

**Geyson Gonçalves da Silva**

**PLURALISMO JURÍDICO, ÉTICA DA LIBERTAÇÃO E A  
CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CIDADANIA**

**Florianópolis, 2002**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**PLURALISMO JURÍDICO, ÉTICA DA LIBERTAÇÃO E A  
CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CIDADANIA**

**Geyson Gonçalves da Silva**

**Orientador: Professor Doutor Antônio Carlos Wolkmer**

**Florianópolis, 2002**

**GEYSON GONÇALVES DA SILVA**

**PLURALISMO JURÍDICO, ÉTICA DA LIBERTAÇÃO E A  
CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CIDADANIA**

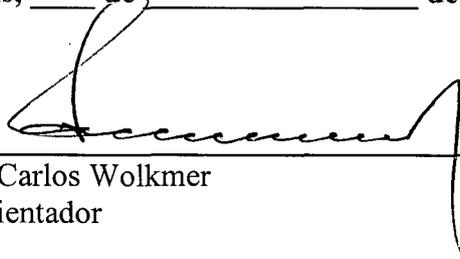
**Dissertação apresentada à Banca  
Examinadora do Curso de Pós-  
Graduação em Direito da Universidade  
Federal de Santa Catarina, como  
exigência parcial para obtenção do título  
de Mestre em Direito, sob orientação do  
Professor Doutor Antônio Carlos  
Wolkmer.**

**Florianópolis, 2002**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

A presente dissertação, intitulada “Pluralismo jurídico, ética da libertação e a construção de uma nova cidadania”, elaborada por Geyson Gonçalves da Silva e aprovada por todos os membros da banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, tendo obtido conceito “A”, foi julgada adequada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Florianópolis, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2002.

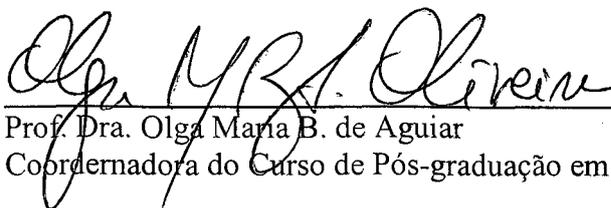


Dr. Antônio Carlos Wolkmer  
Professor Orientador

Dr. Josel Machado Corrêa  
Membro



Dra. Tâís Luzia Collaço  
Membro



Prof. Dra. Olga Maria B. de Aguiar  
Coordenadora do Curso de Pós-graduação em Direito

*Dedico este trabalho à minha esposa Isabela, minha vida,  
cujo amor incondicional e paciência tornaram possível  
e desejável a conclusão desta dissertação.*

*À minha esposa Isabela, por tudo.*

*Aos meus pais, Geraldo e Maria José, e irmãos Fabíola e Ivson, pelo desprendimento, incentivo e amor dedicados.*

*À Família Medeiros, Carlos Alberto, Leonora, Érica e Camila, Titi, Anderson e Marcus, pelo acolhimento e carinho.*

*Aos meus grandes amigos do CMF, Roger, Luimar, Marcellus, Magno, Antônio, Robson e Roberto, pelo companheirismo e amizade existentes há quase 20 anos –  
“Para frente, custe o que custar...”*

*Aos companheiros do Mestrado, Adriano, Rogério Duarte, Gustavo, Gérson e Cláudio Ladeira, pelos incontáveis debates acadêmicos e políticos além das numerosas cervejas.*

*Ao professor Antônio Carlos Wolkmer, pelo exemplo de talento e seriedade acadêmicos.*

*Aos funcionários do CPGD/UFSC, pela dedicação.*

*À CAPES, pela concessão da bolsa de Mestrado.*

*Ao meu Ceará.*

*A todos aqueles que, embora não citados, contribuíram de alguma forma para a realização deste trabalho.*

*O meu eterno agradecimento.*

## SUMÁRIO

RESUMO.....	VIII
RESUMEN .....	IX
INTRODUÇÃO.....	01
CAPÍTULO 1 – DIREITO MODERNO: ÉTICA E CIDADANIA.....	08
1.1. A formação do direito moderno: o monismo jurídico.....	08 /
1.2. Cidadania: promessas de efetivação.....	19
1.3. A crise do direito e o discurso da cidadania.....	31 /
CAPÍTULO 2 – PLURALISMO JURÍDICO: CONCEITOS E FUNDAMENTOS.....	44
2.1. Os conceitos de pluralismo jurídico.....	44 /
2.2. Pluralismo jurídico: características e evolução.....	57 /
2.3. Os Novos Movimentos Sociais e o pluralismo jurídico.....	69 /
CAPÍTULO 3 – O PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL E A PROPOSTA DE ANTÔNIO CARLOS WOLKMER.....	81
3.1. Pluralismo jurídico no Brasil: as “Missões” e os “Quilombos”.....	81 /
3.2. Pluralismo jurídico no Brasil: as “Favelas”.....	93 /
3.3. O pluralismo jurídico comunitário-participativo de Antônio Carlos Wolkmer.....	104 /
CAPÍTULO 4 – O PLURALISMO JURÍDICO, A ÉTICA DA LIBERTAÇÃO E A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CIDADANIA.....	119
4.1. Direito e ética: o pluralismo jurídico como referência.....	120
4.2. A ética do discurso e a ética da libertação: modelos complementares ou ‘excludentes’.....	131
4.3. O pluralismo jurídico e a ética da libertação como paradigmas para a construção de uma nova cidadania: possibilidades e limites no início do século XXI.....	146 /
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	162

## RESUMO

A presente dissertação procura demonstrar o esgotamento e a possibilidade de superação do monismo jurídico e a construção de uma nova cidadania, baseada em modelos jurídicos plurais emancipatórios e éticos. A contraposição ao paradigma jurídico dominante é estabelecida através da construção de teorias que admitem a existência de um direito (ou direitos) legítimo fora da órbita estatal. Assim é desenvolvida a tese de Antônio Carlos Wolkmer, em seu pluralismo jurídico comunitário-participativo, que juntamente com o modelo de ética da libertação proposto por Enrique Dussel, constituem o objeto de estudo principal desta dissertação. O trabalho aborda, inicialmente, a evolução da formação do paradigma jurídico moderno até sua consolidação como hegemônico, juntamente com o desenvolvimento do próprio conceito de cidadania, inserido nas mudanças avassaladoras ocorridas no final do século XVIII, e suas promessas de efetivação não cumpridas, resultando na crise do discurso jurídico moderno. Em um segundo momento, faz-se a abordagem do conceito de pluralismo jurídico, seu desenvolvimento e as necessárias ligações com os movimentos sociais, como um espaço privilegiado de produção jurídica emancipatória. A partir de então, partindo do conceito preconizado por Wolkmer, busca-se localizar o pluralismo jurídico no Brasil, priorizando as experiências históricas nacionais e as características fundamentais do pluralismo jurídico comunitário-participativo. Por fim, partindo do debate estabelecido entre vários modelos éticos, faz-se a opção pela construção de um paradigma jurídico que esteja acompanhado do modelo ético de Dussel, no qual as necessidades humanas possam ser materialmente satisfeitas, o que produzirá um conceito de cidadania efetiva, que tenha como parâmetros o pluralismo jurídico e a ética da libertação.

## ***RESUMEN***

La presente disertación busca demostrar el agotamiento y la posibilidad de superación del monismo jurídico y la construcción de una nueva ciudadanía, basada en modelos jurídicos plurales emancipatorios y éticos. La contraposición al paradigma jurídico dominante es establecida a través de la construcción de teorías que admiten la existencia de un derecho (o derechos) legítimo fuera de la órbita estatal. Así es desarrollada la tesis de Antonio Carlos Wolkmer, en su pluralismo jurídico comunitario-participativo, que juntamente con el modelo de ética de la liberación propuesta por Enrique Dussel, constituyen el objeto de estudio principal de esta disertación. El trabajo aborda, inicialmente, la evolución de la formación del paradigma jurídico moderno hasta su consolidación como hegemónico, juntamente con el desarrollo del propio concepto de ciudadanía, inserto en los cambios avasalladores ocurridos al final del siglo XVIII, y sus promesas de efectivación no cumplidas, resultando así la crisis del discurso jurídico moderno. Luego, aborda el concepto de pluralismo jurídico, su desarrollo y las necesarias concepciones con los movimientos sociales, como un espacio privilegiado de producción jurídica emancipatoria. A partir de entonces, partiendo del concepto de Wolkmer, se trata de localizar el pluralismo jurídico en el Brasil, priorizando las experiencias históricas nacionales y las características fundamentales del pluralismo jurídico comunitario-participativo. Por fin, partiendo del debate establecido entre varios modelos éticos, se hace la opción por la construcción de un paradigma jurídico que esté acompañado del modelo ético, de Dussel, en el cuál las necesidades humanas puedan ser materialmente satisfechas, lo que producirá un concepto de ciudadanía efectiva, que tenga como parámetros el pluralismo jurídico y la ética da liberación.

## INTRODUÇÃO

O direito estatal vem sendo considerado por grande parte das teorias jurídicas, desde as Revoluções Burguesas do século XVIII, o único paradigma possível e até mesmo aceitável para o estudo do fenômeno jurídico. Afinal, se não for através do Estado, como o direito poderia ser exteriorizado com todas as suas características, inclusive, e de maneira muito especial, através da “coação organizada e legítima”. A Era Moderna trouxe consigo a consolidação do direito estatal como único espaço jurídico possível e, com isso, o chamado monismo jurídico passou a ser um parâmetro obrigatório, em qualquer tipo de abordagem, para o estudo o direito.

A constatação de que o direito estatal não atende, como de fato nunca atendeu, às expectativas de milhões de pessoas em todo o mundo, que não observam no direito e no Poder Judiciário um espaço satisfatório de resolução de conflitos, aliada às várias crises econômicas e sociais vivenciadas no século que passou, possibilitou que diversas teorias que, de alguma forma, criticavam a ordem jurídica proposta pudessem ser desenvolvidas. Entre estas teorias que tentam incorporar novos parâmetros ao estudo da teoria e da filosofia do direito está situado o principal objeto de estudo deste trabalho: o pluralismo jurídico.

O pluralismo jurídico, ao contrário do pensamento jurídico ainda dominante, supõe a coexistência de diversas ordens jurídicas num mesmo espaço físico. Mais ainda que a simples existência de diversos ordenamentos jurídicos, o pluralismo jurídico requer o reconhecimento destas ordens como legítimas. Em outras palavras, requer o reconhecimento de que o Estado não é a única fonte de produção jurídica na sociedade, embora seja a mais importante.

A articulação principal do pluralismo jurídico, e não poderia ser diferente, é estabelecida com as organizações sociais comunitárias. Os movimentos sociais ganham força e legitimidade numa abordagem pluralista. As

inúmeras manifestações comunitárias em todo o mundo, e especialmente no sistema periférico capitalista (no qual está inserido o Brasil), ganham força com a ineficiência estatal. O Estado moderno, embora tenha pretendido, não consegue alcançar grande parte das necessidades de seus cidadãos que, a partir de então e buscando maior independência e autonomia, buscam formas de organização próprias para satisfazer ou minorar tais necessidades. Neste contexto, o próprio direito, fruto da organização social comunitária, emerge de forma vigorosa, embora não reconhecido pelo Estado como válido. A conexão entre o pluralismo jurídico e os movimentos sociais, portanto, além de obrigatória é fundamental para justificar a existência de ordens jurídicas plurais que buscam, de várias formas, fomentar a configuração de uma identidade própria e emancipatória para parcelas da população que, durante muito tempo e ainda hoje, ficam alijadas das benesses do Estado.

Atualmente, entretanto, especular a existência de “direitos” fora do aparelho estatal e defender a legitimidade destas normas extra-estatais não é uma tarefa fácil. Além de estruturar-se enquanto um contra-discurso ao paradigma dominante, o que por si só já traz inúmeras dificuldades à abordagem do tema, o pluralismo jurídico tem o seu desenvolvimento posto em dúvida pelas inúmeras ordens normativas que, embora sejam frutos de organizações sociais comunitárias, têm como único objetivo a obtenção de lucro a partir das atividades criminosas. É assim que, com frequência, são abordados os “movimentos” ligados, principalmente, ao narcotráfico e que hoje têm grande cobertura da mídia nacional e até mesmo internacional.<sup>1</sup>

Diante deste quadro não é suficiente que se aponte e defenda a legitimidade de ordens jurídicas paralelas ao ordenamento jurídico estatal. É

---

<sup>1</sup> Um exemplo atual destas “organizações” criminosas são as existentes nos diversos bairros das periferias das grandes cidades brasileiras, onde Rio de Janeiro e São Paulo se destacam, tanto pela existência de um enorme contingente humano (são as duas maiores cidades do país e estão entre as maiores cidades do mundo em número de habitantes) como pela estrutura e violência destes grupos, conhecidos nacionalmente, com estatuto próprio e grande poder econômico. Entre estas organizações, duas são as

necessário e ainda mais importante que se indiquem quais ou em que critérios se podem estabelecer ordens legítimas, aquelas que tenham como objetivo buscar uma plena realização das necessidades humanas e não a prática sistemática de crimes graves.

Esta possibilidade é enfrentada pelo pluralismo jurídico comunitário-participativo, formulado pelo jurista gaúcho e professor da Universidade Federal de Santa Catarina, Antônio Carlos Wolkmer, que em sua principal obra "*Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*", elenca quais as características que devem ser observadas para que tais experiências sejam, de fato, consideradas legítimas. É importante, portanto, salientar que o pluralismo jurídico comunitário-participativa é a principal referência teórica deste trabalho, servindo como teoria de base tanto no desenvolvimento quanto nas reflexões aqui elaboradas.

O pluralismo jurídico comunitário-participativo, entre outras, faz obrigatórias referências ao conteúdo das normas jurídicas extra-estatais. Este conteúdo deve estar impregnado de fundamentos éticos, para que tais normatizações possam efetivamente exigir o reconhecimento e a legitimidade pretendidos. A ética sempre manteve relações estreitas com o fenômeno jurídico, e não poderia ser diferente nesta abordagem. Agora, talvez seja ainda mais importante estabelecer um direito ético que tem preocupações visíveis com o desenvolvimento do ser humano em todas as suas possibilidades.

A ética também tem inúmeras abordagens possíveis. Desde os modelos clássicos e passando por construções contemporâneas, a ética tem ocupado lugar de destaque nas discussões filosóficas mundiais e numa abordagem pluralista não poderia ser diferente. Desta forma, o modelo estudado propõe uma conexão entre o fenômeno jurídico plural e um modelo ético criado a

---

mais "famosas": o "Comando Vermelho – CV", no Rio de Janeiro e o "Primeiro Comando da Capital – PCC", de São Paulo.

partir da realidade cultural, social, política e econômica da América Latina. Uma ética a partir das “vítimas” do sistema capitalista mundial que busca fundamentalmente a emancipação desta imensa maioria da população mundial que vive nos países “subdesenvolvidos” ou “em desenvolvimento”, em todos os continentes. Este modelo é a ética da libertação, uma ética desenvolvida com base na filosofia da libertação latino-americana e que tem como um de seus principais formuladores o filósofo argentino Enrique Dussel, que atualmente está radicado na Universidade Autônoma do México.

O estudo dos dois temas, pluralismo jurídico e a ética da libertação, é dirigido para subsidiar a formação de um novo conceito de cidadania, diferente da encontrada na Modernidade e que avance na formação de cidadão identificado culturalmente e que exerça efetivamente suas prerrogativas com consciência e liberdade.

Feitas estas necessárias conexões, entre o fenômeno jurídico numa abordagem pluralista e um modelo ético baseado na situação da América Latina, procurar-se-á demonstrar, ao longo do trabalho, a possibilidade de inscrever tais parâmetros como paradigmas na busca da construção de um novo conceito de cidadania.

Assim, no primeiro capítulo será possível observar a formação do paradigma jurídico moderno, o chamado monismo jurídico, desde o seu início, com as transformações sociais ocorridas a partir da segunda metade da Idade Média e início da Era Moderna, até a sua configuração atual. Ainda no primeiro capítulo serão abordados a formação e o desenvolvimento do conceito de cidadania. A origem de um conceito de cidadania ainda na Grécia Antiga, o desenvolvimento e a importância do conceito na formação do mundo moderno e as promessas de efetivação não cumpridas, pelo menos em relação à grande parte da população mundial. Por fim, o primeiro capítulo tratará da crise instalada tanto do direito quanto no próprio conceito de cidadania, sugerida pela não satisfação

de necessidades humanas fundamentais de milhões de pessoas. A situação atual é piorada com o agravamento da situação social em todo o mundo. É importante ainda observar, que tanto neste capítulo como de resto em toda a dissertação, que terá prioridade a análise destas questões inseridas no contexto latino-americano e mais ainda no brasileiro.

No segundo capítulo poderemos verificar as várias correntes que indicam a possibilidade de existência de fenômenos jurídicos plurais, em outras palavras, as várias correntes de pluralismo jurídico. A preocupação inicial incidirá sobre uma prévia diferenciação entre o conceito de pluralismo jurídico dos conceitos de outros pluralismos, como o social, religioso, político etc., embora todos façam parte de um mesmo fenômeno. A distinção evoluirá para a definição dos vários conceitos de pluralismos jurídicos, além de enumerar suas diversas características e a própria evolução do conceito durante a história. Desde os pluralismos jurídicos existentes na Idade Média, por exemplo, até as conformações dos pluralismos atuais. Por fim, ainda no segundo capítulo, abordaremos as necessárias ligações entre o pluralismo jurídico, em sua versão mais atual e o surgimento de movimentos sociais que, a partir da década de 60, passaram a influenciar de maneira decisiva a articulação social contemporânea, na busca por novos direitos, identidade cultural e emancipação. Vamos falar, portanto, dos chamados Novos Movimentos Sociais, os NMS's, que foram incorporados e reconhecidos como legítimos atores sociais no decorrer do século XX e que se constituem em uma real possibilidade de crítica e emancipação social no século que ora se inicia.

No terceiro capítulo será abordado o desenvolvimento do pluralismo jurídico no Brasil. Os países latino-americanos, por sua particular condição de “países colonizados”, a partir do final século XV com as chamadas “Grandes Descobertas”, têm uma situação especial na abordagem do fenômeno jurídico plural. As civilizações européias que aqui chegaram encontraram outras civilizações já estabelecidas e este “encontro” ocasionou, e ainda ocasiona, uma

série de efeitos que atingem todos os âmbitos e também o direito. Houve a necessidade de, para confirmar o paradigma jurídico moderno e, principalmente, europeu, um direito a partir de vários direitos já existentes. “Esta situação especial” faz com que as experiências jurídicas plurais em nosso continente sejam ainda mais freqüentes do que outras civilizações ou continentes. Dessa forma, o pluralismo jurídico no Brasil será desenvolvido a partir de experiências marcantes, como as “Missões”, principalmente no Sul do país, os “Quilombos”, com destaque para o principal deles, o Quilombo dos Palmares e as “Favelas”, que hoje são a face mais exposta da profunda desigualdade existente em nosso país. As experiências jurídicas plurais manifestadas serão analisadas para auxiliar na possível formulação de um pluralismo jurídico no Brasil. Esta possibilidade, aliás, é abordada ainda no terceiro capítulo com a formulação do pluralismo jurídico comunitário-participativo, de Antônio Carlos Wolkmer, suas características e fundamentos, priorizando uma visão latino-americana e as relações do fenômeno jurídico com o fenômeno ético.

No quarto e último capítulo será abordado o fenômeno ético e suas relações com o pluralismo jurídico. Inicialmente o desenvolvimento do pensamento ético no Ocidente será objeto de reflexão junto ao desenvolvimento do próprio direito. A partir de então serão priorizados dois modelos éticos que ocupam grande parte das pesquisas filosóficas na América Latina, a ética do discurso, formulada principalmente pelos filósofos alemães Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas e a ética da libertação de Enrique Dussel. Ainda neste capítulo o modelo de pluralismo jurídico comunitário-participativo e a ética da libertação serão sugeridos como possíveis parâmetros para a construção de um novo conceito de cidadania. Uma cidadania plenamente eficaz e consciente das enormes dificuldades sociais enfrentadas por nosso país.

Por fim, é necessário advertir que as abordagens teóricas aqui estabelecidas se revestem de caráter experimental, servindo como motivadoras de novas pesquisas sobre o tema, sem qualquer pretensão, até mesmo pelas óbvias

limitações deste trabalho, de esgotar o tema proposto ou retirar conclusões definitivas sobre o mesmo.

## CAPÍTULO 1 – DIREITO MODERNO: ÉTICA E CIDADANIA

Este capítulo apresenta uma visão da formação do direito moderno e a conseqüente elaboração do conceito de cidadania. Inicialmente abordaremos de que forma o monismo jurídico (paradigma jurídico moderno) foi estabelecido como discurso jurídico hegemônico. Em seguida abordaremos a evolução do discurso da cidadania moderna, desde a incorporação dos chamados direitos civis, passando pelos políticos, sócio-econômicos e os “novos direitos”, todos incorporados a um conceito mais amplo de cidadania. Por fim, passaremos à análise da crise do direito moderno e do próprio conceito de cidadania, que têm os seus discursos esvaziados por realidades sociais cada vez mais duras, principalmente nos chamados países periféricos (entre eles o Brasil).

### 1.1. A formação do direito moderno: o monismo jurídico

O direito moderno<sup>2</sup>, assim como a própria sociedade moderna, é resultado de uma intrincada engenharia política, econômica e social, iniciada através das avassaladoras mudanças ocorridas na segunda metade da Idade Média, e que deram início à Era Moderna<sup>3</sup>. A transformação de um mundo política e culturalmente fragmentado, organizado em feudos e pequenos reinos, para um “novo mundo”, tendo como um dos principais referenciais os ditos

---

<sup>2</sup> Entende-se aqui “direito moderno” como sendo um sistema jurídico característico do período posterior às Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII (Idade Moderna), que tem como traços identificadores (entre outros): o Estado de Direito, a soberania popular, a supremacia constitucional, a separação de poderes, a positivação, a produção jurídica centralizada no Estado e seus órgãos (monismo jurídico) etc. Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 21 a 69.

<sup>3</sup> A divisão da história mundial em Idades Antiga, Média, Moderna e Contemporânea é severamente criticada por ENRIQUE DUSSEL, que vislumbra fundamentos etnocêntricos para a sua existência. Para DUSSEL, tal divisão decorre do olhar europeu sobre a história mundial, que não leva em consideração o desenvolvimento das culturas orientais (mais especificamente o mundo otomano-muçulmano e chinês). A fundamentação histórica para tais afirmações encontra-se em toda a obra de DUSSEL, com destaque para a elaboração da sua “Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão”.

“Estados Modernos”<sup>4</sup>, trouxe consigo, e não poderia ser diferente, reflexos em diversas áreas da cultura humana, inclusive, e de maneira muito especial, no direito<sup>5</sup>.

No final da Idade Média havia “uma sociedade estamental, fundada na posse da terra e na produção econômica agrária, profundamente marcada por relações sociais de servidão”<sup>6</sup> e consolidada por séculos de existência. As relações pessoais entre “senhor” e “vassalo”, “servos” e “suseranos”, em conjunto com a grande fragmentação e descentralização política eram características marcantes deste período histórico.

A vida social, no início da Idade Média, estava praticamente resumida aos limites dos feudos, onde a maioria da população residia e buscava encontrar meios de subsistência e segurança. Um modo de vida “simples” e “fechado”, onde as relações com populações de outras localidades eram praticamente inexistentes. O “mundo”<sup>7</sup>, até então, tinha contornos geográficos e culturais bem definidos.

Mesmo assim, um número pequeno de pessoas, durante grande parte do regime feudal, viveu à margem desta estrutura. Entre elas, destacavam-se os mercadores e pequenos artesãos, que não estavam diretamente vinculados a

---

<sup>4</sup> O Estado Moderno fundado com as Revoluções Burguesas tem como uma das principais características a centralização do poder político, em oposição à descentralização encontrada no Feudalismo. “A história do surgimento do Estado Moderno é a história desta tensão: do sistema policêntrico e complexo dos senhorios de origem feudal se chega ao Estado territorial concentrado e unitário através da chamada racionalização da gestão do poder e da própria organização política imposta pela evolução das condições históricas materiais.” SCHIERA, Pierangelo. Estado Moderno. In: BOBBIO, Norberto et alii. **Dicionário de Política**. Brasília: EdUNB, 10. ed., 1997, Vol. 1. p. 426.

<sup>5</sup> “A classificação dos estados em: Oriental, Helênico, Romano, Medieval e Moderno resulta de uma perspectiva liberal-burguesa de cunho político-jurídico que retrata as sociedades políticas mediante uma trajetória natural, evolutiva e racional,” delineada classicamente por Jellinek. Há, ainda, uma “perspectiva marxista de cunho sócio-econômico, que define os estados em função do modo e das relações de produção”: Escravista, Feudal, Capitalista e Socialista. Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 23.

<sup>6</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**, p. 23.

<sup>7</sup> O mundo conhecido começava a expandir-se de uma maneira espantosa. As cruzadas, as novas rotas comerciais estabelecidas e as grandes navegações do século XV, e conseqüente descoberta do “Novo Mundo”, trouxeram mudanças fundamentais na sociedade européia.

nenhuma propriedade (e, portanto, não possuíam “senhores”) e trabalhavam livremente, oferecendo suas mercadorias e alimentando o início do comércio, uma atividade que seria fundamental para uma futura transformação radical da sociedade.

Os lucros gerados pela incipiente atividade comercial, assim como também o diferenciado modo de vida dos mercadores (que não estavam sujeitos ao mando dos senhores feudais) passou a seduzir tanto os “senhores” quanto os “vassalos”. Os primeiros cobiçavam os lucros alcançados pela atividade mercantil, os segundos, uma liberdade ainda não conhecida e experimentada pela maioria, e ambos (senhores e vassalos) cobiçavam, principalmente, os novos produtos que surgiam.

O comércio, inicialmente limitado a bens de alto valor (praticamente exclusivos da monarquia e dos senhores feudais), passou a interessar também a artesãos e pequenos negociantes, muitos dos quais abandonavam os feudos e aglomeravam-se em regiões que, posteriormente, deram origem às cidades. “Simultaneamente, a nobreza começou, de forma relutante, a aceitar algumas práticas observadas pelos mercadores, pelo menos se o senhor podia lucrar com a cobrança de impostos e tributos.”<sup>8</sup>

A estrutura feudal, já se podia verificar, não se adequava aos padrões comerciais insurgentes. Apesar disso, um longo caminho iria ser percorrido até que o feudalismo fosse substituído por um outro regime.

Para ilustrarmos a situação do feudalismo à época basta dizer que, mesmo com a aceleração dos processos de mudanças, o número de habitantes das “cidades” ou “burgos” ainda era muito pequeno e as trocas comerciais incipientes. “As ‘grandes cidades’ pouco mais eram do que grandes aldeias

---

<sup>8</sup> TIGAR, Michel E., LEVY, Madeleine R.. **O Direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 42.

fortificadas, grandes no Sul da Europa apenas porque um senhor mais importante que os demais na região nela residia, e grandes no Norte – onde os senhores viviam no campo – porque nelas um bispo ou arcebispo tinha sua sé.”<sup>9</sup>

O desenvolvimento das cidades trouxe consigo uma série de modificações nos hábitos dos seus moradores, antes acostumados (por milhares de anos) ao regime da servidão. A considerável “liberdade” que experimentavam (em relação aos habitantes dos feudos) e o fabuloso lucro que alcançavam na sua atividade, fomentaram novas formas de agir e pensar. Os habitantes das cidades passaram a identificar-se, cada vez mais, com esse novo modo de vida, em clara oposição ao regime feudal. Era o início de uma nova classe: a burguesia<sup>10</sup>.

O desenvolvimento do comércio e o conseqüente surgimento da burguesia, entretanto, talvez não sejam motivos suficientes para explicar a derrocada do feudalismo. Para melhor entendermos a mudança estrutural do modo de vida feudal, é necessário também abordar aspectos relativos ao modo de produção feudal e, principalmente, a sua inadequação aos novos tempos. Assim, de acordo com Maurice Dobb:

“A evidência de que dispomos, no entanto, indica com vigor que a ineficiência do feudalismo como um sistema de produção, conjugadas às necessidades crescentes de renda por parte da classe dominante, foi fundamentalmente responsável por seu declínio, uma vez que essa necessidade de renda adicional promoveu um aumento da pressão sobre o produtor a um ponto que se tornou literalmente insuportável. A fonte da qual a classe dominante feudal extraía sua renda, e a única a partir da qual tal renda podia ser aumentada, era o tempo de trabalho excedente da classe servil,

---

<sup>9</sup> TIGAR, Michel E., LEVY, Madeleine R.. **O Direito e a ascensão do capitalismo**, p. 41

<sup>10</sup> “Originariamente o termo Burguesia, cuja raiz se encontra no vocábulo latino medieval *burgensis*, caracteriza os habitantes do burgo, da cidade Temos, assim, derivações nas diferentes línguas: *Bürger*, na Alemanha e posteriormente, *bourgeois* na França, que se tornará apelido de uso comum após a Revolução Francesa. Na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, o habitante da cidade adquire uma sua configuração típica de classe: afirma-se como artesão, como comerciante, como pequeno e médio proprietário rural ou imobiliário, como representante da lei e, enfim, como ‘capitalista’.” BRAVO, Gian Mario. In: BOBBIO, Norberto et alii. op. cit., p. 120.

além daquele que se fazia necessário para prover a própria subsistência da última”<sup>11</sup>.

A descoberta de novos produtos e serviços traz consigo a necessidade da ampliação do poder de compra das classes dominantes. Tal ampliação na “capacidade de comprar” só poderia ser gerada pelo aumento dos frutos do trabalho servil, o único conhecido até então. Esta necessidade, entretanto, foi seriamente obstruída pelo fato de que os servos já estavam de tal modo explorados que não tinham a menor capacidade, e muito menos estímulo, de aumentar a quantidade do produto excedente, fundamental para as novas pretensões dos senhores feudais.

Dessa forma, mesmo com a possibilidade de aumento das “obrigações” impingidas aos vassallos, existia uma limitação física intransponível, pelo menos com as técnicas utilizadas até então. Em outras palavras, por maiores e mais severos que fossem os castigos impostos ou “prometidos” aos vassallos, a produção artesanal era extremamente limitada. É importante também não esquecer que o modo de produção feudal importava em um tipo de cultura onde a economia de subsistência era um dos seus pilares, ou seja, justificar a necessidade de aumentar a produção para criação de uma produção excedente significativa, não era uma tarefa simples. Não havia ainda justificativa para a produção de um excedente. Além de tudo isso, contribuindo para impossibilitar o aumento da produção dos feudos, o próprio solo dava sinais de esgotamento.

“Não só a produtividade do trabalho permanecia muito baixa na economia senhorial, devido tanto aos métodos em uso quanto à falta de incentivo ao trabalho, como também o rendimento da terra permanecia tão modesto que levou algumas autoridades no assunto a sugerir em que existia uma tendência real do sistema de cultivo a resultar na exaustão do solo”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora. p. 51.

<sup>12</sup> DOBB, Maurice. op. cit., p. 51.

A pressão por parte dos senhores feudais, em conjunto com a mais completa impossibilidade de produzir os resultados desejados pelos mesmos, foi mais um ponto de estrangulamento das relações feudais. O aumento excessivo da carga de trabalho imposta aos servos, além do maior rigor das punições sobre as tarefas e metas não cumpridas, além de infrutíferas, desenvolviam um enredo que iria contribuir para o final do feudalismo.

Ao mesmo tempo, era cada vez maior o número de servos que deixavam as propriedades feudais em busca das cidades, que por sua vez tiveram um aumento considerável de habitantes, abandonando o antigo modo de vida. Por mais incrível que possa parecer, a “incerteza” da sobrevivência trazida pelas cidades passou a ser mais atraente que a “segurança” que os feudos proporcionavam.

As transformações no feudalismo ocorreram lentamente. Durante séculos, podemos acompanhar tais mudanças. Desde o século XI para alguns, ou do século XIV, para outros<sup>13</sup>, já encontramos, na Europa, características de uma nova fase histórica. Todas as mudanças, apesar das “discordâncias cronológicas”, apontam para a substituição do feudalismo por um sistema econômico onde as mercadorias, o trabalho assalariado, o excedente de produção, e a própria burguesia iriam ocupar lugar de destaque. Estava surgindo o capitalismo<sup>14</sup>.

“À medida que se esgota o feudalismo, instaura-se o Capitalismo como um novo modelo de avanço econômico e social em que o capital é o instrumento fundamental da produção material. O

---

<sup>13</sup> O início das transformações que resultaram no fim do feudalismo como modo de produção são identificadas em diferentes períodos históricos, dependendo da região (da Europa) ou do autor estudado. Cf. DOBB, Maurice. op. cit., p. 51.

<sup>14</sup> O conceito de Capitalismo adotado neste trabalho, “designa uma forma particular, historicamente específica, de agir econômico, ou um modo de produção em sentido estrito, ou subsistema econômico. Esse subsistema é considerado uma parte de um mais amplo e complexo sistema social e político, para designar o que não se considera significativo ou oportuno recorrer ao termo Capitalismo. (...). Fala-se, exatamente, de sociedade industrial, liberal-democrática, ou de sociedade complexa, da qual o Capitalismo é só um elemento, enquanto designa um subsistema econômico”. RUSCONI, Gian E. Capitalismo. In: BOBBIO, Norberto et alii. op. cit., p. 141.

avanço destas transformações dá-se, principalmente, nos horizontes de modificações originadas pelo grande impulso das atividades comerciais de algumas cidades européias com o Oriente (principalmente após as grandes Cruzadas), pela substituição das relações sociais servis e da produção artesanal dos pequenos trabalhadores independentes (donos de suas ferramentas, matéria-prima e oficina), pela força de trabalho assalariada, pela passagem das pequenas oficinas autônomas para as manufaturas, e, finalmente, pela constante busca do lucro, pela implementação da produtividade econômica de mercado livre e pela sistematização do comércio através das trocas monetárias.”<sup>15</sup>

O projeto da modernidade, e com ele o capitalismo, surgiram em clara oposição ao modo de produção feudal e suas estruturas, que durante muitos séculos dominaram o continente europeu. Era necessário, a qualquer custo, combater as instituições que representavam o Antigo Regime. “No dia 11 de agosto de 1789, a Assembléia Nacional Francesa, no primeiro ardor da vitória revolucionária, decretou que ‘abolía totalmente o regime feudal’. Quatorze anos depois, os redatores do Código de Napoleão falavam do ‘numerosos vestígios do regime feudal que ainda cobrem a superfície da França’, e que o Código expungia.”<sup>16</sup> A vitória e a própria identidade do novo sistema dependiam do desaparecimento de instituições que durante séculos orientaram o modo de vida dos europeus.

Então, mesmo com a falência do “Antigo Regime” e as revoluções ocorridas durante os séculos XVII e XVIII, o novo modo de produção só iria se consolidar com o total esfacelamento do feudalismo. Durante muito tempo, instituições feudais e capitalistas conviveram no mesmo espaço físico. A nova classe que ascendia ao poder buscava de modo incessante neutralizar as influências do antigo modo de produção. A necessidade de afirmação do novo sistema dependia também do sucesso desta empreitada.

---

<sup>15</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura do direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994. p. 25.

<sup>16</sup> TIGAR, Michel E., LEVY, Madeleine R.. op. cit., p. 36.

“Tendo ocorrido essa transformação no equilíbrio de poder, o interesse da classe que ora ocupa as posições estratégicas estará claramente baseado na aceleração da transição, no rompimento das resistências de sua rival e antecessora e no aumento de sua própria resistência. O antigo modo de produção não será necessariamente eliminado de todo, mas logo reduzir-se-á em escala até não ser mais um sério competidor de novo.”<sup>17</sup>

As mudanças sociais, políticas, econômicas e culturais ocorridas trouxeram consigo a urgente necessidade de reforma do sistema jurídico medieval. No feudalismo a resolução dos conflitos repousava basicamente na autoridade dos senhores feudais, da monarquia e da Igreja Católica. A autoridade desses setores foi profundamente questionada durante toda a transição, de forma que não era mais possível aceitá-la enquanto mediadora dos conflitos (alguns bem novos) existentes. Além disso, a estrutura fragmentada do feudalismo propiciava uma multiplicidade de fóruns de decisão e de critérios que acabavam por prejudicar o desenvolvimento da nascente atividade mercantil.

No contexto feudal, as soluções dadas aos conflitos dependiam da propriedade onde os mesmos acontecessem ou da origem pessoal dos envolvidos.<sup>18</sup> Estes princípios resultaram num sistema jurídico múltiplo. As normas jurídicas variavam dependendo da região onde os conflitos iriam ser resolvidos. A inexistência de uma ordem jurídica única trazia grandes problemas aos mercadores, que tinham de adaptar-se às mais diversas exigências para realizar a circulação de mercadorias, até mesmo dentro de uma única região.

A necessidade de implantação de um novo sistema jurídico tem, portanto, relação direta com as novas relações sociais resultantes da transformação ocorrida. A fragmentação (política, social) existente estava sendo substituída pela centralização e os critérios de resolução de conflitos, bem como quem os aplicava, precisavam ser definidos objetivamente. O aumento do

---

<sup>17</sup> DOBB, Maurice. Op. cit., p. 51.

<sup>18</sup> Cf. TIGAR, Michael E. e LEVY, Madeleine R.. op. cit., p. 39 e ss.

produto excedente dependia, fundamentalmente, do sucesso de novas regras para organizar a sociedade.

Enfim, havia a necessidade de racionalizar<sup>19</sup> o processo produtivo para gerar um excedente capaz de consolidá-lo. E “numa certa etapa da história e numa região geográfica específica – o Ocidente –, esses processos de racionalização se aceleraram, se difundiram, se interpenetraram, reforçando-se mutuamente, e provocaram inovações em cadeia, destruindo as bases da sociedade tradicional”<sup>20</sup>.

“A racionalização econômica levou à dissolução das antigas formas produtivas, características do feudalismo, e à formação de uma mentalidade empresarial moderna, baseada na previsão, no cálculo, em técnicas racionais de contabilidade. Tornou-se possível a administração racional da empresa. Com o desaparecimento dos vínculos de subordinação feudal, que impediam a livre mobilidade dos fatores de produção, formou-se uma força de trabalho formalmente livre, facilitando a constituição do trabalho assalariado. Sobre esse novo fundamento constitui-se o capitalismo industrial. A empresa, já racionalizada em suas técnicas de gestão, acede a um novo patamar de racionalidade, pela incorporação incessante dos conhecimentos científicos ao processo produtivo. A economia se torna plenamente moderna”<sup>21</sup>.

Ao mesmo tempo em que as relações sociais ganhavam novos contornos, o moderno Estado de Direito também se estabelecia. Junto com a necessidade de organizar a produção surge a necessidade de centralizar este processo. O Estado centralizado, inicialmente nas mãos da monarquia e depois nas mãos de uma classe dirigente, no caso a burguesia, passa a ser então uma das principais características da Era Moderna<sup>22</sup>. Somente analisando as mudanças

<sup>19</sup> Podemos definir racionalização como um “raciocínio causal e a capacidade de correlacionar meios e fins, segundo um plano preconcebido”. Cf. ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na Modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 120.

<sup>20</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. op.cit., p. 120.

<sup>21</sup> Cf. ROUANET, Sérgio Paulo. op.cit., p. 120 e ss.

<sup>22</sup> “O Estado Moderno apresenta, portanto, dois momentos: o Estado Absolutista (soberano, monárquico e secularizado) e o Estado Liberal (capitalista, constitucional e representativo)”. Cf. WOLKMER. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 25.

ocorridas com a “substituição” do feudalismo pelo capitalismo, poderemos compreender a formação do paradigma jurídico moderno: o monismo jurídico.

O monismo jurídico representa a necessidade de centralização que surge de maneira importante com as revoluções burguesas. Muito embora inicialmente o ideário transformador propusesse igualdade, liberdade e fraternidade “para todos”, era preciso uma rígida normatização para garantir os interesses da insurgente classe dominante. A igualdade, a liberdade e a fraternidade seriam definidas e limitadas por lei, que surge agora não como manifestação da autoridade papal ou monárquica e, sim, como exteriorização da vontade social, mais especificamente, tal manifestação decorria da celebração do chamado *contrato social*<sup>23</sup>. “Neste contexto, a sociedade se fundamentou num direito natural racional que pressupunha um *status naturalis* dos indivíduos; estes, por vontade própria, uniam-se mediante um contrato, que os qualificava para um *status civilis*”<sup>24</sup>.

Se, a partir de então, o Estado representava a vontade de todos, era natural que o mesmo fosse a única fonte autorizada e legítima para estabelecer normas de conduta social, mais especificamente, para estabelecer normas jurídicas. Daí surge um importante paradigma moderno: o Estado como única fonte do direito (em outras palavras o monismo jurídico). Neste contexto, não há mais espaço para criação do direito fora do aparelho estatal.

O monismo jurídico foi, e ainda é, fundamental para que se compreenda a estruturação da sociedade moderna. Embora sua formação seja datada do final do século XVIII (início do XIX), muitas de suas principais

---

<sup>23</sup> A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789, em seu art. 2º declarava que “ ‘o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem’, tais como a liberdade a propriedade a segurança e a resistência à opressão. No artigo não está presente a expressão ‘contrato social’, mas a idéia do contrato está implícita na palavra ‘associação’. Por associação entende-se – é impossível não entender – uma sociedade baseada no contrato.” Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 94.

