

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS
POLÍTICOS**

ADRIANA CAMPOS SILVA

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Campos Silva, Armando Albuquerque de Oliveira, José Filomeno de Moraes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-141-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Democracia. 3. Direitos políticos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o livro Teorias da Democracia e Direitos Políticos I, resultado da seleção de artigos para o Grupo de Trabalho homônimo que constou da programação do XXIV CONGRESSO DO CONPEDI, ocorrido na cidade de Belo Horizonte, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015.

A democracia como regime de governo remonta ao século V a.C. Contudo, existem muitas nuances que distinguem as suas primeiras configurações daquelas que ressurgem nas democracias modernas e, principalmente, nas contemporâneas. Destarte, a democracia se apresenta de várias formas em diferentes lugares e em momentos diversos.

Após a terceira onda de expansão global da democracia ocorrida no último quarto do século XX, os diversos processos de transição democrática tiveram um comportamento sinuoso em direção à sua consolidação. Em vários países da América Latina e do leste europeu, os processos de transição e consolidação da democracia ocorreram diversamente. Tanto nos primeiros, resultantes de um processo de esgotamento das ditaduras militares que se instauraram nos anos 60 e 70, quanto nos últimos, oriundos da débâcle comunista iniciada nos anos 80.

O Grupo de Trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos I contou com a apresentação de 29 artigos que passam agora a constituir este livro. São artigos que tratam, de forma crítica, as mais variadas questões relativas à democracia bem como àquelas concernentes às garantias e expansão dos direitos políticos.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr Armando Albuquerque de Oliveira

Professor Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Adriana Campos Silva

PLURALISMO JURIDICO, LEGALIDADE E CAPITALISMO
PLURALISM LEGAL, LEGALITY AND CAPITALISM.

Murilo Naves Amaral

Resumo

O desenvolvimento da legalidade possui relação intrínseca com o sistema capitalista, de modo que se torna imprescindível conciliar a análise do modelo econômico vigente com as normas provenientes da legalidade estatal. Ocorre que, à medida que se verifica a frustração da aplicabilidade do direito posto, surge uma crise na hegemonia jurídica estatalista, que por sua vez, somente poderá ser superada mediante a ampliação da participação coletiva e, conseqüentemente, da implementação de um direito alternativo, que com a consolidação da ideia de pluralismo jurídico, seja capaz de estabelecer vias adequadas para o atendimento das demandas sociais. Nesse sentido, é crucial que a desenvoltura do ordenamento jurídico amplie as vias participativas, de maneira a estender, de forma democrática, o reconhecimento de fontes alternativas do direito, bem como a constituição do mosaico normativo a todos aqueles que representam as verdadeiras demandas populares, como por exemplo, os atores coletivos.

Palavras-chave: Legalidade, Capitalismo, Pluralismo, jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

The development of legality has intrinsic relationship with the capitalist system, so that it is essential to reconcile the analysis of the current economic model with standards from state law. It happens that, as it turns out the frustration of the applicability of the right post, a crisis arises in statist legal hegemony, which in turn, can only be overcome by expanding collective participation and consequently the implementation of an alternative right that with the consolidation of legal pluralism your mind, be able to establish appropriate channels to meet the social demands. Therefore, it is crucial that the resourcefulness of law expands the participatory way in order to extend, in a democratic way, the recognition of alternative sources of law and the constitution of the legal mosaic to all those who represent the true popular demands, for example, the collective actors.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legality, Capitalismo, Pluralismo, Legal

1.INTRODUÇÃO

A compreensão do sistema capitalista passa necessariamente pelo entendimento do desenvolvimento da legalidade, tendo em vista que o campo normativo, historicamente, vem sendo constituído com o intuito de atender os interesses dominantes que em detrimento das demandas sociais, impõem uma agenda totalmente avessa a coletividade. Nessa perspectiva, o pluralismo jurídico trata-se da via apta para buscar suprir a racionalização do direito posto e, conseqüentemente, democratizar a produção normativa, de modo que os interesses coletivos em seu sentido mais amplo sejam colocados como prioridade no contexto social.

Em face dessa constatação, o presente artigo, utilizando de uma metodologia indutiva, visa analisar a partir do pluralismo jurídico as definições que envolvem o reconhecimento do campo normativo alternativo, de forma a diferencia-lo de outros aspectos que possam levar a determinados equívocos no tocante aos institutos que envolvem esta área do estudo do direito. Para isso, no entanto, é de suma importância entender as relações que envolvem a legalidade e o sistema capitalista, de maneira a se verificar uma participação mais ampla que permita democratizar o processo de produção legislativa, mediante a atuação dos chamados atores coletivos e, por consequência, pelo reconhecimento da validade de novos direitos provenientes dessas fontes alternativas.

Observa-se também, que torna-se necessário entender que a constituição do pluralismo jurídico deve enfrentar inevitavelmente temas colocados e debatidos constantemente perante a sociedade, como por exemplo, a luta de classes que historicamente rege as relações sociais, tendo em vista que tal questão pode, aparentemente, impedir o reconhecimento de direitos oriundos e produzidos pelas camadas populares.

Nesse sentido, o presente artigo tem por finalidade, além de entender o fenômeno do pluralismo jurídico mediante definição dos conceitos que o envolvem, compreender também as razões que justificam a ampliação das fontes normativas, observando a evolução desse processo, de modo a demonstrar, a partir de uma atuação mais abrangente dos atores coletivos, a possibilidade de suprir os obstáculos que impedem sua consolidação.

2. LEGALIDADE E CAPITALISMO

Da ideia da legalidade instituída a partir da autoridade estatal surge, concomitantemente, a construção do sistema capitalista com base na divisão de classes e acúmulo de capital. Porém, uma questão que se mostra crucial nesse contexto é a

identificação clara dos pontos comuns que expõem a relação intrínseca existente entre a legalidade instituída e o capitalismo. Sendo derivado do poder estatal, as bases da legalidade atuam no sentido de cumprir a finalidade histórica do Estado, que é atender os interesses do capital. Basta observar que a evolução do processo capitalista se dá sobre o suporte estatalista que, conforme narra Eric Hobsbawm (1981, p.25), desde a ascensão dos Estados Burgueses, no século XVII, foi o responsável por impor o poder empresarial contra o que, o saudoso historiador inglês denominou, de “grosso da opinião pública”¹. Em face disso, cria-se a falsa noção de uma universalidade em relação ao legalismo imposto pelo Estado, que na verdade, tem como “pano de fundo” a manutenção das diferenças sociais e a imposição da vontade burguesa sobre os interesses populares. Nesse sentido, conforme demonstra Alysson Leandro Mascaro (2008, p.18):

[...] capitalismo é legalidade, como parece ficar claro historicamente, mas também que legalidade é capitalismo, tendo em vista que a compreensão de uma instância técnica apartada e aparentemente alheia das reais contradições só encontra sua razão de ser na histórica cindida da exploração. A legalidade, como falsa universalidade, só pode se uma instância que comece no capitalismo, mas que não ecoe, nos termos de sua alienação institucional da realidade, numa sociedade cuja verdade social seja de fato universal [...] a falsa universalidade da legalidade – que certas vezes se mascara em momentos históricos nos quais aparentemente as instâncias político-jurídicas promovem concórdias social-democratas – se revela cabalmente quando o seu próprio formalismo – única universalidade, no fundo que poderia se sustentar, a meramente formal – se rompe por causa da dinâmica de reprodução econômica exacerbada, como no caso do capitalismo contemporâneo.

Considerando-se que o Estado moderno surge em decorrência ao atendimento aos interesses burgueses que centralizaram o poder a partir da supressão dos feudos, com o intuito de se estabelecer uma nova forma de vínculo social por meio das relações formadas em razão do mercado e do consumo, a legalidade estatal se origina no mesmo sentido, de forma em que se instrumentaliza o poder opressor, contra aqueles que venham a se posicionar contrariamente a estrutura econômica imposta. Todavia, vale lembrar, que a estrutura burocrática estatal constitui a legalidade, visando sempre o controle social, sem que para isso atue mediante violência desnecessária capaz de desestabilizar e de desacreditar o ordenamento jurídico estabelecido. Para tanto, utiliza-se de métodos que aparentemente legitimam o aparato institucional e as práticas que nele se inserem, de modo que se crie a concepção de

¹Afirma Hobsbawm (1981, p.25) que foi por meio do Estado que o denominado “empresário inovador” conseguiu se impor perante a opinião pública. Segundo o ilustre autor “após 1.660, a hostilidade tradicional aos equipamentos que tomam o pão da boca dos homens honestos, deu lugar ao encorajamento da iniciativa em busca de lucros, qualquer que fosse o custo social. Este é um dos fatos que nos justifica em considerar a Revolução do século dezoito como o verdadeiro começo político do moderno capitalismo inglês. Durante todo o período subsequente o aparelho central do Estado tendeu a estar, se não adiante da opinião pública em questões econômicas, então pelo menos mais disposto a considerar as reivindicações do empresário totalmente capitalista – exceto, é claro, quando estas se chocavam com interesses mais antigos e maiores”.

que o sistema jurídico não se impõe somente como um conjunto de normas, mas também como relação dialógica e comunicativa com os indivíduos, os quais incidem as regras vigorantes. Diante disso, se tem a constituição da legalidade estatal, a partir do crêdulo do Estado de Direito, que, conforme assevera Marilena Chauí (1981, p. 90), cumpre o papel “de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita”, ou seja, “a lei é direito para o dominante e dever para o dominado”. Isso não quer dizer, no entanto, que não haja concessões, uma vez que, a manutenção da ideologia instituída, no sentido gramsciano², exige que haja o aliciamento de grande parte da sociedade, para que se crie a falsa impressão de que a ordem jurídica provém de uma vontade popular. É o que demonstra Joachim Hirsch, ao comentar sobre Poulantzas e Gramsci (2010, p. 118):

Basicamente, são as formas sociais da própria sociedade capitalista que dão base para a hegemonia das classes dominantes, tornando-a possível. A “singularização” do Estado como corporificação da comunidade frente a todas as classes e frente aos cidadãos isolados é um requisito decisivo para que se formule e se imponha na realidade uma “política do capital” abrangente, para além da concorrência e dos antagonismos de classe. Isso inclui em geral as concessões materiais aos dominados, que devem ser impostas a cada capitalista mediante o poder coercitivo do Estado.

