

A DELIMITAÇÃO DE MODELOS DE DIREITO NA CONCEPÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO: A NECESSIDADE DE CATEGORIAIS MULTIDIMENSIONAIS PARA A ANÁLISE DA REALIDADE SOCIAL CONTEMPORÂNEA

Renata Ovenhausen Albernaz*

RESUMO

Um dos problemas para operacionalizar a existência de múltiplos sistemas de direito em um mesmo espaço/tempo sócio-político (Estado-Nação) é o da delimitação material e formal desses sistemas entre si e entre o sistema jurídico estatal. Estudos de casos revelam a urgência deste problema, pois a pluralidade jurídica se manifesta, predominantemente, como marginalidade desses sistemas plurais face aos Direitos Estatal e Econômico Mundial, algo que se escancara quando, nas fronteiras conflituosas com esses direitos hegemônicos, os grupos vêm absolutamente violadas suas concepções jurídicas próprias. A delimitação, porém, para uma convivência equilibrada entre múltiplos sistemas de direito, deve pressupor: 1) fronteiras não demasiadamente rígidas a ponto de encerrar, atonicamente, cada sistema de direito, dificultando os diálogos multicultural e econômico positivos 2) e nem por demais tênues, a ponto de possibilitarem invasões e subjugação; 3) que a desigualdade real entre os diversos grupos jurídicos não seja ocultada por uma igualização abstrata que entregue os grupos a si mesmos e aos mais fortes, o que sugere elementos mediadores inter/transfronteiriços (Estado, Direitos Humanos, ONGs nacionais ou transnacionais, Redes de Movimentos Sociais); e 4) que a delimitação entre fronteiras jurídicas seja feita sob critérios multidimensionais, derivados da qualitativa diversidade dos grupos sociais. Nesses pressupostos, e com base em estudos históricos, sócio-jurídicos e de casos Latino-Americanos, pretende-se apresentar as questões delimitativas do direito neles sugeridas, comparando-as com os critérios delimitativos do direito da modernidade ocidental. Como resultados, verificam-se as lacunas e inconveniências

* Doutoranda no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

desses critérios modernos frente às exigências do pluralismo jurídico latino-americano e sugere-se sua reconfiguração.

PALAVRAS CHAVE

PLURALISMO JURÍDICO; FRONTEIRAS ENTRE SISTEMAS DE DIREITO;
UNIDADES SOCIAIS GERADORAS DE DIREITO.

ABSTRACT

One of the problems to make possible the existence of multiple right systems in a same space and partner-political time (State-nation) it is it of the material and formal delimitation of those systems amongst themselves and among the state juridical system. Studies of cases reveal the urgency of this problem, because the juridical plurality shows, predominantly, as delinquency of those systems plural face to the State and Economical Rights World, something that it is opened when, in the conflicting borders with those dominant rights, the groups see quite violated their own juridical conceptions. The delimitation, however, for a balanced coexistence among multiple right systems, he/she should presuppose: 1) borders no too much rigid to the point of to contain each right system, hindering the cultural and economical dialogues positive 2) and nor for too much tenuous, to the point of they make possible invasions and subjugation; 3) that the real inequality among the several groups social right creators is not hidden by an abstract equality that he/she given the groups to themselves and the more forts, what suggests elements mediators in the borders (State, Human Rights, Organizations no state, national or transnational, Nets of Social Movements); and 4) that the delimitation among juridical borders is done under multiple criteria, derived of the qualitative diversity of the social groups. In those presuppositions, and with base in studies historical, partner-juridical and of Latin-American cases, it intends to present the subjects of delimitation of the right in them suggested, comparing them with the criteria of delimitation of the right of the western modernity. As results, the gaps and inconveniences are verified from those criteria modern front to the demands of the pluralism juridical Latin-American and he/she suggests himself a new configuration of them.

KEYWORDS

LEGAL PLURALISM; BORDERS AMONG SYSTEMS OF RIGHT; GENERATING SOCIAL UNITS OF RIGHT.

