outridades dos corpos colonizados.
2	A segregação por raças instrumentalizou a colonização nas Américas, na África e na Ásia.
3	A destruição do imaginário do outro determinou o deslocamento do sentido de viver para o sentido de sobreviver, apesar de tudo confluir para a desilusão e a desesperança.
4	A “aparente neutralidade” europeia determinou que o conhecimento científico seria pautado por um viés que rechaçasse as ontologias outras, não eurocêtricas.
5	O idealismo europeu condicionou os sujeitos e seres colonizados à inferioridade.
6	A valorização de outros conhecimentos e abordagens jurídicas podem proporcionar (re)interpretações das noções de justiça no Brasil.
7	O pensamento afrodiaspórico permite que se vislumbre alternativas à colonialidade epistêmica eurocêntrica, na medida em que reconecta o ser ao saber e devolve a imprescindibilidade do sentir-se no mundo, ou seja, retoma as ontologias para o centro do debate.
8	O pensamento ameríndio “finca os dois pés” na terra, com força, para reagir-se às novas ramificações da colonialidade, que se aprofunda agora pela destruição/negação de sentidos.
9	O direito pode ser utilizado como instrumento contra-hegemônico de promoção da justiça social.

Fonte: Mantelli *et al.* (2021).

A articulação entre o direito e a descolonização atua, sobretudo, para questionar e provocar quem seria o sujeito legitimado para dizer o direito (SAMSET, 2020). A operacionalidade normativa do direito, influenciada pelos “ideais” colonialistas e eurocêtricos, formata o paradigma de que a legitimação jurídica é destinada a certos grupos dominantes, que criam e aplicam leis com o objetivo de subsidiar vantagens sistemáticas em detrimento de outros setores sociais (SANTOS, 1987).

[O] Estado brasileiro, ainda que potencialmente emancipatório, na prática, esvazia a norma jurídica quando não tutela, deforma justa, parcelas da população subalternizadas em decorrência de fatores raciais e culturais e estabelece recortes intencionais à aplicação da lei, o que caminha no oposto do estabelecido, especialmente, nos artigos 3º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (MANTELLI; MASCARO; NINOMIYA, 2021, p. 12).

Os indivíduos historicamente marginalizados da sociedade não possuem o mesmo nível de representatividade política daqueles estrategicamente protegidos e, conseqüentemente, não dispõem dos canais institucionais para fazer com que seus interesses e necessidades sejam ouvidos e efetivados.¹ Esse desequilíbrio no nível de representatividade política nas instituições brasileiras reverbera, principalmente, na desumanização do Outro (com “O” maiúsculo). Não sendo vistos e reconhecidos como “humanos” pela política, tais pessoas ficam a mercê de um sistema que não cria, nem reconhece e tampouco aplica, de forma justa, direitos destinados a proteção de suas existências – é o que se vê diariamente na luta dos povos indígenas, dos negros, dos grupos LGBTQIA+, etc. (BRAGATO, 2016; NINOMIYA et al., 2021).

Conforme tangencia Becker (2019, p. 130) quanto a esse problema estrutural, a ruptura epistemológica do modelo liberal para um modelo social de hermenêutica jurídica perpassa, impreterivelmente, pelo caráter descolonizador e emancipatório:

Com este “novo” paradigma será possível contribuir de forma mais concreta para o agir emancipatório do pensamento jurídico contemporâneo. No entanto, assumir-se como criador/produtor e descolonizador do Direito, não é uma tarefa fácil, pois muitas resistências são enfrentadas pelos juristas da transformação, uma vez que tal postura pressupõe criar compromissos éticos e políticos frente a uma tradição prática e histórica que insiste em fechar os olhos. É necessário “um novo senso comum teórico” para desenhar este “novo” paradigma.

Por fim, ao amalgamar essas diferentes críticas ao sistema jurídico vigente, compreende-se como as relações de poder foram enraizadas nas sociedades e, da mesma forma, como isso colidiu na submissão dos indivíduos subalternos a diferentes formas de discriminação, sejam elas direta, indireta, institucional, organizacional, intergeracional, etc.