<sup>24</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 63.

características ainda subsistem, indicando que a sua substituição por um outro paradigma ainda é uma obra em construção. A igualdade perante a lei, a liberdade, a segurança, a propriedade e tantos outros *direitos naturais* permanecem como base jurídica e ideológica da sociedade contemporânea, embora com substanciais modificações<sup>25</sup>.

E é exatamente por ainda vivermos sob a égide do monismo jurídico, mesmo depois de dois séculos e profundas transformações sociais, que faz-se necessário estudar sua formação, as promessas da modernidade (a grande maioria não cumpridas) e as possibilidades de sua efetivação ou superação. O discurso jurídico moderno deve ser questionado, principalmente se considerarmos o atual estágio de desenvolvimento da humanidade. As desigualdades gritantes (tanto nos países ricos quanto nos pobres), a completa impossibilidade do direito estatal resolver conflitos, entre tantos outros pontos, levam a uma obrigatória reflexão sobre os fundamentos do direito.<sup>26</sup>

A realidade enfrentada pela maioria da população mundial (localizada nos cada vez mais pobres países do Sul<sup>27</sup>) nos leva a questionar o papel que o direito desempenha nestes últimos séculos. O discurso da igualdade, liberdade e fraternidade, tão vigorosamente defendida pelos teóricos dos países desenvolvidos, ecoa de maneira importante na periferia do sistema-mundo<sup>28</sup>,

---

<sup>25</sup> A exposição da evolução da formação do direito moderno está baseada no discurso liberal. Por questões metodológicas e pela limitação do trabalho, iremos apresentar no decorrer da obra algumas teorias discordantes, tentando estabelecer uma visão crítica do discurso liberal hegemônico.

<sup>26</sup> “Aqui seria preciso lembrar mais uma vez o *Human Development Report 1992*, já que mostra de maneira incontroversível que os 20% mais ricos da terra consomem hoje 60 vezes mais do que os 20% mais pobres. Em 1960 a diferença era de 30 a 1; no ano 2020 será de 120 a 1”. DUSSEL, Enrique. **A Ética da Libertação da idade da globalização e exclusão**. Trad. de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 83.

<sup>27</sup> A terminologia países do Norte (ricos, desenvolvidos, centrais) e países do Sul (pobres, subdesenvolvidos, periféricos) advém de uma nova divisão geopolítica do mundo, formada após o esfacelamento da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, no final da década de 80 (queda do muro de Berlim) e que modificou a divisão do planeta em 3 mundos: Primeiro mundo (países capitalistas desenvolvidos), Segundo Mundo (países socialistas) e Terceiro Mundo (países capitalistas subdesenvolvidos ou em desenvolvimento). Junto com a mudança da terminologia, agravaram-se as desigualdades entre os vários mundos.

<sup>28</sup> O conceito de *sistema-mundo*, formulado por DUSSEL, considera um “sistema inter-regional em sua fase atual, mundial ou planetária, fruto de um processo com quatro estágios”: a região egípcio-mesopotâmica, o mediterrâneo e o norte da África até o Oriente Médio, a Índia e a China, o mundo

muito embora não sejamos nem tão iguais, nem tão livres e a fraternidade seja uma prerrogativa dos cidadãos dos países centrais.

Dessa forma, mesmo reconhecendo uma evolução fantástica na “declaração” de direitos fundamentais do homem, não podemos abstrair as condições cada vez piores de parcelas cada vez mais consideráveis da população mundial. O Estado e o direito modernos, definitivamente, não conseguiram efetivar grande parte das promessas realizadas.

Embora inúmeros fatores possam e devam ser considerados para uma análise substancial desta questão, pelas naturais limitações deste trabalho serão abordados apenas os relativos aos encontros (e muito mais provavelmente desencontros) do direito moderno, seus fundamentos éticos (se possíveis ou existentes) e as promessas de cidadania advindas desta relação. O desajuste entre o discurso jurídico moderno e a dura realidade vivida por grande parte da população mundial (em especial dos países do Sul e, principalmente, da América Latina) será focado de maneira especial neste trabalho.

## **1.2. Cidadania: promessas de efetivação**

A modernidade, em seu discurso hegemônico, junto com o monismo jurídico (e quase como consequência deste), trouxe como uma de suas prerrogativas a noção de cidadania. O conceito é de fundamental importância para analisarmos a própria estrutura do direito no período moderno.

Um conceito de cidadania já estava presente no mundo helênico. O cidadão era aquele natural de uma cidade-estado e que tinha prerrogativas de participação política. Os “outros” habitantes das cidades eram excluídos desta

---

crístão (primeiro o bizantino e depois o muçulmano – da China e Índia ao Mediterrâneo) e o primeiro *sistema-mundo* propriamente dito, no qual a Europa constitui o centro e a América sua periferia. Cf. DUSSEL, Enrique. op. cit., p. 631.

cidadania por “natureza”. Se todos tinham funções definidas numa sociedade, era “natural” que alguns deliberassem sobre os destinos das cidades enquanto outros produziam alimentos, roupas, cuidavam das residências etc. Eram cidadãos, portanto, os homens livres, excluídos deste conceito as mulheres, os escravos, as crianças, os estrangeiros e os artífices.<sup>29</sup>

O conceito de cidadania, freqüentemente relacionado ao mundo helênico, entretanto, deve ser analisado com alguns cuidados. As várias cidades tratavam tal assunto de maneira diferente, dependendo da sua própria constituição. O mais famoso conceito de cidadania, como de resto o de democracia entre tantos outros, é o conceito existente em Atenas. “O cidadão é o habitante da cidade e, e primeira instância, o habitante (masculino livre) de Atenas no século V a.C.”<sup>30</sup>

Os cidadãos eram, portanto, aqueles que deliberavam sobre os destinos da cidade, no dizer do próprio Aristóteles: “Então, o que é um cidadão passa a ser claro depois dessas considerações; afirmamos agora que aquele que tem o direito de participar da função deliberativa ou da judicial é um cidadão da comunidade na qual ele tem esse direito, e esta comunidade – uma cidade – é uma multidão de pessoas suficientemente numerosa para assegurar uma vida independente na mesma”.<sup>31</sup>

Embora excluísse a maioria dos habitantes das cidades, o conceito de cidadania desenvolvido pelos gregos, principalmente os atenienses, serviu como fonte inspiradora da moderna cidadania. A possibilidade de muitos

---

<sup>29</sup> Em várias passagens da ‘Política’, Aristóteles diferencia as qualidades do cidadão dos outros residentes das cidades-estados. “Com efeito, é verdade que nem todas as pessoas indispensáveis à existência de uma cidade devem ser contados entre os cidadãos, porquanto os próprios filhos dos cidadãos não são cidadãos presuntivos (são cidadãos mas incompletos). (...); logo a melhor forma de cidade não deverá admitir os artífices entre os cidadãos; (...). ARISTÓTELES. *Política*. Trad. de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: EdUNB, 1988, p. 87 (1278a).

<sup>30</sup> DAHRENDORF, Ralf. *O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade*. Trad. de Renato Aguiar e Marco Antônio Esteves da Rocha. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; São Paulo: EDUSP, 1992, p. 44.

<sup>31</sup> ARISTÓTELES. op. cit., p. 79 (1276a).

participarem dos destinos das cidades era algo inovador e a idéia nunca foi totalmente abandonada.

“Levaria muito tempo, e batalhas ásperas, até que alguma nação moderna chegasse próximo a este ideal; mas logo vem à lembrança que Atenas era excepcional e lutava contra uma Esparta muito diferente, que dentro de Atenas a maioria, mesmo entre os adultos, era excluída da cidadania ‘por natureza’, e que a grande experiência não durou. Seu significado foi ter estabelecido a possibilidade de uma grande idéia, pois não há modo melhor de fazer isso do que tornando as coisas reais em um determinado lugar. A cidadania não era uma idéia utópica; era o desenvolvimento de uma idéia antiga.”<sup>32</sup>

O desenvolvimento do conceito de cidadania incorporou contribuições das mais diversas civilizações além da Grécia Antiga (entre elas a civilização romana e as cidades medievais), mas a sua materialização é associada de maneira praticamente obrigatória à Idade Moderna, fruto das revoluções do século XVIII<sup>33</sup>. A partir de então, a cidadania seria praticada em um espaço político e geográfico melhor definido: O Estado-nação, que surge como referencial necessário para o desenvolvimento do discurso da cidadania.

É importante lembrar que as revoluções burguesas tinham como um dos seus princípios orientadores a igualdade dos indivíduos perante a lei. As leis eram (e de certa forma ainda são) nacionais. Estão localizadas, portanto, num determinado espaço geográfico e político. O Estado Moderno (leia-se o Estado moderno europeu e norte-americano) é o palco da cidadania.

“Historicamente, pelo menos, a nação-estado era uma condição necessária de progresso, tanto quanto infelizmente acabou por ser uma fonte de retrocesso e desumanidade. A aliança do nacionalismo com o liberalismo foi uma força de emancipação durante as décadas revolucionárias de 1789 a 1848. Até o dia de

---

<sup>32</sup> DAHRENDORF, Ralf. op. cit., p. 45.

<sup>33</sup> A evolução do conceito de cidadania leva em consideração referenciais teóricos europeus ocidentais. O estudo das civilizações orientais, além de outras (como as americanas), embora de fundamental importância, não são abordadas nesta análise.

hoje, nenhuma outra garantia do governo da lei suplantou a nação-estado, sua constituição de controles e compensações, devido processo e análise judicial. Uma das vantagens, e não das menores, da nação-estado era que generalizava a idéia antiga da cidadania.”<sup>34</sup>

Ainda no dizer de Alain Touraine: “Não há cidadania sem a consciência de filiação a uma coletividade política, na maior parte dos casos, a uma nação, (...) A democracia se apoia na responsabilidade dos cidadãos de um país. (...) O termo cidadania refere-se diretamente ao Estado nacional.”<sup>35</sup>

Nesse sentido, o moderno conceito de cidadania desenvolveu-se como prerrogativa de participação efetiva ou qualitativa em um determinado Estado-nação. Em sua formulação, traz a vinculação do “cidadão” a direitos e deveres oriundos das disposições legais da sua nação, e pela qual era o mesmo responsável.<sup>36</sup> Dahrendorf observa que a “cidadania é então um conjunto de direitos e obrigações para aqueles que se incluem na lista de membros”<sup>37</sup>, enquanto Oliveira Jr. afirma que “o conceito de cidadania deve ser entendido como uma construção histórica. Considerando a relação Estado/indivíduo, apenas para fins didáticos, o conceito de cidadão nasce quando uma certa moral social e impositiva do Estado cede lugar também e concomitante a uma moral individual. Os sujeitos deixam de possuir apenas deveres, para possuírem também direitos.”<sup>38</sup>

Dessa forma, o discurso da cidadania desenvolveu-se com a inédita possibilidade dos cidadãos serem titulares de direitos. Ou seja, foi a partir do advento dos Estados Modernos que todos os cidadãos passaram a ter

---

<sup>34</sup> DAHRENDORF, Ralf. op. cit., p. 44.

<sup>35</sup> TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Trad. de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 93.

<sup>36</sup> É importante notar que a partir da formação dos Estados Modernos e baseado nas teses contratualistas, houve uma co-responsabilização do indivíduo na enunciação dos direitos e deveres previstos na lei. Afinal, diferentemente de outras épocas históricas, as leis eram produto da participação popular, mesmo que de forma indireta.

<sup>37</sup> DAHRENDORF, Ralf. op. cit., p. 47.

<sup>38</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. Cidadania e novos direitos. In: OLIVEIRA JÚNIOR., José Alcebiades de (org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 191.

prerrogativas iguais perante a lei. Esta igualdade era reconhecida desde o nascimento da pessoa (o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789, dizia que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”). Todos eram, enfim, sujeitos de direitos e deveres.<sup>39</sup>

Nesse sentido, o início da cidadania moderna deu-se em estreita relação com a possibilidade do exercício de direitos e deveres previstos na lei. Inicialmente, tais prerrogativas diziam respeito fundamentalmente ao tratamento igualitário na forma da lei, à liberdade individual, à propriedade, entre outros.

Eram os chamados direitos civis, ou *cidadania civil*: “Os direitos civis são a chave do mundo moderno. Eles incluem os elementos básicos do governo da lei, igualdade perante esta lei e o devido processo. O fim da hierarquia significa o início dos direitos civis. Ninguém está acima da lei, todos estão sujeitos a ela. A lei restringe o poder a aqueles que o detêm, enquanto aqueles que estão numa posição de minoria temporária ou permanente um refúgio de integridade.”<sup>40</sup>

A evolução histórica dos direitos civis está condicionada ao próprio desenvolvimento das legislações nacionais. Ora, se o princípio básico da cidadania civil é a igualdade perante a lei, a formação dos ordenamentos jurídicos passou a ter grande importância. A sociedade foi incorporando novos direitos aos já formalmente assegurados. Este caminho, trilhado durante vários séculos, é a própria história da evolução dos direitos, passando,

---

<sup>39</sup> “Quando se atinge certo grau de evolução é que se proclama, como na Revolução Francesa, que todos os homens nascem livres e iguais, afirmando-se de forma solene, e com projeção universal, aquilo que já fora proclamado por ocasião da independência norte-americana, com a Declaração de Filadélfia, que o homem vale como sujeito de direitos e deveres tão-somente pelo fato de ser homem.” Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 230.

<sup>40</sup> DAHRENDORF, Ralf. op. cit., p. 52.

fundamentalmente, pelos chamados *direitos políticos* e *direitos sócio-econômicos*, além de outros já conhecidos.<sup>41</sup>

“(…) Sendo definido inicialmente pela igualdade perante a lei e pela titularidade de direitos civis, o discurso da cidadania vai tendo o seu conteúdo paulatina e conflitivamente ampliado, para incorporar também direitos políticos e sócio-econômicos, na medida em que o fenômeno da industrialização – do crescimento industrial – vai tornando a sociedade moderna cada vez mais complexa, especialmente a partir do século XIX.”<sup>42</sup>

Assegurados os direitos de igualdade perante a lei, outras necessidades surgiram. Afinal, a elaboração da própria lei passou a ser fundamental. Dessa forma, a luta pelas conquistas dos direitos de participação política é iniciada. O cidadão, livre e igual, questiona sua participação nas instâncias deliberativas do próprio Estado. A participação consistia, inicialmente, na escolha daqueles que formavam os governos. A conquista foi representada pela inédita possibilidade de votar e eleger representantes e tempos depois pela possibilidade de ser votado.

O surgimento da possibilidade de eleger representantes foi, entretanto, restrita. Seja pelo sexo, pela renda ou pela raça, as “jovens democracias” do século XIX tentavam, de maneira incisiva, restringir aos membros da classe dominante (no caso a burguesia) tal participação política. Foi assim que surgiram os diversos modos de sufrágios restritos.

“Quando a representação surge historicamente, há um ambicioso princípio de ordem racional para justificá-la, tanto quanto o da limitação do poder: o princípio seletivo, que deve conduzir às regiões do governo os mais aptos, os mais capazes, os mais sábios, os melhores. (...) O sufrágio é restrito quando o poder de

---

<sup>41</sup> Além dos direitos individuais e sociais, podemos observar a existência de direitos transindividuais (direitos do consumidor e os relacionados à questão ecológica), direitos de manipulação genética e os atuais direitos advindos da chamada realidade virtual. Cf. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades. op. cit., p. 193.

<sup>42</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Cidadania: do direito aos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 62.

participação se confere unicamente àqueles que preenchem determinados requisitos de riqueza ou instrução. Há autores que acrescentam também os requisitos de nascimento ou origem. Conforme as exigências sejam fundadas em cada um daqueles pontos, temos as seguintes modalidades de sufrágio restrito: sufrágio censitário (a riqueza), sufrágio capacitário (a instrução), sufrágio aristocrático ou racial (a classe social ou a raça).<sup>43</sup>

A evolução nos direitos políticos passou (e ainda passa) pela extensão do direito de voto à maioria dos cidadãos. Impossível pensar em “representação democrática” sem participação política da maioria da população. Este avanço foi gradual e lentamente incorporado à maioria dos países centrais.

“Dessa forma, a extensão dos direitos políticos, superando as várias formas de sufrágio restrito, condensa significativamente o resultado de uma luta conflituosa no âmbito do estado capitalista, quando a ampliação da cidadania política implica institucionalmente o prolongamento do estado capitalista liberal em democrático-representativo (...)”<sup>44</sup>. Hodiernamente, as limitações ao sufrágio universal dizem respeito, em sua maioria, à idade ou nacionalidade, e não mais à classe social, raça ou sexo do indivíduo<sup>45</sup>.

É interessante ainda notar que os chamados *direitos políticos* inserem a diferenciação no contexto da cidadania. Enquanto nos *direitos civis*, todos são iguais perante à lei, nos *direitos políticos* e, posteriormente nos *sócio-econômicos*, a diferenciação é uma realidade. Os homens (proprietários) são tratados de forma diferenciada em relação, inicialmente, aos outros homens não proprietários e, depois, às mulheres (as mulheres passaram a votar, no Brasil, com a Constituição de 1934, na Suíça, em 1971), assim também como encontramos diferenças no tratamento de crianças, idosos, estrangeiros etc.

---

<sup>43</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pp. 273-274.

<sup>44</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. op. cit., p. 80.

<sup>45</sup> No Brasil, o voto é obrigatório para os maiores de 18 anos e facultativos para os analfabetos, maiores de 70 anos e os maiores de 16 e menores de 18, sendo negada tal participação aos estrangeiros, aos condenados criminalmente (enquanto durarem os efeitos da condenação), além daqueles em período de serviço militar obrigatório. Cf. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. Arts. 14 a 16.

“Com relação aos direitos políticos e aos direitos sociais, existem diferenças de indivíduo para indivíduo, ou melhor de grupos de indivíduos para grupos de indivíduos, diferenças que são até agora (e o são intrinsecamente) relevantes. Durante séculos, somente os homens do século masculino – e nem todos – tiveram o direito de votar; ainda hoje não têm esse direito os menores, e não é razoável pensar que o obtenham num futuro próximo. Isso quer dizer que, na afirmação e no reconhecimento dos direitos políticos, não se podem deixar de levar em conta determinadas diferenças, que justificam um tratamento não igual.”<sup>46</sup>

Embora possa ser esquematicamente desenvolvida, é importante salientar que a conquista de tais direitos deu-se das formas mais diferentes, dependendo da região ou Estado de que estejamos falando. Além disso, a evolução desses direitos foi observada através de séculos<sup>47</sup>, restando muitos desses direitos ainda desconhecidos de grande parte da população mundial, inclusive e especialmente da população brasileira.

A participação política foi apenas mais um degrau na evolução dos direitos e, por que não dizer, do próprio discurso da cidadania. As conquistas civis e políticas não poderiam ser efetivadas sem a conquista de direitos sociais e econômicos. Aliás, o discurso da igualdade perante a lei e da possibilidade de escolha dos governantes através do sufrágio universal, passam a não representar qualquer garantia na impossibilidade de existir uma população que reúna as condições materiais necessárias para implementar tais conquistas.

Os direitos *sócio-econômicos*, ainda nesse esquema evolutivo, foram uma decorrência da maior participação política dos cidadãos. Agora, as classes trabalhadoras (menos favorecidas) tinham acesso aos fóruns de deliberação política, acrescentando novas necessidades à pauta de reivindicações. A

---

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 71.

<sup>47</sup> T. H. Marshall, sociólogo inglês, localiza historicamente a evolução dos direitos civis, políticos e sociais, respectivamente, nos séculos XVIII, XIX e XX. Tal análise refere-se, entretanto, à evolução da sociedade inglesa. Cf. MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Trad. de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

luta por acesso a melhores condições de trabalho, renda mínima, seguridade social entre tantos outros direitos foram o resultado de intensas lutas operadas, em sua maioria, pelos trabalhadores, uma classe que só com a ampliação dos direitos políticos passaram a ter poder de influir diretamente na representação no Estado.<sup>48</sup>

O desenvolvimento mais efetivo dos chamados direitos *socio-econômicos*, entretanto, só foi alcançado, para os países centrais, em meados do século XX, mais precisamente no período após a 2<sup>a</sup>. Grande Guerra Mundial (1939-1945). Em outras regiões, tais direitos ainda não foram em sua maioria efetivados ou sequer formalmente garantidos. Boaventura de Sousa Santos nos explica a construção da chamada *cidadania social*:

“O segundo período do capitalismo nos países centrais, o capitalismo organizado, caracteriza-se pela passagem da cidadania cívica e política para o que foi designado por <<cidadania social>>, isto é, a conquista de significativos direitos sociais, no domínio das relações de trabalho, da segurança social, da saúde, da educação e da habitação por parte das classes trabalhadoras das sociedades centrais e, de um modo muito menos característico e intenso, por parte de alguns sectores das classes trabalhadoras em alguns países periféricos e semiperiféricos.”<sup>49</sup>

Os direitos civis e políticos, portanto, não eram mais suficientes. Era necessário garantir, de maneira efetiva, a possibilidade de igualdade e participação política. E tais direitos não poderiam ser exercidos por parcelas da população que não tivessem garantido condições mínimas de vida. Os direitos socio-econômicos foram saudados como fundamentais para efetivação dos “outros direitos”. O Estado liberal, em grande parte movido pelas conquistas

---

<sup>48</sup> A afirmação não desconhece os inúmeros movimentos surgidos no decorrer de toda a história da humanidade. Apenas tentamos localizar nos movimentos dos trabalhadores organizados do século XIX (fruto dos processos de industrialização ocorridos na Europa e EUA) um marco de grande importância histórica e que iria transformar o próprio desenvolvimento do sistema capitalista.

<sup>49</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1994. p. 210.

socialistas, cedeu às pressões e incorporou diversos direitos aos já tradicionais *civis e políticos*.<sup>50</sup>

A evolução dos direitos de cidadania, entretanto, ainda estão longe de ter a sua conformação estabelecida e, muito menos, encerrada. Os direitos civis, políticos e sócio-econômicos podem ser reunidos a muitos outros que surgem com as transformações sociais e, principalmente, com as incríveis inovações tecnológicas dos últimos anos.

Após a 2<sup>a</sup>. Grande Guerra Mundial, os direitos de cidadania têm dois caminhos a serem percorridos. O primeiro deles diz respeito à universalização dos mesmos, ou seja, fazer com que cada vez mais pessoas tenham acesso aos direitos já consolidados nos países centrais. O segundo diz respeito à multiplicação de direitos, decorrentes das mudanças e inovações já referidas. “(...) o desenvolvimento da teoria e da prática (mais da teoria do que da prática) dos direitos do homem ocorreu, a partir do final da guerra, essencialmente em duas direções: na direção de sua universalização e naquela de sua multiplicação.”<sup>51</sup>

A promessa de universalização de tais direitos foi, em grande parte, frustrada. Um rápido “passar de olhos” sobre a situação de grande parte da população mundial comprova a veracidade de tais afirmativas. Os alarmantes e crescentes níveis de pobreza encontrados nos países do “Sul” corroboram tais

---

<sup>50</sup> A história das lutas dos trabalhadores, em grande parte organizados em sindicatos, assim também como a vitória da URSS na 2<sup>a</sup>. Guerra Mundial, são usualmente utilizados como explicações para a incorporação dos direitos sociais aos civis e políticos. Estas conquistas, entretanto, para muitos autores, representaram mais uma mudança necessária ao desenvolvimento do capitalismo no período pós-guerra, do que conquistas populares. “Dessa forma, a intervenção do estado, através do planejamento de políticas sociais (relativas a trabalho, saúde, educação, previdência etc.) como forma de realização de direitos sócio-econômicos e, pois, da cidadania, visa assegurar condições mínimas de vida e trabalho às classes subalternas e, conseqüentemente, resgatar uma estabilidade mínima à reprodução do estado capitalista e à dominação que ele articula.” Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. op. cit., p. 86.

<sup>51</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 67.

entendimentos.<sup>52</sup> Para muitos, tais promessas ainda estão em construção, o que será abordado adiante em nosso trabalho. E quanto à multiplicação de direitos?

“Essa multiplicação (ia dizendo ‘proliferação’) ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutelas; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc.”<sup>53</sup>

Nos ensina ainda Bobbio que, em relação ao primeiro processo, passamos dos direitos de liberdade (de religião, de opinião, de imprensa etc.) para os políticos e sociais (com intervenção do Estado). No segundo, deixamos de considerar o ser humano apenas enquanto indivíduo e passamos a considerar também outros sujeitos (tais como a família, as minorias étnicas etc.), até mesmo diferentes do homem (tais como os animais e a natureza). “Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico – do homem enquanto homem – para o homem específico (...). A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; (...) etc.”<sup>54</sup>

Dessa forma, vários direitos foram incorporados às declarações e ordenamentos jurídicos espalhados por todo o mundo. Desde direitos relacionados à criança e ao adolescente, ao idoso, às mulheres, às minorias étnicas (ou pelo menos tratadas como “minorias”, tais como os negros em diversas regiões do Brasil), aos homossexuais (tais como a união civil entre pessoas do mesmo sexo, a possibilidade de adotar filhos etc.), além de diversos outros resultantes dos avanços tecnológicos, como a inseminação artificial, a

---

<sup>52</sup> O Relatório do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA, publicado em outubro de 2000 (com dados relativos ao ano de 1999) e amplamente divulgado na imprensa acusa o aumento da pobreza no Brasil.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 69.

manipulação genética, os crimes na rede mundial de computadores (a *internet*) etc.

“Os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica; (...) os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia; (...) os advindos com a chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas.”<sup>55</sup>

Diante disso, o discurso da cidadania não está completo, nem deveria. A incorporação de direitos é, além de possível, desejável. A análise do conceito de cidadania, entretanto, não pode desconhecer fatos intrínsecos da realidade brasileira. A evolução dos direitos, tão brilhantemente enumerada por inúmeros teóricos, esbarra em condicionantes específicas e fundamentais para a aplicação do conceito ao “caso brasileiro”.

Embora reconhecendo a importância da formalização de tais direitos, a legislação brasileira parece não ter comunicação alguma com a realidade vivida pela maioria da população. A situação, entretanto, não é privilégio brasileiro ou latino-americano. O aprofundamento da crise econômica mundial respinga de maneira obrigatória na aquisição e, por incrível que pareça, manutenção de direitos já consagrados. É assim que estamos numa fase de redução dos direitos de cidadania (o direito ao emprego, a uma renda mínima, à previdência, entre tantos outros, vêm sendo sistematicamente reduzidos). Tanto nos países centrais, como de forma muito mais importante nos chamados países periféricos.

---

<sup>55</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiádes de. op. cit., p. 193.

A redução do valor do salário mínimo a níveis insignificantes, o aumento assustador do desemprego, a violência cada vez mais freqüente, o ataque aos direitos previdenciários, a reforma na Constituição brasileira, as privatizações, entre tantos outros fenômenos são sinais de uma nova ordem econômica mundial (articulada pelos países centrais) que restringe, cada vez mais, direitos conquistados (inclusive os apenas “formalmente” conquistados) durante séculos de luta.

Os fenômenos da globalização e do neoliberalismo invertem e consolidam tendências e devem ser considerados para uma análise mais profunda do discurso da cidadania e sua crise evidente. Aliás, a crise do conceito de cidadania é acompanhada pela própria crise do discurso jurídico, impulsionadas pela dificuldade, cada vez maior, de verificar fundamentos éticos na construção de tais discursos.

### **1.3. A crise do direito e o discurso da cidadania**

Embora tendo um discurso formalizado há séculos, o direito nunca conseguiu cumprir diversas promessas consolidadas durante todo esse tempo. Se utilizarmos como parâmetro a formação do paradigma moderno do direito, podemos verificar que, em mais de duzentos anos (desde as Revoluções Burguesas do final do século XVIII), muito pouco foi efetivamente realizado. A lógica do discurso jurídico e do próprio discurso da cidadania, em que a segurança jurídica, a liberdade individual, a democracia, a igualdade perante a lei e tantos outros princípios, teriam sido conquistados pela humanidade, depara-se com uma realidade que afronta, de maneira incontestável, tais “conquistas”.

Se, nos países centrais, se podem encontrar situações confortáveis em relação às promessas modernas, como um relativo bem-estar social, liberdades individuais resguardadas, entre tantas outras, verificamos, na maior parte do planeta, situações aterradoras. Aliás, a situação política, econômica e

social das sociedades periféricas é um tema convenientemente “esquecido” dos inúmeros discursos legitimadores da ordem social estabelecida.

A modernidade desenvolveu uma lógica de auto-sustentação retórica. O discurso jurídico moderno acredita, ou nos faz acreditar, na possibilidade de resolução dos inúmeros conflitos sociais através das leis, ou de maneira mais ampla, do ordenamento jurídico. Afinal, a ordem estabelecida pode ser transformada, mas de acordo com regras também já estabelecidas. Os direitos, portanto, já estão estabelecidos e justificados pelo discurso moderno, cumprenos, por último, efetivá-los. A principal tarefa de nosso tempo seria a efetivação ou, mais ainda, proteção dos direitos já consagrados. A discussão sobre a fundamentação de tais direitos, trata-se de uma discussão secundária<sup>56</sup>

Na esteira deste pensamento, o paradigma jurídico atual cria parâmetros para a sua própria crítica. O problema deixa de ser eminentemente jurídico ou filosófico para ser um problema de efetividade dos direitos, portanto, um problema político, onde os cidadãos, através das conquistas oriundas do alargamento das possibilidades de exercer a cidadania, podem interferir. O discurso moderno apresenta-se, dessa forma, com uma pretensa coerência, que o legitimou durante todo esse tempo.

Esta pretensão, entretanto, acaba esbarrando em mudanças não previstas neste final de século. A própria evolução tecnológica foi uma das fomentadoras de transformações que acabaram por questionar de maneira profunda a viabilidade do discurso moderno. A globalização e a adoção de medidas econômicas neoliberais acabam por balançar os alicerces da própria modernidade. Se, antes, as conquistas modernas eram visíveis e inquestionáveis nos países centrais, hoje, as crises econômicas e sociais constantes nos próprios

---

<sup>56</sup> Neste sentido é paradigmática a frase cunhada por Norberto Bobbio, referindo-se à possibilidade ou mesmo necessidade de discutir os fundamentos dos direitos do homem: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um

países desenvolvidos, revelam fragilidades do sistema adotado após as Revoluções Burguesas do século XVIII.

A última metade do século XX, principalmente após a 2<sup>a</sup>. Grande Guerra Mundial, foi palco de grandes transformações em todos os níveis: políticas, econômicas, sociais, filosóficas e jurídicas. O avanço da tecnologia empregada nos meios de comunicação e de transporte (tornando-os cada vez mais rápidos, eficientes e baratos) propiciou um acelerado processo de integração produtiva entre as mais variadas áreas do planeta.

A integração entre os vários países e povos sempre foi uma constante na história da humanidade. A necessidade de conquistar novos mercados e a busca por novas mercadorias é um processo tão antigo quanto a própria história do homem. Entretanto, na última metade deste século, esta “integração” foi acelerada de maneira jamais imaginada. Agora, a própria produção das mercadorias está espalhada por todo o mundo, para ser centralizada em momento posterior, num determinado “mercado”.

As referências usuais para dividir o espaço físico mundial, no caso os Estados nacionais, foram substituídas por referências mais ágeis e que passaram a dominar a produção dessa nova fase da economia mundial. As empresas, já conhecidas do capitalismo, adquirem nova facetas e passam a operar em diversos Estados nacionais, operando cifras e alcançando mercados que a fizeram mais importantes e poderosas que muitos países: são as chamadas empresas multinacionais<sup>57</sup>. “A própria evolução do nome por que são conhecidas assinala a constante expansão das actividades destas empresas com actividades

---

problema não filosófico, mas político. Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

<sup>57</sup> As empresas multinacionais ou transnacionais surgem como novo paradigma contemporâneo, em substituição ao próprio conceito de Estado-nação. Sobre este deslocamento, característico da crise do discurso moderno, consultar TOURAINE, Alain. **Crítica da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1994.

em mais que um Estado nacional: de empresas multinacionais para empresas transnacionais e, mais recentemente, para empresas globais.”<sup>58</sup>

O deslocamento do espaço físico da produção alterou de maneira definitiva a organização econômica mundial. O novo “mercado” engloba uma produção de escala mundial e que, ao invés de diminuir as gritantes desigualdades existentes entre os países ricos e os países pobres (entre o Norte e o Sul), aprofunda as disparidades existentes. “A globalização não apaga nem as desigualdades nem as contradições que constituem uma parte importante do tecido da vida social nacional e mundial. Ao contrário, desenvolve umas e outras, recriando-se em outros níveis, com outros ingredientes.”<sup>59</sup>

Para corroborar tal afirmação, é necessário atentar para dois fatos característicos da globalização econômica e que foram expostos por Boaventura de Sousa Santos, quando da análise das desigualdades entre o Norte e o Sul. Em primeiro lugar, é fundamental verificar a perda de poder por parte dos Estados nacionais, principalmente os governos dos países periféricos, que envolvidos neste sistema de produção mundial, perderam a possibilidade de gerenciar aspectos estratégicos da economia nacional, no caso a moeda e a comunicação (vistos como pontos fundamentais da soberania nacional e conseqüente segurança nacional).

“Por outro lado, as multinacionais, dotadas de um poder de intervenção global e beneficiando da mobilidade crescente dos processos de produção podem facilmente pôr em concorrência dois ou mais Estados ou duas ou mais regiões dentro do mesmo Estado sobre as condições que decidirão da localização do investimento por parte da empresa multinacional. Entre partes com poder tão desigual – actores globais, por um lado, e actores nacionais ou subnacionais por outro – a negociação não pode deixar de ser desigual”.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *op. cit.*, p. 250.

<sup>59</sup> IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996. p. 125.

Em outras palavras, a capacidade de investimentos das multinacionais tornou-se fator de disputa entre os países periféricos, que se esforçam para trazer para seus territórios focos de produção destas empresas. A disputa, logicamente, é vencida por aquele país que dá melhores condições às empresas. Entre estas condições estão a isenção de impostos, mão-de-obra mais barata, incentivos fiscais etc. O Estado, cada vez mais, perde a possibilidade de gerir políticas públicas e tentar promover a igualdade social, enquanto os lucros gerados para as empresas aumentam na mesma proporção.<sup>61</sup> Grave também é a constatação que as receitas geradas não são empregadas nos países que a produziram, aumentando, desta forma, as já gritantes desigualdades entre os mais diversos Estados nacionais.

Um outro fato importante para compreendermos o aprofundamento das desigualdades trazidas pela globalização é o avanço tecnológico. Com ele, a produção de bens passou a requerer maiores investimentos, maiores recursos científicos, maior especialização da mão-de-obra e menor número de trabalhadores. A obtenção destes recursos está intimamente ligada a uma educação desenvolvida. Ora, tais características impedem os países do Sul de se integrarem ao processo produtivo. Cada vez mais a produção do Sul (produtos agrícolas e manufaturados) tem menor valor econômico em relação aos produtos do Norte, aumentando ainda mais a possibilidade de acesso dos países pobres às tecnologias desenvolvidas no Norte.

“Perante isto não admira que o cisma global entre os ricos e os pobres se tenha aprofundado. Calcula-se que 1 bilhão de pessoas – mais de 1/6 da população mundial – viva em pobreza absoluta, ou seja, dispondo de um rendimento inferior a cerca de 365 dólares por ano. Do outro lado do abismo, 15% da população mundial produziu

---

<sup>60</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p. 251.

<sup>61</sup> Um exemplo recente movimentou a disputa entre Estados-membros do Brasil. A indústria de automotivos “Ford” negociou a instalação de uma fábrica com diversos Estados brasileiros (entre eles Santa Catarina), obtendo incentivos fiscais absurdos em nome de um questionável desenvolvimento regional. A propósito, a fábrica está sendo construída no estado da Bahia, que venceu a “concorrência”. A disputa mostrou de maneira clara o desespero dos Estados em atrair investimentos, mesmo com todos os ônus decorrentes dos incentivos.

e consumiu 70% do rendimento mundial. Enquanto a ajuda externa dos países centrais aos periféricos caiu de 0,37% do PNB em 1980 para 0,33% em 1989, as taxas de juro da dívida externa dos países do Sul subiram 172% entre 1970 (3,7%) e 1987 (10%), o que leva alguns autores a calcular em 40 biliões de dólares o montante anual de transferências líquidas do Sul para o Norte, sendo esse pois literalmente o valor da contribuição de um Sul mirrado de fome para a abastança do Norte. O aumento da dívida externa, combinado com a queda do preço mundial de alguns dos produtos exportáveis do Sul, levou alguns países ao colapso”.<sup>62</sup>

A globalização econômica não pode ser analisada, principalmente nos países periféricos, sem levarmos em consideração a adoção de políticas neoliberais pelos Estados-nacionais. O neoliberalismo aponta para uma participação cada vez menor do Estado no processo de organização da produção. O “mercado” seria o único parâmetro razoável para organização da produção e também para a distribuição das riquezas produzidas.

A tese, defendida inicialmente no pós-Guerra por Friedrich Hayek, passou a ter grande popularidade com as mudanças do processo produtivo. O aumento da capacidade de investimento das empresas e o conseqüente deslocamento dos centros de poder dos Estados para as multinacionais provocaram a necessidade de uma nova organização política que privilegiasse os novos centros de poder em detrimento dos Estados.

“O neoliberalismo nasceu logo depois da II Guerra Mundial, na região da Europa e da América do Norte onde imperava o capitalismo. Foi uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar. Seu texto de origem é o Caminho da Servidão, de Friedrich Hayek, escrito já em 1944. Trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.”<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. op. cit., p. 253.

<sup>63</sup> ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir, GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, p. 09.

A desregulamentação da economia e das políticas sociais é fundamental para o crescimento do novo ciclo econômico. Os Estados, então, passam a intervir apenas como reguladores do Mercado e não mais como ativos promotores de políticas públicas. As conquistas sociais são as primeiras a serem atingidas. Hoje, as empresas podem produzir em vários lugares do mundo e, com isso, as conquistas sociais vão sendo enfraquecidas em grande parte pela possibilidade de mudança dessas empresas e, conseqüente, possibilidade de desemprego.

Importante lembrar que uma das receitas centrais pregadas pela teoria neoliberal é exatamente a diminuição do poder de negociação dos trabalhadores, principalmente com o enfraquecimento dos sindicatos, que tiveram grande crescimento com a adoção do Estado de bem-estar social. A acumulação do capital, que ao final geraria riqueza e bem-estar para todos, não poderia esbarrar na força dos sindicatos que lutavam por melhores salários e condições de trabalho. O Estado, então, teria como uma das principais tarefas diminuir o poder dos sindicatos.

“O remédio, então, era claro: manter um Estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, com a contenção dos gastos com bem-estar, e a restauração da taxa ‘natural’ de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos.”<sup>64</sup>

Embora o neoliberalismo não tenha sido implantado de imediato (as primeiras experiências datam da década de 70), seus efeitos estão sendo sentidos de maneira muito importante em vários lugares do mundo e também no Brasil. Para esta constatação basta observarmos as políticas implementadas pelo governo federal brasileiro no que tange ao controle da estabilidade econômica, diminuição

dos gastos sociais, tratamento dispensado aos grevistas em diversos momentos (são emblemáticas as greves dos funcionários públicos federais e dos petroleiros e o tratamento dispensado aos grevistas pelo governo federal) entre tantas outras.

Diante desse quadro assustador, o próprio discurso jurídico perde legitimidade. Se antes, durante toda a modernidade, o Estado representou o espaço onde o direito era assegurado (muito embora esta afirmação não seja de todo verdadeira), agora o mesmo mostra-se impotente diante de uma onda de transformações que negligenciam o poder estatal. Sequer o discurso jurídico pode ignorar a fragilidade do Estado em relação aos interesses das grandes corporações multinacionais.

Esta fragilidade é sentida de maneira diferente nos mais diversos países, mas não pode ser ignorada por nenhum deles. Se, durante o período moderno, a crise do direito poderia ser focalizada nos seus princípios, que privilegiam pequenas parcelas da população, agora a crise foi ampliada para o próprio espaço de produção jurídica, antes incontestável.

Como, principalmente a partir da globalização e da implementação de políticas neoliberais, admitir o Estado como única fonte de produção jurídica? Hoje, os Estados nacionais têm cada vez menos condições de interferir diretamente em questões cada vez mais amplas. A desregulamentação implementada torna o direito positivo, marco da era moderna, obsoleto e inadequado. Com isso, o paradigma jurídico moderno, o monismo jurídico, está em xeque.

A constatação de que o Estado não pode ser entendido como único foco de produção normativa e de resolução de conflitos, não significa dizer que novos espaços sociais tenham sido estruturados consensualmente. A ineficiência

---

<sup>64</sup> ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir, GENTILI, Pablo (orgs.). op. cit, p. 11.

estatal produziu experiências distintas nos diversos espaços físicos e sociais. Se, por um lado, parcelas significativas da população passaram a desenvolver formas não convencionais de resolução de conflitos (muitas delas com caráter democrático e emancipatório), por outro lado parcelas da população passaram a explorar esferas de resolução que alijam a participação popular, fomentado, desse modo, processos antidemocráticos de produção normativa e resolução de conflitos.