INTRODUÇÃO

Muitos são, na atualidade, os discursos que anunciam uma concreta pluralidade e multiculturalidade social que já não se pode mais abarcar nos modelos modernos de coesão social e de identidade nacional, o que sugere uma condição de Nação Fragmentada, de Estado fora de lugar, de Direito de legitimidade questionada. Em termos do Direito, o Pluralismo Jurídico, ou a coexistência, em um mesmo espaço sócio-político, de uma multiplicidade de expressões de juridicidade, surge e se reforça no contexto anunciado por esses discursos. Mas, a passagem que este contexto sugere da unicidade, solidez e precisão delimitativa do Direito Estatal Moderno Liberal para a multiplicidade, diversidade e inter-relação das experiências de juridicidade, como propugna o Pluralismo Jurídico, não é algo simples, implicando, em termos teóricos, um verdadeiro repensar de várias categorias pertinentes à análise dos fenômenos jurídicos. De tal modo que oportuno se torna um refletir sobre as categoriais delimitativas do direito até então predominantes e aquelas que estão começando a ser ventiladas como alternativas neste cenário. Em termos do modelo de direito moderno ocidental vigente, categorias delimitativas várias já foram propostas por inúmeras teorias e pesquisas que se voltaram a explicá-lo. Por esse motivo, aqui, nossa pretensão, é apenas reuni-las de um modo bastante sintético a fim de avivá-las em conjunto. Também as críticas a tais categorias eclodem por todos os lados e em vários sentidos, das quais destacaremos apenas as mais comuns. Nos vazios que tais críticas deixam neste questionar as fronteiras do direito, o Pluralismo Jurídico é uma de suas principais fontes, e também uma das alternativas para dar novas respostas a esta delimitação; mas, de suas proposições também surgem novos problemas de pesquisa e operativos desses direitos multiplicados.

A intenção, neste trabalho, portanto, é de fazer um arrolamento sintético, ainda exploratório, das propostas e problemas delimitativos do direito sugeridos pelo Pluralismo Jurídico, em face do questionamento dos critérios para a delimitação dos sistemas de direito já consolidados na modernidade ocidental liberal.

I. DESENVOLVIMENTO

I. 1. A sustentabilidade problemática dos critérios delimitativos do direito predominantes na modernidade ocidental liberal

O recorte aqui sugerido para delimitar os sistemas jurídicos modernos ocidentais foi feito sobre algumas dimensões que parecem agremiar as categorias mais importantes na determinação do alcance e do caráter desses sistemas. São elas: 1) **a dimensão originária**, a unidade jurígena, ou unidade social geradora ou produtora de sentido para cada direito positivo soberano; 2) **a dimensão formal-substancial**, que avoca, no caso do direito moderno, a idéia formal de sistema jurídico, e os conteúdos específicos em cada sistema particular; 3) **a dimensão do alcance subjetivo**, ou o especificar o contexto de atuação do direito, em termos de sujeitos e relações que ele alcança ou abriga; 4) **a dimensão de contato/diferenciação**, ou determinação externa, por contatos e separações, com outras esferas de normatividade da vida social em cada sociedade (esferas do costume, da moral, da religião, da ética, da estética, da lógica).

Na **dimensão originária**, um dos grupos sociais primordiais como fonte do direito, principalmente em sua conotação de direito moderno, é a Nação-Estado Soberana. Mas, insta destacar, o nacionalismo sugerido na modernidade, diga-se, o emergente após a Revolução Francesa, acentuava, predominantemente, seu atributo político¹, deixando de lado seu atributo cultural, tal como formulado pela primeira vez por Herder e seguido pelo romantismo e historicismo. Assim, o sentido nacional dominante na modernidade ocidental foi aquele que gerou o atrelamento necessário entre o Estado e a nação, que afirmou a supremacia da idéia de soberania nacional, que erigiu a lei como a principal fonte de juridicidade e que consolidou a figura do cidadão como alguém que, para além de suas diferenças étnicas, classistas, rácicas, de gênero, é igual a todos os outros nacionais perante o poder central do Estado e de sua lei.² Em face disso, e por a lei moderna ser ato de competência exclusiva do poder político (Monismo Jurídico), os limites do jurídico, identificados com a lei, passaram a ser os

¹ Insta destacar que versão moderna de nação não se limita a seu atributo político. Há ainda autores que tratam a nação como um fenômeno moderno, mas decorrente da emergência do sistema capitalista de produção econômica. Nesta vertente, ganham destaque autores como Ernest Gellner, Michael Hechter, Tom Nairn e Benedict Anderson.

