

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
TURMA ESPECIAL DE CHAPECÓ - MINTER

Arthur Fernando Losekann

A EMANCIPAÇÃO DO DIREITO NA VISÃO DE BOAVENTURA
DE SOUSA SANTOS

Dissertação submetida ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do Grau de Mestre em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fernando Kinoshita

Florianópolis
2011

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária
da
Universidade Federal de Santa Catarina

L879e Losekann, Arthur Fernando

A emancipação do direito na visão de Boaventura de Sousa Santos [dissertação] / Arthur Fernando Losekann ; orientador, Fernando Kinoshita. Florianópolis, SC, 2011.

138 p.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Santos, Boaventura de Sousa - Crítica e interpretação. 2. Direito. 3. Direitos humanos. 4. Liberdade. 5. Pluralismo. I. Kinoshita, Fernando. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU 34



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Campus Universitário – Trindade Caixa Postal 476
CEP: 88040-900 - Florianópolis - SC - Brasil
Fone: (48) 3721-9287 | Fax: (48) 3721-9733
<http://www.ppgd.ufsc.br/> E-mail: seccpgd@cej.ufsc.br

**A EMANCIPAÇÃO DO DIREITO NA VISÃO DE BOAVENTURA
DE SOUSA SANTOS**

Arthur Fernando Losekann

Esta dissertação foi julgada e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pelos demais membros da Banca examinadora, composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Fernando Kinoshita
UFSC - Orientador

Prof. Dr. Eduardo A.T. Lebre
UFSC - Membro

Prof. Dr. Alaerte A. Contini
Universidade de Pisa - Itália - Membro

Florianópolis, 31 de outubro de 2011

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do PPGD

À minha família, minhas irmãs e em
especial a minha mãe, com quem
aprendi quando criança e aprendo
como homem, o significado de cada
de cada de suor derramado por amor
ao que faz e à família.
Também dedico a minha esposa que
enfrentou ao meu lado as noites sem
dormir para atingir mais este degrau
na minha caminhada, sempre me
dedicando muito amor e apoio
quando cansado.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe Efigenia Cassol por ser essa pessoa batalhadora que abandonou vida para estar ao lado dos filhos e dar para a gente tudo o que podia e muito mais o que não podia com seu coração cujo tamanho é imensurável e as minhas irmãs Eliana e Juliana, pela família, amor e compreensão nos momentos difíceis. Por estarem sempre presentes, mesmo quando ausentes.

A minha esposa Kelly Losekann que tanto amo, por me dedicar cada segundo do seu tempo e me ensinar o que significa a palavra amor através de um simples olhar, pessoa que trouxe felicidade a minha vida, ao lado de quem quero ter nossos filhos, cuidar do nosso Chico e envelhecer como casais à moda antiga, amando e respeitando, na alegria e na tristeza.

Ao Prof. Dr. Fernando Kinoshita, que aceitou o desafio da orientação mesmo que na fase derradeira, pelo apoio dedicado nas poucas conversas, pela força para encarar e conseguir chegar a esse momento e pelas palavras de sua inteligência que me fizeram pensar cada passo de evolução na construção desse estudo. Agradeço pela oportunidade, orientação, compreensão, amizade, confiança e todos os ensinamentos transmitidos.

Ao Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer, por ser mestre no sentido literal que a denominação confere. Um exemplo de amor à profissão, que conduz seus alunos e a ciência com excelência, garra, força, motivação, inspiração e muito conhecimento, que faz com que todos sintam-se pequenos e a pessoa a qual devo a escolha pelo tema desafiador que ao final da pesquisa posso dizer apaixonante.

Ao Prof. Dr. Luis Otavio Pimentel, por se tratar da mesma pessoa que com tanto louvor dedicou seus ensinamentos na graduação em Chapecó, e que tive o prazer de novamente manter contato como aluno e posteriormente contando com o apoio no difícil momento de substituição de orientador, em que se mostrou além de brilhante profissional, um homem na acepção maior da palavra, meus sinceros e eternos agradecimentos.

Ao corpo docente do curso de Pós-graduação do Centro de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, aos quais traduzo minhas palavras de gratidão, em especial aos Profs. Dr. Arno Dal Ri Junior, Dr. Luis Henrique Cademartori, Dra. Olga Maria Boschi de Aguiar Oliveira e Dra. Vera Regina Andrade.

A minhas colegas de trabalho que souberam suportar os momentos de ausência no escritório jurídico, sabendo que se tratava de evolução para nosso empreendimento.

Às pessoas que direta ou indiretamente auxiliaram o desenvolvimento e conclusão desse trabalho.

À Universidade Federal de Santa Catarina por acolher grandes mestres e pela oportunidade.

“Ainda que eu fale a língua dos homens e dos anjos, se não tiver Amor, serei como o bronze que soa, ou como o címbalo que retine. Ainda que eu tenha o dom de profetizar e conheça todos os mistérios e toda a ciência; ainda que eu tenha tamanha fé ao ponto de transportar montes, se não tiver Amor, nada serei. E ainda que eu distribua todos os meus bens entre os pobres, e ainda que entregue o meu próprio corpo para ser queimado, se não tiver Amor, nada disso me aproveitará. O Amor é paciente, é benigno, o Amor não arde em ciúmes, não se ufana, não se ensoberbece, não se conduz inconvenientemente, não procura os seus interesses, não se exaspera, não se ressentido do mal; não se alegra com a injustiça, mas regozija-se com a verdade; tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suporta. O Amor jamais acaba; mas havendo profecias, desaparecerão; havendo línguas, cessarão; havendo ciência, passarão; porque em parte conhecemos, e em parte profetizamos. Quando, porém, vier o que é perfeito, então o que é em parte será aniquilado. Quando eu era menino, falava como menino, sentia como menino, pensava como menino; quando cheguei a ser homem, desisti das coisas próprias de menino. Porque agora vemos como em espelho, obscuramente, então veremos face a face; agora conheço em parte, então conhecerei como sou conhecido. Agora, pois, permanecem a fé, a esperança e o Amor, estes três: porém o maior destes é o Amor.” (1 Coríntios, 13)

RESUMO

PLURALISMO JURÍDICO: A emancipação do direito na visão de Boaventura do Sousa Santos. O direito moderno da atualidade, ainda regido pelo sistema monista e centralizador do Estado democrático de direito liberal, não consegue dar uma resposta as transformações culturais, especialmente àquelas decorrentes da globalização do capitalismo. Como todo modelo capitalista, o Estado não consegue acompanhar a evolução social, e utilizando-se da prática do princípio da igualdade, acaba incidindo por suas práticas na exclusão social dos grupos que não tem seus direitos protegidos pelo ordenamento jurídico positivo estatal. Os grupos sociais sentindo que necessitam de proteção e garantias, utilizando da base dos direitos humanos para se emancipar do Estado, estando legitimados a impor suas próprias regras, criando normas que num universo paralelo ao direito estatal conseguem formar um direito não-estatal, mas reconhecido desde já como direito, embora não oriundo do Estado. Para tanto é realizada uma investigação para apurar as práticas pluralistas e sua eficiência na realidade dos Estados, bem como efetividade de suas medidas perante as diferentes barreiras impostas pelo Estado para que a sociedade não realize sua emancipação, evitando também que o direito seja emancipado, utilizando como parâmetro a profunda pesquisa de Boaventura de Sousa Santos. Para tanto, a presente pesquisa abordará tais assuntos em três capítulos, quais sejam: Os direitos humanos; O pluralismo jurídico; e os Direitos Emancipatórios.

Palavras-chave: Direitos humanos. Gerações de direitos. Pluralismo Jurídico. Estado Liberal. Emancipação social. Direitos emancipatórios.

ABSTRACT

LEGAL PLURALISM: The emancipation of Law in view of Boaventura de Sousa Santos. Modern law of today, still governed by the tier system and centralizing the liberal democratic state of law, can not give a response to cultural changes, especially those arising from the globalization of capitalism. Like any capitalist model, the State can not keep up social evolution, and using the practice of the principle of equality, ends by focusing their practices on social exclusion of groups that do not have their rights protected by positive legal state. Social groups feel they need protection and guarantees, using the basic human rights for the emancipation of the state, being legitimated to impose their own rules, creating a parallel universe who rules the state law can form a non-state, but recognized now as a right, but not from the state. To do so is a full investigation to establish the pluralistic practices and their efficiency in the reality of states as well as effectiveness of its measures against the various barriers imposed by the state so that society does not realize their emancipation, while also preventing the right to be emancipated, using the parameter of deep research Boaventura de Sousa Santos. To this end, this research will address these issues in three chapters, namely: human rights, legal pluralism; Emancipatory and Rights.

Keywords: Human rights. Generations of rights. Legal Pluralism. Liberal State. Social emancipation. Emancipatory rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 DIREITOS HUMANOS	22
1.1 CONCEITUAÇÃO	22
1.2 A EVOLUÇÃO DAS PRETENSÕES ATÉ O PODER ATUAL DAS FORMULAÇÕES POSITIVAS DOS DIREITOS HUMANOS..	22
1.2.1 Precedentes do mundo clássico	26
1.2.2 Os documentos medievais	27
1.2.3 Renascimento e as declarações inglesas, francesas e norte-americanas de direitos.	30
1.2.4 As declarações inglesas	32
1.2.5 Declarações norte-americanas.....	33
1.2.6 As declarações francesas.....	34
1.3 DOS DIREITOS DA PRIMEIRA GERAÇÃO.....	35
1.3.1 A constitucionalização do século XIX.....	37
1.3.2 Declarações universais e regionais de direitos humanos nos séculos XX e XXI.....	38
1.3.3 Pacto internacional dos direitos civis e políticos.....	40
1.3.4 O pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais.....	41
1.3.5 As convenções da ONU e a “multiplicação dos direitos”	41
1.3.6 A declaração de Viena – conferência mundial sobre os direitos humanos	42
1.3.7 Declarações regionais	42
1.3.8 O sistema europeu de proteção dos direitos humanos	43
1.3.9 O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos	43
1.3.10 O sistema africano de proteção dos direitos humanos	44
1.4 OS DIREITOS DA SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES	45
1.5 AS OUTRAS GERAÇÕES DE DIREITOS	48
1.6 A TEORIA DA <i>DINAMOGENESIS</i> COMO FONTE DE DIREITOS HUMANOS	49
2 PLURALISMO JURÍDICO	55
2.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA	55
2.2 CONCEITO DE PLURALISMO	57

2.3 AS CORRENTES DO PLURALISMO JURÍDICO.....	60
2.3.1 Teoria plurista de Gurvitch	61
2.3.2 Na esfera jurídica.....	62
2.3.2.1 Pluralismo sindical e pluralismo corporativo (Miguel Reale)...	62
2.3.2.2 Pluralismo jurídico estatal e pluralismo jurídico comunitário participativo (Wolkmer).....	63
2.3.2.3 Pluralismo jurídico tradicional, pluralismo jurídico progressista e pluralismo jurídico transnacional	64
2.4 PRÁTICAS ALTERNATIVAS DE EXERCÍCIO DO DIREITO..	65
2.5 O DIREITO SUPRANACIONAL: UMA PERSPECTIVA DO DIREITO OFICIAL.....	66
2.6 A DICOTOMIA MONISMO X PLURALISMO	69
2.7 O UNIVERSALISMO E RELATIVISMO JURÍDICO NO ÂMBITO DO PLURALISMO JURÍDICO	71
2.8 MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS: DO INDIVIDUALISMO AO COLETIVO E OS NOVOS SUJEITO DE DIREITO.....	73
2.9 PROTEÇÃO JURÍDICA À DIVERSIDADE CULTURAL E AO PLURALISMO JURÍDICO	75
2.10 AS PROPOSTAS SOCIOAMBIENTAIS EM DEFESA DO PLURALISMO JURÍDICO.....	78
2.11 PLURALISMO JURÍDICO: UMA REALIDADE DO DIREITO E DA SOCIEDADE NO SÉCULO XXI	81
3 DIREITOS EMANCIPATÓRIOS NA VISÃO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS	94
3.1 SURGIMENTO DO ESTADO LIBERAL E A EMANCIPAÇÃO SOCIAL.....	94
3.2 PRISMA OCIDENTAL E A PLAUSIBILIDADE DA QUESTÃO.....	96
3.3 A MORTE DO CONTRATO SOCIAL E A ASCENSÃO DO FASCISMO SOCIAL	99
3.3.1 A exclusão social e a crise do moderno contrato social.....	99
3.3.2 A emergência do fascismo social.....	103
3.3.3 O fascismo social e a produção de uma sociedade civil estratificada	106
3.4 DO COSMOPOLITISMO SUBALTERNO	107

3.4.1 O cosmopolitismo subalterno e o direito: condições para a legalidade cosmopolita	111
3.4.2 A legalidade cosmopolita em ação	116
3.4.2.1 O direito nas zonas de contato.....	116
3.4.3 Direitos humanos multiculturais.....	118
3.4.4 O tradicional e o moderno: as outras modernidades dos povos indígenas e das autoridades tradicionais	118
3.4.5 Cidadania cultural.....	119
3.4.6 Direitos de propriedade intelectual, biodiversidade e saúde humana.....	120
3.4.7 O direito e a redescoberta democrática do mundo do trabalho	121
3.4.8 O direito e a produção não capitalista.....	123
3.4.9 Direito para os não-cidadãos.....	124
3.4.10 O Estado como o mais recente de todos os movimentos sociais.....	125
4 CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea há tempos está sofrendo com a grande quantidade de transformações decorrentes da necessidade que os grupos sociais, redes e organizações necessitam para continuarem a existir. A contribuição para que isso ocorra vem da própria realidade política, social, econômica e jurídica que o Estado mantém, cuja sua base é fadada ao declínio, quando se fala nos seus paradigmas. O Estado Democrático, como se auto-intitula baseado unicamente nos ideais liberais, monistas e positivistas já não é capaz de se manter incólume quando se depara com discussões pluralistas, em que os grupos sociais demonstram a vontade de emancipação social e jurídica, principalmente no tangente aos direitos humanos, de forma a aceitar inclusive a ingerência de normas não-estatais.

Afirmar hoje que o sistema monista, liberal e positivista é suficiente para guiar as relações estatais já não é mais possível. Não é demais lembrar que o este sistema modernista é decorrente de lutas em que a classe mais favorecida do Estado implantou para regulamentar as suas relação jurídicas e sociais, em que, no próprio sistema legal positivista, pode-se perceber até mesmo na esfera penal, presença constante do patrimônio como bem jurídico principal a ser tutelado, o que é típico do capitalismo estatal.

Ocorre que a sociedade contemporânea, já não consegue mais manter-se refém deste sistema modernista, tendo em vista que ele não mais responde aos anseios da própria sociedade que está se modificando a cada dia. A sociedade mesmo já não pode ser considerada como era conceitualmente, pois no Estado modernista a sociedade era um todo, e a ela deveriam ser garantidos direitos dignos, reconhecidos como os direitos humanos. Atualmente, a sociedade é diferente de um lugar para outro, os grupos sociais já não têm mais os mesmos anseios, de modo que o direito não pode ser igual para todos, pois a diversidade cultural imprimiu às pessoas o direito de ver reconhecido os seus direitos humanos que são inerentes àqueles grupos, enquanto que a outros não. Essa modificação não é acompanhada pelo Estado.

Por certo que a simples constatação da ocorrência de necessidade dessa modificação ou até mesmo quebra do paradigma de Estado não é suficiente para que se operacionalizem mudanças. Para se chegar a essa situação, percebe-se que os grupos sociais, já insatisfeitos em ser simplesmente submetidos ao determinado pelo Estado centralizador, que se preocupa com a formação de capital e permanece estático quanto às mudanças sociais, passaram a figurar como guerreiros que vestem as

armaduras das lutas sociais. Este não acomodar importa em aduzir que os movimentos sociais são responsáveis diretos por este pensar diferente, por ver um novo modelo para normatizar suas relações sociais.

Conforme se observará, muitas são as fontes para este paradigma imposto por cada grupo social, que por vezes deseja ver reconhecido seu direito pelo Estado e na maioria das situações, ante a complexidade de reconhecimento individual de cada sistema, prefere emancipar-se socialmente e juridicamente, legitimando os grupos sociais a criarem seus próprios ordenamentos jurídicos.

O objetivo do trabalho é demonstrar que a hegemonia do Estado já não pode ser considerada suprema, já que são variadas as fontes que tem como origem o pluralismo jurídico, de forma que permitem que os pequenos grupos sociais emancipem seus direitos, atuando de forma contra-hegemônica, principalmente pela instabilidade gerada pela globalização do capitalismo, em vez de com que o próprio Estado percebesse que não mais conseguiria controlar as relações entre aqueles sobre o qual exercia domínio pleno, como acontecem com as normas de Direito Internacional Privado, ou seja, que possuem origem não-estatal, especialmente quanto aos direitos humanos.

Embora não se deteve a pesquisa em analisar todos os modos que levaram a esta possível quebra de paradigma social e jurídico, o trabalho direcionou-se a verificar as suas ocorrências, bem como os fatores positivos e negativos, que muitas vezes interrompem a seqüência rumada pelos ideais pluralistas emancipatórios. Para tanto a pesquisa traz em seu primeiro capítulo uma abordagem sobre os direitos humanos, no segundo sobre o pluralismo jurídico e no terceiro sobre os direitos emancipatórios.

Importante frisar que a busca incessante por esta quebra de paradigma que tem sua fonte nos grupos sociais, e quiçá, como será demonstrado, até mesmo no próprio Estado, e engajada inicialmente no campo dos direitos humanos, razão pela qual leva a necessidade de situação do tema nesta vertente. Desta forma, o primeiro capítulo é responsável por desenvolver uma abordagem sobre a origem dos direitos humanos, trazendo conceitos tradicionais e modernos, seu reconhecimento histórico pelo Estado, a evolução dentro de suas gerações e a sua situação no direito contemporâneo, para ao final poder reconhecê-los como impulsionadores do modelo de direitos pluralista-emancipatório.

O segundo capítulo tem seu centro no movimento do pluralismo jurídico, especificamente no direito contemporâneo, de forma a

apresentar teorias e concepções acerca da sua produção e aplicabilidade frente ao direito estatal, que tem como bandeira o monismo positivista do Estado liberal. São apresentadas propostas decorrentes dos movimentos pluralistas, demonstrando caminhos para sua operacionalização, quer reconhecidos pelo Estado, quer emancipados por constatação de legitimidade própria.

O terceiro capítulo foi designado para o estudo dos direitos emancipatórios, sendo utilizado como fundamento o autor português Boaventura de Sousa Santos, traçando-se a evolução do direito liberal, que levou a fenômeno do demoliberalismo como forma hegemônica do Estado, bem como os movimentos contra-hegemônicos que lutam objetivando a emancipação social, para conseqüente emancipação dos direitos, estabelecendo discussões entre as idéias emancipatórias pluralistas, originadas dos grupos sociais, normalmente daqueles chamados de sociedade civil incivil ou até mesmo originadas no próprio seio estatal, e o direito moderno, fulcrados em aspectos positivos e negativos de sua inserção.

Assim, ao analisar a origem dos direitos humanos, que são o foco principal dos ideais pluralistas, poder-se-á verificar que a quebra do paradigma até então existente é um fato que automaticamente ocorrerá pela necessidade que os grupos sociais diferentes possuem de ver resguardados os direitos que lhe são inerentes e que estão abandonadas ou em conflitos dentro do próprio Estado.

1 DIREITOS HUMANOS

1.1 CONCEITUAÇÃO

A expressão Direitos Humanos poderia ser definida como os direitos do homem, entendendo-se como os direitos que visam resguardar os valores preciosos da pessoa humana, ou seja, direitos que visam resguardar a solidariedade, a igualdade, a fraternidade, a liberdade, alcançando a dignidade da pessoa humana.

Para a Teoria Crítica dos Direitos Humanos, segundo Herrera Flores (2009), os defensores dos direitos humanos lutam por estender política e judicialmente a convicção de que se está diante de normas integralmente exigíveis perante os tribunais. Toda norma tem natureza normativa. As normas nunca descrevem fatos, não dizem “isto é assim”. As normas apenas postulam um dever ser. Ela é um meio, um instrumento a partir do qual se estabelecem caminhos, procedimentos e tempos para satisfazer, de um modo normativo, as necessidades e demandas da sociedade. Uma norma não descreve nem cria nada por si só.

1.2 A EVOLUÇÃO DAS PRETENSÕES ATÉ O PODER ATUAL DAS FORMULAÇÕES POSITIVAS DOS DIREITOS HUMANOS

Todos os direitos humanos, até então conquistados, foram acompanhados de lutas, fazendo com que as instituições jurídicas que defendem os direitos humanos, se espalhassem pouco a pouco por todo o mundo. Uma das conquistas atribuída a esta extensão jurídica, foi a noção de que todos os homens são merecedores de respeito e iguais em dignidade, de forma que ninguém pode se considerar superior a outros.

O início dos direitos humanos é tema de desarmonia entre os juristas. A primeira concepção atribuída à origem se baseia na idéia de que nasceram de protestos coletivos e ameaças ao arbítrio. Os norte-americanos em 1772 foram os primeiros autores das declarações de direitos da América.

A segunda concepção sobre a origem dos direitos humanos é de cunho religioso, defendendo a separação entre Igreja e Estado, enquanto que a terceira concepção, atribuí aos direitos humanos uma origem acidental, de natureza histórica.

O direito individual surgiu pela primeira vez na obra de Guilherme de Ockam (MELLO, 1997), que analisou o direito como um

poder de dispor das coisas e utiliza-las, isto é, direitos que emanam de um ato de vontade do ser humano.

Seria equivocado atribuir uma única aparência a origem do direito humano, por ser complexo e antigo. Por outro lado, somando-se as idéias marxistas-leninistas, estaremos ampliando a concepção do direito.

Para Marx (1998), o direito surge da situação do indivíduo na sociedade. Esta teoria traz a concepção de que os direitos humanos não são atributos naturais dos seres humanos.

Nessa perspectiva, o conceito de dignidade se faz necessário, para melhor compreensão dos direitos humanos. Desde o direito Romano, passando pela Idade Média, empirista entre outras, já havia um conceito de dignidade. No entanto, somente após 25 séculos, é que a Organização das Nações Unidas, proclamou na abertura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que todos os homens são iguais e livres em dignidade e direito.

Merece destaque o pensamento de Darwin (1859). Segundo o qual, a dignidade humana é atribuída à evolução do homem, que evoluiu de uma forma mais simples, para outra mais complexa.

A Bíblia trouxe grande contribuição para a sociedade, pois esta descreve a criação do mundo por um Deus único, onde o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, e por este motivo o homem gozaria de dignidade, pois este Deus possuía os mesmos defeitos dos homens.

No entanto, foi Kant (1785), que deu a dignidade humana, maior importância, ao concluir que somente o ser humano racional tem capacidade de agir segundo leis e princípios, o que leva a conclusão de que todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como um meio, para que qualquer vontade venha a servir a seu desejo.

Partindo desta premissa, é possível perceber a diferença entre homem e os demais seres, pois o homem tem dignidade e não possui um preço como uma coisa qualquer, somente ele pode chorar, lutar e amar, além de garantir o acesso a todos seus direitos.

Desta forma, o conceito de dignidade humana é fruto de uma evolução cultural, que tem por base o respeito ao ser humano em cada momento da história. Devido a este respeito ou dignidade, é que não pode ser atribuído um valor ao ser humano.

A dignidade em resumo, vem a ser um direito universal destinado à pessoa, em esfera doméstica e internacional, atraindo uma idéia de força e respeito. E está descrita nas Leis fundamentais de vários países, como por exemplo, o artigo 1º parágrafo 2º da Lei Fundamental da

República Federal da Alemanha, que descreve os direitos humanos como sendo invioláveis e inalienáveis, e base de qualquer comunidade humana, que é fundada na paz e na justiça do mundo.

A dignidade é núcleo dos direitos humanos. E com o surgimento de declarações de direitos humanos, é que foram surgindo os princípios que norteiam os mesmos. A primeira foi em 1776, Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia. Na esfera européia, na França em 1789, a Declaração do Direito do Homem e do Cidadão. Ambas se impõem como limite as forças políticas. São tentativas de estabelecer preferência dos direitos humanos, em relação ao poder, se preocupando com o reconhecimento daqueles.

Declarações de direitos humanos, são atos grandiosos através dos quais organizações mundiais ou regionais, anunciam sua aderência aos princípios de direitos humanos, mesmo sem a formalidade e o valor vinculante que orientam os tratados internacionais.

Mesmo não possuindo força vinculante, as declarações servem como fontes, o que é de extrema importância, vez que serve de base para decisões relativas às legislações internas, pois os Estados se obrigam a colocá-los em suas Constituições, convertendo-os em direitos fundamentais, e, portanto exigíveis.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 é a mais abrangente de todas, que também possui a função de limitar o poder, mesmo não tendo a força de um tratado internacional.

Algumas declarações, como a das Nações Unidas de Direitos de Crianças e Adolescente, recaem sobre determinado direito e não sobre a generalidade dos direitos humanos, fazendo com que muitos não a estudem sob um aspecto sistêmico, dificultando a efetivação dos direitos nela consagrado.

A forma escrita foi a maneira mais eficaz encontrada pelo homem, para que sua vontade fosse compreendida e repassada para o maior número de pessoas possíveis. Por outro lado, estes textos foram importantes, pois demonstravam quais eram as pretensões sociais no passado e como foram produzidas. Portanto, as primeiras expressões descritas nas declarações de direitos humanos, são de cunho moral, que foram formalmente apresentadas, e consagradas ideologicamente naquele momento da história.

As características básicas das declarações de direitos humanos, que descrevem uma forma de dever-ser, em seu conflito com o poder, trazem exigências de potencialidade de pessoas, aos quais reivindicam pelo fazer ou não fazer diante de um poder estabelecido.

A constitucionalização dos direitos enunciados nas primeiras declarações se produziu de 1804 até a primeira Guerra Mundial em 1914, com isso os homens passaram a gozar de seus direitos humanos por força de lei, convertendo-se em uma questão sociopolítica.

Depois da segunda Guerra Mundial e da criação da ONU, os direitos sofreram transformações, passando a abranger todo o gênero humano, reconhecendo sua igualdade e solidariedade. A expansão jurídica atingiu todos os homens e todo seu território, nacional ou internacional. Por este motivo, que atualmente podemos falar sobre os direitos da humanidade, que compreendem os direitos de todos, inclusive, de futuras gerações.

Neste processo de ampliação dos direitos humanos, faz-se necessário a ampliação do conteúdo dos direitos reconhecidos, pois se torna uma exigência perante tantos novos direitos existentes e reclamados pela sociedade.

Esta confirmação dos direitos humanos é uma forma de desenvolvimento do homem, que estabelece pretensões e limites a este poder estabelecido, com a ajuda de instituições jurídicas, cuja finalidade é a proteção da dignidade, em qualquer momento. Portanto, desde a origem das declarações de direitos humanos, passam estes a criar corpo normativo e doutrinário, que através dos instrumentos do direito, é capaz de se impor nos conflitos com o poder.

Para compreensão da capacidade de estabelecer limites ao poder, necessário se faz o conhecimento da evolução das declarações dos direitos relevantes.

Para Contipelli e Silveira (2008), os direitos humanos nascem e se fortificam pelos princípios trazidos pela sociedade, o qual por um determinado fato é que surge um valor que passará a ser normatizado pelo mundo inteiro, usando o fundamento da dignidade humana.

A história dos direitos humanos é dividida em cinco etapas, pelo doutrinador Valencia (1997): cidadania universal dos primórdios da era cristã, escola de direito da Idade Média e Renascimento, teoria do contrato social era barroca, as aloções dos direitos do século XVIII, e a modificação constitucional dos séculos XIX e XX.

Diante desta divisão, através de etapas e momentos históricos, surgem as seguintes divisões: na Idade Antiga a Idade Média, surgem princípios e reclamações que serviram de bases para o atual conceito de direitos humanos. Na Idade Moderna, já se tem uma história de direitos humanos, fazendo referência aos modelos de direitos de outros países, como inglês e francês. E por fim, na Idade Contemporânea, onde ocorreu uma ampla criação de declarações, pelo nascimento da

Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, anunciada pela ONU.

Diante de tão vasta evolução, é possível observar as ‘gerações’ de direitos criados em cada etapa. A primeira delas, chamada de Primeira Geração proclama a liberdade civil e direitos políticos, também podem ser chamados de Direito de liberdade, pela autonomia e participação. Os direitos de Segunda Geração englobam os direitos sociais, econômicos e culturais. E por fim, os direitos da Terceira Geração, que compreende os direitos difusos ou da solidariedade.

Salienta-se que há doutrinadores¹ que citam uma quarta ou uma quinta divisão de direitos humanos, no entanto, a citada anteriormente, compreende a divisão clássica. Desta forma, a cada divisão de direitos, os antigos não são suprimidos, mas completados pelos novos, como por exemplo, os direitos da primeira e segunda geração, que continuam a existir, mas que se revestem de nova forma, na terceira geração.

1.2.1 Precedentes do mundo clássico

Na antiguidade, alguns conceitos, como liberdade e democracia, talvez não existissem, e se existiam os conceitos eram distintos dos de hoje, bem como os direitos inerentes a eles, que eram desconhecidos.

Atualmente, como afirma Lewandowski (1984) a idéia dos tratados e declarações universais acerca dos direitos humanos, tiveram suas origens na era do ilusionismo e no Jusnaturalismo Europeu, de forma que a partir destes movimentos, nasceu à idéia de que os homens possuem alguns direitos que são inalienáveis e indiscutíveis, e que não estão sujeitos ao Estado.

Apesar da evolução dos direitos humanos, as crenças sagradas da pessoa humana, ainda se mantêm. Através da biologia, se desenvolveu a idéia de igualdade natural ou idéia de humanidade. No período romano estóico, a igualdade biológica assumiu caráter universal, por influência da ética, filosofia e política.

Neste período, a liberdade era regulada por pessoas que acreditavam nos deuses, onde mestres humanos ditavam regras repassadas pelos deuses e que deveriam ser cumpridas e sem contestação. No entanto, ainda hoje, algumas regras ainda tenham influência desta época, pois seguem na idéia de efeito vinculante de uma Ação Direta de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

¹ Citar as dimensões para Wolkmer

Naquela época, os direitos humanos eram vistos como direitos impostos por Deus. Alguns déspotas elaboravam códigos baseados nesta idéia, mas com o intuito de perpetuar-se no poder e justificar suas ordens. As pessoas eram sujeitas a este poder religioso, não restando outra forma, senão a obediência, deixando de lado sua liberdade.

Desta forma, pela Idade Antiga, é possível identificar a luta pela dignidade do homem e seus direitos, que estão explícitas também em outras civilizações como nas concepções de Buda ou nos conceitos de Pitágoras e na república de Platão, mas a garantia legal, instituída naquela época, ainda era difícil, pois dependia da sabedoria dos governantes, conforme atesta Herkenhoff (1994).

Somente no século VIII a II a.C, chamado de período axial, que a importância da condição humana, começou a mudar. Exemplo disso, é o Código de Hamurabi (Babilônia, século XVIII a.C), que estabeleceu proteção aos desfavorecidos, além de trazer a penalidade da máxima “uma vida por uma vida”, coagindo as atitudes das autoridades daquela época.

Nesta concepção, Comparatto (2008) afirma que a figura do reino de Davi (996 a.C a 963 a.C), que estabeleceu a figura de sacerdote, sendo aquele que não se declarava como legislador, mas assumia um cargo de ‘delegado de Deus’, fez surgir a concepção daquilo que muito depois viria a ser chamado de Estado de Direito.

Aos poucos, a influência religiosa começou a mudar, passando o homem a dirigir seus atos. Em Atenas no século V a.C., os cidadãos supervisionavam os magistrados do Estado, e algumas instituições eram dirigidas pelo povo. Foram registrados vários textos com idéias humanistas, que servem de referência atualmente, para o povo ocidental. Ainda nesta época, destaca-se a participação dos cidadãos na confecção de legislações e na administração da justiça, diferentemente de antes, onde se subordinavam as idéias dos sacerdotes, sem contestação.

1.2.2 Os documentos medievais

Neste período, surgiram várias lutas contra os poderes políticos e econômicos até então vigentes. A primeira manifestação de rebeldia foi a criação 1215 da Carta Magna da Inglaterra, que teve como base as Declarações das Cortes de Leão, em 1188 na Espanha. Todavia, estas declarações eram ainda muito restritas a população, mas tendo enorme importância por conter nestas declarações, uma revisão de valores e objetivos. (COMPARATTO, 2008).