¹ Vale mencionar a teoria da “Luta por Reconhecimento” formulada por Honneth (2003a; 2003b), na qual o autor conclui que o reconhecimento é um elemento essencial para a constituição e transposição das identidades individual e coletiva dos indivíduos e suas associações.

2.3 O direito antidiscriminatório: a ruptura do sistema de dominação

Em consonância ao tópico *supra*, os estudos pós-coloniais propõem uma ruptura nos discursos dominantes eurocêntricos para ampliar as visões de mundo, podendo observar as histórias sob as perspectivas dos subalternizados (YOUNG, 2003; CORONIL, 2008). Esse entendimento é deveras importante para compreender como a discriminação se estruturou nas sociedades, ao passo que os estudos pós-coloniais, de forma geral, citam o eurocentrismo como uma premissa da desigualdade (PRAKASH, 1994; LOOMBA, 2015; BHAMBRA, 2014; PAHUJA, 2011).

Resumidamente, pode-se entender a discriminação como a imposição de um tratamento arbitrário por meio de um julgamento moral negativo que objetiva a criação de uma situação de desvantagem (MOREIRA, 2020). Penosamente, essa concepção está diretamente ligada ao sujeito passivo da discriminação, ou seja, aquele que sofre da marginalização social e política de diferentes formas. Assim como traduzido pela colonialidade, a discriminação possui alvos objetivos: sujeitos estigmatizados pela extensa história de subordinação social e racial (FISHER; O'HARA, 2009; LIPPERT-RASMUSSEN, 2013; HERNÁNDEZ; SOUZA; FONSECA, 2017).

No que concerne ao conceito de igualdade, Adilson José Moreira (2020, p. 49) nos traz interessantes subsídios ao entender que:

A igualdade ocupa um papel fundamental na arquitetura do constitucionalismo moderno. [...] Todos os indivíduos devem ser vistos como seres que possuem o mesmo valor moral, motivo pelo qual precisam ser considerados como atores sociais competentes, além de poderem participar do processo de deliberação política. Os membros de uma comunidade política democraticamente organizada são pessoas que merecem ter a igual dignidade jurídica reconhecida, um dos elementos principais da cultura moderna dos direitos humanos.

Esse aspecto suscita verdadeiro nó de interpretação, visto que as democracias liberais atuais não estão nem perto de construir e impor um estado de igualdade na sociedade, visto que os membros de minorias raciais e étnicas não possuem o mesmo nível de respeitabilidade social e material do que aqueles membros pertencentes a grupos dominantes (MOREIRA, 2019a). Nesse escopo, o direito antidiscriminatório traduz-se como uma contribuição nas discussões relativas na mudança desse cenário, alinhado ao fato de que os sistemas jurídicos modernos operam e legislam de forma a salvaguardar os indivíduos que sofrem dos processos

de discriminação, garantindo, de forma mínima, uma dignidade de vida (KOPPELMAN, 1998; MOREIRA, 2020; MCCOLGAN, 2014; CRENSHAW, 2017).

De acordo com essa perspectiva, a professora Nancy Fraser (2008) interpreta o princípio da igualdade sob duas vertentes: a redistribuição e o reconhecimento. De um lado busca-se suprimir injustiças econômicas, e de outro as injustiças culturais. Assim sendo, a justiça social deve agir de maneira a produzir condições de paridade de participação entre as pessoas, ou seja, todas as pessoas devem participar como pares na sociedade, pois somente assim poderão ser vistas e tratadas como atores sociais competentes (MOREIRA, 2020).

