

PLURALISMO JURÍDICO E A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO NO BRASIL

Angela Maria Griboggi*

RESUMO

O presente trabalho alvitra-se a ilustrar o Pluralismo Jurídico, enquanto novo referencial político e jurídico para a concretização de uma sociedade mais justa, o que se justifica em razão da crise contemporânea do Positivismo Jurídico. Para tanto, a investigação aborda dois pontos principais, quais sejam, a crise do Positivismo Jurídico no Brasil e o Pluralismo Jurídico. O Estado brasileiro sofre diante de crises que refletem o resultado de um processo histórico de desrespeito, causado pela usurpação de seus recursos humanos e naturais, desde seu descobrimento. Ele foi e permanece mal administrado explorado e manipulado, a serviço inicialmente dos interesses da Coroa Portuguesa e posteriormente aos desmandos das grandes potencias mundiais e dos detentores do capital. O modelo do Estado de direitos, precursor do bem estar social entrou em colapso diante das necessidades da coletividade, gerando conflitos, os quais ligados ao Positivismo Jurídico exacerbado, enfraquecem as bases estatais, que não mantêm o monopólio nem a legitimidade exclusiva da produção do fenômeno jurídico, de modo que se rompe com o monismo jurídico estatal. Neste contexto o Pluralismo Jurídico apresenta-se vivo na sociedade brasileira, enquanto norma jurídica não estatal, que coexiste e interage no interior desta sociedade, que impõem um sistema estatal, jurídico e econômico único dominado pelo capitalismo, que por sua vez sufoca e marginaliza o ser humano.

PALAVRAS CHAVES

ESTADO; SISTEMA JURÍDICO; PLURALISMO JURÍDICO.

ABSTRACT

The present work want to illustrate it Legal Pluralism, while new model legal politician and

* Mestranda em Direito Econômico e Social pela PUC/PR, Especialista em Direito Socioambiental pela PUC/PR e Especialista em Direito Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada militante em Curitiba-Pr.

for the concretion of a society more just, what contemporary of the Legal Positivism justifies itself in reason of the crisis. For in such a way, the inquiry approaches colon main, which is, the crisis of the Legal Positivism in Brazil and Legal Pluralism. The Brazilian State suffers ahead from crises that reflect the result of a historical process of disrespect, caused for the usurpation of its human resources and natural, since its discovery. It was and remains badly managed explored and manipulated, the service initially of the interests of the Portuguese Crown and later to the disobediences of the great ones you harness worldwide and of the detainers of the capital. The model of the Rule of law, precursor of the welfare state ahead entered in collapse of the necessities of the collective, generating conflicts, which on to the exaggerated Legal Positivism, weakens the state bases, that do not keep the monopoly nor the exclusive legitimacy of the production of the legal phenomenon, in way that if breaches with the state legal monism. In this context Legal Pluralism is presented alive in the Brazilian society, while not state rule of law, that coexists and interacts in the interior of this society, that they impose a state system, legal and economic only dominated by the capitalism, that in turn suffocates and keeps out of society the human being.

KEYWORDS

STATE; LEGAL SYSTEM; LEGAL PLURALISM.

INTRODUÇÃO

A crise do Positivismo Jurídico é fenômeno recente, iniciado a partir da metade da metade do séc. XX, em razão de tal modelo não corresponder aos interesses econômicos e sociais atuais.

O Positivismo Jurídico enquanto doutrina que busca a separação do direito natural do direito positivo e que prega o direito como norma categoricamente codificada é atualmente muito criticado, principalmente por considerar que estas normas, sendo emanadas legitimamente pelo Estado vinculam obrigatoriamente o indivíduo, independente de seu conteúdo, levando a sanções quando de seu descumprimento. Sendo ou não justa, a

Lei deve ser cumprida, nesta perspectiva o direito se torna alheio aos interesses sociais.

O Positivismo Jurídico entrou em crise, dentre outros fatores, porque perdeu sua legitimidade enquanto emanador da ordem jurídica, visto que não acompanha mais a realidade social e sendo o fenômeno jurídico uma realidade eminentemente social, está em descompasso com suas finalidades.

No Brasil, a formação multicultural, o gigantismo territorial, as mais variadas necessidades sociais, a má administração governamental, o sistema capitalista, o sistema econômico, a má distribuição de renda, a corrupção em todos os poderes, o desvio dos interesses estatais sempre no interesse de minorias, dentre outros aspectos, propiciam as movimentações sociais em busca de soluções a problemas, que acabam se consubstanciando em formas de Pluralismo Jurídico.

No país a ineficácia estatal está atrelada a diversos fatores, tais como históricos, humanos, excesso de formalismo, burocracia e principalmente pela falta de vontade e interesse dos representantes dos três poderes em resolver a crítica situação em que se encontra o país.

A teoria pluralista representa uma afronta ao Estado monopolizador e a muitas concepções já ultrapassadas, mas se encontra totalmente enraizada no seio da sociedade. Contudo, compreende-se porque o Estado centralizador não aceita o pluralismo como uma realidade social, pois se assim o reconhecesse, estaria renunciado a suas próprias bases monistas, as quais determinam um poder central, único e legitimado no interesse geral, os quais são totalmente incompatíveis com os fundamentos pluralistas.

Contudo, o Estado não consegue mais subsistir frente aos acontecimentos sociais, os quais estão causando o desmoronamento do monismo jurídico e conseqüentemente do positivismo jurídico.

Desta forma paradigmas da dogmática jurídicos vêm se destruindo e forçando a estrutura estatal a apresentar novas formas de controle e soluções aos problemas e diante de sua inércia, a própria sociedade apresenta respostas as suas necessidades.