² SMITH, Anthony D. **Nações e nacionalismo numa era global**. Caeiras/Portugal: celta Editora, 1999, pp. 47-49.

limites espaciais e temporais sobre os quais atua este poder político (princípio da territorialidade do direito).

A **dimensão formal-substancial delimitativa do direito** que tem prevalecido na modernidade ocidental evoca a idéia de sistemas jurídicos. Primeiramente, apesar da análise dos sistemas jurídicos ser possível por meio de abordagens sociológicas e dogmáticas, tais como as definem Arnaud & Dulce³, cada qual pugnando um sentido diverso ao sistema jurídico, a leitura e conformação deste que parece prevalecer é a pertinente à perspectiva dogmática. Nessa última perspectiva, segundo estes autores, o sistema jurídico é definido como “o conjunto lógico-formal de regras jurídicas, cujas características fundamentais são a sistematização, a generalidade, a completude, a unidade e a coerência”. O positivismo jurídico kelsiano e seus desdobramentos também são primordiais à idéia de sistema jurídico abraçada pela modernidade ocidental; entre esses desdobramentos estão as teorias constitucionalistas modernas, que, em termos gerais, propõem a idéia de sistema de direito como a ordenação de todas as regras jurídicas sob a égide da Constituição do Estado, abaixo da qual estariam as demais leis, principalmente, sob a forma de códigos. Esta ordem jurídica, ainda, seria qualificada como sendo uma ordem homogênea, geral e unitária, a tal ponto que “nenhuma lei, e, de modo geral, nenhuma regra de direito, pode ser definida em si e para si, isto é, isoladamente: ela pertence à organização institucional do espaço estatal”.⁴

Na **dimensão do alcance subjetivo do sistema jurídico** a construção da idéia de sujeito de direito, demarca este alcance do direito moderno. O modelo de homem que permeou a idéia de sujeito de direito moderno sugeriu que este se desgarrasse de suas anteriores ordens costumeiras e aceitasse ser normalizado em suas condutas e finalidades morais, sendo definido, em seus atributos (direitos) e responsabilidades (obrigações), como aquilo que o apregoava e o dotava a legalidade.⁵ Pressupunha-se a subjetividade jurídica como uma vontade íntima (um sujeito individualista, independente para prover suas necessidades e projetar seu destino), presente a todo ser humano racional (diga-se, o humano alfabetizado, instruído, informado), independente

³ ARNAUD, A-J; DULCE, M. J. F. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁴ GOYARD-FABRE, S. **Os Fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 116.

⁵ SANTOS, Rogério Dutra. Hobbes e a subjetividade moderna: ordem e legitimidade no discurso de moralização. In. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi (org.). **Legalidade e Subjetividade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 31-32.

de seu lugar, de seu povo, de seu tempo, de sua condição pública (um sujeito abstrato, considerado para além de qualquer diferença econômica, ou pertencimento comunitário ou cultural) e livre de qualquer determinação por leis naturais, divinas ou de hierarquia *a priori* (um sujeito livre e igual a todos). Daí, este sujeito, no estopim da modernidade e enviesado pelas necessidades de um contexto burguês capitalista e liberal, ganhava direitos fundamentais, expressos na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” francesa (1789), como sendo “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (art. 2º), entre outros, destes decorrentes; alguém que só se submetia ao Estado, porque este se justificava no Direito, mas que o passou a fazer (ou ser coagido a fazer) incondicionalmente.

Na **dimensão contato/separação do direito em relação a outras esferas de normatividade ou regulação social**, a modernidade buscou firmar, com certa precisão tais limites. Primeiro, porque, no seu afã de neutralidade, os positivismos tiveram que afirmar o alheamento do direito a qualquer valor de justo ou horizonte de idealidade, exprimindo o que era sua idéia-força fundamental: “o postulado da prioridade e da autosuficiência do direito positivo”⁶, ou de que só seria direito o que era produzido por e conforme o direito, sem inquirições acerca da sua finalidade ou origem. A saída, portanto, assevera Kelsen⁷, seria encontrar a justiça dentro dos próprios termos do direito positivo. Em segundo lugar, esta separação entre o direito e as demais ordens sociais também se justificou politicamente, pois ela contribuía para que o Direito viesse a ser identificado com o Estado e este com aquele, de modo a classificar como não jurídicas todas as normas produzidas pela Sociedade Civil. Não se pode esquecer, também, nesse impulso pela separação entre Estado e Sociedade Civil, outra investida que se voltava para libertar a economia seja das amarras das ordenações sociais, seja da interferência política do próprio Estado – o impulso da economia capitalista de tradição burguesa liberal.⁸

Podemos sintetizar as críticas, no que tange à delimitação dos sistemas de direito modernos ocidentais de inspiração liberal, no sentido de afirmar que: 1) o critério da nação soberana, enquanto unidade social originária e prioritária de

⁶ GOYARD-FABRE, S. Op. cit. p. 74.