A incapacidade do Estado moderno, neste particular, decreta a falência do monismo jurídico enquanto paradigma viável para resolver os complexos problemas sociais, políticos, econômicos e jurídicos surgidos, principalmente, na segunda metade do século XX, após a 2<sup>a</sup>. Grande Guerra Mundial (1939-1945). A possibilidade da existência de outros centros de produção jurídica existia e estava sendo desenvolvida de diversas formas diferentes.<sup>65</sup>

Da mesma forma que o discurso jurídico não responde a inúmeras questões, a cidadania como fora entendida na modernidade também está desatualizada. Não podemos tratar a cidadania como uma característica nacional sem levarmos em consideração a inserção dos países periféricos no sistema-mundo.

A cidadania ou a incorporação de direitos nos países do Sul, padece de graves limitações. Algumas destas limitações dizem respeito ao próprio espaço ocupado pelo sistema periférico mundial. Não podemos ignorar esta posição e imaginar melhorias consideráveis dentro desta “ordem mundial”.

A luta pela cidadania deve levar em consideração o *status* da periferia, envolta em crises sociais graves e numa miséria que atende as

exigências de uma ordem cruel estabelecida para beneficiar alguns espaços físicos. O desenvolvimento econômico e social dos países do Sul tem estreita ligação com as eras de desenvolvimento mundial. A adoção de políticas neoliberais limitou ainda mais este crescimento, impossibilitando um efetivo desenvolvimento social. O discurso da cidadania não pode ignorar tais dados e deve, muito pelo contrário, explorar tais contradições. Nesta estrutura, jamais teremos uma cidadania de “primeiro mundo”, em outras palavras, hoje, o nível de desenvolvimento social, político, econômico de um determinado país depende, fundamentalmente, de sua posição nesta estrutura mundial.

“Recordemos simplesmente o seguinte: na década de 60 as economias latino-americanas daquele momento, fulminadas agora por seu estatismo, cresceram a uma taxa anual de 5,7% e, na década seguinte, apesar dos problemas derivados da crise do petróleo e da recessão nos países industrializados, o fizeram a 5,6%. Nos neoconservadores anos 80, quando as políticas ortodoxas prevaleceram quase sem resistências, a taxa de crescimento foi de apenas 1,3%, que se transforma em negativa ao levar-se em conta o crescimento da população. O caminho neoliberal para o Primeiro Mundo, portanto, não é senão um mito, habilmente manejado pelas classes e frações que atualmente detêm a hegemonia no sistema capitalista internacional”<sup>66</sup>

O caos social instalado no Brasil não permite que observações muito otimistas sejam estabelecidas. Apesar dos dados do último censo realizado no Brasil ainda não terem sido consolidados (o último Censo foi realizado no ano de 2000) algumas situações, como o aumento do desemprego, os constantes conflitos por terras, além do flagrante aumento da violência, sugerem o aprofundamento da já tão grave crise social brasileira.

Um deles indica, por exemplo, o aumento da desigualdade social, com o crescimento das favelas e do êxodo rural. As cidades, cada vez mais

---

<sup>65</sup> Inúmeras experiências jurídicas são desenvolvidas fora dos ditames estatais. Neste caso enquadram-se tanto os movimentos sociais quanto as grandes corporações que não são contempladas pelo direito positivo.

<sup>66</sup> BORÓN, Atilio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir, GENTILI, Pablo (orgs.). op. cit., p. 77.

inchadas, não conseguem atender as necessidades básicas da maioria de seus cidadãos. Água, energia, emprego, renda, saneamento, lazer, são alguns itens fundamentais e, infelizmente, inacessíveis à maioria da população. Pior, é que ainda estamos muito longe de reverter esta situação.

Os desafios da efetivação da cidadania em nosso país (assim como em toda a América latina) são enormes. A cidadania depende de um equilíbrio inexistente em nossa sociedade. Hoje, estamos bem próximos de atingir 2/3 da população que fica alijada de qualquer bem-estar social. São aqueles que vivem nas ruas ou favelas e que não têm acesso aos produtos e serviços mais básicos. E tão grave quanto isto é constatar que a sociedade brasileira desenvolve um rígido mecanismo de estratificação social. Se, juridicamente todos somos iguais, na realidade está cada vez mais difícil integrar enormes parcelas da população. Vivemos numa sociedade mais heterogênea e desarticulada do que em outros tempos. Esta situação é tão grave que Atilio Borón adverte que a situação é ainda mais “grave” do que naqueles tempos em que ainda existia a escravidão e onde o contato entre explorados e exploradores ainda era necessário.

“Ainda que pareça paradoxal, o Brasil escravista ou o México colonial foram sociedades muito mais integradas do que as sociedades burguesas de final do século XX: a exploração das classes subalternas exigia então certas formas de sociabilidade completamente ausentes no Brasil ou no México capitalista de nossos dias. O fazendeiro e o escravo; (...) eram pólos antagônicos de uma mesma sociedade. A grande burguesia dos países latino-americanos (e as classes e grupos sociais integrados a seu domínio) e as massas marginais que vivem abaixo da linha de pobreza pertencem a dois universos distintos: vivem econômica, social, cultural e ecologicamente separados.”<sup>67</sup>

Ainda assim, mesmo não ignorando a gravidade da situação, inúmeras iniciativas tentam estabelecer novos parâmetros para a construção de uma efetiva cidadania. A absoluta e injustificável ineficiência do Estado na

promoção de projetos sociais faz com que a participação direta da sociedade através de atos isolados, entidades filantrópicas e Organizações Não-Governamentais – ONG's, sejam fundamentais para o desenvolvimento da cidadania.

Tais iniciativas, entretanto, não têm (nem sequer podem pretender ter) o objetivo de substituir o Estado como principal fomentador das políticas sociais de incremento da cidadania. Muito pelo contrário. Uma das principais tarefas de nossa sociedade é reconstruir espaços de convivência democrática. Entre estes espaços, o Estado continua sendo um dos mais importantes. A importância de não considerarmos o Estado como única fonte de produção jurídica reside no fato de que a convivência democrática existe além do próprio Estado. Não podemos simplesmente ignorar as mais diversas formas de manifestações populares (principalmente através dos movimentos sociais) para continuar apostando num paradigma ultrapassado (o monismo jurídico).

O simples fato de que o direito está sendo desenvolvido fora do aparelho estatal, entretanto, não é suficiente para relacionarmos tais experiências com objetivos democráticos e emancipadores. A adoção de novas formas de resolução de conflitos pode ser ainda mais injusta e antidemocrática do que as já tradicionalmente utilizadas pelo direito positivo. Enquanto não fizermos uma ligação entre o direito e fundamentos éticos que o orientem, esta possibilidade sempre vai estar presente.

No próximo capítulo, destacam-se os vários tipos de pluralismo, em oposição ao monismo característico da Modernidade, seus conceitos e desenvolvimento, passando por uma obrigatória referência aos movimentos sociais que inspiram as visões jurídicas pluralistas, com destaque para os Novos

---

<sup>67</sup> BORÓN, Atílio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir, GENTILI, Pablo (orgs.). op. cit., p. 105.

Movimentos Sociais – os NMS's, que podem ser utilizados como referências importantes na construção de um novo saber jurídico.

## **CAPÍTULO 2 – PLURALISMO JURÍDICO: CONCEITOS E FUNDAMENTOS**

Neste capítulo serão abordados a definição e o desenvolvimento do pluralismo jurídico, sua diferenciação de outros pluralismos (político, societário, religioso etc.) e a sua associação com o surgimento de novos atores sociais, os chamados Novos Movimentos Sociais – NMS's, que ajudam a caracterizar a necessidade de práticas pluralistas e mesmo fundamentar a existência de “novos direitos”. A oposição ao monismo jurídico surge como principal motivação, mas é a caracterização de um pluralismo democrático e emancipatório que se revela como possibilidade para o incremento das relações sociais, principalmente na periferia do sistema-mundo.

Para a construção de um pluralismo jurídico comprometido com as necessárias mudanças sociais é necessário instrumentalizá-lo com as diversas referências teóricas propostas, além de relacioná-lo com o surgimento de novas necessidades, oriundas de uma nova forma de organização social, que no Brasil, aconteceu de forma significativa no processo de redemocratização ocorrido no final da década de 70 e consolidado na década de 80.

### **2.1. Os conceitos de pluralismo jurídico**

O monismo foi, sem dúvida, o paradigma jurídico da Modernidade. A necessidade de centralização do poder, após o período de profunda fragmentação do feudalismo, justificou a posição de que o Estado seria a única fonte de produção jurídica. Mais ainda, nesta fase, o Estado funcionaria como única fonte de poder, em contraposição aos inúmeros feudos e pequenos reinos existentes durante a Idade Média. É importante também não esquecer que a passagem do feudalismo para a sociedade moderna deu-se, em grande parte, pela

necessidade de adequação da sociedade aos novos modos de produção nascentes.<sup>67</sup>

As limitações do monismo jurídico, entretanto, ficam cada vez mais claras. A capacidade de resolução de conflitos por parte do Estado diminuiu de forma importante, não sendo possível elegê-lo (o Estado) como único espaço de poder e articulação política e jurídica. Esta observação se faz ainda mais presente agora, com a drástica redução do aparelho estatal devido a adoção de políticas neoliberais. O aumento da complexidade das sociedades e do próprio número de habitantes ajudam a sugerir o profundo desgaste das posições centralizadoras.

Em oposição ao discurso monista surgem várias teorias que preconizam a existência de outros centros de poder (tanto quanto de articulação e produção jurídicas) além do Estado. São as chamadas teorias pluralistas ou pluralismo, que se opõem ao unitarismo e centralismo encontrados nas teorias monistas.

Mas o que vem a ser pluralismo? No dizer de BOBBIO, pluralismo é “a concepção que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro de poder dominante, historicamente identificado com o Estado”.<sup>68</sup>

O pluralismo, portanto, formula um discurso mais amplo que o encontrado no monismo da Modernidade. Mais ainda, admite centros de discussão e decisão afastados do próprio Estado, o que pode gerar uma pluralidade também de discursos e necessidades diversas das formalizadas no discurso estatal. Dessa forma, na ótica pluralista há espaço para o aparecimento de contradiscursos e, com isso, o pluralismo inclui como característica necessária

---

<sup>67</sup> A passagem do feudalismo para a sociedade moderna foi um assunto abordado de maneira mais específica no primeiro capítulo desta dissertação.

a possibilidade de participação popular nas decisões. Além desta participação popular, no pluralismo não podemos desconsiderar a influência que estes “centros de poder” têm sobre a própria formulação das políticas estatais. A influência, portanto, é importante não apenas na participação direta da população nos mais diversos tipos de atividades como também na formulação de políticas públicas que, levando em consideração esta influência, servem (ou podem servir) como articuladoras desta participação popular.

Numa sociedade complexa e populosa<sup>69</sup> como a que encontramos em quase todo o mundo, soa anacrônico imaginar que o Estado possa, satisfatoriamente, convergir opiniões sobre os mais diversos assuntos. O discurso jurídico moderno sempre foi baseado em pilares inquestionáveis e com pretensões de universalidade. Assim é que o direito foi positivado, embora não tenha sido tão bem assimilado como seus defensores desejam.<sup>70</sup> As realidades sociais são muito diversas e as formas como estas populações assimilam o discurso jurídico também.

Diante deste quadro, definir as principais características do pluralismo não é tarefa fácil. Para melhor caracterizarmos nosso objeto de estudo, entretanto, é necessário estabelecermos algumas diretrizes básicas, além do conceito já exposto. Assim, ainda no dizer de Norberto Bobbio, quando falamos de pluralismo, destacamos pelo menos três características importantes e presentes em todas as teorias pluralistas: a) nossas sociedades são complexas e,

---

<sup>68</sup> BOBBIO, Norberto. Pluralismo. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. op. cit., p. 928.

<sup>69</sup> Utilizando o Brasil como referência, vamos verificar que na virada do milênio somos quase 170 milhões de habitantes (os dados do Censo 2000 do IBGE, embora ainda não totalmente consolidados, indicam que o país tem pouco mais de 168 milhões de habitantes), divididos em cinco regiões geográficas com dimensões maiores que muitos países do mundo. Nestas regiões misturam-se várias etnias, sotaques, hábitos, religiões e culturas bastante diferentes.

<sup>70</sup> Muito embora tenhamos no direito positivo o grande paradigma moderno, não podemos deixar de anotar que o direito positivo atinge apenas de forma muito parcial a população nacional. Este assunto será mais abordado no terceiro capítulo, mas apenas para exemplificar basta tomar como exemplo a quantidade considerável de pessoas que vivem na completa informalidade neste país. Informalidade significa um número significativo de pessoas que não têm registro civil, carteira de identidade, carteira de trabalho, não contribuem com a previdência social, não pagam imposto de renda etc. Para essas pessoas, as normas estabelecidas no Código Civil, por exemplo, soam completamente fantasiosas.

por isso, esferas quase autônomas foram criadas (tais como sindicatos, associações etc.); b) o melhor modo para organizar uma sociedade deste tipo é criar mecanismos de participação política; c) uma sociedade pluralista é a antítese de todo e qualquer totalitarismo.<sup>71</sup>

“Ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de ‘monismo’, a formulação teórica e doutrinária do ‘pluralismo’ designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. O pluralismo, enquanto concepção ‘filosófica’ se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos.”<sup>72</sup>

De certo modo, o pluralismo político é uma decorrência natural do fim dos Estados Absolutistas do século XVIII. A divisão do exercício do poder foi uma das principais características da passagem para a Modernidade. O surgimento de associações, sindicatos, partidos políticos, entre tantas outras manifestações, atestam a existência deste pluralismo.

Para Wolkmer, levando em consideração as diversas caracterizações atribuídas ao pluralismo em variados autores, seria possível estabelecer características comuns a todos eles, que são: a “autonomia”, que se refere ao poder dos movimentos coletivos, associações profissionais, econômicas etc., que independe do poder governamental; a “descentralização”, que seria o deslocamento do exercício do poder político administrativo para esferas descentralizadas; a “participação”, que viria como consequência direta da própria descentralização, ou seja, parcelas maiores da população podem efetivamente participar do processo político; o “localismo”, que seria o poder local organizado e que influenciaria as decisões; a “diversidade”, que significa o reconhecimento

---

<sup>71</sup> BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: EdUnB; São Paulo: Pólis, 1988, p. 16.

<sup>72</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 157.

das inúmeras realidades existentes; e a “tolerância”, que seria a adoção de um espírito de respeito pelas diferenças, identidades distintas encontradas num mesmo corpo social.<sup>73</sup>

Diante dessas características é possível estabelecer, de pronto, alguns valores subjacentes ao próprio pluralismo. A teoria pluralista se opõe a qualquer centralismo ou unitarismo político, característico dos regimes totalitários. Além disso, pressupõe uma efetiva participação popular nas tomadas de decisões e não apenas sua participação nos mecanismos formais já propostos (como a simples participação eleitoral, por exemplo). O pluralismo rejeita qualquer pretensão de limitar o poder de intervenção do indivíduo e de grupos organizados nas esferas do poder.

Muito embora o “localismo” seja uma das principais características do pluralismo, em oposição ao centralismo estatal que tudo decide, Manfredo Araújo de Oliveira não considera impertinente enumerar também o “universalismo” como uma das características principais do próprio pluralismo. Para ele, o particular sem pretensões de universalidade não possui fundamentos éticos e seria fonte de infindáveis injustiças. Em outras palavras, a caracterização do particular estaria vinculada necessariamente a um alcance universal, para que esses valores, essa participação, possam ser traduzidos para todos os particulares.

“A insistência num particular, pensado sem universalidade, não confirma precisamente situações de degradação do humano e destruição da natureza, a perpetuação dos guetos e da marginalização? A insistência num particular negado por um agressor em nome de uma universalidade abstrata não significaria, no fundo, a aceitação ingênua desta particularidade imposta pelo agressor? Não é precisamente quando descubro que o particular só é verdadeiramente particular quando é portador do universal e o universal só é universal quando particularizado, que dou conta da realidade?”<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 160-163.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e práxis histórica**. São Paulo: Ática, 1995, p. 169.

No mesmo sentido nos alerta Carlos Nelson Coutinho: “Mas atenção: tampouco aqui se deve confundir pluralismo com relativismo. Partimos da idéia que o verdadeiro valor tem uma dimensão universal: só é valioso aquilo que contribui para a realização do gênero humano, sem discriminação prévia de nenhuma de suas parcelas.”<sup>75</sup>

Embora se tenha datado o desenvolvimento do pluralismo em contraposição ao discurso moderno (portanto após o advento do século XVIII), sua origem e desenvolvimento são bem mais antigos. A característica de admitir centros de poder e decisão fora do Estado (ou alguma organização que centralizasse o poder político) não é uma prerrogativa moderna. Na história do pluralismo podemos identificar teóricos que contribuíram de forma importante para seu entendimento atual.

Assim é que o desenvolvimento de “ideais” pluralistas pode ser observado em alguns autores desde a Antigüidade. Na Grécia Antiga, por exemplo, teríamos na contraposição das teorias de Platão e Aristóteles indícios de iniciativas que desconsideravam a centralidade do poder como única alternativa boa e viável. Aristóteles, neste contexto em oposição à Platão, via na diversidade e na importância da comunidade aspectos fundamentais de uma sociedade política organizada.<sup>76</sup> “Do ponto de vista de Aristóteles – e este viria a ser o ponto de vista básico de Burke, Tocqueville e outros pluralistas do século XIX – quase qualquer forma de governo político seria boa, se preservadas as

---

<sup>75</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. **Notas sobre Pluralismo**. Conferência apresentada no Encontro Nacional da Associação Brasileira de Ensino do Serviço Social. Outubro de 1990, p. 06.

<sup>76</sup> A existência de elementos pluralistas nas obras de Aristóteles (principalmente na **Política**) é analisada por Robert Nisbet, que afirma: “A comunidade pluralista começa realmente, no Oeste, com a obra de Aristóteles *A Política*. Mais concretamente, pode-se dizer que ela começa com o criticismo sistemático e implacável, embora seco, de Aristóteles com relação ao seu professor, Platão, e ao inspirado retrato feito por Platão da comunidade política (...). Nos casos em que Platão expressara sua ânsia de unidade e sua adoração por ela, Aristóteles, de modo menos brilhante, porém não menos profundo, exigia pluralismo, diversidade e divisão na boa comunidade, e via na busca de unidade levada muito longe o perigo não só de tirania e sufocação do espírito, mas até mesmo de subversão da própria comunidade política.” Cf. NISBET, Robert. *A comunidade pluralista*. In: **Os filósofos sociais**. Brasília: EdUnB, 1982, p. 384.

todo-poderosas esferas de autonomia às quais cada um dos principais grupos e instituições tinha direito, na ordem social.”<sup>77</sup>

Levando-se em consideração a proposta de divisão da história (particularmente da história da Europa Ocidental) em Idades Antiga, Média, Moderna e Contemporânea<sup>78</sup>, o levantamento histórico do pluralismo deve, obrigatoriamente, passar por referências medievais. Aliás, foi exatamente na sociedade européia ocidental medieval que encontramos a aplicação de importantes princípios pluralistas. Em nenhuma época, anterior ou posterior, o pluralismo foi aplicado com tal vigor, muito embora o modelo utilizado tenha diferenças marcantes em relação ao atualmente proposto e que será posteriormente detalhado.

Na Idade Média, logo após a queda do Sagrado Império Romano, em 476 d.C. (e para alguns autores mesmo durante a existência dele<sup>79</sup>), inexistia qualquer forma de centralização política. O território europeu estava completamente dividido em tantos e pequenos feudos, cidades, mosteiros e reinos, que era praticamente impossível falar-se em centralização do poder. Este quadro durou cerca de mil anos e inscreveu, definitivamente, alguns princípios pluralistas na história política mundial: o localismo, o regionalismo, o descentralismo estavam presentes na estrutura social medieval e serviriam de fonte para os pluralistas modernos.

---

<sup>77</sup> NISBET, Robert. op. cit., p. 389.

<sup>78</sup> Enrique Dussel considera esta divisão “pseudocientífica”, contribuindo decisivamente para manter hegemônico o paradigma eurocêntrico (em oposição ao “paradigma mundial”, que considera as características, evolução, história e necessidades do mundo como um todo). “Como dissemos, a divisão pseudocientífica da história em Idade Antiga (como o antecedente), Idade Média (época preparatória) e Idade Moderna (Europa) é uma organização ideológica e deformante da história.” DUSSEL, Enrique. op. cit., p. 51.

<sup>79</sup> Robert Nisbet, sobre o Sagrado Império Romano, afirma: “Na verdade, desde o tempo de Carlos Magno existia o chamado Sagrado Império Romano, mas, nas sábias palavras que foram úteis a todos os estudantes do assunto, esta estrutura, de fato, não era sagrada, nem romana, nem um império. De concepção indefinida e de implementação impossível, dada a falta de meios de comunicação, seja de princípios pragmáticos de administração – muito menos havia a espécie de tecnologia sempre necessária a uma centralização de governo em larga escala – o Sagrado Império Romano pouco mais era que um nome.” NISBET, Robert. op. cit., p. 391.

“Por volta dos séculos XII e XIII, as cidades brotavam por toda a Europa Ocidental, cada uma delas tão ciosa quanto qualquer principado feudal de sua autonomia e de sua liberdade incorporada. Nas cidades estavam as guildas de artes e ofícios, juntamente com outras associações urbanas, que insistiam em seus devidos direitos à autonomia. Na base da estrutura social estava, naturalmente, o forte sistema familiar: o clã, a família, o lar. Como vimos, mosteiros também eram criados às centenas, no auge da Idade Média, todos eles preocupados com sua liberdade, tanto no que concerne à autoridade eclesiástica como à de qualquer príncipe feudal. Finalmente, havia a vasta e poderosa Igreja Cristã, que, à época, nenhuma autoridade leiga teria ousado desafiar seriamente por muito tempo.”<sup>80</sup>

Em outras palavras, os centros de poder estavam dispersos e seria impossível imaginar a existência de um poder central que determinasse a adoção de políticas que superassem as fronteiras geográficas dos espaços já determinados, tais como as cidades, os feudos, os mosteiros etc. Enfim, as decisões eram geridas e efetivadas dentro das próprias unidades citadas, não havendo ingerência de entidades centralizadoras do poder. É natural, portanto, que o localismo, a descentralização e a autonomia, entre tantas outras características pluralistas, tenham caracterizado este período histórico.

A estrutura social encontrada na Europa medieval serviu, aliás, como ponto de partida para a organização do mundo moderno. Não como um modelo a ser seguido, senão como exemplo de como uma sociedade não deveria ser estruturada. Para os modernos, todas as características relacionadas à Idade Média deveriam ser repudiadas, combatidas e eliminadas. Surge, então o Estado moderno centralizador característico deste período histórico.

Embora a Modernidade seja caracterizada pela formação do Estado centralizado, as teorias pluralistas neste período também floresceram. As inúmeras teorias pluralistas (ou pelo menos teorias com fundamentos pluralistas) da modernidade são diversas e identificadas por algumas características próprias

---

<sup>80</sup> NISBET, Robert. op. cit., p. 391.

ou pelo modo com que foram implementadas durante estes últimos séculos. Dessa forma temos teorias pluralistas progressistas, conservadoras, socialistas, liberais etc. Em comum, as teorias têm o fato de contestar a unicidade do poder centralizado no Estado. Numa sociedade que passa a ser industrializada, não podemos esquecer que importantes formas de organização surgiram exatamente com o advento da industrialização e conseqüente Modernidade, tais como as associações, os sindicatos etc.

Uma das fontes mais importantes das teorias pluralistas modernas é a formulada por Montesquieu, que distinguindo o governo monárquico do despótico, verifica, no primeiro, a presença de “corpos intermédios” (nobreza, clero e outras ordens) que impediriam, de uma forma ou de outra, um governo centralizado e monolítico, característico do despotismo.<sup>81</sup> Além de Montesquieu, vários autores modernos podem ser citados como fontes de importantes contribuições à teoria pluralistas, entre eles: Johannes Althusius, Edmund Burke, Visconde Louis de Bonald, Hegel, Lamennais, Tocqueville, Proudhon, Kropotkin, entre outros.<sup>82</sup>

Ao lado das teorias modernas sobre o pluralismo, que tentam estabelecer fissuras no poder estatal, estão também as teorias “contemporâneas”. Aqui, entretanto, podemos dirigir nossa preocupação para a situação política, econômica e social de inúmeros países onde grandes parcelas da população que não têm qualquer poder de intervenção e decisão. E não podemos esquecer que tais países e pessoas encontram-se, em sua maioria, nos chamados países periféricos, onde diversas teorias pluralistas proclamam a falência do Estado como único espaço de debate possível. O desenvolvimento democrático relativamente recente e o surgimento de organizações populares organizadas

---

<sup>81</sup> Para Montesquieu a presença dos “corpos intermédios” limitava a abrangência do poder monárquico, impedindo-o de tornar-se despótico. A luta por interesses distintos já era visto como algo necessário para impedir um mal maior que seria o governo sem limites. Cf. BOBBIO, Norberto. Pluralismo. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. op. cit., p. 928.

aliadas ao aprofundamento da crise por que passam estes países, fazem com que os países do “Sul” sejam um terreno fértil no desenvolvimento das teorias pluralistas. Entre vários autores destacados que abordam o pluralismo na periferia podemos citar Boaventura de Sousa Santos, Joaquim Falcão e Antônio Carlos Wolkmer.<sup>83</sup>

Além das diversas teorias que tratam do pluralismo, é importante diferenciar os inúmeros tipos de pluralismo. Embora as características tenham similaridade, é importante definir de qual pluralismo estamos falando. Entre os vários tipos de pluralismo que podemos caracterizar temos: o *sociológico*, que se consolida na medida em que socialmente se ampliam os papéis, as classes e as associações profissionais no âmbito da sociedade industrial; o *político*, que incorpora proposições que se pautam pela rejeição de toda e qualquer forma de concentração e unificação do poder ou força de ação monolítica; o *econômico*, em que existe a concomitância de setores públicos da economia de mercado e no fluxo diferenciado de indústrias privadas que concorrem entre si; o *ideológico*, onde há diversas orientações de pensamento, diversas visões de mundo, diversos programas políticos etc.; o *cultural*, onde cada grupo étnico mantém um estilo próprio de vida, com seus idiomas e seus costumes, além de escolas, organizações e publicações especiais etc.; e o *jurídico*, que privilegia a existência de diversas fontes de produção jurídica além do Estado, tais como os sindicatos, as associações, os movimentos sociais etc.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Um estudo sistemático da história das teorias pluralistas pode ser encontrado na obra de Robert Nisbet, que discorre sobre vários autores e suas contribuições para a estruturação do pluralismo. Cf. NISBET, Robert. op. cit., pp. 379-434.

<sup>83</sup> A maioria dos países periféricos foram colônias dos hoje chamados países centrais. Tal posição fez com que seu desenvolvimento fosse, em muitos campos, retardado, sempre em conexão com interesses externos. Apenas como exemplo, a retomada da democracia na América Latina deu-se apenas a partir da década de 80. A obra do professor brasileiro Antônio Carlos Wolkmer e do professor português Boaventura de Sousa Santos tem nítidas preocupações com a posição dos países periféricos no sistema-mundo.

<sup>84</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 157-160.

Já para C.B. Macpherson, a história do desenvolvimento das teorias pluralistas na Modernidade pode ser dividida em oito tipos: o *religioso*, que remonta à época da Reforma protestante; o *humanista*, dos séculos XIX e XX que se baseia no primado do desenvolvimento individual; o *pluralismo do produtor*, do anarcossindicalismo europeu e do socialismo corporativista inglês; um pluralismo proposto por anarquistas comunitários que defendem a substituição do Estado por comunidades autônomas; o *pluralismo pragmático* de John Dewey, influente nos EUA nas décadas de 20' e 30'; um *pluralismo liberal contemporâneo*, de Isaiah Berlin e John Rawls; um *pluralismo americano* (corrente principal) que floresceu no século XX, de Bentley, Truman, Schumpeter, Dahl, entre outros; e um *pluralismo libertário conservador (ou neoliberal)* de Milton Friedman e Hayek.<sup>85</sup>

Alguns tipos de pluralismos não sofrem objeção sequer dos defensores do Estado moderno. Embora se reconheça o centralismo como uma das características modernas, não se pode imaginar sociedade tão complexa sem outras esferas de poder e decisão. A questão mais importante talvez seja qual a concepção de pluralismo adotada. Se, como já referido acima, o pluralismo tende a questionar e tentar eliminar o poder do Estado ou se o mesmo serve apenas como obstáculo aos regimes totalizadores.

Dentre as várias concepções de pluralismo, podemos identificar a classificação de Robert Nisbet que o divide em: *conservador*, onde o respeito às tradições e instituições deve orientar a estruturação social devendo, por isso, permanecer a importância de antigos grupos (tais como a família, por exemplo); *liberal*, que surgiram com a observação da Revolução Americana e sua forma de

---

<sup>85</sup> As características de cada tipo de pluralismo proposta por Macpherson podem ser divididas em dois grandes grupos. Enquanto os seis primeiros tipos prevêem, em menor ou maior grau, a incompatibilidade entre o capitalismo e as teorias pluralistas, os dois últimos “trabalham com um modelo do homem como maximizador e consumidor de utilidades. Consideram que as necessidades humanas são as necessidades subjetivas dos indivíduos tal como elas se manifestam presentemente, ou melhor, tal como elas efetivamente se manifestam no mercado (inclusive o mercado político, ao qual se reduz o processo político democrático no entender dos teóricos da corrente principal).” Cf. MACPHERSON, C.B.

organização social; e a *radical*, associada às idéias anarquistas, sindicalistas e socialistas da última parte do século XIX, e que tencionavam uma ruptura com a estrutura do Estado Moderno.<sup>86</sup>

Já Norberto Bobbio divide as concepções do pluralismo em “pluralismo dos antigos” e “pluralismo dos modernos”, onde o primeiro “em face de um Estado centralizador e nivelador, desenterra o velho Estado de classes ou de ordens que a Revolução Francesa já deu por morto e que a sociedade industrial em marcha tornou cada vez mais anacrônico”<sup>87</sup> e o segundo, “aquele que, contra o mesmo Estado centralizador e só aparentemente nivelador, mas na realidade profundamente inigualitário, utiliza, do modo mais amplo e desabusado, as conquistadas liberdades civis (...)”<sup>88</sup>

Bobbio ainda divide em três as correntes que se autodefiniram como pluralistas: a *socialista* (do inglês Hobson, de Cole, do jovem Laski), em que a “descentralização territorial de onde deriva a distinção entre governo central e governo local deve ser complementada pela descentralização funcional, através da qual o indivíduo é protegido não mais como mero cidadão, mas como produtor e consumidor”<sup>89</sup>; a *crístã-social*, que “está bem definido no *Códice di Malines*, onde se lê que ‘a vida humana se desdobra num certo número de sociedades’, as quais são, além do Estado – que constitui a sociedade política –, a família, as associações profissionais e de qualquer outra natureza, a Igreja e a sociedade internacional”<sup>90</sup>; e o *liberal-democrático*, que é a “ideologia mais representativa da sociedade americana”<sup>91</sup>.

Pluralismo, individualismo e participação. In *Ascensão e queda da justiça econômica*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, pp. 123-133.

<sup>86</sup> Cf. NISBET, Robert. op. cit., pp. 379-434.

<sup>87</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. Pluralismo. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. op. cit., pp. 929-930.

<sup>88</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. Pluralismo. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. op. cit., pp. 929-930.

<sup>89</sup> BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: EDUnB; São Paulo: Polis, 1988, pp. 15-19.

<sup>90</sup> BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: EDUnB; São Paulo: Polis, 1988, pp. 15-19.

<sup>91</sup> BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: EDUnB; São Paulo: Polis, 1988, pp. 15-19.

Não podemos deixar de destacar, nesta retrospectiva sobre o desenvolvimento das teorias pluralistas, a importância destas correntes nos países periféricos e, de maneira especial, na América Latina. O processo de redemocratização (ou seria democratização) conhecido pela América Latina nas últimas décadas vem acompanhado do nascimento de novos sujeitos de direito. A cidadania, tão propalada pelo discurso liberal, passa a ser exercida não apenas por indivíduos particulares, mas também, e de forma muito importante, por sujeitos coletivos, formados na luta incessante contra as arbitrariedades, injustiças e por melhorias na tão combatida qualidade de vida.

“O novo sujeito coletivo forma-se então graças à descoberta de um diferente modo de participação política, baseado na experiência do cotidiano (que deixa de ser focalizado apenas no âmbito da vida privada – o cotidiano de cada um – tornando-se público: o cotidiano comum, semelhante, de todos) e na resistência contra as circunstâncias injustas, as carências.”<sup>92</sup>

O surgimento desses novos sujeitos de direitos é fundamental para o surgimento também de uma nova estrutura política. As associações de bairros, os sindicatos, os partidos progressistas, o movimento de mulheres, negros, homossexuais, sem-terra, sem-teto etc., são novos sujeitos e fazem parte de uma novo continente ainda em construção.

O pluralismo do mundo subdesenvolvido vem ao encontro das necessidades de participação surgidas com o movimento de democratização. Sem esquecer o papel desempenhado pelos países periféricos (há mais de 500 anos), as teorias pluralistas tentam desenvolver ou, pelo menos, criar possibilidades de maior participação popular nos processos sociais, políticos e, até mesmo, jurídicos. A possibilidade de pensar conjuntamente o pluralismo e a América Latina é um desafio inacabado.

---

<sup>92</sup> NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade Jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 147.

A abordagem de um tema tão amplo não pode ser objeto do presente trabalho, que irá abordar de maneira mais específica a formalização de uma teoria do pluralismo jurídico na América Latina e seus possíveis fundamentos éticos.

## **2.2. Pluralismo jurídico: características e evolução.**

A constatação de que vivemos numa sociedade plural em diversos aspectos (sociais, religiosos, culturais, econômicos, políticos etc.), por si só, não garante a mesma abordagem plural quando tratamos do fenômeno jurídico. Se, na Modernidade, vários discursos monistas (tais como os religiosos, políticos etc.) foram tomando-se paulatinamente anacrônicos, em relação ao direito o mesmo não ocorreu. Mesmo findo o século XX, o discurso jurídico permanece privilegiando o Estado como única fonte de produção jurídica.

A adoção de políticas neoliberais em grande parte do mundo (o que levou Perry Anderson a descrever o neoliberalismo como projeto mundial hegemônico<sup>93</sup>) e a conseqüente diminuição das áreas de atuação do Estado, não significaram a ruptura com o modelo jurídico dominante. A propalada liberdade e independência, em relação ao Estado na solução de controvérsias, atingem de maneira mais direta as grandes corporações empresariais, que reúnem as condições necessárias para exercer tais prerrogativas. Tais condições, entretanto, não são encontradas em grandes parcelas da população. Em relação à maioria da população as bases para a formação do discurso neoliberal continuam distantes.

Basta lembrar que o projeto neoliberal trabalha sistematicamente com a idéia de mercado, portanto do homem consumidor que está inserido neste contexto. Levando-se em consideração que grande parte da população mundial,

---

<sup>93</sup> Cf. ANDERSON, Perry. op. cit., pp. 09-23.

especialmente na periferia, está alijada deste processo, verificaremos a face cruel deste projeto. O discurso neoliberal não atinge grande parte da população (os não consumidores) que, entretanto, sente de maneira imediata seus trágicos efeitos. Dessa forma o monismo jurídico, embora possa ser considerado ultrapassado em algumas de suas principais características, ainda não está completamente afastado da realidade latino-americana.

Para melhor compreender o discurso jurídico predominante e uma alternativa pluralista, é necessário que, inicialmente, se tenha a definição do que seja direito, sem, contudo, imaginar que tal tarefa seja simples. O conceito de direito está intimamente relacionado ao entendimento de qual seja o objeto do direito. A discussão filosófica remonta à Antigüidade e os conceitos são tão diversos, quanto diversas são as teorias que tentaram fundamentá-lo<sup>94</sup>. No presente trabalho, abordaremos principalmente dois conceitos que serão contrapostos. O primeiro será uma síntese do direito numa abordagem positivista ainda hegemonicamente reproduzida e o segundo o direito numa ótica pluralista, que caracterizaremos e indicaremos sua evolução e necessidade de aplicação, principalmente nos países periféricos.

O positivismo<sup>95</sup>, filosofia que floresceu no século XIX e que teve influência em várias áreas do conhecimento, encontrou no direito uma área fértil

---

<sup>94</sup> A problemática que envolve a definição de direito sugere que seja impossível estabelecer “o conceito” de direito, senão “conceitos” de direito distintos entre si e que priorizem algumas características em detrimento de outras. Assim, podemos abordar conceitos positivistas, jusnaturalistas, normativistas, sistêmicos, entre tantos outros. Mais importante que responder a pergunta “o que é direito?”, é refletir sobre os caracteres e fundamentos do fenômeno jurídico. Neste sentido consultar: HART, Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?** São Paulo: Brasiliense, 1996.

<sup>95</sup> Diante da ambigüidade do termo “positivismo”, é importante delimitar o alcance das concepções que serão utilizadas neste trabalho. Duas abordagens merecerão destaque especial, o “positivismo” enquanto filosofia e o “positivismo” jurídico. A doutrina positivista floresceu no século XIX com a pretensão de ser a única forma possível de raciocinar cientificamente. Esta onda positivista, iniciada principalmente com as chamadas “ciências naturais” (ou exatas), chegou às “ciências sociais” através de Auguste Comte (1798-1857), que via no positivismo o estágio final de uma evolução de todo e qualquer tipo de conhecimento (“Em outros termos, o espírito humano, por sua natureza, emprega sucessivamente, em cada uma de suas investigações, três métodos de filosofar, cujo caráter é essencialmente diferente e mesmo radicalmente oposto: primeiro, o método teológico, em seguida o método metafísico, finalmente o

para o seu desenvolvimento, muito embora o chamado “positivismo jurídico” não possa ser confundido com o “positivismo”. Definindo o fenômeno jurídico a partir de uma matriz positivista, Vera Regina Pereira de Andrade toma como uma das acepções do termo:

“uma particular concepção do Direito que vincula o fenômeno jurídico ao Estado, enquanto poder soberano detentor do monopólio da lei e da coerção, identificando-se então com uma teoria estatal do Direito que expressa, historicamente, a tomada de consciência, por parte dos juristas, do complexo fenômeno na formação do Estado moderno, mediante o qual este assume o monopólio da produção do Direito e do seu assecuramento coativo.”<sup>96</sup>

Desta maneira, pensar o fenômeno jurídico numa ótica positivista significa relacioná-lo, de maneira direta, com o Estado. Mais ainda, significa considerar o Estado como único possível produtor de normas jurídicas, apostando na capacidade estatal de resolução de conflitos, capacidade esta cada vez mais questionada com a incorporação de novos direitos<sup>97</sup> e atores sociais neste final de século XX, início de século XXI. Os conceitos positivistas, de maneira geral, associam também a existência do direito com a “natural” possibilidade do uso da força ou, melhor dizendo, a garantia de que o direito será cumprido está diretamente ligado à existência do poder de coação estatal. A possibilidade do

---

método positivo. Daí três sortes de filosofia, ou de sistemas gerais de concepções sobre o conjunto de fenômenos, que se excluem mutuamente: a primeira é o ponto de partida necessário da inteligência humana; a terceira, seu estado fixo e definitivo; a segunda, unicamente destinada a servir de transição”. Cf. COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. Trad. de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. – Os Pensadores.). No positivismo os dados verificáveis eram os únicos que deveriam ser considerados, a observação deveria prevalecer sobre a imaginação ou argumentação. A célebre expressão “ver para prever” sintetiza a filosofia positiva, inaugurando uma fase onde o conhecimento científico está intimamente ligado ao observável e, por isso, indubitável, certo e útil. O positivismo teve desenvolvimento nas obras de vários autores que introduziram particularidades ao eixo central do discurso positivista, entre eles: Bentham, J. St. Mill, Saint-Simon, Spencer, Darwin, Lombroso, Ferri, Wittigenstein, Carnap etc. Em relação ao positivismo jurídico, a ambigüidade do termo não diminui. Dessa forma, para os objetivos deste trabalho, consideraremos positivismo jurídico como uma designação de uma particular concepção do Direito que vincula o fenômeno jurídico ao Estado, enquanto poder soberano detentor do monopólio da lei e da coerção, identificando-se então com uma teoria estatal do direito foi recepcionado pela teoria jurídica de várias formas.

<sup>96</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica: esforço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 59.

<sup>97</sup> Entre estes novos direitos podemos citar, na esteira de Franco Montoro, o direito ao ambiente sadio, o direito ao trabalho, os direitos do consumidor, o direito de participação e o direito ao desenvolvimento. Cf. MONTORO, André Franco. op. cit., p. 07-20.

uso da força como garantia do cumprimento das normas positivadas, surge como uma das principais características do direito moderno. Em outras palavras, o único direito existente é o emanado do Estado e a única possibilidade de garanti-lo é através do uso da força institucional.