Nesse caminho, os Estados precisam agir no sentido de garantir tanto condições subjetivas de paridade de participação, das quais exprimem a necessidade de realizar uma mudança na cultura das instituições com o propósito de combater o preconceito e os estereótipos sobre grupos minoritários; quanto condições objetivas de paridade de participação, na qual as pessoas de uma sociedade, para que possam operar de maneira adequada nos espaços públicos, devem ter um nível mínimo de seguridade social que só pode ser alcançado através de direitos sociais e políticas redistributivas (FRASER, 2008). Contudo, ambas as condições exigem da figura estatal o uso de suas atribuições, propiciando investimentos públicos em direitos sociais, para então formar sujeitos economicamente ativos na sociedade (SEN *et al.*, 1997; SEN; ANAND, 1997; SEN, 1997).

A superação e o enfrentamento das desigualdades são objetivos cruciais de um regime democrático que coloca a liberdade de seus sujeitos como prioridade para o desenvolvimento. Quando existe, dentro de uma sociedade, a opção de fazer escolhas próprias – em todos os sentidos –, há, em sequência, a possibilidade de trilhar rumos à libertação, dando aos indivíduos a virtude e a capacidade de fazerem escolhas por si, sem a privação de liberdades sociais e políticas (NINOMIYA; SILVA, 2021, p. 32).

Acontece que não é viável partir para a ação sem antes interpretar criticamente as falácias jurídicas que estruturaram, desde o pretérito, as formas de desigualdades e discriminações presentes na sociedade (BOYLE, 1991). Nesse diapasão, postula Freeman (1978, p. 1054, tradução livre) que:

A lei vê a discriminação racial não como um fenômeno social, mas meramente como a conduta equivocada de determinados atores. É um mundo onde, se não fosse pela conduta desses mal orientados, o sistema de igualdade de oportunidades funcionaria para fornecer uma distribuição das coisas boas da vida sem disparidades raciais e onde as privações que se

correlacionam com a raça seriam "merecidas" por aqueles privados em razão de "mérito" insuficiente.²

Uma grande contribuição para o campo do direito antidiscriminatório foi a formulação empírica de Adilson Moreira (2019b) na obra "Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica", na qual foi estabelecido um diálogo entre a teoria crítica racial e os estudos decoloniais. Defende-se, no livro, que a reprodução da condição de subalternidade é produto direto de diferentes mecanismos e práticas discriminatórias que são reproduzidos ao longo do tempo por um sistema cultural que legitima tais práticas. Segundo o professor, o jurista que pensa como um negro é aquele que entende o princípio da igualdade como igualdade de status, visando proteger não apenas um indivíduo, mas grupos. Isso é, é aquele ator que contribui na criação de uma cultura pública do respeito em compromisso com a agenda emancipatória e antissubordinatória, sendo esse um papel que necessita ser assumido por todos operadores do direito.

Por esse turno, compreende-se que a inserção de certos indivíduos nas hierarquias sociais é diretamente influenciada pelo processo de interpretação jurídica, do qual deve(ria) ser pautado pela ideia de neutralidade. Entretanto, como abertamente colhe-se do sistema jurídico brasileiro, há uma nítida institucionalização do racismo estrutural (ALMEIDA, 2019; AMPARO, 2021; MANTELLI; MASCARO; NINOMIYA, 2021).

Nesse bojo de aspectos, ao assumir o direito como algo instável e vivo, dá-se margem às novas concepções jurídicas que se reinventam constantemente, fortalecendo, por conseguinte, a agenda crítica do direito brasileiro, como igualmente ampara a teoria do professor Antônio Carlos Wolkmer (2015). Assim, amplificar as resistências e lutas contra-hegemônicas são objetivos de um direito que seja antidiscriminatório, seja tensionando o aparato institucional, seja através de uma educação jurídica emancipatória e antirracista (NINOMIYA; MANTELLI, 2021; MANTELLI; NINOMIYA; SILVA, 2022).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Existe uma crença moderna de que o colonialismo e seus efeitos nas colônias foram cessados há muitos séculos. Todavia, a espinha dorsal da história colonial formou diversos