⁷ KELSEN, H. **A justiça e o direito material**. Tradução e prefácio: João Batista Machado. Coimbra: Arménio Amado-Editor Sucessor, 1963.

⁸ Denunciam este duplo viés da economia política POLANYI (1980); HIRSCHMAN (1979); RAMOS (1981).

juridicidade, perde consistência a partir da constatação de uma pluralidade social que não se vê representada nesta categoria e de um movimento global que a atravessa e a rasga, sem qualquer pudor ou dificuldade; 2) A idéia de sistema jurídico acolhida pela modernidade ocidental, como categoria delimitativa da forma do direito, é forçada a deixar de lado uma série de outras experiências jurídicas que não se subsumem neste sistema legalista e estatal ou que não assumem a mesma forma dele, restando ordens jurídicas marginais de várias índoles; 3) A idéia de sujeito de direito veiculada nos sistemas jurídicos modernos, como categoria delimitativa daqueles que são regidos ou que gozam desses sistemas, acabam excluindo deste gozo (principalmente do gozo)⁹, uma parcela cada vez maior de pessoas que não conseguem alcançar o “perfil sofisticado” desse sujeito de direito; e 4) a delimitação do direito em relação a outras esferas de normatividade social, precisamente demarcada na formulação de um “direito puro”, mostra-se não só incapaz de explicar, a contento, a subsistência e a dinâmica dos fenômenos jurídicos, como também mascara seu forte cunho ideológico. O problema que nos defrontamos diante desse cenário crítico é o de que, diante da implosão desses limites que tais críticas sugerem, como reconfigurar o Direito? Que novos limites ele deve assumir? O Pluralismo Jurídico, como uma nova concepção do direito, já traz respostas a essas questões? É o que discutiremos a seguir.

I. 2. O pluralismo jurídico e seus problemas delimitativos

Percebe-se, na contemporaneidade latino-americana, que alguns grupos sociais marginalizados ou não acolhidos em suas necessidades pelo direito estatal têm empreendido lutas num esforço de democratização do Estado – configurando-o ou como um Estado e um direito mais complexivos e porosos¹⁰ às várias segmentações sociais, ou como instituições articuladoras da diferença¹¹ –, algo que inclui uma ampla e efetiva

⁹ Neste sentido de exclusão do gozo dos direitos sem a respectiva desoneração dos deveres impostos pela legalidade, mas, pelo contrário, com a exacerbação deles e de suas penas, ver os interessantes estudos de WACQUANT (2001) e de ANDRADE (2001) acerca da forte consolidação de um Estado Penal, nos principais países do mundo, este que, abrindo mão de seus deveres sociais, entrega a correção da miséria a políticas de encarceramento e de maior rigor da lei penal e da ação policial.

¹⁰ Na defesa dessa idéia está, entre outros, CÁRCOVA (1998), que prefere ver os ordenamentos jurídicos plurais se articulando “como uma unidade descontínua e fragmentada” (p. 120) e não como unidades diferenciadas. Assim, a multiplicidade dos ordenamentos está implicada na situação de serem eles justapostos e terem seus limites tênues, senão inexistentes, de modo a sugerir uma composição dinâmica, acolhedora, ao invés de uma pluralidade quase que atomizada.

¹¹ Um dos exemplos possíveis desse modelo de Estado pode se revelar na “Política de Tolerância” (WALZER, 1999), na “Política do Reconhecimento” (TAYLOR, 2001) e na articulação, no direito e na

participação política na elaboração de novos direitos e a garantia de mecanismos eficientes de acesso à justiça; outros grupos, ainda, empenham-se na construção de verdadeiros sistemas de direito para-estatais a regular sua convivência concreta e diuturna, já que não contemplados em suas necessidades mínimas nas prescrições do direito legislado. A constatação e a defesa desta multiplicidade de sistemas jurídicos, paralelos ao direito estatal, convivendo em um mesmo espaço sócio-político, são abrigadas no que se denominou como sendo o “Pluralismo Jurídico”.