Foi na baixa Idade Média, onde a primeira experiência de classes societárias foi vislumbrada, o direito então, não era determinado por desigualdades sociais, mas sim pelas diferenças patrimoniais. As grandes invenções tecnológicas na Europa, no século XI a XIII, fizeram com que tivesse certeza e segurança nos negócios, consequentemente haveria limitação ao poder.

Este momento criou uma crise europeia, fazendo com que várias rebeliões nascessem entre elas a de *Levellers*², grupo inglês que reivindicava por maior igualdade, e que fez com que as idéias de republicanas e democráticas renascessem.

Tal situação se manteve por cinco séculos, até que o comércio da Europa conferisse poder a classe média, dando lugar a expansão da liberdade. Na Inglaterra, a Magna Carta ao rei João em 1215, ajudou a estabelecer os limites do poder do Estado.

O Cristianismo desenvolveu a idéia de igualdade radical entre os homens, quando afirmou que todos foram criados a imagem e semelhança de Deus, e consequentemente seriam irmãos. Neste sentido o Alcorão também descreve que a igualdade dos homens, é derivada de sua origem e destino.

Desta forma, a dignidade da pessoa humana e que assegura a igualdade, se fez presente nas declarações de direito, nos discursos políticos e nas revoluções filosóficas burguesas.

No período do feudalismo até o século XI, ocorreu a descentralização do poder. Todavia, como atesta Freitas Neto (2006) a partir da Baixa Idade Média, houve a tendência à centralização do poder. Isso se deu, pela vasta evolução da burguesia que ocasionou o fim da estrutura feudal refazendo as práticas sóciopolíticas da Europa.

Neste mesmo período na Europa o Papa enfrentou o imperador Carolingio. Os burgueses iniciaram empreitada de reivindicação de poder, pois tal se encontrava nas mãos do clero e da nobreza.

A burguesia então foi colocada em risco por um novo modelo de entendimento da vida. A origem se deu na idéia estoica e ética cristã, fazendo surgir o direito natural, sendo o conjunto de valores que se transformam em justiça das normas.

Neste contexto, o direito natural teve seu alcance no princípio *ius naturalis*, criado pelos teólogos medievais. A partir deste momento foi desenvolvida teoria, por exemplo, de Aquino, que limitava o poder

² Os *Levellers* (niveladores) eram grupos ingleses que reivindicavam, entre outras coisas, o voto universal, a sociedade de pequenos proprietários e a defesa da igualdade e da propriedade (não-coletivista). Seu desejo era de igualdade política.

alegando que a submissão a autoridade importava cumprimento das regras de justiça e bem comum, e ainda que ninguém fosse obrigado a subordinar-se a governador injusto.

O Humanismo definiu o direito natural, como procedimento normativo e institucional que não termina na legislação positiva. Assim a hermenêutica estabelece que a importância a dignidade humana está acima de tudo, até mesmo dos homens e das leis.

Foram vários procedimentos jurídicos adotados com o objetivo de limitar o poder, que incluíam entre outros, os homens livres, pois para o restante, como os súbitos, os direitos humanos eram reconhecidos apenas em caráter contratual diante de excesso de poder, demonstrando a precariedade do uso coletivo de direitos.

Os documentos medievais foram comuns a toda Europa, apesar de já existirem como costumes, foram formalizados de modo imponente. Estes antecedentes marcaram a origem do princípio da legalidade como garantia dos direitos existentes, sendo o começo de uma direção de reconhecimento de direitos inalienáveis, irrenunciáveis e universais.

Os documentos medievais eram elaboradas de uma maneira jusnaturalista, pois o homem acabava por se adequar a uma ordem que ele não construiu, mas que foi descobrindo e se adequando. O direito vinha de uma ordem natural e social que conduzia o mundo guiado por Deus. Desta forma os indivíduos não eram os titulares dos direitos, pois tinham somente deveres e obrigações que eram emanadas por imperador, papa e Deus.

O sistema medieval se constituía da lei de Deus, que demonstra a sabedoria do mesmo, sendo repassada aos homens pela sagrada escritura, sobre o qual se sustentou à lei natural, sendo que o direito positivo apenas possui validade de acordo com a escritura sagrada e a lei natural.

Com final da idade Média, e início da Modernidade, o homem passou a ser o centro das atenções dos filósofos e do conhecimento, passando o direito a ser identificado como uma opção do indivíduo, ou seja, adota uma concepção individual dos direitos, em relação ao contexto de que tudo dependia de uma ordem divina ou natural. Importante conhecer as origens de tais mudanças.

Antes de qualquer fundamento em relação aos direitos humanos, necessários reconhecer os direitos individuais dos indivíduos. Nos séculos XIII e XIV a origem do conceito deste direito, se deu pelas discussões entre seguidores de Aquino e de Ockam (1992).

Em 1329, os franciscanos estavam renunciando à propriedade, à riqueza e o poder, quando o papa João XXI, reprovou o voto de pobreza

dos franciscanos. Guilherme Ockham foi contrário a idéia do Papa. O Papa questionava como seria ajustada a pobreza com os usos e costumes, consoante Del Toro (2006).

Ockam (1992), então justificou que todo ser humano é justo ou injusto, e se os franciscanos não fossem, proprietários dos bens que aproveitavam, seriam homens injustos. Ockam (1992), teve o objetivo de demonstrar que ter um direito seria deter propriedade de objeto ou ações de outros indivíduos. Mas não era o objetivo dos franciscanos apropriar-se de bens, e sim se tornava uma questão de sobrevivência, denominado pela doutrina atual de “mínimo vital”.

O objetivo principal de tal conflito, é que o Rei com tal cargo temporário, não deveria se submeter ao soberano religioso, no caso em tela, o Papa.

Ockam (1992) difundiu a idéia de direito às coisas. Nascendo a tese voluntarista, que relata a idéia de um direito subjetivo além do objetivo, sendo que o primeiro relata que não havendo proibição em lei, o indivíduo é livre para agir como quiser. Mas Suárez (1971) recorre a esta concepção alegando que toda ação ou concepção de que o individuo tenha de que é seu, se chama direito.

A divisão jurídica de direito subjetivo, foi realizada na Alta Idade Média, que criou meios para uma melhor formulação deste direito. Esta foi uma era de evoluções legislativas, onde a essência Ockam³ anunciara.

1.2.3 Renascimento e as declarações inglesas, francesas e norte-americanas de direitos.

Afirma Silveira (2006), que entre os séculos XVI e fim do XVIII, houve grandes movimentos sociais, jurídicos bem como filosóficos, cujo resultado ensejou o surgimento do Estado Moderno, que tinha o objetivo de coagir e repreender, também extinguir as atitudes medievais e o poder eclesiástico.

Por meio de alguns pensadores, como Francisco de Vitória e Gentili, o contrato social promoveu uma interpretação individual e libertária, sendo proclamados direitos dos homens, como valores jurídicos acima do poder. Tais concepções acerca do contrato, serviram

³ Com efeito, nos termos do capítulo 66 da *Opus nonaginta dierum*, “Tudo aquilo que a mim aproveitável, e não te causa dano, é adequado à equidade de forma imutável mesmo que falte a permissão expressa do direito positivo: e as leis humanas não podem exigir o contrário, porque assim se trataria de uma lei iníqua, que procede contra a caridade (OCKAM, 1992, p. 126).

de base para as primeiras declarações do direito em sentido formal e material.

O Estado tem a função de garantir os direitos de seus cidadãos. Após a superação da coação medieval e com o nascimento de vários outros direitos, possibilitou uma obediência maior ao Estado. Este se tornou o primeiro entre Deus e o povo. Isso justifica a resistência contra a opressão, que foi formalizada através dos direitos ingleses em 1689, o primeiro documento que descreveu os direitos humanos. No século XVIII, com a ajuda do direito, começou uma luta em favor da dignidade da pessoa verso ao poder constituído.

As expressões de liberdade contida em várias declarações de direitos, como inglesa, francesa e norte-americana, foram conquistadas ao ser humano que fez com que se sentisse mais autônomo e independente do Estado.

Tais modelos correspondem à interpretação e criação do direito. Cada modelo se baseava no outro para alterar qualquer equívoco individual e social que pudesse existir.

Todavia, os ingleses, consideravam o progresso jurídico como fonte das garantias, do que simples declarações de direitos. Já para os franceses, as declarações de direitos têm força político-pedagógica, modificando as mentalidades individuais.

O direito Inglês para proteger os direitos individuais, criou o *habeas corpus*, com o objetivo de assegurar a liberdade de locomoção e que se tornou exemplo para muitos outros ordenamentos jurídicos.

A diferença entre modelo francês e inglês, é que o primeiro era guiado pelas bases do jusnaturalismo, aonde a teoria vem antes da experiência. O segundo considerava como base para tudo as justificativas histórico - consuetudinário sem nenhuma influência ética. O que diferencia do modelo britânico, que possuía natureza normativa e que integrou um sistema de costumes e princípios, elencados na Constituição britânica.

Os dois sistemas dão ênfase ao liberalismo e ao individualismo, assim como a necessidade de coação armada e violação para colocar em prática seus ditados. Prova disso, foi à Revolução Francesa, que se mostrou mais sangrenta que os fatos britânicos e norte-americanos.

Os espanhóis deram origem à legislação indigenista dos séculos XVI e XVII, que através da Escola Salamanca (LITRENTO, 1997), propôs uma relação de harmonia entre o mundo, tendo a comunicação entre os povos, como base. Seu objetivo era superar o individualismo do modelo francês e inglês. Mas o modelo espanhol não prosperou na história.

Com a chegada dos espanhóis na América no século XVI, originou-se uma doutrina importante para os direitos humanos. O tratamento dispensado aos índios era marcante. Francisco de Vitória e Frei Bartolomé, defendiam os direitos indígenas. O primeiro definiu direito internacional com sendo a obrigação de receber um indivíduo em seu território, sem ser a intenção deste, praticar o mal.

Os espanhóis não poderiam deixar de chegar até os índios, vêem que a navegação como forma de comunicação era dada como lícita. Mas Vitória, rejeitava a inferioridade que era atribuída aos índios, e considerava estes, igual a qualquer povo.

No ano de 1547, Bartolomé de las Casas, bispo do México, vinha de Nova Espanha, onde presenciou os atos dos brancos, que diziam agir em nome de Deus, como um motivo para roubar, escravizar e assassinar nativos. Estes justificaram que os reis católicos da Europa, diziam ser os nativos “bestas”, desta forma deveriam escravizá-lo, pois não eram pessoas.

Carlos V, rei da Espanha, no ano de 1550, convocou um tribunal de Teólogos e juristas. Nesta ocasião, Bartolomé, declarou que a conquista espiritual não viria de lutas, e sim de convencimento. Por mais repugnantes que seriam os nativos, não poderiam torturá-los e matá-los.

Esta atitude obrigou o rei, a emitir vários decretos, proibindo a escravidão dos índios na América. Mas esta atitude não impediu que a escravidão continuasse.

Portanto, a transformação política que gerou o liberalismo e o individualismo por meio da criação do contrato social, fundamentou os direitos humanos. Estas definiram a liberdade do homem e seus direitos naturais.

1.2.4 As declarações inglesas

No século XVII, a Inglaterra expunha o abuso do poder absoluto aos negócios de uma afortunada burguesia, pois não tinha garantia as liberdades individuais.

As declarações inglesas ampliaram a titularidade de direitos, consagrando todos os homens livres, e não apenas a nobreza, fazendo nascerem os primeiros sinais da democracia, de poder representante e de garantias institucionais, pois o poder real deveria se submeter ao parlamento.

As declarações foram criadas como textos legais que poderiam ser exigidas dos homens perante os tribunais, e não somente como declarações em sentido estrito. Foram autênticas normas constitucionais,

servindo de fonte de interpretação sobre o restante do ordenamento jurídico.

Além disso, as declarações tiveram origem no direito medieval, como por exemplo, a Carta Magna de 1215. Constituíram uma cultura tradicional de séculos, diferentemente dos textos das nações da Europa continental, como atesta Burke (1942).

A magna Carta, bem como o *habeas corpus*, são considerados um dos direitos mais antigos da sociedade inglesa. Além destes, pode-se destacar os seguintes textos: a Petição de Direitos (*Petition of right*) de 1628 e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689.

A Magna Carta foi o primeiro documento escrito que foi tirado do poder de um soberano, que ditava regras que nem mesmo ele poderia violar.

Afirma Schwartz (1979) que a petição dos Direitos conferiu direitos patrimoniais e pessoais. Representou ainda, o fortalecimento do Parlamento, que foi limitando aos poucos o Poder Executivo.

Já o *habeas corpus*, previa que ninguém seria detido, sem prévia ordem judicial, se sujeitando a submissão de um Juiz, que deveria seguir prazos legais. Partindo da premissa que o direito é mais derivado das garantias processuais, do que das declarações, fazendo nascer os remédios constitucionais, que existem em todo o mundo, inclusive no Brasil.

Segundo Comparato (2008), o Parlamento elaborou a Declaração dos Direitos, que confirmou os direitos acima elencados. Foi elaborada pelo parlamento, mas à margem do Executivo. O Parlamento declarou vago o trono inglês, garantindo a potestade ao novo rei. Pela primeira vez um Parlamento condiciona, limita e substitui o poder dos monarcas, manifestando a separação dos poderes.

Desta forma, com a criação do direito a *habeas corpus* e da Declaração de Direitos, fez com que aos poucos fossem incorporados direitos civis e políticos á ordem jurídica dos Estados.

1.2.5 Declarações norte-americanas

A declaração anglo-americana foi a mais moderna dos direitos humanos. Manteve semelhança com as declarações inglesas e norte-americanas. No entanto, evitou alguns problemas europeus, como a liberdade religiosa, uma das liberdades mais importantes.

A declaração norte-americana se proclama no modelo liberal influenciado pelo jusnaturalismo, pressupondo a afirmação da autonomia individual, bem como limites aos Estados.

Alguns dos textos mais importantes são: Declaração de Direitos do Bom Povo de Virginia de 1776, a Constituição Americana de 1787, entre outras. Sendo incorporado pela Declaração de Direitos norte-americanos.

Para Comparato (2008), a Constituição de 1776, dispunha que todos os homens são iguais e com certos direitos inalienáveis, representando importante marco aos direitos humanos.

Da mesma forma é a Declaração do Bom Povo de Virginia, que trouxe o direito de sufrágio, liberdade de imprensa e a liberdade de religião. No campo do Direito Penal, dispunha que todo o acusado tem direito a um júri rápido, bem como o direito de não autoincriminar, além da proibição de penas cruéis.

A Constituição Americana, estabeleceu várias garantias, entre elas a liberdade pessoal fundada pelo *habeas corpus*, além da garantia a segurança jurídica igualitária e democrática.

Toda forma de privação de liberdade era proibida. No âmbito Penal, todos os direitos elencados pela Declaração de Virginia, foram mantidos, incluindo o direito de contar com um advogado e a proibição de tomar-se propriedade privada para uso público sem indenização.

1.2.6 As declarações francesas

Para Silveira (2010), o Estado representado pelo povo e a burguesia, debateu uma possível elaboração de direitos ou uma Constituição. Originando-se a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadãos. Descrevendo entre os seus 17 artigos, que o desprezo pelos direitos dos homens é uma das formas de desgraça dos homens e corrupção dos governos.

Estabeleceu ainda, a igualdade de direitos, a participação do povo na elaboração da lei, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa, entre outros direitos. Salienta a necessidade de força pública e expressa a soberania nacional. Por este motivo, rompe o padrão europeu até então vigente.

A Declaração de Direitos Constitucionais de 1791, fez nascer a segunda geração de direitos humanos. Mas em 1793 foi elaborada a segunda declaração Francesa, sendo esta, uma versão mais completa da declaração de 1789, com 35 artigos.

Mas não representou um avanço, por haver inúmeras falhas e incoerências. Desta forma, não foi aplicada, e em seguida foi estabelecido pela Convenção um governo provisório que teria mandato até o fim da guerra contra as monarquias européias, que estavam contra

o regime francês, momento conhecido como Período do Terror, em que a brutalidade do governo é enorme.

É uma fase de retrocesso aos direitos humanos, estabelecendo a declaração dos Direitos e Deveres dos Cidadãos em 1795, sendo suprimido o direito de resistência e opressão, dos direitos sociais e da soberania popular.

1.3 DOS DIREITOS DA PRIMEIRA GERAÇÃO

O termo ‘gerações’, é usado para assinalar as etapas de evolução dos direitos humanos, ou seja, assinala marcos históricos da comunidade, pela luta por novos direitos.

O conceito é vinculado ao histórico e ao temático. Procurando explicar uma série de direitos em vários períodos da história, pertencendo estes direitos, a uma determinada categoria.

Os direitos de primeira geração, englobam o limite da liberdade do indivíduo em relação ao poder estatal. Chamadas de liberdades públicas ou direitos negativos, pois exigem do poder público, apenas garantias a tais direitos, e não interferência na esfera particular, consoante Bastos (1986).

A segunda geração engloba o século XIX e XX, sendo positivados direitos econômica, sociais e culturais, usufruídos por toda a coletividade e não individualmente.

Depois da segunda Guerra Mundial e da criação da ONU, criou-se a terceira geração de direitos, que reuniu os direitos da solidariedade ou direitos dos indivíduos, sob um aspecto difuso. Por incluir gerações futuras, alguns doutrinadores estabelecem uma quarta geração, que se preocupa com direitos de descendentes distantes ou ligados, como animais e vegetais.

Conforme demonstrado, os direitos humanos surgiram sob a forma de direitos civis e políticos, por esta razão ficaram conhecidos também, como direitos da primeira geração. As revoluções dos séculos XVII e XVIII receberam influência dos teóricos Locke e Rousseau. Tais revoluções buscavam garantir os direitos dos indivíduos em relação ao Estado. Portanto, a vontade humana, livremente demonstrada foi que deu causa ao surgimento do Estado.

Os direitos individuais guardam valores essenciais à dignidade humana, como à vida, à propriedade e a segurança. Direitos fundamentais têm esta denominação, por ser direito positivado, essenciais aos seres humanos, conforme Hobbes (1983).

Os homens viveram por muito tempo com direitos ilimitados, até a formação da sociedade civil. A partir daí, os direitos individuais foram afirmados através do pacto social, e a ameaça à perda de tais, foi superada pela criação do Estado, que os fazia respeitar. O reconhecimento do homem na sociedade foi de suma importância, para garantir seus direitos.

Os direitos civis e políticos, nasceram como forma de limitar o poder estatal, e impedir que abusassem de direitos próprios dos cidadãos, como de autonomia e participação. Os direitos civis são ligados à autonomia na medida em que predominam ao poder de autodeterminação em relação ao poder do Estado.

Aos direitos civis, são ligados os direitos políticos, sobre os quais são fundamentais para que os cidadãos atuem na constituição política do Estado, como por exemplo, o direito ao voto. Portanto, os direitos civis são aqueles que se opõem ao Estado, de forma que coíba a interferência deste na esfera privada. Já os direitos políticos, tenho um viés positivo, possibilitando que o povo venha a conduzir o destino da comunidade a que pertence.

Os direitos civis aparecem juntamente com os direitos de liberdade, segurança e propriedade, pois há uma dependência entre ambos, por exemplo, a segurança é essencial para que se garanta a liberdade.

Assim, os direitos civis são direitos à liberdade com a ampliação da originalidade sem interferência Estatal ou de terceiros. Também visam proteger as características morais e físicas do indivíduo. Já os direitos políticos, permite que a pessoa tome parte nos assuntos políticos de seu país (MIRANDA, 1985).

Os direitos civis e políticos formam descritos nos documentos originado dos movimentos burgueses do século XVII e XVIII, tais como Declaração de Direitos de 1689, na Inglaterra e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, na França.

A grande maioria da população, estava excluída dos direitos de primeira geração, e também do valor de liberdade, invocados pelos direitos de segunda geração. Exemplo disso são os escravos daquela época que não eram considerados como homens livres e iguais. Outro exemplo estava explícito na Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, na França, que não considerava as mulheres iguais em direitos, como os homens. (CARVALHO, 2001).

Apenas em 1948, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é que foi globalizado os direitos de primeira

geração, estendendo-os a todos os indivíduos, que até então eram excluídos, como os escravos.

1.3.1 A constitucionalização do século XIX

A origem dos direitos fundamentais está ligada ao surgimento do constitucionalismo, no século XVII, ao qual manteve a inclusão do poder do Estado em favor do cidadão.

Foram observados direitos fundamentais, primeiramente na França em 1770. Mais tarde foi reconhecido na Constituição de Weimar, na Alemanha em 1919, e na lei Fundamental de Bonn, em 1949.

Do mesmo modo, se deu o surgimento do constitucionalismo, com a Constituição Americana (1787) e Francesa (1791). Indicando uma nova fase na criação jurídica, passando o Estado a ter conjunto de normas, superior ao mesmo, conforme atesta Lewandowski (1984).

Com a criação dos direitos naturais na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, os direitos humanos foram perdendo suas características de universalidade, passando a ser positivado, como direitos individuais do Estado. Importante destacar, a descrição do artigo 16 da Constituição, que descrevia que toda sociedade deveria ter assegurado os direitos dos cidadãos e estabelecido à separação dos poderes, caso contrário não teria Constituição.

Desta forma, surgiram várias constituições no século XIX, na Europa: a Siciliana (1812), a espanhola de Cádiz (1812), a francesa (1814), entre outras.

O Constitucionalismo social foi estabelecido, no século XX pela República Alemã, instituída pela Constituição em 1919, na cidade de Weimar, na Saxônia, e conhecida como Constituição de Weimar. Tal foi criada com o objetivo de democratizar a Alemanha.

Através da Constituição Weimar, o Estado era obrigado a preocupar-se com toda a coletividade, lançando políticas de governo na esfera de direitos patrimoniais. Redistribuía renda, que arrecadava com tributos, e crava políticas de investimento e distribuição de bens. A Constituição, de forma geral, foi um instrumento eficaz nas mãos do Estado, e fez com que o Estado guiasse a nova realidade econômica e social. (FONSECA, 2004).

Devido às várias crises políticas, como a Primeira Guerra Mundial, em 1914, ocorreu à divisão da União Soviética e da Iugoslávia, em diferentes Estados, alguns com grandes rivalidades étnicas. Isso transformou os EUA na única potência mundial. Ocorreu então, uma luta da sociedade, para que os direitos fundamentais fossem

positivados e para que se estendesse a toda coletividade. Também, a sociedade passou a exigir mais proteção do Estado ou através dele.

Pela Revolução Industrial, o homem que serviu de base para a adequação dos direitos individuais, cedeu lugar ao homem trabalhador, passando a ser este, o novo detentor de direitos.

O princípio da dignidade da pessoa humana serviu como alicerce para orientar o direito internacional e o direito interno. É a partir desta hermenêutica, que pode se alcançar a resposta adequada a Constituição, conforme atesta Streck (2006).

Comparato (2008), com efeito, no século XVIII e XIX, os direitos humanos sofreram grande ampliação, em razão das reivindicações de movimentos sociais. Exemplo, desta ampliação, se encontra na Constituição francesa de 1791 e 1793, que incluíram direitos sociais, como o direito ao trabalho e assistência pública.

No Brasil em 1842, havia uma grande rebeldia pela sociedade, referente a concentração de poder, a violência e o preconceito referente ao regime de escravidão. O Voto secreto então, foi introduzido em 1881, mas ainda muito restrito, vindo a ocorrer o fim da escravidão sete anos mais tarde.

No ano de 1891, Baleeiro (2001) atesta que ocorreu a promulgação da Constituição Republicana, que estabelecia a igualdade entre os estrangeiros e brasileiros residentes no país, entre outros direitos. No entanto, proibiu a interferência do Estado, nas relações de trabalho, o que fez a vida do trabalhador um caos.

Diante de tal situação, as declarações européias e americanas se uniram, com o objetivo de haver uma concreta aplicação das garantias, e não apenas suas exigências, adotando o modelo inglês como base.

No início do século XX, foi estabelecido os direitos de segunda geração, que prioriza o ser humano através do aspecto coletivo, baseada no valor da igualdade.

1.3.2 Declarações universais e regionais de direitos humanos nos séculos XX e XXI

As grandes atrocidades, como o acontecimento das duas guerras mundiais, a exterminação dos judeus, o lançamento das bombas atômicas nas cidades Japonesas, fizeram com que em 1945, fosse criada em São Francisco, a Organização das Nações Unidas-ONU.

A ONU pode ser definida como uma associação voluntária, de sujeitos de direitos internacionais, cuja finalidade é alcançar os objetivos comuns, que são determinados por seus membros. Tais objetivos se

baseiam, em evitar uma segunda Guerra Mundial, promover a paz entre as nações e repassar o respeito aos direitos humanos.

Comparato (2008) ilustra que uma das primeiras atitudes tomadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, em Paris, foi a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mas apenas 48 países concordaram com a declaração, entre eles o Brasil.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos possui trinta artigos, e afirma que todos os indivíduos são titulares de seus direitos, embasando-se no princípio da dignidade humana, salientando também, o direito a solidariedade. Momento em que é ampliada a concepção da terceira geração de direitos.

A declaração acomodou a sociedade depois dos horrores da Guerra, que se via aflita, a espera do triunfo da dignidade da pessoa humana. No entanto, após 60 anos de sua origem, a declaração, se constitui muito individualista e conflitiva com outros direitos, podendo ocasionar retrocesso a outros direitos.

Apesar das várias declarações serem consideradas ineficazes, observa-se um grande crescimento, mesmo lento, dos direitos humanos. Este esforço deve ser constante, e a cada criação de uma nova declaração representa uma contribuição e traduz um passo necessário para a ética humana.

Na época em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi criada, o mundo se encontrava em meio a Guerra Fria entre Estados Unidos e União Soviética. Assim, a declaração nasceu com o objetivo de estabelecer um consenso entre os países conflitantes, deste modo teve que atender as necessidades de direitos dos países conflitantes e ainda os direitos reivindicados por muitos outros.

No entanto, com o término da Guerra, a disputa entre os dois países continuava. Desta forma, quando houve a manifestação em transformar os princípios dos direitos humanos, em normas jurídica, a ONU, teve que criar dois pactos distintos. O Pacto Internacional de Direitos Políticos e Cíveis, e Pacto Social dos Direitos Econômicos, social e cultural, mas grandes partes dos países socialistas e capitalistas não aderiram.

Os dois pactos demonstravam as divergências entre os países que polarizavam o mundo. Mas a única diferença aceitável no direito é a classe do foco. Assim, os direitos civis e políticos, são garantias dos indivíduos que devem ser assegurados pelo Estado. Enquanto que os direitos sociais, econômicos e culturais, exigem a intervenção do Estado, através de políticas concretas.

Mesmo assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, possuiu valores morais, políticos e jurídicos. Tanto que os direitos internacionais vinculante, cresceram baseados na declaração. Portanto, a declaração assegurou direitos internacionais, na prática, por isso sua importância.

Deve se levar em conta, também que é apenas uma declaração e não um tratado, por isso não possui força vinculante e universaliza os direitos fundamentais, como se fosse um Código Comum, mas que é seguido por todos os Estados.

Diante deste aspecto, Piovesan (2008) entende que a maneira mais eficaz encontrada para garantir o reconhecimento dos direitos humanos previsto na declaração, foi a sua juridicização, sob a forma de Tratado Internacional obrigatório e vinculante, na esfera internacional.

Esse procedimento começou em 1949 e foi concluído em 1966, através da elaboração dos dois pactos, citados anteriormente; Pacto Internacional de Direitos Políticos e Cívicos, e Pacto Social dos Direitos Econômicos.

1.3.3 Pacto internacional dos direitos cívicos e políticos

Como demonstrado, os pactos foram elaborados, com o objetivo de pronunciar diferentes classes de direitos, mesmo os direitos humanos, tendo caráter indivisível, como proclamado pela ONU. O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, foi aberto a assinaturas em 16 de dezembro de 1966, e passou a vigorar em 23 de março de 1976.

Piovesan (2007) atesta que o pacto assegurava o dever do Estado em proteger os direitos dos indivíduos, para não haver uma possível violação por entes privados. Podendo a obrigação ser, tanto na esfera negativa, por exemplo, a proibição de tortura, como na esfera positiva, prover um sistema capaz de proteger toda a coletividade. Cabendo, assim, ao Estado responder por qualquer violação de direito que viesse ocorrer.

Importante salientar, que o documento envolveu direitos não descritos pela Declaração de Direitos Humanos de 1948, como por exemplo, em seu artigo 1º, o direito a autodeterminação. Mas a autodeterminação foi alcançada pela minoria dos povos, pois algumas nações não tinham a capacidade para atender a população, o que fazia com que a Declaração se tornasse ineficaz. Mas, acaba por reafirmar o caráter indivisível dos direitos humanos.

A terceira geração nasceu com o intuito de ampliar os direitos humanos, para que alcançasse a todos os indivíduos. O direito de

autodeterminação é uma das formas de manter esta igualdade, pois se opõe, entre várias coisas, às desigualdades nas relações de mercado, entre países que produzem matéria prima.

Desta forma, nasceu em 1976 a Declaração dos Direitos dos Povos, criada pela Conferência de Argel, se propondo a buscar uma nova ordem política e econômica, no âmbito internacional, buscando a igualdade nas relações, com respeito a todos os direitos.

1.3.4 O pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi aberto a adesão em 16 de dezembro de 1966, entrando em vigor em âmbito internacional, no dia 03 de janeiro de 1976. Seu objetivo se assemelha ao Pacto de Direito Civil e Político, ou seja, dar forma concreta aos direitos elencados pela Declaração Universal, atribuindo-a valor jurídico. Assim, abriu possibilidade de haver responsabilização dos Estados, no âmbito internacional, pela violação de direitos humanos.

Para Piovesan (2007), a diferença entre os dois pactos, é que o Pacto de Direito Civil e Político, criou direitos para os indivíduos, enquanto o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criou obrigação para os Estados, como garantir, moradia, qualidade de vida, lazer, entre outros direitos.

Desta forma, os direitos civis e políticos, podem ser aplicados de imediato. Já os direitos sociais, econômicos e culturais, dependem da atuação Estatal.

Esse pacto, sendo um tratado, é obrigatório para todos os Estados que o aderiram, mesmo consagrando os direitos elencados na Declaração Universal, e em outros documentos, como a Declaração de Viena de 1993. Portanto, devido a solidariedade e o consenso da comunidade internacional, este pacto não é aplicável apenas aos países que o ratificaram, mas a todos os outros.

Assim, nenhum Estado pode invocar sua legislação interna, para se eximir-se de alguma obrigação, imposta pelo tratado, vez que o mesmo, prevê a boa-fé em sua interpretação.

1.3.5 As convenções da ONU e a “multiplicação dos direitos”

Foram realizadas várias conferências no sentido da Declaração dos Direitos Humanos, reconhecidas como a fase da multiplicação,

consoante Bobbio (1992). Tendo como objetivo a internacionalização dos direitos humanos, como forma de ampliar os direitos a categorias hipossuficientes em relação ao poder.

Então, alguns grupos foram privilegiados, como possibilidade de dar a igualdade aos mesmos, e compararem-se aos outros, sem que sua fragilidade as interrompesse.

Além disso, os Comitês especializados da ONU ajudaram nesta ampliação de direitos, estabelecendo normas, como por exemplo, o Comitê dos Direitos da Criança, Comitê para Eliminação de Discriminação Racial e contra Tortura, entre vários outros. Possibilitando a criação de várias convenções sobre assuntos ligados aos direitos humanos, dentre eles a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, que tornou-se a primeira convenção no Brasil, que é inquestionável sua hierarquia constitucional, pois seguiu além de tudo, o trâmite do artigo 5º parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988.

1.3.6 A declaração de Viena – conferência mundial sobre os direitos humanos

Através da Convenção Mundial de Direitos Humanos, realizada na Viena, seguiu-se a Declaração e Programa de Ação de Viena. Nesta ocasião, houve 170 representações, todas favoráveis a criação da Declaração. Por esta grande aderência, este documento foi um grande marco na história da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A declaração reafirmou o caráter universal dos direitos humanos, além disso, a interdependência e inter-relação, reconhecendo a importância da cultura e religião, bem como as características regionais, que devem ser respeitadas pelo Estado.

1.3.7 Declarações regionais

Os instrumentos que constituem o conjunto internacional de direitos humanos são acompanhados de outros instrumentos protetivos, que são originados e aplicados a cada região. Esta evolução pode ser identificada na Europa, África e América, como forma de possibilitar uma harmonia entre os direitos regionais e os direitos proclamados pela ONU.

