

## PLURALISMO JURÍDICO E O PARADIGMA DO DIREITO MODERNO: BREVES APONTAMENTOS<sup>1</sup>

BRIEF NOTES ON LEGAL PLURALISM AND THE PARADIGM OF MODERN LAW

Flávio Bortolozzi Junior♦

### RESUMO

*O modelo jurídico da modernidade, surgido com a ascensão da burguesia, centrado na figura do Estado como único jus-produtor, ou seja, como detentor do monopólio da criação do direito, que marca o discurso do monismo jurídico, não mais consegue atender às necessidades e anseios da sociedade atual, extremamente complexa e mutável. Diante deste cenário, (re) surge a importância de se compreender as bases da proposta do pluralismo jurídico, ou seja, a compreensão da existência de esferas de jurisdição para além do Estado, não o negando, mas o reafirmando na própria sociedade.*

*PALAVRAS-CHAVE: Pluralismo Jurídico; Monismo Jurídico.*

### ABSTRACT

*The modernity legal model, emerged with the rise of the bourgeoisie, features the State as sole jus-producer, ie, as the monopoly of the creation of law holder. That conclusion marks the discourse of legal monism, no longer able to meet needs and desires of today's society, which is extremely complex and changeable. In that scenario, (re) emerges the importance of understanding the foundations of the proposed legal pluralism, ie, understanding the existence of spheres of jurisdiction beyond the State, not denying, but reaffirming the society itself.*

*KEY-WORDS: Legal Pluralism, Legal Monism.*

<sup>1</sup> Artigo recebido em 31 de maio de 2010.

♦Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), na linha de pesquisa Direitos humanos e Democracia - Direitos Humanos e Desenvolvimento - Cidadania e Inclusão Social; Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil); Professor do curso de pós-graduação da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

E-mail: flaviojunior@unibrasil.com.br

## INTRODUÇÃO

A complexidade da sociedade hodierna, permeada por um sem fim de demandas e conflitos sociais, marcada por sua progressiva mutabilidade e multiculturalidade, aliada à cada vez mais evidente incapacidade da estrutura estatal em efetivar os anseios e necessidades sociais, evidenciam a necessidade de se revisitar alguns elementos que determinam a compreensão atual de Estado. Em especial, neste diapasão, interessa-nos revisitar a correlação entre Estado e Direito, mais precisamente nas concepções de criação deste último.

O surgimento da compreensão atual de Estado, determinado pelo momento histórico da era burguesa, estabelece que o surgimento do direito (sua fonte) está no próprio Estado, seja nas clássicas concepções contratualistas, seja na própria essência da democracia representativa. Este discurso, que concede ao Estado o monopólio da criação jurídica (essencialmente instrumentalizados pelas leis e pela jurisprudência) denomina-se Monismo Jurídico. Esta lógica, no entanto, de atribuir ao Estado a detenção exclusiva da criação do direito vem sendo a muito criticada, com novo fôlego a partir das últimas décadas do século XX, justamente pela incapacidade do Estado em resolver, por meio de seu Direito (direito estatal), anseios e conflitos sociais. Diante desta crise de incapacidade/ineficácia que macula o discurso do monismo jurídico, faz-se necessário a compreensão de elementos teóricos que embasam o discurso do Pluralismo Jurídico, momento dialeticamente opostos ao monismo.

Para uma melhor compreensão da proposta do pluralismo jurídico, recorreremos inicialmente aos doutrinadores clássicos que exercem influência sobre os pensadores de hoje.

Diversos são os juristas dos séculos XIX e início do século XX que idealizaram a doutrina do pluralismo jurídico. Dentre estes, pode-se citar Gierke<sup>2</sup>, Duguit<sup>3</sup>, Hauriou<sup>4</sup>, Santi Romano, Del Vecchio, dentre outros. Especial destaque, porém, deve ser dado às contribuições trazidas pelos sociólogos<sup>5</sup> do Direito, mais precisamente Eugen Ehrlich e Georges Gurvitch.

Às concepções pluralistas destes dois pensadores merece destaque, dada sua importância teórica, conforme assinala Wolkmer: “Mais do que as contribuições dos juristas-filósofos, os sociólogos do Direito, como Eugen Ehrlich e Georges Gurvitch, foram os que mais avançaram na construção teórica de um autêntico e original pluralismo jurídico”<sup>6</sup>.

## EUGEN EHRLICH E O “DIREITO VIVO”

Eugen Ehrlich, pensador austríaco e professor de direito romano, mostra-se como um dos expoentes da doutrina clássica do pluralismo jurídico. Ehrlich se destaca como um dos maiores sociólogos do Direito e é com sua obra “Grundlegung der Soziologie des Rechts” (“Fundamentos da sociologia do Direito”), cuja primeira edição data de 1913 que ganha destaque no mundo jurídico.