1 A CRISE DO ESTADO BRASILEIRO

O Estado Moderno é caracterizado pelo liberalismo, que por sua vez serve a classe burguesa e ao capital, nele a intervenção estatal é mínima, sendo o mercado movido por

suas próprias leis, o que na prática propicia desigualdades e conseqüente crise social. O princípio básico do Estado Liberal está na distinção entre governados e governantes, ele não é negativo já que o indivíduo é livre para desenvolver suas aptidões.

O positivismo jurídico pregado por Kelsen, de caráter voluntarista, defende a impossibilidade de se fundar empiricamente os juízos de valor, relativo a opção adotada pelo órgão competente para a edição da norma jurídica, sendo então o direito um produto da vontade de autoridades.

O Estado contemporâneo surgiu como resultado da crise do Estado liberal, iniciada no final do séc. XIX e início do séc. XX. O capitalismo criou uma sociedade industrial de massa que propiciou tais mudanças, segundo WOLKMER este modelo, pode ser designado de “Estado Social, Estado Intervencionista, Estado Tecnocrático, Estado de Bem-Estar, Estado Previdência ou Assistencial, mas independente *“do modelo político-econômico de que se serve, quer seja o Capitalismo, quer seja o Socialismo estatizante, apresentam características ora comuns, ora específicas”* (1990, p. 26).

BASTOS (1986, p. 41) descreve a passagem do Estado Liberal para o Social como sendo caracterizada por decisões com fins sociais e econômicas, afirma que *“os principais elementos componentes deste alargamento das funções públicas foram à promoção do bem comum e da justiça social”*.

O Estado brasileiro desde a primeira Constituição Republicana, de 1891, assumiu o modelo Federativo de distribuição das competências, de modo flexível e autônomo, em Estados-membros. A separação dos poderes foi tripartida em legislativo, executivo e judiciário. Segundo WOLKMER (1989, p. 35) “o constitucionalismo brasileiro tem sido, até hoje, o contínuo produto da “conciliação-compromisso” entre o autoritarismo social modernizante e o liberalismo burguês conservador¹”.

O Estado brasileiro sofre com crises que refletem o resultado de um processo histórico lento de desrespeito, causado pela usurpação de seus recursos humanos e naturais,

¹ “O processo histórico do constitucionalismo brasileiro tem sua formação a partir da independência nacional e de seus parâmetros políticos-institucionais. Algumas causas mais diretas podem ser reconhecidas como fatores articuladores do constitucionalismo político emergente deste processo. Dentre elas as influências da Revolução Francesa e Norte-Americana, movimentos do séc. XVIII, etc. (WOLKMER, 1989, PG. 28).

desde seu descobrimento, sendo mal administrado, explorado e manipulado, a serviço inicialmente dos interesses da Coroa Portuguesa e posteriormente aos desmandos das grandes potencias mundiais e dos detentores do capital.

Os sistemas de monopólio, monocultura, latifúndio, mão de obra escrava, cultura agrícola voltada ao mercado externo, depredação dos recursos naturais, falta de desenvolvimento cultural, tecnológico, econômico, dentre outros, são exemplos vivos ainda hoje na sociedade dos fatores que a degradam.

Contemporaneamente a função primordial do Estado é a manutenção do bem estar social, que se manifesta através de assistência à saúde, educação, habitação, alimentação, segurança, dentre outras necessidades essenciais do ser humano. Contudo, o custeio destas necessidades se tornou um ônus insuportável ao Estado e ligado aos demais problemas estatais corroboram para um autêntico caos social.

A estratificação das classes sociais é um problema existente desde a colonização e dela advém os assustadores níveis de desigualdade social e miserabilidade que decorrem da má distribuição de renda. A educação que poderia ser à base para a resolução de muitos problemas, sempre foi um privilégio de poucos, já que voluntariamente sempre houve à intenção da sustentação de uma massa ignorante, na acepção jurídica da palavra.

O modelo capitalista vigente agrava os problemas da nação, já que seus princípios não primam pela equidade na distribuição das riquezas, ocasionando com isto, diversos problemas sociais, dentre os quais a desigualdade social releva-se como a mais severa, pois impossibilita que a maioria dos cidadãos viva com o mínimo de dignidade humana.

As manifestações neoliberais no país ocasionaram diminuição da intervenção estatal através das privatizações. A previdência social que já era um problema passou a ter proporções insuportáveis aos cofres nacionais, exigindo reformas, tal como as implantadas pela Emenda Constitucional n° 41, que na realidade apenas prolongou a resolução do problema, transferindo de imediato, parte dos problemas aos cidadãos.

O neoliberalismo surge como uma variação do liberalismo, caracterizada por uma reação política mantedora de intervenção mínima estatal. Dentre suas conseqüências pode-se citar o aumento de desemprego e o enfraquecimento do trabalho e dos sindicatos, busca a diminuição do custo dos produtos e do trabalho, possibilitando maior lucro. Contudo, a realidade neoliberal não foi como a esperada, pois o custo social do desemprego, da

manutenção das famílias, da saúde, dentre outros, tornou-se altíssimo e a previdência social passou a ser um outro problema aos governos que assumiram tal política, tal como mencionado acima.

A situação econômica do país é crítica, os orçamentos nunca coincidem com os balanços e o governo não tem dinheiro para pagar suas dívidas, sendo assim, o capital estrangeiro torna-se indispensável à manutenção da nação, que por sua vez, aumenta o endividamento nacional e diminui conseqüentemente sua autonomia interna, já que para a concessão destes empréstimos estão associadas a imposições unilaterais e indiscutíveis.