Paralelamente ao conceito monista, o direito também pode ser definido em termos bem mais amplos e que não considerem o Estado como única fonte material<sup>98</sup> do direito. São as várias abordagens que concebem o direito como um fenômeno plural. Nestes termos o direito pode ser definido como “o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justiciáveis num dado grupo, que contribuem para a criação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada.”<sup>99</sup>

O conceito pluralista, então, abarca a possibilidade de que o direito seja reconhecido em práticas aceitas por um determinado grupo, num determinado tempo e dentro de um espaço físico que não seja o estabelecido pelos limites do Estado nacional moderno. No conceito de Boaventura de Sousa Santos pode-se ainda observar que a tão festejada possibilidade do uso da força organizada, comum nos conceitos positivistas, não é uma característica essencial do direito plural. Isto significa que a “dependência” dos grupos e comunidades em relação ao aparelho coativo do Estado não é essencial para a existência do próprio direito. “A natureza social do direito não parece ter como condição *sine qua non* a força física e a maior realização social dele não parece estar em

---

<sup>98</sup> A nomenclatura aqui proposta divide as fontes do direito em fontes formais, tais como a lei, os costumes, a jurisprudência etc., e a fonte material, que seria o Estado como única forma de representação da sociedade, em última instância a fonte de todo o direito. Cf. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. O termo “fonte do direito” é criticado por Hans Kelsen que o julga “imprestável” diante da pluralidade de sentidos com que é empregado. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

<sup>99</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 72.

ligação demasiado estreita com ela. Embora muito importante nas culturas atuais, a força seria apenas *uma das formas* de efetivação do direito.”<sup>100</sup>

O reconhecimento da autonomia de certos grupos sociais em relação ao Estado é primordial na abordagem pluralista. O fato de que parcelas da população não se sentem contempladas com o direito estatal, além da necessidade premente de dirimir os conflitos instalados, faz com que outras juridicidades sejam instaladas e convivam com o direito estatal, até “porque o Estado, apesar de toda a sua importância atual, é apenas um dos inúmeros grupos sociais constitutivos das sociedades globais modernas (*realisticamente* é o grupo social dos homens do poder oficial organizado), parece ingênuo reduzir conceitualmente o direito como fato social tão-só ao fato social estatal.”<sup>101</sup>

A existência de grupos e corporações autônomas é uma característica não apenas da Modernidade como também de outras épocas históricas (basta lembrar do feudalismo). A importância do estudo da possibilidade destes grupos produzirem direito aumenta na América Latina. Levando-se em consideração que o processo de formação dos Estados nacionais nesta região (todas antigas colônias) tiveram que compor um direito preexistente com o “novo” direito vindo da Metrópole. A tentativa de compor os inúmeros interesses existentes entre os nativos da região, os novos habitantes (colonizadores) e as metrópoles luso-espanholas, não resultou em um modelo que unificasse e contemplasse os vários envolvidos. Muito pelo contrário, o Estado latino-americano caracterizou-se pelo excessivo autoritarismo e distribuição clientelística de favores.

Os vários tipos de Estado experimentados pela América Latina (desde o Estado colonial, passando pelo oligárquico, populista, burocrático-

---

<sup>100</sup> SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito – uma alternativa de modernidade*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1992, p. 28.

<sup>101</sup> SOUTO, Cláudio. *op.cit.*, p. 30.

autoritário, até as tentativas recentes de democratização<sup>102</sup>) têm como característica comum a tentativa de articular interesses internos e externos, fruto do próprio desenvolvimento da região. Tudo isso aliado à grande diversidade de culturas, etnias e a profunda desigualdade social, ajudam a tornar ainda mais difícil uma unidade no discurso jurídico. A América Latina, como outros continentes que sofreram um processo de colonização, torna-se um campo fértil para o estudo do pluralismo jurídico.<sup>103</sup> Dessa forma, o Estado na América latina deve ser pensado de forma crítica, atenta às complexidades sócio-econômicas e político-culturais da região. Nestes termos:

“Uma concepção crítica do estado periférico latino-americano passa pelo resgate da autenticidade e originalidade de sua identidade cultural. Em suma, a presença do Estado na América latina, não é só necessária como até inevitável, entretanto, não mais como criador e tutor autoritário da Sociedade Civil, mas como articulador e reordenador dos espaços democráticos de acesso popular, como autêntico mandatário da Sociedade Civil, plenamente organizada pelo exercício e pela participação da cidadania popular.”<sup>104</sup>

Existem inúmeras dimensões do chamado “pluralismo jurídico”. A mesma ambigüidade encontrada em termos como “positivismo jurídico”, também é encontrada quando se referem ao “pluralismo jurídico”. As origens diferentes e as múltiplas caracterizações não impedem, entretanto, que todas as concepções guardem, entre si, pelo menos uma característica comum. A negação de que o estado é o único produtor de normas jurídicas e a prevalência de usos e costumes locais sobre os rigores formais são características comuns a todas as concepções pluralistas. Em outras palavras, essa “situação de complexidade não nos impossibilita de admitir que o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o

<sup>102</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 40-43.

<sup>103</sup> Sobre as relações entre os países colonizados e a multiplicidade das fontes produtoras de direito, consultar: SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pp. 64-78.

<sup>104</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 43.

Direito. Trata-se de uma visão antidogmática que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais.”<sup>105</sup>

A partir destas características pode-se estruturar uma breve retrospectiva histórica do pluralismo jurídico, encontrando suas manifestações em diferentes épocas e regiões. Antes mesmo do nascimento do Estado como hoje o entendemos, já é possível estabelecer a existência de práticas jurídicas comunitárias. Ainda na Idade Antiga, mais precisamente no Império Romano, é possível vislumbrar a existência do pluralismo jurídico. Para Eugen Ehrlich, a “‘unidade do sistema jurídico’ nunca foi mais que uma sabedoria teórica”<sup>106</sup>.

Em Roma havia a coexistência de, pelo menos, duas ordens normativas, o *Ius publicum*, que se referia ao direito estabelecido pelo Estado (“onde quer que os juristas se refiram a uma determinação pertencente ao *ius publicum*, ela comprovadamente deriva de uma *lex*, de um *plebiscitum*, um *senatusconsultum*, de um édito ou de uma *constitutio*”<sup>107</sup>), e o *Ius privatum*, cujo conceito “é dado pela oposição ao *ius publicum* no seguinte sentido: é o direito que repousa nas fontes não-estatais, o direito consuetudinário romano, em especial o direito romano dos juristas.”<sup>108</sup>

As experiências jurídicas pluralistas também são encontradas, agora em maior número, durante toda a Idade Média. A descentralização, característica deste período histórico, sugere a coexistência de diversos ordenamentos jurídicos, que persistiram durante toda a era medieval. O direito existente nos diversos feudos, reinos, corporações, mosteiros e na própria igreja católica, indicam o pluralismo jurídico como experiência jurídica predominante nesta época. “Na Idade Média, a descentralização territorial e a multiplicidade de centros de poder configuraram em cada espaço social um amplo espectro de

<sup>105</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 168.

<sup>106</sup> EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do direito*. Brasília: EDUnB, 1986, p. 328.

<sup>107</sup> EHRLICH, Eugen. op. cit., p. 333.

manifestações normativas concorrentes, composto de costumes locais, foros municipais, estatutos das corporações de ofício, ditames reais, Direito canônico e Direito Romano.”<sup>109</sup>

A modernidade trouxe consigo a unidade e centralização política e (não poderia ter sido de outra forma) o monismo jurídico como paradigma e uma das principais características do Estado moderno, característica esta, aliás, que o diferenciava das experiências políticas medievais. As teorias pluralistas, entretanto, subsistiram e formam um foco de “resistência” teórica ao discurso monista ainda hegemônico. O Estado moderno e soberano substituiu uma intrincada organização social onde as práticas jurídicas autônomas era característica.

O Estado moderno surge como um Estado Absolutista, onde todos os poderes estão concentrados no Monarca, que centraliza também a produção normativa. Entretanto, apesar de encontrarmos no absolutismo o início dos fundamentos da cultura jurídica moderna, é após a Revolução Francesa do final do século XVIII, que a tentativa de unificar os padrões jurídicos ocorre de maneira mais clara. A elaboração do Código Civil francês, em 1804<sup>110</sup>, é um marco na história da unificação dos procedimentos legais e judiciários. “Um exame mais atento revela que a solidificação do ‘mito’ monista é alcançada pelas reformas administrativas napoleônicas e pela promulgação de um único e um mesmo código civil para reger toda a sociedade.”<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> EHRlich, Eugen. op.cit., p. 333.

<sup>109</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 170.

<sup>110</sup> O primeiro código “moderno” foi o Código Civil prussiano, que entrou em vigor em 1794. O Código Civil francês, entretanto, pelas condições em que foi formulado, logo após a Revolução Francesa, tem uma importância especial. “O Código Civil Francês, que entrou em vigor em 1804, traduziu uma aspiração nacional. Antes da codificação, o ordenamento jurídico era diversificado: ao norte vigoravam as normas costumeiras, da época dos Carolíngios e, ao sul, o Direito escrito, baseado no Direito Romano. (...) Com a Revolução Francesa e Napoleão Bonaparte no Poder, iniciou-se, em 1800, o trabalho de elaboração do código que viria a ser considerado o mais importante do mundo, marco da era da codificação, não apenas por seu significado histórico, mas também por seu valor intrínseco.” Cf. NADER, Paulo. op. cit., pp. 256-257.

<sup>111</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 170.

A Revolução Francesa, desta forma, marca não apenas uma transformação radical no modo e organização social como, por consequência, uma mudança estrutural no modo de pensar e efetivar o discurso jurídico. Agora, os vários centros de produção jurídica dariam lugar a um único espaço de produção jurídica que é o estado Moderno. Apesar do discurso hegemônico, a realidade social conturbada do século XIX (principalmente com os movimentos socialistas e de liberdade do Proletariado<sup>112</sup>), que perdurou durante todo o século XX (com as “Grandes Guerras Mundiais” entre outras) fez com que as teorias pluralistas continuasse a ser desenvolvidas. O pluralismo jurídico seguiu como uma reação ao discurso monista hegemônico, através de filósofos e sociólogos do direito.

Já no final do século XIX, encontram-se formulações que não aceitam o Estado como única fonte de produção jurídica, na obra do jusfilósofo alemão Otto Von Gierke, que tinha fortes conotações nacionalistas. “Gierke reage ao monismo proposto por outros teóricos da época e repudia a presença dominadora do Direito Romano, advogando a preservação das instituições genuinamente alemãs. Buscando elementos nas teorias políticas do corporativismo medieval, Gierke revela que a fonte verdadeira do Direito não era o Estado, mas a atividade humana através dos grupos, corporações e comunidades orgânicas.”<sup>113</sup>

No início do século XX, o italiano Santi Romano traz importantes contribuições para a teoria pluralista. Opondo-se ao normativismo positivista, Santi Romano constata que a existência de diversas formas de organização social,

---

<sup>112</sup> O conceito de *Proletariado* utilizado neste trabalho diz respeito ao “total dos trabalhadores assalariados e produtivos que, não detendo a propriedade dos meios de produção com que operam, estão sujeitos, no processo de laboração, ao controle do capitalista, por quem, como figura do capital, são expropriados da mais-valia por eles produzida, vindo assim a assegurar a valorização do capital e sua reprodução, como força-trabalho submetida ao capital.” Cf. CERI, Paolo. *Proletariado*. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. op. cit. p. 1016.

<sup>113</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 171.

indica também a coexistência de vários ordenamentos jurídicos. “O autor (...) se aprofunda em direção ao pluralismo, assinalando que existe uma ampla gama de ordenamentos jurídicos distintos, cada qual com vida própria, não subordinada ao Estado e a seu ordenamento legal.”<sup>114</sup> Esta coexistência pode ser harmônica, muitas vezes reconhecida e incorporada pelo próprio Estado, como também antagônica. “A oposição e o não reconhecimento por parte do Estado ou mesmo o confronto de sua ordenação normativa com a de outros grupos sociais autônomos Não invalida ou obstaculiza, para estas, efeitos de juridicidade.”<sup>115</sup> É característica, portanto, não apenas a presença de ordenamentos jurídicos diversos como também a possibilidade de normas que sejam contrárias ao instituído pelo ordenamento jurídico estatal também sejam consideradas jurídicas.

Além dos jusfilósofos Gierke e Santi Romano, os sociólogos do direito também deram grande contribuição à consolidação do discurso pluralista. Entre eles, podemos citar Eugen Ehrlich e Georges Gurvitch como grandes teóricos do pluralismo jurídico europeu. Eugen Ehrlich, através da clássica obra “Fundamentos da Sociologia do Direito”, discorre sobre o processo de formação do direito, processo este que independe da “autorização estatal” para continuar existindo. Para Ehrlich, o direito nasce da sociedade, de vários grupos associativos, da aplicação do direito pelos juízes e, também, pela normatização estatal.

Diferenciando “normas” de “prescrições” jurídicas, o autor afirma que as “normas jurídicas” existem mesmo que não escritas e são características de qualquer grupo social ou associação. A investigação sobre o fenômeno jurídico deve voltar-se para as “normas jurídicas” e não apenas para as “prescrições jurídicas”, que restringem o fenômeno jurídico.

---

<sup>114</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 173.

“Normas jurídicas não devem ser confundidas com prescrições jurídicas. A prescrição jurídica é a redação de uma determinação jurídica em uma lei ou um código. Norma jurídica, ao contrário, é a determinação jurídica transformada em ação, como acontece em uma associação pequena, mesmo sem uma redação clara. (...); mas em qualquer sociedade há muito mais normas jurídicas que prescrições jurídicas, porque sempre há mais direito para condições específicas que para condições similares e também existe mais direito do que os juristas tomam conhecimento, quando procuram fixá-lo em palavras. Qualquer historiador do direito sabe quão pequena é a fração do direito, vigente na época, que está contido nas *Doze Tábuas* ou na *Lex Salica*; mas a situação não é diferente no que se refere aos códigos modernos.”<sup>116</sup>

Ehrlich divide ainda as estruturas normativas nos chamados *direito vivo* (associações, grupos sociais), *direito dos juizes* e no *direito estatal*. A característica marcante da teoria de Ehrlich é a indicação de que a sociedade é quem produz direito. O direito não é apenas observado nos tribunais, muito pelo contrário, o direito é uma prática cotidiana, um agir humano, que é criado e desenvolvido nos diversos tipos de relacionamentos sociais e não apenas identificado quando há um ilícito ou uma punição. Esta identificação relaciona obrigatoriamente o direito ao Estado, principalmente através do Poder Judiciário. Esta não é, absolutamente, a visão de Ehrlich: “Para aquele, porém, que vê no direito, sobretudo uma regra do agir, tanto o caráter coativo, visando a punição, quanto o que visa a execução, passam para o segundo plano. Para ele a vida humana não se desenvolve diante dos tribunais.”<sup>117</sup>

Outra contribuição marcante para o pluralismo jurídico foi a elaborada por Georges Gurvitch. O autor, na esteira de Ehrlich, aponta a existência de instâncias normativas diversas, produzidas em grupos ou associações diversas do Estado. Divide ainda o direito em duas grandes espécies: o *Direito Social*, que “tem sua fonte na coletividade organizada, na confiança e na participação de indivíduos que compõem grupos igualitários em colaboração

---

<sup>115</sup> TELLES JUNIOR, Goffredo. *A criação do direito*. São Paulo: Calil, 1953, p. 513.

<sup>116</sup> ERLICH, Eugen. op. cit., p. 36.

<sup>117</sup> ERLICH, Eugen. op. cit., pp. 22-23.

(...) um Direito de integração que não pode jamais ser imposto de fora, mas, por compreender uma ‘totalidade imanente’, materializa-se a partir de dentro”<sup>118</sup>; e o *Direito Individual ou Intergruppal*, que “envolve formas restritas de sociabilidade bilateral entre grupos ou indivíduos, sendo desenvolvido no plano do ordenamento jurídico estatal, mais particularmente como resultante das condições sociais do liberalismo econômico.”<sup>119</sup> A distinção operada pelo autor é seguida de uma clara exaltação do *Direito Social* em relação ao *Individual*.

O desenvolvimento das teorias pluralistas não se encerrou com as contribuições de Ehrlich e Gurvitch. Na segunda metade do século XX, vários autores passam a investigar o fenômeno jurídico numa ótica pluralista. A nova situação mundial estabelecida após a Segunda Grande Guerra (1939-1945) chama a atenção de teóricos não apenas no centro do sistema-mundo (Europa Ocidental e Estados Unidos), como também nos países periféricos<sup>120</sup>. A investigação relaciona o pluralismo jurídico nas sociedades centrais e nas periféricas. “Postulando a universalidade do pluralismo jurídico, intensificam-se, nos anos sessenta, algumas das mais engenhosas propostas legais de cunho antropológico, como por exemplo, a tese de Leopold Pospisil sobre os “níveis jurídicos” dos subgrupos constituídos, a teoria de Sally Falk Moore sobre os “campos sociais semi-autônomos” e as formulações críticas mais recentes de John Griffiths.”<sup>121</sup>

Wolkmer destaca John Griffiths com um dos principais teóricos atuais do pluralismo jurídico. O artigo **What is legal pluralism?**, de 1986, além

---

<sup>118</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 180.

<sup>119</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 180.

<sup>120</sup> Entre os vários teóricos que contribuíram para a formulação de uma proposta jurídica pluralista, podemos citar: Henry Levy-Bruhl, Jean Carbonnier, Jacques Vanderliden, Jean-Guy Belley, Boaventura de Sousa Santos, Masaji Chiba, além dos brasileiros Joaquim Falcão, Oliveira Vianna, Evaristo de Moraes Filho, Roberto Lyra Filho, José Geraldo Sousa Jr. e Antônio Carlos Wolkmer, entre outros. Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 180.

<sup>121</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 182-183.

de criticar algumas posturas teóricas do pluralismo que não rompem com o paradigma jurídico estatal, indica ainda que este paradigma jurídico moderno (o monismo jurídico) é uma ilusão, um mito que incorporou-se ao discurso jurídico de uma forma bastante eficaz. Poderíamos então dividir o pluralismo jurídico em duas modalidades, aquele aceito pelo Estado e um outro que estaria fora do alcance estatal.

“Especificando o conjunto dessas questões, assevera criticamente J. Griffiths, que se faz necessário distinguir duas modalidades de pluralismo legal: aquele permitido pelo próprio Estado e um outro realmente autêntico que consegue desgarrar-se de seu controle. Nesta perspectiva, não há como negar que, para conter e enfrentar o pluralismo jurídico, bem como resguardar a exclusividade do seu monopólio de produção normativa, o Estado recorre a dois expedientes: tenta eliminar totalmente práticas pluralistas (‘redução progressiva de competências de jurisdição não-estatais’) ou busca, com bastante frequência, reconhecer ou incorporar publicamente determinadas manifestações provenientes das comunidades religiosas, grupos sociais, minorias étnicas etc.”<sup>122</sup>

### **2.3. Os Novos Movimentos Sociais e o pluralismo jurídico.**

O desenvolvimento das teorias acerca de um direito plural é, fundamentalmente, uma discussão acerca da possibilidade de existência de uma multiplicidade de fontes do direito. As teorias contemporâneas acerca do pluralismo jurídico ganharam relevo a partir do surgimento, na esfera social, de diversos movimentos sociais organizados “fora” do Estado e que tentavam assegurar efetividade aos direitos positivos já consagrados ou reivindicavam direitos ainda inexistentes na esfera oficial, os chamados “novos direitos”, que surgiram da própria evolução social e dos constantes choques entre os interesses destes grupos sociais organizados e os interesses dos Estados nacionais, na grande maioria das vezes conflitantes.

Considerando-se, como consideram as teorias pluralistas, que o Estado não é a única fonte do direito e que é possível encontrar direitos diversos do oficial em comunidades ou movimentos sociais, temos também no surgimento destes grupos organizados uma grande fonte de direitos, os mais diversos possíveis. É nesse contexto que, a partir da década de 60, o mundo passa a conviver com experiências sociais diversas e localizadas longe do aparelho estatal. Uma fonte inesgotável de inconformismo sugere a criação de novos direitos, frutos desta nova concepção de vida e sociedade que varreu grande parte do mundo. As manifestações culturais são a forma mais marcante de identificar que algo novo se aproxima, e é neste clima que surgem alguns movimentos sociais que irão dar outro vigor ao estudo do pluralismo jurídico.

Para melhor entender este fenômeno, é necessário que se possa, inicialmente, abordar mesmo que resumidamente as condições sociais, políticas e econômicas que antecederam os movimentos ocorridos em meados da década de 60. Uma outra observação necessária é que, enquanto a Europa e os EUA passaram por mudanças importantes já na década de 60 (por isso a década é significativa), na América Latina, tais transformações foram violentamente esmagadas pela implantação das ditaduras militares também na mesma época. Dessa forma, a formação dos movimentos sociais no Brasil teve a possibilidade de ser externada apenas nos idos da década de 70, com um lento processo de abertura, que foi consolidado no final da década de 70 e início da década de 80, culminando com as eleições diretas para Presidente da República, em 1989.

O mundo do Pós-Guerra (após o término da Segunda Grande Guerra Mundial) foi estruturado com base em Estados nacionais que apresentaram características próprias no desenvolvimento historicamente marcado pelo liberalismo dos Estados capitalistas. A partir daquele momento os

---

<sup>122</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 185-186.

Estados<sup>123</sup> passaram a desenvolver garantias aos seus cidadãos que, segundo T. H. Marshall, inauguram um novo tipo de cidadania, a chamada “cidadania social”, uma certa evolução das anteriores cidadanias civil e política. Entre as atribuições desta nova estrutura estatal, denominada de Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*, estão a garantia de uma renda mínima, alimentação, saúde, habitação, educação, emprego etc., assegurados e estendidos a todos os cidadãos. É importante ainda citar que tais prerrogativas eram celebradas como “direitos”, oriundos da própria “qualidade” de cidadão.

A intervenção do Estado na sociedade, inclusive e de forma muito importante na economia, teve como objetivo a inclusão de todos os cidadãos na nova ordem estabelecida. “Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, todos os Estados industrializados tomaram medidas que estendem a rede dos serviços sociais, instituem uma carga fiscal fortemente progressiva e intervêm na sustentação do emprego ou da renda dos desempregados.”<sup>124</sup> As políticas implementadas pelos Estados de Bem-Estar, entretanto, longe de alterar a lógica de exclusão do capitalismo, servem como compensações à enorme defasagem encontrada entre o incrível desenvolvimento industrial e conseqüente acumulação do capital e a condição de vida da maioria da população.

“Dessa forma, a intervenção do Estado, através do planejamento de políticas sociais (relativas a trabalho, saúde, educação, previdência etc.), como forma de realização de direitos sócio-econômicos e, pois, da cidadania, visa assegurar condições mínimas de vida e trabalho às classes subalternas e, conseqüentemente, resgatar uma estabilidade mínima à reprodução do estado capitalista e à dominação que ele articula”.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> Esta análise leva em consideração a história dos Estados capitalistas centrais, onde o desenvolvimento dos chamados “direitos sociais” deu-se após a Segunda Guerra Mundial por inúmeros fatores econômicos, sociais, políticos e culturais e cujos reflexos foram sentidos na América Latina através dos chamados “Estados Populistas”.

<sup>124</sup> GEGONINI, Gloria. Estado do Bem-Estar. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. op. cit., p. 419.

<sup>125</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 86.

Embora tenha alcançado alguma efetividade nos países do capitalismo central, a situação de “bem-estar” da população europeia e norte-americana não durou muito tempo. Com a crise instalada no novo modelo surgido no Pós-Guerra, a qualidade de vida das populações começa a diminuir de forma importante. A partir dos anos 60, a crise econômica vivenciada por todo o mundo leva a recessão, desemprego, poluição, ameaça nuclear, entre tantos outros fenômenos que vão agitar o mundo naquela época. É neste cenário de crise que surgem os chamados Novos Movimentos Sociais – NMS’s, que buscam alterar a estrutura política existente, apostando numa nova percepção da sociedade com fundamento na participação direta e organizada de diversos setores sociais atingidos diretamente pela crise instalada. Mais ainda, os “Novos Movimentos Sociais” questionam a estrutura do próprio Estado nacional, incapaz de responder, através do já antiquado sistema representativo, aos anseios de mudanças e participação encampados pelos NMS’s.

Existem diversas teorias acerca dos fundamentos da crise do *Welfare State* e também da natureza dos Novos Movimentos Sociais surgidos neste cenário. Se for correto afirmar, como querem alguns autores europeus, que uma das principais características que diferenciam os “novos” movimentos sociais dos “antigos” movimentos sociais (especialmente os partidos políticos e sindicatos), é que nos NMS’s, pela primeira vez, podemos encontrar interesses que transcendem os chamados interesses classistas, enquanto os “velhos” movimentos sociais teriam surgido exatamente como fundamento da contradição entre classes, também é correto afirmar que tal avaliação só pode ser levada em consideração nos países do capitalismo central. Nos países periféricos, a contradição entre uma classe proletarizada, que luta pela distribuição de renda, bens e serviços em oposição a uma chamada “classe dominante” é marcante.

Explicando a origem dos movimentos sociais no Brasil, país capitalista periférico, A.C. Wolkmer divide os fatores determinantes com base em dois critérios: os de “natureza estrutural”, “diretamente vinculados às

contradições, imposições, e rearranjos do sistema de produção capitalista como um todo, seja no nível de dominação das formações societárias avançadas, seja na esfera da inserção de organizações políticas periféricas”; e os de “natureza conjuntural”, que realça “a particularidade das crises geradas pelo próprio desenvolvimento interno das nossas estruturas sócio-econômicas dependentes e pelas necessidades cíclicas compartilhadas e sempre crescentes da população em torno da melhoria das condições de vida”.<sup>126</sup>

Aliás, a melhoria das condições materiais de vida é o principal motivo de articulação dos movimentos sociais em paragens brasileiras. Se, na Europa, os chamados Novos Movimentos Sociais integravam, no dizer de Claus Offe, necessidades como “um espaço físico e um núcleo de atividades vitais, como o corpo, a saúde e a identidade sexual, bem como o direito à cidade e à boa vizinhança; a herança e a identidade cultural, étnica, nacional e lingüística; as condições físicas de vida e a sobrevivência da humanidade em geral”<sup>127</sup>, ou seja, reuniam necessidade “materiais”, “existenciais” e “culturais”, é forçoso admitir que, como quer Wolkmer, nos países periféricos, as necessidades materiais ainda não satisfeitas superam, em importância, as outras tantas necessidades humanas.

Se, nos países do “Norte”, as necessidades materiais estão plenamente satisfeitas (ou quase plenamente satisfeitas), avaliar da mesma maneira os países do “Sul”, especialmente o Brasil, soa até mesmo grotesco, quando verificamos que cerca de 2/3 (dois terços) da população nacional encontra-se em estado de miséria. “Por conseqüência, nada mais imperioso do que reconhecer a prioridade das necessidades ‘materiais’ (qualidade de vida) sobre as necessidades ‘culturais’, nas pretensões dos movimentos sociais das sociedades periféricas latino-americanas, marcadas pela dominação política

---

<sup>126</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 113-114.

<sup>127</sup> OFFE, Claus. *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid: Editorial Sistema, 1988, p. 177 *apud* WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 114.

autoritária, pela exploração econômica e pela exclusão social da maior parte da população”.<sup>128</sup>

As diferenças das características encontradas nos movimentos sociais da América Latina e dos surgidos nos países do capitalismo central, embora importantes, não podem ser interpretados como uma impossibilidade de análise conjunta. Muito pelo contrário, o entendimento de que o sistema capitalista tem alcance mundial e a própria divisão do sistema-mundo em países centrais e periféricos, do “Norte” e do “Sul”, entre tantas outras, sugerem uma análise “estrutural”, de ligação, entre as crises que envolveram tanto os países ricos quanto os pobres. Entretanto, pelas naturais limitações deste trabalho, priorizar-se-á o surgimento, identidade e fundamentos dos movimentos sociais surgidos no Brasil (que se assemelha aos ocorridos em toda a América Latina), sem descuidar das eventuais referências aos motivos europeus e norte-americanos.

Os chamados Novos Movimentos Sociais, no Brasil, surgiram a partir das décadas de 50 e 60, quando o envolvimento social começa a ser estimulado após um longo período do Governo Vargas (1930-1945) e pelas mudanças estruturais surgidas com a Segunda Grande Guerra. Os movimentos integram as lutas populares no campo e nas cidades. A mesma ineficiência e esgotamento dos meios tradicionais de expressão popular do sistema representativo, combatido nos países centrais, são ainda mais agravadas pelas condições econômicas aqui encontradas, é o combustível para o acirramento das lutas populares.

Surgem, neste contexto, as Ligas Camponesas<sup>129</sup> e a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG, Associações de Bairros,

---

<sup>128</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 115.

<sup>129</sup> As Ligas Camponesas foram organizações de pequenos proprietários, arrendatários e meeiros que lutavam contra o aumento dos preços dos arrendamentos e da expulsão dos camponeses da terra.

o Movimento de Educação de Base – MEB, e a Igreja, através da Ação Católica volta sua atenção para as classes mais populares. No pleno desenvolvimento dos movimentos sociais brasileiros, mergulhamos em mais uma ditadura, desta vez a dos militares, com o golpe de 1º. de abril de 1964, que entrou para os livros de história como 31 de março de 1964. Neste contexto, os movimentos sociais foram violentamente reprimidos, com grande parte de intelectuais e ativistas políticos progressistas sendo obrigados a sair do país em busca de exílio político. O desenvolvimento dos movimentos sociais não foi paralisado com a ditadura militar, embora tenha sido consideravelmente enfraquecido pela impossibilidade de utilizar os muitas vezes criticados, mas tão importantes mecanismos da democracia representativa (tais como a liberdade de imprensa, a possibilidade de votar, o direito à livre associação, o pluripartidarismo etc.), o que era vedado pelo regime militar.

Já na década de 70, os movimentos ganham no impulso com o início do processo de reabertura democrática. O principal símbolo deste recomeço é o “novo sindicalismo” que surge com destaque para a Região do ABC, em São Paulo (Região de grande desenvolvimento econômico e industrial que concentra grande parte das indústrias automobilísticas brasileiras das décadas de , já nas décadas de 50 e 60, atingindo um nível de renda e industrialização diferenciados em relação ao resto do país, é formado pelas cidades de Santo André, São Bernardo do Campo e São Caetano do Sul), representados principalmente por um metalúrgico, de origem nordestina, e que viria a comandar o maior partido de esquerda do Brasil e a ter o “atrevimento” de concorrer ao cargo de Presidente da República: Luís Inácio da Silva, o Lula, na época presidente do Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema.

---

Surgiram em Pernambuco, já no final de 1955. Lideradas por Francisco Julião (advogado e membro do Partido Socialista Brasileiro – PSB), reuniu milhares de trabalhadores rurais e enfrentou a repressão policial e a reação dos usineiros e latifundiários. Após o golpe de 1964, Julião e os principais líderes das Ligas são presos e o movimento se enfraquece.

Além do surgimento do chamado “novo sindicalismo”, vários outros movimentos importantes também se desenvolveram neste clima de redemocratização. A Igreja, principalmente através das Comunidades Eclesiais de Base – CEB’s e as Pastorais da Terra, desenvolve um importante trabalho de educação e conscientização em diversos setores populares. Os movimentos que buscam por necessidades “imateriais” também mostram sua força, com o aparecimento do Movimento das Mulheres, assim como os ecológicos e o Movimento Negro (em 1978 surge o Movimento Negro Unificado).

Enfim, no final da década de 70, por uma série de fatores econômicos, sociais, políticos e culturais, a abertura democrática no Estado brasileiro começa a ser implementada. Neste contexto surge o Partido dos Trabalhadores – PT, fundado em 1979, e que se transformou numa referência para os setores progressistas em toda a América Latina. Além do PT, surgem ainda a Central Única dos Trabalhadores – CUT e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, o hoje tão conhecido MST<sup>130</sup>. O processo de “reabertura democrática” possibilitou também a volta de diversos exilados (intelectuais, artistas, políticos), o que fortaleceu ainda mais este processo.

Os Novos Movimentos Sociais desenvolveram uma identidade e autonomia que os diferencia de outros movimentos de caráter contestatório. É importante anotar que os NMS’s se inseriram no movimento político nacional como “sujeitos coletivos”, o que por si só já cria uma nova categoria nas relações sociais, políticas e também jurídicas existentes no Brasil. O reconhecimento de que eram sujeitos de direitos e, portanto, influenciavam com suas ações a história das relações sociais no Brasil, foi fundamental. A grande força destes movimentos foi implementar uma luta articulada, reconhecendo as formas

---

<sup>130</sup> O movimento, ou movimentos, dos trabalhadores rurais sem-terra começa a ser organizado no sul do país, já no final da década de 70. Com o processo de modernização da agricultura, o já grave êxodo rural torna-se marcante e então, a partir daí, surgem acampamentos de trabalhadores sem-terra como o da “Encruzilhada Natalino”, onde dezenas ou centenas de famílias reivindicam a reforma agrária e uma política agrícola voltada para o pequeno produtor. Embora o Movimento Nacional dos Trabalhadores

históricas de opressão representadas pelo sistema econômico vigente, no caso o capitalismo, além de revelar a insatisfação pelas necessidades não satisfeitas, em todos os âmbitos.

Nesta perspectiva é importante também não esquecer que o mundo estava dividido em dois blocos político-econômicos, o capitalista (liderado pelos Estados Unidos da América) e o socialista (liderado pela antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas). Em ambos os modelos, capitalismo ou o dito “socialismo real”, mesmo que com perspectivas diferentes, a dominação e o autoritarismo estavam presentes, ou seja, o desconhecimento e a não satisfação das inúmeras necessidades humanas coexistiam.

“O fato é que a ‘identidade’ deve ser compreendida como o reconhecimento de subjetividades libertadas e como recuperação de experiências compartilhadas por coletividades políticas, sujeitos coletivos e movimentos sociais. Nesta direção, a noção de ‘identidade’ deve igualmente ser concebida como um processo de ruptura que permite que movimentos sociais tornem-se sujeitos de sua própria história. A luta para afirmar sua identidade implica em contrapor-se a todas as formas de alienação que tendem a transformar o homem de sujeito em objeto”.<sup>131</sup>

Além da identidade estabelecida no processo histórico cotidiano das lutas, implementada pelos Novos Movimentos Sociais, uma outra característica é importante para desvendarmos a vinculação entre estes movimentos e a produção jurídica fora do espaço estatal. Estamos falando da autonomia destes movimentos. Aqui se entende autonomia como a capacidade dos Novos Movimentos Sociais empreenderem ações de forma independente da atuação estatal, muitas vezes inclusive de forma contrária. Assim, no dizer de A.C. Wolkmer, outro “dado a ponderar quando se discute a noção de ‘autonomia’ dos movimentos sociais é que tal processo advém como resposta imediata às

---

rurais Sem-Terra tenha surgido apenas em 1984, já na década de 70 alguns movimentos começavam a surgir (no Paraná, por exemplo, surge o Movimento dos Agricultores Sem-Terra do Oeste do Paraná).

<sup>131</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 117.

imposições restritivas da estrutura política e econômica; mais especificamente, a ‘autonomia’ simboliza a ação autônoma e independente desses atores coletivos quando seus interesses não são satisfeitos ou reconhecidos pelas instâncias oficiais do Estado.”<sup>132</sup>

A autonomia dos NMS’s, entretanto, não significa impossibilidade de articular atividades vinculadas não apenas ao Estado como também com os demais atores sociais, inclusive os institucionais. Muito pelo contrário, a autonomia representa a capacidade de elaborar e reelaborar estratégias que atendam à vontade do próprio grupo social, inclusive o de interagir com os meios institucionais nas atividades que possam colaborar para o desenvolvimento da própria autonomia do movimento.

Uma grande diferença entre os NMS’s e os “antigos movimentos é que, ao contrário dos últimos, os NMS’s não vinculam diretamente suas atividades com a tomada do poder político. Isto permite uma maior interação entre os próprios movimentos sociais e o Estado. A busca pela organização “verticalizada”, característica dos antigos movimentos é substituída pela organização horizontal dos NMS’s. “No esforço de uma constante e crescente politização da vida social, cuja pluralidade de necessidades e exigências concretas conduzem a uma ‘proliferação de espaços políticos’, os intentos estratégicos não são mais pela tomada ou destruição do poder estabelecido (Estado), mas pela efetivação de pequenas transformações e de microrrevoluções cotidianas”.<sup>133</sup>

O novo perfil dos movimentos sociais, com caráter reivindicatório e contestatório, além da postura participativa, ajuda a desenvolver e aglutinar uma série de necessidades não satisfeitas com a simples atuação estatal. As práticas

---

<sup>132</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 118.

<sup>133</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 119.

plurais implementadas pelos novos atores sociais têm como consequência imediata a criação de juridicidades também afastadas do jugo estatal. Estes movimentos passam a coordenar interesses diversos, e muitas vezes conflitantes, da vontade estatal. O direito positivado nos códigos e nas leis não atende a uma população que, agora, começa a ter e utilizar canais de expressão que mostram a sua indignação. “A partir de interesses cotidianos concretos e necessidade sociais históricas, internalizadas por sujeitos humanos que têm consciência, percepção, sentimento, desejo e frustrações, emerge uma nova concepção de juridicidade que não se identifica com os direitos estatais consagrados nos códigos e na legislação dogmática.”<sup>134</sup>

Esta consciência formada, ou pelo menos reforçada, nos movimentos sociais, em conjunto com o processo de redemocratização, possibilita a exteriorização dos profundos conflitos existentes entre a ordem jurídica positiva estatal e os “direitos” pretendidos, e agora exigidos, por grandes parcelas da população. Não há outra possibilidade que não a de considerar os movimentos sociais como importantes fontes de direito. Para isso, basta elencarmos algumas reivindicações inseridas no contexto dos NMS's, tais como os direitos das mulheres, dos homossexuais, os direitos ecológicos, dos negros, dos “favelados”, dos índios, entre tantos outros. É importante também notar que tais movimentos influenciaram de maneira direta a elaboração da Constituição Federal de 1988, que incorporou direitos oriundos destas reivindicações.

Nos idos dos anos 90, a grande contribuição para os chamados Novos Movimentos Sociais foi o surgimento das Organizações Não-Governamentais – as ONG's, que apresentando uma estrutura horizontal, participativa e sem fins lucrativos, se inserem como intermediárias entre o Estado, o mercado e a própria sociedade civil, articulando conjuntamente estas instâncias e promovendo o debate em questões fundamentais. Assim como na

---

<sup>134</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 143.

luta pela satisfação das necessidades encampadas pelos movimentos sociais, aqui também é notória a diferenciação entre os objetivos e discursos das ONG's dos países centrais e das ONG's dos países capitalistas periféricos.<sup>135</sup>

Muito embora o quadro sócio-político atual, após passadas as décadas de 70 e 80, indique uma possível retração dos movimentos sociais, pelo menos como surgiram no processo de redemocratização, a questão principal neste trabalho não é analisar as profundas mudanças ocorridas com os movimentos sociais durante este período. A abordagem maior deste trabalho é discorrer sobre a possibilidade, sempre existente, dos movimentos sociais serem considerados fontes de direitos. A sociedade como um todo, os movimentos sociais em particular, não podem ser aliçados do processo de formação do direito. Não apenas como influência para a formação do direito positivo estatal, mas sim como espaço autônomo e democrático de criação de um direito próprio.

O pluralismo jurídico só tem sentido quando se identifica, nas várias formas de organização social, uma possibilidade de formular direitos inseridos num contexto ético que tenha como objetivo a libertação, em todos os sentidos. As práticas jurídicas encontradas nas comunidades e nos demais movimentos sociais devem ser consideradas possíveis, posto que existem e, mais ainda, universalizáveis para uma sociedade periférica como a nossa. As comunidades e os movimentos sociais não devem ser apenas um espaço difusor de música, dança, comidas, roupas, um espaço "criativo", mas também deve difundir práticas jurídicas viáveis e éticas. A aproximação necessária e constante entre as experiências jurídicas pluralistas ocorridas no Brasil e os movimentos sociais ou grupos sociais que as realizaram é objeto de estudo do próximo capítulo.

---

<sup>135</sup> Sobre o assunto consultar: SCHERER-WARREN, Ilse. **Redes de movimentos sociais**. São Paulo: Loyola, 1993.

## CAPÍTULO 3 – O PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL E A PROPOSTA DE ANTÔNIO CARLOS WOLKMER

A teorização do pluralismo não deve ser abordada sem a sua vinculação com a aplicação ocorrida no território brasileiro. Mais ainda que a simples aplicação de conceitos e fundamentos elaborados por diversos pensadores estrangeiros, a realidade latino-americana e, mais especificamente, a brasileira, neste fim/início de milênio, é de grande importância para verificar como e quando as práticas plurais puderam e ainda poderão ser observadas.

Com as já conhecidas limitações do aparelho estatal em nossas terras, o pluralismo jurídico desenvolveu-se de forma particular, muitas vezes por uma necessidade clara de oferecer respostas às lacunas do direito estatal, muitas vezes para flertar com uma ilegalidade que interessava a certos grupos e, muitas outras vezes, como forma de luta e de emancipação junto a um Estado inoperante e corrupto. As diversas faces de um direito plural no Brasil, inclusive sua formulação teórica, a contribuição de diversos autores brasileiros e a proposta de Antônio Carlos Wolkmer, um dos maiores estudiosos do assunto em nosso país, serão o objeto de estudo deste capítulo.