Ehrlich defende que o Direito não pode ser unicamente aquele proveniente do Estado, positivado<sup>7</sup>.

<sup>2</sup>Gierke defendia um pluralismo corporativo. Para ele, cada associação possuía personalidade real e efetiva, que não provinha do Estado mas que lhe atribuía atividade autônoma e independente do Estado.

<sup>3</sup>Duguit negava o monismo jurídico, aceitando o Estado apenas como agente de coordenação de atividades segundo as exigências da solidariedade. Admitia implicitamente a pluralidade de fontes de Direito.

<sup>4</sup>Para Hauriou, o Estado era a mais eminente instituição existente na sociedade, porém não era a única.

<sup>5</sup>Marcelo Neves destaca que “[...] é na Sociologia do Direito que o pluralismo vai tomar uma posição de destaque, a própria disciplina vai ser confundida inicialmente com a abordagem pluralista do Direito. A discussão temática dirige-se em torno da pluralidade de fontes de produção social do Direito, que seriam bem mais amplas do que o poder do Estado”. NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina. In: Direito em Debate, n. 05. Rio Grande do Sul: Unijuí, 1995. Pg. 13.

<sup>6</sup>WOLKMER, Antonio Carlos; Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-omega, 2001, Pg. 192.

<sup>7</sup>Claras são suas palavras: “Mas o âmbito de validade dos códigos é tão incalculavelmente vasto, as relações jurídicas

(estatal) é estanque, e não consegue abranger a sociedade como um todo<sup>8</sup>. Logo, concebe o Direito como produto espontâneo da sociedade. Partindo da constatação que a sociedade é composta por organizações diversificadas ou associações humanas inter-relacionadas, conclui que cada associação humana cria sua própria ordem jurídica, autônoma ao Estado e à qualquer outra forma de organização.

É precisamente neste dinamismo social que Ehrlich define o “Direito Vivo”, em contraposição ao Direito Estatal. Tal direito não se prende a dogmas, doutrinas ou normas estatais, mas sim é fruto da Vida concreta e diária das pessoas, das relações entre os homens. Wolkmer esclarece que “Trata-se de um ‘Direito vivo’ que se contrapõe ao Direito vigente dos tribunais e dos órgãos estatais, pois domina a vida de forma originária e realista, não precisando impor-se através de fórmulas técnicas e regras fixas”<sup>9</sup>. O Direito Vivo, que é plenamente independente daquele do Estado, encontra sua eficácia em sanções não institucionalmente formalizadas, ou seja, na própria força coativa que emana das associações organizadas (sugestões, pressões, etc.).

Para Ehrlich, existem três diferentes categorias de realidade jurídica. A primeira é o “Direito Estatal”, que necessita de um aparato coativo e que surge exclusivamente com o Estado e não poderia existir sem ele. Exprime-se na forma de leis, decretos, dentre outros. A segunda categoria é o “Direito dos Juízes”, que guarda relação direta com o Direito Estatal. Este Direito é composto pelas normas de decisão de casos concretos e litígios utilizadas pelos Juízes. Por fim, a terceira categoria é o “Direito Vivo”, que consiste a base da ordem jurídica da sociedade humana e “emerge dinamicamente das flutuações da vida social”<sup>10</sup>. Apesar de não estar fixado em leis promulgadas pelo Estado, exerce um papel de organização da vida em sociedade.

Ehrlich acrescenta que

*O direito vivo não está nas proposições jurídicas do direito positivo, mas é o que, porém, domina a vida. As fontes de seu conhecimento são (...) a observação direta da vida, do comércio e da conduta, dos costumes, e dos usos e de todos os grupos, não somente os reconhecidos juridicamente, mas também aqueles que passaram despercebidos e que não foram considerados e, até mesmo, aqueles que a lei desaprovou.<sup>11</sup>*

Percebe-se claramente na idéia de Direito Vivo de Ehrlich uma concepção pluralista, que não elimina a figura do Estado, mas que considera, como centro gerador do Direito, não a legislação ou a jurisprudência, nem tampouco o sistema de regras, mas sim a própria sociedade.

## O “DIREITO SOCIAL” DE GEORGES GURVITCH

Originário da Rússia, mas residente em maior parte de sua vida na França, Georges Gurvitch (1894-1965) é importante teórico do direito que contribui enormemente à evolução das concepções pluralistas de direito. Dando prosseguimento ao movimento de sociologização do direito, que se recusava a

---

das quais eles tratam, tão incomparavelmente mais ricas, mais variadas, mais cambiantes, como elas nunca foram, que o simples pensamento de esgotá-las em um código seria monstruosidade. Querer encerrar todo o Direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa”. EHRlich, Eugen. O Estudo do Direito Vivo. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.); Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1999. Pg. 110.