É claramente visível a adoção de um positivismo jurídico exagerado no país, o que se revela dentre outros, como resultado histórico da falta de apego social a valores éticos e morais. Esta afeição ao positivismo exacerbada associada às crises sociais está enfraquecendo o Estado, o qual não consegue responder as demandas sociais, de modo que perde o comando e abre espaço a manifestações sociais tais como o pluralismo jurídico.

O teor normativo vigente possui um conteúdo cada vez mais amplo devido ao excesso de legislações existentes. Para se impor e fazer valer suas leis, o Estado necessita cada vez mais do emprego da coerção, fato que demonstra o excesso de desobediência a seus mandamentos, que por sua vez refletem em seu fracasso e ineficácia.

O Estado está acima de todos e legitimamente goza de diversos privilégios em detrimento do povo, já que possui a prerrogativa de agir no interesse da coletividade. Contudo, o que se observa é que os cidadãos comuns padecem com as injustiças e os desmandos estatais que se consubstanciam diante das práticas políticas atuais, que de modo geral não ocasionam responsabilização e causam sensação de impotência e impunidade.

A corrupção é um sério problema no país e atualmente atinge todos os poderes, tanto o executivo, como o legislativo e até mesmo o judiciário.

Na tentativa de minimizar os problemas estatais, os governantes vêm propondo uma série de reformas internas, tais como a do judiciário, da previdência, do fisco, dentre outras, que na realidade diminuem a segurança jurídica do país e abalam a estrutura do Estado democrático de direito, uma vez que tais medidas não salvaguardam os interesses da maioria dos cidadãos. Desta forma a legitimidade dos governantes se descaracteriza já que estes não agem no interesse coletivo.

Não significa que o Estado seja inerte a sua realidade, o fato é que muitas vezes

sabe das dificuldades e procura dar solução às mesmas, mas por diversos fatores políticos e econômicos, na maioria das vezes, acaba por tomar medidas temporárias de curto alcance, que apenas prorrogam os problemas ao invés de solucioná-los.

A regra deveria ser a prevenção e não o remédio, mas o que ocorre é exatamente o contrário, as soluções oferecidas são na maioria das vezes paliativas e de pouca eficiência, faltando visão global, organização e planejamento no esforço para a resolução dos problemas nacionais.

O Estado exige que todas as questões jurídicas passem por seu crivo, não abrindo espaço para que soluções privatizadas ou alternativas sejam aplicadas, pelo menos de modo oficial, pois a realidade demonstra-se ser pluralista.

O ser humano não é inerte às suas dificuldades e na medida do possível, organiza-se procura soluções e diante da ineficácia estatal, o pluralismo jurídico é manifestação cada vez mais presente. Exemplo disto é o que ocorreu em Pasárgada², onde a população local ao ser ignorada pelo governo, também o ignorou vindo a criar um Estado paralelo ao Estado oficial.

A solução efetiva para alguns conflitos sociais vem ocorrendo de modo alternativo, independentemente e incontrolado pelo Estado, de modo a refletir o pluralismo jurídico, que se caracteriza pela existência de direito fora do Estado, como no exemplo citado anteriormente, ocorrido em Pasárgada.

É real a jusdiversidade presente na sociedade, há no país uma “lei” concorrente à lei estatal, favorecida pela polietnia e ineficácia estatal na resolução dos problemas sociais, que levam a formação de um sistema normativo representado pelos costumes.

Existem grupos humanos que se regulam totalmente alheios à sociedade estatal, como por exemplo, os grupos indígenas, ribeirinhos, quilombolas, dentre outros. A CF/88 reconhece esta realidade brasileira, mas não a aceita o Pluralismo Jurídico.

SOUZA SANTOS, (2003, p. 570) leciona que o princípio da autodeterminação

² Pasárgada é o nome fictício dado por Boaventura de Souza Santos à favela do fluminense no Rio de Janeiro, criado a partir de um estudo sociológico que este realizou sobre as estruturas jurídicas internas desta favela. Fez uma “inferência direta ao poema de Manoel Bandeira – com o objetivo de analisar em profundidade, uma situação de pluralismo jurídico com vista à elaboração de uma teoria sobre as relações entre Estado e direito nas sociedades capitalistas” (SOUZA JUNIOR, 1984, p. 50).

confere aos povos indígenas o “*direito de autonomia ou de autogoverno em relação a questões relacionadas a seus assuntos internos locais*”.

O Pluralismo Jurídico que já se apresenta como uma realidade social concreta, oferece formas alternativas de realização efetiva das necessidades de uma sociedade múltipla, em face de um Estado unitário e ineficaz, que não mais tutela os interesses e necessidades das maiorias, muito menos os das minorias.

O Estado ignora o pluralismo, pois caso o admitisse, estaria aceitando sua própria falência, já que este afeta suas bases. Mas não há como negá-lo, pois ele existe e está presente exatamente em decorrência da crise estatal, mesmo que este não o reconheça claramente.

O pluralismo pode ser melhor verificado no final do séc. XX, através de uma avalanche de problemas sociais ocorridos e até então não discutidos, dos quais surgiram formas alternativas de resolução dos conflitos. Uma das maiores crises constatadas refere-se a da propriedade privada versus a propriedade coletiva, pois as concepções de interesses entre os direitos e deveres nestas duas esferas passaram a ser muito conflitantes.

A propriedade privada sempre foi à linha mestra dos interesses humanos, sendo responsável por iniciativas frente à resolução de problemas sociais de modo plural, mas sempre para a manutenção de direitos absolutos perante a propriedade particular.

O direito moderno, menos individualista e que prima pelo bem estar geral, vê o direito a propriedade coletiva sobressalente ao da propriedade privada, como por exemplo, o meio ambiente, que deve ser ecologicamente protegido e defendido, porque todos têm o direito de usufruir dele, já que é para todos.