² Do original: "the law views racial discrimination not as a social phenomenon, but merely as the misguided conduct of particular actors. It is a world where, but for the conduct of these misguided ones, the system of equality of opportunity would work to provide a distribution of the good things in life without racial disparities and where deprivations that did correlate with race would be "deserved" by those deprived on grounds of insufficient 'merit'."

mecanismos de dominação das nações colonizadas, perpetuando até hoje frutos da violenta e opressiva história na “civilização” do Sul Global. Ciente disso, é oportuno destacar que a independência das colônias não foi um marco suficiente para que o poder colonial fosse findado, visto que segue existindo nas sociedades uma forma direta ou indireta de colonialismo interno – acoplado à colonialidade do poder e às políticas imperialistas do sistema-mundo – no qual controla e influencia a matriz epistêmica e política das nações ora colônias.

Assim, quando traz-se a perspectiva pós-colonial, emerge-se consequentemente o elemento racial que é construído durante a colonização. Na medida em que se fala de colonização, fala-se necessariamente de um momento da história moderna em que se criou linhas imaginárias e hierárquicas baseadas em raças, e a partir dessa hierarquização se estruturou toda uma nova economia política e de relacionamento entre as pessoas, globalizando esses alicerces hegemônicos do qual o mundo é formado.

As ideias trazidas por Ehrlich – em especial a teoria de Direito Vivo – exprimem uma grande relevância na modernidade no que se refere ao reconhecimento de uma ordem jurídica multicultural e pluralista que se ressignifica frequentemente. A compreensão da essência plural das sociedades – fortemente influenciada pelas lutas por reconhecimento – necessita ser subsidiada pelo fato de que o direito é oriundo de inúmeras formas de compreender os fenômenos da sociedade e de suas regulações.

Em contraste, a sociedade vive sob a égide de um direito que rege-se principalmente por suas características tradicionais, inertes, dogmáticas e impositivas. Portanto, torna-se importante a ideia de interpretar o direito como fruto da colonização – que funciona a partir de hierarquias raciais, sociais e econômicas –, pois, a partir desse diagnóstico da discriminação, é possível constatar suas mazelas epistêmica-jurídicas e pensar num direito que seja emancipatório.

Conforme amplamente defende Adilson Moreira (2019b), há uma iminente necessidade do intérprete jurídico de colocar-se no lugar do Outro. Ou seja, é necessário que os operadores do direito analisem as situações jurídicas envolvendo grupos minoritários em consonância do enquadramento histórico, político, social, econômico e, sobretudo, do contexto de opressão que tais pessoas foram – e são – vítimas. Nesse ponto, razão assiste à insistência de que o processo de interpretação jurídica necessita olhar o fenômeno do direito a partir do subordinado.

A legitimação de vantagens sistemáticas para pessoas brancas, e desvantagens sistemáticas para pessoas não-brancas, cria um sincretismo na sociedade que reproduz a ideia de que membros de minorias raciais e étnicas não podem ser vistos como atores sociais

competentes. Ora, se o propósito do direito é garantir a justiça material na sociedade, com igualdade e sem discriminação, ele não deveria reproduzir as diferenças de status cultural e material entre as pessoas; tampouco validar processos legislativos e *decisums* dos quais reproduzam a subjugação do Outro.

Isso posto, é de se concordar com Maliska (2019) que, hoje, o direito e o Estado se afastaram; o Estado não tem mais o monopólio do direito, ainda que continue a ter o monopólio do uso legítimo da força. Tal fato nos impõe refletir sobre uma nova Teoria do Estado, por um lado, e uma nova concepção de direito, por outro. Ehrlich é um autor que nos permite refletir sobre esse “novo” direito. Nesse sentido, incorporar o debate do Direito Vivo com as possibilidades da descolonização mostra-se relevante para remediar essa lacuna, pois ao mesmo tempo que se defende que o direito é um fenômeno amplo que abrange uma pluralidade de ordens que precisam questionar esses espaços tradicionais e hegemônicos, deve-se também compreender o direito como um fenômeno mutável e social, a fim de quebrar com a perpetuação de princípios que reproduzam as diferentes formas de discriminação.

4. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

AMPARO, Thiago. A carne mais barata do direito: descolonizando respostas jurídicas à necropolítica. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 20, p. 345-361, 2021.

BALDI, César Augusto. **Aprender desde o sul—novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade—aprendendo desde o sul**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BECKER, Juan Lucca de Oliveira. **Da hermenêutica jurídica moderna de tradição eurocêntrica ao horizonte decolonial**: a necessidade de novas categorias teóricas e operacionais na defesa da emancipação e humanização do Direito. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande, 2019.

BHAMBRA, Gurinder K. Postcolonial and decolonial dialogues. **Postcolonial Studies**, v. 17, n. 2, p. 115-121, 2014.

BOYLE, James. Is subjectivity possible? The postmodern subject in legal theory. **University of Colorado Law Review**, Colorado, v. 62, p. 489-524, 1991.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos: são legítimos os tratamentos diferenciados?. **Revista de Informação Legislativa**, v. 51, n. 204, p. 91-108, 2014.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; GORDON, Lewis R. **Geopolitics and decolonization: perspectives from the Global South**. London/New York: Rowman & Littlefield International, 2018.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira. Comentário ao Capítulo 2: "A Pós-Colonialidade do Direito Internacional" - Abordagens Pós-Coloniais e Descoloniais no Direito Internacional. *In*: BADIN, Michelle Ratton Sanchez; MOROSINI, Fábio; GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. **Direito Internacional: Leituras Críticas**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 102-112.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. **Quaestio iuris**, v. 9, n. 04, p. 1806-1823, 2016.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (Ed.). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.

CORONIL, Fernando. Elephants in the Americas? Latin American postcolonial studies and global decolonization. *In*: MORAÑA, Mabel; DUSSEL, Enrique D.; JÁUREGUI, Carlos A. (ed.). **Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate**. Durham: Duke University Press, 2008. p. 396-416.

COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. O direito vivo das famílias contemporâneas na perspectiva de Eugen Ehrlich. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 35, 2016.

COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society: Legal ideas in the mirror of social theory**. London: Routledge, 2017.

CRENSHAW, Kimberlé Williams. Race, reform, and retrenchment: Transformation and legitimation in antidiscrimination law. *In*: MCCANN, Michael (Ed.). **Law and Social Movements**. London: Routledge, 2017. p. 475-531.

EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Trad. de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

FEBBRAJO, Alberto (Ed.). **Law, Legal Culture and Society: Mirrored Identities of the Legal Order**. London: Taylor & Francis, 2018a.

FEBBRAJO, Alberto; LIMA, Fernando Rister de Sousa. Quem é o sociólogo do direito?. In: FEBBRAJO, Alberto *et al.* **Sociologia jurídica**: novas observações sobre problemas fundamentais. Curitiba: Juruá Editora, 2021. p. 35-42.

FEBBRAJO, Alberto. Os fundamentos históricos da sociologia do direito: Eugen Ehrlich. In: FEBBRAJO, Alberto, LIMA, Fernando Rister de Sousa, PUGLIESI, Márcio (Orgs.). **Sociologia do Direito**: teoria e prática. 2. ed. rev. Curitiba: Juruá, 2018b. p. 381-401.

FERRARI, Vincenzo. **Diritto e società**: elementi di sociologia del diritto. Roma: Gius, Laterza & Figli Spa, 2015.

FISHER, Andrew B.; O'HARA, Matthew D. Introduction: racial identities and their interpreters in colonial Latin America. In: FISHER, Andrew B.; O'HARA, Matthew D. (eds.). **Imperial Subjects**. Duke University Press, 2009. p. 1-38.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: por uma concepção integrada da justiça. Trad. Bruno Ribeiro e Letícia de Campos Velho. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel (coord.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREEMAN, Alan David. Legitimizing racial discrimination through antidiscrimination law: A critical review of Supreme Court doctrine. **Minnesota Law Review**, Minnesota, v. 62, p. 1049-1119, 1977.