<sup>8</sup>Um dos motivos apontados pelo autor para o fracasso da leis promulgadas pelo Estado é o fato de a iniciativa para garantir sua aplicação depender da ação das partes e esta, muitas vezes, falha por completo. Entendido o Direito como norma de agir, quando as pessoas desconhecem a norma jurídica, não podem estas terem um compromisso com o Direito que lhes é desconhecido. É comum, ainda, em outras situações, as partes beneficiadas carecerem de meios para levar à frente suas reivindicações.

<sup>9</sup>WOLKMER, Antonio Carlos; Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito... 193.

<sup>10</sup>Id.

<sup>11</sup>EHRlich, Eugen. O Estudo do Direito Vivo... Pg. 111-112.

ver no direito positivo a expressão da racionalidade, Gurvitch tem como foco de seu estudo a “experiência jurídica”, indissociável do direito e da sociologia jurídica.

Gurvitch descreve que a função da sociologia jurídica é

*descrever o conteúdo positivo de cada uma das infinitas variedades de experiência jurídica, na medida em que esses conteúdos se expressam em fatos sensíveis e conduta efetiva e de instituições. Ela relaciona essas condutas e essas instituições com outros fenômenos sociais, integrando-os no mesmo conjunto, no mesmo todo da vida social; por fim, ela investiga as causas de sua gênese, de seu desenvolvimento, de seu declínio.*<sup>12</sup>

Gurvitch sustenta que o Estado não é a única nem a primeira fonte do mundo jurídico, coexistindo com inúmeros outros grupos sociais independentes do Estado e capazes de produzir formas jurídicas. Para melhor compreendermos a concepção de Gurvitch, deve-se ressaltar o fato de que “(...) chaque groupe et chaque ensemble possède, en effet, la capacité d’engendrer son propre ordre juridique autonome réglant as vie intérieure.”<sup>13</sup>

Aliado à esta premissa de independência normativa, destaca-se a fundamental importância dos fatos. Considerando que o Direito possui uma estrutura multilateral e imperativo-atributiva, este não pode ser uma regra autônoma, ou seja, que extraia sua força obrigatória de si mesma. Para tal autor, inconcebível que direito seja por si só criador de direito. O direito, ao contrário, está ligado aos fatos e é inseparável da experiência, desde sua origem. Considerando que a fundamentação de obrigatoriedade do direito positivo é a união de três elementos indissolúvelmente ligados (autoridade, valor e eficácia real), resta claro que as fontes tradicionais do direito positivo (lei, costume, jurisprudência, dentre outras) são insuficientes para embasar a obrigatoriedade e efetividade de tal direito. É neste panorama que Gurvitch procura

*descobrir a fonte das fontes, isto é, as ‘fontes primárias’, materiais, dinâmicas, válidas por si sós e sobre as quais se fundam a autoridade e eficácia das ‘fontes secundárias’, formais, estáticas, que não passam de procedimentos técnicos de constatação.*”<sup>14</sup>

Precisamente seriam fontes primárias do direito, na concepção gurvitchiana, os “Fatos Normativos”, isto é, “fatos sociais que têm a capacidade de, por sua tão-só existência, apreenderem valores positivos e, assim, produzirem condições mínimas de Justiça.”<sup>15</sup> Para que um fato seja tido como normativo, ou seja, como fonte primária, necessita ser composto por valores jurídicos materiais e atemporais. Gurvitch explica:

*Pour qu’un “fait normatif” puisse être considéré comme normatif, il doit pouvoir se justifier comme tel; les valeurs qu’il incarne doivent se justifier comme des valeurs positives, s’affirmer comme rattachées à la justice et comme servant à l’idéal moral.*”<sup>16</sup>

São os “fatos normativos” a “fonte” das fontes secundárias do direito que, na interpretação de Gur-

<sup>12</sup>GURVITCH, Georges; L’Expérience Juridique et la philosophie pluraliste du droit. Paris: Pedone, 1935. apud GOYARD-FABRE, Simone; Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, Pg. 162.

<sup>13</sup>“...cada grupo e cada conjunto possui, efetivamente, a capacidade de produzir sua própria ordem jurídica autônoma, regulando sua vida interna”. GURVITCH, Georges; La Déclaration des droits sociaux. Paris: La Maison Francaise, 1944. Pg. 72.

<sup>14</sup>GOYARD-FABRE, Simone; Os fundamentos da ordem jurídica... Pg. 163.

<sup>15</sup>MORAIS, Jose Luis Bolsan de; A idéia de direito social – O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. Pg. 40.

<sup>16</sup>“Para que um “fato normativo” possa ser considerado como normativo, ele deve poder se justificar como tal: os valores que ele encarna devem se justificar como valores positivos, se afirmar como atrelados à justiça e servindo ao

vitch, não passam de simples procedimentos técnicos de constatação de fatos normativos. Importante aqui salientar que é impossível estabelecer hierarquia entre as fontes formais (lei, costume, etc.); todas se originam da constatação de “fatos normativos” advindos da vida social. Tal fato traz como consequência a condenação do “fetichismo da lei”, pois resta claro que o Estado é apenas mais um dos inúmeros “fatos normativos”. É exatamente nesta concepção de pluralidade de fatos normativos que se atribui fundamento ao direito positivo.