O pluralismo jurídico enfrenta, no entanto, uma série de **problemas de pesquisa e de efetivação social** acerca da experiência que reserva ao direito. Um desses problemas se refere à **nova delimitação do direito que ele engendra – nas dimensões da definição do direito em si, da demarcação das novas unidades sociais originárias de juridicidade, da demarcação problemática entre o direito e outras esferas de normatividade social**, e ainda, **a da delimitação, entre si, da multiplicidade de sistemas e modelos jurídicos distintos**. Sobre algumas dessas dimensões, o debate doutrinário já é expressivo; é o caso das propostas de uma nova **definição do direito**. Isto porque, já se percebe que, em havendo, realmente, experiências jurídicas organizadas e materializadas de maneiras distintas, tem-se a dificuldade de distinguir o que seja o direito em cada uma dessas suas expressões, haja vista que sua própria definição se torna relativizada.¹² Algumas saídas aventadas são a de tentar se valer de conceitos operativos¹³ que, se não permitem revelar “a essência do jurídico”, possibilitam, pelo menos, um primeiro se aproximar de experiências que, nos diversos grupos, podem revelar aspectos de sua juridicidade própria. Além disso, re-significações do que consiste e de como se constrói o direito, no intento de buscar um sentido transversal deste, que abarque a multiplicidade das expressões jurídicas nos diversos grupos, são pujantes na sociologia e antropologia jurídica a partir dos últimos anos.¹⁴

educação, entre igualdade e diferença (TOURAINÉ, 1998).

¹² Este relativismo na definição do direito, no entanto, não é um problema novo aos estudos jurídicos e não se revela apenas em função do pluralismo. GOYARD-FABRE (2002) verifica a polivalência do termo direito, o que tem dificultado uma definição precisa desse fenômeno, mesmo dentro da cultura ocidental européia dominante.

¹³ SANTOS (1988, p. 72), por exemplo, tendo em conta essa problemática, e encarando-se, em seus estudos, frente a experiências jurídicas distintas, elabora um desses conceitos operativos, considerando o direito como “o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados ‘justiçáveis’ num determinado grupo, que contribuem para a criação (?) e prevenção de litígios e para a sua solução por meio de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada”.

¹⁴ Neste sentido estão os estudos de EHRLICH (1986), BOBBIO (1988), NEVES (1991),

Considerando ainda a existência de uma pluralidade do social, e que ela pode ou não engendrar múltiplas formas jurídicas de normatividade, o pluralismo também traz à baila, em termos delimitativos, a questão correlata do **reconhecimento da unidade social jurígena** – ou seja, da unidade a partir da qual se produz, ou é possível se produzir um direito próprio que conviva ou entre em conflito com o do Estado ou com o de outros grupos sociais distintos. Este problema da afirmação de uma nova unidade jurígena na concepção do pluralismo divide os estudiosos, antropólogos, sociólogos e juristas, em termos dos requisitos mínimos que eles atribuem ou reconhecem às unidades sociais como condição de serem elas geradoras de direito. Gurvitch, em *La Déclaration des Droits Sociaux*, sustentava que cada grupo, independentemente de seu tamanho ou complexidade, teria a capacidade de produzir sua ordem jurídica autônoma para regular sua vida interna, haja vista ele considerar que a comunidade e o direito nasciam juntos. Também Malinowski¹⁵, “parte do pressuposto de que em todos os povos, qualquer que seja o grau do seu ‘primitivismo’, existe direito”, concluindo que

deve existir em todas as sociedades um conjunto de regras demasiado práticas para serem apoiadas por sanções religiosas, demasiado pesadas para o seu cumprimento ser deixado à boa vontade dos indivíduos, demasiado vitais para as pessoas para serem aplicadas por uma agência abstrata. É este o domínio das regras jurídicas e aventuro-me a antecipar que a reciprocidade, a incidência sistemática, a publicidade e a ambição virão a ser considerados os principais factores da maquinaria compulsória do direito primitivo.