Nesse diapasão, os destinatários da norma jurídica possuem uma relação com a legalidade de verdadeira retórica e aparência de avanços, conquistas e retrocessos no que tange aos direitos, enquanto que na verdade, o que se verifica é a manutenção dos instrumentos burocráticos legais de controle “que consegue continuar comandando dentro dessa teia de pressões que caracteriza qualquer sociedade”(AGUIAR, 1990, p. 35). Como bem observa Roberto Aguiar (1990, p. 35) o ordenamento jurídico tem seu funcionamento estabelecido de forma sábia, haja vista que compreende sua lógica voltada a “conceder no periférico e manter no essencial”, pois “se o poder ceder no essencial ele não será mais poder e as regras dele emanadas não serão mais direito”, tendo se em vista que “o recuo no fundamental significa a mudança do ordenamento oriunda da perda do poder político e de sua substituição por outro grupo, justamente o que forçou a queda de um pressuposto substancial do sistema legal”. Contudo, essa realidade, ainda que constantemente camuflada pela cumplicidade do Estado com os grupos economicamente dominantes, com o advento do

²Conforme explicação de Alysson Mascaro (2010, p. 491) “para Gramsci, a compreensão da hegemonia como espaço de luta envolve o direito. Além de seu aspecto estrutural, como garantidor institucional da exploração, o direito se presta a uma dimensão ideológica clara Seus preceitos, modernamente, não se deixam demonstrar como exploratórios: a igualdade formal e a liberdade negocial são suas armas mais aliciadoras. A concepção do direito para Gramsci deve ser ampliada para além de seu costumeiro uso técnico, juspositivista, repressivo. Tampouco o velho arcabouço jusnaturalista poderá dar conta de explicar o direito nas exigências do capitalismo atual: ele se lança, além da repressão, para a conquista das vontades, dos desejos e dos comportamentos dos sujeitos”.

sistema neoliberal, tornou-se fragilizada, na medida em que se abandonaram as poucas políticas sociais estabelecidas, que mantinham o ordenamento vigente sob uma suposta “paz social”, em favor da construção de um capitalismo racionalizado e que por si mesmo seria capaz de solucionar todos os problemas que lhe fossem apresentados. Tais mudanças, presentes no seio da sociedade, expôs a necessidade de se criar meios alternativos de reconhecimento de direitos que são oriundos das próprias bases populares.

Posto isso, torna-se claro que a manutenção do aparato estatal como fonte única de normas jurídicas, explicita a crise de legitimidade, que atualmente encontra-se presente na esfera legal, uma vez que os direitos não incidem sobre todos de forma plena, pois ao contrário, o que se assegura são determinadas garantias em prol da propriedade e dos interesses econômicos que visam atender uma minoria de pessoas, integrantes das classes mais abastadas,

3. A NECESSIDADE DE UMA PARTICIPAÇÃO MAIS AMPLA NO PROCESSO DEMOCRÁTICO

É cediço que o processo democrático exige a participação ampla dos mais variados setores que representam a sociedade e não pode ficar limitada tão somente a grupos que concebem apenas uma parcela de pessoas situadas no ápice da pirâmide social. A ideia de uma democracia formal, que se situa no centro do discurso capitalista, não deve ser aceita como se houvesse a consolidação da democracia plena, posto que, os direitos, apesar de declarados, não existem de forma concreta perante a maioria da população. Nesse contexto, o que se constata na prática, é que democracia se restringe ao formalismo jurídico e, como assinala Marilena Chauí (1997, p. 430), se reduz apenas “a um regime político eficaz, baseado na ideia de cidadania organizada em partidos políticos e manifestando-se no processo eleitoral de escolha dos representantes, na rotatividade dos governantes e nas soluções técnicas (e não políticas) para os problemas sociais”.

Esse aspecto conferido a democracia, nada mais produz do que a construção de um sistema político baseado na conveniência dos interesses dominantes, que criam uma aparência de estabilidade institucional, mas que, em sua essência, são mantidas as disparidades advindas do acúmulo do capital e da luta de classes.

A própria lógica da cidadania somente poderá ser exercida com a possibilidade de se ampliar a fontes normativas, tendo-se em vista que a pressão popular deve estar inserida nesse contexto, de modo a garantir que direitos dos cidadãos não sejam menosprezados diante a estrutura jurídica estabelecida. Somente para ilustrar isso melhor, mesmo em países como o

Brasil, cuja participação popular no processo democrático é minada pelos grupos dominantes, que utilizam do direito estatal para impor seus interesses, muitas das conquistas, que poderiam ser consideradas a partir da leitura da Constituição Federal de 1988, ainda que, em diversos casos ou até mesmo na maioria deles, não haja uma eficácia concreta, foram alcançadas a partir da atuação do povo.

O debate público que permitiu a propositura de emendas populares na constituinte de 1988, nas explicações de João Baptista Herkenhoff (2004, p. 136-137) “corporificaram as aspirações nacionais contemporâneas”, de maneira que se pode concluir que tais previsões “apontam no sentido de uma cultura de Cidadania e dos Direitos Humanos”. Foram essas emendas que traduziram os grandes temas elencados pela Constituição, como os direitos ao idoso, os direitos da criança, o zelo pelos adolescentes, os direitos das mulheres, os direitos dos trabalhadores, entre tantas outras previsões que poderiam ser mencionadas (HERKENHOFF, 2004, p. 136). É diante dessa perspectiva, que os atores sociais, representados por grupos e movimentos que defendem os interesses do povo, é que permitem o exercício do poder estatal em termos democráticos, sem que haja o prevalecimento de concepções autoritárias, que obstaculizam a soberania popular.³

4. A VALIDADE DE NOVOS DIREITOS

As mudanças profundas expostas pelo contexto que se desenvolve a partir da própria sociedade demonstram a clara necessidade de reconhecimento de novos direitos, que não sejam apenas derivados do Estado burguês, mas sim da atuação dos atores sociais que surgem como forma de ampliar a participação popular na elaboração do ordenamento vigente.

Durante o século XX o Estado moderno presenciou a contradição oriunda dos modelos capitalista e socialista, que, por consequência alterou a lógica dos conflitos sociais e trouxe novas perspectivas à atuação dos operadores do Direito, a medida que o sistema jurídico deixa de ser observado somente à luz da legalidade imposta. Nesse sentido, conforme bem asseverou José Geraldo de Sousa Júnior (1996, p. 93-94), se originam dois aspectos paradoxais, nos quais, de um lado se tem “a emergência valorativa de uma concepção de direito, que se apoiou na ideia do direito livre, isto é, a ideia de que não é o Estado que cria o direito, mas que é a sociedade que o produz” e, por outro lado, a visão do direito legal,

³Nos dizeres de Bonavides (2001, p.199-200) sobre a importância das massas nas democracias, o ilustre jurista observa, ao citar Nawiasky, que a democracia e o Estado não podem ir contra as massas, “senão com as mesmas”, pois, do contrário “seria entregá-las, em covarde capitulação, aos piores *flibusteiros* do totalitarismo. Estes são, em geral, os demagogos atrevidos, que já se acham à vista para explorá-los.” Conforme continua a expor Bonavides o “constitucionalismo democrático emancipou politicamente às massas com o sufrágio universal”, porém “não soube ainda conquistá-las.”

proveniente da cultura legalista dos juristas que valorizou intensamente o plano das leis, de modo que se estabeleceu a prevalência da legalidade sobre a juridicidade.

Todavia, é com a ideia do “direito livre” que se consolida o viés democrático, pois é este direcionamento que “ressalta a relevância de se buscarem formas plurais de fundamentação para a instância da juridicidade, contemplando uma construção comunitária solidificada na plena realização existencial, material e cultural do ser humano” (WOLKMER, 1994, p. 144). Interessante salientar, entretanto, que o surgimento de novos direitos devem estar consoantes com preceitos éticos que se caracterizam por não negligenciar as necessidades humanas, ou seja, trata-se daquilo que Edgard Morin (2007, p. 103) denomina de ética altruísta, que se caracteriza por ser “uma ética da religação que exige manter a abertura do outro, salvaguardar o sentimento de identidade comum, consolidar e tonificar a compreensão do outro”. Desse imperativo altruísta, surge a própria noção de solidariedade que conseqüentemente trata-se da base daquilo que Morin (2007, p.147) denomina de ética da comunidade, que por sua vez servirá de sustentação ao processo democrático. Neste contexto, como continuar a demonstrar Edgar Morin (2007, p.147):

A democracia faz do indivíduo um cidadão que reconhece deveres e exerce direitos. O civismo constitui então a virtude sociopolítica da ética. Requer solidariedade e responsabilidade. Se o civismo se esgarça, a democracia esgarça-se. A não participação na vida da cidade, apesar do caráter democrático das instituições, leva à agonia da democracia. Há, portanto, num caso assim, perecimento da democracia e do civismo.

Diante disso, pode-se concluir o que expõe as escritas de Henrique de Lima Vaz (1996, p. 39-40), na qual essa “inter-relação entre o ético, o político e o jurídico” é o que se trata da premissa para a demonstração rígida da organização democrática da sociedade e do Estado, que somente se “torna efetivamente viável quando a participação política mobiliza as energias éticas do cidadão”, apresentando-se “a ele como um inevitável comprometimento de sua consciência moral”. A observância do aspecto da eticidade perante o surgimento de novas fontes jurídicas vem acompanhada da ideia de que o Direito não pode ser reduzido à lei, até mesmo porque, como recordou sabiamente Roberto Lyra Filho, a interpretação e análise feita por pensadores do direito a partir de “um círculo de legalidade (aliás, provindo de uma ruptura, mais próxima ou mais remota, de outra legalidade) não é, em si, prova de coisa alguma, quanto a legitimidade” (LYRA FILHO, 2006, p.38). Aliás, conforme continua a expor Lyra Filho (LYRA FILHO, 2006, p.38), “qualquer tirania pagava com gosto (e paga mesmo) este pequeno tributo, que é cobrir de leis o corpo nu do poder, pensando que isto basta para torná-lo inatacavelmente jurídico”. Tal constatação decorre pelo fato de que, principalmente em sociedades emblematizadas pela intensa divisão de classes e concentração

de renda, como no Brasil, as reivindicações populares somente poderão ser concretizadas, caso haja o protagonismo dos atores coletivos que representam as demandas da sociedade. Do mesmo modo é o que explana Antônio Carlos Wolkmer (WOLKMER, 1994, p. 144):

Neste espaço de sociedades divididas em estratos sociais com interesses profundamente antagônicos, instituições político-jurídicas precárias, emperradas no formalismo burocrático e movidas historicamente por avanços e recuos na conquista de direitos, nada mais significativo do que constatar que o pluralismo dessas manifestações por “novos” direitos é uma exigência contínua da própria coletividade frente às novas condições de vida e às crescentes prioridades impostas socialmente.