O Estado brasileiro está em crise, mas esta situação não deixa de ser um reflexo de sua história, a qual deveria servir de escola para o progresso, mas ao contrário, apenas reafirma os sintomas da crise, visto que funciona como fator conformador, servindo os modelos já adotados ao sistema estruturantes da corrupção e justificadores da degradação social.

1.1 RUPTURA COM OS PARADÍGMAS JURÍDICOS

SOUZA SANTOS (2000, p. 185-186) descreve que para “*dês-pensar o direito*

num período de transição paradigmática” deve-se separar o Estado do direito, através da distinção entre a falta de veracidade do monopólio estatal frente ao direito e a rejeição arbitrária à pluralidade de ordens jurídicas, fatores estes que eliminaram ou reduziram o potencial emancipatório do direito moderno.

Para WOLKMER (1997, pg. 256), “quanto maior for o poder de intervenção, dirigismo e responsabilidade administrativa, maior é a necessidade que tem o Estado de criar “mitos-fundantes” para proteger e justificar sua onisciência frente a outras instancias sociais.”³

Uma crise de paradigmas é identificada a partir do momento em que o paradigma dominante já não consegue mais explicar os fenômenos que deveria esclarecer. No mundo jurídico o paradigma dominante é o dogmático. O paradigma da dogmática jurídica é um conceito histórico composto a partir da convergência de processos parciais que se encontram na base da modernidade. (SILVA FILHO, 1995, p. 182)⁴.

WOLKMER (1997, pg. 200-201) estabelece a existência de um pluralismo jurídico estatal, que é reconhecido, permitido e controlado pelo Estado e um pluralismo jurídico comunitário, que age num espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, subsistindo independente ao controle estatal.

Segundo FARIA (1998, p. 13) o cenário de contradições e crises da sociedade capitalista, está no “colapso do individualismo jurídico, no esvaziamento de uma concepção burguesa de direito edificada em torno da noção de direito subjetivo e na

³ Explica ainda que “todo este esforço para centralizar a “regulamentação” da vida social incidirá em funções clássicas (polícia, justiça e defesa) que serão canalizadas em procedimentos formais de cunho legislativo, administrativo e jurisdicional.” Sendo que mesmo com todos estes aparatos não se consegue erradicar e inviabilizar os fenômenos de regulamentação informal provenientes de outros grupos sociais não estatais. (WOLKMER, 1997, p. 256).

⁴ Determina que existem no interior do paradigma dogmático, duas matrizes, uma epistemológica e outra política, tornando-se tributário tanto o discurso cientificista quanto o discurso estatal-legalista. O núcleo do paradigma dogmático, que foi desenvolvido no historicismo jurídico, é a construção jurídica e significa a sistematização do direito realizada mediante uma construção dos juristas que visam a dar uma visão de conjunto ao direito e seus mecanismos, (...) diz que é com o positivismo que o paradigma dogmático irá atingir a sua maturação, (...). Descreve que a dogmática jurídica insinua-se não como uma ciência descritiva, mas sim prescritiva e neste sentido, não pode ser ideologicamente neutra. Ela constitui um sistema de conceitos cuja função precípua é a garantia de uniformização e previsibilidade das decisões judiciais, para que o direito possa ser aplicado equânimamente, tendo como função assegurar, através de um instrumento conceitual, um nível mínimo de comunicação entre as normas jurídicas abstratas e as decisões judiciais concretas. (SILVA FILHO, 1995, p. 192 a 194)

superação das forças analíticas dos esquemas teóricos da dogmática jurídica”⁵. Com isto, as formas coletivas de conflito entre grupos e classes sociais foram alterando os conceitos básicos do Direito, que conseqüentemente foram perdendo sua operabilidade.

A conseqüência desta ruptura de paradigma está na substituição do governo “*por uma pluralidade de regimes de governos supra e infra-estatais, com atores públicos e privados*”, que causam a descentralizado do direito, passando a coexistir “de uma forma mais ou menos incomoda, com o direito que anteriormente era monopólio dos Estados”. (SOUSA SANTOS, 2003, p. 468).

SILVA FILHO (1995, p. 198) defende que a crise do paradigma da dogmática jurídico afeta de maneira bem mais aguda a realidade periférica, pois a inadequação entre direito e realidade, sinal da crise, além de comprometer de forma mais crítica essas sociedades, já é um sintoma que remonta ao próprio período colonial.

Para tal doutrinador a crise ética da modernidade concretiza-se em inúmeros fatores, como a perda da identidade cultural, a prevalência do individualismo egoísta e exacerbado, a ausência de valores democráticos, a intolerância a diversidade, o domínio de desejos consumistas irracionais, a ameaça de degradação do meio ambiente e de largas parcelas da população mundial, etc. (SILVA FILHO, 1995, p. 198).

As concepções monistas admitem apenas um sistema de Direito, qual seja, o direito positivo estatal. Ao tratar do assunto, REALE (1984, p. 243) descreve que para o monismo “*só o sistema legal pelos órgãos estatais deve ser considerado Direito Positivo, não existindo positividade fora do Estado e sem o Estado*”. Porém, deve-se reafirmar que tais concepções encontram-se ultrapassadas diante do contexto atual.