Gurvitch defende que mesmo quando agrupadas em ordenamentos, as normas não se encontram em um sistema hierarquizado, sujeitas a uma norma inicial; pois são frutos de forças primárias oriundas do espaço social. É com este embasamento que Gurvitch sustenta ser o Direito, portanto, um “Direito Social”.

Nas palavras de Gurvitch: “o centro de desenvolvimento do direito, na nossa época como em qualquer outra, não deve ser procurado nem na lei, nem na jurisprudência ou na doutrina, nem, de modo mais geral, num sistema de regras, mas sim na própria sociedade”<sup>17</sup>.

Brilhante reflexão é exposta por Moraes e Hermany:

*Gurvitch propõe, portanto, um direito como fato social, que encontra sua legitimidade a partir da própria sociedade, estabelecendo-se nitidamente uma lógica habermasiana, pois os atores sociais são simultaneamente autores e destinatários do direito. O autor destaca a legitimidade e garantia a partir da própria sociedade, pois esta concepção de direito não exige necessariamente uma ligação com a coação (...)*<sup>18</sup>.

Tem-se, logo, que o processo coativo não é condição à legitimidade e eficácia do direito. O que dá legitimidade e eficácia é sim a identificação parcial ou total da sociedade ao sistema de direito. É o que se denomina por “garantia social”, a qual não demanda organização e estrutura formal, pois desvinculada é das instituições estatais. Com isso, as normas passam a ser interiores ao próprio agrupamento social e não mais impostas pelo Estado, eliminando-se assim a necessidade de sanção.

*A concepção de Direito Social como resultado de um processo de auto-regulação por parte dos agentes da sociedade, trazidos por um sujeito complexo, supera o formalismo do direito oficial pela construção de regras efetivamente legitimadas, produto da evolução e articulação social por si mesma, inexistindo qualquer relação causal ou de precedência*<sup>19</sup>.

Importante destacar que a pluralidade de “fatos normativos” projeta uma coexistência de ordens jurídicas se “limitando reciprocamente na esfera de sua independência e colaborando sob um plano de igualdade”<sup>20</sup>, observando a dualidade entre “direitos espontâneos e direitos rígidos”, sendo estes conse-

GURVITCH, Georges; L'idée du droit social: notion et système du droit social: Histoire doctrinale depuis le XVII siècle jusqu'à la fin du XIX siècle. Paris: Sirey, 1932. apud MORAIS, Jose Luis Bolsan de; A idéia de direito social – O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. .... Pg. 41.

<sup>17</sup>GURVITCH, Georges; Tratado de Sociologia. 2. ed. Rio de Janeiro: Iniciativas Editoriais, 1968. Pg. 256.

<sup>18</sup>MORAIS, Jose Luis Bolsan de; HERMANY, Ricardo; O Direito Social como estratégia de integração entre sociedade e espaço publico estatal: uma abordagem a partir de Georges Gurvitch. In: FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.); A crise do conhecimento jurídico – perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo. Brasília: OAB, 2004. Pg. 212.

<sup>19</sup>MORAIS, Jose Luis Bolsan de; HERMANY, Ricardo; O Direito Social como estratégia de integração entre sociedade e espaço publico estatal: uma abordagem a partir de Georges Gurvitch...Pg. 215-216.

<sup>20</sup>WOLKMER, Antonio Carlos; Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-omega, 2001. Pg. 195.

quência daqueles. A distinção entre estas duas espécies de direito é feita por Gurvitch como "Direito social" e "Direito individual ou interindividual". WOLKMER claramente diferencia tais direitos a partir da concepção gurvitchiana. Quanto ao Direito social, descreve que

*O Direito social tem sua fonte na coletividade organizada, na confiança e na participação de indivíduos que compõe grupos igualitários em colaboração. O Direito social é um direito de integração que não pode jamais ser imposto de fora, mas, por compreender uma 'totalidade imanente', materializa-se a partir de dentro*<sup>21</sup>.

No tocante ao Direito individual, esclarece que este "envolve formas restritas de sociabilidade bilateral entre grupos ou indivíduos, sendo desenvolvido no plano do ordenamento jurídico estatal, mais particularmente como resultante das condições sociais do liberalismo econômico"<sup>22</sup>.

Gurvitch deixa clara a primazia do Direito social em relação ao Direito individual, sustentando estar aquele baseado na confiança, na paz e na ajuda mútua, enquanto este na desconfiança, na guerra e nos conflitos.