O processo simbólico que foi construído pela autoridade estatal a partir da legalidade, não mais gera a confiabilidade necessária para legitimar as instituições vigentes, logo, passa-se a questionar os ideais que se construíram em torno de uma institucionalização excessiva, na medida em que, diferentemente do que se supunha, tal concepção talvez “tenha mais a ver com a auto-encenação de uma dominação totalitária de que com as realizações simbólicas de um Estado constitucional democrático”(HABERMAS, 2003,p.81). Segundo Habermas (2003, p. 160) na “interpretação republicana, a substância da constituição tem que emergir de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos”, pois caso o contrário, haveria um conflito com a “soberania do povo”. Neste sentido, o ilustre autor demonstra que concebe-se “a autodeterminação democrática como um auto-entendimento político-ético, não coagido, de um povo acostumado a liberdade” e, desse modo, “os princípios do Estado de direito não seriam prejudicados, pois seria reconhecidos como parte integrante de um *ethos democrático*” (HABERMAS, 2003, p. 160). Porém tal perspectiva, observada de forma isolada, parece não agradar Habermas (HABERMAS, 2003, p. 160), posto que “introduz, na história das mentalidades e na cultura política da comunidade, as orientações valorativas liberais que tornam supérflua a imposição do direito através do costume e da autoligação moral”. Como alternativa a isso, o pensador alemão visa uma interpretação republicana em outro sentido, de caráter procedimentalista, “quando a expectativa racional de uma formação democrática da opinião e da vontade, que se limita a si mesma, se transporta das fontes de um consenso já existente para as formas características do processo democrático” (HABERMAS, 2003, p. 160).

Apesar de Habermas ter razão no que se refere à interpretação republicana clássica, em relação à ideia de “consenso”, parece que tal fator, como determinante a uma condição moral universal, se torna extremamente surrealista, perante o cenário dos sistemas políticos e econômicos atuais, principalmente quando se observa processos democráticos em

construção, como é o caso da realidade brasileira⁴. Ocorre que as condições habermasianas estão longe de serem efetivadas, visto que os consensos obtidos desta forma, acabam por ser “frequentemente muito mais mistificadores do que os imperfeitos consensos estabelecidos na base da democracia representativa” (HESPANHA, 2010, p. 153-154).

Por isso, na acepção de Antônio Manuel Hespanha (2010, p.155) os novos direitos que surgem, devem necessariamente serem trabalhados a partir de uma metodologia inovadora, que “permita reconhecer sem discriminação, todas as formas de manifestação autônoma de direito e de dar a todas elas a mesma capacidade de se exprimirem na comunidade jurídica”, pois somente dessa forma, estarão garantidas, a legitimidade e o caráter de justiça das soluções jurídicas que derivam de um diálogo com vista ao consenso. Em razão dessa realidade, a participação popular na formação do ordenamento vigente, torna-se imprescindível na superação da cultura legalista, que se contrapõe aos interesses do povo e exclui do processo democrático os atores sociais, que, por sua vez, são os verdadeiros representantes das demandas oriundas da sociedade. Por esse motivo, os movimentos sociais e os demais atores coletivos se transformam na via emancipadora do direito, capazes de, mediante uma participação democrática, ampliar as fontes produtoras de normas jurídicas, de modo em que haja a superação definitiva da racionalidade institucionalizada proveniente do Estado liberal.

⁴WOLKMER (1994, p. 251) demonstra que a “teoria macrocós mica e interdisciplinar de Habermas, por transcender as diversas formas particularizadas de racionalidade técnico-industrial, é o ponto de partida da discussão sobre toda e qualquer reflexão que envolva, hoje, a problematização de uma nova racionalidade. Realçar a contribuição habermasiana não impede contudo, de reconhecer seus limites para uma solução efetiva e total de especificidade histórica das sociedades periféricas. Um primeira ressalva que se pode fazer é a de que a proposta altamente sofisticada da “racionalidade comunicativa” foi elaborada tendo em vista as condições materiais e culturais de sociedades capitalistas que alcançaram um elevado grau de riqueza, desenvolvimento e satisfação das necessidades. Um segundo elemento a considerar é o de que “a ação e o entendimento comunicativo” pressupõem, obrigatoriamente a presença de atores livres, autônomos e iguais, condições que não condizem com a realidade do Terceiro Mundo e da América Latina, onde, como se sabe, os sujeitos individuais e coletivos vivenciam uma situação histórica de alienação, opressão, desigualdade e exclusão. Um terceira ponderação encontra-se na dificuldade de alcançar um “consenso” na esfera de espaços comunicativos periféricos profundamente marcados por contextos culturais fragmentários, tensos e explosivos. Não parece ser tão fácil distinguir o falso do verdadeiro “consenso” ou mesmo de atingir um “consenso” espontâneo desprovido de preconceitos. No mundo contemporâneo temos visto que o “consenso” pode, tanto ser forjado e manipulado por burocratas partidárias estatais (Socialismo de Estado), quanto pela indústria cultural do Capitalismo de massas. Uma quarta restrição é que este novo paradigma de ação dialógico-discursivo requer uma “comunidade linguística ideal”, de pureza quase utópica, desprovida de mentira, coação e irresponsabilidade. Por outro lado, as dificuldades subsistem ainda com relação à própria institucionalização desses “discursos emancipatórios” que, como se sabe, são criações artificiais firmadas em cima da suposta competência argumentativa dos participantes envolvidos. Por último, há supervalorização da razão humana como agente de transformação e da emancipação, sem distinguir as diferenciações, condicionamentos e irracionalismos inerentes a própria experiência do homem.”

5. PLURALISMO E MARXISMO

A análise a respeito do tema trabalhado traz um debate inevitável, que decorre da relação entre as concepções do socialismo marxista e do pluralismo jurídico. Neste sentido, surge a seguinte indagação: É possível conciliar as opiniões defendidas por Karl Marx com a ideia da construção de um sistema pluralista na produção de normas jurídicas?

Buscando resolver o dilema acima mencionado, Norberto Bobbio (1999, p. 24) demonstra que se deve analisar a questão a partir de quatro pontos, que seriam: 1) pluralismo e marxismo; 2) pluralismo e teoria (e prática) dos partidos marxistas; 3) pluralismo e compromisso histórico, 4) pluralismo e sociedade socialista futura.

Em relação ao primeiro aspecto, pluralismo e marxismo, Bobbio (1999, p.24) cita o artigo “É possível conciliar o pluralismo com Marx?”, de autoria do pensador italiano Pietro Rossi, que foi publicado no *II Giorno*, na data de 19 de setembro de 1976. Segundo Rossi (*apud* BOBBIO, 1999, p.24), há uma clara divergência entre pluralismo e marxismo, posto que, no pluralismo há o reconhecimento de que a sociedade é constituída “por uma multiplicidade de grupos portadores de interesses diferentes mas não necessariamente incompatíveis”, enquanto que para o marxismo a sociedade “é formada de classes antagônicas.”

No que tange ao segundo ponto, pluralismo e teoria (e prática) dos partidos marxistas, Rossi (*apud* BOBBIO, 1999, p.24) observa que na acepção pluralista a “função dos partidos é representativa e mediadora”, enquanto que no marxismo, “é representativa, mas não mediadora, pelo fato de o partido representar os interesses permanentes de uma só classe”.

Já em relação ao terceiro ponto, pluralismo e compromisso histórico, Bobbio (1999, p.27), cita Antonio Giolitti, que por sua vez, defende que “não se deve correr o risco da falta de alternativas, porque sem alternativa e sem a possibilidade de uma oposição capaz de substituir pacificamente o governo em exercício, teríamos um pluralismo social preso a um totalitarismo político”. Neste sentido, como volta a explicar Bobbio (1999, p. 27), o pluralismo, de maneira distinta com o que ocorre com as visões marxistas, não teria um compromisso histórico, pois caso assim fosse, “terminaria por bloquear o desenvolvimento de uma sociedade pluralista”.

Por fim, Bobbio (1999, p.27-28) tece seus comentários sobre a quarta questão a ser levantada, que seria o pluralismo e a futura sociedade socialista, na qual ele observa que não há uma resposta clara para buscar a solução diante a necessidade de se conciliar estes dois pontos, conforme se pode verificar:

[...] como o pluralismo começou, nos tempos atuais, por fazer parte do nosso conceito de democracia, sabemos também que uma sociedade socialista, para ser democrática, terá de ser pluralista. Mas ainda não sabemos como. Para definir a democracia são necessárias duas negações: a negação do poder autocrático, em que consiste a participação, e a negação do poder monocrático, em que consiste o pluralismo. Pode-se pensar perfeitamente numa sociedade democrática não-pluralista, como a república de Rousseau; e existiram sociedades democráticas não pluralistas no regime feudal. Uma sociedade socialista, para ser democrática, deveria ser não-autocrática e não-monocrática. Os esforços do pensamento socialista e democrático voltaram-se para o primeiro objetivo – alargamento da participação do poder político estreitamente ligado ao poder econômico – e ainda não para o segundo. Ficaríamos satisfeitos se este debate servisse para identificar um problema, pelo menos.

Neste contexto, pode dizer que “se por trás pluralismo encontra-se um Gurvitch ou um Proudhon, por outro, no rol do monismo, alinham-se pensadores como Hegel e Marx”(WOLKMER, 1994, p. 203). No caso mais especificadamente de Marx, não há perspectivas quanto à possibilidade conciliação entre os interesses burgueses e as demandas sociais, uma vez que, conforme elucida Alysson Mascaro (2010, p. 296) “os problemas da liberdade real e não da formal, da igualdade real e não da isonomia” somente poderão ser solucionados, na visão marxista, pela “práxis revolucionária e não pela declaração de direitos”.

A análise marxista realiza uma vinculação entre o capitalismo e o direito, de modo que, o aparato jurídico, na verdade, se trata da sustentação de toda a lógica de exploração econômica empreendida pela classe burguesa. Segundo Marx (2008, p. 109) o “conteúdo da relação jurídica ou de vontade é dado pela própria relação econômica”, e em razão disso, conclui ele que “as condições lógicas, sociais e históricas que viram nascer o mercado como categoria socializadora central da sociedade capitalista são as mesmas que viram nascer o sujeito de direito” (MARX, 2008, p.206).⁵ Sob esse prisma, a proposta de que por meio da produção alternativa de normas haveria uma possibilidade de inserção social, para Marx se mostraria descabida, pois, conforme pode se verificar na sua crítica aos chamados utopistas, a fórmula para a solução da questão social estaria não na ciência em si, mas em sua criação “a partir de um movimento crítico do movimento histórico, de um movimento que produz ele próprio as condições materiais de emancipação” (MARX, 1983, p.24).

⁵De acordo com Márcio Bilharinho Naves (*apud* MASCARO, 2010, p. 297) “Marx mostra que as categorias da liberdade e da igualdade e a forma-sujeito (universal) emergem apenas do momento histórico da constituição da sociedade mercantil-capitalista que, por se fundar no trabalho assalariado, necessita romper com as formas de dependência pessoal do feudalismo. O homem ter que ser livre para poder vender a sua força de trabalho no mercado, por meio de um contrato, portanto, sem que seja submetido a quaisquer modalidades de coerção ou de perturbação de sua vontade, e em condições de igualdade diante do comprador. Dotado da capacidade jurídica, o homem se transfigura em sujeito de direito, tornando-se apto a negociar a única mercadoria de que é proprietário, a sua força de trabalho”.