GANDHI, Leela. **Postcolonial theory**: a critical introduction. Nova York: Columbia University Press, 1998

GROSFOGUEL, Ramón. Decolonizing post-colonial studies and paradigms of political-economy: transmodernity, decolonial thinking, and global coloniality. **Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World**, California, v. 1, n. 1, 2011.

HERNÁNDEZ, Tanya Katerí; SOUZA, Arivaldo Santos de; FONSECA, Luciana Carvalho. **Subordinação racial no Brasil e na América Latina**: o papel do Estado, o Direito Costumeiro e a Nova Resposta dos Direitos Civis. Salvador: EdUFBA, 2017.

HERTOGH, Marc. **Living Law**: Reconsidering Eugen Ehrlich. New York: Bloomsbury Publishing, 2008.

HONNETH Axel. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. London: Verso, 2003b. p. 110-197.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003a.

KOPPELMAN, Andrew. **Antidiscrimination law and social equality**. New Haven: Yale University Press, 1998.

LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper. **Born free and equal?: A philosophical inquiry into the nature of discrimination**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

LOOMBA, Ania. **Colonialism/postcolonialism**. 3. ed. London: Routledge, 2015.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Thinking through the decolonial turn: post-continental interventions in theory, philosophy, and critique. An introduction. **Transmodernity: Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World**, California, v. 1, n. 2, p. 1-15, 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**. Curitiba: Juruá, 2015.

MALISKA, Marcos Augusto. The legal sociology of Eugen Ehrlich and constitutional law: The fact of pluralism and the role of Constitution. **Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, ARSP**, v. 105, n. 3, p. 340-358, 2019.

MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira *et al.* Confluir para descolonizar: aportes afrodiaspóricos e ameríndios para a crítica do direito. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 20, p. 380-424, 2021.

MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira; MASCARO, Laura Degaspere Monte; NINOMIYA, Bruno Lopes. Sistema de justiça criminal e racismo estrutural no Brasil: interlocuções com o pensamento decolonial. **Revista Latino-americana de Criminologia**, v. 1, n. 2, p. 9-34, 2021.

MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira; NINOMIYA, Bruno Lopes; SILVA, Lucas de Carvalho Pereira da. Elementos para (re)interpretar a educação jurídica a partir da descolonização e da luta antirracista. In: CARDOSO, Fernando da Silva. **Educação jurídica e diferença**: abordagens sobre questões de gênero e raça para o ensino jurídico. São Paulo, Pimenta Cultural, 2022. p. 95-109.

MCCOLGAN, Aileen. **Discrimination, equality and the law**. Oxford: Hart Publishing, 2014.

MIGLIEVICH RIBEIRO, Adelia. Por uma razão decolonial: desafios ético-político-epistemológicos à cosmovisão moderna. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 14, n. 1, p. 66-80, 2014.

MIGNOLO, Walter. Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política. **Cadernos de Letras da UFF**, Niterói, n. 34, p. 287-324, 2008.

MIGNOLO, Walter. **The darker side of western modernity: global futures, decolonial options**. Durham: Duke University Press, 2011.

MISSIATTO, Leandro Aparecido Fonseca. **Colonialidade Normativa**. Curitiba: Editora Appris, 2021.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

MOREIRA, Adilson. **Pensando como um Negro: Ensaio de Hermenêutica Jurídica**. São Paulo: Contracorrente, 2019b.

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Pólen, 2019a.

NELKEN, David. Eugen Ehrlich, living law, and plural legalities. **Theoretical Inquiries in Law**, Calgary, v. 9, n. 2, p. 443-471, 2008.

NINOMIYA, Bruno Lopes *et al.* Indígenas sob um contexto vulnerável de seguridade social em meio à crise sanitária. **Campo Jurídico**, v. 9, n. 1, p. 1-34, 2021.