### 3.1. Pluralismo jurídico no Brasil: as “Missões” e os “Quilombos”.

O desenvolvimento das idéias e práticas pluralistas não é exclusividade dos países centrais. Em toda a América Latina (e no Brasil não poderia ser diferente), desde a “invasão”<sup>136</sup>, a partir do final do século XV,

---

<sup>136</sup> A ocupação do território americano pelos colonizadores europeus já é bastante conhecida e debatida. A chamada “descoberta” do “novo mundo” encobre uma visão ideologizada do encontro entre o povo americano e o povo europeu. Primeiro porque a América não foi descoberta, visto que já existia uma civilização instalada há muitos séculos “por estas bandas” e, por isso mesmo, não há qualquer razão para que o continente europeu seja considerado o “Velho Mundo”, em oposição ao “Novo Mundo” representado pelo continente americano. Enrique Dussel ainda utiliza o termo “encobrimento” para descrever o processo de chegada do europeu à América. O “encobrimento” serve exatamente para denunciar a forma violenta e autoritária utilizada neste “encontro”. Cf. DUSSEL, Enrique. 1492. *A descoberta do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis, Vozes, 1993.

encontramos experiências que privilegiavam juridicidades locais (decorrentes da usos e costumes diversos dos oficiais, tanto na época colonial quanto após a “independência”) em detrimento das normas estatais.<sup>137</sup>

O encontro entre os nativos e os europeus (que logo passariam a colonizados e colonizadores) não se deu de forma harmônica. A necessidade dos europeus em encontrar mercadorias que justificassem a exploração do “novo” continente, aliado à dificuldade de comunicação e entendimento, oriunda principalmente da avassaladora diferença cultural, fez com que os interesses divergentes fossem logo manifestados. É de se notar o comentário de Tzvetan Todorov, que indica como novo o fato de que o enriquecimento era um objetivo a ser alcançado de qualquer forma, estando todos os outros fatos e objetivos a ele subordinados. “Essa homogeneização dos valores pelo dinheiro é um fato novo, e anuncia a mentalidade moderna, igualitarista e economicista”.<sup>138</sup>

Os espanhóis e portugueses que por aqui chegaram inicialmente, encontraram uma civilização com estágios diferentes de desenvolvimento. Pequenos povoados, encontrados principalmente nas ilhas caribenhas, América do Norte (com exceção do México) e América do Sul, contrastavam com as grandes cidades Incas, Maias e Astecas (como Tenochtitlan e Cuzco, por exemplo)<sup>139</sup>, localizadas na Mesoamérica e nos Andes. O desenvolvimento tecnológico das grandes cidades americanas pré-colombianas não era menor que o das grandes cidades européias da época. A produção artística, a agricultura, a irrigação, a astronomia, a engenharia de transportes, a matemática, entre outras áreas eram bastante desenvolvidas, muitas vezes mais desenvolvidas que as técnicas encontradas nas grandes cidades européias. Além disso, a cartografia, a

---

<sup>137</sup> O termo mais correto seria “oficial” ao invés de “estatal”, posto que a formação dos Estados latino-americanos iria ocorrer em momento posterior, mais precisamente durante o século XIX.

<sup>138</sup> TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América – a questão do outro**. 3. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 138.

<sup>139</sup> A população da capital asteca, em 1519, girava em torno de 250 a 300 mil habitantes, enquanto que Sevilha, a principal cidade espanhola, na mesma época, tinha cerca de 120 mil habitantes. Os dados referem-se a pesquisas contemporâneas realizadas por W. Borah e S. Cook, citados por BRUIT, Hernan Héctor. **Bartolomé de Las Casas e a simulação dos vencidos**. Campinas: Unicamp/Iluminuras, 1995.

utilização de calendários, o sistema de numeração também eram bastante desenvolvidos<sup>140</sup> e o número de habitantes do “novo” continente era praticamente o mesmo do continente europeu.

Além das técnicas utilizadas nas mais diversas áreas, os nativos apresentavam avanços também no modo de organização política e social. O tipo de organização não era uniforme entre as várias civilizações diferentes. Muito pelo contrário, o desenvolvimento de cada civilização trouxe particularidades que caracterizam cada povo. Mesmo entre as grandes civilizações pré-colombianas (no caso, os Astecas, os Incas e os Maias), as diferenças eram marcantes. Em comum, além da profunda identificação de fenômenos físicos e sociais com o divino, pelo menos duas características marcantes:

“O rei personificava o Estado e sustentava a imagem de grande protetor e guia perante a massa e seu exército. Sem a sua liderança, o exército e o povo ficavam desorientados, pois estavam acostumados a obedecê-lo. (...) Outra característica comum a estas sociedades pré-colombianas é que, apesar de os poderes do rei não estarem legalmente limitados, as elites detinham poderes, e portanto limitavam o exercício e as decisões políticas do rei.”<sup>141</sup>

No Brasil, as “civilizações” estavam num estágio de desenvolvimento anterior ao encontrado nas grandes civilizações americanas. Os nativos brasileiros ainda estavam iniciando a utilização de técnicas agrícolas, bem como domesticando diversas plantas e animais. Enfim, seguiam um ritmo de desenvolvimento próprio, que foi violentamente alterado pela invasão dos portugueses.

---

<sup>140</sup> Na civilização Maia (cuja importância alguns autores comparam à civilização Grega para a Europa, devido a sofisticação de sua cultura), por exemplo, encontramos o sistema de numeração vigesimal, “amplamente admirado por seu alto desenvolvimento”. O número zero já era conhecido e “representado por uma concha”, já criavam animais domésticos e praticavam a apicultura, construíram terraços para atenuar a erosão do solo, aproveitavam os solos pantanosos através de canais etc. Cf. BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. As sociedades pré-colombianas: dimensão cultural, econômica, político-social e jurídica. In WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 13-54.

<sup>141</sup> WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 34.

O principal grupo populacional encontrado no Brasil era o do tronco tupi, com cerca de um milhão de pessoas, o que era praticamente a população encontrada em Portugal, no início do século XVI.<sup>142</sup> Os nativos brasileiros cultivavam mandioca, milho, feijão, algodão etc. em grandes roçados que abriam na mata. Ainda assim, os nativos brasileiros não constituíram nenhum centro “urbano”. Os maiores aglomerados chegavam a três mil pessoas, todas compelidas à produção de alimentos.

“Na escala de evolução cultural, os povos Tupi davam os primeiros passos da revolução agrícola, superando assim a condição paleolítica, tal como ocorrera pela primeira vez, há 10 mil anos, com os povos do velho mundo. É de assinalar que eles o faziam por um caminho próprio, juntamente com outros povos da floresta tropical que haviam domesticado diversas plantas, retirando-as da condição selvagem para a de mantimento de seus roçados. Entre elas, a mandioca, o que constituiu uma façanha extraordinária, porque se tratava de uma planta venenosa a qual eles deviam, não apenas cultivar, mas também tratar adequadamente para extrair-lhe o ácido cianídrico, tornando-a comestível. É uma planta preciosíssima porque não precisa ser colhida e estocada, mantendo-se viva na terra por meses.”<sup>143</sup>

A existência de uma estrutura organizacional social e política anterior à invasão européia, não deixa dúvidas que, sob diferentes formas, já existiam também normas jurídicas na América pré-colombiana. O encontro entre estágios de desenvolvimento e culturas tão diferentes resultou na formação de experiências jurídicas também heterogêneas. O choque entre um direito europeu ainda em formação (basta para isso lembrarmos que a invasão européia ocorreu no final do século XV antes, portanto, da centralização dada ao direito pela

---

<sup>142</sup> “Os grupos indígenas encontrados no litoral pelo português eram principalmente tribos de tronco tupi que, havendo se instalado uns séculos antes, ainda estavam desalojando antigos ocupantes oriundos de outras matrizes culturais. Somavam, talvez, um milhão de índios, divididos em dezenas de grupos tribais, cada um deles compreendendo um conglomerado de várias aldeias de trezentos a dois mil habitantes (Fernandes, 1949). Não era pouca gente, porque Portugal àquela época teria a mesma população ou pouco mais.” RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31.

<sup>143</sup> RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31.

Modernidade, que ainda não estava totalmente configurada<sup>144</sup>), influenciado fortemente pelo Direito Romano, e a sociedade nativa resultou, desde o início, em práticas sociais comunitárias que extrapolavam o direito português. Muito embora as culturas “nativa” e “africana” tenham influenciado de forma decisiva a formação cultural brasileira, o direito português foi introduzido no território brasileiro de forma hegemônica, quase que exclusiva. A condição imposta pela estruturação social do nosso país explica, em parte, tal fato, bem como a organização social dos índios e negros, baseadas principalmente em costumes que não foram “priorizados” pelos conquistadores.

O direito português, na época da ocupação, era regido principalmente pelas Ordenações Reais<sup>145</sup>, que eram compilações de leis e costumes e compreenderam as Ordenações Alfonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as ordenações Filipinas (1603), que foram aplicadas integralmente no território brasileiro. Como era de se esperar, entretanto, as Ordenações Reais não se adequavam à estrutura da nova colônia, o que dificultava sobremaneira a atividade dos administradores portugueses. Tal inadequação tornou praticamente obrigatória a promulgação de Leis Extravagantes, “que tratavam principalmente sobre matéria comercial.”<sup>146</sup>

Ainda explicando o direito praticado no Brasil Colônia, André Franco Montoro, apoiando-se em análises de Martins Júnior e Machado Neto, aponta para a existência de quatro fases diferentes. A primeira fase seria a das *capitanias hereditárias*, que contribuíram apenas para a formação de senhores de

---

<sup>144</sup> No decorrer de sua obra, Dussel configura a Modernidade exatamente como a incorporação dos territórios africanos e americanos colonizados pelos países da Europa Ocidental. Neste caso, o termo “modernidade” representaria uma fase histórica onde a Europa Ocidental seria hegemônica, centro do sistema-mundo formado também pelas periferias africanas, americanas e até mesmo asiáticas.

<sup>145</sup> “No período nacional, a partir da vitória de Alfonso Henriques, na Batalha de Ourique, em 1139, Portugal inicia sua vida independente e, conseqüentemente, a elaboração de seu próprio direito. Após a fase de leis esparsas e extravagantes, dispoendo sobre matérias de direito público e privado, viram-se os reis de Portugal obrigados a sistematizar e compilar as disposições vigentes, através das famosas Ordenações, conhecidas no Brasil como ‘Ordenações do Reino’: (...), que, em parte, vigoraram no Brasil até a vigência do atual Código Civil.” Cf. MONTORO, André Franco. op. cit. p.566-567.

<sup>146</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 48.

terra poderosos e despóticos e durou apenas 14 anos; a segunda fase estaria identificada com o aparecimento dos Governadores-Gerais, uma tentativa de centralização do poder dado anteriormente aos donatários e que estava em sintonia com a nova fase política (centralizadora, unitária e absolutista) vivida na Europa; a terceira fase é iniciada com a organização do Tribunal ou ‘Conselho das Índias’, em 1604, cujas atividades teriam “larga influência na vida jurídica e administrativa das colônias portuguesas”; e a última fase é representada pelo Brasil-Corte (1808) e pelo Brasil-Reino (1815).<sup>147</sup>

Apesar das diferenças pontuais existentes em cada uma das fase citadas, a caracterização do direito aplicado no Brasil durante a época colonial pode ser considerada homogênea, no que diz respeito aos objetivos estabelecidos pela Metrópole. Em todas as fases, o direito aplicado no Brasil tinha como objetivo único o desenvolvimento de Portugal e não o desenvolvimento de sua colônia. Mesmo as “melhorias” implementadas pela Metrópole (como as sentidas com a vinda da família real para o Brasil) faziam parte de um processo que só beneficiaria Portugal. Aliás, sobre as “melhorias” que surgem com a família real, é interessante destacar um trecho das palavras do próprio D. João VI, em carta a seus compatriotas: “Foi necessário procurar elevar a prosperidade daquelas partes do império livres de opressão a fim de achar não só os meios de satisfazer aquela parte dos meus vassallos, onde vim estabelecer-me, mas ainda para que eles pudessem concorrer às despesas necessárias para sustentar o lustre esplendor do trono, e para segurar a sua defesa contra a invasão de um poderoso inimigo”.<sup>148</sup>

“Não resta dúvida de que o principal escopo dessa legislação era beneficiar e favorecer a Metrópole. A experiência político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetiria constantemente na história do Brasil: a dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população. O governo português ultramar evidenciava pouca atenção na aplicação da legislação no interior do vasto espaço territorial, pois seu interesse maior era criar regras para

---

<sup>147</sup> Cf. MONTORO, André Franco. op. cit. p. 566-570.

<sup>148</sup> Manifesto de 7 de março de 1810, dirigido por D. João VI ao povo de Portugal *apud* MONTORO, André Franco. op. cit. p. 570.

assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, bem como estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças diretas à sua dominação”.<sup>149</sup>

Com a ocupação do território brasileiro pelos portugueses e a adoção do direito lusitano, começa também a história de um direito praticado paralelamente ao direito oficial. As inúmeras formas de organização social existentes no Brasil antes da ocupação portuguesa não desapareceram por completo. Muito pelo contrário, os usos e costumes não apenas dos nativos como também dos inúmeros povos que contribuíram para a conformação da sociedade brasileira, entre eles e de maneira especial os negros trazidos da África, formaram um espectro social ricamente diversificado e que, por diversas vezes, foi regido por normas diferentes das ditadas pelos colonizadores.

Nos séculos XVII e XVIII, temos exemplos de como as práticas jurídicas alternativas estiverem presentes no cotidiano brasileiro, mesmo que seja naquele cotidiano que a historiografia tradicional teima em esquecer. As “Missões Jesuíticas” e os “Quilombos” foram experiências que marcaram profundamente a história brasileira e que, de alguma forma, ousaram praticar um direito diverso do direito lusitano oficial.

As Missões foram experiências que ocorreram no cone sul da América do Sul, impulsionada por religiosos da Companhia de Jesus, que foi criada no século XVI, e representava um novo comportamento do cristianismo (principalmente numa época em que a Europa experimentava a Reforma protestante), que se via ameaçado pelo avanço da Reforma. Na Europa, a tarefa da Cia. De Jesus era atrair para o cristianismo antigos adeptos, nas Américas, a principal tarefa era exatamente conquistar novos adeptos. “O que passou na América foi, pois, mero reflexo da situação enfrentada primeiramente na Europa. Só que a Contra-Reforma na sua versão americana era qualificada pela particularidade de seu público alvo: a conversão de pagãos era efetivamente mais

---

<sup>149</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 49.

fácil que a conversão de hereges, já que os primeiros pecavam pelo desconhecimento da palavra de Deus, diferentemente dos últimos, que a tinham negado.”<sup>150</sup>

As Missões foram marcantes como experiências jurídicas plurais porque, muito embora pertencessem ao sistema colonial espanhol, mesclaram concepções já concebidas com os usos e costumes indígenas, criando, desta forma, instituições não conhecidas do discurso oficial. Talvez a mais festejada delas seja a “propriedade coletiva”<sup>151</sup> em oposição ao instituto vigente à época na Europa, no caso a “propriedade privada”. A propriedade era de uso comum dos índios que distribuíam igualmente os frutos produzidos pelo trabalho coletivo. Além disso, a solidariedade<sup>152</sup> era um dos pilares dos sistemas das Missões e não a concorrência, que estava cada vez mais acirrada no mundo europeu, principalmente com a Revolução Industrial e a acumulação característica do capitalismo.

As Missões oportunizaram uma convivência pacífica entre os “catequizadores” e os índios da região. Não havia trabalho escravo, prisões ou penas desumanas, o que resultou num “extraordinário desenvolvimento em termos de bem-estar material, padrão moral e qualidade de vida, impedindo a exploração, a escravidão e o extermínio das populações indígenas”.<sup>153</sup> Enquanto

---

<sup>150</sup> VIEIRA, Otávio Dutra. Colonização portuguesa, catequese jesuítica e Direito Indígena. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 157.

<sup>151</sup> A propriedade coletiva, para Ruy Ruben Ruschel, foi decorrência natural do próprio sistema jurídico espanhol. “Não há necessidade de procurar racionalizações exóticas. Não é o caso de buscar ‘utopias’ (bastante freqüentes, aliás, naquele tempo) como fundamento da propriedade coletiva aqui estabelecida pelos jesuítas. Tratou-se de direito lididamente natural, legitimado pela ordem jurídica positiva castelhana”. Cf. RUSCHEL, Ruy Ruben. Sistema jurídico dos povos missionários. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 183-197.

<sup>152</sup> “Quanto à solidariedade, existia no sistema europeu? Não. A concorrência era o fundamento de toda a atividade e de todo convívio social”. RUSCHEL, Ruy Ruben. Sistema jurídico dos povos missionários. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 195.

<sup>153</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralidade Jurídica na América Luso-Hispânica. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 85.

estiveram isolados, ou sem interferência direta das Metrôpoles (Portugal e Espanha) as Missões prosperaram e se expandiram. Com a redefinição de fronteiras, representada pelo *Tratado de Madrid* entre Portugal e Espanha (em 1750) e a expulsão dos jesuítas da Igreja (em 1767), uma crise foi instalada nas Missões, que culminou com sua desintegração.

As experiências que opuseram direito oficial e “paralelo” não se resumem às Missões Jesuíticas. Uma outra experiência marcante foi a dos “Quilombos”. Os Quilombos (“habitação ou moradia em língua nativa”) eram comunidades organizadas pelos negros que, freqüentemente, fugiam das fazendas onde eram mantidos como escravos. Os habitantes eram denominados “quilombolas”, e a organização política e social remontava às civilizações originais dos habitantes, diferentes, portanto, do projeto colonial português. Os aspectos jurídicos representavam a forma de organização dessas comunidades onde até a língua, muitas vezes, era a das tribos africanas de onde os habitantes haviam sido capturados.

A escravidão foi um dos pilares da colonização portuguesa no Brasil. As grandes propriedades, as monoculturas (principalmente a cana-de-açúcar) e a mineração, como de resto o próprio sistema colonial, foram sustentados com o trabalho escravo, tanto dos negros quanto dos índios, mas muito especialmente dos primeiros. Os negros chegaram ao Brasil no início da colonização e permaneceram oficialmente como escravos até o ano de 1888, portanto, quase quatro séculos de escravidão marcam a história deste povo, nossa história, no Brasil.<sup>154</sup>

---

<sup>154</sup> “Os negros no Brasil foram trazidos principalmente da costa ocidental africana. Arthur Ramos (1940, 1942, 1946), prosseguindo os estudos de Nina Rodrigues (1939, 1945), distingue, quanto aos tipos culturais, três grandes grupos. O primeiro, das culturas sudanesas, é representado, principalmente, pelos grupos Yoruba – chamados *nagô* –, pelos Dahomey – designados geralmente como *gegê* – e pelos Fanti-Ashanti – conhecidos como *minas* –, além de muitos representantes de grupos menores da Gâmbia, Serra Leoa, Costa da Malagueta e Costa do Marfim. O segundo grupo trouxe ao Brasil culturas africanas islamizadas, principalmente os Peuhl, os Mandinga e os Haussa, do norte da Nigéria, identificados na Bahia como negros *malé* e no Rio de Janeiro como negros *alufá*. O terceiro grupo cultural africano era integrado por tribos Bantu, do grupo congo-angolês, provenientes da área hoje compreendida pela Angola

O ingresso dos negros no Brasil, como de resto em todo o “Novo Mundo”, pode ser explicado por algumas características que os distinguiam dos trabalhadores escravos indígenas. A chegada dos negros diminuiu, paulatinamente, a importância do contingente de índios escravos. Esta “substituição” pode ser explicada por vários motivos econômicos e políticos, mas não pela versão de que os índios eram preguiçosos e os africanos mais produtivos.

Embora razões culturais possam ser abordadas, tal “substituição” se deu tanto pela pressão exercida pelos jesuítas para continuarem a “catequização” indígena (o que só era possível com os índios livres) quanto pelo importante fato de que o comércio de escravos tornou-se uma atividade extremamente lucrativa para a época. Os negros eram trocados, na África, por bugingangas, tabaco, aguardente e trocados no Brasil por matérias-primas que eram vendidas a preços altíssimos na Europa, o que proporcionava lucros fantásticos aos exploradores desta atividade. Além do que a extensão de terra no Brasil exigia o trabalho braçal de uma quantidade considerável de pessoas, o que justificaria, ainda mais, o ingresso de novos povos na América.

O regime escravista no Brasil foi responsável por atrocidades incomparáveis. Os africanos foram mantidos separados dos componentes de suas tribos, o que fazia com que vivessem em cativeiros com antigos inimigos e pessoas com hábitos e línguas diferentes. Eram capturados ainda na adolescência, na África. Os negros também eram mantidos sob forte vigilância e recebiam muitos castigos. O escravo trabalhava cerca de dezoito horas por dia, todos os dias da semana e era mantido “vivo” apenas para manter sua força de trabalho para o dia seguinte. A sua “vida” em cativeiro durava em torno de sete a dez

---

e a ‘Contra-Costa’, que corresponde ao atual território de Moçambique”. RIBEIRO, Darcy. op. cit., pp. 113-114.

anos, quando morriam por completa estafa. Os castigos eram cruéis. Chibatadas e mutilações de toda ordem eram comuns. A rotina era insuportável.

“Esta era sofrer todo o dia o castigo diário das chicotadas soltas, para trabalhar atento e tenso. Semanalmente vinha um castigo preventivo, pedagógico, para não pensar em fuga, e, quando chamava atenção, recaía sobre ele um castigo exemplar, na forma de mutilações de dedos, do furo de seios, de queimaduras com tição, de ter todos os dentes quebrados criteriosamente, ou dos açoites no pelourinho, (...). Se fugia e era apanhado, podia ser marcado com ferro em brasa, tendo um tendão cortado, viver peado com uma bola de ferro, ser queimado vivo, em dias de agonia, na boca da fornalha ou, de uma vez só, jogado nela para arder como um graveto oleoso”.<sup>155</sup>

Diante de um quadro tão desumano quanto perturbador, duas saídas eram desejadas pelos escravos, e não foram poucos os que tentaram. A primeira delas era a fuga que, quando fracassada, trazia ainda mais dor para o fugitivo. A outra saída, também freqüente, era o suicídio. De uma forma ou de outra, estariam livres. As fugas, apesar da vigilância, acabaram propiciando a formação de comunidades “livres” formadas por negros. Os Quilombos foram as experiências mais sofisticadas destes “esconderijos”, visto que a comunidade se desenvolvia longe dos olhos dos “brancos proprietários”. Inicialmente as comunidades foram facilmente encontradas, pois localizavam-se em área próximas aos locais de fuga, o que facilitava o trabalho dos capitães-do-mato, responsáveis pela busca de negros foragidos.

Com o passar do tempo, as comunidades passaram a ser construídas em locais de difícil acesso e, principalmente, no interior, longe, portanto, dos engenhos de açúcar de onde fugiam. A mais importante comunidade negra do Brasil foi o “Quilombo dos Palmares”, localizado na área que hoje corresponde ao interior dos estados de Alagoas e Pernambuco. Palmares (que teve esse nome devido provavelmente às palmeiras existentes na região) chegou a ter de 30 a 35

---

<sup>155</sup> RIBEIRO, Darcy. op. cit., p. 120.

mil habitantes (cerca de 1/6 da população brasileira da época) e ocupou uma área de cerca de 27.000 km<sup>2</sup> (1/3 da área total de Portugal. Os números são espantosos, mas basta lembrar que cerca de 40% dos negros comercializados e trazidos para a América vieram para o Brasil, o que significa dizer que mais de 4 milhões de negros chegaram ao Brasil entre os séculos XVI e XIX.<sup>156</sup>

O Quilombo dos Palmares também representou uma experiência social, política e jurídica de combate ao sistema colonial português. Desde a língua (o banto) até a organização social (onde as mulheres exerciam as funções de chefes de família), passando pela utilização social da propriedade, pelo trabalho livre (cerca de 6 horas diárias) e pela distribuição comunitária da produção excedente. Palmares efetivamente praticava um “outro direito” dentro do território brasileiro. As autoridades não eram os Governadores-Gerais e as leis, obviamente, não eram as Ordenações Reais. O direito plural encarnado por Palmares foi uma das grandes experiências históricas brasileiras.

“O pluralismo de Palmares baseia-se na ação popular, de todos os excluídos da sociedade colonial; tem como objetivo a auto-subsistência da comunidade; é descentralizado, sem poder normativo central; preocupa-se com o respeito, por parte da maioria, ao outro (*alter*), aos outros grupos e etnias que compõem o conjunto da sociedade palmarina, bem como subsiste a lógica por um procedimento realmente calcado na busca constante e incansável pela liberdade.”<sup>157</sup>

As manifestações de um direito plural no Brasil colônia, em especial as Missões e os Quilombos, não foram as únicas experiências durante toda a história brasileira. Para verificarmos isso, basta analisarmos a formação do Estado brasileiro independente e soberano e a convivência entre os vários direitos existentes em nossa sociedade, inclusive nos dias atuais.

---

<sup>156</sup> Cf. CERQUEIRA, Daniel Torres de. A escravatura negra no Brasil colônia e o pluralismo jurídico no Quilombo dos Palmares. In WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 199-218.

### 3.2. Pluralismo jurídico no Brasil: As “Favelas”.

O Brasil torna-se um Estado independente, oficialmente, em 1822. Antes, desde o início do século XIX (mais precisamente a partir de 1808), com a chegada da família real portuguesa (em fuga da Metrópole devido à expansão napoleônica), o país começou a passar por importantes mudanças. O Estado brasileiro foi constituído através de uma Monarquia (cujo líder é D. Pedro, filho de D. João VI, rei de Portugal) que se organizou em conjunto com as elites proprietárias nacionais e herdou, de Portugal, uma estrutura patrimonialista, burocrática e autoritária, sendo certo que o Estado tinha como principal objetivo não o bem estar da maioria da população e sim a defesa dos interesses dos grandes proprietários e das elites dirigentes.

“D. Pedro, ao passar de regente a Defensor Perpétuo do Brasil (13 de maio de 1822), trata de reorganizar as bases do Estado, com o auxílio do gabinete José Bonifácio (janeiro de 1822 a julho de 1823). O encontro da nação com o príncipe importou, desde logo, na continuidade da burocracia de D. João, a burocracia transplantada e fiel ao molde do *Almanaque de Lisboa*, atrelado ao cortejo do futuro imperador. Sobre ela, nacionalizada nos propósitos, mas não nos sentimentos, irá repousar a estrutura política do país”.<sup>158</sup>

A própria independência brasileira foi fortemente influenciada por interesses internacionais (ingleses mais precisamente) que, desde o descobrimento, vêm pautando questões essenciais da vida brasileira. A independência e a soberania, portanto, sempre estiveram em xeque. A estrutura do Estado brasileiro, mesmo com a independência e as posteriores transformações, tais como a proclamação da República, as “Revoluções”, os Golpes militares, as Constituições (outorgadas e promulgadas), não perdeu a

---

<sup>157</sup> CERQUEIRA, Daniel Torres de. A escravatura negra no Brasil colônia e o pluralismo jurídico no Quilombo dos Palmares. In WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 215.

vinculação aos interesses da elite, velhos ou novos. Se hoje não temos mais os senhores de escravos, continuamos a ter os grandes proprietários rurais e os donos do capital que, de uma maneira não muito disfarçada, continuam tendo o Estado como um espaço privilegiado para manutenção de uma situação caótica e desesperadora para a maioria da população, mas que, de uma forma ou de outra, continua dando lucros fantásticos.

Desta forma, o Estado brasileiro tem uma tradição intervencionista<sup>159</sup> que o acompanha desde a sua formação. O intervencionismo está presente na atuação destacada do Estado no fomento do “desenvolvimento” econômico brasileiro, ou melhor, no desenvolvimento do capitalismo brasileiro em suas várias fases. O Estado brasileiro, ao mesmo tempo em que articula o desenvolvimento de um sistema econômico no Brasil, restringe o espaço de participação política e social ao próprio Estado.

Em outras palavras, o Estado torna-se o grande espaço de discussão política, não restando muitos espaços sociais autônomos, onde o desenvolvimento da sociedade pudesse ser realizado sem a interferência estatal. Isto produziu uma sociedade dependente e desarticulada, acostumada a interferir apenas no espaço social criado e garantido pelo Estado. Mais ainda, as iniciativas sociais que não operam dentro desta estrutura não são conhecidas (muitas vezes são mesmo combatidas) pelo Estado. Os exemplos são vários (entre eles as Missões e Quilombos já abordados) durante toda a história do nosso país. Se, enquanto Colônia houve inúmeras manifestações movidas pela indignação e profunda desigualdade (em todos os níveis), nos tempos atuais a situação não mudou completamente de figura. A sociedade brasileira, hoje, tenta superar esta

---

<sup>158</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000, p. 315.

<sup>159</sup> “Ainda que se possa admitir a dificuldade de caracterizar um único tipo de Estado no Brasil, pois este tem assumido diversas roupagens, ou seja, *Estado Patrimonial-burocrático* (Colônia), *Estado Oligárquico* (Império e Velha República), *Estado Corporativista* (Estado Novo, de 1937), *Estado Populista* (anos 40 e 50) e *Estado Tenocrático* (Pós-revolução de 64), há que se tentar genericamente desenhar alguns de seus traços. Parece que a moldura mais adequada é a do *Estado Intervencionista*”. WOLKMER, Antônio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 48.

posição de “dependência” em relação às iniciativas estatais, muito embora ainda o faça de maneira tímida.

Um outro grande problema em relação ao Estado brasileiro é que o intervencionismo não se ocupa apenas em fazer do Estado o único espaço de articulação política e social, podendo uma série de iniciativas “marginais” que não se enquadram. O intervencionismo é mais grave porque representa interesses que não estão em sintonia com os da maioria da população. Na verdade a intervenção é estruturada para que o Estado brasileiro continue a serviço de uma elite reacionária, ignorante e responsável por umas das mais chocantes concentrações de renda do mundo. Estes interesses, aliados a desmobilização apresentada pela sociedade brasileira (fruto do centenário processo de acomodação das classes populares levadas) e a profunda corrupção encontrada no Estado brasileiro, forma um cenário muitas vezes desolador, onde o sentimento de impotência invade tantos quantos teimam em discutir e criticar esta estrutura.

“Esta situação da Sociedade desmobilizada, dividida, em constante instabilidade e que às vezes parece petrificada (para não dizer ‘bestificada’), não seria tão problemática se, pelo menos, houvesse um Estado mantido por administradores honestos, competentes e profundamente identificados com os fins da maioria da população. Isso, infelizmente, nunca aconteceu e tampouco está acontecendo, pois nossa tradição vem demonstrando que não só a Sociedade brasileira encontra-se ‘entorpecida’ e não consegue se impor ao gigantismo estatal, como, na prática, o próprio Estado não consegue ter autonomia sobre os grupos governantes que o manipulam, tornando-se o instrumento arbitrário e repressor na defesa das elites dominantes”.<sup>160</sup>

Muito embora a adoção de políticas neoliberais seja um fato e, com isso, o poder de intervenção do Estado na economia estaria decrescendo, não podemos dizer, com convicção, que isto está acontecendo no Brasil. Ao contrário, com o neoliberalismo, as práticas intervencionistas estão mais

---

<sup>160</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 49.

concentradas na consecução dos objetivos não declarados das elites brasileiras e também internacionais, visto que a dependência externa é uma outra característica do desenvolvimento dos Estados latino-americanos e também do brasileiro. O discurso neoliberal que vincula a diminuição da intervenção estatal em troca de “mais liberdade” para os cidadãos é uma farsa. Melhor seria dizer, como Óscar Correias, que o discurso neoliberal evidenciado na expressão “menos Estado e mais sociedade civil” significa, na verdade, menos controle estatal sobre o capital e mais apoio às empresas privadas. As opiniões dos cidadãos, no caso, não são tão importantes.<sup>161</sup>

O papel do Estado brasileiro, ainda intervencionista, embora tenha se adequado aos novos tempos e a um novo discurso, continua sendo o de proteger os interesses das elites que o dirigem. Fatos recentes mostram a face intervencionista do Estado brasileiro, mesmo com o discurso neoliberal. Basta lembrarmos o socorro do Governo Federal aos diversos Bancos que estavam em estado de insolvência (por má administração e muita corrupção) e que tiveram no Estado a “salvação” do seu patrimônio. Isto, às custas de alguns bilhões de dólares (pouco mais de 20 bilhões de dólares) do contribuinte brasileiro. Em outras palavras, as práticas neoliberais no Brasil se resumem à retirada do Estado de áreas sociais essenciais como a saúde, a educação, o transporte, a geração de energia, a comunicação etc. Quando, porém, há um “risco para o sistema” (chavão utilizado pelo Governo para justificar o apoio dado aos Bancos) o Estado está pronto para intervir e garantir a reprodução e acumulação do capital por parte dos “envolvidos”.

As grandes mudanças ocorridas no Brasil do século XX tiveram repercussões em todas as áreas. O direito passa a ser desenvolvido junto com o Estado brasileiro. Mais que isso, o direito tem importância fundamental na formação da burocracia incipiente ainda no século XIX quando, por necessidade

---

<sup>161</sup> Cf. CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

de formação de novos quadros para a administração do “novo” Estado brasileiro (logo após a proclamação da independência), foram criados os primeiros cursos superiores do Brasil, os curso de ciências jurídicas e sociais em Olinda e em São Paulo, no ano de 1827.<sup>162</sup>

A vinculação entre o direito e o Estado não se dá apenas pela formação da burocracia brasileira, muito pelo contrário, o próprio direito desenvolvido nos séculos XIX e XX tem clara identificação com o Estado (monismo jurídico). Mesmo assim, as experiências sociais que, de alguma forma, produziram um direito além do Estado e, muitas vezes, contra o próprio Estado, se reproduziram e também marcaram fortemente o século que acabou e continuam presentes neste que se inicia. As mesmas comunidades que não se sentiam contempladas com a juridicidade ofertada pela lei estatal nos séculos passados estão presentes na conjuntura social, política e jurídica do século XX. As experiências das Missões e dos Quilombos passam a ser reproduzidas, mesmo que de uma forma diferente, nas chamadas “Favelas”<sup>163</sup> do século XX, e que estão presentes em praticamente todas as periferias das grandes cidades brasileiras.

Mais uma vez, e agora de forma ainda mais marcante, o direito estatal não consegue dar respostas eficazes às complexas e novas necessidades surgidas com o desenvolvimento brasileiro. A impossibilidade decorre, em grande parte, da ausência do próprio aparelho estatal em diversas áreas do país,

---

<sup>162</sup> Sobre a formação dos cursos jurídicos no país e a sua influência para a formação da administração brasileira, consultar: WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **A sociologia do direito no Brasil – introdução ao debate atual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993; ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília: Conselho Federal, 1997.

<sup>163</sup> “Os bairros marginais, que em certos períodos têm um ritmo de crescimento mais rápido que o das cidades em que se integram, têm designações específicas nos diferentes países: *favelas*, no Brasil; *callampas* no Chile; *cantegriles* no Uruguai; *barrios proletarios* no México; *barriadas* no Peru; *villas miseria* na Argentina; *ranchos* na Venezuela; *barrios brujas* no Panamá; *bidonvilles* em França; *slums* nos EUA; *gecekondu* na Turquia; *chabolas* em Espanha; *bairros da lata* em Portugal”. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.10.

representadas pelas comunidades<sup>164</sup> localizadas nas periferias das grandes cidades e onde vivem um número expressivo de brasileiros em situação grave, onde as necessidades básicas como água, luz, habitação, saúde, educação, transporte entre tantas outras não são satisfeitas minimamente pelo Estado. Não é de se estranhar que as comunidades tenham desenvolvido um modo de vida baseado em estruturas estranhas ao Estado. Entre as diversas práticas sociais desenvolvidas, está a formação de um direito praticado de forma bem diferente do proposto pelo Estado.

As favelas estão presentes na estrutura social brasileira há mais de um século (a primeira comunidade que deu origem a uma favela foi estabelecida no final do século XIX, no Rio de Janeiro) e estão incorporadas ao cotidiano do brasileiro. Tal fato, entretanto, não se deve a incorporação de serviços básicos pelas “favelas”, e sim, pelo fato de que tais comunidades tornaram-se comuns. No Brasil, não há surpresa nenhuma em verificar que milhões de pessoas vivem (ou sobrevivem) em condições muito precárias. Para o discurso oficial é estranho apenas que tais pessoas não se sintam contempladas com as leis estabelecidas pelo Estado, que é, enfim, a “representação política da sociedade”.

As comunidades periféricas brasileiras foram objeto de estudo de Boaventura de Sousa Santos<sup>165</sup> que, na década de 70, analisou as relações sociais existentes em uma “favela” do Rio de Janeiro, e verificou a presença de discursos jurídicos plurais nas comunidades. Tanto na elaboração normativa, ou seja, na criação de direito inexistente no ordenamento jurídico oficial, quanto nas formas

---

<sup>164</sup> Segundo José Augusto de Souza Rodrigues o termo “localidade” é mais adequado que o termo “comunidade” para designar as formas de organizações sociais encontradas nas periferias das grandes cidades. Pensar as favelas enquanto “comunidade” seria imaginar que estivessem concentradas ali “as esferas de produção, distribuição e consumo, ignorando que a população encontra-se inserida, formal ou informalmente, no mercado de trabalho da sociedade inclusiva.” Haveria, portanto, uma diferença entre as comunidades das Missões e dos Quilombos e as Favelas. Cf. RODRIGUES, José Augusto de Souza, *apud* JUNQUEIRA, Eliane, op. cit., p. 145.

<sup>165</sup> O autor português, no início da década de 70 empreendeu junto a uma “favela” carioca um estudo que buscava comparar (“numa comparação não sistemática, embora minimamente controlada”) a prática jurídica do direito estatal dos países capitalistas e a prática jurídica no interior de um grande bairro marginal, com vistas à elaboração de uma teoria sobre as relações entre o estado capitalista e o direito. Este estudo originou uma tese de doutoramento apresentada na Universidade de Yale (EUA).

de resolução de conflitos, fora do âmbito judicial. Em outras palavras, a existência de outros direitos diversos do direito positivo estatal (como o direito de propriedade) como a resolução dos inúmeros conflitos existentes através da negociação ou simplesmente através da força.

Associando o surgimento e proliferação das favelas a uma reprodução social do operariado, O pesquisador português aponta para uma estrutura formada exatamente na “ilegalidade”, posto que as ocupações, mesmo que antigas, eram ilegais. Ilegais, além do “título de propriedade” eram também as ligações clandestinas de água e luz, além da construção das moradias e da passagem de “ruas” e “servidões”. A luta pela “legalização” ou simplesmente a luta pela permanência no local eram situações comuns a todos os habitantes e que significava, muitas vezes, a união do grupo social para a consecução de um objetivo comum.

“Como acontece em geral nas favelas, esta ocupação é ilegal e, no caso de Pasárgada, iniciou-se no princípio da década de 30 num terreno, situado então nos arredores da cidade, que era na altura propriedade privada, passando mais tarde a propriedade do estado. Igualmente ilegais são as construções (barracas precárias ou mais tarde, casas de tijolo), o que decorre não só da falta de título legal de posse de propriedade do terreno como também da violação das disposições legais (nacionais e municipais) sobre a construção de edifícios nas áreas urbanas. Este estatuto de ilegalidade tem constituído um dos problemas centrais das comunidades residenciais marginais e não surpreende que as suas lutas se tenham orientado, quer para a conquista coletiva da legalização, sempre que as condições sócio-políticas o permitiram, quer para a defesa contra as ameaças à sobrevivência colectiva decorrentes da ilegalidade da ocupação”.<sup>166</sup>

A constatação a existência de uma comunidade alicerçada em padrões considerados ilegais pelo discurso jurídico oficial, faz surgir também a constatação de que os habitantes destes bairros marginais desenvolvem uma

---

<sup>166</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, pp.10-11.

normatização própria, um direito paralelo, muitas vezes contrário ao próprio direito oficial. Nesta situação teríamos a existência de “dois mundos” distintos, com formas de organização bem diferentes no mesmo Estado nacional.

Esta assertiva, entretanto, deve levar em consideração que as comunidades marginais dependem da sociedade organizada fora das favelas. Grande parte dos empregos, além dos serviços (hospitais, escolas etc.) estão localizados no centro, ou nos bairros centrais das cidades. A desigualdade social é tão aguda que cria diversas “sociedades” dentro de uma mesma cidade, sugerindo, cada vez mais, a identificação (e uma conseqüente discriminação) das pessoas pelos bairros ou comunidades onde habitam. Mais ainda, sugerem a identificação de determinados grupos sociais com determinadas juridicidades. A lei da “cidade” é uma, a do “morro” é outra.<sup>167</sup>

“Entre os dois direitos estabelece-se uma relação de pluralismo jurídico extremamente complexa, (...). Muito em geral pode dizer-se que não se trata de uma relação igualitária, já que o direito de Pasárgada é sempre e de múltiplas formas um direito dependente em relação ao direito oficial brasileiro. Recorrendo a uma categoria da economia política, pode dizer-se que se trata de uma troca desigual de juridicidade que reflete e reproduz, a nível sócio-jurídico, as relações de desigualdade entre as classes cujos interesses se espalham num e noutro direito”.<sup>168</sup>

A constatação da existência de discursos jurídicos diferentes, embora não fosse novidade, impulsionou de diversas maneiras o estudo sobre as relações sociais existentes nas comunidades marginais, já na época (década de 70), tão presentes na realidade urbana brasileira. Várias pesquisas foram

---

<sup>167</sup> A expressão usada popularmente separa a “cidade” que seria o espaço físico e social onde prepondera a legalidade oficial, expressa pelas leis positivadas e onde o aparato estatal é reconhecido e o “Morro”, que seria o espaço físico e social onde a legalidade paralela é aceita como válida e onde o aparelho estatal não é reconhecido ou, em algumas situações, até mesmo combatido. A expressão “morro” vem da localização geográfica das primeiras favelas do Rio de Janeiro, que estavam localizadas em diversos morros da cidade, aos quais acabaram dando seu nome: Borel, Salgueiro, Rocinha etc.