Assim, o Direito, na posição defendida por Marx, trata-se de um produto que “se constitui pela necessidade histórica de as relações produtivas capitalistas estabelecerem determinadas instâncias que possibilitem a própria reprodução do sistema” (MASCARO, 2010, p. 294-295). Em face disso, no marxismo, não parece que haja possibilidade de uma conciliação entre os grupos sociais antagônicos, uma vez que, em razão da contradição econômica no sistema e da luta de classes, os vícios do capitalismo não permitiriam que houvessem instrumentos democráticos para a ampliação da participação popular, até porque, o alcance de uma sociedade mais igualitária, somente se daria pela via revolucionária. Portanto, perante tal perspectiva, o Direito e as vias alternativas de produção legislativa não se tratam de meios hábeis para se atingir o rompimento do modelo econômico vigente, pois a “classe no marxismo” é o que seria “a medula da revolução” (BONAVIDES, 2001, p.174).

6. O PLURALISMO JURÍDICO E O SISTEMA DE NECESSIDADES

O direito estatal cada vez mais se mostra como um instituto, cuja produção normativa não atende as demandas populares, pois na verdade, o que se tem muitas vezes, é um fortalecimento da atuação do Estado em prol dos interesses dominantes, sem que o restante da sociedade seja concretamente beneficiado pela ampliação no rol de direitos declarados⁶. Nesse sentido torna-se imprescindível a ampliação da produção normativa mediante uma atuação ampla e irrestrita dos atores coletivos, que surgem para democratizar o debate social e, conseqüentemente, permitir que a legislação seja construída, principalmente, em favor daqueles que almejam alcançar uma igualdade substancial.

Nota-se que com o aparecimento dos atores coletivos, se constitui aquilo que se denomina de “sistema de necessidades” (WOLKMER, 1994, p.216), que por sua vez caracteriza-se por estar voltado à ideia de atendimento as necessidades humanas fundamentais, que compreende necessidades sociais, existenciais ou de vida, materiais ou de

⁶ Nos ensinamentos de Friedrich Müller (2000, p. 95-96) os “direitos fundamentais não estão positivados à disposição dos indivíduos e dos grupos excluídos, mas os direitos fundamentais e humanos destes são violados (de forma repressiva e de outras formas). Normas constitucionais manifestam-se para eles “quase só nos seus efeitos limitadores de liberdade”, seus direitos de participação política aparecem – diante do pano de fundo a sua depravação integral – preponderante só no papel, assim como também o acesso aos tribunais e à proteção jurídica. A constituição não pode impor o código direito/não direito diante do metacódigo, ela fracassa na tarefa de acoplar de forma confiável o direito, a política e a sociedade. Os superintegrados dispõem exclusivamente da constituição; a inconstitucionalidade ou contrariedade ao direito da sua ação ou da ação dos “seus” políticos, peritos, milicianos não se torna objeto de procedimentos jurídicos normatizados e com isso nem se torna tema no sentido forte desse termo. O código jurídico está subordinado ao código político, o direito está subordinado à economia, o Estado está subordinado à atividade econômica – com as conseqüências já insinuadas para os economicamente fracos, quer dizer, para a maior parte da população. Então não admira mais que a reivindicação de direitos de cidadania por parte de subcidadãos excluídos, subintegrados, seja identificada constantemente com subversão”.

subsistência, e culturais (WOLKMER, 1994, p.217). De forma oposta a isso, o direito estatal somente parece contemplar as necessidades relacionadas ao poder econômico, o que prejudica o atendimento de outras demandas fundamentais, uma vez que, conforme explica Agnes Heller (*apud* WOLKMER, 1994, p.219) “certas necessidades relacionadas à posse, ao poder, e à ambição não podem e não devem ser inteiramente satisfeitas, sob pena de prejudicarem a objetivação de outras necessidades consideradas essenciais para amplos setores da humanidade”. Em face de tal cenário, constitui-se aquilo que Heller (*apud* WOLKMER, 1994, p.220) caracteriza como “sociedade insatisfeita” e, desse modo, a atuação dos movimentos sociais e dos novos atores coletivos se fortalecem, posto que, na medida em que vai se ampliando a insatisfação, se constitui um “sistema pautado em reivindicações de índole social, política e cultural-espiritual” (HELLER *apud* WOLKMER, 1994, p.221).

7. O PLURALISMO JURÍDICO COMO MEIO DE EMANCIPAR A SOCIEDADE DA FRUSTRAÇÃO ORIUNDA DAS PROMESSAS NORMATIVAS ESTATAIS.

De acordo com Niklas Luhmann (1983, p.45) o “homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo”. Dessa forma, Luhmann (1983, p.45) demonstra que, “cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes”. A complexidade deriva do fato de que “sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar”, e a contingência significa o “fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas, ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais está lá” (LUHMANN, 1983, p.45-46). Em consequência da complexidade e da contingência acrescenta-se aquilo que Luhmann (1983, p.53) denomina de “expectativas concretas”, e em especial, “as abstrações que as regulam e integram” em decorrência de uma estrutura (LUHMANN, 1983, p.53). A dependência dessas estruturas que tem que ser consistentes, até mesmo pelo fato de haver uma crescente complexidade e contingência na sociedade, gerando um aumento no nível de tensões sociais, não está imune aos desapontamentos das expectativas e dos riscos (LUHMANN, 1983, p.54).

As expectativas poderão ser cognitivas ou normativas, sendo que as primeiras se dão pelo fato de ser possível assimilar os desapontamentos, enquanto que a segunda não há essa possibilidade (LUHMANN, 1983, p.54). Por isso, Luhmann (1983, p.57) observa que “as

normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”, pois seu “sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma”. Porém, como reconhece Luhmann (1983, p. 77) as expectativas normativas não podem indefinidamente ser “expostas a desapontamentos”, sendo necessário achar saídas para o problema. Ainda que Luhmann, não seja favorável de se estender o consenso fático⁷, para que haja a possibilidade de ampliação de fontes normativas, não parece que a alternativa da institucionalização seja o melhor caminho para se superar essa frustração diante a aplicabilidade da norma jurídica, que nem sempre consegue atender a todas as demandas.

Se no âmbito jurídico há um próprio código comunicativo, conforme quis expor Luhmann (1983, p.85), sem que terceiros pudessem interferir, já que as opiniões estariam no campo da política, tal concepção deriva da própria lógica da chamada teoria dos sistemas, na qual as “sociedades diferenciam-se em uma série de sub-sistemas”, “fechados em si mesmos e referidos a si mesmos” (HIRSCH, 2010, p. 11-12). No entanto, conforme demonstra Joachim Hirsch (2010, p.13) mesmo que a teoria dos sistemas possa demonstrar algumas vantagens, pode-se apontar também certas dificuldades, pois sendo o Estado “compreendido como uma autodescrição do sistema político” que “prescreve as decisões políticas aos atores em ação e se autolegitima como socialmente geral”, tais fatores ocasionam algumas indagações, como por exemplo: o que fazer com determinadas questões que surgem no meio social, nas quais pode-se citar o poder das grandes empresas quando tomam e aplicam decisões que afetam a todos; os sindicatos e as federações empresariais, os seus acordos salariais ou o plano de investimentos das grandes empresas? “Isso não envolve decisões obrigatórias que afetam a sociedade? Os conflitos sociais resultam realmente apenas das decisões tomadas no interior do sistema político?” (HIRSCH, 2010, p. 13).

Os questionamentos levantados por Hirsch – que, por ser adepto da ideia voltada a teoria materialista do Estado não se trata de um pensador simpático a concepção pluralista, visto que a considera bastante simplista (HIRSCH, 2010, p.12) - expõem que, além do

⁷Para Luhmann (1983, p.85) a “necessidade de se distender, simular e substituir o consenso fático tem suas condições agravadas com a crescente multiplicidade das possibilidades no campo da experimentação da ação. Não é mais possível ter expectativas confiáveis sobre um consenso de um terceiro qualquer com respeito a determinadas expectativas, e menos ainda, prevê-lo para expectativas novas. Não se sabe por exemplo, quais tendências de reforma universitária seriam preferidas pelos camponeses, qual a melhor organização judiciária para as donas de casa, quais condições acadêmica são proferidas por professores secundários. Em termos realísticos é necessário supor que tais opiniões sequer possam existir ou serem geradas, e que só se possa produzir a ficção institucional das opiniões. Isso remete à necessidade da política. Além disso coloca-se a ameaça de perder-se a limitada capacidade adaptativa das instituições, já que os terceiros relevantes tornam-se inacessíveis nas crescentes ordens de grandeza”.

mencionado acima, surgem outras questões mais problemáticas, pois “através da definição do sistema político enquanto momento funcional no interior de uma complexa e diferenciada relação de sistemas, a dominação social e mesmo a exploração desaparecem”, ou seja, a “sociedade é definida como uma espécie de circuito regulador autoestabilizado” (HIRSCH, 2010, p.13-14).

Não obstante, o perigo da contínua frustração em relação à fonte normativa estatal estimula a formação de ideologias extremistas e totalitárias que visam justificar suas teses diante a inoperância do sistema. Exemplo clássico disso, pode ser encontrado nas teorias de Carl Schmitt (2007), que demonstrando a concepção formalista adotada pelo Estado liberal, na qual se sustenta a distinção entre a “lei e aplicação da lei”, expõe que para se evitar o desmoronamento do sistema parlamentar é necessário se constituir um “legislador extraordinário” que seria capaz de emitir “um ato singular”, que tornasse insignificante “todo o sistema de salvaguardas jurídicas construído com engenhosidade para combater injunções do Executivo”(SCHMITT, 2007, p.75)⁸. A tese defendida por Schmitt serviu de base para doutrinar na Alemanha, o regime nazista, em razão das frustrações advindas dos problemas sociais que se espalhavam na época, bem como pelo fato de não se ter uma legislação eficiente capaz de assegurar direitos, ainda mais porque, os fatores externos, como o famigerado Tratado de Versalhes, que ao final da Primeira Guerra Mundial implementou inúmeras medidas que humilharam abruptamente o povo daquele país, impediram que houvesse qualquer postura que visasse à melhoria das condições sociais da população. Por isso, diante as necessidades que aparecem diante as mudanças sociais, surge à imprescindibilidade de modificação da natureza do sistema jurídico, e o direito alternativo se trata de uma via que se origina para que as satisfações oriundas da sociedade não continuem a serem frustradas.

O direito alternativo, que se originou entre 1960 e 1970, “desenvolveu-se como um movimento que tentou promover mudanças sociais através do direito” (SABADELL, 2010, p.118) e, dessa forma, buscou estabelecer um novo sistema jurídico “gerado espontaneamente no seio dos movimentos sociais e substituindo paulatinamente o opressor direito do Estado” (SABADELL, 2010, p.119).