Os principais documentos deste sistema regionalizados são a Convenção Européia (1950), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1980.

1.3.8 O sistema europeu de proteção dos direitos humanos

O sistema europeu é o mais antigo entre os outros sistemas regionalizados. Possui duas organizações para uma efetiva proteção dos direitos humanos: O Conselho da Europa e da União Européia. O primeiro foi criado em 1949, é um Tribunal Europeu de Direitos Humanos, onde são encaminhados os processos dos Estados que violarem esses direitos.

O segundo, foi criado em 1950, cujo nome oficial é Convenção de proteção aos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Possibilitou que vários documentos fossem criados, entre eles a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos com Penas Cruéis, em 1984 e em 1999, a Convenção do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina, entre outros.

O Tribunal Europeu, que atua desde 1998, cuida para que tais direitos descritos nas convenções sejam efetivados. Ainda, possibilita que indivíduos e organizações não governamentais, exerçam seu direito de petição junto ao Tribunal.

Piovesan (2007) afirma que os vários direitos elaborados pelas convenções, são em especial, direitos civis e políticos. Os direitos sociais, econômicos e culturais, vieram apenas coma criação da Carta Social Européia, que estabelece a implementação e a supervisão da aplicação de tais direitos.

1.3.9 O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do homem de 1948 integra o sistema de proteção dos direitos humanos interamericano.

Delgado (2001) afirma que a Convenção criou dois órgãos para combater o abuso aos direitos humanos: A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana dos Direitos Humanos. A primeira, originou-se em 1959 e nomeou seu estatuto e seus membros, exerce a função de admissão em relação as demandas que são dirigidas a corte, também, elabora relatórios anuais para a Assembléia Geral.

A Corte Interamericana entrou em vigor em 1979, e tem a função jurisdicional em relação aos direitos humanos, e promover a defesa dos mesmos, além de outras funções, como a julgar, depois de esgotados seus procedimentos, os Estados que tenha violado direitos ou liberdade estabelecidos pelas Convenções.

O Brasil aceitou a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Desta forma, o país demonstra participação para a expansão aos direitos humanos. Mas nem todos os Estados aderiram a este sistema, portanto, não estão obrigados pelo cumprimento da Convenção. (TRINDADE, 1991).

O sistema interamericano possui a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, incluída em 1969 e em vigor no ano de 1978. Em 1948, já havia sido elaborada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, onde mencionava os direitos civis, bem como o reconhecimento do direito à vida, à integridade e a proibição a escravidão, entre outros direitos. Além dos direitos, sociais e econômicos. Assim, os Estados comprometeram-se efetivar os direitos contidos na convenção.

1.3.10 O sistema africano de proteção dos direitos humanos

Na África, segundo Silveira (2010) a proteção dos direitos do homem, se deu devido ao processo de descolonização e das lutas pela autodeterminação dos povos. Seu principal documento é a Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos. A Carta foi aprovada pela maioria dos Estados da Organização de Unidade Africana (OUA), e passou a vigorar em 1986.

A Carta preencheu uma lacuna nos direitos humanos, e estabeleceu uma relação entre direitos e deveres diante dos Direitos Internacionais do Homem. Também, estabelece os direitos fundamentais do homem, em especial o direito inalienável à autodeterminação.

A carta demonstrou que os povos são titulares também, de direitos. Ainda, foi a primeira a tratar dos direitos dos povos a preservação do meio ambiente.

Instituiu também, a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, com o objetivo de assegurar a proteção dos mesmos, elaborar estudos e pesquisas, formular princípios e regras, entre outras atitudes. Mas não estabeleceu um tribunal, para quem viesse a violar algum direito, somente no ano de 2004, é que entrou em vigor o Protocolo Adicional de criação da Corte Americana.

A Carta Africana possui características que a difere da demais, entre elas, a preocupação histórica das tradições e valores culturais do povo africano. Estes valores são atribuídos, ao processo de luta a independência e dignidade do povo africano.

1.4 OS DIREITOS DA SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES

Os direitos humanos devem ser protegidos, e não apenas fundamentados. Para Bobbio (1992), a tentativa de fundamentá-los faz com que ocorra uma menor proteção, tendo em vista as diversas visões teóricas, da religião e política. Para haver a ampliação dos direitos humanos, é necessário integrar os sistemas doméstico-estatal, internacional-regional e internacional universal.

No século XVII e XIX, devido à perda de poder ideológico, ocasionado pelas grandes desigualdades sociais. O socialismo e outras correntes ideológicas entraram em cena, originárias da Revolução Francesa, que defendiam a igualdade entre os homens.

Para reivindicar providências em relação às desigualdades sócias, em 1848, Karl Marx e Friedrich (1995), fizeram surgir, através de Manifesto Comunista, duas correntes importantes dentro do movimento social: a primeira, defendida por Karl, entendia os direitos humanos, como direitos burgueses, sendo os direitos econômicos e sociais, mais importantes do que os civis e políticos.

A segunda corrente procurava associar a liberdade e a igualdade na esfera capitalista. Assim, depois da divisão do capitalismo e socialismo, necessário se fazia o rompimento com o Estado Burguês.

Marx (2000) entendia que não havia direitos naturais, mas sim direitos que seriam fruto das lutas burguesas e que seria interesse da classe social e não dos operários. Mas os trabalhadores seguiram rumo, a universalização de direitos e pela cidadania e defesa do Estado de Direito. Estes movimentos resultaram em grandes conquistas, como a universalização do direito ao sufrágio.

Os movimentos que ocorreram no século XIX e XX, objetivavam além da ampliação dos direitos humanos, também a inserção de novos direitos, desconhecidos até então. Os liberais lutavam para que houvesse a liberdade, sem intervenção estatal na esfera privada. Já os socialistas batalhavam para que houvesse a intervenção do Estado, para minimizar as desigualdades econômicas, sociais e culturais, e assim ocorresse um bem estar social.

No Brasil ocorreram revoluções trabalhistas nos anos de 1917 e 1920, devido a Revolução Russa. Tais revoluções, fizeram com que o Estado interferisse nas relações de trabalho, criando assim, legislações protetoras, como por exemplo, o Código de Menores de 1927, que tinha por fundamento a regulamentação do trabalho de adolescentes.

No ano de 1930 e 1937, comandado por Getúlio Vargas, o país passou por um regime ditatorial, o que fez com que houvesse um grande

avanço nos direitos sociais, em especial dos trabalhadores. Todavia, este regime, excluiu algumas classes, como autônomos e domésticos, que por não serem sindicalizados, não gozariam de proteção legislativa.

Após a queda de Getúlio Vargas, aqueles que proclamavam pelos direitos de primeira geração, se sentiram vitoriosos, pois apesar de o regime garantir alguns direitos, não garantia a sua integralidade de forma indivisível e interdependente. Mas a dignidade da pessoa humana, foi se concretizando aos poucos, através do nascimento eficaz dos direitos humanos, a cada exigência de um momento histórico.

A Constituição brasileira de 1946, além de manter os direitos conquistados, assegurou direitos civis e políticos, reconhecendo entre outros, o direito de greve e o direito do trabalhador em participar dos lucros da empresa. (ARAÚJO, 1998)

Os direitos da segunda geração surgiram após a conquista dos direitos individuais de primeira geração. Eles significaram uma nova fase dos direitos humanos, fazendo com que o Estado tomasse uma posição, diante das necessidades humanas. Portanto, os direitos humanos sociais, culturais e econômicos, agregam os direitos de segunda geração, tanto na esfera individual como coletiva.

A Igreja católica desempenhou grande papel na fase histórica dos direitos trigeracional. Após a publicação da doutrina social, pelo papa Leão XIII, em 1894, a Igreja Católica no século XX, passou a espalhar tal doutrina, e também sua idéia favorável em relação a efetivação dos direitos humanos. Ainda o papa João Paulo II, destacou a importância das Nações Unidas na proteção dos direitos, citando a mensagem bíblica, de que todos foram criados a imagem e semelhança de Deus, sendo irmãos e filhos deste Deus.

Após a Segunda Guerra Mundial, uma nova geração de direitos, voltada ao ser humano e ao destino da sociedade, se originou. Houve a criação das Nações Unidas em 1945, onde 51 países assinaram, proclamando então, os direitos e a dignidade da pessoa humana. Tais direitos ficaram conhecidos como direitos da solidariedade, concluindo o ciclo das gerações de direitos, pela criação da terceira geração.

A terceira geração, é um resumo da primeira e segunda geração, sob o aspecto da solidariedade, em favor do ser humano, seja de qual raça, cor ou credo, for.

A partir desta evolução, o homem passou a ser visto, como um ser que não é vinculado a nenhum Estado, e precisa de paz, de um desenvolvimento econômico e de um meio ambiente sadio. Segundo Kant (2005), o ser humano é insubstituível e se reveste de um fim e nunca de um meio.

O direito de solidariedade se baseia na realização ativa dos direitos anteriores aos quais, se somam outros direitos, agora os direitos difusos, e não mais individuais ou coletivos. Assim, o Estado, como detentor da soberania, deve aceitar como válidos direitos reconhecidos pela comunidade internacional.

A sociedade internacional é necessária neste novo modelo, pois se preocupa com a paz, o cuidado com o meio ambiente e o desenvolvimento, entre outros temas difusos e globais. Assim descreve nossa Constituição em seu artigo 4º, inciso VI, a defesa pela paz, como dilema de que se rege o país.

Deste modo, os aspectos deferentes aos direitos ao desenvolvimento, a autodeterminação dos povos e o direito a um meio ambiente sadio, estão expressos, por exemplo, na Declaração Universal de 1966, da ONU e na Constituição do Brasil, que engloba no seu artigo 4º inciso IX, o direito ao desenvolvimento, no inciso III, o princípio da autodeterminação dos povos e no artigo 225, dever de proteção ao meio ambiente.

Assim, o pilar dos direitos humanos, vem as ser, um querer coletivo, com o objetivo de resguardar a sobrevivência e o bem estar da sociedade.

Os direitos que se originaram na Segunda Guerra e da esperança representada pela criação da ONU, fizeram com que o Estado-Nação, se transformasse em Estado Constitucional Cooperativo. Fazendo gerar uma expectativa para a implantação de direitos humanos no plano regional e internacional. Portanto, os direitos de terceira geração, devem ser analisados com o objetivo de diminuir o problema da prestação de direitos fundamentais em cada esfera, sendo a solidariedade um dever e fundamento, para além das fronteiras territoriais dos Estados Constitucionais.

A Agenda-21, desenvolvida através da Conferencia Eco-92, realizado no Rio de Janeiro em 1992, serviu de influência para vários ordenamentos jurídicos internos. Ela descreve prioridades que devem ser seguidas entre países ou órgãos intergovernamentais, no âmbito do desenvolvimento. Além disso, descreve valores, cujo objetivo é preservar a dignidade humana, entre outras diretrizes.

Portanto, atesta Guerra Filho (2000) que a afirmação dos direitos humanos, decorre dos avanços retrocessos da humanidade. Cada geração contribui nas circunstâncias e características dos momentos históricos, influenciando no conhecimento de futuros modelos.

1.5 AS OUTRAS GERAÇÕES DE DIREITOS

Conforme demonstrado, muitos doutrinadores, como Bonavides (1999), acredita em uma quarta ou uma quinta geração de direitos. Define os direitos da quarta geração, como sendo o direito a democracia, a informação e ao pluralismo, diferente dos da terceira geração, solidariedade e fraternidade. Justifica-se a existência da quarta geração de direitos, para que sejam proibidas a falta de transparência, as ditaduras e o centralismo ideológico. Tais pressupostos são necessários para o desenvolvimento da cidadania, no futuro, bem como a liberdade entre os povos.

A paz, seria incluída nos direitos de uma quinta geração, sendo compreendida como direito à vida, e indispensável para o progresso da humanidade de todos os países.

Além disso, os efeitos da biologia, capazes de manipular a genética do ser humano, também são atribuídos pelo autor, aos direitos da quarta geração. Mas é possível identificar um novo valor da dignidade humana: a ética.

Por meio da ética, é possível identificar vários outros direitos e princípios vitais para o avanço da ciência, como por exemplo, no caso da comunicação correta da informação científica. Assim, sob o viés da ciência, foi promulgado em 2005 a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, configurando um novo patamar de orientação legislativa.

O artigo 2º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, descreve a importância da liberdade de pesquisa científica, mas salienta a importância de acontecerem, conforme os princípios éticos dispostos na declaração, como forma de respeitar a dignidade da pessoa humana e seus direitos.

Outros, doutrinadores, como Hans Jonas (2006), discorre sobre o tema, descrevendo que a ética cresce ligada a proporcionalidade, já que é proibido seu excesso (obstáculo ou retrocesso científico), e sua proteção é precária.

Deste modo, a doutrina brasileira, classifica o princípio da responsabilidade ou ética em várias condutas, entre elas a do dever de segurança, que obriga o Estado a proteger o indivíduo, através de medidas protetivas. Portanto, é reconhecido da relação do desenvolvimento técnico - científico, segundo os critérios de proporcionalidade.

Os casos que virem a acontecer, deverão ser analisados através do princípio da proporcionalidade, que verifica se houve uma efetiva

proteção estatal, se existiam outras medidas protetivas que assegurariam melhor o direito fundamental e se a legislação não satisfizesse o direito fundamental em questão.

Entretanto, o estudo opta pela divisão clássica das gerações, ou seja, liberdade, igualdade e solidariedade, vez que os novos direitos humanos, ainda exigirão várias batalhas até se impor perante o poder.

1.6 A TEORIA DA *DINAMOGENESIS* COMO FONTE DE DIREITOS HUMANOS

Verifica-se em Silveira (2010) que os direitos e liberdades foram conquistados através de várias lutas, seguindo o modelo ocidental, que é complexo, interdependente e dinâmico. Passando a formar, um corpo jurídico de instituições e normas, com o objetivo de tornar eficaz, a dignidade humana, por intermédio dos direitos humanos.

A *dinamogenesis* dos valores é um modo de explicar como se fundamenta o desenvolvimento do direito na história. Este modelo corresponde a ideologia de interpretação jurídica Wróblewski, ou seja, atividade de adaptação dos direitos às necessidades presentes e futuras da sociedade.

Assim, os direitos fundamentais são muito mais que normas escritas, são expressões jurídicas de valores morais ou éticos, resumindo-se no respeito e na dignidade da pessoa humana, como forma essencial dos direitos humanos.

Existem idéias a respeito, que se baseiam na teoria Pura do Direito Hans Kelsen⁴, para interpretar a norma. Para Kelsen (1990), a utilização de valores e princípios seria perigosa na esfera da justiça constitucional.

No entanto, faz-se necessário o entendimento do conceito de direito para entender como se consolida os direitos humanos. Direito é uma expressão de valores e de cultura da dignidade humana, considerando que esta é conhecida por todo o mundo, que exigem sua posituação e instituições jurídicas próprias.

Segundo Pablo Verdú (1984), defensor de jusnaturalismo crítico, os direitos humanos são procedimentos de um direito individual ou público subjetivo, dependentes da relação jurídica. Mas são valores

⁴ Kelsen considera a utilização de valores e dos princípios, que para ele desempenham papel, extramamente perigoso, especialmente no campo da justiça constitucional. (KELSEN, 1990, p. 186).

ocidentais derivados da compreensão da dignidade humana, advindo da cultura euro-atlântica que não considerava os valores de outras culturas.

Tais considerações representam uma manifestação do poder que domina em relação àquele que é dominado, fazendo necessária sua compreensão para conhecer as consequências da universalização dos valores, como da dignidade humana. Tendo como objetivo, o conhecimento moral e ético dos valores e suas expressões normativas das diferentes culturas do mundo.

O conceito de direitos humanos não é um só em culturas diferentes, mas pode se tornar possível à unicidade de um conceito, no âmbito de uma mesma cultura, havendo elementos necessários para formular um diálogo entre várias culturas, sobre seu conteúdo e significado.

Desta forma, o direito é enquadrado na categoria ciência cultural, pois o mesmo é uma obra humana que responde a estímulos das necessidades humanas, segundo Santos (2002). Assim, o direito concede a realidade humana de forma ativa, se desenvolvendo e mudando com o passar dos tempos.

Além de atender as necessidades humanas, o direito deve regular a realidade imprevisível e ativa da sociedade, sob pena de haver um vácuo entre a realidade e a norma, privando proteção a que os cidadãos tenham direito. Portanto a realidade muda com o passar dos tempos, podendo o direito também mudar, pois os conceitos e fundamentos, não iriam corresponder à realidade que se pretende proteger.

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, é uma forma jurídica representada pelos direitos humanos, manifestada pelo interesse econômico e cultural. As mudanças ao longo do tempo, fazem com que os princípios sejam usados, como forma de reconhecer novos valores exigidos pela sociedade.

Para o nascimento dos direitos humanos e seu reconhecimento, era preciso estabelecer uma base para a limitação do poder, dotando-os de conteúdo. Este conteúdo está descrito nos documentos medievais e as várias declarações existentes, como a Declaração Universal dos Direitos dos Homens. Nesta esfera, a análise do nascimento dos direitos humanos, faz-se importante considerar argumentos do direito, como por exemplo, a realidade social que vive em constante evolução, atuando sobre as várias realidades, convertendo-as em realidade social disciplinada.

Existe uma teoria tridimensional (REALE, 1997), que fundamenta os valores dos direitos humanos em três dimensões: fato, valor e norma.

Assim, como forma de garantir os direitos humanos, a partir do entendimento dos valores absorve-se como exemplo, a chamada *dinamogenesis*, ao qual acredita que os valores podem se resumir, com a observação sociológica, ou seja, que a sociedade apresenta a matéria prima para a construção jurídica da mesma. Desta forma, o direito se baseia na sociologia e na filosofia, pois a norma deve expressar valores e interesses da sociedade em um momento histórico, atuando os valores como integrantes das legislações.

Ao admitir um conteúdo ético em uma norma, pressupomos que as mesmas, são dotadas de valores. E para saber sua causa, é necessário estudar os valores que a lhe deu causa, no caso o princípio da dignidade da pessoa humana, como estrutura dos valores sociais, culturais, políticos e econômicos da comunidade. Portanto, os valores são a base de uma sociedade e de uma cultura, e da dignidade na vida da pessoa humana, é o motivo de existência dos direitos humanos, que deve ser expressado e concretizado.

Neste contexto, os valores se manifestam na sociedade como cultura, sendo o direito a forma de concretização destes valores. O direito como uma expressão cultural, é a base para a origem dos direitos e obrigações, sendo um efeito das mudanças da realidade social.

Assim, a base dos valores estuda a relação entre o sujeito, o seu juízo e o valor de seu próprio valor, dependentes do homem e de sua situação vital, em especial de sua relação com outros homens.

No momento em que o direito regula a conduta humana, através de normas e instituições, nasce o conceito de direito justo ou moral. Isso acontece quando o direito aceita e protege a conduta ajustada a estes valores, penalizando o que for contrário a eles. Portanto, o direito regula a conduta dos homens na sociedade, e assim seus comportamentos sociais devem se adequar as exigências de seus conteúdos de um dever-ser.

Desta forma, é possível prever como os valores operam e se manifestam em relação as normas, além de prever suas consequências. O nascimento dos valores ou a *dinamogenes*, de início são conhecidos *a priori*. Portanto, ainda não são conhecidos pela sociedade, se mantendo em uma posição suspensa. Existe apenas um mundo abstrato de valores, onde no centro se encontra o homem, ou seja, a humanidade.

Este círculo é organizado e limitado. Os valores vão adquirindo novas adaptações, se baseando nos originais e na sociedade, que irá definir novos valores. No momento em que são sentidos pela sociedade, começam a requerer vida, e assim nascem para a realidade, de forma que os valores que a sociedade não impõe são desconsiderados.

No entanto, não é o desejo que configura o valor em si. O sentimento do valor é individual e relativo, a partir deste enfoque, é que tornará o valor é definido. Assim, o valor se encontra na relação entre o objeto e o sujeito que deseja este objeto, portanto, o valor não depende da intensidade que é desejado este objeto, mas sim de sua constituição como dever-ser, essenciais para a sociedade.

Em relação ao círculo de valores, sem início ou fim, e que tem a função de delimitar a confusão no mundo axiológico, conclui-se que por meio do ordenamento jurídico, que deve refletir os valores da sociedade, é que se originam as normas.

Por meio dos valores, que já existem, pode se exigir, garantir e proteger através das normas. Pode-se dizer, que os valores são sentimentos, que são de suma importância para as sociedade, que em caso de ameaça, será defendido pela mesma.

A Constituição expressa a vontade de seu povo, de forma que os valores que ela expressa são os mesmos que sua sociedade deseja. E por mais que a globalização imponha valores aliados a seu interesse, não é possível descartar a ética dos direitos humanos, pois o direito nasce de uma sociedade livre, e por isso o direito deve regular a sociedade de forma justa, garantindo o que se considera valioso.

Segundo a pirâmide Kelseniana, o ordenamento jurídico se encontra na cúpula, juntamente com as normas e instituições desse ordenamento. Para Lucas Verdú (1984), as arestas são as dimensões axiológicas. De um lado se encontra a história, ao qual possui função matizadora, e do outro a estimativa jusnaturalista, que sua justificativa.

Assim, as culturas da sociedade contêm valores, que quando sentidos pela mesma se encarregam de protegê-lo e garanti-lo quando incluído no ordenamento jurídico. Caso contrário, o direito não irá satisfazer os interesses sociais, portanto interesses e direitos são paralelos.

Deve-se importar com a validade e vigência de um valor, pois alguns não expressam a mesma importância que outro isto porque, nem todos os valores descobertos são jurídicos. E as regras que se criam por meio de valores, contem eficácia, validade e vigência.

O direito não pode proteger o que não necessita de proteção, sob pena de regular valor que não possuem um devido conteúdo axiológico, que não passam de correntes sociais passageiras.

Observa-se que as normas valorativas, possuem vigência, quando estão enraizadas na sociedade, caso contrário se tornam inúteis e desnecessárias, e sua razão então, desaparece.

Por outro lado, as normas são validades enquanto devam ser cumpridas, ou seja, devem ter *potestade*. Portanto o direito é o instrumento, pelo quais os valores se tornam exigíveis e eficazes.

No *dinamogenesis*, a sociedade reconhece como importante este valor que fundamenta aos direitos humanos. Após, é impulsionada para que seja reconhecido pelo ordenamento jurídico, norteando conteúdos novos, que terão o dever de expandir o conceito de dignidade da pessoa humana. Esta por sua vez, será protegida pelo complexo de normas do sistema de direito.

Neste ínterim, a dignidade da pessoa humana, se liga aos direitos humanos, e integra a natureza de valores. Por este motivo, os valores se constitui acima das normas, pelo sentimento axiológico que os fundamentam, transformam e integram.

Enquanto a dignidade da pessoa humana inspira luta perante o poder, impondo-se na sociedade. A essência do direito como um todo, encontra-se fundamentado na sociedade brasileira sob a forma de direitos e liberdades fundamentais, que irão se desenvolver e irão dar forma a outros direitos, segundo a *dinamogenesis* de valores.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, deve atender a todas as sociedades, em cada momento histórico, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França.

Desta forma, os direitos humanos, nascem se desenvolvem e se modificam, inseridos em um contexto social. Originam-se, neste contexto também os direitos de primeira, segunda e terceira geração, decorrentes da necessidade de novos direitos demandados pela sociedade.

Como demonstrado anteriormente, os direitos de primeira geração, delimita a liberdade individual, em relação ao poder do Estado. Requer do mesmo, um comportamento de proteção, sem qualquer interferência na esfera do domínio individual.

Os direitos de segunda geração, caracterizam-se por ser direitos de cunho, social, econômico e cultural, exigindo que o Estado atue de forma voltada as mínimas condições de dignidade da vida humana.

Por fim, os direitos de terceira geração, atualmente já voltada para uma quarta e uma quinta, se volta ao campo de solidariedade, considerando o indivíduo, sem vinculo algum com qualquer Estado, mas em meio a uma sociedade com anseios comuns.

Os direitos humanos superaram a fase do reconhecimento jurídico, da legitimação e da existência de valores, direcionados ao respeito a dignidade da pessoa humana. Como por exemplo, os vários tratados internacionais, que têm por objetivo a preservação e

instrumentalização desses valores que são de interesse de toda a sociedade.

Para que ocorra a efetivação dos direitos humanos, se faz necessário o desenvolvimento das sociedades de todo o mundo, independente de credo, nacionalidade ou outras concepções individuais.

Assim, todo ser humano carrega uma dignidade que lhe é favorável, e que não é vinculada a ninguém. Este valor reconhecido pela sociedade e pelo direito, confere um significado diferente a dignidade da pessoa humana. Esta por sua vez, toma um perfil, uma orientação e conteúdo seguindo as dimensões dos direitos humanos, que não nascem de uma vez só, mas sim pelo contexto social de cada sociedade.

2 PLURALISMO JURÍDICO

2.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA

O estudo da teoria do pluralismo jurídico a ser trabalhado nesta pesquisa, tem seu fundamento em Boaventura de Sousa Santos, que em suas mais diversas obras encontra a profundidade e a sistematicidade do pensamento sociológico que envolve a complexidade do estudo de uma ciência apartada que pode compreender as mutações sociais do direito, retirando-o da esfera unicamente estatal formalista para uma esfera emancipatória. Da mesma forma que o fenômeno jurídico do pluralismo vem à baila no direito comparado por Santos (2000), no direito pátrio, a teoria formulada por Antonio Carlos Wolkmer, permite compreender o Estado Democrático de Direito através da ótica do pluralismo jurídico, bem como na visão da teoria crítica dos direitos humanos.

O pluralismo jurídico é um instituto que tanto pode ser reconhecido como um fenômeno, como ser tratado como uma teoria, que tem sua origem nos primórdios sociais, já que é de costume das civilizações a existência de normas positivadas, sendo o aspecto comum nos dias contemporâneos, bem como se sabe que num paralelo existem normas que possuem este caráter sem necessitar objetivamente de previsão legal expressa, cuja aplicação é indiscutível.

Embora não se tenho conhecimento pleno de como era o direito nas sociedades pré-históricas, sabe-se que não existiam regras codificadas como existem nos dias de hoje, ou seja, impostas pelo Estado para toda a sociedade que está vinculada às suas determinações. Naquela época, o direito existia através da manifestação de vontades dos pequenos grupos sociais, pequenas associações e vilarejos, de forma que cada grupo possuía seus “ordenamentos jurídicos” (EHRLINCH, 1986).

Por certo que as comunidades mantinham relações entre elas, embora suas normas jurídicas não fossem iguais. A ocorrência desse fenômeno poderia caracterizar uma primeira idéia de pluralismo jurídico, já que havia uma coexistência de ordens diversas para que os grupos sociais pudessem manter uma relação de convívio harmônico entre si, o mesmo ocorrendo com as civilizações antigas que embora fossem reconhecidas como Estado, não possuíam o monopólio legislativo.

Wolkmer (1989), afirma que na Idade Média ocorreu a valorização dos fenômenos coletivos e dos grupos sociais, que de forma organizada começaram a ter nas cidades ordenamentos jurídicos

próprios. Havendo ordenamentos jurídicos próprios, a convivência entre as cidades permite concluir que existia o pluralismo jurídico.

Bobbio (1992), já taxava a sociedade da Idade Média com caráter de pluralismo, quando afirmava que a regulamentação interna tinha como origem várias fontes de direito. Obviamente que não havia um Estado plenamente organizado, de forma a contar com normas positivadas e que poderiam ser aplicadas, mas era necessário ter uma base para aplicar o direito e buscar qual eram os direitos que deveriam ser reconhecidos. Esta norma era “escolhida”, entre os diversos ordenamentos jurídicos existentes que pudessem produzir efeitos perante a sociedade que lhes garante.

Já na Idade Moderna, o que se viu com as Monarquias, foi o crescimento das relações comerciais, o que automaticamente levava a necessidade de haver um sistema que fosse igual para todos e que permitisse que as regras fossem aplicadas para todas as relações comerciais existentes, o que gerou o conflito das diversas normas que eram independentes entre si.

Foi na Idade Moderna que surgiu o Estado-Nação que tinha como alicerce principal a unificação jurídica, fazendo com que todo o direito estivesse centralizado unicamente na mão do Estado, sendo que somente as normas jurídicas que emanassem desse é que poderiam ser consideradas, não havendo mais pluralismo jurídico, já que a pluralidade foi substituída pela imposição.

A discussão do tema voltou a tona no direito contemporâneo, como destaca Wolkmer (1989), com a discussão quanto à efetividade material, com a entrada de novos atores em cena, com legitimação para buscar seus direitos e a efetividade formal, decorrente da existência de um Estado Democrático de Direito, que origina um espaço comunitário descentralizado e participativo.

Pode-se afirmar que o grande “bum” do retorno das discussões acerca do pluralismo jurídico se deu na emergência do surgimento do fenômeno da globalização, vez que as negociações comerciais e empresariais passaram a ser realizadas entre pessoas de diversas nacionalidades e que se submetem a diferentes ordenamentos jurídicos, o que pode ser representado pela valorização do estudo do direito internacional, em seus aspectos público e privado, de forma que, sendo mais de um ordenamento jurídico aplicável pára cada situação, emerge o pluralismo jurídico.

Palácio (1993) nomina fatores que levaram ao fortalecimento do pluralismo jurídico, recebendo destaque a crise do modelo keynesiano; o surgimento da globalização; descentralização da produção de várias

empresas; enfraquecimento do Estado-nação; neoamericanismo buscando novo domínio por parte dos Estados Unidos da América; e a crise do sindicalismo e surgimento de novos movimentos sociais.

Por outro lado Santos (2001) divide a origem do pluralismo jurídico em duas fases, sendo uma de origem colonial e outra de origem não colonial.

Quando ele relata da origem colonial, diz respeito aos países que foram descobertos por outros Estados, considerados por ele como metrópole, que ao chegar no novo Estado se depara com uma população que já se encontra formada. O Estado descobridor impõe seu ordenamento jurídico que acaba por colidir com o ordenamento jurídico já existente nos grupos sociais das civilizações colonizadas.

Na origem não-colonial, três são os fatores que devem ser observados. O primeiro diz respeito aos Estados que já possuíam um ordenamento jurídico e mesmo assim resolveram adotar o sistema Europeu como forma de modernizar a legislação já existente. Um segundo é formado por países que na sua história sofreram uma revolução política e mesmo assim, mantiveram seu ordenamento jurídico. E o terceiro, são os Estados que mesmo invadidos conseguiram autorização manter o direito de suas civilizações primitivas em plena vigência.

Salienta Santos (2001) que em todos os casos narrados, o que se verifica é que o ordenamento jurídico existente nas civilizações que foram devastadas ou invadidas, mesmo com uma imposição de novos direitos, mantiveram suas normas, ainda que não com força para um todo, mas para realizar os anseios de cada internos desses grupos.

Por certo, que com essas noções gerais e linhas históricas, pode-se observar que o pluralismo jurídico sempre esteve presente na história das civilizações, por vezes com grande destaque pelos embates jurídicos, por vezes “esquecido”, mas sempre tendo como liame a existência de dois ordenamentos, não importando se um mais impositivo ou respeito que o outro.

2.2 CONCEITO DE PLURALISMO

Conceituar pluralismo jurídico não é uma das funções mais fáceis se for levado em consideração o fato de que se trata de fenômeno ou paradigma aberto e que se modifica dentre os mais variados ordenamentos no direito comparado e até mesmo no direito pátrio.

Reale (1964), ao falar do pluralismo, aduz sobre os princípios e sua forma, de modo que para ele, cada autor possui sua definição de

pluralismo jurídico, sendo que na sua concepção, a única coisa que é comum a todos os doutrinadores é o fato de que o pluralismo vai de encontro ao formalismo, sendo que a lei seria repudiada como forma, dizendo que o Estado não é a única fonte de direito positivada.

Conforme se verá no decorrer deste capítulo, Reale, não pode ser considerado como sendo o "dono da razão" neste aspecto, pois, quanto ao fato de que os conceitos quanto aos princípios e forma serem divergentes para cada autor, isso não se coloca em discussão.

Por outro lado, a afirmação de que os doutrinadores entendem que o pluralismo jurídico se configura como um repúdio a lei estatal, não pode servir como base.

A grande maioria dos estudiosos vêem no pluralismo jurídico um ordenamento jurídico que não pertence exclusivamente ao Estado, pois pode se formar de normas costumeiras, ou até mesmo de direitos positivados que não sejam emanados do Estado.