NINOMIYA, Bruno Lopes; MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira. Emancipações epistemológicas a partir da descolonização: (re)formulando a educação jurídica desde o Sul. **Iniciação & Formação Docente**, v. 8, n. 3, p. 683-710, 2021.

NINOMIYA, Bruno Lopes; SILVA, Lucas de Carvalho Pereira da. Políticas públicas culturalmente transformadoras: o desenvolvimento e a justiça social de Amartya Sen observados sob a perspectiva decolonial. In: ZAMBAM, Neuro José et al. (Org.). **Estudos sobre Amartya Sen: Volume 11 - Seguridade Social, Políticas Públicas e Escolhas Sociais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2021. p. 14-39.

NINOMIYA, Bruno Lopes. A ciência e o constitucionalismo de Eugen Ehrlich: embates culturais entre migrações e estados. In: FEBBRAJO, Alberto *et al.* **Sociologia jurídica: novas observações sobre problemas fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2021. p. 395-410.

PAHUJA, Sundhya. **Decolonising international law: development, economic growth and the politics of universality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

PIRES, Thula. Legados de liberdade. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 20, p. 291-316, 2021.

POUND, Roscoe. Appreciation of Eugen Ehrlich. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 36, n. 1/8, p. 129-145, 1922.

PRAKASH, Gyan. Subaltern studies as postcolonial criticism. **The American Historical Review**, Oxford, v. 99, n. 5, p. 1475-1490, 1994.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (Org.). **Epistemologias do sul**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 84-130.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, 2005. p. 227-278.

REHBINDER, Manfred et al. Die politischen Schriften des Rechtssoziologen Eugen Ehrlich auf dem Hintergrund seines bewegten Lebens. **Anuarul Institutului de Istorie» George Barițiu «-Series HISTORICA**, v. 46, n. 46, p. 269-281, 2007.

SAID, Edward W. **Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SAMSET, Ingrid. Towards Decolonial Justice. **International Journal of Transitional Justice**, v. 14, n. 3, p. 596-607, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Montevideo: Ediciones Trilce, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Law: a map of misreading. Toward a postmodern conception of law. **Journal of Law and Society**, v. 14, n. 3, p. 279-302, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul**. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.

SEINECKE, Ralf. **Das Recht des Rechtspluralismus**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

SEN, Amartya Kumar *et al.* **On economic inequality**. Oxford: Oxford University Press, 1997.

SEN, Amartya Kumar; ANAND, Sudhir. **Concepts of human development and poverty: a multidimensional perspective**. Nova York: UNDP, 1997.

SEN, Amartya Kumar. **Resources, values, and development**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana. A natureza da ciência jurídica: do normativismo de Hans Kelsen ao sociologismo (hermenêutica do Direito vivo de Eugen Ehrlich). **Direito em Debate**, Ijuí, v. 20, p. 115-135, 2003.

TAMANAH, Brian Z. A Vision of Social-Legal Change: Rescuing Ehrlich from "Living Law". **Law & Social Inquiry**, v. 36, n. 1, p. 297-318, 2011.

THERBORN, Göran. Globalização e desigualdade: questões de conceituação e esclarecimento. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 6, p. 122-169, dez. 2001.

TIMASHEFF, Nicholas S. **An introduction to the sociology of law**. London: Routledge, 2017.

VAN KLING, Bart. Facts and norms: the unfinished debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen. *In*: HERTOGH, Marc (Org.). **Living law: reconsidering Eugen Ehrlich**. Oxford: Hart, 2009. p. 127-155.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9a Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

YOUNG, Robert J. C. **Postcolonialism: a very short introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ZIEGERT, Klaus A. A note of Eugen Ehrlich and the production of legal knowledge. **Sydney Law Review**, v. 20, n. 1, p. 108-126, 1998.

Contatos: blopesn@hotmail.com e fernando.lima@mackenzie.br