⁸Segundo Carl Schmitt (2007) o fracasso do Estado legiferante parlamentar, com base nas acepções liberais, instituiu a necessidade de se estabelecer um legislador extraordinário que cria Direitos, inclusive contra as leis que já estão em vigor, em razão de terem sido aprovadas pelo parlamento. Analisando-se a Constituição de Weimar, Schmitt (2007, p.74 e s.s.) salienta que o conteúdo da competência legislativa atribuída ao legislador extraordinário é superior ao do legislador ordinário do parlamento (*Reichstag*), posto que, tem a “faca e o queijo na mão para conferir a cada medida por ele tomada o caráter de norma jurídica com toda prioridade de que goza a lei no Estado legiferante parlamentar.”

Em países periféricos, e em desenvolvimento como o Brasil, o fato de o poder jurisdicional atuar em conjunto e em favor das elites e do poder econômico, expressa que a aplicabilidade do Direito na esfera prática acaba sendo bastante diferenciada que a construída no âmbito teórico, visto que, além de provocar frustrações sensoriais sobre direitos difusos e coletivos, pela ineficácia das normas estatais, estabelecem um sistema opressor que em vez de assegurar garantias, se volta contra a própria sociedade, mediante atos de violência e repressão das autoridades previamente constituídas pelo Estado. É o que se verifica, por exemplo, nas vicissitudes que ocorrem no processo de reforma agrária no Brasil. Conforme lembra Ana Lúcia Sabadell (2010, p.113) a “timidez e lentidão” da implementação de reformas na estrutura agrária brasileira, com resultados políticos infrutíferos, na verdade cria uma situação em que se efetiva a repressão a movimentos sociais, em vez de garantir que os direitos reivindicados sejam alcançados, haja vista que, “os governos pactuam como representantes do poder latifundiário e, na atualidade, também com grandes empresas multinacionais ligadas ao agronegócio”. E isso indica aquilo que Sabadell (2010, p.113) sabiamente denomina de “debilidade do Estado”, que “mesmo após a Constituição de 1988 – que textualmente vincula a função social da terra com o exercício do direito de propriedade -, não consegue efetivar a reforma agrária”.

A frustração diante a expectativa da concretização do fenômeno jurídico, afasta qualquer possibilidade de percepção substancial do direito, que diferentemente da percepção formal⁹, concentra-se na razão de ser, na sua origem, na sua justificação, e na sua finalidade, ou seja, há um desapontamento em relação ao fenômeno jurídico que deve ser tratado na “perspectiva da justiça que ele deve assegurar ou das realidades sociais a que deve satisfazer ou do progresso que deve realizar” (BERGEL, 2006, p. XXV). Apesar do discurso muitas vezes democrático, advindo da esfera estatal, a prática na verdade mostra-se autoritária, isto é, “significa dizer que, mesmo quando o Estado leva em conta as reivindicações democráticas, o faz com o objetivo de preservar o processo de exploração em condições de estabilidade política e social e desde que não haja prejuízo para a burguesia como um todo” (MAGLIOLI *apud* PASTANA, 2009, p.131). Nesse contexto, no sistema jurídico estatal, como oportunamente assevera Débora Pastana (2009, p. 131) “criam-se mecanismos simbólicos,

⁹ A abordagem formal, de acordo com Jean-Louis Bergel (2006, p.XXV), “a segurança jurídica e as regras do direito positivo dominam o sistema do direito que parece expressar sobretudo a vontade e a ação do poder público, parecendo primordial sua coerência. O ápice dentro dessa ótica, parece ter sido atingido por Hans Kelsen, que reduz o direito a um encadeamento de normas hierarquizadas, sendo que cada uma tira sua força obrigatória apenas de sua conformidade com a norma superior. Assim, apenas o elemento normativo é considerado, ao passo que a razão de ser e o conteúdo das normas são abandonadas a outras disciplinas que não o direito”.

nos quais a letra da lei supera a fala, de sorte que a manutenção dos privilégios se estabelece graças à crença interna de que, ao menos, obedeceu-se a um ritual preestabelecido, encenação necessária a fim de encobrir os interesses particulares de seus executores”.

Vislumbra-se que “nossa história jurídica, nos códigos e filosofias, mas cuidou da legitimação que da opressão” (MASCARO, 2008, p. 15) e, neste sentido, torna-se necessário compreender a lógica estruturante do poder, na qual o Direito se instrumentaliza como objeto de dominação social. Na análise de Foucault (1979, p. 183) “o poder funciona e se exerce em rede”, e, dessa maneira, o “sistema do direito, o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnica de sujeição polimorfos (FOUCAULT, 1979, p. 182). Logo, “o direito deve ser visto como um procedimento de sujeição, que ele desencadeia e não como uma legitimidade a ser estabelecida” (FOUCAULT, 1979, p. 182) e, neste sentido, Foucault defende que a questão central para o direito deve ser analisada não sobre o aspecto da “soberania e da obediência dos indivíduos”, mas sim a partir do “problema da dominação e da sujeição” (FOUCAULT, 1979, p. 182). Perante a perspectiva apresentada por Foucault:

temos, portanto, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até hoje, por um lado, uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulado em torno de princípios do corpo social e da delegação do poder, e por outro, um sistema minucioso de coerções disciplinares que garanta efetivamente a coesão deste mesmo corpo social (FOUCAULT, 1979, p. 189).

A perspectiva do Direito a partir do processo de dominação traz a tona, a necessidade de se resistir e se contrapor ao sistema jurídico opressor do Estado, tanto no aspecto jurídico-político-social, em que a resistência passa pelo campo da cidadania, de modo a se estimular a luta coletiva¹⁰, como também pelo aspecto ético, para se buscar enfrentar “as condições que fazem emergir a crueldade subjetiva” (MORIN, 2007, p. 201).

Considerando-se que as “forças populares organizam-se, numa variedade imensa de formas e modelos” (HERKENHOFF, 2004, p. 55), o poder dominante, mesmo impondo decisões contrárias aos interesses das majorias “tem de suportar a voz ativa das minorias

¹⁰Como bem salienta Herkenhoff (2004, p.236) a “cidadania há de ser conquistada através da luta individual e através da luta coletiva. Há situações concretas nas quais o cidadão tem de travar uma luta individual para conquistar seus direitos. Esta luta individual, solitária, que o cotidiano da vida às vezes exige, é sempre mais dura e difícil. A luta individual é mais penosa, mais longa, com possibilidade de êxito menor. Porém, se uma situação concreta reclama a luta individual, não devemos recuar diante dos obstáculos. Devemos buscar nossos direitos, custe o que custar. Mas sempre que for possível, devemos recorrer à luta coletiva.” Segundo continua a dizer Herkenhoff (2004, p.236), “as classes dominantes desencorajam as lutas coletivas. Com frequência, os líderes das lutas coletivas são perseguidos presos e até mesmo assassinado. Também os meios de comunicação social, frequentemente a serviço das classes dominantes, estimulam o individualismo. Citemos, por exemplo, as novelas de televisão. Com raras exceções as histórias das novelas são simplesmente histórias individuais. Poucas vezes as novelas apresentam as lutas coletivas, as lutas do povo. (Há honrosas exceções, por parte de alguns novelistas). Mesmo sendo a novela um entretenimento, pode também educar. O povo tem de aprender a vencer seus desafios, com suas próprias forças. Mesmo que o ambiente envolvente seja adverso, mesmo que a luta coletiva não seja valorizada e enaltecida, é a união que faz a força”.

lúcidas que não se deixam enganar pela propaganda” (HERKENHOFF, 2004, p. 55). Contudo, para que seja concretizada essa resistência é imprescindível que haja também a construção de uma nova consciência histórica que passa por etapas de todo um processo emancipador. Segundo Leonardo Boff (1980, p.92), as fases para o caminho da emancipação seriam as seguintes:

a) Conflito: neste momento, conforme demonstra Boff (1980, p.92), o homem vive a situação de opressão e conflito, e dessa maneira, “a existência humana é sempre conflitante, porque permanentemente deve conquistar sua liberdade no esforço de libertar-se de dependências e de assumir outras”, logo, o “processo de libertação se torna urgente. Aparece então um outro elemento estrutural: a crise”.

b) Crise: para Boff (1980, p.92), a crise “pertence à normalidade da vida, que é sempre conflitante” e, por isso, “a crise age como um crisol que acrisola o homem a fim de que se faça cada vez mais apto para a decisão e para assumir uma posição. Para sair da crise, o homem necessita elaborar um novo projeto para o qual se decide”.

c) Novo projeto: de acordo com Leonardo Boff (1980, p.92), o “novo projeto emerge dentro de um processo de libertação, onde já se rompeu ideologicamente com dependências”, ou seja, o “projeto dignifica sempre a mediação da plena liberdade, dentro de uma situação dada e concreta”, pois se não for assim “será sempre opressor.” Como continua a expor Boff (1980, p.92), tal projeto, apesar de estar inserido no âmbito da concretude, “deverá manter-se em aberto para o processo de libertação, que é sempre maior do que qualquer projeto histórico”.

d) Decisão: por fim, Boff (1980, p.92) fala que o último estágio de libertação está no ato de decidir, que se trata da prática libertadora, na qual “o projeto histórico começa a assumir a configuração concreta.” Considerando-se que o homem nunca pode se auto realizar sem compreender a nova ordem do mundo, o “processo de libertação é processo permanente de decisão. O homem está condenado a decidir. Não é livre para decidir ou não decidir. O eximir-se já é uma decisão e uma posição”.

Entretanto, conforme já dito, o processo emancipatório deve ser pelo caminho da coletividade, tendo-se em vista que, como lembra Hannah Arendt (2010, p.8) a “ação, única atividade que ocorre diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo”.¹¹

¹¹ Na visão de Hannah Arendt (2010, p. 26) “nenhuma vida humana, nem mesmo a vida do eremita em meio à natureza selvagem, é possível sem um mundo que, direta ou indiretamente, testemunhe a presença de outros

A própria falta de “densidade ideológica” advinda dos grupos dominantes, abrem oportunidades para a construção de vias alternativas ao sistema jurídico, com o objetivo de acomodar, em termos práticos, os ideais emancipatórios e as reivindicações oriundas dos movimentos sociais, que atuam como atores coletivos, neste novo cenário de supressão ao direito exclusivamente estatal. Da ideia de emancipação vislumbra-se, que não deve prosperar a máxima da concepção legalista, do Estado liberal, visto que, conforme expõe as escritas de Roberto Lyra Filho (1988, p.27), o direito está “além e acima da lei, até contra elas, como o direito de resistência, que nenhum constitucionalista, mesmo reacionário, poderá deixar de desconhecer”.