Na mesma linha, isso não significa afirmar que o direito decorrente da idéia do pluralismo jurídico ignore a existência do direito positivado de origem estatal, sendo que para alguns pensadores, as normas emancipatórias decorrentes do pluralismo jurídico só serão eficazes e válidas se não contrariarem o direito positivado imposto pelo Estado.

Para Silva Filho (2003), embora várias sejam as idéias conceituais nos mais variados pensadores, a concordância entre eles na sua visão é fato de que independentemente da sociedade, existe mais de uma forma de juridicidade e que o direito não é apenas produzido pelo Estado.

As afirmativas do autor explicam pontos que merecem destaque no estudo do pluralismo jurídico, já que o fato de que em cada civilização existem vários ordenamentos jurídicos capazes de gerar efeitos, bem como, que nem todos os direitos desenvolvidos e reconhecidos são oriundos do Estado, o que não impede que ele mesmo os reconheça e que tenham aplicabilidade nas relações jurídico-sociais.

Coelho (1987), acredita que o pluralismo embora de entendimento diversificado entre os mais variados doutrinadores, entende que o ponto comum consiste no fato de que o pluralismo jurídico é problema exclusivo das fontes de direito, porque está presente na sociedade, ultrapassa a vontade do Estado, bem como se trata de admitir a existência de vários ordenamentos jurídicos ao mesmo tempo.

A análise de alguns conceitos pode ajudar na clareza da conceituação no pluralismo jurídico.

O primeiro conceito a ser destacado é de Gierke, conhecido por muitos como o pai do pluralismo jurídico, defendia o pluralismo corporativo, pois afirmava que existiam as normas de origem não estatal, porém desde que fossem originadas de associações que possuíssem personalidade reconhecida, sendo que deveriam viver em harmonia com a norma estatal, recaindo sobre esta, certo grau de hierarquia. Reale critica tal pensamento tendo em vista que entende que a ordem jurídica e a ordem estatal não podem ser confundidas, mas devem viver de forma harmoniosa.

O francês Duguit citado por Reale, (1984) também considerado marco do pluralismo jurídico para alguns sofre graves críticas de Reale, tendo em vista que em momento algum seu objetivo é discutir a idéia de pluralismo, trabalhando somente a idéia de que o positivismo puro não poderia ser considerado como parâmetro único para o ordenamento jurídico estatal, ou seja, não afirmava o pluralismo, mas sim, combatia o positivismo jurídico.

Hauriou citado por Reale (1984) afirmava que o pluralismo jurídico era institucionalista, de forma que a ordem jurídica somente poderia ser emanada de uma instituição, sendo que o próprio Estado é uma instituição, sendo entendidas como organizações sociais que usam de sua autonomia para criar o direito.

Santi Romano (1977) dividiu o direito em dois grupos, sendo um formado correntes que são contrárias ao positivismo jurídico e outra contrária ao monismo jurídico estatal, de forma que haveriam vários ordenamentos jurídicos, formando uma pluralidade.

Carbonnier citado por Reale (1984) não defende uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, mas entende que existe uma pluralidade de interpretações sobre um mesmo ordenamento, sendo este único.

Vanderlinden citado por Reale (1984) afirma que o pluralismo jurídico, na mesma linha de Carbonnier, é decorrente da existência de um único ordenamento jurídico que pode ser aplicada das mais variadas formas.

Para Gurvitch citado por Wolkmer, (1999) o pluralismo jurídico corresponde a existência de uma diversidade de ordens, sendo algumas estatais e outras menores, sendo que estas menores seriam responsáveis pelas fontes de direito social, de modo que ambas coexistem de forma harmônica, vinculada a idéia de adaptação social da ordem emanada do Estado.

Levy-Bruhl (1988) entende que basta uma simples análise sob o foco do socialismo para perceber que existem determinações jurídicas

que são impostas pelo Estado e outras que, não necessariamente, emanem dos órgãos da sociedade global.

Correas (1996), define que o pluralismo jurídico passa a existir a partir do momento em que coexistem, no mesmo tempo e território, dois ou mais ordenamentos que sejam eficazes, com idéia de ser reconhecido perante a sociedade, que autoriza a sua existência.

Falcão citado por Wolkmer, (1989) entende que a ‘pluralidade das ordens jurídicas, é fruto da busca de nova legitimidade’, tratando que a pluralidade se reflete em visões divergentes, consensuais ou contraditórias, de um mesmo ordenamento jurídico.

Para Sousa Junior (1984, p. 55), o “corolário da ampliação do conceito e pluralismo jurídico é a concomitante ampliação do próprio conceito de direito.”

Santos (2000, p.121) aduz que “existe uma situação de Pluralismo Jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigorem (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica”.

Wolkmer (1997, p. 260) afirma que pluralismo jurídico é “a coexistência e interação, no interior de uma mesma forma de vida cotidiana, de múltiplas e diversas manifestações normativas não estatais”.

Derradeiramente cumpre destacar o que se retirou em comum na pesquisa referente ao conceito de pluralismo jurídico, pois, como se percebeu, a amplitude do conceito impede uma regra para firmá-lo com segurança.

Desta forma, o pluralismo jurídico possui características suficientes para firmar que se trata da necessidade de existência de dois ou mais ordenamentos jurídicos ao mesmo tempo e que possa ser aplicado a mesma situação, independentemente se de origem estatal ou não.

O objetivo do pluralismo é atribuir legitimidade as manifestações que não sejam unicamente oriundas do direito positivado estatal, permitindo com que cada sociedade possua normas mais justas a serem aplicadas para a sua realidade.

2.3 AS CORRENTES DO PLURALISMO JURÍDICO

Essa idéia multifacetária que possui a noção de pluralismo jurídico, permite também que, baseado em seu conceito, ele seja estudado pelas mais diversas áreas do conhecimento, como a sociologia, filosofia, política, economia e jurídica.

A primeira divisão foi observada por Reale (1984) que percebeu aqueles que defendiam o pluralismo sociológico-econômico, como Gurvitch, Duguít e Jéze e os que atuavam em prol do antiestatalismo jurídico, como Hauriou e Santi Romano.

Na área da antropologia, Wolkmer (1999) destaca Leopold Pospsil, bem como as formulações críticas de Griffiths, que apresenta o pluralismo como um fenômeno aceito e permitido pelo Estado e outra, em que o fenômeno se apresenta independentemente da vontade estatal.

Na área da sociologia Hoekema divide o pluralismo, pluralismo jurídico social, quando numa mesma sociedade coexistirem dois ordenamentos jurídicos, sendo um estatal e outro que não é reconhecido pelo Estado; e pluralismo jurídico formal, onde haverá uma sistema legal oriundo do Estado e outros sistemas decorrentes de fenômenos sociais, que são legalizados pelo Estado de forma materializada ou que são respeitados em razão do componente cultural existente. Se reconhecidos ou não, esta é outra circunstância.

No mesmo sentido sociológico, ganham destaque Ehrlich e Gurvitch, que ganharão tópico apartado para serem analisadas.

2.3.1 Teoria plurista de Gurvitch

O criador da teoria do direito vivo, trouxe a baila sua teoria, ao criticar de forma veemente o pensamento jurídico formalista, que somente entende como sendo o ordenamento jurídico a ser respeitado aquele está legalizado ou positivado, que o direito sofre mutações que são espontâneas e que independem de positivismo para se operacionalizar perante a sua sociedade.

Na prática ele utiliza de raciocínio que é eficaz, quando alega que o direito nasce das mutações sociais, oriundas das relações dos grupos sociais, é explicitado nas decisões dos magistrados e de uma pequena parcela do sistema legal.

O direito não pode ser visto como formado unicamente por fontes legalistas, pois, como se sabe sua origem é socialista, pois das relações existente em uma sociedade, é que passa a existir a possibilidade de um direito que seja uma ordem.

Nunca é demais lembrar que os grandes ordenamentos jurídicos são oriundos de manifestações da sociedade, pois, não há provas temporais de que as normas positivadas não tiveram como base a manifestação social; cumpre ainda verificar que as normas jurisdicionais, qual seja, as decisões dos órgãos julgadores também possuem origem nas provocações sociais. O problema que faz com que

a idéia de pluralismo jurídico venha a discussão é no fato de que, mesmo em um sistema estritamente positivista, a existência do processo legislativo, permite que o formalismo acompanhe os movimentos decorrentes das relações sociais. Por óbvio que não!

Defensor da idéia de que existe um direito social ou também chamado de direito de integração, que nasce muito antes de qualquer direito formalista do Estado, pois é necessário para a efetividade dos direitos que a sociedade se organize para que tenha uma convivência harmônica.

Para que a sociedade atinja seus objetivos, não basta a existência de direitos oriundos da sociedade, eles também devem ser materializados, como ordenamentos, para que possam ser exigidos pelos formadores da sociedade.

Por outro lado, este positivismo que exige a sociedade para eficácia dos seus direitos não precisa partir unicamente do Estado, bastando que exista uma forma para dar força obrigatória e que venha a integrar a sociedade, retirando a idéia de que somente a lei estatal possui força normativa.

Ele dividiu a corrente do pluralismo jurídico em três: teoria dos fatos normativos, exige que os fatos normativos sejam aqueles que correspondam a valores jurídicos e morais, que visem atender ao justo e que tenham sua origem nas ações que tenham origem na sociedade; concepção pluralista das fontes de direito, de forma que entende que o direito surge das mais variadas fontes geradoras, de modo que o Estado não monopolize as normas jurídicas, como sendo ele a única fonte, através do “acatamento” ao formalismo positivista; e característica imperativa-atributiva das regras jurídicas, já que o Estado não deve se preocupar unicamente com a resolução de conflitos, mas também em fornecer uma política social pacificadora da convivência em sociedade.

2.3.2 Na esfera jurídica

2.3.2.1 Pluralismo sindical e pluralismo corporativo (Miguel Reale)

No enfoque de pluralismo sindical, Reale (1997) afirma que fazem parte aqueles que possuem interesse central a economia, havendo dois Estados, um de ordem econômica e outro de ordem política.

Já os pluralistas corporativos, isolam a idéia de economia, mas concedem espaço para as corporações, como a sociologia, de modo que cada uma delas seja independente, soberana e descentralizada, principalmente no tangente aos serviços públicos.

2.3.2.2 Pluralismo jurídico estatal e pluralismo jurídico comunitário participativo (Wolkmer)

Para Wolkmer (1997) o pluralismo se divide em dois grandes aspectos, o primeiro chamado de pluralismo jurídico estatal que é reconhecido e controlado pelo Estado, em um segundo que é o pluralismo jurídico comunitário que é expresso através dos grupos sociais que possuem ordenamentos próprios e independentes dos Estados.

O pluralismo jurídico não seria utilizado somente para resolver conflitos, mas se preocuparia com fenômenos coletivos como a democracia participativa, os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e a racionalidade emancipatória.

A visão do pluralismo jurídico comunitário participativo permite que sejam contraditados os paradigmas do Estado moderno, liberal e monista. Resultado disso é o exercício da cidadania e a concretização da justiça social.

Os problemas passam a ser verificados quando analisadas as condições para implementação do pluralismo jurídico, como a legitimação de novos sujeitos, o surgimento de um novo sistema que responda as necessidades, a descentralização do poder público para a esfera participativa e a consolidação de processos que conduzam a uma nacionalidade manicipatoria.

No que diz respeito a legitimidade, verifica-se que os sujeitos que vão surgindo centralizam o novo paradigma como objetivo de modificação do processo histórico antes existente. Entende Wolkmer (1997) que “o desenvolvimento conjuntural e estrutural do capitalismo dependente latino americano favorece a interpretação das necessidades como produto de carências primárias, de lutas e conflitos engendrados pela divisão social do trabalho e por serviços vinculados a vida produtiva”.

Para que ocorra a quebra do paradigma societário já existente, vale lembrar, centralizador e autoritário, necessário se faz uma reestruturação política que permita aceitar a democracia participativa e entenda as necessidades dos novos legitimados.

Defende ainda que é necessária a existência de uma ética da alteridade, afirmando que “a ética da alteridade é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos seguimentos excluídos e se propõem gerar uma pratica pedagógica, capaz de emancipar os sujeitos oprimidos, injustiçados e apropriados”.

Já a idéia de racionalidade emancipatória, “trata da construção de uma racionalidade como expressão de uma identidade cultural enquanto exigência e afirmação da liberdade, emancipação e autodeterminação”.

A conclusão que se chega da utilização do pluralismo jurídico comunitário participativo é que os movimentos sócias além de preencher as lacunas deixadas pelos direitos estatal, também tem o condão de fazer surgir novos direitos desde que oriundos dos grupos legitimados para tantos.

2.3.2.3 Pluralismo jurídico tradicional, pluralismo jurídico progressista e pluralismo jurídico transnacional

O pluralismo jurídico progressista define a emancipação dos grupos sociais de forma a incentivar a participação de todos os segmentos e originar uma pluralidade de normas jurídicas em um mesmo espaço a vendo ou não conflitos, sendo suas normas estatais ou não.

Martins (ano), elege o pluralismo jurídico comunitário participativo de Wolmer como sendo a teoria que define o pluralismo jurídico progressista, já que a idéia de emancipação da ao pluralismo jurídico a liberdade para surgir uma produção de normas desvinculadas do direito estatal.

Alguns como Rangel (1997) elegend o pluralismo como sendo a alternativa sociológica que permite ao “pobre” buscar a juridicidade de seus direitos.

Cárcova (1998) entende que afirmar que o pluralismo jurídico existe ou não, não faz diferença, pois a evolução dos sistemas sócias automaticamente caminha para o desenvolvimento de valores emancipatórios já que o Estado, em sua produção positiva de normas, não consegue acompanhar a sociedade.

Lyra Filho (1999) prega que o pluralismo jurídico progressista utiliza de conceitos ideais para explicar o fenômeno, pois embora não se possa fugir da juridicidade do direito, também não se pode esquecer de que o direito jamais será uma coisa acabada.

O pluralismo jurídico tradicional surge como solução para o problema do neocolonialismo, pois entende que é inviável as idéias deste por contrariar organizações sócias e suas participações na vida jurídica.

De outra forma, o pluralismo jurídico transnacional contraria as correntes tradicionais e progressivas, pois se filia as noções de pós modernidade. Para esta corrente o direito paralelo se forma através de

ordenamentos que regulam determinadas situações entre os entes participantes de relações jurídicas autônomas sendo, ordenamento jurídico transnacional absorvido pelo direito positivo de cada Estado.

Para Martins (ano) o direito transnacional é materializado através de normas de direito material e direito formal, gerando obrigações às partes, como ocorre com *Lex Mercatoria* e as *INCOTERMS*, bem como pela criação de órgãos não estatais responsáveis por solucionar conflitos de forma eficaz, como ocorre com os tribunais internacionais de direito e as câmaras internacionais de arbitragem aceitas pelo direito internacional publico, direito internacional privado e pelos direitos internos de cada Estado envolvido.

2.4 PRÁTICAS ALTERNATIVAS DE EXERCÍCIO DO DIREITO

A idéia das práticas alternativas do exercício do direito surgem com o objetivo de criticar o direito estatal a partir do momento em que este não consegue através de suas normas positivadas atingir os direitos das minorias que se vêem excluídas da relação de juridicidade.

A divisão de Palácio (1993) a respeito das práticas alternativas é interessante e merece destaque neste momento.

A prática seria aquela oriunda dos meios oficiais seriam aquelas que nascem no próprio seio da legislação positivada estatal, quando permite que surjam novas formas de acesso à Justiça aos menos favorecidos, como acontece com a implementação dos Juizados Especiais, a Assistência Judiciária Gratuita, a mediação, a conciliação, a arbitragem, além de novos meios que visem a solução alternativa dos conflitos sociais.

Já a prática alternativa do direito e o direito alternativo, não podem ser vistas como expressões sinônimas, pois a primeira traz que os aplicadores das normas jurídicas, ao se depararem com uma situação determinada, devem interpretar a norma sempre em favor dos menos favorecidos, não necessitando existir um novo ordenamento jurídico, podendo ser realizado com a norma existente uma redistribuição da Justiça Social, como deixa claro Wolkmer (1999).

Conforme afirma Melo (2001), a Escola de direito livre, materializa a idéia do uso alternativo do direito, entendendo que o Juiz não deve ficar vinculado estritamente ao conteúdo da norma, tendo em vista que sua interpretação aberta para atingir a parcela “inferior” da sociedade é uma obrigação e não uma faculdade do operador, de forma que, se preciso for contrariar lei positivada para operar o sua conceito de Justiça, baseado no conceito latino de sentença, oriunda do *sentire*

(sentimento). No Brasil a materialização é expressa nos casos de equidade e uso da arbitragem.

Fica ainda a ressalva de que alguns instrumentos alternativos segundo Wolkmer (1999) estão as convenções coletivas de trabalho, ações coletivas e as resoluções de conflito envolvendo conciliação, arbitragem e os juizados especiais. Na esfera penal a utilização do júri popular para julgamento dos crimes contra a vida não pode ser deixado de lado.

Wolkmer (1999, p. 263) destaca quanto a convenção coletiva do trabalho que “afirma-se como um novo tipo de fonte institucionalizada, geradora de normas jurídicas advindas das relações sociais e materializadoras de uma autonomia privada coletiva”.

De outra forma, o direito alternativo consiste em uma espécie de direito que corre lado a lado com o direito estatal, tratando-se, diferentemente do uso alternativo do direito, como uma manifestação explícita do pluralismo.

Alguns autores, como Palácio (1993) dividem o direito alternativo, entre direito indigna, direito da mudança social que deriva de revoluções, e o direito insurgente que deriva da necessidade dos “mais fracos”.

Conclui-se portando, que o direito alternativo, decorrente das lutas das classes sócias menos favorecidas, tem como base uma teoria iminentemente pluralista já que sua fonte é não estatal o que não significa que somente irá contrariar.

2.5 O DIREITO SUPRANACIONAL: UMA PERSPECTIVA DO DIREITO OFICIAL

O direito supranacional está vinculado ao direito internacional, sendo que embora alguns doutrinadores elejam o direito internacional como uma espécie de pluralismo jurídico, este não é reconhecido pela grande maioria, pois somente teria efetividade a partir do momento em que fossem reconhecidos pelo direito interno, tornando-se, por consequência, uma norma de direito interno, ou seja, deixaria de ser um sistema paralelo, para fazer parte do próprio sistema positivista legalista de origem estatal.

Para melhor entender os fatos mencionados, alguns aspectos de direito internacional passarão a ser observados, mais precisamente na esfera de direito internacional público.

Inicialmente quanto ao processo legislativo, verifica-se que a existência de tratados, convenções e acordos de direito internacional são

firmados por mais de um ente de direito internacional público, quer sejam Estados, Organizações Internacionais ou a Santa Sé, para que tenham aplicabilidade no ordenamento jurídico interno, depende de ratificação expressa do Poder Executivo.

No Brasil, as normas de origem internacional, dependem de um decreto legislativo, que não permite modificação do texto a ser ratificado, bastando somente a promulgação pelo presidente do senado federal superada esta etapa é necessária ratificação pelo presidente da republica que transformara a aprovação em decreto presidencial.

Muitas são as teorias a respeito do poder estatal e suas vinculação ao direito internacional.

A primeira teoria prega a existência de um único direito nacional, não aceitando obrigações decorrentes de normas internacionais, sendo que estas permaneceriam como meras declarações que não imputariam qualquer efeito obrigacional, servindo o direito externo somente como parâmetro.

Uma segunda teoria conforme, Zeppeliu (2001) que não materializa a realidade atual afirma que toda norma de direito internacional seria aplicada imediatamente no direito interno independentemente de ratificação, tornando nulas as leis nacionais.

Uma terceira teoria, reconhecida como dualista, entende que as normas de direito internacional terão validade desde já para os Estados que fizerem parte do acordo que gerou a norma, porem para ter reconhecimento no direito interno, depende de ratificação. A ausência de ratificação impede a aplicabilidade das normas de direito internacional no direito interno, sujeitando os Estados que quedarem-se silentes às sanções impostas no direito internacional publico.

A sujeição de um Estado às normas de direito internacional não podem ultrapassar os princípios basilares da soberania, pois do contrario estaria sendo comprometido todo o ordenamento jurídico interno. Desta feita só poderá o Estado sofrer sanções retro mencionadas se a aderir as normas de direito internacional.

Todavia, a soberania estatal sofre algumas ingerências em razão da magnitude que deve ser dada aos direitos humanos como um todo, de forma que, a violação dos direitos humanos, principalmente aqueles considerados de ordem fundamental e que forem violados por um Estado que não retificou as normas comuns, fará com que este arque com as conseqüências de seu ato.

Consoante já mencionada anteriormente o fato de que as normas de direito internacional publico sejam consideradas normas de direito interno já que dependem de ratificação do poder estatal conforme

demonstrado anteriormente no seu processo legislativo, não podem ser considerados manifestações de pluralismo jurídico, já que não existe ordenamento jurídico paralelo.

Vale destacar ainda que as normas de direito internacional público são recepcionadas no ordenamento jurídico pátrio como sendo lei ordinária de forma que estão autorizadas a revogar disposições ao contrário.

De outra forma o Brasil no que diz respeito aos tratados internacionais que abordam os direitos humanos, ratificou em sua íntegra todos aqueles que possuem conteúdo de direitos e garantias fundamentais, que no Brasil possuem status de *clausula pétre*a, modificáveis somente por nova ordem constitucional.

Neste ponto cumpre salientar que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil e que versem sobre direitos humanos não possuem o mesmo tratamento que os tratados que abordam outros assuntos, pois estes não precisam do reconhecimento e do processo legislativo daqueles, de modo que acabam se incorporando e integrando de forma imediata no ordenamento pátrio, sendo recepcionados como qualquer outro direito fundamental interno.

O objetivo do tratamento acima mencionado encontra amparo no fato de que o princípio da dignidade da pessoa humana que é fundamento da república federativa do Brasil *reger*, independentemente da origem, a prevalência dos direitos humanos.

A conclusão é que, as normas oriundas do direito internacional não podem ser consideradas como normas que representem o pluralismo jurídico, porém, colaboram de forma essencial para o seu entendimento, principalmente através das disposições que tratam dos direitos humanos.

Obviamente que quando se fala em direito internacional, não se pode abandonar a idéia de que ele também tem sua vertente na esfera privada, sendo que neste, não se tem um único ordenamento jurídico que seja comum a todas as relações privadas que ocorrem envolvendo mais de um ordenamento jurídico pátrio. Como mencionado, as normas de ordem privada são iminentemente nacionais, pois dizem respeito as relações ocorridas em determinado país, entre seus pares ou que, de certa forma, exijam a participação do direito interno de cada Estado.

Desta forma, como é impossível impor um único regime jurídico para todos os Estados nas relações jurídicas de direito privado, a existência de determinações que sejam especificamente privadas, como aquelas decorrentes das relações comerciais, que são de origem não estatal, podem ser entendidas como manifestação plena do pluralismo, já que as normas embora, em alguns momentos sejam contrariadas,

convivem pacificamente no momento de sua aplicação e exigência, muito embora, na grande maioria das vezes, tenha como previsão na possibilidade de existência de conflito, outra manifestação do pluralismo jurídico, que é a utilização da arbitragem.

2.6 A DICOTOMIA MONISMO X PLURALISMO

O Estado Moderno trouxe consigo na sua formação o monismo jurídico, representado por definir o monopólio jurídico dominante como sendo a vontade estatal que deve prevalecer como única expressão de direito, não admitindo nada que não tenha origem no Estado.

O Monismo traz em seu bojo central a centralização de interesses individuais, da propriedade privada e da ética da racionalidade liberal-individualista, conforme salienta Wolkmer (1999).

A idéia era criar a impressão que o Poder do Estado seria inquestionável, o que fazia com que qualquer outro ordenamento que fosse originado no Estado fosse repugnado. A preocupação do Estado em manter o direito de forma centralizada, fez com que criasse um ordenamento jurídico positivo muito extenso, de forma a tentar legislar sobre todos os conflitos existentes na sociedade.

Ocorre que, o mesmo motivo que determinou a base do monismo jurídico, vem a ser o conflito que levou a sua crise, tendo em vista que a modificação muito rápida da sociedade, impulsionada pela globalização, integração capitalista, faz com que a cada momento surjam novos anseios e novas necessidades que precisam ser sanadas a todo tempo.

A exigência do Monismo de que todo o direito deve emanar do Estado através de normas positivadas dentro do seu sistema, porém a velocidade com que as relações jurídicas interpessoais ocorrem, não permite que o Estado através de seu moroso processo legislativo consiga acompanhar as transformações acima narradas.

A dicotomia existente entre o monismo e o pluralismo jurídico torna-se mais presente quando o pluralismo jurídico passa a oferecer resposta aos anseios da sociedade que se transforma rapidamente. Porém, o Monismo não pode reconhecer o pluralismo jurídico, pois, aceitar que possa existir um ordenamento jurídico que não tenha origem no Estado, seria abrir mão de suas bases.

A ausência de reconhecimento do Estado ao pluralismo jurídico não impede que ele estenda suas bases e sirva de referência para uma sociedade mais justa e igualitária.

Santos (2000) em suas obras afirma que o Estado nunca teve o monopólio do direito, pois para ele as sociedades modernas se formam

através da reunião de várias ordens jurídicas, sendo uma delas a estatal, que se trata da única negadora das demais ordens vigentes na esfera do socialismo.

Wolkmer (1999) entende que a teoria Monista, com idéia centralizadora e hegemônica, não consegue reagir a idéia do pluralismo jurídico, pois existem várias realidades e todas elas com suas particularidades, apresentando várias formas para a aplicação do direito e para a solução dos conflitos sociais existentes.

Na sua visão, o pluralismo jurídico é uma forma que tem origem nas sociedades que implementam suas necessidades, criam um direito que seja eficiente para as suas necessidades, agindo de forma paralela ao Estado.

Wolkmer (1999, p. 290) entende que “não se trata mais, como no velho paradigma do monismo estatal, de identificar e reduzir o conceito de legitimidade ao aspecto simplesmente jurídico”, já que o pluralismo jurídico independe das normas positivadas, sobrevivendo do simples consenso social na busca de ordem que sejam justas e atendam seus interesses.

O pluralismo embora não reconhecido pelo Estado, começa a despontar como um marco jurídico que acompanha o movimento e desenvolvimento social, sempre respeitando a dignidade da pessoa humana e a democracia.

Define Wolkmer (1999, p. 112) que as “normas impostas pelo movimento social, a sociedade organizada cria seu próprio ordenamento jurídico, paralelo ou complementar aquele garantido pelo próprio Estado, através da produção pacífica ou de processo de luta”.

O pluralismo jurídico ao ser reconhecido como fonte, possui também maior facilidade para ser aplicada e reconhecida, pois, basta a legitimação social, independentemente de reconhecimento do direito positivo estatal.

Wolkmer (1999) entende que o direito estatal e o direito não estatal, dentro de uma transição paradigmática, decorrente do pluralismo com o Estado permitira que ocorra uma supremacia de um deles em determinada circunstancia dependendo das condições e do avanço da sociedade. O perigo principal de impor uma sociedade que tenha regras fundamentadas na democracia, na descentralização e na participação, é a inexistência de eficácia no controle dessas normas, de modo que o positivismo institucionalizado poderá absorver as normas não estatais.

Desta forma, para que o direito que tenha como fonte as normas não estatais seja eficaz perante o Estado monopolizador, a sociedade legitimada para tanto deve se manter organizada, ativa e representativa.

Wolkmer (1999) ainda afirma que diversas são as vantagens que o pluralismo jurídico tem em relação ao monismo, como a primazia de interesses próprios de cada grupo; o equilíbrio entre os grupos sociais; a formação de instituições específicas; a independência das referidas instituições; e a descentralização jurídica .

Analisando a dicotomia existente entre o monismo e o pluralismo jurídico, percebe-se que as concepções pluralistas prevalecem sobre modelo estatal, já que a sociedade se encontra em constante modificação, exigindo que o direito acompanhe a sua evolução. Por outro lado quando se adota o pluralismo jurídico não se esta abandonando as normas positivadas pelo direito estatal, pois somente permite reconhecer a existência de ordenamentos jurídicos paralelos. Como bem afirma Maliska seria ingênuo aceitar que o Estado por recepcionar as normas pluralistas, jogaria fora todo seu ordenamento, deixando de existir como ente soberano.

O ideal demonstrado pelo pluralismo jurídico traz um modelo de sociedade jurídica em que o direito não tem origem unicamente no Estado, o que não importa em dizer que o Estado esta fadado ao seu fim. O que é necessário é a mudança de entendimento de direito apresentado pelo Estado, pois este não pode fugir das novas organizações sociais.

2.7 O UNIVERSALISMO E RELATIVISMO JURÍDICO NO ÂMBITO DO PLURALISMO JURÍDICO

Dando continuidade a discussão acerca da dicotomia entre o monismo e o pluralismo jurídico, merecem análise os conceitos do universalismo e relativismo jurídico.

A discussão entre os dois institutos centraliza-se sobre a possibilidade ou não de haver direitos comuns que são aplicáveis a qualquer ser humano, por se tratar unicamente de um ser humano.

O relativismo jurídico entende ser impossível a existência de qualquer direito comum relativo ao ser humano, pela sua própria condição, pois existem diferenças culturais e sociais que devem ser respeitadas.

Os relativistas, de outra forma não excluem a possibilidade de existência do pluralismo jurídico, tendo em vista que nada impede a formação de um direito paralelo que venha a garantir os direitos e garantias fundamentais. O que não se aceita é o fato de que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, somente por se tratar de pessoa humana.

Zeppelius (ano) trata o surgimento do relativismo perante uma imensa pluralidade de visões para uma pluralidade de conflitos, em que a inexistência de uma norma específica, tornaria ineficaz o direito de cada um dos Estados.

Sousa Filho (2003, p. 48), entende que é essencial no relacionamento entre os povos a existência de diferenças, de forma que o “universalismo teria que ser plúrimo, quer dizer, não é possível que um povo, ainda que lhe tenha sido revelada a verdade, possa impô-lo a outro povo, por mais bárbaros que sejam seus costumes”.

Quando os relativistas abordam os direitos humanos de forma que cada ordenamento jurídico tem o seu entendimento com relação ao que poderia ser considerado fundamental e aplicável a todos aqueles que fazem parte daquela determinada sociedade, sempre o fazem utilizando a regra da cultura como sendo o marco para definir o que pode e o que não pode em cada Estado. Desta forma, a diversidade cultural, levará a diversidade de conceituação de direitos humanos em cada um dos Estados, não podendo haver uma universalidade.

Por outro lado o universalismo jurídico entende que qualquer ser humano, independentes da existência de normas que lhe garantam direitos, sua condição gera direitos mínimos. Essa teoria é formada por um potencial histórico em que a sociedade foi evoluindo em prol da dignidade da pessoa humana nos preceitos dos direitos humanos.

Assim, mesmo que de forma internacional, dizer que os direitos fundamentais sobrepõe-se até mesmo às normas internas de cada Estado não é nenhum absurdo, tendo em vista que a comunidade internacional se legitima para exigir que os referidos direitos não sejam desrespeitados por qualquer ordenamento jurídico ou qualquer ato judicial ou extrajudicial dentro dos próprios Estados, podendo inclusive intervir, como tem acontecido no Oriente Médio, em que organizações internacionais acabam intervindo nos Estados Soberanos.

Lima (2002) entende que a universalidade dos direitos humanos é consagrada pelos atos que não devem ser praticados contra outros seres humanos.

Resta (2004), insere a idéia da existência de um direito fraterno, em que havendo respeito a moral e responsabilidade jurídica e política deve se dar através da amizade, em que as pessoas buscam a cidadania pelos ideais de inclusão e integração social.

Pode-se afirmar que ambas correntes doutrinárias, tanto o universalismo, como o relativismo possuem sua vertente a ser observada, em busca de um ideal jurídico, pois, não há como negar que a diversidade de culturas modifica os conceitos basilares de uma

sociedade. Todavia, também não pode ser excluída a situação de que todos os seres humanos devem ter garantidos o mínimo para a existência de uma vida digna.

A resposta para tais afirmações, seria a utilização de um direito universal consistente no livre arbítrio, que permitia que todas as pessoas pudessem partir de cada um dos indivíduos. A dificuldade repousa no fato de identificar qual o momento é considerado como certo para que o indivíduo faça a sua escolha, bem como no fato de que o consentimento consciente de cada um somente poderia ser admitido depois que ele tivesse conhecimento do diferente e não somente daquilo que lhe foi apresentado ou imposto.

As modificações sociais que ocorrem dia-a-dia servem de base para a discussão de qual seria o modelo ideal, o relativismo ou universalismo. Todavia, nada impede que ambos atuem de forma conjunta e coexistam sem precisar da exclusão do outro.