R. Pound¹⁶, por sua vez, entendendo que o direito é “o controle social através da aplicação sistemática da força da sociedade politicamente organizada”, pressupõe que as sociedades nas quais esse grau de organização ainda não foi consolidado não têm capacidade de gerar direito. Neste mesmo rumo delimitante está Pitirin Sorokin¹⁷, para quem só os processos de interação de tipo “organizado”, ou aqueles onde há existência de normas jurídicas que “definem, com precisão, todas as ações e reações relevantes dos indivíduos interagentes, em suas relações recíprocas, com os estranhos e com o mundo

WOLKMER (2001; 2002), ROULAND (2003;2004), GROSSI (2004), entre outros.

¹⁵ citado por SANTOS (1988, p. 70).

¹⁶ citado por SANTOS (1988, p. 71).

¹⁷ SOROKIN. P. A. **Sociedade, cultura e personalidade**. Sua estrutura e dinâmica; sistema de sociologia geral. Tradução: João Batista Coelho Aguiar e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1968.

em geral”, sendo tais normas “efetivas, obrigatórias, e, se necessário for, impostas pela força na conduta das pessoas interagentes”¹⁸, é que geram direito.

Santos¹⁹, em sua proposta de “mapa de estrutura-ação das sociedades capitalistas no sistema mundial”, tenta revelar alguns espaços produtores de juridicidade, tais como o “espaço doméstico”, o “espaço da produção”, o “espaço de mercado”, o “espaço da comunidade”, o “espaço da cidadania” e o “espaço mundial”, classificação que tem sido muito considerada na doutrina pluralista. A questão padece, porém, de sérias dúvidas, acirradas pelo fato da versão multifacetada dos atores, grupos e movimentos sociais que engendram e compõe a tessitura das sociedades latino-americanas, e que os fazem escapar de um recorte que os classifique segundo categorias clássicas exclusivas como a étnica-cultural ou a de classe social²⁰. Ainda, a dinâmica dos pleitos ora de inclusão no direito oficial, ora de autonomia jurídica, tornam a delimitação ou o mapeamento desses múltiplos grupos sociais geradores de direito um trabalho severamente árduo. O que parece consenso ao pluralismo jurídico, no entanto, é que é preciso se atentar para a possibilidade de um novo direito, ou seja, daquele que se produz “quando grupos secundários, não encontrando nas regras jurídicas normais a possibilidade de exercer a sua atividade e de desempenhar o papel que a si mesmos atribuíram, modificarem, consciente ou inconscientemente, as normas do direito comum mediante prescrições paralegais ou até francamente ilegais”²¹, sejam esses grupos secundários quem forem.

Na dimensão da **diferenciação do direito com outras esferas de normatividade social**, delimitando o que pertine ou pertence ao fenômeno jurídico e o que é seara de outras formas de controle social, o pluralismo também já não mais acolhe a tese de um “direito puro”, e passa a levar em conta: a) os diversos graus de envolvimento entre essas formas regulativas; b) às vezes, até a prioridade, ou mesmo

¹⁸ SOROKIN. Pitirin. Op. cit., p. 107.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

²⁰ Para Blanco, segundo análise de VIANA (1999), as contemporâneas teorias do comportamento coletivo, da mobilização dos recursos, dos processos de participação política e dos novos Movimentos Sociais tendem a definir a ação coletiva como redes de interação, com base em crenças e solidariedades compartilhadas, além de conflitos, e que atuam fora da esfera institucional, originados na sociedade civil, e não mais em instituições como o trabalho, a luta e a organização profissional.

²¹ LÉVY-BRUHL, H. **Sociologia do Direito**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

exclusividade, de uma forma outra que não a jurídica²² e, c) o reconhecimento da autonomia de esferas sociais não jurídicas e do descentramento do direito como nível superior a elas.²³