WOLKMER (1997, p. 157 -158) descreve ainda que “*ao contrário da concepção*

⁵ Para FARIA (1998, p.13-22) pelo cenário de contradições e crises da sociedade capitalista, destaca-se o colapso do individualismo jurídico e o esvaziamento de uma concepção burguesa de direito edificada em torno da noção de direito subjetivo e a superação das força analíticas dos esquemas teóricos da dogmática jurídica. O paradigma da dogmática jurídica nesse sentido, implica a crença em certos valores gerais, derivados da vigência de uma ordem jurídica de conotação liberal e da legitimidade de um saber científico reduzido aos limites da descrição empírica. Em termos históricos, a transição dos antigos para os novos paradigmas da dogmática jurídica foi deflagrada pela emergência do modo capitalista de produção, isto é, pela substituição do capitalismo concorrencial pelo capitalismo monopolista, e foi acelerada pela institucionalização de novas formas organizacionais no âmbito do Estado liberal.

unitária, hegemônica e centralizadora denominada de “monismo”, a formulação teórica e doutrinária do pluralismo designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação com particularidades próprias”.

Para o autor “o pluralismo surge devido à falta de atenção do Estado para com aqueles mais necessitados, pois é destas classes mais sofridas e necessitadas que surge a regulamentação estatal” (WOLKMER. 1997, p. 301).

Contudo, pode-se completar tal justificativa expondo que o pluralismo origina-se também pela falta de efetividade oferecida pela prestação jurisdicional do Estado a todos aqueles que necessitam de sua tutela.

2.0 PLURALISMO JURÍDICO

2.1 A DOUTRINA PLURALISTA

O Pluralismo Jurídico possui muitas linhas doutrinárias, as quais divergem em suas concepções dentro e fora do país. REALE (1984, p. 261) acredita ser difícil resumir os princípios do pluralismo, pois diz haver uma forma de pluralismo para cada autor⁶, porém estabelece um denominador comum entre os pluralistas, qual seja, o antiformalismo e o repúdio á lei como formas, que culminam na negação de um Estado como única fonte de Direito Positivo.

Para SILVA FILHO (1999, p. 205) também concorda que existem diversas vertentes a respeito do que venha a ser o Pluralismo Jurídico, entretanto, descreve que todos os pluralistas concordam em dois pontos: “em qualquer sociedade coexistem várias formas de juridicidade conflitantes ou consensuais e que o direito não é apenas aquele produzido pelo Estado”.

WOLKMER (1997, p. 307-308) por sua vez, determina que refletir sobre o

⁶ Para este jurista os doutrinadores do pluralismo apresentavam diversas correntes e poderiam ser divididos como: aqueles que defendiam um pluralismo sociológico econômico tais como Gurvitch, Duguit e Jêze; e aqueles que defendiam o antiestatalimo jurídico na medida em que se diminuía as atenções as contingências de ordem econômica, defendida por Hauriou e Santi Romano. (REALE, 1984, p. 262).

pluralismo atualmente, “é pensar um pluralismo difuso de novo tipo, marcado por uma perspectiva participativa e interdisciplinar, ampliada que no contexto da complexidade periférica latino-americana e brasileira não rompe de todo com a presença do poder estatal, nem menos a exclui”.

Para WOLKMER (1997, p.181) as grandes contribuições doutrinárias sobre o Pluralismo Jurídico são mediadas “por um ciclo histórico que se instaurou com E. Ehrlich avançou com Santi Romano e alcançou uma elaboração mais consistente com G. Gurvitch”. Descreve que nas três últimas décadas houve novamente interesse pelo tema, sendo que alguns autores voltaram a dedicar-se ao mesmo⁷.

GIERKE⁸ foi identificado por REALE (1984, p. 266), como o pai das escolas pluralista, este descreve que GIERKE defendeu um pluralismo corporativo, no qual cada associação possuía personalidade real e efetiva, que não vinha do Estado, mas que lhe garantia uma atividade autônoma e independente da ação estatal, havendo certa supremacia deste último. Tal doutrinador ainda definiu como importantes ao pluralismo alguns doutrinadores, tais como DUGUIT, HAURIOU E SANTI ROMANO.

REALE (1984, p. 272) menciona que DUGUIT não era pluralista propriamente dito, pois não concebia as acepções de tal doutrina, apenas negava o monismo jurídico estatal e defendia os organismos sindicais, determinando o Estado apenas como agente de

⁷ Tais como: “Henry Levy-Bruhl (defensor do pluralismo de direitos supra-estatais e infra-estatais), Jean Carbonnier (para o qual a pluralidade não estava na oposição/ocorrência entre normas de direitos verdadeiros, ligados ao Estado e aos fenômenos infrajurídicos, mas nas formas diversas de entendimento e aplicação de uma única ou mesma norma), Jacques Vanderlinden (para quem o pluralismo legal estava na aplicação de mecanismos jurídicos diferentes a situações idênticas), Jean-Guy Belley (que determinava que o pluralismo jurídico não só envolvia a interdependência de manifestações estatais e não estatais, como, sobretudo, incidia na dinâmica centralização/descentralização da regulação jurídica das sociedades globais), Boaventura de Souza Santos (descreve que o Pluralismo Jurídico denota a vigência oficial, ou não, no mesmo espaço geopolítico, de mais de uma ordem jurídica relacionada à conformação específica de conflitos de classes), Masaji Chiba (defende práticas de Pluralismo Jurídico não ocidentais relacionadas aos conflitos entre “Direito oficial” e “Direito não-oficial”, etc)” (WOLKMER, 1997, p. 182).

⁸ REALE (1984, p. 266, 267) afirmava que este jurista “não só proclamava a existência de um todo coletivo formado por homens reunidos para a realização de fins que vão além da esfera do interesse individual, como assevera que estas unidades sociais possuem existência autônoma devendo ser consideradas como limites naturais à autoridade do Estado, porquanto o Estado é uma pessoa jurídica dotada de soberania, mas não cria as pessoas jurídicas individuais e coletivas”. Ainda determinava tal teoria como moderada e conciliatória, já que a ordem estatal e a jurídica não se confundiam, mas sim se harmonizavam.

coordenação de atividades segundo as exigências da solidariedade, não havendo poder público, por este não possuir soberania, sendo assim, devolveu “a totalidade do corpo social” a formação das normas jurídicas, admitindo implicitamente uma pluralidade de fontes do Direito Positivo.