Sem defender expressamente qualquer um dos sistemas, pode-se afirmar que os reflexos causados no pluralismo jurídico são facilmente perceptíveis quando se aceita a idéia de que existe mais de um modelo a ser seguido e esta, razão da cultura, é uma opção do indivíduo escolher e aceitar as conseqüências de seu ato.

Este fato permite afirmar que o pluralismo jurídico caminha lado a lado com o relativismo jurídico pois pugna pela existência de mais variadas fontes, que originadas pelas sociedades legitimadas para o seu exercício devem ser reconhecidas na busca do respeito ao diferente.

2.8 MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS: DO INDIVIDUALISMO AO COLETIVO E OS NOVOS SUJEITO DE DIREITO

O pluralismo jurídico vai de encontro a preceitos que até então eram, observados como regra de uma sociedade, entenda-se aqui Estado, como as regras de individualismo, o sistema monista e o positivismo estatal.

As freqüentes mudanças que vão ocorrendo nas relações existentes na sociedade, exige uma rápida solução de conflitos, independentemente se as normas utilizadas estão ou não positivadas.

Wolkmer (1989) entende que a cada dia a dificuldade do positivismo estatal em lidar com as entidades de cunho coletivo emergem da inexistência de uma legislação adequada que atenda a necessidade de cada ente representativo, aliada a crise do Poder Judiciário, que não consegue dar efetividade as suas decisões, quer pela

morosidade com que seguem atuando, quer pela ineficiência de seus julgados que não conseguem promover a execução.

Não se pode negar que o sistema positivista pátrio, busca implantar as correntes pluralistas em seu ordenamento jurídico, como por exemplo, através dos Juizados Especiais e demais meio de solução de conflitos, merecendo ressalva a arbitragem, em que a legislação permite a sua execução, sem qualquer revisão, pelo Estado, de uma decisão que teve origem em terceiros não estatais que forma escolhidos livremente pelas partes, que também a escolheram como meio para a solução de seu conflito, quer previamente, quer no momento de dar a ele uma solução.

Wolkmer (1999), descreve que a sociedade pluralista convive com as diferenças e os conflitos sociais, acaba permitindo com que as sociedades estabeleçam os direitos coletivos através dos sujeitos coletivos legitimados, que através de seus atos concedem caráter de fonte jurídica às suas determinações.

A quebra de paradigmas proposta por Wolkmer (1999) consiste em abandonar o individualismo em prol do coletivo, impondo modificações nas regras e regulamentos, de forma a dar novos rumos aos meios de resolução dos conflitos sociais.

Warren (1997) estabelece que a mudança de paradigma se inicia através das inovações produzidas pelos movimentos sociais que acabam por estabelecer princípios valorativos comuns.

Gohn (ano) aprofunda mais o tema quando define que as ações sociais se formam por atores coletivos que fazem parte das diferentes camadas sociais, que pela necessidade política e social, acabam se unido para definir quais são os interesses coletivos que podem motivar as manifestações sociais, que através de movimentos passam a buscar os direitos daquele grupo considerado minoritário e que pelo próprio ordenamento jurídico positivo, não conseguem auto executar pela lei os seus anseios, buscando o reconhecimento de seus direitos pelo Estado.

O que deveria prevalecer era a vontade coletiva sobre a vontade individual, porém, muitas vezes não é isso que acontece. Sousa Filho (2003) descreve que no conflito entre direito individual e direito coletivo, este deve prevalecer, já que, é impossível que as normas consigam prever individualmente todos os direitos de cada indivíduo.

A utilização dos direitos coletivos, permite inclusive a sobreposição da vontade daqueles sobre o direito positivo estatal, quando este for direcionado somente a vontade individual.

Com base nessa idéia, tem-se a formação de um pluralismo jurídico formado unicamente pelas manifestações e pelos anseios de

cada comunidade, possuindo um fundamento múltiplo, informal e imutável, garantindo aos novos sujeitos coletivos de direito, a obtenção de uma norma que seja satisfativa, com a participação dos seus membros e descentralizada.

Para Sousa Filho (2003), o pluralismo jurídico, decorrente dos direitos coletivos não pode ser visto de forma individualizada, já que como garantia jurídica para a sociedade envolvida não se pode exigir a concordância expressa que revele a vontade individual de cada sujeito. Acredita ele que o problema é que, apesar de serem reconhecidos pela ordem constitucional, tais direitos coletivos, por não estarem positivados, dificultam a sua aplicação no momento da execução em juízo, que ainda é conduzido com base fulcrada no sistema formalista jurídico.

Para que ocorra essa conscientização da existência de um direito coletivo que deva ser respeitado e aplicado, devem os representantes sociais buscar a consolidação de seus ideais através de movimentos sociais organizado que venham a pleitear aqueles direitos para os quais estão legitimados.

A legislação positivista sofreu e está sofrendo com as mudanças oriundas do pluralismo jurídico, possivelmente sentindo de que são necessárias modificações para que os rumos não estatais ultrapassem as determinações legais oriundas do Estado, sendo que a cada novo sistema positivado, os movimentos coletivos ganham representatividade para requerer o que lhes pertence de direito, exonerando de vez o paradigma único de um Estado monista e individualista, em prol da coletividade.

2.9 PROTEÇÃO JURÍDICA À DIVERSIDADE CULTURAL E AO PLURALISMO JURÍDICO

O reconhecimento da existência de uma diversidade cultural, faz com o que o direito positivado estatal se preocupe de modo suficiente que acabe por disciplinar suas manifestações para agraciar as relações oriundas de cada cultura.

Todavia, afirmar que cada sociedade cultural, possua suas próprias regras jurídicas, seria confirmar a existência do pluralismo jurídico, o que, por parte do Estado, ainda está longe de acontecer.

Analisando por outro lado, a partir do instante que o Estado reconhece que uma diversidade cultural possui suas próprias normas de relacionamento e organização, bem como, possibilitar que no seu próprio meio resolva seus conflitos, trilhado estará o caminho para o reconhecimento do pluralismo jurídico.

Wolkmer (1989, p. 2000) afirma que “a legalidade liberal-individualista favorece, na atualidade, toda uma discussão para se repensar os fundamentos, o objetivo e as fontes de produção própria”.

Quando se fala em proteção à diversidade cultural, obviamente é contraditório afirmar a existência de uma globalização em massa, tendo em vista que este último fenômeno tenta romper as barreiras, até mesmo culturais para fazer com que exista uma só cultura, o que facilitaria a criação de normas jurídicas unificadas.

Porém, a diversidade cultural praticamente impõe que o direito tenha fronteiras que passem distantes do direito positivado pelo Estado, pois, não haveria ordenamento jurídico com capacidade para agraciar todas as diversidades em um Estado como o Brasil, por exemplo, de forma que, somente aceitando a idéia do pluralismo jurídico é que poderia ser garantida proteção aos direitos de cada grupo social.

Para Wolkmer (1989), o caminho para se obter o pluralismo jurídico como um sistema que leve a novos ordenamentos jurídicos, ainda é escuro e sem uma estrada bem definida, pois, na se tem certeza se ela se dará através de desregulamentação estatal, se através de procedimentos alternativos, ou ainda por uma ruptura total do sistema positivista estatal. Num estudo que levanta estes aspectos, não se pode deixar de lado que o caminho sequer venha a existir, porque pode ser que o movimento sequer venha a ocorrer.

Conforme Castro (2003, p. 82) aborda, o papel do direito é acompanhar o desenvolvimento social, de forma que ele deve representar exatamente o que a sua sociedade está passando, não podendo ficar estagnado, sendo que “o direito é um fenômeno social pela origem, pelo desenvolvimento e pela aplicação. Nasce da sociedade, desenvolve-se com ela e a ela se aplica.”

O direito não pode se apresentar contrário ou até mesmo diferente aos movimentos sociais da sociedade para qual ele se aplica, devendo sim, representar todas as suas mudanças para se chegar a realidade social que se encontra a sociedade.

Por outro lado, aceitar que o direito permaneça tendo como única origem o positivismo estatal, de forma a impor o direito nas mais diversas culturas, seria autorizar que ele invada a esfera de princípios que norteiam estes grupos sociais. Estar-se-ia invertendo a ordem que se busca, pois o ideal seria adequar as normas jurídicas à diversidade cultural das sociedades e não adequar as sociedades às normas jurídicas impostas pelo Estado.

Para que isso não ocorra, o próprio positivismo traz entre seus princípios e seus ordenamentos, regras que conferem proteção plena à

diversidade cultural, advindas do direito internacional através dos tratados e convenções internacionais que são aderidos pelo Estado; pela Constituição Federal que traz dentre seus fundamentos a garantia da dignidade da pessoa humana (garantia de respeito aos direitos e garantias fundamentais) e o combate ao preconceito contra os diferentes, de modo que devem ser respeitadas as manifestações culturais, sob pena de recebimento de sanções inclusive na esfera criminal.

Merece destaque ainda a convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial em que o Brasil ratificou e determina que não pode haver qualquer distinção ou preconceito da diversidade cultural, o que, *mutatis mutandi*, pode ser entendido como sendo a possibilidade de que sejam asseguradas a diversidade, pois quando se afirma que não podem haver preconceitos, também está se afirmando que não pode sofrer gerências oriundas até mesmo do próprio ordenamento jurídico positivado.

Importante destacar que a Constituição Federal traz em seu bojo, o reconhecimento dos tratados ratificados que tratem de normas de direitos humanos, sendo recepcionados como texto de ordem constitucional, dotado de característica de cláusula pétrea:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O Brasil neste aspecto acabou por ratificar vários tratados decorrentes de convenções internacionais que foram recepcionados no ordenamento jurídico pátrio como se fosse texto constitucional, tendo aplicabilidade imediata, por tratarem de direitos e garantias fundamentais, destacando-se dentre estes a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção para a Prevenção e Repressão dos Crimes de Genocídio, a Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Convenção 169 da OIT em relação aos povos indígenas e tribais e derradeiramente

merecendo destaque a Convenção sobre a Proteção da Diversidade das Expressões Culturais.

A Convenção sobre a Proteção da Diversidade das Expressões Culturais trouxe várias inovações a respeito da diversidade cultural, de modo que veio a entender que o referido respeito eleva a *status* de patrimônio da humanidade, ou seja, independentemente de ordenamento jurídico em que se encontra a pessoa, do meio societário que ela faça parte, os preceitos de ordem cultural não podem receber como sanção a imposição de normas que ultrapassem a dignidade da pessoa humana e deixem de lado a garantia aos direitos e garantias fundamentais.

O grande legado deixado pela Convenção retro mencionada se encontra no fato de que a diversidade cultural, representa a propriedade material e imaterial, pois agrega valor legal às culturas e suas conseqüências no meio social.

Por certo que o reconhecimento da diversidade cultural também pode se dar através dos ordenamentos jurídicos positivados dos Estados, porém o mais importante é a conscientização que cada um tem de que a defesa da diversidade cultural por agentes legitimados que pertencem aos grupos sociais onde ela se desenvolve e a sua publicidade, podem levar ao reconhecimento da juridicidade, independentemente da afirmação pelo Poder Estatal, o que contribuirá para que o pluralismo jurídico seja reconhecido no momento em que se garante efetividade, garantia e proteção jurídica a diversidade cultural.

2.10 AS PROPOSTAS SOCIOAMBIENTAIS EM DEFESA DO PLURALISMO JURÍDICO

Antes mesmo de adentrar especificamente nas propostas socioambientais, verifica-se que a preocupação não é somente voltada para as políticas ambientais, o objetivo é fazer com que os direitos coletivos, que em sua grande maioria possuem origem dentro dos grupos coletivos, já que alguns só assumem este aspecto por manobras políticas. Os direitos coletivos devem estar acima de qualquer prévia cominação, pois, como já afirmado no item que trata da diversidade cultural, os grupos sociais apresentam diferenças entre eles, e para que sejam exercidos os direitos necessitam utilizar de sua representatividade.

O surgimento, conforme Santilli (2005), do sociambientalismo no direito pátrio ganha força em meados dos anos 80, quando começa a discussão acerca da sustentabilidade ambiental e redução das desigualdades sociais, pois o desenvolvimento ambiental não poderia não ser afastado do desenvolvimento social e econômico, já que causam

impactos direitos nesses, de forma que é inviável o desrespeito de um em prol da evolução de outro, frente a sua estreita ligação.

A sustentação do socioambientalismo para Santilli (2005, p. 246) se dá “no reconhecimento e na valorização da biodiversidade, de forma articulada e sistêmica, sob a influência do multiculturalismo, do humanismo e do pluralismo jurídico”.

O pluralismo jurídico seria o meio adequado a ser utilizado para a produção de direitos e resolução de conflitos, que explicita-se através da democracia participativa, coletividade, necessidades humanas que precisam de caráter emergencial para a sua legitimação, formando práticas emancipatórias.

Pode-se afirmar que o socioambientalismo é mais uma corrente para que o pluralismo jurídico seja concretizado, já que merecem guarida do direito positivado estatal, bem como dos grupos sociais que devem pleitear a legitimação para vigiar de modo integral a sociedade e o meio ambiente, já que o Estado, embora tenha previsão, inclusive para coerção, não consegue estar em todos os lugares e meios sociais.

O socioambientalismo acaba sendo um dos meios utilizados para facilitar a aglutinação de elementos de origem social, cultural e político, gerando reflexos jurídicos em face de existência de uma união social. A proteção ao multiculturalismo acaba unido a idéia de preocupação com o meio ambiente, fazendo com que o a coletividade novamente venha a sobrepôr ao individualismo.

Os reflexos jurídicos acabam recaindo também sobre o direito de propriedade, tendo em vista que passa a ser relativizada nos seus conceitos, que antes a tinham como absoluta, que gerava direito absoluto ao proprietário, que hoje passa a ser reconhecido meramente como mais dos sujeitos da relação jurídica que tem como princípio mor a função social da propriedade, o que, sobremaneira, faz com que a coletividade esteja a frente do individualismo.

Santilli (2005) ainda define que os direitos socioambientais ao derrubarem velhos conceitos, como o noticiado acima referente a propriedade, também derrubam os paradigmas do individualismo e do capitalismo tão pregado no direito positivista do tempos modernos, que prega o excesso de formalismo, com ênfase ao patrimonialismo oriundo da cultura liberal, em que os bens patrimoniais pesam na balança de valores, mais que o bens constantes nos direitos e garantias fundamentais, o que facilmente se observa quando analisadas as penas existentes para crimes que ferem o patrimônio perante outros que ferem a integridade física da pessoa.

Tais conquistas encontram amparo nas conquistas da democracia e do socialismo político, que dotadas de natureza emancipatória, pluralista, coletiva e individualista, conseguem impor novos rumos aos dogmas jurídicos tradicionais que são fundamentados no positivismo Estatal.

Não há porque se iludir também ao afirmar que o direito fundamentado no socioambientalismo conseguiria se impor no lastro social somente através de normas não estatais, oriundas dos grupos sociais, até mesmo porque não é esta a idéia do pluralismo jurídico também.

Para que seja eficaz, os grupos sociais que buscam a biodiversidade econômica, social, política e ambiental dependem que os resultados das lutas apareçam no sistema legal constante do ordenamento jurídico, havendo por consequência uma alteração plena na cultura jurídica e na cultura da sociedade, que passará a impor normas que tenham além de caráter social, atendam as coletividades, mesmo que de encontro ao individualismo também previsto na esfera positivista.

No Brasil, o reconhecimento desses direitos, resultou em numerosas legislações que garantem o direito da coletividade, como a Lei da Ação Civil Pública, da Ação Popular, dos Crimes Ambientais, Código Florestas, Código de Defesa do Consumidor, dentre outras que poderiam servir como exemplo de positivismo dos interesses manifestação coletivamente na sociedade.

A democracia e suas garantias, dependem da existência de manifestação sociais, de garantia positivista às ordens decorrentes dos grupos legitimados que pregam pela diversidade cultural, reconhecimento de seus costumes e aplicação do pluralismo jurídico.

A teoria do socioambientalismo vê no pluralismo jurídico uma maneira de fazer cumprir a democracia, correndo lado a lado com as normas de origem puramente estatais, não podendo ser concebido, conforme afirmam os estadistas, como sendo uma afronta ao sistema vigente.

O que se busca inicialmente para dar efetividade aos movimentos como o socioambientalismo e o pluralismo jurídico é o reconhecimento por parte do direito estatal, de forma que, o reconhecimento do Estado dos direitos pleiteados por aqueles não fará com que estes deixem de existir, pois a positivação será a certeza de que tudo que está sendo discutido e pleiteado de forma coletiva possui eficácia plena, demonstrando, agora legalmente, na acepção da palavra, que a “luta” foi eficaz.

2.11 PLURALISMO JURÍDICO: UMA REALIDADE DO DIREITO E DA SOCIEDADE NO SÉCULO XXI

O cerne da pesquisa do pluralismo jurídico consiste na afirmação de que o direito de origem monista e positivado estatal não conseguem acompanhar a evolução social necessária, sendo necessário para o convívio em sociedade harmoniosamente que as normas jurídicas acompanhem o desenvolvimento das relações sociais, momento em que ingressa o pluralismo jurídico com as respostas esperadas, mesmo que utilizando de normas de origem não estatal.

Consoante já demonstrado, pode-se afirmar que o pluralismo jurídico está presente no ordenamento jurídico desde os primórdios, quando da existência dos primeiros diplomas legais, tendo em vista que não há como se conceber que a norma estatal possua velocidade suficiente para sozinha trazer as soluções para o direito, principalmente para os conflitos sociais oriundos das relação interpessoais.

Ora, não é de hoje que se pode afirmar que as pessoas não são iguais, e a presença desta diversidade faz com que existam oposições até mesmo com relação a norma ou de seu modelo, de forma que a diversidade exige também a necessidade de diversidade no tratamento do direito.

Toda a diversidade trazida até este instante, seja ela social através das relações e de seus grupos, seja ela cultural ou socioambiental, não pode ser confundida com a diversidade jurídica, representada pelo pluralismo jurídico, tendo em vista que esta prevê a existência de diferentes normas ou ordenamentos jurídicos que coexistam no mesmo tempo e espaço, não havendo obrigatoriedade de que um elimine o outro, podendo inclusive ser harmônicos, embora não seja este o procedimento comum.

O ideal pluralista utiliza de situações geográficas, culturais, religiosas, de desenvolvimento, econômicas, dentre outras, que fazem com que cada dia mais se veja uma sociedade com diferenças que exigem do direito, e não somente do Estado, uma solução para os seus conflitos que seja específica para aquele problema, que por consequência, deve ser específica para aquela determinada ocasião naquele determinado grupo social.

Por certo que essa solução não pode somente emanar do Estado com características monistas, mas pode e deve ser oriundo de um direito que se forma nos seios sociais legitimados não estatais.

O Brasil, conforme anuncia Wolkmer (1999, p. 286), em decorrência de sua enorme diversidade cultural e de etnias, “encontrou

ao longo dos séculos XVII e XVIII, uma tradução do pluralismo jurídico nos antigos quilombos e em certas reduções ou comunidades missionárias”. Durante o Estado Monárquico do século XIX, houve um certo pluralismo societário e jurídico, de teor elitista e conservador, enquanto que no século XX predominou uma cultura impregnada pelo positivismo republicano, pela consagração ideológica do monismo estatal e pelo centralismo legal, os quais tolheram todo um rico legado de práticas pluralistas.

Alguns pensadores, como Zippelius (2001), insistem em afirmar que o reconhecimento do pluralismo jurídico faria com que a ordem jurídica estatal deixasse de existir, já que seria impossível a existência de normas estatais que abordem determinado assunto e norma infra estatais que delimitem a mesma situação, o que, não pode prevalecer.

Sabe-se muito bem, que dentro do próprio ordenamento jurídico positivado, existem legislações que vão de encontro uma a outra. Prova disso consiste no grande leque de interpretadores que chegam a defender que no bojo da própria Constituição Federal existem normas que em determinados momentos serão contraditórias, afirmando ser possível que a própria normal constitucional seja declarada inconstitucional, surgindo fenômeno da inconstitucionalidade da constituição, o que se verifica facilmente quando analisados dois princípios que estão materializados no texto constitucional.

Ora, claro que é possível que a coexistência de normas que em determinado momento venham a se contrapor, sendo ambas de origem estatal, ou até mesmo sendo uma de origem estatal e outra de origem não estatal, como destaca o pluralismo jurídico em sua base teórica.

Ao afirmar que o pluralismo jurídico surge de mais variadas formas, também deve-se afirmar que se manifesta de formas distintas.

Inicialmente pode-se constatar nas sociedades formadas por comunidades que ficam abandonadas pelo Estado e que não recebem a devida atenção que deveriam, por fazer parte de sua própria estrutura, que estas para que possam conviver de forma harmônica, passam a exigir regras jurídicas próprias, formando seus próprios ordenamentos jurídicos dentro do ordenamento jurídico estatal, que, muito embora não tenha olhos para aquele grupo, sofrerá ingerência do novo ordenamento nele inserido.

O pluralismo jurídico reconhecido dentro dos sistemas legais existentes, ganha espaço perante o paradigma dominante, principalmente em razão da continuidade de um modelo jurídico moroso e ultrapassado que não acompanha o desenvolvimento social e que

permeiam na ineficiência e ineficácia das formas de solução de conflitos do positivismo estatal.

Papel importante na busca da materialização do pluralismo jurídico está presente no fato de que os operadores do direito possuem responsabilidade plena no fato de que devem abandonar a idéia de ter no momento de determinar a regra a ser aplicada em cada situação que lhes é apresentada, uma visão voltada unicamente para o ordenamento puramente fulcrado no positivismo - representado no estudo pelo formalismo - quando acima de sua obediência encontram-se princípios e direitos fundamentais e inerentes a dignidade da pessoa humana que estão um nível acima nas condições direitos humanos supra normativos.

Os instrumentos da emancipação política devem ser utilizados para que os operadores de direito abandonem a visão cega de que para a resolução dos problemas que lhes são propostas, aqui chamados de resolução dos conflitos, deve-se ater ao formalismo jurídico, independentemente de se tratar sua decisão uma afronta a justiça social que deveria ser almejada em cada decisão.

Vários são os fatores que estão levando os operadores do direito a não acompanhar o desenvolvimento social, principalmente os Julgadores, destacando-se a falta de experiência daqueles que fazem parte deste quadro; ao quadro reduzido de Juízes, gerando acúmulo de atividades, para os quais recebem cobrança dos Tribunais e de parte da sociedade, mas principalmente, pela vinculação que os Tribunais através de seus julgados fazem com que os Juízes não modifiquem entendimentos no sentido de adotar o pluralismo jurídico.

As lacunas que o direito positivado estatal deixa, faz com que as sociedades de forma célere se organizem para a criação de verdadeiros ordenamentos jurídicos utilizando-se de fontes não estatais, com origem basicamente em pactos realizado entre os sujeitos daquela sociedade.

Wolkmer (1999, p. 301) descreve que “o pluralismo surge devido à falta de atenção do Estado para com aqueles mais necessitados, pois é destas classes mais sofridas e mais necessitadas que surge a regulamentação estatal”, demonstrando claramente que seu entendimento é no sentido de que a positivação dos direitos é mais incisiva na regulamentação de vontades das classes dominantes da sociedade, que exercem através do Poder, normalmente financeiro, maior pressão por seus direitos ao Estado, que os atende antes de se preocupar com a coletividade que o contraria em suas bases.

Por outro lado, pode também surgir um movimento em que os membros de uma sociedade por se sentirem excluídos em razão de diferenças que decorrem do direito que lhes é apresentado, acabam

rompendo com a ordem estatal, utilizando em suas relações as normas não estatais internas a eles, excluindo, pois, o reconhecimento da norma estatal.

Uma outra forma que se reconhece ser eminentemente de pluralismo jurídico, consiste nas sociedades que existem no interior do Estado monista capitalista, mas que não fazem parte do modelo de produção e não estão integradas ao Estado monopolizador das relações jurídicas. Estas sociedades não sofrem qualquer interferência do Estado, sendo que somente aplicam seus direitos de forma independente, embora dentro do mesmo território e utilizando do mesmo espaço de tempo, como ocorre com os direitos dos indígenas, assim considerados, aqueles que sobrevivem de forma primitiva e que não mantenham vinculação, nem contato direto com a sociedade moderna.

Tais sociedades supramencionadas devem, para que possam se manifestar através de seus ordenamentos jurídicos, estar legitimadas para traçar suas regras jurídicas, exigi-las e aplica-las, inclusive utilizando de sanção. Isso significa dizer que nem todas as manifestações sociais que diferem do ordenamento jurídico positivado estatal serão consideradas normas jurídicas, mesmo que se constituam na vontade da maioria dos sujeitos daquele grupo social, como por exemplo ocorre nos grupos que operam através de meios ilícitos, como acontecem em grandes favelas brasileiras. Maliska (2000, p. 39) afirma que,

O pluralismo jurídico, para ser compreendido como expressão de emancipação de Direitos, do fortalecimento de uma ordem jurídica que possibilite a democracia como expressão maior de um povo, deve passar pela discussão em torno da existência concomitante de 'códigos' e 'códigos', ou seja, de uma ordem estatal que conviva e legitime ordens jurídicas insurgentes, representantes de direitos 'vivos', Direitos que nascem no dia-a-dia, na convivência social e que, por sua própria dinâmica, tornam-se insusceptíveis à apreensão por um único código estatal.

O pluralismo jurídico tem como princípio o fato de que ele não pleiteia a formação de uma nova sociedade que venha a sofrer mudanças drásticas pela formação de normas que por ela e por seus membros deverão ser obedecidas, mas sim, o contrário, ou seja, as normas se

formam graças as modificações dessa sociedade que as criou, podendo progredir e recuar na medida que tais condutas sejam necessárias na evolução apresentada pela sociedade e, por se tratar de normas não positivadas, suas modificações também são dotadas de simplicidades, nada impedindo com que preceitos hoje determinados, possam ser motivo de retrocesso amanhã para benefício da sociedade ou para resolver conflitos dela resultantes.

O interessante é que muito se fala que o pluralismo jurídico só se caracteriza se for contrário as normas ditadas pelo Estado. Todavia, a partir do momento em que se afirma que o pluralismo jurídico é independente do monismo estatal não existe a necessidade de dizer que ele repisa as normas estatais ou se ele as contraria, já que ele sobrevive independentemente do que tratar a norma estatal, como se o ordenamento jurídico estatal não existisse. Maliska (2000, p. 112) ainda descreve que,

[...] os movimentos sociais que expressam o pluralismo podem ser autônomos e independentes e também, na condições de atores políticos, buscar a aproximação do Estado, sem perder suas características. O importante neste processo todo é ter organização, posicionamento previamente discutido e propostas [...] sendo que a expressão direito significa tudo aquilo que está intimamente ligado à pessoa e ao grupo social ao qual ela pertence. O direito, não estando limitado ao estritos termos da lei, já não pode ser visto como 'uno'. A diversidade de formas de organização social, emanando normas próprias para regular seus membros, perfazem uma rede imensa de 'jurisdicidades' o que confere uma natureza 'plural' ao direito. Aí está a importância do pluralismo jurídico.

A carta magna brasileira, enriquece a existência de um pluralismo cultural, o que talvez possa ser um caminho para o reconhecimento do pluralismo jurídico.

A atualidade do direito está fazendo com que ele caminhe a passos largos para o pluralismo jurídico, mesmo sem admitir que isso esteja ocorrendo, mas mudanças, como a criação de novos meios de solução de conflito, como as câmaras de conciliação prévia e os tribunais de arbitragem; a retirada do judiciário de sua legitimação de

ser único órgão responsável por decisões, mesmo que meramente homologatórias, quando se permitiu que divórcios e inventários pudessem, ser realizados diretamente em cartórios extrajudiciais, são visíveis a olhos nus e o caminho é reconhecer o pluralismo jurídico, ainda que de forma implícita.

Como já mencionado anteriormente, o ordenamento jurídico positivado tem como origem única de suas fontes, a vontade do capitalismo que forma o sistema legal, impondo a vontade de poucos para a maioria. Talvez o grande sonho do Estado seria que a sociedade de calasse e aceitasse suas imposições como vontade de todos, já que democraticamente elegeram os representantes que ditam as normas por eles. Todavia, a sociedade que está cansada de ver normas para a minoria, está se organizando para que possa ter seus direitos legitimados, mesmo que de forma não estatal, fato que leva a operacionalização do pluralismo jurídico.

Para Wolkmer (1999), falar em pluralismo jurídico não significa romper a ordem estatal vigente, nem mesmo excluí-la de forma a tratá-la como inexistente, mas sim, permitir que a democracia garanta a participação dos grupos sociais legitimados expressando suas vontades e que possa operar na interdisciplinaridade.

A sociedade nos dias atuais vem sofrendo pela grande quantidade de pessoas que convivem próximas, se depara com a evolução tecnológica em contramão à miséria provocada por baixas rendas e pelo desemprego e por todas as formas de desacato às bases da dignidade da pessoa humana, exigem da sociedade a existência de novos paradigmas que possam resistir a tais modificações e alterações sócias, já que o positivismo jurídico estatal não consegue ou, por vezes, não quer acompanhar as movimentações.

Desta feita, os novos movimentos sociais, dão origem a sociedades, que organizadas entendem qual deve ser o seu papel na luta e, conseqüentemente, na formação de seu direito, já que buscam implementar suas necessidades fundamentais e habilitarem-se como formadoras de direito autônomo e independente da norma estatal.

Obviamente que a participação popular poderia se dar de forma que o próprio direito estatal determina, porém, basta simples análise para perceber a dificuldade para implementação de sua vontade nas três esferas.

Como criador de normas no legislativo, a participação poderia se dar somente através de vinculação de representantes eleitos pelo voto direto; pelo plebiscito; exercício do referendium; utilização do veto popular em projetos de lei; convocação de audiências públicas, voto

distrital e os conselhos populares, obviamente, que todas modalidades de participação se cumpridas séries de requisitos considerados essenciais e exigidos pelo ordenamento jurídico positivista.

Na esfera do Poder Executivo, a participação poderia ocorrer através do planejamento, propostas e projetos a serem apresentados em orçamentos participativos; representações em entidades administrativas descentralizadas e no exercício de um controle que facilite a informação.

Quanto à esfera do Judiciário, podem se dar através de câmaras de arbitragem; criação de conselhos de conciliação e mediação e criação de tribunais regionais, a exemplo do Tribunal do Interior implantado na Comarca de Chapecó. A possibilidade de controlar a atividade judiciária através de remédios constitucionais e/ou através de ações com caráter popular, também podem ser considerados meios de participação social no Judiciário.

O foco do pluralismo jurídico é fazer com que o reconhecimento dos movimentos sociais em prol do resgate de direitos coletivos, políticos e jurídicos, permitam legitimar os novos agentes para que evoluam na criação de um ordenamento jurídico desvinculado do direito positivado Estatal.

Ora, como se sabe, sempre que se falou em conceito de juridicidade, esteve ele vinculado a noção de que se tratava de escopos de jurisdição, ou seja, a função do Estado tem em dizer o direito e dar os referencias, que também pode-se ler como fontes para a criação de um ordenamento jurídico que fosse guia para as relações e para solução dos conflitos existentes na sociedade. Todavia, o pluralismo jurídico vem de encontro a este conceito tido por ele como ultrapassado, tendo em vista que admitindo que o direito também possa ter como fontes as relações sociais não positivadas, está também se admitindo que o conceito de juridicidade, também pode ser estendido, para agraciar o direito oriundo de fontes não estatais, que não deixam de ser dotados de legalidade.

Vale lembrar que o Estado monista positivista não ignora a possibilidade de utilização de fontes que não estejam positivadas, ou seja, que sejam consideradas não estatais, desde que sejam verificadas na por usos, costumes e princípios gerais de direito, na ausência de lei estatal e desde que não contrarie o que nela foi determinado.

O monopólio legislativo do Estado, com advento do reconhecimento legal das fontes não estatais, sofreria um grande impacto no seu sistema, já que o pluralismo jurídico é considerado grande ameaça ao sistema monista positivado do Estado.

O que mais impressiona de toda a discussão repousa no fato de que a visão de ambos os movimentos, quais sejam, o monismo estatal e

o pluralismo jurídico é no sentido de que o primeiro reconhecendo o segundo, significaria a queda do Estado, já que estaria sendo retirado o caráter de dominador, impositor e centralizador do poder de dizer o direito, o que não em verdade não necessariamente ocorreria.