<sup>168</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p.42. (Série o direito achado na rua).

implementadas na esteira, e por influência direta, da pesquisa implementada por Boaventura de Sousa Santos.<sup>169</sup>

A década de 80 foi pródiga em estudos sobre a situação sócio-jurídica das comunidades marginais urbanas. Tal fato pode ser explicado pela especial situação política, social e econômica vivida pelo Brasil em meados da década de 70 e durante toda a década de 80, que culminou com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Após o Golpe Militar de 1964, a sociedade brasileira experimentou anos de horror e de uma ditadura cruel e infame, principalmente no que diz respeito ao tolhimento das liberdades individuais e manifestações culturais de maneira geral.

O inconformismo da década de 60 (prontamente combatido pelas medidas ditatoriais implantadas pelo governo militar, inclusive com a assinatura do AI-5<sup>170</sup>) foi, de certa maneira, arrefecendo na mesma medida que a ditadura militar também foi perdendo fôlego. Com o processo de redemocratização em marcha, os estudiosos passaram a questionar a grave situação encontrada nas grandes cidades e, de resto, em todo o Brasil.

Os sindicatos de trabalhadores passaram a ganhar força e visibilidade social. As greves, a legalização e fundação de partidos de esquerda e os Novos Movimentos Sociais contribuíram de maneira decisiva para que a volta da democracia fosse garantida. O “espírito democrático” foi confirmado pelas eleições diretas para prefeitos e governadores, além de vereadores, deputados e senadores, já no início da década de 80, muito embora as primeiras eleições diretas para Presidente da República (pós-64) tivessem ocorrido apenas no final da década de 80 (em 1989, com a eleição de Fernando Collor de Mello). Enfim, era necessário reestudar o Brasil com a sua enorme diversidade cultural e

---

<sup>169</sup> Sobre as pesquisas implementadas no Brasil, consultar: JUNQUEIRA, Eliane. op. cit., pp. 141-180.

<sup>170</sup> O Ato Institucional nº 5, assinado em 13 de dezembro de 1968, derogou uma série de direitos individuais e coletivos. O Congresso Nacional foi fechado e, entre suas medidas, deu poderes ao

também com os seus inúmeros problemas, agravados com as inúmeras e cada vez mais freqüentes crises econômicas.

As pesquisas jurídicas, então, passaram a abordar as populações que viviam fora do parâmetro oficial, ou seja, que não eram contempladas com as benesses do Estado brasileiro, e que eram (e são) cada vez mais numerosos. Acompanhando o aprofundamento das crises econômicas brasileiras, milhões de pessoas deixaram as áreas rurais originalmente habitadas (onde não havia emprego) e buscaram as grandes cidades.

O Brasil, que era um país eminentemente rural, passa a ser um país urbano. Esta urbanização, entretanto, deu-se de modo desordenado. As cidades não tinham, como ainda não têm, capacidade de absorver todo o contingente humano deslocado. As comunidades marginais crescem assustadoramente. Além do êxodo rural realizado entre os municípios de um mesmo Estado-membro<sup>171</sup>, ou seja, das cidades do interior para as capitais, um outro êxodo foi gerado, a saída de milhões de pessoas dos Estados-membros mais pobres da Federação para os Estados-membros mais ricos. As maiores cidades do país (no caso São Paulo e Rio de Janeiro) tornam-se duas das cidades mais populosas do mundo, com todas as dificuldades daí decorrentes: congestionamento, falta de saneamento adequado, falta de habitação, serviços sociais ineficientes, fome, desemprego violência e miséria. Este imenso contingente humano passa a ser descoberto em suas práticas jurídicas a partir, principalmente, das pesquisas realizadas na década de 80.

As pesquisas tinham como ponto de partida a idéia de que havia a coexistência e normas jurídicas estatais e não-estatais, portanto havia um direito

---

Presidente da República de cassar mandatos e acabar com a garantia do habeas-corpus, instaurando o terror na sociedade brasileira.

<sup>171</sup> Diferencia-se com esta nomenclatura o Estado nacional, no caso o Brasil, dos seus Estados-membros, que formam a República Federativa do Brasil, no caso, Ceará, Santa Catarina, São Paulo etc.

plural a ser desvendado. Uma pesquisa realizada pela OAB/RJ<sup>172</sup> trouxe importantes dados para análise. Inicialmente, ao identificar formas jurídicas estatais e não estatais coexistindo no interior daquela localidade, trabalhava-se diretamente com a hipótese do ‘pluralismo jurídico’, ou seja, da coexistência de diferentes juridicidades em um mesmo espaço social”.<sup>173</sup>

Além da constatação da existência de diversos direitos, a análise da comunidade carioca revelou que a grande maioria dos conflitos existentes entre os moradores era relativo aos *conflitos de sociabilidade*, “emergentes das interações da vida cotidiana em função da transgressão por uma das partes das expectativas de comportamento produzidas pela interpretação da outra dos códigos normativos – sociais e não legais – vigentes” (46,3%) e aos *conflitos de territorialidade*, “produzidos pela apropriação do espaço habitacional do Morro” (34,1%). Os *conflitos patrimoniais*, “referentes à apropriação de bens móveis”, representavam apenas 7,3% do total. A desinformação sobre os mecanismos jurídicos oficiais era generalizada (68,3%) e a opção da maioria era pela resolução dos conflitos por vias informais (56%).<sup>174</sup>

Na mesma época da pesquisa realizada no Rio de Janeiro, uma outra pesquisa estava sendo feita na cidade de Recife, Estado de Pernambuco, abordando de forma semelhante os moradores das invasões urbanas. Coordenada por Joaquim Falcão, professor da Universidade Federal de Pernambuco, a pesquisa chegou a resultados semelhantes no que diz respeito a existência de uma ordem normativa não estatal e de novas formas de resolução de conflitos. Em todas as comunidades, o Poder Judiciário e o direito oficial eram promessas distantes.

---

<sup>172</sup> “Inspirada na pesquisa realizada por Boaventura de Sousa Santos no início da década de setenta, em Pasárgada, a investigação da OAB/RJ pretendia, através da construção de uma tipologia sobre os conflitos jurídicos da localidade e as formas de processamento dessa conflitualidade, verificar a existência de uma demanda efetiva pelos serviços legais prestados pelo Estado (...)”. JUNQUEIRA, Eliane. op. cit., p. 145.

<sup>173</sup> JUNQUEIRA, Eliane. op. cit., p. 146.

<sup>174</sup> JUNQUEIRA, Eliane. op. cit., p. 146.

“Estas e outras investigações apontam, portanto, de um lado para um Poder Judiciário incapaz de absorver tanto os conflitos interindividuais, como os conflitos estruturais e, de outro lado, para uma pluralidade jurídica que se traduz pela coexistência de diversas juridicidades na sociedade brasileira e pela utilização de agências estatais não judiciais e societais de resolução de conflitos”.<sup>175</sup>

### **3.3. O pluralismo jurídico comunitário-participativo de Antônio Carlos Wolkmer.**

As práticas sociais que, de alguma forma, sugerem a existência de direitos não reconhecidos pela esfera estatal (ou mesmo direitos que afrontam o enunciado normativo positivo), são variadas e nem sempre fazem parte apenas do cotidiano das comunidades que vivem em condições de vida precárias. O pluralismo jurídico também tem, muitas vezes, o caráter conservador, e a negação ou descumprimento dos enunciados normativos estatais nem sempre buscam a consagração da autonomia de um grupo social marginalizado, como foi exposto até agora.

O pluralismo jurídico já foi observado várias vezes em nossa história, tanto a brasileira quanto a mundial. Aliás, a Idade Média foi pródiga em experiências pluralistas e a “superação” desta “Era”, significava também, a superação do paradigma pluralista por uma centralização da produção normativa no aparelho estatal. Esta passagem significava, ao menos no discurso, a criação de um direito único e que contemplasse a maioria da população, afinal o Estado de direito moderno tinha sido elaborado com esta finalidade. O discurso moderno e seu paradigma jurídico, como já foi visto, não obtiveram tanto sucesso. Nunca a desigualdade entre a situação dos ricos e dos pobres (seja a dos países ricos em relação aos países pobres, seja a dos indivíduos ricos em relação aos pobres) foi tão aguda.<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> JUNQUEIRA, Eliane. op. cit., p. 149.

<sup>176</sup> “Na verdade, a dissociação da humanidade entre a minoria bastada e maioria carente acelerou-se consideravelmente após os ‘30 anos gloriosos’. Em 1960, a quinta parte mais rica da população mundial

O direito oficial, assim como a própria estrutura estatal, têm sido, na maioria dos casos, generoso com as classes mais abastadas e severo com as mais pobres, contribuindo com o aprofundamento das desigualdades sociais. A acumulação capitalista nunca foi, ao mesmo tempo e dependendo do ponto de vista, tão espetacular e assustadora. Era de se esperar, por isso, que as práticas alternativas ao formalismo estatal fossem prerrogativas daquelas parcelas sociais que vivem oprimidas pela atual situação política, econômica, social e, por que não dizer, jurídica. Assim aconteceu com as experiências das Missões, dos Quilombos e também das Favelas, já nas últimas décadas, todas comunidades marginais que sofriam (ou sofrem) com a atuação “preferencial” do direito e do Estado.

Tais conclusões, entretanto, não são assim tão “verdadeiras”. Em primeiro lugar há que se destacar o fato de que não há como imaginar o Estado como um espaço totalmente identificado com os desejos de uma só classe social (no caso a burguesia ou a classe dominante), como o fizeram alguns marxianos ou marxistas ortodoxos.<sup>177</sup> O Estado moderno também é um espaço de lutas sociais freqüentes que, muitas vezes, acabam por beneficiar, em determinado momento histórico as classes oprimidas e “subalternas”. Assim é que temos, durante toda a Modernidade o incremento e surgimento de diversos direitos sociais e individuais. Em outras palavras, imaginar que o direito oficial sirva tão-

---

dispunha de uma renda média 30 vezes superior à dos 20% mais pobres. Em 1997, essa proporção havia mais do que dobrado: 74 a 1. Em apenas quatro anos, de 1994 a 1998, a soma do patrimônio individual das duzentas pessoas mais opulentas do mundo mais do que duplicou, ao passar de 440 bilhões de dólares a mais de um trilhão. A fortuna atual desses duzentos bilionários é atualmente superior à produção nacional acumulada de um conjunto de países que concentram 41% da população mundial. Os técnicos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento calculam que bastaria um imposto anual de 1% sobre o patrimônio desses nababos para custear a educação primária de todas as crianças em idade escolar do planeta”. COMPARATO, Fábio Konder. A humanidade no século XXI: a grande opção. In: *Revista Praga*. nº 09, junho de 2000.

<sup>177</sup> Uma parte considerável de autores que interpretaram ou se inspiraram na obra de Karl Marx (1818-1883) consideram o Estado como um instrumento de opressão. A classe dominante, e que detêm o monopólio do poder estatal, utiliza o Estado para alavancar suas conquistas e como principal guardião de seus interesses mais imediatos, sendo, portanto, contraditório imaginar o Estado como um espaço de discussão democrático. A distinção da nomenclatura entre “marxistas” e “marxianos” é utilizada por alguns autores para dividir os intérpretes da obra do autor do *Capital* e aqueles que se inspiraram em conceitos e categorias idealizadas por Marx para estruturarem sua obra.

somente aos interesses do capital (numa sociedade capitalista como a nossa) é desconhecer toda uma trajetória incessante de lutas históricas dos trabalhadores e o poder de influência destas lutas na formação do direito e, por que não dizer, do próprio Estado.

O Brasil também não ficou imune à influência das classes sociais menos privilegiadas e os avanços recentes de alguns diplomas legais, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995) e a própria Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, atestam tais fatos.

Diante disso, e com maior ênfase quanto maior for o poder de influência dos trabalhadores na formação do Estado moderno, o direito oficial também atende aos anseios das classes trabalhadoras. Isto significa que o direito oficial também pode contrariar interesses das classes mais abastadas.

A fato de que nem só seus interesses estão contemplados pela legislação oficial é um dos motivos para que os representantes do capital vejam o ordenamento jurídico com certa desconfiança. Este, porém, não é o único motivo. Aliado a tudo isto está a enorme dificuldade que o direito oficial tem de adaptar-se aos “novos” acontecimentos, ou seja, enquanto as mudanças sócio-econômicas acontecem com grande velocidade, a normatização oficial não consegue ser elaborada e muito menos aplicada no mesmo ritmo.

O descompasso entre os fatos e a normatização, se já era uma característica preocupante, hoje torna a aplicação do direito oficial anacrônica. A velocidade das transações comerciais, hoje operadas em tempo real, não pode esperar pela resolução de eventuais conflitos de interesses pela aplicação das normas oficiais e, muito menos, da resolução destes conflitos pelo órgão

competente, no caso o Poder Judiciário. Assim, o poder regulatório do Estado, embora incomode de forma especial o morador das comunidades marginais, atrapalha muitas vezes os interesses da classe dominante. Quando, então, a normatização oficial não atende aos anseios do capital ou de grupos identificados com o mesmo, as práticas e costumes jurídicos “alternativos” surgem como uma “boa opção”. Em outras palavras, as práticas pluralistas também se fazem presentes nas atividades das camadas mais “privilegiadas” da sociedade.

É importante que se diga que as práticas plurais das sociedades marginais não têm, absolutamente, uma vinculação com as práticas “alternativas” dos grupos ligados ao capital. As primeiras têm o caráter de emancipação dos milhões de pessoas que não tiveram acesso às benesses do mundo civilizado, como educação, saúde, habitação etc., enquanto as segundas estão ligadas a um caráter conservador do atual quadro social, quando não estão contribuindo para o aprofundamento das desigualdades sociais existentes, como veremos em seguida.

As iniciativas pluralistas não emancipatórias também não são novidade em nosso sistema jurídico-social. É assim que Wolkmer observa que, já em meados do século XIX, podemos encontrar práticas pluralistas de teor elitista e conservador. “Admite-se também durante o Estado Monárquico do século XIX uma certa prática de pluralismo societário e jurídico, basicamente de teor elitista e conservador”.<sup>178</sup>

Os últimos 30 anos, entretanto, com a adoção das políticas neoliberais e com o conseqüente incremento do discurso de fortalecimento das liberdades individuais em detrimento do Estado, são férteis na tentativa de estabelecer e mesmo incentivar as resoluções de conflitos fora da esfera estatal. Ora, o indivíduo não pode depender de um Estado obsoleto e corrupto para resolver questões fundamentais para o desenvolvimento econômico, o que

---

<sup>178</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 186.

poderia ser traduzido da seguinte maneira: o Estado moderno desenvolveu mecanismos de justiça social inadequados e intoleráveis para os novos padrões econômicos. Desta maneira, os capitalistas devem ter toda a liberdade de não aplicar o ordenamento jurídico enquanto o mesmo não corresponder aos seus interesses. A mesma liberdade, entretanto, não pode ser estendida às classes populares, sob pena do estabelecimento do “caos social”. Para estas últimas, o direito positivo é sempre a melhor opção.<sup>179</sup>

Além das práticas jurídicas que, de alguma forma, conduzem a uma maior concentração de renda e conseqüente desigualdade social, porque operadas fora do controle estatal e de seus mecanismos de justiça social, não podemos deixar de abordar as práticas relacionadas a um poder absolutamente antiético e manifestamente ilegal. Nas mesmas comunidades onde práticas jurídicas emancipatórias são efetivadas, outras práticas estão associadas a um grupo que, na absoluta ausência do Estado, exerce um poder de fato inquestionável e ligado objetivamente à criminalidade, estamos falando das inúmeras comunidades que convivem com um poder paralelo (e mais efetivo por que mais presente) ao poder estatal. Os traficantes já fazem parte do imaginário popular sobre os “Morros”.

A inquestionável liderança de traficantes em diversas comunidades “carentes” do Brasil é um reflexo da absoluta ausência do Estado nestas comunidades periféricas. Se, de um lado, temos a adoção de práticas jurídicas diferenciadas, que levam em consideração direitos não reconhecidos pelo Estado e fundamentais para a vida dos habitantes destas comunidades, por outro se verifica a existência de práticas autoritárias que não podem ser ignoradas. Os moradores dos “Morros”, muitas vezes, são coagidos a obedecer a certas

---

<sup>179</sup> Como exemplo da utilização do discurso jurídico como forma de controle social podemos citar o direito penal, que tem como público preferencial os pobres. Muito embora crimes graves ligados à corrupção, desvio de dinheiro público, sonegação fiscal etc., possam ser observados através da imprensa, estes criminosos não fazem parte do “público” atendido pelo direito penal. Sobre a utilização do direito penal como um discurso de controle social, consultar: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

disposições normativas que não concordam e, mais ainda, que constituem uma complexa estrutura do chamado “crime organizado”.

Nenhuma análise realizada pode desconhecer certas características do modo de vida de milhões de brasileiros que estão em contato diário com uma organização que exerce “poder de polícia”, distribui favores entre os moradores (entre eles distribuição de alimentos, remédios, assistência médica, emprego etc.) e estabelece formas de resolução de conflitos. Em muitas comunidades periféricas brasileiras, os moradores têm as Associações Populares (as conhecidas Associações de Moradores do Bairro) ou o crime organizado como espaços para resolução de conflitos. O segundo (crime organizado) além do poder coativo tem, ao seu lado, o poder econômico. Diante disso, não é surpresa que o crime organizado, em muitos casos, dite as regras que devem ser obedecidas pelos moradores.

“O crime organizado é, portanto, um ator normativo nos conflitos de propriedade não resolvíveis com o discurso retórico das Associações de Moradores, como – principalmente – nas questões de competência da polícia e da justiça penal. Na imposição da ‘ordem’, a boca-de-fumo aplica um código penal próprio, cujas penalidades variam da prisão domiciliar, expulsão temporária, impedimento de circulação em determinada área, tiro na mão, até, para os casos mais graves, a pena de morte”.<sup>180</sup>

A existência destas formas de resolução de conflitos não sugere um processo consensual onde os moradores tenham efetivamente contribuído para a estruturação das “normas” e, muito menos, das “penas” aplicadas pelo crime organizado. O mais provável é que o recurso à força, representada pelos traficantes, seja o mais eficaz para manter uma determinada “ordem”, sem a qual a convivência social torna-se insuportável. Assim, no dizer de Eliane Junqueira, “contrariando os que imaginam as favelas a partir de vínculos comunitários dialogais, estas práticas (...) revelam que não existe uma intersubjetividade do

---

<sup>180</sup> JUNQUEIRA, Eliane. op. cit., p. 172.

acordo nessas localidades, mas sim o recurso a uma instância superior que, dotada de poder coativo, é capaz de impor a ordem”.<sup>181</sup>

É importante ainda notar que a atuação do crime organizado tem características tão complexas e contraditórias como a própria formação dessas comunidades. De um lado o crime organizado representa uma “autoridade” não escolhida, imposta através da força e que tem no medo e na vigilância constante dos moradores seus principais alicerces. De outro lado, os traficantes funcionam como “beneméritos” das comunidades, ajudando famílias, protegendo os moradores da “invasão” de moradores de outras comunidades, financiando as Escolas de Samba que desfilam no carnaval (e que são motivo de orgulho para os moradores) etc. Contraditória também é a imagem formada pelas pessoas que não estão inseridas no contexto dos “Morros”:

“Se, do ponto de vista exterior à favela, a boca-de-fumo desempenha uma função de desorganização social, estando suas práticas inseridas no registro da ilegalidade a ser combatida pelas agências de controle social estatal – particularmente pela polícia –, do ponto de vista interno à comunidade, o crime organizado representa uma espécie de contrapartida informal do papel desempenhado na sociedade abrangente por aquelas agências. Neste sentido, salta aos olhos a extrema semelhança entre as práticas ‘de polícia’ – ou, mais precisamente, de distribuição de justiça – dos traficantes de drogas e da instituição policial, marcada pelo vigilantismo”.<sup>182</sup>

Desta forma, o discurso pluralista não pode desconhecer a existência de diversos “tipos” de pluralismos jurídicos. Tanto as práticas comerciais estabelecidas entre multinacionais que não recorrem (ou simplesmente ignoram) à normatização estatal, quanto as práticas ocorridas nas comunidades periféricas brasileiras, consensuais e emancipatórias ou autoritárias e violentas, são práticas jurídicas plurais que não têm o Estado como única fonte do direito.

---

<sup>181</sup> JUNQUEIRA, Eliane. op. cit., pp. 172-173.

Entre os vários conceitos possíveis de “pluralismo jurídico” destaca-se o formulado pelo professor da Universidade Federal de Santa Catarina, Antônio Carlos Wolkmer, que, apoiando-se numa detalhada investigação histórico-teórica do fenômeno pluralista designa o pluralismo jurídico “como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.<sup>183</sup>

Diante das especificidades materiais de uma sociedade capitalista periférica, da crise de legitimidade política e da ineficácia e injustiça do “paradigma hegemônico da legalidade dogmática estatal”, Wolkmer começa a desenvolver o conceito já apresentado, caracterizando o pluralismo jurídico sempre em consonância com os ideais de liberdade e democracia e, talvez seja essa a palavra-chave, emancipação.<sup>184</sup> Das causas já descritas, o Autor passa a indicar quais os objetivos possíveis do pluralismo jurídico, entre eles a de que a “sua intenção não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade. (...). Num determinado espaço social periférico marcado por conflitos, privações, necessidades fundamentais e reivindicações, o pluralismo

---

<sup>182</sup> JUNQUEIRA, Eliane. op. cit., p. 173.

<sup>183</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 195.

<sup>184</sup> O autor cita três importantes contribuições teóricas para desvendar as causas da existência de experiências pluralistas no Brasil. A primeira delas é a de Boaventura de Sousa Santos que trabalha com as especificidades das sociedades capitalistas periféricas e que tiveram origem colonial, sendo obrigadas a “unificar” o “Direito do Estado Colonizador e os Direitos tradicionais”. A segunda contribuição foi estabelecida através das pesquisas desenvolvidas pelo professor pernambucano Joaquim de Arruda Falcão, que em estudos realizados nas décadas de 70 e 80 indica que a crise de legitimidade política brasileira é ponto crucial para a existência de práticas jurídicas plurais. A outra contribuição é de Jacques Vanderlindem, que insiste no caráter injusto e ineficaz no modelo da unicidade do direito. Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 192-198.

jurídico pode ter como objetivo a denúncia, a contestação, a ruptura e a implementação de ‘novos’ Direitos”<sup>185</sup>

Ainda abordando a estruturação do conceito de pluralismo jurídico, Wolkmer comenta a freqüente confusão estabelecida entre conceitos e expressões similares, porém diferentes que são a “pluralidade de direitos”, a “pluralidade do Direito” e o próprio “pluralismo jurídico”. Na primeira, teríamos, numa mesma região e época histórica, a existência de dois ou mais ordenamentos jurídicos válidos. Um exemplo seria exatamente a Idade Média, onde havia a coexistência entre o direito do Feudo (com base real) e o direito eclesiástico da Igreja. O segundo trata da existência de diversos ordenamentos jurídicos oficiais internos (Direito da Criança e do Adolescente, do Consumidor etc.). Enquanto o pluralismo jurídico refere-se à existência de manifestações jurídicas estatais ou não em um determinado espaço social.

O professor da Universidade Federal de Santa Catarina ainda aponta uma certa confusão entre práticas e teorias similares ao pluralismo mas que guardam em relação a este consideráveis diferenças. É assim que o chamado “uso alternativo do direito”<sup>186</sup>, junto com o pluralismo jurídico, surgem como propostas vinculadas ao desenvolvimento da crítica ao direito oficial, ou pelo menos das injustiças marcantes do direito oficial. Muito embora a associação entre as duas expressões possa de fato ser estabelecida como uma crítica às injustiças perpetradas pelo direito oficial, não é verdade que as expressões

---

<sup>185</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 198-199.

<sup>186</sup> O “uso alternativo do direito” desenvolveu-se, desde o final da década de 60 na Itália, enquanto um movimento teórico-prático que pregava a utilização do ordenamento jurídico, freqüentemente identificado com uma prática conservadora, de uma forma “alternativa”, buscando novas formas de aplicação com a finalidade de realizar a justiça. A proposta buscava alargar os campos de interpretação do próprio fenômeno jurídico para que uma aplicação mais democrática e justa fosse possível. Embora com importância fundamental no desenvolvimento dos movimentos jurídicos críticos, o “uso alternativo do direito” não propunha a existência de um outro direito que não o Estatal. “O objetivo desta importante tendência político-jurídica foi propor, diante da dominação e da conservação do direito burguês capitalista, a utilização do ordenamento jurídico vigente e de suas instituições na direção de uma prática judicial emancipadora, voltada aos setores sociais ou às classes menos favorecidas”. Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2. ed. São Paulo: acadêmica, 1995, pp. 45-48.

possam ser utilizadas com sinônimos. O “uso alternativo do direito” guarda relações muito próximas com o direito estatal. Mais ainda, é o próprio direito estatal sendo utilizado de maneiras não usuais, diferentes, “alternativas”. Esta abordagem não permite estabelecer a criação de novos direitos, diferentes dos já estabelecidos pelo Estado.

A abordagem dada ao pluralismo jurídico por A.C. Wolkmer, insere o mesmo num contexto de profunda crítica jurídico-social. A constatação de que a sociedade brasileira e a latino-americana têm no fenômeno jurídico uma fonte de inesgotáveis injustiças e de manutenção do *status quo*, faz com que o Autor proponha um novo paradigma, a construção de uma teoria comprometida com o desenvolvimento social e ético da maioria da população. Não é outro motivo que faz com que o conceito de pluralismo jurídico proposto se identifique com os movimentos críticos do direito. Tanto o “uso alternativo do direito” como o próprio “direito alternativo”<sup>187</sup> surgem como movimentos e teorias que também se coadunam com os ideais propostos no pluralismo, ou seja, a construção de uma sociedade democrática baseada na emancipação de consideráveis parcelas da população que, durante toda a nossa história, são vítimas de toda a sorte de preconceitos e exploração.

---

<sup>187</sup> O movimento do Direito Alternativo teve importância fundamental no processo de divulgação e consolidação do pensamento jurídico crítico nacional. Uma clara opção pelas classes exploradas da nossa sociedade capitalista periférica, orientou diversos juristas (magistrados, professores, advogados, promotores etc.) e estudantes na tentativa de construção de um novo saber jurídico. A expressão “direito alternativo” surgiu com a associação pela imprensa de práticas jurídicas não convencionais e progressistas utilizadas por alguns juizes gaúchos na aplicação do direito e a disciplina (Direito Alternativo) ministrada na Escola de Magistratura do Rio Grande do Sul e que tinha como professor o Juiz Amilton Bueno de Carvalho, um dos líderes do movimento ao lado do professor da Universidade Federal de Santa Catarina, Edmundo Lima de Arruda Jr., que fomentou nesta Universidade a criação de núcleos de estudo que acabaram por disseminar nacionalmente as idéias “alternativistas”. “Em pouco tempo, a expressão alcançou nível nacional e passou a configurar uma pluralidade de instâncias profissionais habilitadas a articular frentes de luta dentro da legalidade instituída (o uso alternativo do direito) e da legalidade insurgente a instituir (práticas de pluralismo jurídico) etc”. WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2. ed. São Paulo: acadêmica, 1995, pp. 141-145. Sobre o assunto, consultar, entre outros: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. *Direito Alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares*. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Lições de Direito Alternativo 2**. São Paulo: Acadêmica, 1992.; ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa**. São Paulo: Acadêmica, 1993.; CARVALHO, Amilton Bueno. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

Os limites previstos por diversos autores para a configuração de um “pluralismo jurídico” não foram ignorados na proposta teórica de Wolkmer. Ao contrário, os limites elencados foram levados em consideração para a própria conceituação do termo. A enorme quantidade de práticas jurídicas não oficiais assim como também a grande diversidade de orientação das mesmas cria dificuldades para a unificação do termo. Esta, aliás, não é a principal preocupação teórica do Autor do livro **“Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito”**. Mesmo reconhecendo a enorme diversidade o Autor especifica um conceito de pluralismo identificado com as práticas emancipatórias consignadas nos movimentos sociais e a postura dos mesmos em relação às dificuldades impostas por uma sociedade capitalista periférica que vive, há mais de quinhentos anos, sob uma insuportável exploração dos países capitalistas centrais. Esta consciência e a utilização de práticas que colaborem com a construção de um direito realmente transformador da realidade social, comprometido com as parcelas mais exploradas da população e onde possamos encontrar fundamentos éticos, é a proposta de A.C. Wolkmer.

Para caracterizar um novo parâmetro pluralista, o Autor divide ainda os fundamentos do pluralismo jurídico em dois grupos: os fundamentos de “efetividade material” e os fundamentos de “efetividade formal”. Nos primeiros, estão inseridos os conteúdos, os elementos constitutivos, representados pelos novos atores sociais, no caso os Novos Movimentos Sociais e a satisfação das necessidades humanas fundamentais. Os últimos referem-se à ordenação prático-procedimental, englobando a reordenação do espaço público através de uma política descentralizadora e participativa e o desenvolvimento de uma ética emancipatória, mais precisamente o desenvolvimento de uma ética concreta da alteridade e a construção de uma racionalidade emancipatória.

“Sendo assim, a estratégia de ‘efetividade material’ compreende, de um lado, os sujeitos coletivos de juridicidade internalizados prioritariamente nos novos movimentos sociais, de outro, a estrutura da satisfação das necessidades humanas que passa a ser a

justificativa, a razão de ser, o que legitima o agir dos novos atores sociais. Por sua vez, a estratégia de ‘efetividade formal’ integraliza os procedimentos a nível da ‘prática’ (do agir, da ação) e a nível do ‘teórico’ (do conhecimento, do pensamento). O procedimento da ‘prática’ desdobra-se em ‘ação coletiva’ (implica em reordenar a sociedade para uma política de democracia descentralizadora e participativa) e em ‘ação individual’ (desenvolvimento pedagógico de um sistema concreto de valores éticos da alteridade, configurado no que se poderia designar como ‘ética da solidariedade’). Já o procedimento ‘teórico’ está direcionado a construir processos de racionalidade comprometidos com a autonomia e a emancipação da essência humana”.<sup>188</sup>

Em outras palavras, o pluralismo jurídico de A.C. Wolkmer está fundamentado na emergência de novos atores sociais ou, mais precisamente, na emergência dos Novos Movimentos Sociais – NMS’s, que já foram objeto de estudo deste trabalho. Além dos novos atores sociais, as necessidades humanas fundamentais justificam a necessidade de criação e incorporação de novos direitos. Apoiando-se na “teoria das necessidades” de Agnes Heller<sup>189</sup>, o Autor expande a abrangência do termo pluralismo jurídico ao identificar as necessidades humanas não apenas como carência ou privação (no sentido de falta de alguma coisa), mas sim como “todo aquele sentimento, intenção ou desejo consciente que envolve exigências valorativas, motivando o comportamento humano para aquisição de bens materiais e imateriais considerados essenciais”.<sup>190</sup> Ainda sobre o significado do termo “necessidades humanas fundamentais”, Wolkmer afirma que o mesmo “não se limitará às necessidades sociais ou materiais, mas compreenderá necessidades existenciais (de vida), materiais (subsistência) e culturais”.<sup>191</sup>

<sup>188</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 209-210.

<sup>189</sup> A Autora do “Teoria das Necessidades em Marx”, inspirando-se numa tradição marxista-lukácsiana, descreve as necessidades como forças motivadoras para a superação de um sistema (capitalismo) no qual é vedada a satisfação desses desejos. A insatisfação é permanente e sugere a luta pela reivindicação dos direitos não satisfeitos. Na América Latina essas necessidades tanto se referem às materiais quanto às imateriais. Sobre o assunto, consultar: HELLER, Agnes. **Teoria de las necesidades em Marx**. Barcelona: Península, 1978.

<sup>190</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 216.

<sup>191</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 217.

Com a associação entre a motivação sugerida pelas necessidades não satisfeitas, que no caso brasileiro são tão perceptíveis, e o surgimento de novos atores que lutam pela satisfação dessas necessidades, a “base material” do pluralismo está alicerçada. Entre os fundamentos de “efetividade formal” já descritos, está a possibilidade de reordenação do espaço público, com a incorporação de práticas democráticas, descentralizadas e participativas. Em outras palavras, a pretensão monista de que o direito apenas existe na esfera estatal faz com que a própria legitimidade do Estado moderno também seja vista, prioritariamente, com as atividades desenvolvidas ou permitidas pelo Estado. As democracias formais, estabelecidas, pelas Revoluções Burguesas do século XVIII e que mudaram de forma tão importante o antigo sistema praticado, devem ser desenvolvidas e aprofundadas. O aprofundamento deste conceito de democracia passa, fundamentalmente, pela abertura e reconhecimento de novos espaços políticos de debate. A centralização encontrada no Estado brasileiro, por exemplo, precisa ser urgentemente relativizada, sob pena de não termos uma sociedade realmente livre e emancipada. A descentralização deve apostar na capacidade da coexistência de um poder local organizado e do Estado nacional. Descentralizar significa permitir, ou melhor, reconhecer a autogestão e capacidade de deliberação das comunidades organizadas. Numa sociedade tão fragmentada como a brasileira, não reconhecer tais capacidades a determinados grupos significa, imediatamente, não reconhecê-los enquanto cidadãos capazes de construir e deliberar sobre seu próprio destino.

“Mais do que nunca, em estruturas periféricas como a brasileira, marcadas por uma cultura autoritária, centralizadora e excludente, impõe-se identificar, como indissociável no processo de reordenação do espaço comunitário, a construção de uma verdadeira cidadania aliada ao desenvolvimento de uma democracia participativa de base que tenha como meta a descentralização administrativa, o controle comunitário do poder e dos recursos, o exercício de mecanismos de co-gestão e autogestão

local/setorial/municipal e o incremento das práticas de conselhos ou juntas consultivas, deliberativas e executivas”.<sup>192</sup>

Neste contexto, o estado deve funcionar como um facilitador de um processo pedagógico que possa formar novos cidadãos, ou cidadãos inseridos no contexto de uma nova “cidadania”, efetivamente participativa e democrática. No Brasil a construção dessa nova “cidadania”, que passa pela incorporação do conceito de pluralismo jurídico, ou pelo menos, de seus fundamentos, tem suas manifestações em experiências municipais bem sucedidas e que foram implantadas por governos municipais comprometidos com a construção de uma nova ordem. Como exemplo temos os Municípios que utilizam o orçamento participativo, os conselhos de gestão comunitários entre outras experiências. As experiências descentralizadoras de alguns Municípios esbarram, entretanto, na política dotada pelo Governo Federal que, mesmo com o discurso neoliberal de diminuição do Estado para tarefas “essenciais”, concentra cada vez mais recursos, transferindo as riquezas dos Municípios para a União, concentrando, conseqüentemente, o poder na esfera política federal.

Aliada de maneira indissociável aos outros fundamentos já apresentados, seja o de “efetividade material” (como a emergência de novos atores sociais e a teoria das necessidades humanas fundamentais), seja o de “efetividade formal” (qual seja o reordenamento necessário na estrutura da esfera pública), a construção de uma racionalidade emancipatória, baseada em princípios éticos, vai delinear de forma definitiva o conceito de pluralismo jurídico trabalhado. Na esteira de A. C. Wolkmer, a discussão sobre uma possível racionalidade emancipatória e, mais ainda, sobre a possível incorporação de princípios éticos ao direito é fundamental para analisarmos a construção de uma nova cidadania, um novo modelo para milhões de brasileiros, não satisfeitos nem contemplados pelos modelos já existentes. A possibilidade da incorporação de

---

<sup>192</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 226.

princípios éticos, com particular atenção para a situação latino-americana, será abordada no próximo capítulo deste trabalho.

## **CAPÍTULO 4 – O PLURALISMO JURÍDICO, A ÉTICA DA LIBERTAÇÃO E A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA CIDADANIA**

A constatação da existência de inúmeras experiências jurídicas plurais em nosso país, por si só, não sugere que tais práticas devam ser aceitas ou até mesmo estimuladas. Foi visto no capítulo anterior que as práticas extra legais podem ser divididas em várias espécies, desde práticas emancipatórias e que levam em consideração particularidades sócio-culturais de determinados grupos e espaços sociais, até mesmo novas formas de autoritarismo (estes não estatais) e que de forma alguma são consensuais (por isso autoritários) e que também são impostos pela força, mesmo que não seja através dos aparelhos do Estado.

As experiências sociais plurais, para serem consideradas jurídicas e terem o seu desenvolvimento estimulado, devem ter um claro compromisso com a emancipação do gênero humano. A simples “desobediência” aos ditames jurídicos oficiais ditados pelo Estado não é suficiente para caracterizá-las enquanto direito. Basta analisar, como no capítulo anterior, os vários tipos de práticas “extra-oficiais” existentes. A construção de uma nova juridicidade, baseada na democracia e no respeito às experiências sociais existentes no país, deve ter um compromisso com o desenvolvimento de uma nova racionalidade, permeada com princípios éticos inafastáveis. Não é possível construir algo “novo” diante de “velhos” paradigmas. O pluralismo jurídico, em oposição ao monismo, e a necessária inclusão de princípios éticos na formulação do direito, em oposição à “neutralidade” positivista, são opções possíveis e até mesmo desejáveis. O pluralismo jurídico e a ética podem ser fundamentais para a construção de uma sociedade, onde a cidadania seja plena e efetivamente exercida.

Neste capítulo abordar-se-á a necessária inclusão de fundamentos éticos na elaboração de um pluralismo jurídico de caráter emancipatório, ou

como diz Antônio Carlos Wolkmer, um “pluralismo jurídico comunitário-participativo”. Os diversos modelos éticos serão ligeiramente abordados para nos concentrarmos em duas opções contemporâneas bastante discutidas: a ética do discurso, formulada principalmente pelos filósofos alemães Karl-Otto Apel e Jürgen Habermas, e a ética da libertação, numa abordagem do filósofo argentino Enrique Dussel. Por último, a opção de trabalhar o pluralismo jurídico numa perspectiva ética e periférica, contextualizando a abordagem teórico-jurídica e a luta por uma cidadania latino-americana, brasileira especialmente, não esquecendo os limites e as críticas que esta abordagem supõe.

#### **4.1. Direito e ética: o pluralismo jurídico como referência**

A relação entre a construção de um paradigma jurídico plural e os princípios éticos não é uma discussão recente. Muito pelo contrário, o debate sobre a possibilidade de “vincular” o direito à ética é muito antigo. Na civilização ocidental, desde a Grécia Antiga, direito e ética são relacionados, surgindo inúmeras “versões” para essas relações no decorrer da nossa história, desde a fusão dos dois conceitos (direito e ética), até mesmo o seu completo distanciamento. A introdução ao problema da ética e do direito, neste trabalho, dar-se-á através da possibilidade de fundamentar o direito, mais precisamente as práticas jurídicas plurais, em princípios éticos.

A necessidade de fundamentação faz-se presente, de alguma maneira, em todas as ciências. No direito não poderia ser diferente e, muito pelo contrário, sempre foi motivo de grandes discussões envolvendo a Filosofia do Direito e a própria Teoria Geral do Direito. Modelos jusnaturalistas, positivistas, normativistas, historicistas, garantistas, pluralistas, entre tantos outros, tratam de forma diferente este tema tão complexo quanto apaixonante: a possibilidade de fundamentação do Direito, em princípios éticos.

A discussão torna-se ainda mais importante na medida em que a crise vivida pelo paradigma jurídico moderno aumenta. A legitimidade do direito está, cada vez mais, sendo discutida e colocada em questão. Como fundamentar uma ordem jurídica que não alcança grande parte da população de modo satisfatório? Será possível imaginar que as práticas jurídicas plurais possam ser consideradas direito? Estes e outros tantos questionamentos envolvem o debate sobre uma fundamentação para o direito, independente de sua configuração positiva. “A busca de um fundamento (ou de uma prova que o garantiria) supõe uma dúvida, um desacordo, uma contestação, ora quanto à existência, à verdade ou ao caráter obrigatório de uma realidade, de uma proposição ou de uma norma, ora quanto à natureza daquilo que existe, ao sentido da proposição, ao alcance da norma.”<sup>193</sup>

Esta possibilidade de fundamentação, antes de ser pacífica, é muito questionada principalmente em relação ao direito. A influência da tradição positivista, no direito, dificulta uma abordagem filosófica mais ampla do fenômeno jurídico. A separação, promovida pelo positivismo jurídico, entre o direito, que estaria restrito ao ordenamento jurídico positivo<sup>194</sup> e as ciências e/ou conhecimentos afins (filosofia, sociologia, psicologia etc.), disciplinas que ajudariam na compreensão do fenômeno social, mas que não “seriam direito”, torna a busca por uma fundamentação extra legal ainda mais difícil. O debate, por exemplo, existente entre o ceticismo e o absolutismo filosóficos, coloca em evidência a dificuldade que representa a tentativa de fundamentação do Direito.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 393.

<sup>194</sup> “o positivismo jurídico veio a fundamentar toda regra jurídica positiva no poder legislativo do Estado e na sanção, que garante a obediência à lei”. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 395.

<sup>195</sup> O absolutismo filosófico admite a existência de fundamentos absolutos, incontestáveis. O ceticismo filosófico, de outro modo, nega essa possibilidade. Ambos, entretanto, negligenciam a existência de fundamentos suficientes, porém historicamente localizados. Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 393-400.

A própria inter-relação entre o direito e a ética está condicionada diante das inúmeras abordagens tanto do conceito de direito quanto no da ética. Mais adiante, trataremos da Ética, um conceito ao mesmo tempo tão utilizado quanto rechaçado pelos estudiosos do Direito. Referido tanto como “princípios orientadores do Direito” quanto como “atestados de anticientificidade”, os princípios éticos estão cada vez mais sendo incorporados a uma nova visão do Direito, cada vez mais afastada do viés positivista e normativista de tempos anteriores.