HAURIOU estabelece um pluralismo institucionalista, no qual as instituições são determinadas pelas regras de direito, sendo que para ele “o Estado é uma instituição dentre as diversas instituições, porém de todas as instituições que a ordem social produz, a mais eminente é a instituição do Estado” (REALE, 1984, p. 287).

REALE (1984, p. 287) relata que SANTI ROMANO é reconhecido como o teórico puro do pluralismo, pois suas concepções eram institucionais e admitiam apenas o direito positivo, sendo que para ele todos os ordenamentos eram soberanos.

SOUZA SANTOS, (*apud*, WOLKMER, 1997, p.196) determinou como sendo duas as origens do pluralismo, isto é “origem colonial” e “origem não colonial”⁹.

Pela teoria pluralista de WOLKMER (1997, p. 222) as condições que tornam viáveis o Pluralismo Jurídico são: -a efetividade material (relacionada com os “novos atores que entram em cena” e o conjunto de necessidades fundamentais que os legitimam a reivindicação de direitos); -a efetividade formal (que está vinculada a reordenação do espaço público, a ética da alteridade e a racionalidade emancipatória); -a viabilização das condições para a implementação de uma política democrática que se direcione e reduza-se a um mesmo espaço comunitário descentralizado e participativo.

2.2 O PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL

WOLKMER (1997, p. 186) ao tratar do Pluralismo Jurídico no Brasil determinou

⁹ A primeira se desenvolveu em países que foram dominados econômica e politicamente, sendo obrigados a aceitar os padrões jurídicos das metrópoles, que impuseram forçosamente a unificação e administração da colônia, possibilitando a coexistência num mesmo espaço do Direito do Estado colonizador e dos Direitos tradicionais; -a segunda ocorreu por três fatores: em países com cultura e tradição normativa própria, que acabavam adotando o Direito europeu como forma de modernização e consolidação do regime político; - após sofrerem o impacto de uma revolução política, alguns países, continuaram mantendo ainda por algum tempo seu antigo Direito; - populações nativas ou indígenas não inteiramente dizimadas e submetidas às leis coercitivas dos invasores, adquiriram autorização para manter e conservar seu Direito tradicional” (WOLKMER, 1997, p.196)

que o mesmo não é reconhecido, mas vivo na sociedade¹⁰.

Tem-se que mesmo não sendo reconhecido, o pluralismo sempre esteve presente no país, pois este se desenvolveu dentro em contexto jurídico pluralista e materializado através do co-relacionamento entre as diversas bases jurídicas que aqui co-habitaram, tais como as das populações nativas indígenas, as dos colonizadores portugueses, e as dos diversos povos que vieram para cá, tais como a dos africanos, holandeses, ingleses, e posteriormente a dos italianos, poloneses, japoneses, dentre outros que construíram as concepções jurídicas pluralistas retratadas por esta miscelânea de culturas.

São vários os fatores que tornam o pluralismo jurídico uma realidade no país, sua formação multi-cultural, os acontecimentos históricos pelos quais passou, seu gigantismo territorial, sua formação econômica capitalista, a pluralidade de conflitos, situações, interesses, necessidades, desigualdades sociais, dentre outros, são fatores que divergem entre si e acabam por desaguar no pluralismo jurídico, já que tornam muito amplo o leque de direitos que o Estado deve oferecer e garantir, tornando impossível que este individualmente os sustente.

Neste contexto SILVA FILHO (1995, p. 199) percebe que a expansão das práticas de resolução dos conflitos de modo não institucionalizados (arranjos, acordos e negociações) e as instâncias judiciais informais são um claro sinal da inoperância do Judiciário.

Muitos são os estudiosos que perceberam e se dedicaram a esta problemática, desenvolvendo trabalhos importantíssimos dentro e fora do Brasil, no intuito de clarear e demonstrar a materialidade desta realidade. Dentre eles pode-se citar Boaventura de Souza Santos, Carlos A. Wolkmer, Carlos F. Marés de Souza Filho, Carlos Steil, Geraldo de Souza Junior, Ivo Lesbaupin, Luiz Fernando Coelho, dentre tantos outros.

O Pluralismo Jurídico possui diversos conceitos, cada autor o compreende e transmite de uma forma, como se verá.

¹⁰ Completou tal constatação descrevendo que a cultura jurídica no Brasil, “encontrou ao longo dos séc. XVII e XVIII, uma tradição de pluralismo jurídico nos antigos quilombos e em certas reduções ou comunidades missionárias. Durante o Estado Monárquico do séc. XIX, houve um certo pluralismo societário e jurídico, de teor elitista e conservador, enquanto que no séc XX predominou uma cultura impregnada pelo positivismo republicano, pela consagração ideológica do monismo estatal e pelo centralismo legal, os quais tolheram todo um rico legado de práticas pluralistas. (WOLKMER, 1997, p. 186).

WOLKMER (1997, p. 260) determina o pluralismo como “a coexistência e interação, no interior de uma mesma forma de vida cotidiana, de múltiplas e diversas manifestações normativas não estatais”.

FALCÃO (*apud* WOLKMER, 1997, p. 83 e 197) por sua vez, conceitua tal doutrina como “a convivência contraditória, por vezes consensual e por vezes conflitante, dos vários observatórios numa mesma sociedade”. Descreve ainda, que o pluralismo é “a pluralidade das ordens jurídicas, é fruto da busca de nova legitimidade”.