Na mesma linha, alguns defensores do pluralismo jurídico entendem que para que ele seja legítimo é necessário que se configure num sistema que contraria a lei estatal positivada, o que também não precisa ocorrer.

O reconhecimento do pluralismo jurídico por parte do Estado, faria com que este aceitasse, como na prática já ocorre, a existência de um novo sistema jurídico que também servisse de fonte ao direito, tornando até mesmo a atuação dos operadores, que utilizam das normas para realizar os julgamentos, facilitado, vez que o direito estaria acompanhando as modificações sociais e estaria dando tratamento diferenciado aos desiguais, no que diz respeito aos aspectos sociais, culturais e políticos de cada grupo social legitimado.

Existe, portanto, a necessidade de fazer com que a figura de um sistema jurídico positivado estatal que dependa unicamente de si promova espaço para novos ordenamentos jurídicos que originam-se de fenômenos sociais que representam as necessidades de cada uma das sociedades que possuam representatividade e que podem se modificar de forma mais célere do que o moroso processo legislativo estatal previsto em nosso sistema Constitucional.

Não está se falando em dar liberdade para que todas as comunidades sociais passem a ditar ordenamentos jurídicos de forma descontrolada e sem a devida legitimidade sob pena de estar inserindo em campo descontrolado, pois, não há como negar que o Estado, apesar de todas as críticas aqui desenvolvidas ainda apresenta um modelo de organização estrutural que será penoso para os direitos plurais alcançarem, pois não são alçados de Poder Pleno, porém, devem partir da possibilidade de ser referência para a própria conduta estatal, tanto administrativa, legislativo e, principalmente, do Poder Judiciário.

Não admitir que os grupos sociais sejam formadores de suas normas internas, mesmo que muitas vezes, de mero relacionamento, seria contrariar o plano fático das relações interpessoais e jurídicas. E a conseqüência também é lógica, pois, reconhecendo a existência de normas de relacionamento, está se direcionando a idéia de que serão utilizados meios de resolução de conflitos para solucionar aqueles que lhe são apresentados.

Uma certeza que se tem sempre em que se fala em prestação jurisdicional estatal é de que o Estado precisa modificar o modo de agir

para oferecer às suas pessoas, uma resposta que tenha mais efetividade, já que a morosidade é gritante. Hoje, ao analisar as circunstâncias de um processo, depara-se com uma lentidão oriunda de um sistema legal antiquado e repleto de “armas” para atrasar a resposta do Estado, de modo que, quando o titular do direito busca a resposta e subroga o Estado para executar o seu direito, muitas vezes já não necessita mais dessas respostas ou não consegue tornar efetivo o julgamento pelo decurso do tempo.

Estas verificações por si só exigem que os operadores busquem em outros locais, alternativas para resolver os conflitos de forma prática e eficiente, sem que necessitem modificar diretamente o direito positivado que o Estado lhe apresenta, sendo que repousa no pluralismo jurídico uma solução que seja justa para cada grupo social que necessite assegurar a Justiça a seus pares.

Vários são os aspectos que modificam as relações interpessoais existentes nas sociedades, sendo que a globalização merece destaque, pois, o fenômeno introduziu no seio da sociedade, uma rápida interação entre os entes sociais, já que as barreiras anteriormente existentes munidas dos preceitos de manutenção da soberania caíram, de forma que juntamente à evolução tecnológica, elegeram novas situações que o direito positivado não foi capaz de acompanhar.

Desde o Império Romano, passando pela Idade Média, era visível a existência de uma pluralidade de ordenamentos vigentes no mesmo espaço político-social. As modificações ocorreram com o crescimento da burguesia, que foi ao encontro da filosofia positivista, que acabou por centralizar no Estado, toda a produção jurídica, estabelecendo somente interesses da elite, agora política.

Com a entrada do século XX, alguns jusfilósofos como Santiromano e Georgio Delvecchio, embora admitissem que o direito positivo fosse superior e impositivo perante os direitos da sociedade, a idéia pluralista na foi rechaçada.

Georges Gurvitch e Eugen Erlich compreendem que o direito não é somente aquele prescrito pelo Estado, mas sim o direito originado de relações comuns entre pessoas e comunicações sociais. Segundo Erlich (*apud* SOUTO, 1999, p. 114) “para conhecer o Estado real do direito, temos que investigar o que a sociedade humana produz”.

O pensamento converge de igual forma, quanto ao pluralismo jurídico para Erlich citado por Souto, (1999, 125)

Entende que a legislação estatal não é a única nem a principal fonte do mundo jurídico, existindo

outros numerosos grupos sociais ou sociedades globais, independentes do Estado e capazes de produzir formas jurídicas. Cada grupo possui uma estrutura que engendra sua própria ordem jurídica autônoma reguladora de sua vida interior.

O período pós segunda guerra mundial, fez com que alguns antropólogos, dentre eles John Griffiths, propusessem o pluralismo jurídico como idéias de rompimento ao centralismo jurídico, conforme cita Wolkmer (1999).

Santos (2001) traz este novo paradigma caracterizado pela existência de vários ordenamentos jurídicos em um mesmo espaço, de forma positivada ou não.

O mesmo autor destaca a importância de compreender o pluralismo jurídico nos tempos atuais, desde que o Estado reconheça a sua aplicação e validade (SANTOS, 2001) uma das virtualidades mais interessantes da cartografia simbólica do direito consiste na análise do efeito da escala da estrutura e no uso do direito. O Estado moderno se assenta no pressuposto de que o direito opera segundo uma única escala, a escala do Estado. Durante muito tempo, a sociologia do direito aceitou criticamente este pressuposto. Nas últimas três décadas, a investigação sobre o pluralismo jurídico chamou a nossa atenção para a existência de direitos locais nas zonas rurais, nos bairros urbanos marginais, nas igrejas, nas empresas, no desporto, nas organizações profissionais. Trata-se de formas de direito infra-estatal, informal, não oficial e mais ou menos costumeiro.

Como primeiro pressuposto para a existência do pluralismo jurídico, tem-se a preexistência de duas ou mais normas que sejam aplicáveis a situações semelhantes, oriundas de diferentes centros produtores, sendo cada uma delas dotadas de validade. Porém, a eficácia não precisa ser alcançada por todas as normas, já que na resolução de conflitos, somente uma delas será recepcionada.

No Brasil, Sousa Junior (1984) definiu o pluralismo jurídico como sendo aquele fenômeno que ao ser observado por uma visão dialética compreende dos direitos além dos limites meramente positivados para alcançar a realidade de ordenamentos plurais e conflitantes. Para ele a pluralidade de ordenamentos, se fundamenta *ubi societas, ibi jus* (onde há sociedade há direito), já que o direito positivado, nada mais é do que o resultado de um reconhecimento antropológico do que o sucede, ou seja, das movimentações sociais é

que surge a necessidade do direito, que posteriormente é reconhecido pelo positivismo.

Por outro lado, Lyra Filho (1999) atestou que a pluralidade é decorrentes da pluralidade de segmentos sociais, de forma que o pluralismo nada mais seria do que interpretar os direitos positivados como sendo normas impostas ou reconhecidas pela classe dominante, a partir da produção das diferentes classes sociais.

Segundo Wolkmer (1999), a estrutura do Estado Moderno é fundamentada no direito positivo/formalista, que há muito deixou de ser eficaz para as atuais sociedades de massa, tendo em vista que estas, em decorrência de contradições sociais e instabilidades sócio-econômicas, passaram, a sofrer crises no critério de aplicação da justiça.

O que se percebe é que o período pós idade moderna e contemporânea, vinculado ao fenômeno do grande avanço das ciências de forma a levar o capitalismo acima do socialismo, bem como as integrações entre os Estados, não podem ficar reféns de um monismo jurídico.

Como forma de combater esse monismo jurídico, os críticos à teoria dos direitos humanos implantada no Estado Democrático de Direito, passaram a desempenhar alternativas que permitam tornar dinâmico o direito, frente ao desenvolvimento da ciência social, operacionalizando-se através de paradigmas diferentes, de forma a utilizar de questionamentos legitimados, que possibilitem várias formas de aplicação da norma jurídica baseada em critérios críticos, sempre que houver duas possibilidades de aplicação de normas jurídicas diferentes.

Esse estudo é fundamentado na proporção de mudanças sociais, de forma a emancipar o homem de sua condição de vítima de um direito unicamente positivado, fechado e falsamente interpretativo. Por certo que a teoria crítica não visa exclusivamente destruir o modelo positivista existente, mas sim ofertar aos grupos sociais, alternativas para eventuais crises do direito constitucional e suas ramificações.

Um dos problemas de tratar o pluralismo jurídico como um novo paradigma do direito repousa no fato de conceituar paradigma. Obviamente, ficaria, mais fácil trata-lo como fenômeno que exerce influência direta nas questões e conflitos apresentados pela sociedade. Assim, embora criticamente possa dizer que o paradigma inibe críticas, o surgimento de um paradigma revolucionário, importa em mudanças que podem “destruir” problemas do paradigma anterior.

O principal objetivo do pluralismo jurídico, como este novo paradigma, segundo Wolkmer (1999), visa ter como base multidisciplinar o pluralismo como meio de reconhecer e legitimar

emergentes normas estatais, normalmente oriundas de conflitos sociais, guerra de forças e ausências de lacunas originadas pela rápida evolução humana.

Para Wolmer (1999), a condição para a construção desse pluralismo é que ele seja aberto, participativo e democrático, de forma a absorver carências, transformações e necessidades de novos direitos contemplados no positivismo.

Wolkmer (1999) mostra o pluralismo jurídico como forma de permitir o acesso à justiça, aproximando o direito dos anseios sociais, renascendo a idéia de Justiça Plena, ao afirmar que a intenção do pluralismo jurídico não objetiva negar ou minimizar o direito positivado e imposto pelo Estado, mas reconhecer que ele se trata de uma das forças que podem ser reconhecidas pela sociedade como norma regulamentadora. Para ele o pluralismo consiste na coexistência de ordens jurídicas distintas, tendo como meta práticas normativas autônomas e autênticas que têm como fonte diferentes forças sociais ou manifestações desde que reconhecidas e controladas pelo Estado, de forma que, em determinado contexto social periférico, a consequência seria o surgimento e a implementação de novos direitos.

Como se observa, não apenas o Estado é que faz surgir o direito, mas também a sociedade é capaz de ser fonte de novos direitos, desde que nos limites oferecidos pelo Poder Estatal. Nesse sentido, o pluralismo serve como um novo paradigma, conforme assevera Wolkmer (1999, p. 86):

[...] a cultura jurídica brasileira é marcada por uma tradição monista de forte fluxo kelseniano, ordenada num sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção transforma o direito e a justiça em manifestações estatais exclusivas. Esta mesma legalidade, quer enquanto fundamento e valor normativo hegemônico, quer enquanto aparato técnico oficial de controle e regulamentação, vive uma profunda crise paradigmática, pois vê-se diante de novos e contraditórios problemas, não conseguindo absorver determinados conflitos específicos [...].

Desta forma, o centralismo jurídico estatal montado para administrar os conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas

sociais. A estrutura legal tem procurado historicamente minimizar e desqualificar a relevância de toda e qualquer manifestação normativa não-estatal, consagradoras da resolução de conflitos por meio de instâncias não-oficiais ou não reconhecidas institucionalmente.

A nova proposta, embora influenciada pelo pluralismo estudado pela democracia liberal busguesa, apresenta uma proposta contrária, já que aquela era tradicionalmente conservadora e voltada a resolver os conflitos da elite. Esta, no entanto, possui paradigma progressista, de produção científica da teoria do direito, de forma a se apresentar descentralizadora e democrática.

Trata-se de uma realidade de inúmeras formas de ação prática, com caráter interdisciplinar, criando-se um novo direito, desmonopolizado pelo Estado e com aplicação direta pelo grupo social que compõe o Estado.

Este novo pluralismo, para Wolkmer (1999), passa obrigatoriamente pela nova definição das relações entre o poder centralizador do Estado e a luta pela independência pelos resultados do movimento social, representados por associações, sindicatos, comunidades... .

O pluralismo progressista, para que seja coerente e na fuga o ao direito maior de um Estado, deve levar em consideração a legitimidade de novos direitos coletivos; a implementação de um sistema que possa satisfazer os anseios sociais; democratizar a participação dos entes sociais nas decisões públicas; e objetivar uma emancipação que não abandone a razão.

Especificamente no direito brasileiro, a crise do direito positivista individualizado, aliada à crise de identidade do Poder Judiciário, facilitou a introdução do pluralismo jurídico no ordenamento pátrio, já que este permite através da ampliação dos horizontes, uma solução de conflitos, mesmo que não positivada para a norma a ser aplicada.

3 DIREITOS EMANCIPATÓRIOS NA VISÃO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

No dizer de Herrera Flores (2007, p. 23), os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam, neste sentido, uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana. Para Carlos Santiago Nino, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana.

O período atual está marcado claramente pela existência de ambiente sócio-cultural avassalador no sentido de que uma pequena parcela da sociedade, formada por grupos sociais reconhecidos como dominantes, segue ditando sequências de criação e destruição social, de forma que, nem mesmo precisam pensar no que estão fazendo e quais as condutas estão os guiando já que são engolidos pelo sistema que eles intercederam para se impor, estando, por assim dizer, com seus atos plenamente automatizados.

Porém, do outro lado, se encontra uma parcela da sociedade, formada pela maioria dos grupos sociais, que só tem uma tarefa explícita e compulsória, que é buscar a melhor forma para se adaptar as alterações e imposições sociais que parte da minoria dominante, que encontra dificuldades para pleitear quaisquer mudanças no escopo social, quiçá jurídico, tendo em vista que o Estado centralizador que representa a maioria, mas atua dirigido pela minoria, dificulta qualquer ato que seja contrário aos objetivos autoritários de sua figura.

Baseado nesta busca, que poderia se afirmar frenética é que serão analisados os fundamentos históricos, para ofertar uma resposta que permita inicialmente reconhecer os direitos emancipatórios pelo próprio direito, para ao final, afirmar se os direitos emancipatórios, além de possuir vertentes positivas, as quais são observadas pelo mais variados autores, podem apresentar correntes negativas, que critiquem o sistema como um todo.

3.1 SURGIMENTO DO ESTADO LIBERAL E A EMANCIPAÇÃO SOCIAL

O surgimento do Estado Liberal, fez com que o Estado centralizasse de forma a exercer o monopólio de criação e por assim dizer, administração de todo o direito, de forma que, somente as normas

oriundas dele seriam reconhecidas como normas dotadas de juridicidade, o que de certa forma, fez com que surgissem conflitos entre a regulação social e a emancipação social, já que passariam a ser guiadas pelo direito.

A primeira consequência dessa discussão repousa no fato de que qualquer prática emancipatória poderia ocorrer desde que fosse autorizado pelo Estado, o que por consequência, pode-se afirmar, autorizada, pelos grupos sociais detentores do Poder Estatal.

Wallerstein (1990) afirma que à época, observou-se que a emancipação social deixou de ser o contraponto expresso da regulação social, pois ela foi camuflada pelo Estado como sendo o rosto da regulação social. A grande preocupação dos liberais era em frear qualquer evolução das classes sociais reconhecidas como perigosas – formadas pelos derrotados na revolução de 1848 –, já que ainda pressionavam para a imposição de ideais de democracia.

Na inclusão e busca pelos direitos emancipatórios, ou ainda, pela emancipação social, surgiram dois grupos que merecem atenção. Um deles era formado por membros do Estado Liberal, que buscavam o reconhecimento da emancipação, porém sempre limitada as ideais liberais e de outro lado, os grupos que eram tidos como radicais, pois afirmavam que buscar a emancipação no limite do Estado Liberal, seria frustrar qualquer combate emancipatória.

Na materialização desses dois grupos, pode-se afirmar que passou mais de um século, de forma que somente poderia ocorrer, já que se apresentavam regimes de Estados Liberais centralizadores sociais e jurídicos, através dos ordenamentos jurídicos positivados.

Os direitos emancipatórios na esfera legal surgem quando o Estado de Direito permite que o contrato social seja ampliado, de forma que conduziu a novos conceitos de cidadania, que levaram ao sufrágio universal, direitos políticos, direitos cívicos, além de direitos sociais e econômicos extensivos a toda sociedade estatal, porém, sem descuidar da estrutura base do sistema político dominante no Estado Liberalista.

Já a política emancipatória da esfera extralegal ou na esfera extraparlamentar, surge com ideais revolucionários, já que precisava romper com a estrutura estatal, originando Estados socialistas de diferentes tipos, nos quais se destaca a revolução russa.

Obviamente que, o que se pode perceber é que, embora as duas correntes tenham laços diversos no que diz respeito as idéias que estão sendo traçadas, ambas são rechaçadas pelo Estado, que não admitia abrigar aqueles que fossem excluídos do contrato social. Essa resistência

acabou por gerar diferentes estratégias políticas que colaboraram na transformação do Estado Liberal.

Ocorre que este paradigma político, segundo Santos (2003), sofreu um duro golpe na sua escala em busca da emancipação social, já que sentiu-se o retorno e o crescimento do conservadorismo, levando a tensão outrora já existente entre a regulação social e a emancipação social. No entendimento do autor, não se pode cair na falácia de afirmar que o neoliberalismo vivido nos dias atuais sejam uma versão nova do liberalismo, devendo sim, ser considerada uma antiga versão do conservadorismo.

Devido a esta crise imposta pelo sistema, que fez com que se cruzassem as idéias de regulação e emancipação social, a idéia seja encontrar novos meios para que a transformação social seja efetiva e eficaz, para permitir modificações, tanto na esfera dos direitos individuais, como na esfera dos direitos coletivos.

Por certo que o período em que se vive nos dias atuais, é caracterizado pela existência de problemas modernos para os quais não existem soluções que os acompanham.

As desigualdade e exclusões sociais existentes na sociedade parecem a cada dia crescer de forma exponencial, de forma que, o movimento de avanços tecnológicos parecia ser uma das soluções que deveriam levar a sociedade para outro rumo, o que não aconteceu, vez que o direito não acompanha na mesma velocidade e talvez não tenha este objetivo, quando está sendo tratado o Estado Centralizador.

Abandonar a idéia de transformação social, sempre afirmativa pela tensão regulação social e emancipação social, pode conduzir a estagnação em prol do conservadorismo, sendo que o ideal seria a reinvenção dessa transformação.

O que se busca é chegar a um resultado para responder de que forma o direito que trata da transformação social pode ser alterado sem que recaia na idéias liberais, bem como no conservadorismo estatal.

3.2 PRISMA OCIDENTAL E A PLAUSIBILIDADE DA QUESTÃO

Antes de adentrar especificamente em qualquer discussão, Santos (2003), entende que se faz necessário a seguinte pergunta: poderá o direito ser emancipatório?

Por certo que vários são os pressupostos existem para responder a questão, já que se tem conhecimento de que existem variadas entidades sociais, que são reconhecidas como sendo direito, que pode ser

conceituado pelas próprias pessoas que a compõe ou pode até mesmo funcionar de maneira autônoma e independente.

De outra forma, deve ser verificado que existe um conceito em sentido lato para o fenômeno da emancipação social, que não pode ser confundido a com emancipação individual, nem mesmo com a emancipação que buscam pequenos grupos particulares formados por entes sociais de diferentes naturezas, tendo em vista que se constitui em uma teoria apartada.

Além, disso, para além do direito estatal, existem algumas afinidades referentes a forma com a idéia liberalista que o direito possui no Ocidente, pois é notório que existem vastas opções de estruturas normativas oriundas de entidades que são originadas em pequenos grupos sociais que possuem formadas por pessoas que têm o mesmo objetivo, de forma que possuem um elo decorrente das práticas sociais equitativas.

A grande barreira que existe na sociedade para que ela conviva de acordo com o direito - que muitas vezes lhe é imposto-, consiste na manutenção de uma relação entre as expectativas da sociedade e suas experiências sociais, já que existe e não pode negar uma elite político cultural que deve se superada pela emancipação social.

O direito romano no século XII é responsável pela primeira demonstração, no direito moderno, de existência de preocupação em regular a tensão existente entre a regulação social e a emancipação social, quando busca garantir os interesses de uma classe mercantil emergente.

Posteriormente, só foi se falar em preocupação do direito com o conflito entre a regulação social e a emancipação social, após 1848, marcado pelo fato de que os Estados Liberais, a destacar aqueles da Europa Ocidental, ganharam espaço.

Mesmo com o destaque para os Estados Liberais, o século XIX, ainda foi marcado por períodos em que a democracia embora presente, na prática na se consubstanciava, já que longos eram também os períodos ditatoriais.

Assim, a compatibilidade entre democracia e capitalismo, tentada tanto pelo demoliberalismo como pelo demosocialismo, teve que ceder ao fascismo na Itália, ao nazismo na Alemanha, ao Franquismo na Espanha e a salazarismo em Portugal, entres outros.

Nos últimos anos, o que se vê é a sobreposição de uma globalização que o autor chama de hegemônica neoliberal ante a queda dos blocos socialistas, de forma que estagnaram as histórias políticas jurídicas das civilizações ocidentais e não ocidentais, sem que existisse

uma política pré-determinada, mas desde já tendenciosa a ser preenchida pelo conservadorismo. Obviamente que várias foram as tentativas de buscas um consenso que fosse hegemônico, porém todas foram rapidamente dizimadas.

Com o objetivo de entender melhor o caráter emancipatório do direito, necessário verificar que esta globalização jurídica neoliberal que se encontra em plena evolução, busca deixar de lado as batalhas impostas entre a regulação social e a emancipação social, que há tempos ganhava ares políticos, para fazer com que o duelo dependesse unicamente das modificações que a sociedade se submete, porém, vinculadas ao Estado de direito e ao Poder Judiciário, atrelados a um sistema que fosse eficiente acima de qualquer suspeita.

Este direito conservador neoliberal é ditado com base numa sociedade capitalista que anda ao lado da sociedade civil, dividindo interesses para crescimento social, de forma que funcionando, caberá ao Judiciário a única tarefa de garantir ao Estado a efetividade do direito oriundo deste e decorrente daquelas sociedades declaradas aqui como unas.

Para este modelo, tudo que o direito e o Poder Judiciário, por consequência, tendem a levar a um desenvolvimento do Estado e da sociedade que permitirão a queda de custas nas negociações comerciais, sendo que para isso é necessária a definição dos direitos de propriedade, bem como quais são os meios utilizados para os esbulhos, além de resguardar as obrigações decorrentes de contratos, para dar segurança jurídica àqueles que se encontram estabelecendo relações jurídicas.

No entendimento de Santos (2003), para que a sociedade se modifique, deve ser abandonada a idéia principal da globalização neoliberal, tendo em vista que a preocupação única daquela, se encontra em dar uma linha moderna o Estado de direito e o Poder Judiciário, já que estes sempre estão em pauta em qualquer lugar do mundo, enquanto que a emancipação social fica de lado, com a alegação de que esta já existe no seu seio, bastando somente a sua consolidação.

Com efeito, se a globalização hegemônica neoliberal espalhou-se por todo o mundo, o mesmo sistema de dominação e de exclusão, criou as condições para que forças, organizações e movimentos contra-hegemônicos em todo o mundo, sentissem que possuem interesses comuns e diferenças que os separam, de forma que não pode o mesmo sistema, fulcrado basicamente no direito oriundo do Estado fosse dominante de a ser imposto para todos, sem que fossem discutidas as diferenças, de forma a que idéia inicial de igualdade leva a completa exclusão daqueles que naquela situação não são acobertados.

Antes mesmo de entrar diretamente na questão para afirmar que o direito é emancipatório, o autor situa o tema antes as lutas globais que circulam o movimento hegemônico, aqui chamadas de contra-hegemônicas, para que se possa concluir quanto ao verdadeiro potencial emancipatório do direito ante a globalização.

Como afirma Santos (2003), optar por essa análise, significa “despensar” o direito, já que é necessário que o direito venha a se adequar às reivindicações e movimentações dos grupos sociais subalternos, bem de todas os órgãos representativos dos interesses desses, que buscam novos meios para se adequar a realidade da globalização neoliberal.

Para entender os efeitos, é necessário analisar quais são as concepções e práticas dessa sociedade subalterna, expressão que ele explicita para os grupos sociais não dominantes. Tais práticas ganhando o contexto globalizado, pode-se dizer que se tratam de práticas cosmopolitas subalternas, cujas quais para melhor entendimento, devem ser explicitadas e situadas em sua realidade social, política e econômica, traçando um paralelo com a globalização neoliberal.

3.3 A MORTE DO CONTRATO SOCIAL E A ASCENSÃO DO FASCISMO SOCIAL

3.3.1 A exclusão social e a crise do moderno contrato social

Santos (2003), afirma que o contrato social utilizando de suas bases de inclusão e exclusão social, fundamentado nos seus princípios, foi fundamental para a organização social, política e econômica da sociedade moderna, o que não serviu de proteção para que ele não sofresse com a violência das transições paradigmáticas, de forma a levar a crise o próprio contrato social.

Na análise de Santos (1998), o contrato social registra três pressupostos: um regime geral de valores, um sistema geral de medidas e um tempo-espço privilegiado.

O regime geral de valores nada mais é que a busca do bem comum aliado a vontade geral da sociedade, levando a homogeneização social de cada anseio, e porque não, direito individual e suas propagações nas práticas sociais.

Tal regime nos dias atuais seria incapaz de acompanhar a situação em que a sociedade se encontra no sentido de se dividir em tantos tipos de núcleos societários diferentes e opostos, tanto na ordem social, política, econômica e cultural. Realmente, parece que foi por terra

qualquer movimento no sentido de se buscar um bem comum, sendo até mesmo absurdo em pensar em igualdade para todos.

Pensar que a sociedade atual é aquela que superou as ideologias de Foucault, para evoluir. Todavia, as práticas neoliberalistas globalizadas levam a um retorno no tempo, suficiente para verificar que aquele modelo era organizado, ao afirmar que coexistem nas sociedades modernas, dois modos de poder social: o poder disciplinar dominante, centrado nas ciências e o poder jurídico centrado no Estado e no direito, e a conhecer um processo de declínio.

O ideal de que o Estado, que até então era único regulador social, deixa de existir, a partir do momento em que ele Estado se vê obrigado a reconhecer o direito não estatal, tendo que andar ao lado de legisladores de fato, que fazendo com que as suas realidades tenham força de norma, e como norma exigida como direito, exercendo o Monopólio como se Estado fosse.

Santos (2003) revela que os valores decorrentes da modernidade continuam a existir, porém, agora sujeitos a efeitos de violência direta das normas não estatais, que tem origem em diferentes grupos sociais, cujas pessoas não tinham legitimidade para agir como Estado, denegrindo de vez o regime geral de valores.

O sistema comum de medidas, outro pressuposto do contrato social, tem como base a idéia de tempo e de espaço, que facilmente são representadas pelo dinheiro e pelas mercadorias, que por si só representam o movimento econômico da sociedade, além de gerar reflexos nos critérios de apuração da justiça social, quando trata de solidariedade e retribuição.

No contexto do contrato social, era um regime facilmente atingido, porém a realidade mostra que é impossível a sua percepção, não podendo prevalecer ante uma sociedade em que os conflitos sociais tomam conta do mundo, principalmente decorrentes das diferenças geradoras da violência social, tendo em vista que, qualquer alteração – o que é comum nos dias de hoje – modifica uma situação que sequer conseguiu se sedimentar e já está rachada.

A estabilidade de escalas, acaba sendo observada somente ao serem analisados mercado e consumo, porém sem ofertar qualquer segurança as partes contratantes, tendo em vista que se submetem a alterações nas normas durante a vigência das negociações, já que durante a vigência do contrato é certa. Por outro lado, os consumidores servem de base nômades dos produtos, como acontece também com o mercado de tecnologia das telecomunicações, em que os

consumidores nada mais são do que sujeitos passivos as modificações que lhes são impostas.

Já o regime de tempo-espaço reconhecido como sendo o território de cada Estado, ou seja, as normas oriundas de determinado Estado somente a ele estariam sujeitando, não havendo ampliação além das fronteiras, também passam a ser ignoradas, ou melhor, passam a sofrer a influência do tempo-espaço global e até mesmo local, quando se permite falar em direito oriundo dos grupos sociais, como acontece no direito internacional privado.

O tempo-espaço do Estado não mais se resume aos efeitos que são gerados pelas práticas ocorridas em seu interior, já que qualquer fenômeno ocorrido de forma global pode afetar o tempo-espaço do Estado, de forma que o impacto precisa de uma resposta adequada, não podendo o Estado nacional eximir-se de uma situação que diretamente lhe atinja e para a qual ele não possua uma resposta imediata.

Verificados que os regimes do contrato social não conseguem se manter na realidade neoliberal, deve-se voltar a atenção para aqueles que sofrem mais com a crise desenvolvimentista, quais seja, os dispositivos funcionais.

Numa primeira abordagem percebe-se que todas as relações acabam por se contratualizar, quer no âmbito social, quer no âmbito político ou econômico. Todavia, diferente do que preconizava o contrato social, os vínculos contratuais, que deveriam ser fortes como lei, são dotados de instabilidade, podendo ser cindidos por qualquer das partes e em qualquer momento da relação por elas entabuladas.

O consenso de Washington chegou a concluir que, se realmente se está diante de um contrato social, a sua existência se resume aos países centrais, já que os demais Estados Nacionais, ao reconhecerem o contrato social, estariam fadadas a uma exclusão implacável.

Isso leva a afirmar que este novo contrato social, não se trata de um contrato propriamente dito, pois se configura em um compromisso em que os deveres impostos de uma parte a outra são na forma adesiva, cujas cláusulas e termos do contrato não são dignos de discussão, voltando neste aspecto a era pré moderna, em que os direitos decorrentes das relações sociais estavam amplamente vinculadas a posição social.

Na sociedade neoliberal, o que se tem é uma situação decorrente da disparidade existente entre as partes, que possuem diferentes situações econômicas, de forma que aquele detentor maior impõe sua vontade ao menor, independentemente de quem sejam as partes, que, por muitas vezes são os próprios Estados, não conseguindo este, sequer

se impor para garantir condições que sejam mais favoráveis a ele, quiçá aos seus indivíduos que compõem sua sociedade.

O contrato social, como mencionado acima, passa por uma crise, já que é evidente que os processos de exclusão estão predominando sobre os processos de inclusão. Isso acontece de duas formas que, em tese, são contraditórias. Na fase do pós-contratualismo, os grupos sociais e interesses por eles defendidos ou pleiteados, que faziam parte do contrato social, acabam excluídos sem que lhes seja ofertada qualquer oportunidade de retorno. Na fase do pré-contratualismo, a caracterização se dá pelo corte imediato de qualquer oportunidade que estava por ser concedida a grupos sociais que poderiam ser considerados emergentes, pois estavam aguardando a entrada no contrato social e, repentinamente, tem cerceada a inclusão, estando em verdade, excluídos antes mesmos de participarem.

As exclusões acima mencionadas tem maior reflexo a partir do momento em que se verifica que atingem àquelas pessoas que no aspecto formal, tanto legal como constitucional, são considerados cidadãos, dignos de inclusão, e na prática se vêem completamente excluídos da sociedade civil, já que se deparam com uma sociedade marcada pela instabilidade das pessoas que fazem parte das sociedades marginalizadas, nas quais destacam-se os trabalhadores e diante de uma estabilidade que é exclusivamente voltada para expectativas dos mercado capitalista, ou seja, aos investimentos.

Desta forma, quando perde o status político de produto e produtor de cidadania, o trabalho fica reduzido à dor, da existência, quer quando o há, sob a forma de trabalho desgastante, quer quando não há, sob a forma de desemprego, e não menos desgastante.

Na prática social, a principal marca é a formação de uma nova classe de excluídos, formada por grupos sociais dotados de numa modificação social em queda, trabalhadores sem qualificação exigida pelo mercado, operários migrantes, minorias decorrente de preconceito racial, sendo em verdade, grupos sociais que não têm perspectiva alguma de evolução no mercado de trabalho, que, mesmo que tenham almejado em algum instante uma oportunidade, a partir deste momento viram-na ser cerceada, muito embora, maioria jamais conseguiu esta chance. Os exemplos são muitos, como acontece com os desempregados que há muito estão excluídos do mercado de trabalho, aqueles que procuram emprego sem ter oportunidade de ter alguma experiência, sendo que esta normalmente é exigida ou ainda aqueles que por algum motivo vem sua própria função em decadência em razão do efeito

evolutivo e tecnológico que o Estado não consegue assegurar ante a globalização.