A concepção pluralista gurvitchiana tem enorme valor para a sociologia e filosofia jurídica, bem como se caracteriza como uma das referências às modernas idealizações do pluralismo jurídico. Nas palavras de Gurvitch:

*A teoria pluralista das fontes do direito positivo redundando assim em ampliar consideravelmente a esfera da experiência jurídica; ressalta toda a riqueza da vida do direito, elimina qualquer preconceito dogmático ou estático, abrindo amplas perspectivas para uma concepção puramente dinâmica, que poderia servir de base filosófica comum para a ciência técnica do direito (evitando assim a mumificação de seus conceitos) e para a sociologia jurídica propriamente dita*<sup>23</sup>.

A visão de Georges Gurvitch reflete-se hoje de maneira contundente. Vejam-se as palavras de Wolkmer: "Por certo não há dúvida de que pela riqueza e pela extensão de suas formulações, Gurvitch tornou-se responsável pelo grande impulso que a doutrina pluralista teve como um todo [...]."<sup>24</sup> De maneira semelhante são as palavras de Moraes:

*Este espectro de possibilidades recoloca Gurvitch no centro das atenções jurídicas quando, hoje, buscamos referências para trabalhar com as questões primordiais referentes às relações humanas, tais como: consumo, meio ambiente, produção e todas aquelas redefinidas pelo Estado do Bem-Estar – saúde, educação, habitação, etc.(...) Suas contribuições podem nos permitir pensar na construção de uma teoria jurídica para os interesses transindividuais, erigidas sob outras bases que não aquelas próprias à tradição jurídico-normativa de ascendência românica e cristalizada na construção da ordem jurídica liberal*<sup>25</sup>.

Com análoga admiração são as palavras da professora francesa Goyard-Fabre:

<sup>21</sup>Ibid., Pg. 196.

<sup>22</sup>Id.

<sup>23</sup>GURVITCH, Georges; L'Expérience Juridique et la philosophie pluraliste du droit. Paris: Pedone, 1935. apud GOYARD-FABRE, Simone; Os fundamentos da ordem jurídica... Pg. 165.

<sup>24</sup>WOLKMER, Antonio Carlos; Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-omega, 2001. Pg. 195-197.

<sup>25</sup>MORAIS, Jose Luis Bolsan de; A idéia de direito social – O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch... Pg. 96.

*“Em sua preocupação realista, as perspectivas dessa sociologia jurídica são evidentemente pluralistas, já que levam em conta acima de tudo a mobilidade e as transformações dos fatos normativos. O realismo de Gurvitch é a arma mais poderosa com a qual persegue os fantasmas da metafísica, do dogmatismo e do formalismo que, a seu ver, estão sempre presentes nas concepções tradicionais do direito e lhes dão seu perfil rígido. Além disso, a metafísica encheu a tradição de falsos problemas que se cristalizam num acúmulo de dualismos: fato e direito, positividade e normatividade, indivíduo e sociedade, ciência e moral, social e jurídico, sociologia e história... Ora, esses dualismos são uma oposição falsa: na verdade, os fatos normativos que atulham a sociedade, todos esses parâmetros são “dialeticamente” complementares. Muito particularmente, estabelecem-se entre as estruturas primárias da ordem social e as estruturas secundárias da ordem jurídica, múltiplas anastomoses e trocas permanentes: o direito só é jurídico porque é social nas suas próprias fundações.”<sup>26</sup>”*

## O PLURALISMO COMO REALIDADE SOCIAL

O professor português Boaventura de Souza Santos sustenta que o pluralismo jurídico existe sempre que vigoram no mesmo espaço geopolítico, oficialmente ou não, mais de uma ordem jurídica<sup>27</sup>. Souza Santos, no entanto, não se resumiu à conceituação do tema, indo mais a fundo em seus estudos.

No início da década de setenta, realizou uma profunda pesquisa de campo em uma favela fluminense, a qual denominou artificialmente de Pasárgada. Tal estudo foi e ainda é amplamente divulgado nos meios acadêmicos, sendo de suma importância para uma efetiva percepção daquilo que Eugen Ehrlich denominou “Direito Vivo”.

Inicialmente, Souza Santos explica o contexto histórico do surgimento de Pasárgada na cidade do Rio de Janeiro. Pasárgada surge na década de 30, quando seus primeiros habitantes instalaram-se em propriedades alheias e do governo. Existia, àquela época, abundante terra disponível, não havendo, portanto, muitos conflitos a ela relacionados. Com o passar dos anos e o crescimento populacional da favela, as lides relacionadas à posse e propriedade das terras em Pasárgada foram aumentando. Uma vez que a população não poderia recorrer à Justiça<sup>28</sup> oficial, vez que suas “propriedades” eram tidas como ilegais, surge, na comunidade, a associação de moradores<sup>29</sup>, que passa a solucionar os conflitos locais.

Percebe-se aqui claramente que a desatenção por parte do Estado no que concerne à solução de conflitos faz com que a própria população busque meios alternativos para resolver suas querelas.