Além das já referidas dificuldades de aceitação dos princípios éticos como possíveis justificadores do ordenamento jurídico, outro ponto vem a colaborar para a dificuldade do tema. De que princípios, ou de que Ética estamos falando? Podemos adotar princípios éticos fundamentais, que justificariam também de maneira universal os ordenamentos jurídicos? Em outras palavras, os princípios éticos orientadores de um ordenamento jurídico de um país capitalista central seriam os mesmos de um país capitalista periférico, ou de um país socialista? Ou estamos falando de um pluralidade de princípios éticos, partindo-se do fato, “empiricamente incontestável, da variação ilimitada das normas éticas de acordo com as culturas, etnias, raças, sexos e idades para a negação de qualquer princípio universal que pudesse ser ponto de referência para o teste de validade desta pluralidade histórica de padrões de comportamento”<sup>196</sup>?

Diante de uma situação econômica, política, social e ecológica cada vez mais grave, principalmente para os “países do Sul”, diante de uma já mencionada inadequação do ordenamento jurídico aos anseios da maioria da população, como ignorar, por exemplo, princípios como a “justiça” para a aplicação do direito? E apesar disso, até onde podemos estabelecer relações entre a ética e o direito sem confundi-los? Mais especificamente, como o pluralismo, enquanto paradigma jurídico, poderá ter como fundamento princípios éticos e, principalmente, quais princípios éticos podem ser inseridos neste contexto?

A ética, através de seus princípios, sempre foi objeto de grandes debates. Desde a Antigüidade clássica, através de seus principais pensadores (entre eles Sócrates, Platão e Aristóteles) e mesmo antes dela, ocupou lugar de destaque como matéria que procurava estudar o “agir humano”. Enquanto categoria do agir humano, a ética só poderia ser caracterizada enquanto prática social, inserida na comunidade. Ainda na Antigüidade Clássica, “o sujeito ético é caracterizado pela posse da prerrogativa que os Gregos denominavam *areté* e nós traduzimos imperfeitamente por *virtude*, significando a excelência do agir segundo os padrões éticos e tipificada em figuras históricas exemplares como Solon e Péricles”<sup>197</sup>, personagens do mundo grego e considerados modelos a serem seguidos.

O desenvolvimento da ética, ainda no mundo grego, acompanha os primeiros passos da experiência “democrática” vivida na Grécia, mais precisamente em Atenas, onde os cidadãos passaram a decidir os destinos da *Pólis* diretamente, nas Assembléias, sem a “interferência” de representantes ou corpos intermediários. A ética, neste contexto, significava a construção da “melhor Constituição”, ou seja, incorporava uma instância valorativa na própria organização político-jurídica da Cidade-Estado. Enfim, as normas deveriam ser discutidas em relação ao seu conteúdo, não devendo ser obedecidas apenas pelo fato de ter sido emanada por “autoridade competente”, e sim por representar valores compartilhados pela maioria dos cidadãos das Assembléias.

“A comunidade por sua vez, dava então os primeiros passos na experiência da vida política sob forma democrática que, como sabemos, era na Grécia e, particularmente, em Atenas, uma democracia direta, exercida pela assembléia dos cidadãos sem a mediação de corpos representativos. A *areté* ou virtude da comunidade devia ser a vigência da boa ou melhor Constituição

---

<sup>196</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e práxis histórica*. São Paulo: Ática, 1995. p. 165.

<sup>197</sup> VAZ, Henrique C. de Lima. *Ética e Justiça: Filosofia do agir humano*. In: *Síntese Nova Fase*. v. 23. n. 75. Belo Horizonte: 1996, (437-454), p. 448.

(politeia), uma vez que a democracia significava o domínio soberano da lei (nomos basileus)”<sup>198</sup>

E diante desta obrigatória relação entre a ética e a vida social, como podemos definir o fenômeno ético. O termo “ética” vem do grego *ethos*. Em outras palavras, isto “significa dizer que toda ética parte de um etos, isto é, de uma forma de vida que foi configurada historicamente a partir das ações dos próprios homens e de que os diferentes indivíduos se apropriaram. A ética emerge do *etos*, isto é da conexão, que foi historicamente articulada, de costumes, hábitos, leis, instituições, estruturas, numa palavra do mundo humano concreto construído pela práxis dos diferentes sujeitos”<sup>199</sup>

Sánchez Vásquez, com nítidas preocupações didáticas, define a Ética como “a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. Ou seja, é ciência de uma forma específica de comportamento humano.”<sup>200</sup> Neste conceito podemos restringir o objeto de estudo da ética, assim como diferenciá-lo da própria Moral. “A ética é a ciência da moral, isto é, de uma esfera do comportamento humano. Não se deve confundir aqui a teoria com o seu objeto: o mundo moral. As proposições da ética devem ter o mesmo rigor, a mesma coerência e fundamentação das normas científicas. Ao contrário, os princípios, as normas ou os juízos de uma moral determinada não apresentam este caráter.”<sup>201</sup>

Dessa forma, a primeira abordagem na conceituação da ética, é exatamente a sua diferenciação em relação à moral. Embora muitas vezes os conceitos de ética e moral sejam confundidos, pelas óbvias relações entre eles existentes, suas relações com o direito ficam, mais claras quando estabelecemos

---

<sup>198</sup> VAZ, Henrique C. de Lima. Ética e Justiça: Filosofia do agir humano. In: *Síntese Nova Fase*. v. 23. n. 75. Belo Horizonte: 1996, (437-454), p. 448.

<sup>199</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 32.

<sup>200</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. Trad. de João Dell’Anna. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987, p. 12.

<sup>201</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. Trad. de João Dell’Anna. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987, p. 12.

as distinções entre moral e ética. Só então, a relação entre a ética e o direito ficará mais inteligível.

A ética parte do fato da existência da história da moral, isto é, toma como ponto de partida a diversidade de morais no tempo, com seus respectivos valores, princípios e normas. Como teoria não se identifica com os princípios e normas de nenhuma moral em particular e tampouco pode adotar uma atitude indiferente ou eclética diante delas. (...). A ética estuda uma forma de comportamento humano que os homens julgam valioso e, além disto, obrigatório e inescapável. Mas nada disto altera minimamente a verdade de que a ética deve fornecer a compreensão racional de um aspecto real, efetivo, do comportamento dos homens.<sup>202</sup>

Através da definição do objeto de estudo da ética, podemos vislumbrar que, apesar de conceitos diferentes, moral e ética estão intimamente ligadas, sendo a moral ou o comportamento moral o próprio objeto de estudo da ética. Com isso, fazemos também a previsível ligação entre a moral, a ética e o Direito. Pelo seu objeto, podemos estabelecer relações da ética com diversas ciências que, de alguma forma, estudam o comportamento humano. Entre elas a psicologia, a sociologia e, de forma muito importante, o Direito.

Enquanto formas de comportamento humano, direito e moral, foram durante muito tempo confundidos. Confusão esta causada pela similaridade do objeto e dos agentes e reforçada pela própria origem comum destes dois ramos do conhecimento. Nas sociedades primitivas ainda não havia a diferenciação entre as prescrições civis, religiosas e morais. O jurídico, o divino e o moral eram estabelecidos da mesma forma e, na maioria das vezes, realmente se confundiam. “Somente em tempos mais avançados da civilização é que se começa a distinguir o direito da moral e a religião do direito. Certamente, de

---

<sup>202</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. Trad. de João Dell’Anna. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987, pp. 11-12.

todos os povos antigos, foi com os romanos que o direito avançou para uma autonomia diante da religião e da moral.”<sup>203</sup>

Embora esta “confusão” entre moral e Direito seja uma das mais antigas discussões da Filosofia do Direito e da própria Teoria Geral do Direito, não podemos admitir a coincidência dos dois termos. Elucidativa a este respeito é a posição de Herbert Hart de que direito e moral estão sempre relacionados. Esta relação, entretanto, não pode ser confundida como parte da formação essencial quer de um (direito), quer do outro. Embora o direito possa mostrar conformidade com a moral ou a justiça, ou possa também repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer, os critérios de validade jurídica de leis concretas não necessariamente devem incluir uma referência à moral ou à justiça.<sup>204</sup>

Durante a evolução histórica do ser humano, vários foram os modelos éticos utilizados para estudar e explicar o comportamento humano. No mundo ocidental, esta evolução tem como ponto de partida a Antigüidade, mais especificamente o mundo grego. Entre os vários modelos éticos desenvolvidos, podemos destacar, pela importante influência nos estudos éticos ocidentais, *o realismo, o empirismo, o cepticismo, o modelo transcendental e o modelo dialético.*

O realismo, de certa forma, inaugura o desenvolvimento do pensamento ético no mundo grego. A realidade é captada pela consciência. “Uma primeira postura de articulação da filosofia enquanto reflexão radical é a que parte da afirmação da realidade como algo que existe independentemente da consciência. O conhecimento é compreendido como reprodução na mente desta

---

<sup>203</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 21.

<sup>204</sup> Cf. HART, Herbert. op. cit. p. 201.

realidade e, conseqüentemente, a verdade como correspondência entre o pensamento (respectivamente a linguagem) e a realidade<sup>205</sup>

O principal nome deste modelo de reflexão ética foi Aristóteles, para quem a ética era uma consideração das coisas humanas, de ordem prática.<sup>206</sup> A ética, neste contexto, deixa de ser apenas uma reprodução dos costumes, hábitos e tradições de uma determinada comunidade e passa a ser uma reflexão estabelecida através de princípios racionais, buscando a fundamentação e a validade das ações humanas. A “reflexão ética constitui, assim, uma mediação fundamental entre a politicidade e a racionalidade do ser humano: ela decola da politicidade efetivada e se estabelece como reflexão crítica desta politicidade com a intenção de levar seus membros a uma ação qualitativamente diferente, porque então não mais guiada pela simples tradição, mas pela própria razão.”<sup>207</sup>

Podemos definir o *empirismo* como uma postura que se caracteriza, antes de tudo, por seu interesse no particular. Sua premissa primeira é a de que os fundamentos possíveis para o conhecimento devem ser buscados na experiência, nos dados observáveis. Neste modelo, temos o utilitarismo como o exemplo de uma fundamentação empirista da ética. O utilitarismo parte da idéia de que o homem é fundamentalmente um indivíduo portador de necessidades, que precisam ser satisfeitas.<sup>208</sup> Para J. Bentham, que, juntamente com J. S. Mill, é precursor do chamado “utilitarismo clássico:

“A experiência ética fundante é a convicção da humanidade de que a ação verdadeiramente reta é aquela onde se busca não só a felicidade do indivíduo, mas a de todos. A moral, então, é a arte de orientar as ações dos homens de tal modo que se possa conseguir a maior soma de felicidade. A própria legislação estatal tem a tarefa de indicar as ações úteis para a vida em comum e esclarecer os

---

<sup>205</sup> Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 32.

<sup>206</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., pp. 26-34.

<sup>207</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 33.

<sup>208</sup> Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., pp. 35-38.

indivíduos a respeito de que, buscando seu próprio interesse, eles estão também promovendo o bem dos outros.”<sup>209</sup>

As visões empiristas, apoiadas no utilitarismo, representam uma passagem de um egoísmo ético para uma ética do bem-estar social. O princípio ético básico seria então aqueles atos ou condutas que espelhassem esta finalidade. Uma finalidade não apenas individual, mas fundamentalmente social.

O *cepticismo* (ou *ceticismo*) pode ser enquadrado como uma radicalização do modelo empirista. Se tudo que podemos apreender vem da experiência, a verdade ou o fundamento de qualquer ato só pode ser observado diante da particularização. Ou seja, a verdade não pode ser alcançada e nada pode ser fundamentado. Em outras palavras, não “existindo verdade, nenhuma instituição pode levantar a pretensão de fundamentação. Todas elas são originadas da junção de vontades individuais a partir de um contrato. Nem a moral nem o direito podem ser fundamentados: valem enquanto são estabelecidos. Tudo é relativo: esta é a tese fundamental da radicalização do empirismo.”<sup>210</sup>

Desta forma, diante do ceticismo não há, nem é possível, estabelecer padrões de comportamento baseados na ética. A ética não está dentro de uma esfera da racionalidade, portanto, fora da possibilidade de uma fundamentação argumentada. A ética, desta forma nada tem a ver com uma espécie de conhecimento científico que possa ser desenvolvido e resultar num consenso ético. A situação contemporânea, de globalização e profunda exclusão, no entender do filósofo cearense Manfredo Araújo de Oliveira, agrava a percepção, utilizada pelo cepticismo, de que não há possibilidade de um consenso ético construído em termos planetários.

---

<sup>209</sup> Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., pp. 35-38.

<sup>210</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 39.

“Em nossos dias, esta postura é retomada numa situação extremamente grave, pois hoje a própria planetarização da civilização técnico-científica confronta todos os povos da Terra, com questões que exigem uma solução a nível mundial, como, por exemplo, o desafio gigantesco do empobrecimento de enormes contingentes de população do mundo. (...) Para enfrentar esta problemática necessitamos de uma macroética e, no entanto, se considera hoje mais do que nunca impossível fundamentar o saber ético, que não tem lugar entre os saberes reconhecidos. A possibilidade de um saber responsável, isto é, legitimado, de alguma forma, através de argumentos, se limita às ciências formais, lógico-matemáticas e ao campo das ciências fatuais do fenômeno de nossa experiência. Normas morais se situam fora destas esferas, portanto seu conhecimento está fora da esfera do conhecimento objetivo, portador de validade intersubjetiva e se reduz, assim, a uma posição inteiramente subjetiva, isto é, ao campo das emoções, dos sentimentos, das decisões puras sem qualquer legitimação possível”.<sup>211</sup>

O modelo da *ética transcendental* vai de encontro aos modelos *cepticistas* e *relativistas*. Para o modelo transcendental, mesmo os mais convictos relativistas estabelecem verdades universais, em contradição, portanto, com o seu próprio pensamento. A própria expressão de que “tudo é relativo”, traz consigo uma contradição que seria a relatividade de tudo, com exceção do próprio princípio. Pois se levarmos em consideração de que “tudo é relativo”, abrimos a possibilidade de que este princípio também é relativo e, portanto, existe a possibilidade de existir algo absoluto.

“A ética transcendental vai contrapor-se fundamentalmente a todo tipo de relativismo, ceticismo e dogmatismo em ética. Por esta razão, Kant vai centrar suas considerações éticas na determinação do princípio de validade das normas de nossas ações; numa palavra, sua ética está preocupada não em estabelecer normas para o agir humano, mas em ‘fundamentar um princípio moral’ no sentido de uma regra suprema de discernimento e julgamento para o agir ético dos homens.”<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 41.

<sup>212</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 43.

O princípio moral estabelecido neste modelo é o da universalidade. O homem age enquanto homem, em qualquer espaço físico ou social. As ações, desta forma, poderiam ser fundamentadas de maneira universal. A fundamentação para atos praticados por qualquer pessoa, em qualquer região do mundo poderia ser a mesma. Este pensamento orientou as Revoluções Burguesas do século XVIII, a partir do ideário iluminista<sup>213</sup> e, para alguns, justifica a utilização de padrões éticos em desalinho, principalmente, com a diversidade cultural, ética e social existente no mundo contemporâneo. A universalidade, portanto, é uma das marcas do nascimento da Idade Moderna.

A defesa realizada pela ética transcendental da “universalidade” do fenômeno ético, encobre, muitas vezes, o caráter etnocêntrico de tais afirmações. A aproximação entre o “universal” e o “europeu” coloca em dúvida a real possibilidade da existência de princípios universais. O quase inexistente diálogo entre o mundo capitalista ocidental desenvolvido e os outros “mundos”, seja o oriental (capitalista ou socialista), seja o ocidental periférico (entre eles a América Latina) não nos permite acreditar que, em algum momento histórico, as necessidades e os princípios adotados pelos “outros mundos” tenham sido levados em consideração quando da elaboração destes “fundamentos universais”.

Entende-se a postura dialética, em primeiro lugar, “como uma radicalização do pensamento transcendental na medida em que defende uma recuperação da razão que não seja apenas razão subjetiva, mas também objetiva.”<sup>214</sup> O pensamento dialético articula uma mediação entre o idealismo encontrado no modelo transcendental e a realidade. Estabelecer uma síntese entre subjetividade e objetividade, entre o ideal e o fático, entre os ideais modernos e a dura realidade contemporânea de absoluta exclusão de grandes contingentes

---

<sup>213</sup> Segundo Sérgio Paulo Rouanet, podemos conceituar iluminismo como “entidade conceitual não limitada a nenhuma época específica, construída a partir dos grandes princípios emancipatórios da Ilustração (movimento de idéias cristalizado no séc. XVIII em torno dos filósofos enciclopedistas), mas levando em conta, para corrigi-los e enriquecê-los, tendências históricas posteriores.” Cf. ROUANET, Sérgio Paulo. op. cit., p. 214.

<sup>214</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 46.

humanos nos países pobres. Este modelo foi originariamente proposto por Platão<sup>215</sup>.

“Esta fundamentação dialética da ética vai ser retomada na modernidade por Hegel, para quem um dos problemas fundamentais é o da objetivação da pura interioridade, ou seja, da passagem da moralidade para a eticidade de tal modo que, para ele, as instituições éticas são, em relação ao indivíduo, de maior valor. É a partir daqui que Hegel critica a teoria contratualista da família e do Estado, como também sua fundamentação naturalista. (...). Hegel partia da própria questão, que decorria da ética transcendental de Kant, onde se faz uma distinção radical entre o mundo da natureza, objeto das ciências, e o mundo da liberdade, que é o mundo do sujeito. Ocorre que as ações éticas devem poder realizar-se na natureza. Se os dois mundos são completamente dispartados, não há uma saída pensável.”<sup>216</sup>

A articulação desta mediação, entre o subjetivo e o objetivo, entre o individual e o coletivo, entre o mundo da natureza e o mundo do sujeito, é a base do modelo dialético. Entre todos os modelos éticos apresentados, podemos extrair duas concepções teóricas que representam a possibilidade de uma construção ética associada à emancipação do homem e sem desconhecer a grave crise em que vivemos. Embora com objetivos semelhantes, os dois modelos teóricos partem de referenciais diversos. A ética do discurso e a ética da libertação e a contribuição de ambas para a construção de um novo paradigma jurídico, serão abordadas no segundo tópico deste capítulo.

#### **4.2. A ética do discurso e a ética da libertação: modelos excludentes ou complementares?**

---

<sup>215</sup> “A síntese platônica vai consistir, em primeiro lugar, na afirmação de uma homologia entre o espírito subjetivo e o espírito objetivo, entre o indivíduo e a pólis; numa palavra, a tese básica é que na alma individual e no Estado são constitutivas as mesmas leis ontológicas. Enquanto a alma se realiza imediata e verdadeiramente (esta realização é a justiça), ela cria um Estado racional e justo”. Idem, *ibidem*, p. 48.

<sup>216</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *op. cit.*, p. 49.

Os vários modelos éticos apresentados têm como objetivo explicitar ou fundamentar quais posturas éticas devem ser estabelecidas. Quando tratamos da ética do discurso (ou ética discursiva) e da ética da libertação não é diferente. Em ambas podemos vislumbrar a pretensão de mostrar como estabelecer e fundamentar padrões éticos para a sociedade. O simples fato de que os dois modelos éticos têm origens diferentes não significa dizer que não se possa fazer uma leitura aproximada das duas construções teóricas. Apontaremos a seguir as características básicas dos dois modelos e uma breve análise sobre uma possível aproximação entre as duas teorias. A opção pela análise destes dois modelos leva em consideração a importância alcançada, no meio filosófico, da ética do discurso e a importância da ética da libertação no contexto latino-americano. Mais ainda, a aproximação das teorias, que têm como característica comum a construção de um projeto de emancipação global, já vem sendo feita com o contínuo diálogo estabelecido entre o pensador alemão Karl-Otto Apel<sup>217</sup> e pensadores latino-americanos, especialmente Enrique Dussel.

A estruturação da ética do discurso está em sintonia com a organização de uma nova racionalidade, a racionalidade ético-comunicativa, que resulta da comunicação livremente estabelecida entre pessoas que, utilizando argumentos verdadeiros, estabelecem princípios e normas consensualmente aceitos e que devem, por isso, ser efetivados. A busca pelo consenso, através do diálogo livremente estabelecido e a utilização de argumentos verdadeiros explicam a validade dos princípios estabelecidos. A racionalidade ético-comunicativa estaria baseada nos consensos estabelecidos, daí a necessidade da existência de uma “comunidade de comunicação”, que serviria para operacionalizar tais diálogos. “A coordenação comunicativa entre os interlocutores, (...), se dá através da expectativa de que, se necessário, cada interlocutor poderá justificar essas pretensões de validade por meio de provas e

---

<sup>217</sup> Karl-Otto Apel, um dos mais importantes filósofos alemães contemporâneos, “é um pensador original que capta os diversos níveis de uma transformação da filosofia contemporânea. Sua traumática experiência – voluntário aos 18 anos, em 1940, no exército nazista – fará dele um racionalista decidido, e

argumentos”.<sup>218</sup> A validade das normas, portanto, embora possa inicialmente ser objeto de dúvida e debate, após a formalização do diálogo, estaria definitivamente justificada, pelo menos até a incorporação de novos elementos.

Superada a fase de validação dos princípios e normas, surge o momento de aplicação das mesmas. “Atingido o consenso sobre a validade da norma, dentro do discurso prático, (...), cessa a *epoché* discursiva e inicia-se o processo de aplicação da norma considerada válida. A aplicação exige critérios de ‘adequamento’ a situações concretas, e não mais de validade”.<sup>219</sup> Em outros termos, a racionalidade ético-comunicativa pressupõe a existência de um momento de reflexão sobre a que princípios e normas adotar e um momento de efetiva aplicação destes princípios.

Karl-Otto Apel, um dos principais formuladores da ética do discurso, ao definir o termo, encontra dois entendimentos possíveis, o primeiro seria de fundamentar concretamente, através do discurso, as normas, que será o sentido preferencialmente analisado neste trabalho; e o segundo, seria o de que no próprio discurso implementado seria possível extrair o “*a priori da fundamentação racional*” do princípio da ética.

“O termo ‘ética do discurso’ foi introduzido nos últimos anos entre filósofos alemães como designação de um princípio de fundamentação da ética que Jürgen Habermas e eu representamos em seus traços essenciais. Eu mesmo falei anteriormente de ‘ética da comunicação’ ou de ética de uma comunidade ideal de comunicação, mas prefiro falar hoje em ‘ética do discurso’ – e isso por dois motivos principais: por um lado, este título refere-se a uma forma particular de comunicação – o discurso argumentativo – como meio de fundamentação concreta de normas, e por outro lado, refere-se à circunstância de que o discurso argumentativo – e não

---

um ético sensível, não rigorosista, com alta responsabilidade histórica”. Cf. DUSSEL, Enrique. op. cit. p. 182.

<sup>218</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. op. cit., p. 216.

<sup>219</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. op. cit., p. 217.

qualquer forma de comunicação no mundo vivo – contém, também o *a priori da fundamentação racional* do princípio da ética.”<sup>220</sup>

Para a ética discursiva, toda norma ou princípio pode ser validado, ou seja, podem vir a ser legítimos se forem obtidos através de um consenso, articulado entre todos aqueles que serão atingidos pelas normas ou princípios. Esta articulação ou intermediação, entre todos os possíveis atingidos, se dá através do discurso coerente, ou seja, sem contradições. Justificado através de provas e argumentos e aceitos como verdadeiros por todos os participantes envolvidos. Neste diálogo, para que o mesmo seja considerado válido, não há espaço para inverdades ou contradições, menos ainda para que interesses individuais ou corporativos sejam priorizados em detrimento da “transparência” do discurso.

O discurso argumentativo, como proposto pela ética do discurso, deve seguir alguns pressupostos gerais da argumentação. “Não posso, sem contradizer os pressupostos gerais da argumentação, aceitar, na argumentação moral, que alguns interessados sejam excluídos, que alguns participantes sejam coagidos, que outros não tenham a possibilidade de argumentar em defesa dos seus interesses, que outros se arroguem no direito de não seguir a norma.”<sup>221</sup> Ainda abordando as regras do discurso argumentativo, Robert Alexy afirma que:

“Essas regras compreendem aquelas que prescrevem, por exemplo, não-contradição, clareza de linguagem, verdade empírica e sinceridade; aquelas que expressam, entre outras, a idéia de universalidade, garantindo a todos o direito de participarem do discurso e de serem tratados com igual consideração; e aquelas que valem para a argumentação sobre as conseqüências, ponderação e análise da gênese das convicções normativas”.<sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> APEL, Karl-Otto. *Ética do discurso como ética da responsabilidade*. Trad. de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. In: *Cadernos de Tradução*. n. 3. São Paulo: Departamento de Filosofia/USP, 1998, (08-37) p. 08.

<sup>221</sup> ROUANET, Sérgio Paulo. *op. cit.*, p. 224.

<sup>222</sup> ALEXY, Robert. *Problemas da Teoria do Discurso*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *op. cit.*, p. 15.

Um dos pressupostos básicos da ética do discurso, então, é a pretensão de universalidade de sua fundamentação. Segundo esta teoria, resgatando em parte a ética transcendental kantiana, existem princípios universalmente válidos. “A fundamentação da Ética do Discurso demanda uma racionalidade que agrupe proposições com validade universal ‘na unidade da razão e na multiplicidade de suas vozes’”.<sup>223</sup> Portanto, sem desconhecer a pluralidade característica dos tempos atuais, a ética do discurso aposta na possibilidade de fundamentar princípios éticos universais, válidos, portanto, para todos os seres humanos, em qualquer sociedade.

A pretensão universalista da ética do discurso comporta inúmeras considerações. Entre elas a de que, considerando a existência destes princípios universais, podemos também ter a pretensão de “direitos universais”, inerentes a todo e qualquer ser humano, esteja num país capitalista central, periférico, socialista etc. Esta compreensão sugere a possibilidade de analisar o mundo de forma global, unitária, considerando que preceitos éticos devem ser consensuados de forma também universal, para só assim serem considerados válidos.

Aliás, a compreensão de que os problemas contemporâneos não podem escapar a uma análise conjuntural global permeia a ética discursiva. Esta é uma das principais preocupações éticas atuais. Como empreender soluções para diversas questões, como as ecológicas, por exemplo, sem considerar o mundo de forma global? Como resolver os problemas de saturação das grandes cidades mundiais sem solucionar os problemas que geram os grandes movimentos migratórios (como a miséria dos países periféricos), e assim por diante? Não é surpresa, portanto, que a preocupação ética seja universal, ainda mais hoje com o avançado processo de globalização mundial, onde um mau desempenho na economia asiática pode trazer sérios problemas econômicos aos países da

---

<sup>223</sup> PIZZI, Jovino. *Ética do discurso: a racionalidade ético-comunicativa*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994, p. 81.

América Latina. A construção de princípios éticos orientadores, dessa forma, seria uma responsabilidade coletiva, estruturada num diálogo estabelecido mundialmente. Neste sentido, observa Apel, que se trata, pois, “hoje pela primeira vez na história humana, de compreender a responsabilidade solidária pelas conseqüências mundiais e colaterais das atividades coletivas dos seres humanos – assim, por exemplo, da aplicação industrial da ciência e da técnica – e de organizar essa própria responsabilidade como prática coletiva”.<sup>224</sup>

Embora o “universal” seja ponto essencial da ética discursiva, não podemos deixar de observar que a construção teórica inicialmente elaborada pelos filósofos alemães não ignora a enorme variedade cultural, ética, política e social no “multifacetado” mundo contemporâneo. Ao contrário, a ética do discurso aposta na pluralidade de valores e na possibilidade da construção de um consenso. “A unidade e a multiplicidade do todo e de suas partes permite à Ética do Discurso passar do individual para o universal, do contingente para o necessário, da fala para a ação, por meio de processo dialético que não exclui nenhuma das partes, nem mesmo a contradição.”<sup>225</sup>

Dessa forma, pretendem os defensores da teoria, estabelecer possibilidades democráticas para a construção do tão perseguido “consenso”. A democracia está na possibilidade que tem cada agente de influir diretamente na formação deste consenso. Ou seja, de acordo com os já citados “pressupostos gerais da argumentação”, todos os interessados devem participar do debate, assim como podem problematizar qualquer situação, introduzir quaisquer argumentos, necessidades, justificativas etc.

Dessa forma resgata-se uma importante contribuição no pensamento moderno: a idéia de universalidade. A mesma idéia que fomentou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações

---

<sup>224</sup> APEL, Karl-Otto. op. cit., p. 09.

<sup>225</sup> PIZZI, Jovino. op. cit., p. 09.

Unidas, em 1948 e que, devido às enormes diferenças culturais e sociais (estas últimas cada vez mais evidentes) vem sendo duramente questionada. “A sociedade moderna é interpretada como uma sociedade em que desapareceu a unidade do sentido na vida humana e, conseqüentemente, como perpassada por uma concorrência ilimitada de sentidos regionais e limitados, portanto como uma sociedade estruturalmente pluralista.”<sup>226</sup>

Diante de tal debate mais uma dificuldade se apresenta. Mesmo admitindo que conceitos éticos possam vir a fundamentar direitos, quais princípios deveriam ser utilizados: os de pretensão universal ou os particulares? Será que podemos estabelecer os mesmos princípios legitimadores do ordenamento jurídico brasileiro e do ordenamento jurídico americano, por exemplo? A ética do discurso admite e defende a formulação de princípios universais, uma espécie de *macroética*, que seria responsabilidade de todos aqueles que participam do discurso argumentativo. Nesta linha de pensamento, não há sequer outra saída possível senão a ética do discurso. “Hoje parece, portanto, restar para o problema de uma ética da responsabilidade convencional somente o caminho da solução da ética do discurso, isto é, a cooperação solidária dos indivíduos já na fundamentação de normas consensuais morais e jurídicas como essa torna-se por princípio possível pelo discurso argumentativo”.<sup>227</sup>

A pretensão de uma fundamentação baseada em princípios universais, tendo como responsáveis aqueles que participam do discurso argumentativo pode apresentar sérias dificuldades se levarmos em consideração a participação dos diversos povos e países neste processo. Como imaginar um espaço global de debate se, cada vez mais, o mundo está fragmentado politicamente, socialmente e talvez o mais grave, culturalmente. Não há, como de fato nunca houve, um espaço legítimo e democrático onde a “comunidade de comunicação” possa, de fato, ser estabelecida. Aliás, esta não é uma preocupação

---

<sup>226</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. op. cit., p. 155.

<sup>227</sup> APEL, Karl-Otto. op. cit., p. 09.

da ética do discurso, que apresenta as regras que devem ser estabelecidas mas que não discute o conteúdo destes princípios. Em outras palavras, a ética do discurso é uma ética de cunho formal, que não discutindo conteúdos continua a ser um paradigma teórico válido. A ética do discurso considera, desta forma, a possibilidade de que este diálogo seja estabelecido mundialmente, pois só assim os princípios poderiam ser universais, já que todos os envolvidos seriam co-responsáveis pelo resultado do discurso argumentativo.

Isto significa dizer que, pelas regras do discurso, as comunidades europeia e norte-americana travariam um discurso em igualdades de condições com as comunidades africanas, asiáticas e latino-americanas. A existência de um espaço plural, onde este diálogo possa ser estabelecido, embora ainda não estruturado, seria vital para que princípios éticos fundamentais fossem racionalmente estabelecidos.

A opção da ética do discurso em permanecer longe dos conteúdos vividos pelas “comunidades históricas de comunicação” (em contraposição à “comunidade ideal de comunicação”, onde a ética poderia ser corretamente formulada) é uma forma de preservar a própria ética enquanto conceito que pertence a uma racionalidade filosófica, no entender de Apel, não material. Esta pretensão de trabalhar a ética em nível “transcendental”, entre outras características, é criticada por Enrique Dussel, que aposta na concretização de uma ética material<sup>228</sup>, única possível para que o gigantesco processo e exclusão e

---

<sup>228</sup> Enrique Dussel exemplifica didaticamente os inúmeros tipos de construções éticas e a sua classificação em éticas “materiais” ou “de conteúdo”, éticas “formais” e as éticas “críticas”. Entre as éticas materiais poderíamos citar: as subjetivas (utilitarismo), comunitarista, simbólicas da cultura (“hermenêuticas à la Ricouer, Schelling ou Schleiermacher”), objetivas dos valores (“Scheler, Hartmann, ...”), ontológico-existenciárias (“Heidegger, etc.”), material-econômica “(subjetivo-objetiva institucional e histórica), como a de Marx” e a ética material “que propõe um princípio universal material como reprodução e desenvolvimento da vida humana (Hinkelammert, implícito em Marx e em alguns vitalistas)”. Entre as formais, teríamos a moral transcendental de Kant, a ética analítica, a moral do liberalismo transcendental de Rawls e a ética do discurso de Apel e Habermas. As éticas críticas seriam construídas a partir da economia política de Marx, das filosofias e ciências sociais alemãs do começo do século (primeira Escola de Frankfurt), do nível afetivo ou pulsional (Schopenhauer, Nietzsche, Freud), do pensamento fenomenológico e especificamente heideggeriano (Lévinas), das teorias macroestruturais da subjetividade moderna (Foucault) e da modernidade (os pós-modernos). Cf. DUSSEL, Enrique. op. cit., pp. 638-639.

de assassinato na maioria das populações mundiais não continue acontecendo. Estabelecendo comparações entre a ética do discurso e a sua ética da libertação, Dussel indica os motivos da opção por uma ética concreta, material, que tenha clara a situação sócio-econômica mundial e, principalmente, que tenha como ponto de partida as comunidades dos países do Sul e não as dos países capitalistas centrais, como faz a ética do discurso.

“Habermas colocou alguns dos temas que ocupam a Ética da Libertação. A única diferença é que, sendo a Ética do Discurso meramente formal, não tem como entrar em um debate racional-filosófico do conteúdo; (...). Habermas, então, tem consciência dos problemas e da impossibilidade de abordá-los, porque a função moral procedimental articulada a uma ética material é a de aplicar os conteúdos e, se previamente os eliminou, como no caso da Ética do Discurso, fica como uma lógica vazia”.<sup>229</sup>

Partindo de outros parâmetros, embora com alguns pontos em comum, desenvolveu-se na América latina uma “nova” ética, partindo de um compromisso com os povos historicamente excluídos das benesses do desenvolvimento capitalista e analisando a ética de um outro modo, baseado em conteúdos e na realidade de uma sociedade despedaçada. Surge, então, a Filosofia da Libertação, que tem em Enrique Dussel um grande representante teórico, e a ética da libertação, que vislumbra a busca de princípios éticos orientadores do agir humano de forma concreta, material.

“A filosofia da libertação é um contradiscurso, é uma filosofia crítica que nasce na periferia (e a partir das vítimas, dos excluídos) com pretensão de mundialidade. Tem consciência expressa de sua perifericidade e exclusão, mas ao mesmo tempo tem pretensão de mundialidade. Enfrenta conscientemente as filosofias européias, ou norte-americanas (tanto pós-moderna como moderna, procedimental como comunitarista etc.), que confundem e até identificam sua europeidade concreta com sua desconhecida função de ‘filosofia-centro’ durante cinco séculos”.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> DUSSEL, Enrique. op. cit., p. 200.

Embora reconhecendo os méritos da ética do discurso, principalmente levando em consideração a possibilidade de que o debate ou diálogo seja implementado de forma universal<sup>231</sup>, o que também é uma pretensão da ética da libertação (embora de outro modo), a ética da libertação insere um conteúdo na discussão ética atual. As comunidades ou os atores sociais contemporâneos devem ser compreendidos em sua existência histórica. Aliás, o reconhecimento dos povos periféricos, principalmente os latino-americanos (“encobertos” em 1492), como o outro participante com a mesma importância e capacidade de influência e decisão, é uma das questões centrais da filosofia dusseliana.<sup>232</sup>

Partido do pressuposto que uma ética comprometida com a mudança social necessária para o bem viver em termos mundiais não pode abstrair-se de enunciar conteúdos, Dussel afirma que uma ética voltada para a libertação deve ter um conteúdo de verdade material. Um conteúdo que seja um referencial cotidiano. Novamente, o filósofo argentino define o compromisso de sua ética com a maioria da população mundial que vive em completo abandono, criticando de forma veemente as teorias construídas sem uma preocupação concreta com a realidade social.

“A ética da libertação não pretende ser uma filosofia crítica para minorias, nem para épocas excepcionais de conflito ou revolução. Trata-se de uma ética cotidiana, desde e em favor das imensas maiorias da humanidade excluídas da globalização, na presente

---

<sup>230</sup> DUSSEL, Enrique. op. cit., p. 73.

<sup>231</sup> O termo “universal” aqui utilizado, como de resto foi utilizado em todo o texto está, ainda de acordo com as lições de Enrique Dussel, como uma categoria abstrata em contraposição ao termo “particular”. Os termos “mundial” ou “planetário” referem-se a um “horizonte concreto com respeito ao ‘sistema-mundo’ e inclui todas as culturas históricas”. Cf. DUSSEL, Enrique. op. cit., p. 632.

<sup>232</sup> O reconhecimento de todos os seres humanos enquanto possíveis participantes e legitimadores de um diálogo é ponto fundamental da obra dusseliana. O reconhecimento do *diferente*, do *exterior ao “ser”* é uma premissa da filosofia dusseliana que vislumbra na invasão européia na América (em 1492) o encobrimento do outro, que seríamos todos nós, latino-americanos, não reconhecidos como iguais pelos países centrais. Assim, nas palavras de Dussel, “o outro será a/o outra/o mulher/homem: um ser humano, um sujeito ético, o rosto como epifania da corporalidade vivente humana; será um tema de significação exclusivamente racional, filosófico e antropológico. (...) Nesta Ética, o Outro não será denominado metafórica e economicamente sob o nome de ‘pobre’. Agora, (...), o denominarei ‘a vítima’ – noção mais ampla e exata”. Cf. DUSSEL, Enrique. op. cit., pp. 16-17.

‘normalidade’ histórica presente. As éticas filosóficas mais em moda, as *standards* e até as que têm algum sentido crítico, com pretensão de serem pós-convencionais, são éticas de minorias (claro que de minoria hegemônicas dominantes, as que têm os recursos, a palavra, os argumentos, o capital e os exércitos) que, freqüentemente, podem cinicamente ignorar as vítimas, os dominados e afetados-excluídos das ‘mesas de negociação’ do sistema vigente, das comunidades de comunicação dominantes; vítimas sem direitos humanos promulgados, não percebidos pelos *ethos* de autenticidade e sob o impacto da coação legal e com pretensão de legitimidade”.<sup>233</sup>

Para Dussel, é fundamental um princípio que possa servir como orientador e fundamento para um viver ético (leia-se ético a partir de um parâmetro mundial) onde as populações periféricas possam não apenas ser ouvidas como também respeitadas em suas necessidades, de maneira geral, tão diferentes das necessidades encontradas nos países centrais. Este princípio seria a “produção, reprodução e o desenvolvimento da vida de cada sujeito humano em comunidade”. Aqui se estabelece um princípio ético de validade universal, um conteúdo para que as ações humanas (o agir humano) possam ser influenciados e descritos como éticos ou não. A simples expressão “produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito humano em comunidade”, repetida inúmeras vezes por Dussel em sua obra “Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão”, *per si*, não é suficiente para deixar claro o real conteúdo da ética da libertação. Assim, avançando na obra do filósofo argentino vamos estabelecer, de forma mais precisa, os conteúdos de sua ética e a relação destes com a situação periférica mundial e, também, sua aproximação teórica do pluralismo jurídico comunitário-participativo de Antônio Carlos Wolkmer.

No decorrer de sua obra, Dussel estabelece o significado do critério material universal da ética, que leva em consideração “a vida humana concreta de cada ser humano”, em três momentos distintos: a produção, a reprodução e o desenvolvimento. “O da produção da vida humana, nos níveis vegetativo ou

---

<sup>233</sup> DUSSEL, Enrique. op. cit., pp. 15-16.

físico, material e por meio e contendo as funções superiores da mente (consciência, autoconsciência, funções lingüísticas, valorativas, com liberdade e responsabilidade ética etc.), como processo inicial que é continuado no tempo pelas instituições na ‘reprodução’ (histórico, cultural etc.). É o âmbito próprio da razão prático-material”.<sup>234</sup>

Ainda sobre os momentos do princípio material universal, Dussel afirma que a reprodução da vida humana ocorre “nas instituições e nos valores culturais” e o desenvolvimento desta vida humana “exigirá um processo transformador ou crítico libertador”<sup>235</sup>. Em outras palavras, a ética da libertação, quando elege a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana como princípio ético material universal, não distingue entre as várias necessidades humanas. Ao contrário, formula uma necessidade que concentra necessidades físicas e culturais e afirma ainda que o desenvolvimento destas necessidades não pode ser estabelecido na vigência de um sistema excludente como o capitalismo atual.

Enquanto as medidas tomadas (as ações humanas) não estiverem concentradas e dirigidas para a resolução de problemas como o analfabetismo, a miséria absoluta, a morte por desnutrição, o machismo, as guerras étnicas, a poluição, entre tantas outras mazelas presentes na maioria dos países do mundo, não pode haver o desenvolvimento do/a próprio/a homem/mulher, pelo menos não eticamente. Assim, Dussel não distingue entre as várias necessidades humanas, e a ética da libertação funciona como conteúdo material apriorístico e, em momento posterior, como crítica aos sistemas concebidos como totalidades.