A subclasse é definida por Wilson (1987 *apud* SANTOS, 2003, p.19), através de seis características:

[...] residência em espaços socialmente isolados das outras classes; falta de um emprego de longo prazo; famílias monoparentais encabeçadas por mulheres; falta de qualificação ou de aprendizagem profissional; períodos prolongados de pobreza e de dependência da segurança social; e tendência a cair na atividade criminosa.

O alastramento do Estado natural, impede a demissão tanto individual como coletiva, que simboliza uma época de crise e que alguns chamam de desmodernização ou contramodernização. A esse fenômeno, Beck (1999) designou como ascensão da “sociedade do risco”, ou “brasileirização do mundo”, (Beck, 2000).

3.3.2 A emergência do fascismo social

A preocupação com esta expressão inicialmente deve ser reduzida ao fascismo social. Obviamente que esta expressão não significa dizer que se estaria diante de um regresso ao fascismo das décadas de 30 e 40, já que a idéia não é tratá-lo como um regime político, dando um enfoque mais para a esfera social civilizadora.

Trata-se de uma espécie de fascismo que tem como condão principal defender que a democracia não precisa ser agredida para que as exigências do capitalismo se sobreponham, de forma que ambos podem estar lado a lado e em consonância. É um tipo de fascismo pluralista, produzido pela sociedade e não pelo Estado.

Santos (2000) destaca que existem quatro formas de fascismo social.

A primeira é o fascismo do *apartheid* social, que prega que nas áreas civílicas o Estado age dentro dos preceitos da democracia, tomando a postura de protetor da sociedade e de suas relações, embora na prática não leve confiança e não garanta eficácia na sua atuação. De outro modo, nas áreas considerados selvagens, ou seja, em que os grupos sociais não se enquadram política, econômica, cultura e juridicamente no modelo que ele Estado impõe, a atuação se dá pelo

fascismo, sendo um Estado predador, sem consideração, nem sequer na aparência, pelo Estado de direito.

A segunda forma de fascismo social é o fascismo para-estatal, em que ocorre uma verdadeira apoderação das prerrogativas do Estado, pelas partes que figuram na sociedade dotados de poder, quer político, quer econômico, que, todavia, o fazem com a concordância do próprio Estado, mesmo que por vezes o contrariando e em outras o complementando.

Há duas dimensões do fascismo para-estatal, o fascismo contratual e o fascismo territorial. O primeiro, verifica-se quando a parte mais fraca, vulnerável pelo fato de que não tem outra forma de combater o que lhe é imposto, acaba por aceitar do que lhe foi introduzido por aqueles que detém o poder. Isso pode facilmente ser atestado nas políticas que tem como objetivo a “flexibilização” dos mercados de trabalho ou a privatização dos serviços públicos.

Diante disso, o contrato social que anteriormente no Estado tinha como base a criação de serviços de ordem pública, acaba reduzido a contratos individuais decorrentes da relação consumo e prestação de serviços, antes públicos e agora privatizados. Assim, são expurgados da relação contratual aspectos decisivos da proteção aos consumidores, que passam a ser extracontratuais. Quando os aspectos passam a ser extracontratuais, a convivência harmoniosa entre democracia e fascismo passa a ser clarividente, tanto que a entidades para-estatais passam a reivindicar prerrogativas extracontratuais e, por conseqüência, realizam funções antes Estatais de regulamentação social.

A outra face do fascismo para-estatal é o fascismo territorial, que tem como característica, que é comum a qualquer tipo de fascismo, o domínio das partes que possuem capacidade econômica suficiente para que dentro de determinado espaço territorial pertencente ao Estado, exercem controle de forma unilateral ou de outra forma, obrigam as instituições estatal quando regulam as relações sociais dos seus habitantes, mesmo que sem qualquer participação do Estado, agindo unicamente em prol de seus interesses.

Outra forma de fascismo social é o fascismo da insegurança, que se caracteriza por se tratar da utilização de manipulação discricionária do sentimento de insegurança das pessoas e dos grupos sociais vulnerabilizados pela precariedade do emprego, por acidentes ou acontecimentos desestabilizadores (SANTOS, 2000).

Esta forma faz com que surja nas pessoas um grande temor quanto ao presente e futuro, pois as pessoas passam a verificar que suas expectativas em relação a direitos são reduzidas a quase nada em troca

do que são obrigadas a suportar pela imposição das classes fascistas, aqui reconhecidas como poderosas, sabendo que ao final somente receberão pequena contraprestação que lhes possa diminuir os riscos e a insegurança causada pelo Estado. O exemplo clássico desta sociedade fascista é aquele decorrente do alto número de privatizações de serviços sociais, como nos setores de saúde, segurança social, habitação e educação, os quais, apesar do fornecimento por parte do Estado, a sua prestação de forma insatisfatória, praticamente obrigado que a pessoa procure um serviço privado, vendo-se sem escolhas.

Derradeiramente, a última forma de fascismo seria o financeiro, responsável pelo controle dos mercados financeiros, impondo uma economia de cassino, em que os grupos econômicos de grande poderio, sempre ganham. É considerara a forma mais pluralista, tendo em vista que a movimentação dos mercados financeiros tem origem nos grandes investimento estrangeiros que se espalham pela sociedade global e pode ser observado pelas operações realizadas nas bolsas de valores do mundo, sendo que uma grande modificação ocorrida em uma delas, é capaz de alterar drasticamente a economia de um Estado, que torna-se dependente dos fluxos de capitais daqueles que desejam unicamente aumentar os seus ativos. É o mais adverso a qualquer tipo de deliberação e de intervenção democrática. Este exercício do poder financeiro é totalmente discricionário.

O fascismo financeiro se tornou o modelo e critério operativo das instituições da regulação global, como acontece com a agência de *rating*, internacionalmente credenciadas para realizarem à avaliação da situação financeira dos diferentes Estados e os riscos e oportunidades que estes podem oferecer aos investidores estrangeiros, tratando-se de órgão totalmente desvinculado do Estado, sendo que sequer necessitam ter sede naquele Estado que está sendo avaliado, porém gera grandioso efeito nos mercados internos quando da divulgação de seus dados.

Tais empresas detêm um poder extraordinário. Afirma Thomd Friedman (*apud* WARDE, 1997, p. 10), que “o mundo pós guerra, tem duas superpotências, os Estados Unidos e a Moody’s”, acrescenta ainda que “é certo que os Estados Unidos da América, conseguem aniquilar o seu inimigo utilizando o arsenal militar”, também é verdade que a agência de *rating* financeiro Moody’s, dispõe do poder de estrangular financeiramente um país, conferindo-lhe uma classificação baixa. O poder discricionário destas agências é tanto maior quanto elas detêm a prerrogativa de proceder à avaliação não solicitada pelos países ou empresas em questão.

O fascismo social é um regime caracterizado por relações sociais e experiências de vida ocorridas debaixo de relação de poder e de troca, extremamente desiguais, que conduzem a formas de exclusão particularmente severas e potencialmente irreversíveis.

3.3.3 O fascismo social e a produção de uma sociedade civil estratificada

É importante caracterizar o impacto do fascismo social sobre a dicotomia liberal que opõe o Estado à sociedade civil.

Para Santos (2000) existem três tipos de sociedade civil: a sociedade civil íntima, a sociedade civil estranha e a sociedade civil incivil.

A sociedade civil íntima é aquela formada por indivíduos e grupos sociais que possuem uma situação privilegiada perante as demais, tendo em vista que os seus têm um nível elevado de inclusão social. Se forem consideradas as três gerações de direitos humanos existentes, os quais divididos em políticos civis, socioeconômicos e culturais, eles desfrutam de todos, tratando-se, pois da comunidade que domina a sociedade, controlando o mercado, pois possui força em todas as esferas para isso. Além disso, os membros deste grupo social têm acesso a recursos estatais ou públicos.

Já a sociedade civil estranha possui experiências de vida das classes ou grupos sociais nela incluídos, sendo uma mescla de inclusão e exclusão social. Quando analisadas as gerações de direito, diz-se que este grupo pode de certa forma exercer os direitos civis e políticos, porém ficando limitados quando se fala em direitos econômicos e sociais, incluindo aqui os culturais.

Enquanto que a sociedade civil incivil é formada por aqueles que são excluídos de tudo, de forma completamente arbitrária. Não possuem expectativas estabilizadas, já que, na prática, não têm quaisquer direitos. Mas nos últimos anos, a globalização hegemônica neoliberal, produziu um duplo impacto na dinâmica da sociedade.

Quando se analisa as sociedades civis, conforme verificado anteriormente, se constata que, muito embora exista uma ideologia, dotada de discursos e práticas políticas jurídicas que são até mesmo autorizadas pela globalização neoliberal, estas são frágeis quando combatem o fascismo social, ficando praticamente sem ação, tendo em vista que se pode constatar um crescimento meteórico da sociedade civil incivil.

A evolução levou a fusão do liberalismo e do demo-socialismo, expressada pelo demoliberalismo. A expressão correta deste hibridismo é a chamada Terceira Via, teorizada por Giddens (1998). A Terceira Via vem recuperar a maior parte da agenda liberal.

Para Santos (2000), só existem duas maneiras de combater com êxito o fascismo social, e dar resposta às necessidades da sociedade civil incivil, qual seja, o surgimento de um novo direito decorrente da política da globalização contra hegemônica e do cosmopolitismo subalterno.

3.4 DO COSMOPOLITISMO SUBALTERNO

Atualmente, quando se fala em globalização, obviamente que se depara com o neoliberalismo hoje vigente, sendo a mescla entre ambos institutos, o modelo predominante, porém, não único. É normal hoje se encontrar pelo mundo grupos sociais, redes, iniciativas, organizações e movimentos de tipo local, nacional e transacional, que se tem mostrado ativos para enfrentar a globalização neoliberal e de lhe contrapor alternativas. Estes conflitos sociais, estão interligados de diferentes modos, sendo que nos mais diversos lugares se encontram. Este conjunto de conflitos espalhados pelo mundo, segundo Santos (2000) recebem o nome de globalização contra-hegemônica.

Se para a globalização hegemônica, o crescimento do capitalismo global seria da vontade de todos e, sendo assim, pode até mesmo permitir a ocorrência de exclusões sociais que geram graves danos, os movimentos e as organizações contra-hegemônicas, entendem que a existência de uma grande exclusão nada mais são do que a prevalência dos interesses de capital, independentemente do efeito que gerem aos outros interesses, não sendo pois estava a vontade de todos como noticiado acima. Vale lembrar que, a exclusão social, e o fascismo social, sua forma mais extrema, negam a dignidade humana básica e o respeito a uma grande parte da população humana mundial.

O objetivo da globalização contra-hegemônica é unicamente acabar e/ou impedir a exclusão social. Uma das formas de se conseguir isso é através da erradicação do fascismo social, o que dependerá em muito da sociedade incivil, pois esta que é maior prejudicada aos ver seus direitos cerceados pelo fascismo social deve aqui ser privilegiada pelos embates contra-hegemônico.

Via de regra, a exclusão tem como origem a existência de relações desiguais, oriundas das mais diversas formas de poder existentes na sociedade, tornando-se muito difícil trabalhar como uma única teoria de exclusão e até mesmo inclusão social. A globalização

contra-hegemônica é, portanto, um projeto pluralista, o que lhe dá autonomia para pleitear os direitos e ao mesmo tempo dificulta em muito a sua afirmação, já que amplamente aberto.

O fenômeno cosmopolita vem como historicamente como sinônimo de universalidade, tolerância, enfim, como olhos para ver o homem como um cidadão que deve ser assim tratado em todo e qualquer lugar do mundo, embora na prática fosse privilégio de apenas alguns.

Hall (1996) formulou uma pergunta em relação ao conceito de identidade, quem é que precisa o cosmopolitismo? A resposta é fácil, pois qualquer pessoa que sofra de intolerância e seja discriminada; que quer que veja negada a dignidade humana essencial, precisa de uma comunidade de seres humanos; quem quer que seja não cidadão, precisa de cidadania mundial, seja em que comunidade ou nação for. Em resumo, aqueles socialmente excluídos, que sofrem nas bases hegemônicas de cosmopolitismo, precisam de um novo tipo de cosmopolitismo. O cosmopolitismo subalterno é, portanto, uma variedade opositiva.

O cosmopolitismo subalterno de oposição é a forma político cultural de globalização contra-hegemônica. É o nome dos projetos emancipatórios cujas reivindicações e critérios de inclusão social se projetam para além dos horizontes do capital global.

A melhor maneira de expressar o que é cosmopolitismo subalterno será através da referência àqueles projetos que retratam ilustrações convincentes e que servem de exemplo de luta contra a exclusão social em nome da globalização alternativa.

Santos (2000) afirma que os movimentos cosmopolitas podem ser atestados no zapatismo, que tem como base para a sua luta contra a exclusão, na criação de um novo horizonte social, através de algumas novidades que merecem destaque.

A primeira diz respeito ao conceito de poder e de opressão. O neoliberalismo é um modelo civilizacional assente no aumento dramático da desigualdade nas relações sociais. A opressão dos trabalhadores é uma delas, porém existem muitas outras espécies de opressão, como por exemplo, as que afetam as mulheres, as minorias, os povos indígenas, os agricultores, os imigrantes, os homossexuais e as lésbicas, os jovens e as crianças.

Todos estes tipos de opressão geram exclusão, e por isso é que no cerne do combate zapatista estão não os explorados, mas os excluídos; não a classe, mas sim a humanidade. Segundo Ana Maria (1996, p.102) “a natureza emancipatória dos combates sociais reside em todos eles no seu conjunto e não em qualquer um em particular”.

Outro aspecto que merece relevância e estudo, consiste na análise de equivalência entre os princípios da igualdade e da diferença. Embora a sociedade atual seja formada por grandes desigualdades, o que não importa em afirmar que tudo que a igualdade seja algo almejado pelo direito emancipatório, tendo em vista que, a defesa da igualdade plena remete ao tratamento igual a todos, sem se importar em tratar os diferentes de modo diferente, caindo na mesma vala da violência social outrora existente.

Quando se faz essa abordagem entre o princípio da igualdade e o princípio da diferença, se dá origem a uma nova discussão envolvendo os direitos humanos, já que a batalha por defender a existência de ambos é iminente, tendo em vista que a política implantada pelo liberalismo era de buscar a igualdade a todos, dentro de uma realidade estritamente européia, sem discutir adequações para diferentes nações, em que a desigualdade sempre foi maior entre as diferentes classes e grupos sociais, de forma que se falar em democracia, nada mais é do que falácia neste sistema. O que se tem de novo no conceito zapatista, em relação às gerações de direitos humanos, está em formular as reivindicações, em termos tais, que evitam a armadilha das gerações.

Destaca esta teoria ainda que, quanto à democracia e a conquista do poder, através e uma crítica consistente em afirmar que, se a democracia não concede poder pleno para transformar aquela sociedade na sua forma de agir garantindo a dignidade e do respeito, é inútil tomar o poder, se é que este existe na acepção de seu conceito, até mesmo pelo fato de que o que se busca é a criação de novos rumos, sem que seja necessário destruir aqueles já existentes.

A crítica repousa principalmente no fato de que, aceitar a democracia representativa como sendo sinônimo de democracia plena, não seja suficiente para exercê-la, tendo em vista que essa é considerada “burra” porque além de corrupta é exercida por aqueles que possuem poder político econômico e fecham os olhos para a democracia participativa, o que dá legitimidade para que os grupos sociais abandonados, usem da violência para garantir seus direitos.

A busca é pela inserção de uma globalização contra-hegemônica, que tenha em seu cerne os mais variados mundos, com diferentes grupos sociais organizados, suas manifestações, levando a diversos entendimentos quanto à emancipação social.

Afirma Ceceña (2001), que as democracias que são consideradas de baixa intensidade, assim reconhecidas aquelas em que constantemente existem hoje, não conseguem garantir seus espaços na ação política, necessitado caminhar ao lado dos que andam mais

devagar, uma vez que não há um fim, mas antes um horizonte, o que importa é caminhar juntos.

O último objetivo dos zapatistas no desenvolvimento de suas teorias em prol do cosmopolitismo subalterno repousa no fato de defender a existência de ações rebeldes e não de revolução, tendo em vista que conquistar o poder pertencente ao Estado não é o primeiro objetivo, já que o campo social para buscar aparar as desigualdades outrora existentes é vasto. Desta forma, ao marxismo revolucionário do século XX, Althusser, descreveu que “os marxistas sabem que não há tática que não assente numa estratégia, nem estratégia que não assente em uma teoria”. Acresce que nenhuma teoria unificada poderá alguma vez traduzir, de uma maneira coerente, o imenso mosaico de movimentos, lutas e iniciativas.

Ocorre que a teoria não necessariamente precisa se impor sobre outra em prol de uma unificação, já que, como tratado até aqui, não há como conciliar o grande número de lutas e movimentos, de forma que o ideal seja a existência de interação entre as teorias, de forma que uma possa entender a realidade da outra, sem que uma exclua a outra, mas sim, atuando de forma conjunta e mutua, promovida pela troca de experiências.

As lutas cosmopolitas, cujo zapatismo serve de base, contrariam o paradigma modernista de evolução, pois guiam-se pelo princípio que tem sua origem no senso comum de que o mundo deve se tornar confortável para a manutenção do capital global.

Levando em consideração o fato de que ter o poder em mãos não é um privilégio e que não existe uma única organização capaz de servir como rumo para todos os movimentos contra-hegemônicos, é possível que todos os ideais cosmopolitas se cruzem.

Por certo que a teoria é de difícil aplicação, porém de fácil assimilação. A aplicação encontra como principal barreira a sua inserção em um mundo em que o capital global comanda as ações, de forma que sempre que as ações cosmopolitas lhe forem ajustáveis se compatibilizam. Por outro lado, a assimilação não ocorre quando os movimentos representarem um corte radical, consistente em inovação social, pois são minimizados e ilhados em sua diferença do capital global que a engole.

A discussão quanto à compatibilidade dá lugar, pelo rumo político dos processos de mútua aprendizagem e de recíproca adaptação, às transformações entre práticas sociais hegemônicas dominantes e práticas subalternas.

Santos (2000), afirma que as características do novo paradigma de um cosmopolitismo subalterno tal como aqui se reconstrói teoricamente com base no movimento zapatista, abrem caminho a um manancial de criatividade política por parte de movimentos e organizações. Como sucede os traços do novo paradigma político, não são inteiramente novos, são vagos. Por isso, terão que ser objeto de reflexão, de ponderação minuciosa, e de uma eventual adaptação às realidades históricas de cada país ou lugar por parte das diferentes organizações e movimentos interessados.

3.4.1 O cosmopolitismo subalterno e o direito: condições para a legalidade cosmopolita

Trata-se o cosmopolitismo subalterno de um projeto cultural, político e social de que apenas existem manifestações embrionárias, não sendo possível delimitar qual seria o lugar em que ele se situa no direito, tendo em vista que ainda existe um longo trajeto até que as suas práticas atinjam o status pretendido, devendo por enquanto ser empreendida num espírito prospectivo e prescritivo.

Para Santos (2000), nada mais é do que uma sociologia das emergências, que permite interpretar de maneira expansiva as iniciativas, movimentos ou organizações que se mostram resistentes à globalização neoliberal e à exclusão social e que lhe contrapõem alternativas. As lutas têm seus status ampliados para que possa se perceber o potencial existente e que não apareceu, decorrente das ações contra-hegemônicas concretas.

Quando analisadas as circunstâncias legais do cosmopolitismo subalterno (a legalidade cosmopolita, em suma), principalmente em confronto com as situações atuais, é que se poderá se verificar a condição necessária para a emancipação social, bem como responder ao questionamento cerne desta pesquisa, quanto à possibilidade de o direito ser emancipatório.

Santos (2000) para atestar sua teoria, elenca situações que materializam situações de oposição à globalização neoliberal em que o direito foi uma componente significativa. As ilustrações concretas representam graus diferentes de aproximação à legalidade cosmopolita.

Uma coisa é utilizar um instrumento hegemônico num dado combate político. Outra coisa é utilizá-lo de uma maneira hegemônica.

Isto se aplica tanto ao direito como à política dos direitos. De acordo com o cosmopolitismo subalterno, nem os direitos se resumem aos direitos individuais, o que não importa em afirmar que o direito oriundo do Estado e o direito individual devam ser banidos das práticas jurídicas do cosmopolitismo.

O que se busca na verdade, é a idéia de autonomia e a idéia de que os direitos são, ao mesmo tempo, meios e fins da prática social. Olhando desta maneira, tem-se que o direito apresenta-se de forma autônoma, tendo em vista que, para que tenha validade no mundo, não precisa aguardar a legitimidade de uma eficácia social. Por outro lado, a autonomia também é preservada porque se opera por órgãos específicos, criados pelo próprio Estado para exercerem a jurisdição, de forma que, embora o conceito desta seja o poder de o Estado dizer o direito, este somente o faz através de seus entes com função específica para tanto. Além disso, as leis são padrões normativos de ação social dotados de autoridade e produzidos pelo Estado.

Por certo que o direito tem sua origem nas relação da sociedade, de modo que assim são consideradas as relações que são garantidas pelo Estado, desde que criadas pelo próprio Estado, detendo este o monopólio para afirmar o que é certo e o que é errado, ou seja, o que é direito e o que não é direito.

Com base nisso, a teoria cosmopolita tece duas afirmações: uma no sentido de afirmar que é possível usar ferramentas hegemônicas para objetivos não hegemônicos; outra no sentido de que existem ferramentas não hegemônicas e alternativas destas ferramentas.

Um uso não hegemônico de ferramentas jurídicas parte da possibilidade de integrá-las em mobilizações políticas mais amplas, que podem incluir ações tanto legais como ilegais.

A legalidade cosmopolita, diferentemente do que preceitua a teoria crítica do direito, tem uma visão de que a conceituação de direito hegemônico não necessariamente faz com que os direitos estatais sejam essencialistas, tendo em que vista que a consideração de status de hegemonia aos direitos é oriunda de reconhecimento desses pelas classes e grupos dominantes. Por isso, pode-se afirmar que os direitos hegemônicos são instáveis contingentes, manipuláveis e conformam as estruturas de poder que deveriam alterar.

Desta forma, é possível que o direito e os direitos sejam usados de forma não autônoma e não exclusiva, já que seria aceitável a existência de uma integração do direito e dos direitos decorrentes de

mobilizações sociais, para que antes de legalizar o direito, os combates sejam politizados.

Sendo admissível essa discussão, deve haver um cuidado maior para que não ocorra a despolitização que o direito e os direitos, se largados a si próprios, serão propensos a causar. Uma política de direito e direitos forte, é aquela que não fica dependente apenas do direito ou dos direitos. Uma maneira de mostrar uma atitude pelo direito é lutando por um direito e direitos cada vez mais inclusivos. Uma política de direitos forte é uma política de caráter dual, assente na gestão dual de ferramentas jurídicas e políticas sob a égide destas últimas, consoante afirma Santos (2000).

A conclusão é de que nas sociedades que possuem alguma experiência de legalidade demoliberal, o direito estatal e os direitos, por vezes surgem da base marginal da sociedade, do contexto em que os excluídos sociais transitam, muito embora incluindo em algumas situações, e na sua maioria operando como fatos de exclusão social e jurídica. Esta possibilidade não é vista nas sociedades que não possuem experiência legal demoliberal, encontrando dificuldades para que o direito hegemônico receba influência das relações não-hegemônicas.

As formas não-hegemônicas de direito não favorecem nem promovem necessariamente o cosmopolitismo subalterno.

Quando se conceitua a legalidade demoliberal tem sido tradicionalmente entendida como direito estatal ou sancionado pelo Estado, o que equivale ao conceito hegemônico de direito. Atualmente, neste tempo em que prevalecem as globalizações e localizações intensas, múltiplas fontes do direito surgem, não se podendo afirmar que todas são reconhecidas pelo Estado. Como já abordado acima, as formas não hegemônicas de direito não são necessariamente, contra hegemônica e, ao contrário, vão contribuindo para a criação de novas condições dentro do sistema hegemônico, o que pode ser ilustrado pela Lex Mercatoria do Direito Internacional Privado.

Por certo que existem legalidades que são geradas a partir de baixo, como ocorre com o direito indígena, o direito comunitário e o popular. Pode ser utilizada em conjunção com o direito estatal para fins exclusivistas. Também pode ser utilizado para efeitos de confrontação com a legalidade estatal demoliberal, bem como de luta pela inclusão social e contra a globalização neoliberal, de forma que as legalidades não-hegemônicas provindas de baixo fazem parte integrante da legalidade cosmopolita.

Assim, pode-se afirmar que o pluralismo político é fundamental para a aceitação da legalidade cosmopolita, desde que seja demonstrado que o pluralismo político desempenhe papel na redução da desigualdade nas relações de poder, o que levará a diminuição da exclusão social ou aumento da inclusão social, originando a chamada pluralidade jurídica cosmopolita.

A legalidade cosmopolita é voraz relativamente às escalas de legalidade.

A legalidade cosmopolita tende a combinar diferentes escalas de legalidade e até a subvertê-las, no sentido de que visa atingir o global no local e o local no global.

A legalidade cosmopolita é uma legalidade subalterna apontada à sociedade civil e à sociedade estranha.

O principal alvo da legalidade cosmopolita e a sociedade civil incivil, já que se encontra no pólo externa da sociedade, e essa vem com o objetivo de expulsar a exclusão social, expelindo a forma mais agressiva, consistente no fascismo social.

Quando o objetivo se reduz ao combate da exclusão, certo é que a legalidade cosmopolita corre riscos ao confirmar o contrato social liberal moderno, já que este também possui casos de exclusão gerados por seu movimento, até mesmo porque realiza concessões a determinados grupos excluídos. Impõe-se, por isso, substituir a justiça restauradora, por uma justiça transformadora, quer dizer, por um projeto de justiça social que vá além do horizonte do capitalismo global, ampliando suas fronteiras.

Enquanto forma subalterna de legalidade, o cosmopolitismo submete os três princípios modernos da regulação a uma hermenêutica de suspeição.

Para Santos (2000), a legalidade cosmopolita tem nas relações de poder um fascínio que não somente é exclusivo ao Estado, pois tem como origem também, o mercado e a comunidade. O objetivo da legalidade cosmopolita consiste em capacitar os mercados e as comunidades subalternos para que detenham o poder e digam o direito, dentro de suas legalidades necessárias.

O fosso entre o excesso de sentido e o déficit de desempenho é inerente a uma política da legalidade. A legalidade cosmopolita vive perseguida por este fosso.

A existência de um fosso entre o excesso de sentido (expansão simbólica através de promessas abstratas) e o déficit de desempenho (a estreiteza das conquistas concretas) pode acabar por desacreditar as lutas cosmopolitas no seu conjunto.

Sabe-se que o cosmopolitismo busca trazer de volta a disparidade moderna entre as experiências sociais e as expectativas sociais, mesmo que precise utilizar da política de oposição e que quebrem o paradigma político, de forma a radicalizar na transformação.

Não obstante as diferenças profundas entre a legalidade demoliberal e a legalidade cosmopolita, as relações entre ambas são dinâmicas e complexas.

É de se notar que a legalidade demoliberal utiliza da hegemonia dos ideais de direito e direitos, não aceitando atos políticos de insubordinação ao direito e não admitindo condutas ilegais. Todo o material necessário para se fazer aplicável vem do Estado, já que este detém todas as formas de poder que merecem respeito, e é formado pelos mercados e grupos sociais dominantes.

Mesmo com tantas divergências, ainda assim é possível que o movimento cosmopolita consiga vincular seus ideais a estratégias demoliberais, originando híbridos político-jurídicos de vários tipos, o que facilmente pode elucidado pelos direitos humanos.

Quando se fala em emancipação, quer social ou de direitos, busca-se adequar a princípios como a boa-fé e a boa ordem, cujos quais estão sempre aliados a diferentes conjuntos de objetivos, permitindo de certa forma materializar através de estratégias demoliberais, respeitando-se certos limites e desde que estas se encontrem disponíveis. Nas sociedades em que uma cultura demoliberal forte do ponto de vista político-jurídico coexiste com grandes ideologias conservadoras.

Essa mencionada hibridação jurídica entre cosmopolitismo e demoliberalismo tem origem que surge através de simples análise do movimento da emancipação social, já que esta, dependendo do enfoque a ser analisada, pode ser dividida em graus. Almejar a simples sobrevivência física e a proteção contra a violência arbitrária podem bem ser o único e ao mesmo tempo o mais desejado objetivo emancipatório a almejado.

De outra forma, a concepção espessa de emancipação implica, não apenas a sobrevivência humana, mas também uma prosperidade, no dizer de Heller (1976), guiada por necessidades radicais.

Santos (2000) aduz que existe uma probabilidade maior de as estratégias jurídicas cosmopolitas e demoliberaes, virem a aliar-se sempre que as concepções de emancipação social finas tenderem a dominar os projetos emancipatórios dos grupos e das lutas cosmopolitas.

3.4.2 A legalidade cosmopolita em ação

Inicialmente, deve-se identificar os mais notórios e promissores combates cosmopolitas, como forma de traçar uma agenda de investigação sobre a legalidade cosmopolita e de detectar o eventual potencial de elos entre lutas aparentemente díspares, consoante afirma Pratt (1992 *apud* SANTOS, 2003).

3.4.2.1 O direito nas zonas de contato

As zonas de contato são campos sociais em que diferentes mundos da vida normativos se encontram e defrontam. Pratt (1992, p. 4), define zonas de contato como

[...] espaços sociais em que culturas díspares se encontram, enfrentam e entrechocam, muitas vezes em relação de dominação e de subordinação altamente assimétricas, como no caso do colonialismo, da escravatura ou das respectivas sequelas tal como são hoje vividas em toda a face do planeta.

Nesta hipótese as zonas de contato parecem implicar reencontros entre totalidades culturais, mas de fato não tem que ser assim. Com efeito, a zona de contato, pode envolver diferenças culturais seletivas e parciais precisamente aquelas que em um dado tempo-espaço competem entre si para conferir sentido, a uma determinada linha de ação.

As mencionadas zonas de contato, aqui discutidas, são aquelas que permitem que sociedades que apresentam diversidades culturais sem que sejam observadas quaisquer paridades, entram em conflito com sociedades dominantes, restando clara a desigualdade, como ocorre com os povos indígenas envolvem-se em conflitos assimétricos com culturas nacionais dominantes, tal como sucede com os imigrantes ilegais ou os

refugiados que vão à busca da sobrevivência em países estrangeiros (SANTOS, 2000).

Podem então ser consideradas zonas de contato aquelas em que idéias, saberes, formas de poder, universos simbólicos e agências normativas e rivais se encontram em condições desiguais e mutuamente se repelem, rejeitam, assimilam, imitam e subvertem Santos (2000), de modo a dar origem a constelações político-jurídicas onde se misturam entidades heterogêneas que funcionam por desintegração das formas e por recolha dos fragmentos, de modo a dar origem a novas constelações de significado político e jurídico.

Outro fator que demonstra a complexidade das zonas de contato repousa no fato de que quando situadas de forma conjunto, depara-se com grandes diferenças culturais e valores normativos, de forma que é necessária uma aproximação dos sistemas para, posteriormente, visualizar a possibilidade de convergência na zona de contato.

A legalidade cosmopolita pode ser considerada a componente jurídica que move as manifestações sociais que se negam a aceitar a situação atual em que se encontra o poder, e as conseqüências pelos seus atos gerados, utilizando das ferramentas que lhe dão legitimidade normativa e cultural, mesmo que de forma alternativa, admitindo que a pluralidade jurídica está presente na zona de contato, em que o cosmopolitismo busca a igualdade para as diversidades culturais.

Para Santos (2000, p 44) são quatro os tipos de sociabilidade existente nas zonas de contato: “a violência⁵, a coexistência⁶, a reconciliação⁷ e a convivialidade⁸”.

De seguida, citam-se os principais casos em que, hoje em dia, as estratégias jurídicas cosmopolitas intervêm nas zonas de contato.

⁵ A *violência* é o tipo de encontro em que a cultura dominante ou o mundo da vida normativa assumem o controle total da zona de contato, sentindo-se por isso, legitimadas para suprimir, marginalizar ou até destruir a cultura subalterna ou o mundo da vida normativa.

⁶ A *coexistência* é a sociabilidade típica do *apartheid* cultural, em que se permite que as diferenças culturais evoluam em separado em que os contatos, interpenetrações ou hibridações são grandemente desincentivados, quando não mesmo proibidos.

⁷ A *reconciliação* é o tipo de sociabilidade baseada na justiça restauradora, no sanar de antigas ofensas e agravos. Trata-se de uma sociabilidade mais voltada para o passado do que para o futuro. Por este motivo deixa-se que os desequilíbrios de poder herdados do passado, continuem a reproduzir-se sob novas capas.