Souza Santos elabora uma análise minuciosa acerca do sistema jurídico interno de Pasárgada, apontando suas principais características, bem como suas diferenças e semelhanças para com o sistema jurídico legal.

A característica fundamental do sistema jurídica de Pasárgada é que este se reveste de um discurso tópico-retórico, em oposição ao discurso lógico-sistemático do Direito Estatal.

*Segundo a concepção tópico-retórica, o discurso jurídico tem uma natureza argumentativa, visando uma deliberação dominada pela lógica do razoável em face do circunstancialismo concreto do problema, em caso algum redutível à dedução lógica e necessária a partir de*

<sup>26</sup>GOYARD-FABRE, Simone; Os fundamentos da ordem jurídica... Pg. 166.

<sup>27</sup>SANTOS, Boaventura de Souza; O Discurso e o Poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>28</sup>Outros fatores ainda contribuem para o distanciamento da população de Pasárgada do Direito Estatal, tais como: a falta de recursos para contratação de serviços advocatícios, a sensação de ilegalidade da própria população, a relação de inimizade com a polícia, uma vez que esta generalizava os habitantes de Pasárgada como criminosos e “maus elementos”, dentre outros.

<sup>29</sup>A atividade da associação de moradores, enquanto fórum jurídico, divide-se em: a) resolução de lides e conflitos entre os habitantes de Pasárgada; b) ratificação de relações jurídicas, a exemplo da celebração de contratos.

*enunciados normativos gerais*<sup>30</sup>.

O discurso tópico-retórico busca, por meio da argumentação e deliberação baseada nos topoi<sup>31</sup>, construir uma decisão que seja aceita pelas partes e por outros a quem possa interessar, ou que, não sendo aceita por todos, “mantenha contudo uma carga de persuasão suficiente para marginalizar ou estigmatizar os recalcitrantes”.<sup>32</sup> O discurso assume uma estrutura de mediação ou de negociação, no qual constrói-se um espaço de mútua cedência e ganho recíproco.

Eventualmente, o direito de Pasárgada pode utilizar-se de preceitos, ou mesmo normas, advindas do “Direito do Asfalto” (expressão utilizada pela população de Pasárgada para designar o direito estatal), mas este uso se mostra escasso e paralelo ao sistema oficial.

O informalismo é outra característica que reveste o Direito de Pasárgada. Os requisitos e formas processuais mantêm caráter exclusivamente instrumental, apenas sendo usados para contribuir à decisão justa da lide. Conforme Souza Santos, “Esta falta de uniformidade, que pode surpreender ou mesmo escandalizar quem a veja com os olhos etnocêntricos do direito oficial, não é, no entanto, caótica<sup>33</sup>”. Aliado à esta característica, a linguagem do discurso pasargadiano é comum e acessível àqueles que utilizam-na.

Cumpra aqui apontar ainda a diferenciação do Direito oficial e do sistema jurídico de Pasárgada no que tange à institucionalização e à coerção. O Direito Estatal apresenta alto grau de institucionalização, sendo a função jurídica autônoma às demais funções sociais, bem como possui alto grau de especialização<sup>34</sup>. O Direito de Pasárgada, por sua vez, apresenta um grau de institucionalização baixo; a associação de moradores desempenha diversas outras funções além da jurídica.

No tocante ao poder dos instrumentos de coerção<sup>35</sup> ao serviço da produção jurídica, a diferença é gritante. O Direito Estatal dispõe um amplo e poderoso aparato coercitivo, detentor do monopólio da violência legítima, como as forças policiais, paramilitares e mesmo forças armadas. O Direito de Pasárgada, ao contrário

*dispõe de instrumentos de coerção muito incipientes e de facto quase inexistentes. A Associação participa na organização de formas colectivas de coerção contra um vizinho transgressor que não se deixa persuadir pela retórica jurídica no sentido da reposição da legalidade. Mas trata-se tão só de formas de pressão mais ou menos difusas, que visam ir tornando progressivamente intolerável a manutenção de um certo curso de acção*<sup>36</sup>.

Resta claro que, no caso da favela de Pasárgada, o pluralismo jurídico de fato existe, mesmo que não reconhecido pelo Estado. Aqui, a retórica jurídica é exercida pelos próprios moradores (marginaliza-

<sup>30</sup>SANTOS, Boaventura de Souza; O Discurso e o Poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica... Pg. 7.

<sup>31</sup>Topoi são opiniões ou pontos de vista amplamente aceitos. Os principais topoi do discurso jurídico de Pasárgada são: o topos do equilíbrio, da justiça, da cooperação e do bom vizinho.

<sup>32</sup>Op. Cit., Pg. 19.

<sup>33</sup>SANTOS, Boaventura de Souza; O Discurso e o Poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica... Pg. 31.