8. A CONSOLIDAÇÃO DO PLURALISMO JURIDICO PELA VIA DA ARGUMENTAÇÃO E DA DIALÉTICA

A relação do direito com os fatos deve estar em consonância com a noção de razoabilidade, posto que o formalismo estatal, poderá ser fonte de inúmeras injustiças que incidem em determinadas ocasiões sobre a sociedade. É o que ressalta Chaim Perelman (2005, p.436):

Vemos assim que, em toda matéria, o inaceitável, o desarrazoado constitui um limite para qualquer formalismo em matéria de direito. É por essa razão que a teoria pura do direito de Hans Kelsen não dá explicação suficiente do funcionamento efetivo do direito, na medida em que se empenha em separar o direito do meio em que ele funciona e das reações sociais desse meio.

Em razão disso, a argumentação jurídica caberá ser pautada, como forma de reconhecer as demais fontes normativas, pela tópica, cujo raciocínio dialético, permite que o pensamento que se volta ao problema seja estabelecido a partir de premissas devidamente catalogadas. A tópica, por não trabalhar o apotídico, pelo fato de pertencer ao terreno da dialética, trata-se de “uma técnica de pensar por problemas desenvolvida pela retórica” (VIEHWEG,1979, p.17) e o mais notável disso, é que na sua busca para a solução do problema a ordem que se aspira já não é procurada no direito positivo, pois como técnica de pensamento, a tópica “leva a argumentação judicial a um jogo eminentemente assistemático, em que se tem observado ausência de rigor lógico, impossibilidade de redução das decisões a silogismos, etc” (FERRAZ JR., 2001, p.326).

seres humanos. Todas as atividades humanas são condicionadas pelo fato de que os homens vivem juntos, mas a ação é a única que não pode sequer ser imaginada fora da sociedade dos homens.”

Na medida em que há o reconhecimento dos atores coletivos e conseqüentemente dos movimentos sociais como novas fontes normativas, o que está em disputa, fica provado em decorrência da aceitação, posto que, a argumentação por meio da tópica possibilita que a oposição em adotar fontes alternativas de direito possa ser suprida e posteriormente admitida, por meio da inclusão de novas premissas oriundas do campo extra-estatal. Destarte, a semiótica torna-se um instrumento imprescindível nesse processo, já que a linguagem popular é introduzida na linguagem jurídica. Pode-se dizer que o que ocorre nesse processo é uma verdadeira “resignificação hermenêutica”, que conforme demonstra Ivone Fernandes Marcilo Lixa (In LIXA; VERAS NETO; WOLKMER,2010, p. 136):

O processo hermenêutico jurídico que inclui o espaço social não pode ser uma “canibalização”, para usar a expressão de Boaventura de Sousa Santos, dos demais. É necessário uma tradução das múltiplas hermenêuticas dentre as quais a jurídica. E é nesse sentido que não cabe uma hermenêutica jurídica nos moldes tradicionais. São campos distintos que se tocam – o estatal e o social -, em que mundos normativos, práticas e saberes dialogam, se desentendem e interagem, tornando possível reconhecer os pontos de contato entre a tradição moderna ocidental e os saberes leigos. As duas zonas de contato constitutivas da modernidade ocidental são a zona epistemológica, onde se confrontam a ciência moderna e os saberes leigos, tradicionais dos camponeses, e a zona colonial, onde se defrontam o colonizador e o colonizado. São duas zonas caracterizadas pela extrema disparidade entre as realidades em contato e pela extrema desigualdade das relações de poder entre elas. A tarefa hermenêutica como tradução retoma o sentido mais original do termo, mas a partir de uma perspectiva inovadora que traduz saberes nem sempre convergentes.

Nesse aspecto, a disputa argumentativa entre o reconhecimento ou não de fontes alternativas de Direito, passa pela argumentação jurídica, que utilizando-se da tópica, amplia o rol de fundamentação com base em um catálogo premissas catalogadas, que vão além das previsões positivadas. Portanto, deve-se construir um entendimento comum, no sentido de se aceitar a argumentação jurídica fundamentada em fontes normativas fora da esfera estatal, na qual os topois¹² e os catálogos de topois possuem uma importância essencial, uma vez que seus repertórios podem ser alargados ou flexibilizados por meio de premissas fundamentais que se legitimam pela aceitação do interlocutor (VIEHWEG,1979, p.41-42).

¹²Na explicação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p.322) “os conceitos e as proposições básicas dos procedimentos dialéticos, estudados na Tópica aristotélica, constituíam não axiomas nem postulados de demonstração, mas topoi de argumentação, isto é, lugares (comuns), fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto de opiniões”. “Obviamente, qualquer que seja a tópica de segundo grau, uma dedução sistemática dos topoi é uma impossibilidade. Na verdade, qualquer tentativa nesse sentido altera a própria intenção da tópica que, sendo problemática, é assistemática até por necessidade de produção dos efeitos persuasivos de argumentação. Por isso que, no pensamento tópico, mais importante que concluir é a busca das premissas, o que Cícero chamava de *ars inveniendi*. Nesse sentido os catálogos tópicos são elásticos e, propriamente falando, a única instância de controle dos pontos de vista aceitáveis, isto é dos topoi catalogados, é a discussão mesma, no debate, o que fica justificado por aceitação é admitido como premissa. Por isso, para elaborar uma tópica de segundo grau o critério de referência não pode ser abstrato, mas localizado e situacional” (FERRAZ JR., 2001, p.324-325).

A ampliação dos topois consagra a própria lógica do Direito que surge “na dialética social e no processo histórico” (LYRA FILHO, 2006, p.79), ou seja, consagra a própria essência do jurídico que “deve abranger todo esse conjunto de dados, em movimento, sem amputar nenhum dos aspectos (como fazem as ideologias jurídicas), nem situar a dialética nas nuvens idealistas – ou na oposição insolúvel (não-dialética), tomando o Direito e o Antidireito, como blocos estanques e omitindo a negação da negação” (LYRA FILHO, 2006, p.79). A importância da dialética está no fato de que a redução da legitimidade do Direito a legalidade instituída restringe a possibilidade da construção de um processo democrático baseado em uma participação mais ampla, que por sua vez, exige o uso da linguagem popular como instrumento a ser incrementado na semiótica jurídica para que se possa se consagrar as fontes normativas oriundas dos atores coletivos. Diante dessa constatação, observa Wolkmer (2003, p.88):

[...] a construção crítica de uma legitimidade democrática que venha fundamentar o Poder político e o Direito justo tem seu ponto de referência deslocado da antiga lógica de legitimação, calcada na legalidade tecno-formal para uma legitimidade “instituinte”, formada no justo consenso da comunidade e num sistema de valores aceitos e compartilhados por todos. Não se trata mais de identificar e reduzir o conceito de legitimidade ao aspecto simplesmente jurídico, ou seja, a estrita vinculação com a validade e a eficácia enquanto produção de efeitos normativos. Numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa, a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como “reais”, “justas” e “éticas”.

Esta quebra do direito positivado retrata a consequência lógica que provém da exclusão social, ainda mais em países como o Brasil, cuja concentração de renda encontra-se entre as mais altas do mundo. Parece que, como bem ressalta Roberto Gargarella (*apud* OLSEN *in* GARGARELLA, 2005, p. 123), que a carência social extrema justifica a violação ao direito posto, até mesmo como forma de resistência a opressão por parte do Estado¹³. Em face de tal cenário, vislumbra-se a conquista de uma nova realidade em que os membros da sociedade possam alcançar a “mudança substancial do direito”, mediante instrumentos de libertação que permitam o fim da relação “opressor-oprimido”, na medida em que o Estado de direito deixe de ser apenas a “busca ou a luta por Estado com normas” e passe a se concentrar

¹³Nas explicações de Frances Olsen (In: GARGARELLA, 2005, p. 123) “el profesor Gargarella há tratado de limitar y controlar las situaciones em las que la quiebra del derecho por parte de aquellos que viven em situaciones de extrema pobreza deberían considerarse justificadas. Ante todo, sugiere um estándar “objetivo” destinado a definir situaciones de extrema exclusión social, vinculado com la línea de pobreza definida internacionalmente. Además, para encontrar justificadas sus acciones, los que desobedecen al derecho deben estar “*viviendo em una situación de alineación legal*” (uma situación em la que se presume que se encuentran aquellos que se vem privados de ciertos bienes humanos básicos), y deben encontrarse afectados por “*sérios problemas políticos*” para transmitir sus demandas a sus representantes o para hacerlos responsables por sus conductas”.

na ideia de um novo direito o que “significa reconhecimento em oposição à dominação” (AGUIAR, 1990, p. 146-147).

Assim, o imperativo de uma nova hermenêutica a ser construída, aproximando-se a tão distante linguagem jurídica da compreensão popular, torna-se cada vez mais necessário, haja vista que, caso não ocorra um novo entendimento quanto ao reconhecimento de fontes alternativas de direito em detrimento ao Direito oficial, inevitavelmente, haverá o agravamento da crise de legitimidade que paira atualmente o ordenamento jurídico vigente, provocando assim, sérias consequências ao meio social.

9. OS CAMINHOS E DESAFIOS DO PLURALISMO JURÍDICO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

No Brasil o estudo do direito e o conseqüente desenvolvimento da sistematização das normas jurídicas ocorreram diante um cenário marcado pela cultura baseada no individualismo extremo e com forte viés patrimonialista, de modo que o formalismo legal estabelecido pela construção do Estado Liberal, prevaleceu durante quase todo o histórico da sociedade brasileira. Como bem elucida Wolkmer (2006, p.114) a tradição do constitucionalismo brasileiro, sempre esteve “recheada de abstrações racionais” o que, dessa forma, “não apenas abafaram as manifestações coletivas, como também não refletiram as aspirações e necessidades mais imediatas da sociedade”.

Mesmo a Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, ter representado significativos avanços da sociedade civil, durante a década de 90 houve um grande retrocesso, na medida em que “forças da elite nacional – apoiada na onda neoliberal de prevalência absoluta do mercado e nas mudanças mundiais configuradas pela globalização da economia – desencadearam ações privatistas/reformistas que tanto objetivaram enfraquecer os direitos de cidadania, quanto deflagrar uma precipitada e oportunista reforma constitucional” (WOLKMER, 2006, p.115). Tais políticas adotadas pela elite nacional e embasadas pelos poderes institucionais, inclusive o Judiciário e o Ministério Público, que nada fizeram diante inúmeras denúncias de irregularidades no processo da política de desestatização promovida pelo governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso¹⁴, trouxeram de volta a mesma conotação liberal e individualista que marcaram o

¹⁴No livro “A Privataria Tucana” (2011) o jornalista Amaury Ribeiro Júnior informa e denuncia, por meio de documentos, uma complexa estrutura de “*offshres*” (empresas de fachada para lavagens de dinheiro em paraísos fiscais) que serviram para a realização de inúmeras operações ilegais que permearam os processos de privatizações de empresas públicas ocorridos durante os anos 90, do século XX, sob a presidência do governo Fernando Henrique Cardoso.

histórico constitucional brasileiro. Foi a verdadeira manipulação da democracia pelo poder econômico das elites dominantes em que de um lado refletiu a “derrocada e insuficiência das forças progressistas; de outro, a cantilena de um discurso neoliberal, que, operacionalizado pelos segmentos reacionários, reintroduz hegemonicamente novos valores, categorias e concepções de mundo” (WOLKMER, 2006, p.115).