⁸ a *convivialidade*, que em certo sentido é uma reconciliação voltada para o futuro. Os agravos do passado, são resolvidos de maneira a viabilizar sociabilidades alicerçadas em trocas tendencialmente iguais e na autoridade partilhada.

3.4.3 Direitos humanos multiculturais

A universalidade dos direitos humanos, não é algo que possa ser dado como adquirido, embora a idéia de dignidade humana pode ser formulada em muitas “línguas”, faz-se necessário que as diferenças existentes possam ser entendidas, o que pode se dar através da chamada hermenêutica diatópica (SANTOS, 2005)⁹.

A questão dos direitos humanos transcende o direito na zona de contato. O que está em jogo, é o encontro entre direitos humanos enquanto específica concepção cultural da dignidade humana e outras concepções alternativas que com ela rivalizam.

A legalidade cosmopolita através de hermenêutica diatópica, busca construir uma sociedade que pode conviver com situações híbridas dos mais variados focos de emancipatórios da aceção de dignidade humana, sempre atreladas ao foco dos direitos humanos tradicionais, porém, não estáticos.

Através deste fenômeno pode-se afirmar que o objeto da legalidade cosmopolita jamais foi causar embates entre a os interesses individuais e coletivos, porém, como estes são formados pela união daqueles, nada impede que um reforce o outro de forma mútua para verem garantidos os seus interesses em busca da dignidade.

Desta forma, os direitos humanos cosmopolitas da zona de contato devem ser operacionalizados pelos indivíduos e grupos sociais de qualquer natureza, quer locais, nacionais e globais, objetivando integrar os direitos humanos em projetos emancipatórios cosmopolitas de âmbito mais abrangente.

3.4.4 O tradicional e o moderno: as outras modernidades dos povos indígenas e das autoridades tradicionais

Depois das constatações já realizadas, pode-se afirmar que a política de legalidade decorrente da zona de contato se expressa através de concepções alternativas de pluralidade jurídica.

⁹ A hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objectivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter diatópico.

Dois são os casos em que a dicotomia tradicional ou moderna, se traduz em estratégias jurídicas, em que o sistema tradicional foi utilizado para reivindicar a modernidade, o que aconteceu com o papel das autoridades africanas no presente (SANTOS; TRINDADE, 2002) e com as lutas dos povos indígenas da América Latina, pelo reconhecimento dos seus sistemas político-jurídicos ancestrais (SANTOS; GARCÍA-VILLEGAS, 2001).

Assim, percebe-se que a dicotomia entre o tradicional e o moderno é fonte para o reconhecimento de direitos híbridos, pois devem ambos os sistemas conviverem e se convergirem.

3.4.5 Cidadania cultural

Nesta zona de contato encontram-se várias estratégias político-jurídicas que disputam de forma acirrada as condições do conflito e como se dará o acordo entre os princípios da igualdade (cidadania) e os princípios da diferença (identidade cultural).

Stefanic (1998) afirma que nos Estados Unidos, o volume crescente de literatura na área dos estudos latinos, a “*Lat Crit*”, articulou de forma convincente as questões fundamentais da cidadania cultural relacionadas com imigrantes latinos e os seus descendentes, os quais ocupam grande espaço na área da zona de contato americana.

Na Europa, como mostrou Sassen (1999 *apud* SANTOS, 2000), questões como a regulamentação e os conflitos jurídicos relacionados com a imigração e a cidadania cultural já não são tratadas exclusivamente no plano nacional. Na verdade, a efetiva transnacionalização da criação de políticas da imigração, resultante da globalização, por um lado, e por outro a “expansão de uma vasta rede de decisões judiciais e de direitos”, significa que a cidadania cultural é cada vez mais um lugar de conflitos jurídicos à escala regional (SASSEN, 1999), até mesmo porque, a formação do bloco econômico europeu foi tendenciosa para efetivar a mencionada transnacionalização.

A legalidade cosmopolita leva a um processo em que a política depende da cultura, vez que aqueles que sempre estiveram no na sociedade civil incivil, ou seja, os excluídos passaram a criar esferas públicas subalternas ou em combate as normas ditadas pela sociedade dominante. Para Santos (2000) o objetivo é incitar a criação de sociabilidades que mesmo se encontrando em diversidades culturais opostas, dividem por vezes o mesmo território, e pleiteiam os mesmos direitos, embora sobre diferentes prismas.

3.4.6 Direitos de propriedade intelectual, biodiversidade e saúde humana

Diz-se que as noções do mundo ao serem transformadas em noções globais e hegemônicas, permitiram que a ciência condensasse as demais formas de sabedoria e chamou-lhes “as outras”.

De acordo com este paradigma, conhecimento e tecnologia, são coisas, objetivos a que se atribui valor passível de ser transacionados, de forma que os o conhecimento e a tecnologia devem ser tratados como se fossem propriedade e os direitos de propriedade intelectual, como princípios que regem a posse da propriedade.

Este tema traz vários conflitos e problemas, desta forma, faz-se necessário analisar os que dizem respeito à referida zona de contato: de um lado, a tecnologia e a ciência moderna de origem ocidental, e do outro, os saberes rurais, indígenas, e de base comunitária que têm sido os guardiões da biodiversidade.

A zona de contato permitiu à inovação científica desenvolver em pouco tempo, novos produtos farmacêuticos a partir de plantas, que se sabia curarem certas doenças, o que de fato é positivo. O problema passa a existir desde o instante em que os grandes laboratórios de indústria farmacêutica e de biotecnologia passaram a reivindicar a propriedade intelectual dos princípios ativos das plantas e de sua exploração, sem, todavia, observar os direitos que os nativos daquelas regiões possuíam, já que dotados do conhecimento tradicional. Essa dicotomia, até mesmo se resolve pela política demoliberal, que reconhece os direitos tradicionais, porém não oferece mecanismos para a sua proteção e controle.

Para solucionar o impasse, necessário se faz determinar qual o tipo de paradigma jurídico será observado, originando uma determinada sociabilidade na zona de contato. Utilizando-se do sistema predominante, aqui reconhecido como demoliberalismo, ter-se-á uma sociedade geradora de violência, a qual Shiva (1997) chama de biopirataria ou no máximo uma reconciliação.

Como já mencionado em outros pontos deste trabalho, a utilização do cosmopolitismo subalterno, consistente na convivência mútua dos princípios da igualdade e da diferença, resolvendo a situação ao reconhecer os direitos tradicionais aos nativos, o que não significa que eles impediriam a pesquisa para a produção de medicamentos, porém lhes daria legitimidade para exigir uma contraprestação que pudesse lhes beneficiar em prol do interesse futuro da comunidade.

Assim, a legalidade cosmopolita subalterna tem um papel fundamental a desempenhar e, diferentemente, de outros sistemas, não exclusivo.

Klug (2001, p. 4), conclui que

[...] o reconhecimento de que o direito econômico internacional, e o TRIPS em particular, podem ter implicações profundas para o plano de saúde pública de um país reabriu o debate sobre as consequências que as normas do comércio têm nos direitos humanos e nas políticas públicas relacionadas com a pobreza, a desigualdade e a saúde.

3.4.7 O direito e a redescoberta democrática do mundo do trabalho

Como já tratado, a globalização neoliberal acabou por reduzir o trabalho a singelo fator de produção, de forma que ele não mais contribuía para a cidadania, de modo que referida evolução sofreu intervenção pesada da legalidade neoconservadora contra as leis e os direitos do trabalho, que o liberalismo e demosocialismo haviam promovido por força da pressão dos movimentos laborais.

Deste modo, a redescoberta democrática do mundo do trabalho é um fator crucial para a construção das sociabilidades cosmopolitas.

A insistência do demoliberalismo em manter sua base legal de forma exclusiva na regulação nacional, está levando o sistema a sofrer ingerências promovidas pela regulação global. O próprio papel das entidades representativas de classe precisa ser repensado, pois não basta mais somente ter abrangência nacional, deve esta ser estendida a esfera transnacional.

Para isso, é necessária a existência de um movimento operário mais politizado, que combata por uma alternativa civilizadora, em que tudo esteja ligado a tudo: trabalho e ambiente; trabalho e sistema de ensino; trabalho e feminismo; trabalho e necessidades sócio-culturais coletivas; trabalho e Estado-providência; o trabalho e os idosos (SANTOS, 2000).

O exemplo mais sólido de legalidade cosmopolita atualmente em vigor cabe debaixo da mesma idéia normativa, a idéia de que o trabalho deve ser partilhado democraticamente a uma escala global. Por isso, o *stock* de trabalho disponível deverá ser redistribuído a uma escala mundial. Perante este quadro, há cinco iniciativas que se afiguram especialmente promissoras. São, todas elas, de dimensão global, ainda

que desigualmente distribuídas pela economia global, a saber: a redução da jornada de trabalho; aplicação efetiva de padrões de trabalhos internacionais¹⁰; flexibilização das leis da migração, tendo em vista a progressiva desnacionalização da cidadania; *movimento anti-sweatshops*¹¹ e *reconhecimento do polimorfismo do trabalho*¹².

Como o neoliberalismo global é agressivo para lhe opor uma resistência credível, as lutas cosmopolitas nesta área, terão de dar prioridade especial à construção política e ética do conflito antes que qualquer estratégia jurídica seja ensaiada.

Assim, o movimento não se pode dar ao luxo de desaproveitar todas as ferramentas legais disponíveis. Impõe-se que os grupos cosmopolitas se esforcem por mobilizar a legalidade demoliberal de uma forma não hegemônica, pressionando os tribunais e os legisladores, através de uma mobilização política inovadora. O objetivo principal consistirá na transformação de cada questão jurídica, em uma questão moral: a questão, moral e injusta, da negação da dignidade humana.

A legalidade global subalterna, não só da referida luta por padrões de trabalhos internacionais, como também de uma nova convergência, ela própria em fase muito embrionária e cheia de ambigüidades, entre direitos humanos e direitos do trabalho.

Neste mesmo sentido, vão algumas discussões recentemente travadas no seio da OIT, com vistas a definir uma lista de “direitos do trabalho fundamentais”. A idéia é que se conceda a esses direitos uma proteção semelhante àquela de que gozam os direitos humanos.

¹⁰ “definição de direitos essenciais extensivos aos trabalhadores de todo o mundo sem exceção, e cuja proteção constitua um pré-requisito para a livre circulação de produtos num mercado global” (SANTOS, 2000, p. 55).

¹¹ Este se baseia numa rede de organizações diversas, não passando, portanto, por um órgão centralizado. Até agora, o movimento tem-se preocupado com elevar a consciência dos consumidores e com gerar da parte destes, uma pressão dirigida contra as empresas que se sabe violar os direitos dos trabalhadores.

¹² As formas atípicas de trabalho têm sido utilizadas pelo capital global, como meio de fazer do trabalho um critério de exclusão, o que sucede sempre que os salários não permitem que os trabalhadores ultrapassem a linha da pobreza. Nesses casos, reconhecer-se o polimorfismo do trabalho, longe de ser um exercício democrático, é prefigurar um ato de fascismo contratual.

Por outro lado, o reconhecimento dos diferentes tipos de trabalho, só é democrático na medida em que cria, para cada tipo, um liminar mínimo de inclusão. Ainda, há que incorporar a aprendizagem profissional na relação salarial, independentemente do tipo de emprego e da respectiva duração.

3.4.8 O direito e a produção não capitalista

Não se pode abrir espaço para hipocrisia, afirmando que uma economia de mercado é, dentro de certos limites, desejável. Porém, o principal reflexo de uma economia de mercado, consiste na produção de uma sociedade de mercado, o que tornaria o Estado um mero agente sem qualquer legitimidade.

O prejuízo que capitalismo global pode levar às sociedades, não repousa somente em levar ao mundo todo mercados livres que permita a livre produção de bens e serviços, mas também no fato de fazer com que toda a regulação da vida social se transforme em mercado.

No campo social, convencionalmente conhecido por economia, o cosmopolitismo apresenta um objetivo com quatro vertentes. A primeira refere-se às condições e relações da produção de mercadorias. O segundo objetivo é a desmercadorização, procurar os bens e os serviços públicos. Que não sejam inteiramente sujeitos às regras do mercado capitalista. O terceiro objetivo consiste na promoção de mercados não capitalistas subalternos, isto é, de mercados norteados pela solidariedade e não pela ganância. E o quarto objetivo, é desenvolver e aperfeiçoar sistemas alternativos de produção.

Assim, por exemplo, as cooperativas de trabalhadores informais, têm sabido utilizar com imaginação as ferramentas do direito estatal, e as brechas que aí se encontram, para avançar com formas solidárias de produção e distribuição de bens e serviços.

A componente jurídica destas lutas cosmopolitas consiste com frequência em exercer pressão para que sejam feitas leis locais nacionais que criem regimes jurídicos especiais para as organizações econômicas populares, de forma a permitir-lhes competir em condições justas sem abdicar dos valores e da cultura locais, de que seus produtos estão imbuídos.

Outro exemplo envolvendo o direito e sistemas de produção alternativos são as novas formas de pluralidade jurídica contra hegemônica que estão a ser avançados pelos movimentos e organizações de camponeses sem-terras, pelo acesso a terra e pela reforma agrária.

O destino deste tipo de legalidade cosmopolita depende, estritamente, da mobilização política que o movimento ou organização consegue gerar. Em alguns casos, é possível estabelecer alianças entre esta legalidade cosmopolita e a legalidade demoliberal do Estado, como, por exemplo, quando o Estado é forçado a “regularizar” a ocupação da terra.

O potencial cosmopolita da regularização reside no espaço que abre à organização política e à mobilização dos trabalhadores pobres, bem como na pressão que pode exercer sobre o Estado para afetar mais recursos a esta área da política social e melhorar gradualmente a habitação informal até um nível adequado.

3.4.9 Direito para os não-cidadãos

Como já abordado, a cidadania nas sociedades capitalistas se restringe a uma divisão em graus, em que se tem os super-cidadãos, que são aqueles que compõem a sociedade civil íntima, detentores dos direitos das três gerações e podem exercer a cidadania de forma plena; os chamados de restantes, que detêm algum tipo de direitos de cidadania, formada pela sociedade civil estranha; e, a destacar, os não-cidadãos que habitam as regiões fronteiriças da sociedade civil incivil, que não possuem qualquer direito de cidadania.

Estes status de não-cidadão pode ser adquirido porque o indivíduo de algum modo foi excluído de algum contrato social ou porque jamais experimentou a cidadania. Qualquer inclusão noticiada para os não-cidadãos somente confirma a exclusão social promovida pelo Estado.

Enquanto que para o demoliberalismo o não-cidadão representa o fracasso de sua prática política, para o cosmopolitismo significa a necessidade de inclusão social e emancipação social, já que se sabe que na maioria das vezes, para essas pessoas, o que está em jogo é somente o direito de continuar a viver.

O cosmopolitismo defende que são necessárias três esferas de direito para garantir a inclusão social e a emancipação social dos não-cidadãos. A primeira diz respeito ao direito global, eu se trata do reconhecimento de direitos humanos internacionais; a segunda aborda o direito estatal que deve ser pressionado a estabelecer padrões mínimos para a inclusão social pela cidadania; e o terceiro é o direito local, que consiste no fato de que, a partir do momento em que as comunidades sintam que se encontram em situação de não-cidadania perante o Estado, que legitimem-se para promover suas constituições locais, elaborando um sistema jurídico que se aplique aos membros de suas sociedades, objetivando, se preciso, opor-se contra os movimentos estatais ou não, nacionais ou globais.

3.4.10 O Estado como o mais recente de todos os movimentos sociais

Quando se atestas a despolitização do Estado e a desestatização da regulação social, depara-se com o surgimento de um novo modelo de organização política, que sendo articulada pelo próprio Estado, tem ainda a presença de organização e sociedades estatais, não-estatais, nacionais e globais.

A origem desse novo sistema surge no momento em que o Estado divide com organizações, redes e sociedades, mesmo que não-estatais, a produção dos chamados bens públicos, como a legitimidade, o bem-estar sócio-econômico e a identidade cultural. Essa transformação do Estado em ente participante e não monopolizador, é que cria esse novo movimento social.

Como características na organização política, tem-se que o Estado passa a coordenar e administrar os diferentes interesses que junto a ele estão legitimados a pugnar, objetivando ainda a democratização dessas tarefas de coordenação.

Por certo que o Estado hoje, ao contrário do que muitas vezes parece, está diretamente envolvida na distribuição social, - embora Santos (2000) trate como redistribuição social, alguns jamais conseguiram obter direitos humanos sociais -, de forma que, para que a tensão existente entre democracia e capitalismo deixe de existir, necessária de faz a transformação desse democracia em redistributiva, que tem como premissa a democracia participativa, que acarreta em ações tanto por parte do Estado como parte de agentes privados.

Exemplos como o orçamento participativo, já implantado como política pública no Brasil, demonstraram que o caminho está livre na busca desse ideal, porém, também deve haver a democracia participativa na maneira de captação de recursos para os investimentos a serem decididos entre Estado e entidades não-estatais, cabendo ao Estado a função de agente articulador e coordenador.

Faz-se necessário que o Estado garanta igualdade de oportunidades a diferentes projetos democráticos, estabelecendo padrões de inclusão, para que se garantam os direitos de cidadania essenciais. Só que para que isso ocorra em sua plenitude, os Estados também devem promover na cooperação internacional entre Estados, para que uma democracia redistributiva seja materialmente realizada.

4 CONCLUSÃO

Essa pesquisa se deteve em apurar as práticas de pluralismo jurídico e a conseqüente emancipação do direito na visão de Boaventura de Sousa Santos (2000), já que estes fenômenos são parâmetros para a formação de um novo paradigma dentro do direito moderno.

Inicialmente foi necessário discorrer sobre os direitos humanos, tendo em vista que são as bases para a discussão dos demais movimentos, tendo em vista que são direitos que são reconhecidos a todos, porém pelo Estado Liberal, estes “todos” são tratados como iguais, ou seja, todo o direito humano que é fundamental para determinado grupo social, também é para outro grupo, da mesma forma que aqueles direitos que são suprimidos de alguns, também o são para todos, sem levar em conta qualquer fator de diversidade cultural de forma individual.

Tais necessidades encontraram no pluralismo jurídico a forma para explicitar as transformações pelas quais passam a sociedade moderna ou já pós-moderna, aqui chamada de contemporânea, já que se trata de uma organização de cunho antes social, mas também jurídico, que tende a produzir direito, que contrarie e ao mesmo tempo conviva com o Direito Estatal – o que sempre ocorreu –, de forma legitimada para uma determinada sociedade que emancipa-se do Estado para poder resolver até mesmo seus conflitos de forma diferente do que foi resolvido pelo Estado.

O primeiro ponto negativo, se é que assim pode-se afirmar decorrente dessa emancipação gerada pelo pluralismo jurídico repousa no fato de que o movimento para adquirir legitimidade, dependeria de reconhecimento pelo Estado, o que, segundo a história recente não é fácil de acontecer.

Vale lembrar que o reconhecimento por parte do Estado, faria com que este abrisse mão do paradigma que o guia e que o faz exercer o poder social e de direito de forma monopolizada. Os argumentos para conferir esse reconhecimento são no sentido de que o Estado não possui alternativa, pelo fato de que o seu sistema não consegue acompanhar as modificações sociais, principalmente aquelas decorrentes da globalização, que fizeram com que o próprio Estado passasse a ser ameaçado pelo queda virtual de suas fronteiras, sofrendo intervenção externa, inclusive de cunha privada.

São necessários movimentos que podem ser acampados por sindicatos e demais entidades decorrentes dos grupos sociais, para que o direito consiga acompanhar a evolução social decorrente do próprio

capitalismo exacerbado que rege os Estados, o que se materializa claramente através do pluralismo jurídico.

Da maneira que se encontra a sociedade atual, repleta de diversidades culturais e necessidades coletivas decorrentes da globalização, não existe mais espaço para o monopólio social e jurídico, que não mais consegue dar continuidade aos fundamentos que se propôs, tendo sim, que se tornar parte do pluralismo, de forma a conviver e aceitar que a sociedade pode se emancipar, e pode ter um ordenamento jurídico emancipado, em que ele deve assumir o papel regulador deste processo.

Como o processo em que o Estado se encontra tem origem na sociedade burguesa, o capitalismo perante a sociedade global está em decadência, já que não serve mais para atingir os anseios dos diferentes grupos sociais, razão pela qual se afirma que o Estado deve se adequar a democracias participativas e emancipatórias.

A forma com que se cria o direito emancipatório pluralista é tão legítima quanto a ordem estatal, a diferença é que o nesta observa-se somente os interesses daqueles que estão no poder, que mesmo que representem a sociedade estão muito distantes, enquanto que naqueles existem interesses coletivos que facilmente podem ser exteriorizados, havendo uma participação direta dos grupos sociais interessados. Desta forma, já que se prega a democracia, não pode haver impedimentos para legitimar estas normas, de forma a tornarem-se obrigatórias e exigíveis.

A emancipação social caminha muitas vezes para o entendimento e parece ser este o desejo do Estado, para a realização de práticas ilegais, somente porque não partem do Estado, porém nada mais são do que alternativas para reconhecer uma legalidade alternativa.

O Estado que teve origem no capitalismo, é formado pela manifestação de vontade única e exclusiva das pessoas ou grupos de pessoas que detém o capital, sendo até mesmo quando se fala em representatividade, se atestas a participação direta destes em financiamentos de campanhas políticas, operando de forma direta a exclusão imediata dos demais grupos sociais, vendo-se estes, cerceados de exercer e de dizer qual é o direito que almejam e que necessitam para a convivência.

A idéia da política estatal de fazer a sociedade sentir-se protegida por princípios como o da igualdade, dá aos grupos sociais a falsa impressão de que a todos serão garantidos a existência de dignidade, pois, todos serão vez no exercício dos direitos humanos, o que não é verdade. A igualdade, como afirma Santos (ano), só existe em conjunto com a diferença. A simples igualdade leva a direta exclusão social de

muitos grupos, enquanto que a igualdade aliada a diferença impõe que cada grupo social deve ter respeitada a sua individualidade, ou seja, transfere-se igualdade para aquele grupo social determinado e diferenças dele para os demais grupos.

As poucas experiências que atestam a emancipação das sociedades, utilizando-se de direitos pluralistas, permite afirmar que este direito não-estatal juntamente com os direitos humanos é suficiente para a defesa destes grupos minoritários, resultante da luta pelo direito das diferenças contra o Estado hegemônico.

A emancipação social dos grupos, que decorre na busca de uma emancipação jurídico dos direitos se dá pela via do pluralismo jurídico, faz com que o direito de adéqüe a realidade social e proteja os direitos coletivos, vez que na maioria das vezes não são lembradas na globalização, que tem como principais metas o aumento da sociedade capitalista. Como mencionado, a participação do próprio Estado seria fundamental para que ele salvaguardasse seus próprios interesses de forma que o reconhecimento daria a ele papel ativo nas modificações sociais.

Desta forma, não se pode negar que o pluralismo jurídico é um marco atual do direito e, mesmo que não reconhecido consiste em um marco para as transformações sociais, já que ele dá maior importância aos direitos humanos e, por consequência, vida digna, quando reconhece que existem grupos sociais desiguais.

Pode-se afirmar que o pluralismo, que depende diretamente da emancipação social, para que ele represente não só na teoria, mas também na prática um fenômeno capaz de realizar a busca pela Justiça Social, podendo redundar até em uma nova sociedade.

Derradeiramente, importante frisar a idéia de Santos (2000), que afirma que o direito não pode ser nem emancipatório e nem não-emancipatório, pois, oriundo do Estado ou das práticas pluralistas, tudo se resume ao direito, independentemente se estatal, não-estatal, nacional ou global.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Fernando Barcellos. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

ANA MARIA. Discurso inaugural de La Mayor Ana María em Primer Encuentro Intercontinental por la Humanidad y contra el Neoliberalismo. Aguascalientes II, Oventic, San Andrés Sacamch'em de los Pobres, Chiapas, México, 1996.

ANNER, Mark. Local and transnational campaigns to end sweatshop labor. In: GORDON, M.; TURNER, L. (Org.). **Transnational cooperation among unions**. Ithaca: Cornell University Press, 2001.

AQUINO, São Tomás de. **Summa secunda secundae**. Quest XLII, artigos 1 e 2. Encyclopaedia Britannica, Chicago, 1952.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **Origens do totalitarismo**: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras, 1891**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia. Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BANCAL, Jean. **Pluralismo e autogestão**. Tradução de Plínio Augusto Coelho. Brasília: Novos Tempos, 1984.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1986.

BECK, Ulrich. **The brave new world of work**. London: Blackwell, 2000.

_____. **World risk society**. London: Blackwell, 1999.

_____.; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Reflexive modernization:** politics tradition and aesthetics in the modern social order. Cambridge: Polity Press, 1994.

BECKER, Bertha K.; EGLER, Cláudio A. G. **Brasil:** uma potência regional na economia-mundo. 3.ed. Bertrand: Rio de Janeiro, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **A teoria das formas de governo.** Tradução de Sérgio Bath. 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

_____. **Curso de direito constitucional.** 21ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Direito do estado no pensamento de Emanuel Kant.** Tradução de Alfredo Fait. 3.ed. Brasília: UNB, 1995.

_____. **El tiempo de los derechos.** Madrid: Sistema, 1991.

_____. **Estado, governo e sociedade:** para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 9.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **Estado, governo e sociedade:** para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 5.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

_____. **Liberalismo e democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. **Teoria della norma giuridica.** Turin: Giappichelli, 1958.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1999.

BURKE, Edmund. **Textos políticos.** Versão espanhola e Tradução de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Econômica, 1942.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5.ed. Coimbra: Almeida, 1991.

_____. **Direito constitucional**. Coimbra: Almeida, 1993.

CASTRO, Celso A. P. de. **Sociologia aplicada ao direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CECENA, Ana Esther. “La resistencia como espacio de construcción del nuevo mundo”. Chiapas (México: ERA-IIIEc) N°. 7. 1999. Disponível em: <<http://www33.brinkster.com/revistachiapas>>. Acesso em: 15 set. 2011.

_____. **De como se construye la esperaza**. 1998. Disponível em: <<http://www.revistachiapas.org/cecena6.html>>. Acesso em: 10 set. 2011.

_____. **Por la humanidad y contra el neoliberalismo**. Líneas centrales del discurso zapatista. *En publicacion: Resistencias mundiales (De Seattle a Porto Alegre)* José Seoane y Emilio Taddei. CLACSO - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. 2001.

COELHO, Luis Fernando. **Teoria crítica do direito**. 1.ed. Curitiba: Livros HDL, 1987.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Educação estado e poder**. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O que é participação política**. 11.ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.

DARWIN, Charles. **On the origin os spcies by means os natural selection**. Or prservation of favoured races in the struggle for life. Londres: Johon Murray, 1859.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**. Paradoxos e desafios. São Paulo: Renovar, 2001.

EHRLINCH, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Cadernos da UNB, 1986.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, na propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FERNANDEZ GARCIA, Eusébio. **Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita**. Guardernos bartolomé de lãs Casas 21. Madrid: Bartolomé de lãs Casas/Universidad Carlos III/Dykinson.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania do mundo moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Marcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Interpretação e estudo da constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 20.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

GIDDENS, Anthony. **The third way: the renewal os social democracy**. Cambridge: Polity Press, 1998.

GROSSI, Paulo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GURVITCH, Georges. **Tratado de sociologia**. Tradução de Maria C. Equibar e Alice M. Vacca. Buenos Aires: Kapelusz, v. 1, 1962.

HALL, Stuart. Who needs identity?. In: SATUART, Hall; DU GAY, Paul (Orgs.). **Questions os cultural identity**. London: Sage, 1996.

HART, L.A. Hebert. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian, 2001.

HERKENHOFF, João Batista. **Cursos de direitos humanos**. Gêneses dos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1994.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Leviatã**: ou matéria, forma ou poder de um Estado eclesiástico e civil. Brasília: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1999.

KANT, Immanuel. **Doutrina de direito**. Tradução de Edson Bini. 3.ed. São Paulo: Ícone, 2005.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Os Pensadores. Tradução de Paulo Quintanela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo; Brasiliense, 1999.

MALISKA, Marco Augusto. **Pluralismo jurídico e direito moderno**: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade. Curitiba: Juruá, 2000.

_____. A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e Direito Internacional- Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. **Anais.... XV Congresso Nacional do CONPEDI**, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARX, Karl. **A questão judaica**. São Paulo: Centauro, 2000.

_____. **Manifesto comunista**. Chicago: Charles H. Herr, 1940.

_____. **O capital**: crítica da economia política. Livro 1. O Processo de Produção.

_____.; ENGELES, Friedrich. **Obras escolhidas**. São Paulo: Alfa-Ômega. v. 01, 1980.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional**: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Osvaldo Ferreira de; WARAT, Luis Alberto. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MONTESQUIEU, Charles; SECONDAT, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MOODY, Kim. **Workers in a lean world**: unions in the international economy. New York: Verso, 1998.

NAVARRO, Z. “Mobilização sem emancipação” – as lutas sociais dos sem-terra no Brasil. In: PRODUZIR PARA VIVER: os caminhos da produção não capitalista. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.189-232.

NOGUEIRA, Ataliba. **O estado e o meio e o não fim**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

OCKAM, Guillermo. **Obra pública**. Tradução de Primitivo Marino Gomes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

PALACIO, Germán. **Pluralismo jurídico**: el desafío al derecho oficial. Bogotá: IDEA/Universidad Nacional da Colômbia, 1993.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo com comparativo de sistemas regionais europeus, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Direitos internacionais humanos**: estudo em homenagem a prof^a. Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá. 2004.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

ROUSSEAU, Jean Jacques (Col.). **Do contrato social**. Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1983.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa A Critique of the Lazy Reason: Against the Waste of Experience, paper Presented at the Modern World System in the Longue Duree Conference to Celebrate the 25 th Anniversary of the Fernando Braudel Center. Binghamton University, 2001.

_____. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da existência. 2.São Paulo: Cortez, v.1, 2000.

_____. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, v.4, 2006.

_____. **Democratizar a democracia**. Os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Record, 2002.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5.ed. São Paulo: Marx Lomonad, 2002.

- _____. **O discurso do poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabris, v. 1, 1988.
- _____. **Oppositional posmodernism and globalizations**. Law and Social Inquiry, 1998.
- _____. **Orçamento distributivo em Porto Alegre**: para a democracia redistributiva. 2002.
- _____. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 4.ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- _____. Poderá o direito ser emancipatório. **Crítica de Ciências Sociais**, Lisboa, p. 3-76, mai. 2003.
- _____. **Produzir para viver**. Os caminhos da produção não capitalista. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- _____. **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- _____. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 3, 2003.
- _____. **Reinventar a democracia**. Lisboa: Gradiva, 1998.
- _____. **Semear outras soluções**. Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- _____. **Toward a new legal common sense**. London: Butterworths Lxis Nexis, 2002.
- _____. **Trabalhar o mundo**. Os caminhos do novo internacionalismo operário. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- _____.; GARCIA VILLEGAS, Mauricio. **El caleidoscopio de las justicias em colombia**. v.2. Bogotá: Colciencias-Uniandes-CES - Universidad Nacional - Siglo Del Hombre, 2001.
- _____.; RODRIGUEZ, César. **Introdução para ampliar o cânone da produção**. 2002.

_____.; TRINDADE, João Carlos. **Conflito e transformação social: uma paisagem uma justiça em Moçambique**. v. 2. Porto: Afrontamento, 2002.

SANTOS, Laymert Garcia. **Predação high-tech, biodiversidade e erosão cultural: o caso do Brasil**. 2002.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira. **Direitos humanos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O direito ao desenvolvimento na doutrina humanista do direito econômico**. Tese (Doutorado) - Pontifício Universidade Católica - São Paulo- 2006.

_____. **O poder de reformador na constituição brasileira de 1988 e os limites jurídicos às reformas constitucionais**. São Paulo: RCS, 2006.

SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 71-109.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para uma crítica da eficácia do direito**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Estimativa y política constitucionales**. Madrid: Universidad Complutense, 1984.

_____. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WARDE, Alan. **Consumption, food and taste: culinary antinomies and commodity culture**. London: Thousand Oaks, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direito social no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

_____. **Elementos para uma crítica do estado**. Porto Alegre: Fabris, 1990.

_____. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 2.ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

_____.; MEZZAROBA, Orides. **Crise da justiça & democracia do direito**. Joaçaba: UNOESC, 1999.