<sup>34</sup>Souza Santos complementa: “A sistematização da actuação derivam não só da lógica normativa-constitucional que subjaz à filosofia política do estado liberal como, mais imediatamente, do vasto arsenal do formalismo jurídico em geral e do formalismo processual em especial e ainda da profissionalização do contexto em que estes são acionados”. Ibid., Pg. 52.

<sup>35</sup>“Por instrumento de coerção entende-se o conjunto de meios de violência que podem ser legitimamente accionados para impor e fazer cumprir as determinações jurídicas obrigatórias”. SANTOS, Boaventura de Souza; Ibid., Pg 53.

<sup>36</sup>Ibid., Pg. 55.

dos da sociedade burguesa capitalista), fora do âmbito do Direito Oficial, mas albergados por uma organização comunitária relativamente autônoma, a associação de moradores.

O Direito de Pasárgada, mesmo que precário, representa uma prática de justiça alternativa. Conforme Souza Santos, “Não é um direito revolucionário, nem tem lugar numa fase revolucionária da luta de classes; visa resolver conflitos intra-classistas num espaço social ‘marginal’”<sup>37</sup>. Ainda mister se faz atentar ao fato de que, ao se compor em torno de uma organização eleita pela própria comunidade, o sistema jurídico de Pasárgada representa a alternativa de uma administração democrática de Justiça.

## PLURALISMO JURÍDICO: SOLUÇÃO AO PARADIGMA DO DIREITO MODERNO?

O sistema jurídico monista individualista, centrado na figura do Estado como fonte absoluta de direito, mostra-se defasado, vez que não atende aos conflitos e demandas da sociedade atual. Sociedade esta caracterizada por um alto grau de mutabilidade, bem como de multiculturalidade, especialmente no que tange a América Latina e o Brasil.

A doutrina do pluralismo jurídico busca contribuir para uma evolução do direito moderno, vez que reconhece a sociedade como fonte de Direito e confronta dogmas jurídicos instaurados pela sociedade burguesa-individualista dos séculos passados. É neste sentido, de evolução jurídica, não só no campo teórico-filosófico, mas principalmente na práxis jurídica, na efetividade social do Direito, que o pluralismo mostra-se uma opção concretizável. Conforme exposto, o pluralismo social existe e é fato visível na sociedade atual, conforme claramente demonstrado no estudo de Pasárgada anteriormente analisado.

Ao não ver suas demandas e conflitos solucionados pelo Estado, a sociedade busca automedicar-se, criando mecanismo próprios para solução destes problemas. Mecanismos estes que muitas vezes se configuram mais efetivos e democráticos (e porque não utilizar também a expressão “justos”) do que o próprio sistema jurídico estatal.

Diversas são as contribuições doutrinárias neste sentido, merecendo especial destaque à proposta de “pluralismo jurídico comunitário-participativo”<sup>38</sup> apresentada por Antonio Carlos Wolkmer. Tal proposta consagra a legitimidade dos sujeitos emergentes na criação e efetivação dos “novos direitos”<sup>39</sup>, buscando a instauração de um pluralismo jurídico de cunho integrador, que promova e estimule a participação dos segmentos populares e dos novos sujeitos coletivos, satisfazendo efetivamente suas necessidades.

Ainda, a proposta de Wolkmer busca a concretização de um projeto-jurídico fruto das “práticas sociais insurgentes, motivada para a satisfação justa de necessidades essenciais”, bem como “contempla também uma ampla gama de manifestações de normatividade paralela, institucionalizadas ou não, de cunho legislativo ou jurisdicional, ‘dentro’ e ‘fora’ do sistema estatal positivo”<sup>40</sup>.

Tal percepção de que o Direito já não é mais decorrente unicamente do Estado, mas também da sociedade, que busca se auto-regulamentar, através de novos sujeitos emergentes pode ser encontrada ainda, por exemplo, em Grossi, para quem:

<sup>37</sup>SANTOS, Boaventura de Souza; O Discurso e o Poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica... Pg. 99.

<sup>38</sup>Sobre o tema, ver WOLKMER, Antonio Carlos; Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito...

<sup>39</sup>Conforme esclarece o autor: “Ainda que os chamados direitos ‘novos’ nem sempre sejam inteiramente ‘novos’, na verdade, por vezes, o ‘novo’ é o modo de obtenção de direitos que não passam mais pelas vias tradicionais - legislativa e judicial -, mas provêm de um processo de lutas e conquistas das identidades coletivas para o reconhecimento pelo Estado. Assim, a designação de novos direitos refere-se à afirmação e materialização de necessidades individuais (pessoais) ou coletivas (sociais) que emergem informalmente em toda e qualquer organização social, não estando necessariamente previstas ou contidas na legislação estatal positiva”. WOLKMER, Antonio Carlos; Pluralismo jurídico: Novo paradigma de legitimação. Internet. URL <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto302.htm>>.