SOUZA JÚNIOR relata que Boaventura de Souza Santos destacou-se por se dedicar a pesquisas de campo, principalmente pelo estudo em Pasárgada, com o qual inovou o conceito de Pluralismo Jurídico. SOUZA SANTOS (*apud* SOUZA JÚNIOR, 1984 p. 52) determina que “existe uma situação de Pluralismo Jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica”.

Para SOUZA JÚNIOR (1984, p. 55) “o corolário da ampliação do conceito de Pluralismo Jurídico é a concomitante ampliação do próprio conceito de direito”.

REALE (1984, p. 261)¹¹ descreve o pluralismo como uma doutrina que “afirmava a existência de Direito independentemente do Estado e que põe um paradeiro à redução arbitrária do direito à lei do Estado”.

VANDERLINDEN (*apud* WOLKMER, 1997, p. 198) descreve que as vantagens do pluralismo diante da ineficácia do monismo estatal são: -afirmação da primazia de interesses que são próprios a cada grupo predominante; -manutenção do equilíbrio entre grupos iguais; -especificação das instituições; -resguardo da independência das instituições; -favorecimento da descentralização jurídica; -desenvolvimento econômico.

SOUZA SANTOS (2000, p. 171) afirma que “na realidade, o Estado nunca deteve o monopólio do direito”, sendo que o ordenamento jurídico das sociedades modernas desde o início foi constituído por dois elementos, isto é, a coexistência de várias ordens jurídicas

¹¹ Descreve “que não foi por mera coincidência que o desenvolvimento dos princípios pluralistas encontraram correspondência no chamado renascimento do Direito Natural”. Completa tal elucidação descrevendo o pluralismo como “uma reação das forças vivas da sociedade contra a máquina do Estado, montada com a função exclusiva de editar leis, de fazer Direito, à maneira de Kant, como ordenamento destinado à mera tutela da ordem das liberdades individuais” (REALE, 1984, p. 261).

(estatal, supra-estatal, infra-estatal, em circulação na sociedade na qual o direito estatal sempre foi apenas uma das várias ordens jurídicas integrantes da constelação jurídica) e a compreensão do direito estatal como único e negador das demais ordens jurídicas vigentes sociologicamente na sociedade.

WOLKMER (1999 p. 112) elucida tais perspectivas relatando que através das “normas impostas pelo movimento social, a sociedade organizada cria seu próprio ordenamento jurídico, paralelo ou complementar aquele garantido pelo próprio Estado, através de produção pacífica ou de processo de luta”. Para ele é instaurado (quando criado pelo Estado) e reconhecido (quando elaborado pelos grupos sociais).

“sociedade pluralista marcada pela convivência dos conflitos e das diferenças, propiciando uma outra legitimidade embasada nas necessidades fundamentais de sujeitos coletivos insurgentes, que, com suas práticas, relações e reivindicações, passam a ser encaradas como fontes de produção jurídica não-estatal. (...) o estágio de acumulação do capitalismo transnacional e as mudanças da sociedade industrial de massa acabaram por impulsionar não só uma crise urbano-social, mas sobretudo, crises tanto sistema de legitimidade de representação política, quanto nas formas unitárias e centralizadoras do poder administrativo”. (WOLKMER, 1997, p. 222 a 223).

Segundo WOLKMER (1997, pg. 207) o pluralismo ao ser o novo referencial do político e do jurídico está comprometido com a atuação de novos sujeitos coletivo (legitimidade dos autores), com a satisfação das necessidades humanas essenciais (fundamentos materiais) e com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário (estratégias).

As práticas de uso alternativo do direito encontram fundamentação nas diversas situações de juízos por “equidade”, que estão no CTN, na CLT, no CC/02 na LICC, através da arbitragem, da mediação, da conciliação, dos juizados especiais, dentre outros. Contudo,

estas não são práticas de pluralismo puro, mas podem ser entendidas como formas alternativas de resolução de conflito.

Neste sentido, WOLKMER (1997, p. 262) determina que “dentre alguns procedimentos alternativos “*institucionalizados*” que podem ser apropriados, explorados e utilizados pelos novos sujeitos coletivos de juridicidade”, cabe privilegiar a produção normativa institucionalizada (convenções coletivas do trabalho e ações propostas por sujeitos coletivos)¹² e a resolução dos conflitos institucionalizada (conciliação, arbitragem e Juizados de Pequenas Causas, além das práticas e uso alternativos do direito).

Diante destas novas realidades sociais o pluralismo vem se materializando e procurando atingir eficazmente as necessidades e os direitos das coletividades e como já citado anteriormente, rompendo-se com os paradigmas da legalidade estatal.

Há casos, como os das comunidades tradicionais, dos indígenas, dos ribeirinhos, dos quilombolas, dentre outros, em que o ordenamento jurídico estatal não tem representação jurídica qualquer para estes grupos, não representa qualquer ordem para os mesmos, até porque não tem qualquer significado para os mesmos.

São poucos os doutrinadores que rejeitam o Pluralismo Jurídico, porém dentre os que não concebem de suas concepções, pode-se citar Miguel Reale e Norberto Bobbio.

BOBBIO (*apud* WOLKMER, 1997, p. 203) vai contra as bases do pluralismo jurídico, pois acredita que esta doutrina pode ocultar tanto uma ideologia revolucionária inserida em ordenamentos que contribuem para a progressiva libertação dos indivíduos e dos grupos oprimidos pelo poder Estatal, quanto uma ideologia reacionária como um episódio da desagregação ou da substituição do Estado e, portanto, como sistema de uma iminente e incompatível anarquia.