“Então não distinguiremos, (...), entre uma mera sobrevivência ou reprodução material física (comer, beber, ter saúde) e um desenvolvimento cultural, científico, estético, místico e ético. Nesta Ética da libertação, as palavras ‘produção, reprodução e

---

<sup>234</sup> DUSSEL, Enrique. op. cit., p. 636.

<sup>235</sup> Cf. DUSSEL, Enrique. op. cit., p. 636.

desenvolvimento' da vida humana do sujeito ético 'sempre' significam não só o vegetativo ou o animal, mas também o 'superior' das funções mentais e o desenvolvimento da vida e da cultura humana. Indicam um critério material *a priori* ou anterior a toda ordem ontológica e cultural vigente. Neste último caso, a posteriori, desempenha também a função de critério material crítico do juízo ético, do enunciado descritivo ou de fato, ou da própria ordem cultural ou sistema de eticidade dados como totalidade. A 'autoconservação' do sistema terminará por opor-se à reprodução da vida humana".<sup>236</sup>

O modelo ético proposto por Dussel, embora reconhecendo a diversidade de necessidades humanas, para efeitos de fundamentação não estabelece diferenças entre uma necessidade fisiológica e uma cultural. O pleno desenvolvimento humano sugere a satisfação de ambas, e um conteúdo ético material com pretensões universais deve atender à todas elas. Em outras palavras, no dizer do próprio Dussel, a ética da libertação é uma ética da vida, em todos os seus momentos e dimensões. A realidade vivida pela "imensa maioria" é um atestado da falta de ética nos tempos atuais, tanto quanto nos tempos passados. O incrível desenvolvimento tecnológico, a descoberta de inúmeros medicamentos e da cura de incontáveis doenças, não indicam um desenvolvimento ético. A crise ética, tão "badalada" nos últimos anos, não deixará de existir enquanto houver necessidades humanas fundamentais não satisfeitas. Os escassos recursos encontrados nos países periféricos, fruto da transferência de riquezas para os países centrais (desde 1492 até hoje) e que escapam da apropriação individual dos corruptos e corruptores, já seriam insuficientes para atender à demanda gerada pela população. Não bastasse isso, os governos latino-americanos seguem fielmente as regras de um sistema que foi feito para excluí-los. A dependência econômica é fortalecida com a dependência cultural estabelecida pelo sistema.

A situação econômica, em que estão inseridos os países periféricos (entre eles o Brasil), indica a total impossibilidade de satisfação das necessidades humanas, mesmo as fundamentais. A atuação ética, neste contexto, não pode

---

<sup>236</sup> DUSSEL, Enrique. op. cit., p. 636.

desconhecer tais fatos. A situação é de profunda exclusão e as opções éticas devem buscar um redimensionamento do desenvolvimento latino-americano em todas as suas esferas: econômica, social, cultural etc. As ações humanas devem, enfim, ser orientadas por princípios éticos, que possibilitem a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana de cada sujeito ético.

A reflexão e o engajamento das “vítimas” deste sistema produzirão um novo espaço democrático mundial. Um novo critério ético estabelecido resultará em uma nova etapa de civilização. A ética da libertação tem esta pretensão universal. O pensamento latino-americano pode e deve ter pretensões universais. O pensamento latino-americano, articulado com as outras “vítimas”, deve estabelecer novos parâmetros para o desenvolvimento mundial. Os europeus fizeram isso no século XVIII, com as revoluções burguesas, as sociedades periféricas podem fazer isso no novo milênio que se inicia.

“Se Rousseau mostrou no Emílio o protótipo da revolução burguesa revolucionária – (...) –, um Paulo Freire, o anti-Rousseau do século XX, nos mostra ao contrário uma comunidade intersubjetiva, das vítimas dos Emílios no poder, que alcança validade crítica dialogicamente, anti-hegemônica, organizando a emergência de sujeitos históricos (‘movimentos sociais’ dos mais diversos tipos), que lutam pelo reconhecimento dos seus novos direitos e pela realização re-sponsável de novas estruturas institucionais de tipo cultural, econômico, político, pulsional etc”.<sup>237</sup>

A construção de um pensamento periférico anti-hegemônico é fundamental para inserir as “vítimas”, o povo no contexto mundial. A perspectiva ética indicada pela filosofia da libertação estabelece parâmetros para a orientação do agir humano. Os povos excluídos neste gigantesco processo de globalização são a grande maioria populacional do planeta. Se a desigualdade social aumenta, não há justificativa ética para a manutenção do atual sistema social, político e econômico. A urgência em buscar aprofundar a democracia, a consciência e autoconsciência (ainda nas formas de produção da vida humana) estão

diretamente vinculadas à possibilidade do início de um diálogo com os países centrais. Não há possibilidade de diálogo racional se não temos uma identidade formada e a grande maioria da nossa população não tem sequer suas necessidades fundamentais satisfeitas. Este é um dado que a ética do discurso não se ocupou, aliás, por motivos óbvios, já que a ética do discurso foi formulada com base em parâmetros europeus (alemães mais precisamente, como freqüentemente afirma Habermas), embora com pretensões universais. Neste ponto, a ética da libertação supera a ética do discurso. A ética periférica aposta no crescimento e consolidação de novos atores sociais (os movimentos sociais, por exemplo) que, através de sua legitimidade, integrarão um novo *locus* de embate democrático.

A ética da libertação, dessa forma, indica uma sociedade participativa e democrática, única forma possível de emancipação. Para isso, as instituições devem ser repensadas. Um Estado corrupto e que historicamente defende a minoria da população representada pelos representantes do capital, e um direito que, também historicamente, vem sendo utilizado como forma de controle social não têm legitimidade para empreender esta transformação. A mudança de paradigma, tanto de organização estatal, quanto e teoria jurídica é fundamental para iniciarmos este longo processo de independência em relação aos países e principalmente às culturas dos países centrais. O pluralismo jurídico de Antônio Carlos Wolkmer aposta nesta possibilidade. Da mesma forma que a ética, o direito não pode ser uma construção apenas formal. Não se trata de situar-se em uma esfera diferente da esfera social. O direito deriva da sociedade e deve, dessa forma, ter um compromisso fundamental com as necessárias e urgentes mudanças sociais. A justiça buscada pelo direito não é qualquer justiça, é a “justiça social”, como nos adverte Robert Lyra Filho, única possível e aceitável no perturbador quadro em estamos inseridos.

---

<sup>237</sup> DUSSEL, Enrique. op. cit., p. 415.

### **4.3. O pluralismo jurídico e a ética da libertação como paradigmas para a construção de uma nova cidadania: possibilidades e limites no início do século XXI.**

A relação estabelecida entre o direito e o desenvolvimento do pensamento ético no mundo ocidental sempre foi uma constante. Afinal, o próprio conceito de direito sempre esteve, de alguma forma, relacionado ao conceito de justiça, um valor que teve inúmeras versões no desenvolvimento das teorias jurídicas e sociais. A definição de um modelo jurídico, no caso o pluralismo jurídico comunitário-participativo de A. C. Wolkmer, e de um modelo ético, no caso a ética da libertação de Enrique Dussel, não tem como objetivo principal explicar de maneira definitiva, e nem seria possível, a complexa formação do fenômeno jurídico. A escolha destes parâmetros, entretanto, pode contribuir decisivamente para a busca de uma sociedade fundamentalmente mais democrática.

Estabelecer o pluralismo jurídico e a ética da libertação como parâmetros de construção de uma nova cultura jurídica, assim como no diz o próprio Wolkmer, significa ter em mente que tais parâmetros servem como indicação e início de uma longa e árdua construção teórica. Aliás, os paradigmas utilizados nas ciências sociais, segundo Cláudio Souto, devem ser considerados “paradigmas em sentido amplo”, devido à grande complexidade dos fatos sociais, em oposição aos paradigmas científicos das ciências físicas ou naturais, que seriam em “sentido estrito” pela possibilidade de serem comprovados ou comprováveis.<sup>238</sup> Este alerta serve como ponto de partida para indicarmos a estreita relação existente entre as teorias de A. C. Wolkmer e Enrique Dussel,

---

<sup>238</sup> “Assim, o intermental humano exteriorizado (objeto das ciências sociais) é o fenômeno mais complexo da natureza conhecida (em certo sentido, os fenômenos sociais são também fenômenos da natureza, pois tudo que existe está na natureza). (...). Ou seja, as ciências sociais têm paradigmas (modelos) teóricos, apenas em sentido lato (amplo), ao contrário da física, que os possui em sentido teórico rigoroso, isto é, eles são rigorosamente apresentados e rigorosamente comprovados ou comprováveis, havendo por isso um fortíssimo consenso em torno deles”. Cf. SOUTO, Cláudio. op. cit. p. 89.

sem desconhecer os eventuais limites e possibilidades dessa construção teórica no início deste novo milênio.

Apenas para lembrar (o assunto já foi abordado no Capítulo 3), o pluralismo jurídico comunitário-participativo tem como fundamentos de efetividade material o reconhecimento dos sujeitos coletivos de juridicidades (com prioridade para os Novos Movimentos Sociais) e a satisfação das necessidades humanas fundamentais. Por outro lado, os fundamentos de efetividade formal referem-se a construção de uma racionalidade emancipatória, a reordenação política do espaço público (com democracia, descentralização e participação) e a formulação de uma nova ordem de valores éticos. A necessidade de buscar novos valores e princípios éticos surge da crise vivenciada em grande parte do mundo, talvez em todo o mundo. Hoje, algumas preocupações têm escala mundial. A Amazônia, por exemplo, localizada na América do Sul e uma das maiores reservas florestais do mundo, interessa tanto ao Brasil e demais países sul-americanos, quanto aos Estados Unidos e outros países do capitalismo central.

A opção do pluralismo jurídico pela ética da libertação (ou a construção de uma “ética da alteridade”, como será adiante explicado) é uma opção pelo reconhecimento da situação de exclusão encontrada em nosso país. O ponto de partida tanto do pluralismo jurídico quanto da ética da libertação é a real impossibilidade de manifestação da maioria da população pelos canais tradicionais de comunicação e participação política. A constatação de que o cenário das condições das comunidades sócio-políticas do Capitalismo periférico “é composto por sujeitos alienados, espoliado e desiguais”<sup>239</sup>, indica a necessidade de adoção de formulações capazes “de romper com todos os formalismos técnicos e abstracionismos metafísicos, revelando-se a expressão

---

<sup>239</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de um nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 239.

autêntica dos valores culturais a das condições histórico-materiais do povo sofrido e injustiçado da periferia latino-americana e brasileira.”<sup>240</sup>

Enfim, o modelo clássico de cidadania liberal ainda não foi sequer observada no Brasil. A simples participação política, através das eleições para os poderes executivo e legislativo, encontra dificuldades diante não apenas do processo de ideologização e manipulação freqüentes, mas também e de forma importante encontra problemas devido ao alto grau de analfabetismo da população brasileira.<sup>241</sup> Em muitos lugares do país, por exemplo, o voto é realizado por “terceiros interessados” que “ensinam” o eleitor a operar a cédula ou a máquina eleitoral, numa flagrante e conhecida fraude ao sistema eleitoral. A participação política efetiva de grande parte da população brasileira só poderá ser estabelecida se não ignorarmos tais questões. A cidadania, conceito fundamental para fomentar uma organização social minimamente democrática, deve ser estimulada não apenas com o incentivo aos meios oficiais de participação mas, principalmente, através de canais criados e sugeridos pela própria comunidade. É isto que deseja o pluralismo jurídico e é nisto que se baseia, também, a ética da libertação.

Ainda tratando da questão ética, Wolkmer não ignora os grandes avanços propostas pela ética do discurso, que em sua estrutura utiliza categorias como emancipação, solidariedade e justiça, mas adverte para o fato de que as

---

<sup>240</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de um nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 239.

<sup>241</sup> Apenas para exemplificar a situação social em que estamos inseridos e a dificuldade de efetivação do conceito de cidadania, basta averiguarmos a situação de analfabetismo no Brasil. Consideram-se analfabetos os maiores de 15 anos que não sabem ler nem escrever. Segundo a Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílios (Pnad) de 1996, 14,7% da população brasileira é analfabeta. Um outro dado interessante é que nos países desenvolvidos esta taxa sequer é calculada devido aos índices serem desprezíveis (menos de 5%). No Nordeste brasileiro, esta taxa sobe para 28,7% da população. Um outro índice alarmante é o do chamado “analfabeto funcional”, que é a pessoa que foi “alfabetizada” mas é incapaz de usar a leitura e a escrita em atividades cotidianas, como o exemplo do voto. No Brasil a taxa de analfabetismo funcional, segundo a mesma pesquisa, é de 34,1%, considerados aí aqueles que têm mais de 20 anos e apenas 4 (quatro) anos de estudo formal. No Canadá, o analfabeto funcional é aquele que tem menos de 8 (oito) anos de estudo formal. Em outras palavras, pelos critérios usados em países capitalistas centrais o Brasil teria índices ainda mais significativos em relação ao analfabetismo. Fonte: Pnad, 1996, IBGE. In: **Almanaque Abril**. São Paulo: Abril, 1999, pp. 155-156.

regras do discurso não favorecem os excluídos do sistema-mundo. A periferia não pode ser ouvida porque não reúne as qualidades indispensáveis para participar do debate ético. Ou seja, a periferia que, em tese, teria a grande possibilidade de fundamentar eticamente um novo discurso e novas práticas, é simplesmente ignorada, por não reunir as qualidades essenciais para participar do diálogo.

“Diante disso, verificam-se reais dificuldades para situar a ética discursiva universal nas condições das comunidades sócio-políticas do capitalismo periférico, (...) O que deveras acontece é que na ‘comunidade de comunicação real’, hegemônica e central, o ‘outro’ (o sujeito espoliado e dominado do mundo periférico) que deveria ser a condição fundante, na verdade, é ignorado, silenciado e excluído, porque não é livre nem competente para participar da consensualidade discursiva e do jogo lingüístico argumentativo. Com isso pode-se também afirmar que o sujeito da ‘intenção emancipadora’ dos teóricos da Escola de Frankfurt não se confunde necessariamente com o sujeito da ‘práxis libertadora’ (pobres, miseráveis e oprimidos) dos pensadores latino-americanos”.<sup>242</sup>

Diante de tais pressupostos, sem esquecer o avanço representado pela ética do discurso na substituição de fundamentos baseados apenas na razão para outros fundamentados dialogicamente (rompendo com a tradição clássica da ética aristotélica-tomista e baseando-se na dialética hegeliana, retomando, ampliando e transpondo a ética formalista de Kant)<sup>243</sup>, o pluralismo jurídico comunitário-participativo opta por uma teoria condicionada aos fatores históricos, sociais, econômicos, políticos e culturais do nosso povo.

Avançando na teoria formulada por Dussel, o jurista gaúcho, radicado em Santa Catarina, aponta para a formulação de uma Ética da Alteridade, ou ética concreta da alteridade, que seria a “expressão de valores emergentes (emancipação, autonomia, solidariedade e justiça), quer como forma

---

<sup>242</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de um nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 239.

<sup>243</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de um nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 236.

de destruição da dominação, quer como instrumento pedagógico da libertação”, e esta construção envolveria duas condições essenciais: a práxis concreta, e a “situação histórica das estruturas sócio-econômicas até hoje espoliadas, dependentes, marginalizadas e colonizadas” e a apropriação do conhecimento encontrado na “própria cultura teológica, filosófica e sócio-política latino-americana”.<sup>244</sup>

A ética da alteridade, comungando com as idéias propostas tanto pela ética do discurso quanto pela ética da libertação em relação a existência de valores universais, ou seja, a ética da alteridade, também com pretensões universais, prioriza práticas culturais localizadas historicamente, particulares, materiais e não formais. Em suma, o conteúdo da ética da alteridade deve ser buscado no interior dos sujeitos sociais, nos movimentos sociais, associações e outras formas de organização que sejam frutos da participação e iniciativa populares. Definindo sua “ética da alteridade”, Wolkmer afirma que: “A ‘ética da alteridade’ é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos”<sup>245</sup>

A aproximação dos conteúdos éticos propostos pelo pluralismo jurídico comunitário-participativo e o conteúdo da ética da libertação, além de necessária, é indicada como fundamental para compreender a proposta pluralista. Assim, o autor gaúcho desenvolve, no decorrer de sua obra, os principais pontos de aproximação entre as duas teorias. Entre estes pontos de interseção, que inclusive originaram a formulação da “ética da alteridade” estão algumas das categorias utilizadas por Dussel no desenvolvimento da ética da libertação. A

---

<sup>244</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de um nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 240.

<sup>245</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de um nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 241.

principal delas é a da “exterioridade”, que representa o reconhecimento do “outro” enquanto sujeito capaz.

“Já a categoria da ‘exterioridade’ engloba o ‘espaço humano do outro’, da alteridade de uma nova subjetividade presente em cada pessoa enquanto individualidade e em cada grupo enquanto coletividade. Ademais, a metafísica da alteridade enquanto paradigma originário que rompe com a injustiça e com a ‘negação do ser do outro’, inscreve na história a exterioridade do outro, configurando, pela práxis, refletida igualmente a nível teórico, uma nova lógica de convivência humana”.<sup>246</sup>

Com a exterioridade, “que se pretende construir”, em contraposição à “totalidade” (“que pode se manifestar de diversas maneiras e abarca o mundo da vida cotidiana, a totalidade do ser, a universalidade dos sentidos e das práticas, a mundialidade capitalista concreta e abstrata.”), “que se pretende destruir”, Dussel desenvolve dois conceitos fundamentais para as éticas referidas (alteridade e libertação): a alienação, que seria “o mal ético por excelência” e a “libertação”, que seria a “utopia do homem novo”.<sup>247</sup>

Em dissertação defendida perante o curso de Mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina, intitulada “Pluralismo Jurídico, os Novos Movimentos Sociais e a Exterioridade em Dussel”, José Carlos Moreira da Silva Filho, observando as obrigatórias relações entre a ética da libertação de Dussel e a construção preconizada no pluralismo jurídico comunitário-participativo, comenta que a segunda teria uma reflexão histórica e local (portanto particular) mais acentuada, enquanto que na primeira, a própria exterioridade (o outro) seria obra de uma “construção metafísico-teológica”.

“Comparando as propostas de Dussel para uma ética da libertação e de Wolkmer para uma ética concreta da alteridade, percebe-se que,

---

<sup>246</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de um nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 242.

<sup>247</sup> Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico – fundamentos de um nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 242-243.

(...), o jurista gaúcho preocupa-se em historicizar o abstracionismo metafísico-teológico da exterioridade em Dussel. A exterioridade, nesse entendimento, não seria uma realidade em si, construída a partir de uma razão metafísica, mas sim uma realidade social, gerada nos processos de lutas e conflitos de interesses”.<sup>248</sup>

A possibilidade de universalização de princípios éticos a partir das experiências locais ou particulares, é defendida por A. C. Wolkmer sem, entretanto, esquecer que os princípios devem ser universalizáveis. É assim que defende uma ética latino-americana com pretensões universais. Em suas palavras: “propor, ademais, uma ética identificada com os valores latino-americanos não é renunciar à aceitação e à consciência da existência de princípios racionais universalizantes, mesmo porque há de se projetar as nossas particularidades com uma visão universal.”<sup>249</sup>

A proposta articulada por A. C. Wolkmer deixa bem claro uma opção por uma ética que tem como ponto de partida os sujeitos sociais dos países capitalistas periféricos, em especial a América Latina. Assim como Dussel, o pluralismo jurídico observa nestas populações um rico catálogo de experiências sociais, políticas, culturais e jurídicas que são, sistematicamente, negadas e ignoradas pelo sistema em que estamos inseridos. Apenas a emancipação destes sujeitos, porque capazes de empreender tal transformação, pode modificar o quadro de miséria e abandono ao qual estamos submetidos.

“Certamente, que o desafio está em transgredir o convencional e buscar valores emergentes (...), provenientes das práticas sociais emancipatórias e das lutas reivindicatórias por necessidades transformadas em direitos. No espaço aberto de interações renovadas e de exigências éticas, cuja realidade fragmentada e experimental é reinventada e rearticulada permanentemente, os movimentos sociais se legitimam para criar, produzir e definir princípios éticos de uma nova sociedade, pautados na emancipação,

---

<sup>248</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **O pluralismo jurídico, os Novos Movimentos Sociais e a Exterioridade em Dussel**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1996, p. 228.

<sup>249</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de um nova cultura no direito**. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 243.

autonomia, solidariedade, justiça e a dignidade de uma vida capaz da satisfação das necessidades fundamentais”.<sup>250</sup>

A vinculação do pluralismo jurídico proposto por Wolkmer aos movimentos sociais é patente. A própria definição de “comunitário-participativo” traz não deixa esquecer esta característica marcante do sistema elaborado. A emancipação dos atores sociais envolvidos neste processo seria o primeiro passo para a construção de uma juridicidade pluralista. O reconhecimento de que os movimentos sociais são, não apenas, portadores de direitos, mas, também, produtores de direitos não existentes na esfera estatal, é básico para a compreensão e aceitação e juridicidades outras que não o direito positivo estatal. Estes parâmetros indicados pelo pluralismo articulam-se perfeitamente com a construção de um novo conceito de cidadania. Uma nova cidadania porque não está restrita ao formalismo dos canais de participação oficiais (eleição, plebiscito etc.), porque age localmente, mas tem também preocupações globais, porque inventa ou reinventa novas formas de participação, sempre articulando uma identidade própria e propostas de emancipação. Uma cidadania, enfim, que possa ser definida a partir dos milhões de brasileiros (e habitantes dos países periféricos) aliados de qualquer benesse do “desenvolvimento moderno”.

A inclusão desta “considerável” parcela da população mundial que não tem as suas necessidades humanas fundamentais satisfeitas é um problema que não vai ser resolvido rapidamente. Tanto o processo de exclusão, quanto o de inclusão são lentos e custosos. A questão fundamental é quando vamos parar um (o de exclusão) e iniciar o outro (o de inclusão). A extensão dos direitos já consagrados, e, portanto, positivados, a populações que ainda não os conhecem é uma tarefa diária que não podemos deixar de reconhecer. Os direitos positivados que estão em consonância com um projeto de emancipação humana, entre eles aqueles que garantem a sobrevivência do ser humano, devem ser continuamente defendidos, tanto prática quanto teoricamente (daí os inúmeros movimentos de

---

<sup>250</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico – fundamentos de um nova cultura no direito.**

juristas e estudantes de direitos que buscam garantir a efetividade destes direitos). A proposta do pluralismo jurídico não desconhece a importância de tais direitos. O discurso de inclusão, entretanto, não deve ter como ponto de partida os discursos formalizados a partir do dominador. Embora não seja possível a defesa de um discurso maniqueísta, onde as práticas sociais comunitárias sejam boas, e as normas estatais positivadas sejam más, é necessário que as práticas comunitárias sejam reconhecidas enquanto legítimas formuladoras de direitos.

A proposta de um direito plural, como não poderia deixar de ser, é bastante criticada. Se, inicialmente a crítica partia de teóricos considerados conservadores, hoje podemos observá-las de forma mais “ampla”.<sup>251</sup> Uma importante crítica feita ao pluralismo jurídico é a de que o processo democrático, mesmo que formal, garante o acesso da população à formação dos seus representantes e, por conseguinte, à formação do próprio Estado e de suas normas. Diz ainda que o estado não é um bloco monolítico de interesses e que, numa visão dialética, há consideráveis espaços de luta por emancipação dentro do próprio Estado.

As críticas continuam indicando inúmeras experiências “pluralistas” que têm como ponto central o medo, a coação e a violência e não a emancipação, justiça e solidariedade (como já exposto no capítulo anterior). Dessa forma, algumas práticas comunitárias serviriam apenas para inscrever “novos direitos” no ordenamento jurídico estatal, o único, em última instância, existente. A crítica torna-se ainda mais importante em “tempos de neoliberalismo”, em que muitas conquistas das classes trabalhadoras, frutos de inúmeras lutas sociais, vêm sendo retiradas na mesma proporção que o discurso neoliberal prega a diminuição do aparelho estatal. A “defesa” das democracias

---

São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 244.

<sup>251</sup> Sobre a formulação de uma crítica ao modelo do pluralismo jurídico proposto por Antônio Carlos Wolkmer, elaborada por um teórico progressista (inclusive representante e principal articulador do movimento de direito alternativo) consultar: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito Moderno e mudança social – ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

representativas, neste contexto, seria hoje, para alguns, o principal motivo justificador das lutas sociais.

As críticas não devem ser ignoradas, até porque bem fundamentadas. Muito pelo contrário, a interposição de contra-argumentos enriquece o debate acerca do pluralismo jurídico. Tais posições, entretanto, não consideram o pluralismo uma proposta ainda em construção e falham exatamente onde criticam o pluralismo jurídico. Em relação às inúmeras práticas comunitárias não emancipatórias, o pluralismo jurídico comunitário-participativo parte de uma premissa que exclui tais experiências sociais como fontes de qualquer juridicidade, como já comentado no capítulo anterior.

O respeito à democracia representativa também faz parte do ideário pluralista. Apostar na existência de um direito plural significa, exatamente, não considerar o direito estatal e os meios formais de participação. Significa não considerá-los os únicos existentes, embora muito importantes. A adoção de medidas neoliberais e a conseqüente perda de direitos sociais historicamente conquistados como óbice a uma defesa do pluralismo jurídico deve ser analisada com maior atenção. O pluralismo não prega o fim do Estado, aponta apenas para a convivência entre formas de organização sociais e jurídicas diferentes, entre elas o Estado. Os direitos já consagrados devem não apenas ser garantidos como também aprofundados. A diminuição do aparelho estatal, no neoliberalismo, dá-se em áreas estratégicas para o processo de emancipação do homem e satisfação de suas necessidades fundamentais, como a saúde, a educação, a habitação, a oferta de emprego etc. Tal política, portanto, é inconciliável com a proposta ético-pluralista apresentada.

Enfim, embora reconhecendo os justificados limites na elaboração de uma teoria jurídica, o pluralismo jurídico comunitário-participativo de Antônio Carlos Wolkmer em conjunto com os fundamentos da ética da libertação fornecem poderosos subsídios para uma compreensão mais ampla do fenômeno

social. A situação de milhões de pessoas que estão alheias ao discurso de manutenção de garantias sociais (porque não podem manter o que nunca tiveram) não pode ser relativizada. A plena satisfação das necessidades humanas fundamentais e um direito fundamentado em princípios éticos materiais, construídos historicamente não são os únicos parâmetros possíveis para o repensar o direito neste início de milênio, mas são importantes na construção de um novo tipo de cidadania, plena e efetiva.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno jurídico não pode ser interpretado sem uma profunda conexão com a realidade social. Embora esta afirmação pareça por demais óbvia, as teorias jurídicas positivistas teimam em não considerar a realidade social como algo importante para a configuração do próprio direito. Esta posição não seria tão grave se a situação em que vivemos fosse outra. O incrível é que vivemos em uma sociedade que exclui milhões de pessoas de qualquer possibilidade de exercício da cidadania e as visões positivistas continuam a impregnar majoritariamente as teorias jurídicas e o Poder Judiciário no nosso país.

Ao mesmo tempo em que o conservadorismo de teorias que simplesmente abstraem qualquer influência social na sua formação permeia grande parte das instituições, novas práticas sociais se multiplicam. A plena e absoluta ineficiência do Estado em atender as necessidades mínimas da população faz com que o mesmo se sustente em uma legitimidade suposta, aliás convenientemente suposta. O Estado e o direito são sustentados por um formalismo absurdo e anacrônico que não resolve, e nunca resolveu, os reais e graves problemas da população brasileira. A tão propalada “crise” social em que vivemos, aliás de maneira ininterrupta nos últimos 500 anos, funciona apenas como um discurso vazio, absolutamente sem conteúdo, como também o fazem com o próprio direito, que para atingir a justiça, segundo dizem, deve ser neutro, sem conteúdo socialmente determinado, enfim, vazio.

O direito tem servido para manter a atual situação social de várias maneiras, tendo no Poder Judiciário talvez a principal fonte de injustiças reconhecida pela população, principalmente a mais carente, que vislumbra um enorme distanciamento entre a sua realidade e a realidade das instituições no país. A situação, que repetindo não é nova, agrava-se com o agravamento da miséria em nosso país. É cada vez mais difícil manter a “ordem” num país mergulhado no caos social como o Brasil. Muito embora as inúmeras formas de

controle social estejam cada vez mais eficientes, há um sentimento de que existem várias sociedades dentro da brasileira. É comum, por exemplo, a afirmação de que “aqui as regras são outras”, numa clara referência à ineficácia das normas estatais em diversos momentos na vida social brasileira.

Esta situação de absoluta ineficiência estatal, conjugada com o já comentado autoritarismo do Estado brasileiro, fomenta a multiplicação de inúmeras experiências sociais paraestatais. As comunidades se organizam pela necessidade de auto-afirmação e identidade, mas também para exigir a satisfação de necessidades humanas fundamentais não satisfeitas minimamente pelo Estado. A constatação de que novas experiências jurídicas coexistem com as normas estabelecidas pelo Estado não é, também, uma novidade. Tais experiências já existiram durante toda a história do país, desde que passou a ser um Estado-nação, nos moldes modernos. Esta constatação também não é suficiente para apostarmos na legitimidade e reconhecimento destas práticas.

O estudo do pluralismo jurídico, segundo as formulações de Antônio Carlos Wolkmer, é importante em vários sentidos. Além de indicar a existência de diversas experiências jurídicas plurais e que é necessário que as mesmas sejam estudadas e reconhecidas pela sociedade, há um claro compromisso do pluralismo jurídico comunitário-participativo com a situação social em que estamos inseridos. Não há apenas uma reflexão abstrata das relações entre uma teoria jurídica e as influências sociais daí decorrentes. O compromisso efetivo é com um processo de emancipação do ser humano. O pluralismo jurídico comunitário-participativo trata o direito de forma material, apresenta conteúdos para que as experiências plurais possam ser consideradas direito.

O aprofundamento de suas relações com a ética da libertação tornam-se mais o que necessárias, obrigatórias. Como estabelecer conteúdos? Em que critérios podemos repousar o título de “jurídica” ou “antijurídica”. A discussão repousa na possibilidade de fundamentar direitos plurais. A separação

entre as esferas da “lei”, ou legais, e do “direito”, ou jurídicas, é o primeiro passo na construção de uma teoria que suscita controvérsias e infundáveis “confusões”.

O pluralismo jurídico e ético fundamenta-se na existência de um anseio social por contra-discursos emancipatórios. Não há mais espaço para tratar o fenômeno jurídico ignorando a situação social presente. É falsa a pretensão de abordar o direito dogmaticamente, esquecendo as inúmeras vicissitudes existentes na sua formulação e, principalmente, na sua aplicação. A situação social é de emergência e tal afirmação não tem absolutamente um viés apocalíptico, pois a mesma afirmação poderia ser feita em qualquer época histórica do nosso país. A questão abordada neste trabalho é o papel do direito na manutenção ou transformação do mundo em que vivemos. Não há, aqui, nenhuma pretensão de que o desenvolvimento de teorias jurídicas realize grandes mudanças sociais, muito pelo contrário, há a pretensão de que formas jurídicas mais democráticas possam servir como um dos meios de transformação social. Um direito comprometido com um conceito sempre tão invocado e, contraditoriamente e convenientemente, tão esquecido que é o conceito de justiça social.

A busca por cidadania é uma luta constante dos movimentos sociais. Desde a Associação de Bairro, passando pelas Organizações Não-Governamentais – ONG’s também nos sindicatos, a luta pela incorporação de direitos é fundamental. A articulação entre estes movimentos sociais e uma teoria jurídica que lhes proporcione autonomia e identidade é a proposta aqui defendida.

Os tempos atuais, entretanto, diferente das décadas passadas, principalmente as décadas de 70 e 80, no processo de redemocratização que aglutinou os interesses de diversos movimentos sociais de emancipação, talvez não sejam os mais propícios para a defesa de teses progressistas que de alguma forma questionem a legitimidade do Estado. Afinal, o neoliberalismo já faz isso

com considerável sucesso, dirão alguns. Mais ainda, defender hoje o pluralismo jurídico seria apostar na prevalência dos mais fortes e violentos sobre os mais fracos e pacíficos. Os movimentos progressistas em diversas partes do mundo, por exemplo, lutam pela garantia de direitos sociais já alcançados, ao invés de questionar a legitimidade do Estado. As críticas que surgem hoje contra o pluralismo jurídico enquanto tese progressista e de transformação social e emancipação humana, muitas vezes, referem-se a uma situação social, política e econômica, que não favoreceria tais discussões, sob pena de enfraquecer o já tão debilitado movimento pela luta de manutenção dos direitos já consagrados, luta esta encampada pelos próprios movimentos sociais que inspiraram a construção do pluralismo jurídico.

As críticas são minimizadas pela profunda preocupação do pluralismo jurídico em estabelecer conteúdos éticos para a elaboração e reconhecimento de juridicidades. O neoliberalismo é um dado que não pode ser ignorado. A “produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana de cada sujeito ético”, apenas para repetir as palavras de Enrique Dussel, abarca as preocupações com o desmantelamento das políticas sociais na América Latina e no Brasil. O Estado, entretanto, nunca foi, em toda a sua história, um espaço plenamente democrático e de ampla participação popular. No caso brasileiro, para verificarmos tal fato basta uma rápida análise na história do último século e seus inúmeros períodos de ditadura. A luta por manutenção e incorporação de direitos não está vinculada de forma absoluta à defesa do ordenamento jurídico estatal como único existente.

No caso brasileiro, mais especificamente, mesmo com tantos direitos já inscritos na Constituição Federal de 1988, não há porque afirmar que tais prerrogativas foram, algum dia, satisfeitas ou, de outro modo, que a simples manutenção de tais direitos na Constituição ou em outros diplomas legais, embora muito importante, seja suficiente para que os mesmos possam ser efetivados algum dia. A situação latino-americana, ao contrário dos países

capitalistas centrais, e a de não efetivação da grande maioria destes direitos, a não ser para pequenas parcelas da população nacional. Considerar tais argumentos é fundamental para insistir no aprofundamento de uma teoria jurídica que aposte na emancipação dos mais diversos grupos sociais existentes, com uma natural e necessária crítica ao Estado. Aqui, interpretando a frase de Norberto Bobbio em que, abordando os direitos humanos e a possibilidade de sua fundamentação diz “que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”, podemos verificar que, no Brasil, precisamos também relacioná-los com uma realidade social excludente e que nega possibilidade de sobrevivência para parte a população. Há, neste entender, não apenas a necessidade de protegê-los, mas também o de fundamentá-los para que, com isso, possam “existir” concretamente, na rua, no campo, e não apenas nos artigos e parágrafos da Constituição Federal.

A construção de uma cidadania plena e solidária, que não possa abstrair a realidade social do país, pode buscar no pluralismo jurídico comunitário-participativo e na ética da libertação poderosos argumentos e referências para a sua consolidação. Uma teoria do direito no Brasil deve ser elaborada levando em consideração a situação e o estágio de desenvolvimento do nosso país. O comprometimento com as transformações necessárias deve ser uma preocupação teórica constante. É necessário formar uma identidade teórico-jurídica nacional, sem reducionismos, mas que importe em reconhecimento da situação em que estamos inseridos. A objetivo inicial deste trabalho é o de incentivar e colaborar nas pesquisas jurídicas que vislumbram a possibilidade da existência de um fenômeno jurídico plural, tentando estabelecer relações possíveis entre o pluralismo jurídico e a ética, para a construção de um novo conceito de cidadania, solidário com a situação de milhões de brasileiros que estão excluídos, inclusive, deste debate.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALEXY, Robert. Problemas da Teoria do Discurso. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pp. 13-29.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir, GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. pp. 09-23.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

\_\_\_\_\_. **Dogmática Jurídica: esforço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

\_\_\_\_\_. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

APEL, Karl-Otto. **Estudos de Moral Moderna**. Trad. de Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

\_\_\_\_\_. Ética do discurso como ética da responsabilidade. Trad. de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. **Cadernos de Tradução**, n. 3. São Paulo: Departamento de Filosofia/USP, 1998. pp. 8-37.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de Mário da Gama Kury. 2. ed. Brasília: EdUNB, 1988.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

\_\_\_\_\_. **Lições de Direito Alternativo 2**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política**. Trad. de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guereiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 10. ed. Brasília: EdUNB, 1994.

\_\_\_\_\_. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: EdUNB; São Paulo: Polis, 1988.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. As sociedades pré-colombianas: dimensão cultural, econômica, político-social e jurídica. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

BORÓN, Atílio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. In: SADER, Emir, GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. pp. 63-118.

BRAVO, Gian Mario. Burguesia. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política**. Trad. de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guereiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 10. ed. Brasília: EdUNB, 1994.

BRUIT, Hernan Héctor. **Bartolomé de Las Casas e a simulação dos vencidos**. Campinas: Unicamp/Illuminuras, 1995.

CARVALHO, Amilton Bueno. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CERI, Paolo. Proletariado. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política**. Trad. de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guereiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 10. ed. Brasília: EdUNB, 1994.

CERQUEIRA, Daniel Torres de. A escravatura negra do Brasil colônia e o pluralismo jurídico no Quilombo de Palmares. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. A humanidade no século XXI: a grande opção. In: **Revista Praga**. n° 09, junho de 2000.

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. Trad. de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores).

CORREAS, Óscar. El neoliberalismo en el imaginario jurídico. In: **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política: a dualidade de poderes e outros ensaios**. São Paulo: Cortez, 1994.

\_\_\_\_\_. **Notas sobre o pluralismo.** Conferência apresentada na Associação Brasileira de Ensino de Serviço Social – ABEES, outubro de 1990.

DAHRENDORF, Ralf. **O conflito social moderno: um ensaio sobre a política da liberdade.** Trad. de Renato Aguiar e Marco Antônio Esteves da Rocha. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; São Paulo: EDUSP, 1992.

DOBB, Maurice. **A evolução do capitalismo.** Trad. de Manuel do Rêgo Braga. 9. ed. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científico Editora, 1987.

DUSSEL, Enrique. **1492 – o encobrimento do outro (A origem do mito da modernidade) – Conferências de Frankfurt.** Trad. de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

\_\_\_\_\_. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão.** Trad. de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito.** Trad. de René Ernani Gertz. Brasília: EdUnB, 1986.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder.** 2. v. 10. ed. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000.

GEGONINI, Gloria. Estado do Bem-Estar. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política.** Trad. de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guereiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 10. ed. Brasília: EdUNB, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (2 v.)

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

HELLER, Agnes. **Teoria de las necesidades em Marx**. Barcelona: Península, 1978.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política - fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado**. Trad. de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

IANNI, Octávio. **A sociedade global**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **A sociologia do direito no Brasil – introdução ao debate atual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1984.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito**. Trad. de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

MACPHERSON, C. B. **Ascensão e queda da justiça econômica**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho *et alii*. **Direito e neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar**. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. Trad. de José Carlos Bruni, José Arthur Giannotti, Edgar Malagodi e Walter Rehfeld. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores).

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Trad. de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

NISBET, Robert. **Os filósofos sociais**. Brasília: EdUNB, 1982.

NOLETO, Mauro de Almeida. **Subjetividade Jurídica – a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Ética e práxis histórica**. São Paulo: Ática, 1995.

\_\_\_\_\_. **Sobre a fundamentação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília: Conselho Federal, 1997.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIZZI, Jovino. **Ética do Discurso: a racionalidade ético-comunicativa**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1994.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

RUSCONI, Gian E. Capitalismo. In: BOBBIO, Norberto *et alii*. **Dicionário de Política**. Trad. de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guereiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 10. ed. Brasília: EdUNB, 1994.

RUSCHEL, Ruy Ruben. Sistema jurídico dos povos missioneiros. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

SADER, Emir, GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Trad. de Luís Fernandes e Emir Sader. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética**. Trad. de João Dell'Anna. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade**. 3. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1994.

\_\_\_\_\_. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: EdUNB, 1993. (Série O direito achado na rua). pp. 42-47.

SCHERER-WARREN, Ilse. **Redes de movimentos sociais**. São Paulo: Loyola, 1993.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **O pluralismo jurídico, os Novos Movimentos Sociais e a Exterioridade em Dussel**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1996, 243 p.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: EdUnB, 1993. (Série O direito achado na rua).

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito – uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A criação do direito**. São Paulo: Calil, 1953.

TIGAR, Michel E., LEVY, Madeleine R.. **O Direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América – a questão do outro**. 3. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. Trad. de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

\_\_\_\_\_. **O que é a democracia?** Trad. de guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996.

VAZ, Henrique C. de Lima. Ética e Justiça: Filosofia do agir humano. In: **Síntese Nova Fase**. v. 23. n. 75. Belo Horizonte, 1996. pp. 437-454.

VIEIRA, Otávio Dutra. Colonização portuguesa, catequese jesuítica e Direito Indígena. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. **O terceiro mundo e a nova ordem internacional**. São Paulo: Ática, 1989.

\_\_\_\_\_. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 2. ed. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.

\_\_\_\_\_. **Ideologia, Estado e Direito**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1994.

\_\_\_\_\_. (org.) **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

\_\_\_\_\_. (org.) **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

\_\_\_\_\_. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ZIMMERMANN, Roque. **América Latina o não-ser – uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel**. Petrópolis: Vozes, 1987.