Por outro lado, o crescente distanciamento entre as previsões constitucionais e a efetivação de direitos da população, trouxe novas perspectivas no sentido de que cada vez mais se busca a superação do direito estatalista mediante a implementação de novas fontes normativas oriundas das comunidades e dos setores mais carentes da sociedade brasileira. Esse processo, no entanto, não se trata de algo novo, pois já algum tempo se constata no Brasil, uma pluralidade de fontes normativas, que surgem em decorrência da própria necessidade de elaboração de regras naquelas comunidades maculadas pela exclusão social e pelo abandono profundo do Estado, que deixa “a própria sorte” a maior parte da população.

Na década de 70, do século XX, Boaventura de Sousa Santos (In: FALCÃO; SOUTO, 2001, p.88) em seu famoso estudo “Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada”¹⁵, realizado na favela do “Jacarezinho” na cidade do Rio de Janeiro e elaborado para a tese de seu doutoramento na renomada Universidade de Yale, concluiu que:

A favela é um espaço territorial, cuja relativa autonomia decorre outros fatores, da ilegalidade coletiva de habitação à luz do direito oficial brasileiro. Esta ilegalidade coletiva condiciona de modo estrutural o relacionamento da comunidade enquanto tal com o aparelho jurídico-político do Estado brasileiro. No caso específico de Pasárgada, pode detectar-se a vigência não oficial e precária de um direito interno e informal, gerido, entre outros, pela associação de moradores, e aplicável à prevenção e resolução de conflitos no seio da comunidade decorrentes da luta pela habitação. Este direito não-oficial – o direito de Pasárgada como lhe poderei chamar – vigora em paralelo (ou em conflito) com o direito oficial brasileiro e é desta duplicidade jurídica que se alimenta estruturalmente a ordem jurídica de Pasárgada. Entre os dois direitos estabelece-se uma relação de pluralismo jurídico extremamente complexa, que só uma análise muito minuciosa pode revelar. 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 de 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.

A experiência de Boaventura de Sousa Santos demonstra que há tempos já vem se consolidando no Brasil, em razão dos problemas sociais enfrentados, uma nova cultura jurídica, que não é manifestada pelos meios acadêmicos ou pelos operadores do direito oficial,

¹⁵Em Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada (SANTOS, 2001), Boaventura de Sousa Santos realizou um estudo sociológico sobre as estruturas internas da favela do Jacarezinho no Rio de Janeiro, a qual deu o nome fictício de Pasárgada. Este estudo teve como objetivo analisar uma situação de pluralismo jurídico com o intuito de elaborar uma teoria sobre as relações entre o Estado e o Direito nas sociedades capitalistas.

mas sim pelos próprios membros da população em geral, que em sua grande parte encontra-se excluída de direitos básicos, o que, por sua vez, proporciona a busca de alternativas diante a normatividade oficializada pelo Estado. Contudo, em relação aos poderes estatais, apesar de o Poder Judiciário, atualmente, tenha se posicionando em favor de uma atuação mais efetiva, mediante a consolidação da ideia de ativismo judicial, não há ainda um reconhecimento consolidado em relação ao direito alternativo, de maneira que as reivindicações de cunho social sejam consideradas. Na verdade, a atuação do Poder Judiciário, na maioria das vezes, possui uma conotação extremamente conservadora e, isso, pode ser justificado pelo fato de que, no Brasil, o Judiciário historicamente sempre atuou em prol das classes dominantes, o que, por óbvio, obstaculiza qualquer mudança que seja a favor da supressão da realidade social existente, baseada na concentração de renda e na forte exclusão da maioria da população, que vive a margem dos direitos formalmente declarados.

A ideia do ativismo judicial, tão presente hoje na realidade brasileira, é oriunda do processo de judicialização ocorrido no século XIX nos Estados Unidos com os chamados pais fundadores da América, que em 1787, por possui uma visão extremamente cética em relação às regras do sistema majoritário, os levaram a buscar os fundamentos do papel constitucional dos tribunais¹⁶. Nesse período, a ideia de judicialização estava em consonância com a posição de que somente um Judiciário forte, seria capaz de declarar todos os atos contrários à Constituição. Em consequência desse processo, surge inclusive a própria ideia de controle de constitucionalidade, cujo marco se deu com o famoso caso ocorrido em 1803, que ficou conhecido como *Marbury X Madison* (TATE and VALLINDER, 1996, p.17). Da ideia de judicialismo surge também nos Estados Unidos entre 1950 e 1960, o que se denominou como ativismo judicial, que conforme muito bem ilustra Luís Roberto Barroso (2010, p.10) está “associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”. Nas décadas seguintes, países como o Brasil passaram a seguir essa tendência, porém, isso não representou mudanças que significassem avanços em relação às questões sociais, pois, ao contrário o que se verifica é um forte espírito conservador que ainda prevalece entre aqueles que exercem o poder jurisdicional. É o que explica Alysson Mascaro (2008, p.203-205):

¹⁶Nas escritas de Torbjorn Vallinder (TATE and VALLINDER.1996, p.16) “the American Fouding Fathers of 1.787 had taken a more skeptical view toward strict majority rule and were consequently much more interested in the constitutional role of the courts. In *The Federalist Papers* (no.78) Alexander Hamilton stated that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power and that the general liberty of the people can never be endangered from that quarter.”

[...] o diagnóstico das contradições do direito como problemas de técnica é responsável, ao mesmo tempo, por outra operação de vultuosos ganhos políticos no movimento de reacionarismo institucional e conservadorismo político da década de 1990. Enquanto que a década de 1980 representou uma crescente politização do Poder Judiciário, como no movimento do Direito Alternativo, politização que se fez acompanhar, de alguma forma, nas conquistas legislativas, a década de 1990, na reação às conquistas processuais, reagirá de forma diversa. Enquanto a década de 80 consolidou garantias sociais e processuais numa série de legislações e na norma hierarquicamente maior do ordenamento jurídico, a Constituição Federal, a década de 90 não obtém, imediatamente, respaldo político para a reforma das legislações e da Constituição que, de resto, é uma reforme impopular porque retrocedente. No entanto, a crescente tecnicização do problema jurídico e a sua localização nas questões processuais farão por retroceder os ganhos da década anterior não por meio da revogação de legislações e direitos – atos de custos políticos difíceis – mas sim por meio do retrocesso nos meios processuais que venham garantir, no nível técnico do direito, estes mesmos direitos. Enquanto a década de 1980, naquilo que representou de avanço, trabalhou ao mesmo tempo com garantias de direitos substantivos e processuais, a década de 1990, na dificuldade do retrocesso dos direitos substantivos – claros e politicamente notórios –, esvazia-os por meio das reformas processuais, que os dificultam na efetividade jurídica. A aposta da reação por meio do processo civil e não por meio da revogação das legislações, esvazia as atenções populares potencialmente contrárias ao movimento de conservadorismo que vai se fortalecendo na década de 1990. Opera-se, em conjunto, a crescente despolitização do Poder Judiciário, com , com o esvaziamento do movimento do Direito Alternativo e a promoção e a cooptação de juízes politizados de primeira instância aos tribunais. Como resultado, enquanto a década de 1980 conheceu vários movimentos de resistência social e de politização do Poder Judiciário e o custo político de reação do Poder Legislativo – ao menos na primeira metade da década de 1990, posto que na segunda metade a hegemonia do Congresso Nacional será ampla – fazem com que a reação conservadora se dê pelas vias do Poder Judiciário, buscando que, ao trazer os direitos sociais ao campo judiciário, estes venham a se inviabilizar na prática judicial. [...] O resultado imediato de tais reformas processuais, ao retirar a democratização dos direitos do campo legislativo, é esvaziar a arena pública na qual, por meio de partidos, sindicatos e movimentos sociais, pode-se ia conquistar avanços institucionais. Relegando-se o problema dos direitos a uma questão técnica, procede-se a uma reserva de diagnóstico e fala aos especialistas, conservadorizando também a extensão das conquistas.

No entanto isso não quer dizer que atuação do Judiciário deva ser engessada pelo simples fato de ter se adotado no Brasil a proposta de tripartição de poderes. Até mesmo porque a própria a Constituição Federal, prevê a possibilidade do Poder Judiciário de apreciar demandas relativas à legalidade e moralidade da atuação da Administração Pública¹⁷. Contudo, até mesmo em decorrência do estabelecimento dos “freios e contrapesos”¹⁸ entre os

¹⁷Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006, p.711) demonstra que o “Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade”.

¹⁸Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 30) em decorrência do fato de que não é possível preservar a rigidez das funções constitucionais entre os Poderes, se estabelece os chamados “freios e contrapesos”, que segundo o renomado administrativista, trata-se de “mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritivamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados “poderes”, isto é, entre os órgãos do Poder.

Poderes, o Judiciário, apesar de ter que apreciar todas as demandas que lhe são direcionadas¹⁹, não pode usurpar as funções dos demais Poderes estatais, de maneira em que se impeça o debate político e social dos representantes eleitos pelo povo. Do mesmo modo uma atuação exacerbada por parte do Judiciário, poderá afetar até mesmo o reconhecimento de outras fontes normativas, pois sendo os juízes representantes do poder estatal, dificilmente utilizariam de vias alternativas como meio de solução de conflitos. Aliás, a decisão judicial, também deve ser vista como uma fonte estatalista, posto que não é oriunda dos atores coletivos inseridos na sociedade como representantes das classes oprimidas.

A própria ideia de pluralismo surge em razão de o direito proferido pelos juízes, na maior parte das vezes, não serem direcionados para as camadas mais carentes da sociedade, logo, seria incoerente imaginar que as fontes alternativas competiriam Poder Judiciário. Tal questão se mostra mais evidente, pois o pluralismo jurídico, na verdade, origina-se do próprio debate político que ocorre em decorrência das demandas sociais, e não do tecnicismo do direito, que muitas vezes embasam o magistrado. É lógico que o Judiciário pode e deve reconhecer as fontes alternativas, não se limitando a visão anacrônica do positivismo clássico de submissão total a legalidade do Estado, porém, ao contrário do que prega o ativismo, não deve se transformar, até pelo seu histórico conservador, em um meio de se criar novos elementos normativos ao sistema.