REALE (1984, p. 262) é contra o pluralismo e acredita ser falha tal doutrina por esta não distinguir o direito social do direito jurídico, relata que “falharam em parte todas as tentativas feitas para apresentar um elemento novo, distinto do Direito Positivo em

¹² WOLKMER (1997, p. 281) relata que “de toda essa gama de procedimentos informais e não-institucionalizados de produzir direitos, legitimados pela entrada em cena de novos sujeitos coletivos de juridicidade, destacar-se-á o pluralismo das “convenções coletivas” no âmbito das relações do capital e do trabalho e os “acordos” e “arranjos” setoriais que agregam interesses no contexto específico das relações civis coletivas.”

substituição do elemento representado pela coação”.¹³ Para tal doutrinador o pluralismo coloca em perigo a própria unidade da Ciência do Direito.

Não se pode concordar com tais doutrinadores, em primeiro lugar porque ao contestar o pluralismo, afirmando que ele pode ocultar uma ideologia revolucionária ou uma reacionária, BOBBIO não menciona que as bases do pluralismo não negam o Estado, mas afirmam que além do ordenamento estatal, existem outros, paralelos a este, sendo que todos convivem com certa harmonia dentro do mesmo sistema. E em segundo, porque REALE ao afirmar que o pluralismo não diferencia o direito pluralista do social, esquece que ambos são faces de uma mesma realidade, qual seja, a realidade histórica de uma determinada localidade, que se completa dentro deste sistema, sendo uma bagatela a afirmação de que não existem elementos distintos do Direito Positivo, capazes de substituir o poder coercitivo do Estado.

Para SILVA FILHO (1999, p. 251) a crítica que se pode fazer ao Pluralismo Jurídico consiste no apontamento de que ele pode se direcionar tanto para uma prática progressista quanto para uma prática conservadora.

Contudo, há que se ressaltar que o Pluralismo Jurídico é uma realidade inegável, e mesmo sendo camuflada de todas as maneiras pelo Estado e por todos os seus antipatizantes, desponta como um marco jurídico da atualidade, que certamente trará melhorias a todos os integrantes da sociedade, principalmente pelo fato de importar maiores condições de dignidade humana e democracia social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Pluralismo Jurídico é um fenômeno causado pela movimentação social dos ignorados pelo Estado, principalmente pelo descumprimento do Estado de Bem Estar Social.

¹³ Completa tal conclusão em desfavor ao pluralismo descrevendo que “estes esforços valeram para esclarecer que o elemento caracterizador não é a coação, mas sim a coercibilidade, isto é, a possibilidade de proteção por parte de uma autoridade constituída, quer estatal, quer corporativa”. (REALE, 1984, p. 262).

O Estado brasileiro, que tem seus pilares (executivo, legislativo e judiciário) trabalhando num constante jogo de interesses particulares, para uma pequena parcela da sociedade, não poderia apresentar outra realidade social senão a de crise.

Os reclames populares são afrontados pelos desmandos dos detentores do poder, que por sua vez são auxiliados pela estrutura estatal e sendo a história cíclica, deve-se atentar para que não aja o retorno, mesmo que mascarado ao absolutismo despótico dos governantes ou dos detentores de capital, já que esta situação pode ser facilitada através das realidades que contemplam um mundo globalizado e dividido em blocos econômicos, mas que na realidade é controlado pelos poucos detentores de capital.

O povo, apesar de pacífico, não é inerte aos fatos e a suas necessidades, em decorrência disto é que se observa o desenvolvimento de uma justiça informal, paralela a estatal, que se pode denominar de Pluralismo Jurídico.

O Pluralismo Jurídico torna-se importante neste contexto, pois se mostra contrário a estas realidades, primando pela igualdade e por um verdadeiro estado democrático de direitos. Desta forma, pode ser tido como um novo marco de juridicidade, edificado através do empenho daqueles que necessitam da prestação jurisdicional do Estado, mas que ficam a mercê da ineficácia desta prestação.

A teoria pluralista que se procurou demonstrar neste trabalho, não pretende negar a estrutura estatal, mas sim, demonstrar que concomitantemente a ela, existem outras formas paralelas de produção de direito, não sendo o Estado à única, nem a principal fonte jurídica, mas apenas mais uma dentre as tantas que são capazes de estabelecer normas jurídicas no país. Mas serve também de alerta ao Estado e a sociedade, a fim de que se repense a realidade e os rumos que estão se contornando.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Saraiva, 1986, 161 p.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. 3ª ed. Brasília: UNB, 1995, 168 p.

FARIA, José Eduardo. **A Crise do Direito Numa Sociedade em Mudança**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília. (Coleção: Roberto Lyra Filho. Pensamento Crítico no Direito), 1988, 121 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, 433 p.

MONTORO, André Franco. **Alternativa Comunitária: Um Caminho para o Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, 159 p.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **A Idéia de Direito Social. O Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, 100 p.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, 405 p.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Filosofia Jurídica da Alteridade**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 1995, 280 p.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, 871 p.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A Crítica da Razão Indolente: Contra o Desperdício da Existência**. 2ª São Paulo: Cortez. V 1, 2000, 415 p.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Reconhecer para Libertar: os Caminhos do Cosmopolismo Multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, V 3, 2003.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica**. Porto Alegre: Fabris, V 1, 1988, 115 p.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade**, 4ª ed. São Paulo: Cortez. 1997, 348 p.

WOLKMER. Antonio Carlos. **Constitucionalismo e Direito Social no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989, 192 p.

WOLKMER. Antonio Carlos; MEZZARROBA, Orides. **Crise da Justiça & Democracia do Direito**. Joaçaba: UNOESC, 1999, 130 p.

WOLKMER. Antonio Carlos. **Elementos para uma Crítica do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1990, 64 p.

WOLKMER. Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, 207 p.

WOLKMER. Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. 2^a ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997, 349 p.