<sup>40</sup>WOLKMER, Antonio Carlos; Pluralismo jurídico: Novo paradigma de legitimação. Internet. URL <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto302.htm>>.

*[...] se assiste a 'atores modificados protagonistas do processo jurídico', a 'diferentes modalidades de produção e de funcionamento das regras jurídicas', a uma crescente privatização da produção jurídica: vitais centros monopoiéticos (ou seja, produtores de regras jurídicas prontamente observadas pelos indivíduos) já estão inseridos em núcleos sociais, econômicos e culturais muito distantes dos Estados*<sup>41</sup>.

Resta claro que a concepção do pluralismo jurídico busca aproximar a sociedade do Direito, não daquele direito-lei, individualista, que é ineficaz e que não propaga a Justiça, mas sim do direito concreto e efetivo, social, democrático, participativo e, acima de tudo, justo; que respeita as minorias e a multiculturalidade.

A doutrina pluralista, no entanto, não se pretende absoluta, única e dogmatizada, como o faz o monismo estatal. Busca nas expressões da sociedade sua legitimação e, apenas através da própria sociedade pode se concretizar. Não se opõe à figura do Estado, mas não o concebe como absoluto e incondicional detentor da criação de normas jurídicas. Aqui, novamente veementes as palavras de Paolo Grossi que destaca:

*É claro que o Estado não pode abdicar da fixação de linhas fundamentais, mas também é claro que se impõe uma deslegiferação, abandonando a desconfiança iluminista do social e realizando um autêntico pluralismo jurídico, onde os indivíduos sejam os protagonistas ativos da organização jurídica do mesmo modo que acontece nas transformações sociais. Somente dessa forma será possível preencher o fosso que atualmente constatamos com amargura*<sup>42</sup>.

O pluralismo jurídico é uma realidade que não pode ser contestada e, por objetivar uma democratização e socialização do Direito, não deveria ser repellido por tantos (principalmente pelo Estado), e sim entendido como uma evolução jurídica, ainda carente de compreensão por parte daqueles que se mantêm ofuscados pelos dogmas jurídicos da concepção monista burguesa-individualista.

Não se trata, aqui, da falência do Estado, mas sim de uma profunda transformação. Este é necessário para a paz social, no entanto, não pode presumir-se único e onipotente na função de criação de normas jurídicas, mesmo porque está distante das necessidades sociais e de sua dinâmica. A emergência de novos atores no cenário da confecção jurídica já é factual e deve o jurista desamarrar-se de antigos dogmas individualistas, que já não mais condizem com a realidade e com a necessidade da sociedade, e buscar a consolidação da Justiça Social como forma de evolução jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- EHRlich, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. Tradução de René Ernano Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. 338 p.
- \_\_\_\_\_; O Estudo do Direito Vivo. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.); Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1999.
- GOYARD-FABRE, Simone; Os fundamentos da ordem jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 376.
- GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da Modernidade. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- GURVITCH, Georges; Tratado de Sociologia. 2. ed. Rio de Janeiro: Iniciativas Editoriais, 1968. 238 p.
- \_\_\_\_\_; Sociologia do Direito: Resumo histórico-crítico. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.); Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1999. Pg. 11-23

<sup>41</sup>GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da Modernidade. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Pg. 99-100.

<sup>42</sup>GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da Modernidade... Pg.145-146.

MORAIS, Jose Luis Bolsan de; A idéia de direito social – O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997. 124 p.

\_\_\_\_\_; HERMANY, Ricardo; O Direito Social como estratégia de integração entre sociedade e espaço público estatal: uma abordagem a partir de Georges Gurvitch. In: FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.); A crise do conhecimento jurídico – perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo. Brasília: OAB, 2004, p. 209-230.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: O Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina. In: Direito em Debate, n. 05. Rio Grande do Sul: Unijuí, 1995. Pg. 7-37.

SANTOS, Boaventura de Souza; O Discurso e o Poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. (Org.); Reconhecer para Libertar – Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, 613 p.

\_\_\_\_\_. ; Notas sobre a história jurídico social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim (Orgs.); Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 87-95

WOLKMER, Antonio Carlos; Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-omega, 2001, Pg. 192.

\_\_\_\_\_. ; Mudanças de paradigmas e ressurgimento do pluralismo no Direito. In: FAGUNDEZ, Paulo Roney Ávila (Org.); A crise do conhecimento jurídico – perspectivas e tendências do Direito Contemporâneo. Brasília: OAB, 2004, p 135-147.

\_\_\_\_\_. ; Sociedad civil, poder comunitário y acceso democrático a la justicia. Revista El otro Derecho, Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. Bogatá, nº 26-27. 2002. p. 135-148.

\_\_\_\_\_. ; Pluralismo jurídico: Novo paradigma de legitimação. Internet, URL <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto302.htm>>.