O ativismo judicial vai contra o próprio pluralismo democrático e isso, pode ser demonstrado por dois motivos. O primeiro deles é que falta aos juízes legitimidade para estabelecer novas regras, uma vez que, não são eleitos pelo povo e não exercem um poder popular, mas sim um poder estatal de decidir unilateralmente, ainda que se tente criar pela doutrina e em projetos de leis a ideia de uma relação dialógica e de cooperação no vínculo processual. Já um segundo ponto que deve ser considerado é que o ativismo judicial atualmente, com práticas cada vez mais evasivas em relação aos demais poderes, na verdade está buscando se impor e não dialogar com as outras fontes normativas, o que gera uma forte tendência autoritária que vai contra qualquer preceito democrático, na medida em que mantém a mesma roupagem do positivismo clássico, somente alterando-se a fonte legal, que neste caso, seria do Judiciário e não os setores que representam a sociedade.

¹⁹De acordo com o exposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário “garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito” (art. cit.) nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão.” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2002, p. 139).

Interessante observar que no caso da realidade brasileira, o ativismo judicial se limita a questões que não envolvam os problemas de diferenças de classes sociais, tão presentes em nosso país. Somente para ilustrar isso melhor, basta lembrar da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54), que concedeu o direito de interrupção da gravidez de fetos com anencefalia, que apesar de serem decisões avançadas, tratam-se de demandas que são almejadas pelos mais diferentes setores da sociedade, ou seja, que não esbarram nas questões de interesses de classes, uma vez que tanto aqueles que possuem melhor poder aquisitivo, como aqueles que são menos abastados, podem estar diante das situações supramencionadas.

Diferentemente foi o que ocorreu, como por exemplo, com a ADPF 153²⁰, que caso fosse deferida, permitiria uma nova interpretação da lei 6.683/79 (Lei de Anistia), de modo a responsabilizar criminalmente todos aqueles que praticaram inúmeros delitos a favor do regime militar no Brasil entre 1964 a 1985. Considerando-se que os grandes beneficiários da ditadura é hoje parte da elite brasileira, punir aqueles que praticaram delitos durante o governo ditatorial acabaria por levantar outras questões, como por exemplo, fortunas que foram adquiridas de forma suspeita e ascensão de algumas empresas de comunicações durante o regime militar. O recuo do Supremo Tribunal Federal, no caso da ADPF 153, expõe que quando se trata de interesses voltados a uma elite, o Judiciário recua, sem que permita que haja qualquer perspectiva de diálogo, no sentido de trazer a sociedade para tais discussões e deliberar de acordo com preceitos democráticos. Em face disso o pluralismo que se almeja não seria derivado do Poder Judiciário, até porque sendo este um poder estatal, não poderia ser fonte de direito alternativo, na medida em que suas concepções teóricas, na maior parte das vezes não se encontram em consonância com as aspirações dos setores mais carentes da sociedade. É o que inclusive ressalta Dierle José Coelho Nunes (2008, p.224) ao defender a democratização do processo:

[...] um dos principais pilares da democracia processual seria o abandono das perspectivas de protagonismo e a assunção de um perfil participativo e democrático da estrutura processual. Evidentemente, isso não ocorrerá mediante o aumento total dos poderes das partes ou dos juízes, mas, sim, mediante a divisão de

²⁰No julgamento da ADPF 153, o Supremo Tribunal Federal, a partir de uma postura conservadora, julgou improcedente o requerimento formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que pleiteava a interpretação conforme a Constituição da lei 6.683/79, de modo a reconhecer que os crimes comuns praticados durante o regime militar pelos agentes opressores, não deveriam ser considerados crimes políticos ou conexos a estes. Caso a decisão tivesse sido ao contrário, no sentido de se julgar procedente a demanda, haveria a possibilidade de se instaurar a persecução penal contra todos aqueles que agiram em prol do regime militar cometendo inúmeros delitos, incluindo-se neste rol, crimes que, atualmente, seriam considerados hediondos.

atuação entre estes, de modo a absorver os aspectos benéficos tanto dos movimentos liberais quanto dos sociais e a verificação de que a defendida democratização do processo exige a clara percepção da interdependência entre os sujeitos processuais.

O pluralismo que se deve pretender consolidar no Brasil é aquele que garanta a maior participação popular nas fontes normativas, de modo em que as distorções do Estado de Direito sejam supridas com o reconhecimento das demandas sociais através de sua inserção no campo normativo. Assim como deve ocorrer em outros países, no Brasil, a ideia do direito comunitário alternativo deve ultrapassar o “monopólio do juiz, dos intelectuais e das escolas de Direito para o domínio, o conhecimento e a prática popular” (WOLKMER,1994, p.300), posto que o que se deve consubstanciar na realidade brasileira é uma nova espécie de pluralismo, que Wolkmer (1994, p. 323) denomina de “pluralismo jurídico comunitário-participativo”.

10. CONCLUSÃO

Embora seja de difícil esgotamento teórico, o presente artigo buscou demonstrar a necessidade de se reconhecer fontes alternativas de direito, com a finalidade de suprir a racionalização que engessa o ordenamento jurídico e que decorre da íntima relação que se observa entre a legalidade estatal e desenvolvimento capitalista. Isso porque, as demandas sociais não conseguem ser alcançadas pelo direito posto, de modo que torna-se necessário democratizar a produção legislativa para que o campo normativo não se limite apenas como um instrumento das classes dominantes, conforme se verifica no decorrer da história.

Por esse motivo é imprescindível à participação dos atores coletivos, de maneira que possam ter uma atuação mais ativa no tocante a elaboração de leis, cuja fonte não deve ser exclusiva do Estado. Ainda que se torne difícil suprir as questões que envolvem a luta de classes, o que afasta, inclusive, as teorias marxistas dos ideais pluralistas, deve-se compreender que o pluralismo jurídico surge quase que naturalmente no seio da sociedade, posto que, à medida que o ordenamento estatalista frustra as expectativas coletivas, a produção legislativa, pelo fato de o ser humano não conseguir viver alheio a um sistema normativo, passa ir além das esferas institucionalizadas pela autoridade estatal, tendo em vista que aqueles grupos, cujo direito oficial não alcança, buscam estabelecer a sua própria sistemática jurídica.

Nesse sentido, com o intuito de atender o sistema de necessidades, cabe ao Estado reconhecer as fontes de produção legislativa que, em decorrência de suas deficiências, escapam a sua autoridade, tendo em vista que, somente por essa via será possível

democratizar a participação coletiva no âmbito da construção normativa. No Brasil, os ideais voltados ao pluralismo jurídico, embora sejam profundamente estudados pelo meio acadêmico, ainda encontra-se quase que imperceptível na prática, tendo em vista que a legislação pátria em conjunto com a atuação de um Judiciário extremamente conservador e de uma classe política descompromissada com as demandas populares vem obstaculizando qualquer tentativa de democratizar as fontes produtoras do direito e, conseqüentemente, reconhecer o direito alternativo como forma de se atenuar os conflitos sociais. Todavia, embora haja uma necessidade de se amadurecer uma visão mais plural de direito perante a realidade vigente, o que inclui o atual cenário brasileiro, o pluralismo jurídico, apesar de não ser um meio de se erradicar a luta de classes, pode ser uma via para que as disparidades sociais não sejam tão acirradas, de maneira que amplia o debate legislativo para as mais variadas camadas populares e, por consequência, permite que as demandas provenientes das exclusões promovidas pelo sistema capitalista possam ter seus efeitos minimizados.

11. REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Roberto A. R. *Direito, poder e opressão*. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 1990.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo* (2010). Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/artigo-constituicao-democracia-supremacia-judicial.pdf>> Acesso em 29 de novembro de 2012.
- BERGEL, Jean Louis. *Teoria geral do direito*. 2 ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 4. ed. Trad. João Ferreira; revisão técnica Gilson César Cardoso. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BOFF, Leonardo. *Teologia do cativo e da libertação*. São Paulo: Círculo do Livro, 1980.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- _____. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1997.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO. Cândido Rangel. GRINOVER. Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19 ed.. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2 ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direito e Cidadania*. São Paulo: Uniletras, 2004.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Estadualismo, Pluralismo e Neorrepublicanismo. Perplexidades de nossos dias*. In: LIXA, Ivone M. VERAS NETO. Francisco Q. WOLKMER. Antônio Carlos (orgs.). *Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRSCH, Joachim. *Teoria Materialista do Estado*. Trad. Luciano Cavini Martorano. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

HOBBSAWM, Eric J. *Os Trabalhadores: estudos sobre a história do operariado*. Tradução: Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

LIXA, Ivone Fernandes Marcilo. *Pluralismo Jurídico: insurgência e resignificação hermenêutica*. In: LIXA, Ivone M. VERAS NETO. Francisco Q. WOLKMER. Antônio Carlos (orgs.). *Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LYRA FILHO, Roberto. *Por que estudar direito hoje?* In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *O Direito Achado na Rua*. 1ª reimpressão. Brasília; Editora UNB: 1988.

_____. *O que é Direito*. 15ª reimp. da 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito 1*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARX, Karl. *Sobre Proudhon*. In: CHITAS, Eduardo; MELO, Francisco; MOURA, José de Barata; PINA, Álvaro. *Marx Engels: Obras escolhidas em três tomos*. Tomo II. Lisboa: Edições Avante, 1983.

_____. *O capital*. Livro I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, v. 1.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORIN, Edgard. *O método 6: Ética*. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2007.

- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. Revisão: Paulo Bonavides. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.
- OLSEN, Frances. *Legitimidad, pobreza y resistencia*. In: GARGARELLA, Roberto. *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Mino y Dávila Editores, 2005.
- PASTANA, Débora Regina. *Justiça Penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária*. São Paulo: Ed. UNESP, 2009.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RIBEIRO JR., Amaury. *A privatária tucana*. São Paulo: Geração Editorial, 2011.
- SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada*. In: FALCÃO, Joaquim. SOUTO, Cláudio (org.) *Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.
- SCHMITT, Carl. *Legalidade e Legitimidade*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Novas sociabilidades, novos conflitos, novos direitos*. In: DINIS, Melillo; PINHEIRO, José Ernane; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; SAMPAIO, Plínio de Arruda. *Ética, Justiça e Direito: Reflexões sobre a reforma do judiciário*. Petrópolis: Vozes, 1996.
- TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1997.
- VAZ, Henrique C. de Lima. *Ética e Justiça: filosofia do agir humano*. In: DINIS, Melillo; PINHEIRO, José Ernane; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; SAMPAIO, Plínio de Arruda. *Ética, Justiça e Direito: Reflexões sobre a reforma do judiciário*. Petrópolis: Vozes, 1996.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.
- _____. *Ideologia, Estado e Direito*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *História do Direito no Brasil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.