Por fim, mas não menos fundamental, o pluralismo jurídico se apresenta notoriamente problemático nos termos da **convivência entre esses múltiplos sistemas de direito** que ele sugere coexistir e da delimitação deles entre si, cujas fronteiras e contatos se acentuam, principalmente, nas situações de conflito interdireitos. Quando essas diversas ordens de direito entram em confronto, ou seja, quando regulam uma mesma conduta ou conformam uma mesma relação jurídica de maneira distinta e, às vezes, até contraditória, nos casos de sujeitos e relações de fronteira, como proceder? O conflito, neste caso, se acentua pela impossibilidade dupla na contemporaneidade: 1) seja a de atomizar, em termos absolutos, as unidades sociais, fechando-as a espaços relacionais restritos e rompendo as comunicações intergrupos, em um mundo que tende a ser permeável a uma comunicação e interação global; 2) seja de criar uma hierarquização, *a priori*, das normas em conflito. O Pluralismo Jurídico, combate, em termos às vezes radicais, essa hierarquização. Algumas vertentes teóricas do pluralismo jurídico, porém, admitem uma ordem jurídica superior de conciliação intersistemática, e que consiste nos Direitos Humanos²⁴. Esta seja, talvez, a única hierarquização que se

²² MANNHEIM (1966), por exemplo, já observava que em cada sociedade se verifica uma diversificada importância conferida a uma ou a algumas dessas formas de controle sobre as demais e que estas podem ser manipuladas de acordo com diferentes posições-chave.

²³ Aqui se enquadram as propostas pluralistas afetas à idéia de autopoiese como Niklas Luhman e Gunter Teubner.

²⁴ Não se trata aqui de uma versão meramente ocidental e liberal de Direitos Humanos, mas de uma concepção multicultural desses direitos, tal como a advoga o trabalho SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In. SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 25-68. Neste texto, o autor afirma que os direitos humanos têm se erigido como um dos pilares fundamentais da regulação, e também da emancipação, diante da fragilização dos direitos nacionais nos processos de globalização. Como regulação, eles assumem posição favorável a uma globalização hegemônica, revelando-se como uma globalização de um localismo cultural dos países ocidentais capitalistas e liberais centrados, dos quais decorrem seus princípios fundamentais. Como emancipação, os direitos humanos assumem partido para com uma globalização contra-hegemônica, em um sentido de “cosmopolitismo” (solidariedade transnacional entre os diversos grupos explorados ou marginalizados pela globalização hegemônica) e de compromisso com o “patrimônio comum da humanidade”. Daí, engajado com esse último sentido, Santos propõe os direitos humanos como consistindo em “uma energia e linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais atuando em rede para garantir novas e mais intensas formas de inclusão social” (p. 432). Um direito que não se pretenda universal, no sentido abraçado pelo ocidente, mas que se construa pela proposição de “diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas, isto é, sobre preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes” (p. 441); um diálogo que se processe segundo uma hermenêutica diatópica, que leve em conta,

justifique, haja vista as metas emancipatórias²⁵ dos grupos sociais, e também de seus indivíduos, que parecem inspirar as principais correntes do Pluralismo Jurídico atuais. Há ainda que se considerar neste convívio entre múltiplas ordens de direito, como atenta Levy-Bruhl²⁶, que, apesar de não parecer viável ou mesmo desejável uma unificação do direito na humanidade, não se pode negar que a intensidade dos contatos entre as sociedades no momento contemporâneo traz como resultado elementos jurídicos (normativos e estruturais) que são aceitos por todos os povos e assim passam a ser tidos, inclusive, como necessários nesta interação global. A questão do pluralismo e dos limites jurídicos que ele engendra deve ser tratada considerando essa parcela unificada do direito global e aquela parcela particular e inegociável de cada grupo. O indivíduo moderno também dificulta uma delimitação precisa dos sistemas jurídicos, principalmente se se tiver em conta: a) que a realidade existencial do indivíduo convive com seu pertencimento, às vezes problemático, a uma identidade coletiva, e b) que a modernidade globalizada dotou tal indivíduo de uma extrema mobilidade e adaptação cultural²⁷, o que gerou sujeitos de fronteiras, transeuntes culturais e sujeitos híbridos. Também a delimitação jurídica subjetiva deve levar em conta esses sujeitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS – delimitação: uma preocupação dispensável?

Há uma questão de fundo que precisa ser tratada neste estudo, é a que se refere à própria necessidade ou oportunidade da delimitação de modelos de juridicidade. Isto porque, falar em delimitação parece algo anacrônico em face do atual movimento de

neste diálogo, os silêncios culturais históricos que foram impostos a certos grupos, em um violento processo de assimilação e de imperialismo, que o torna algo extremamente difícil para esses grupos violados (com destaque aqui, à violência sofridas pelos grupos nativos indígenas latino-americanos, muitos dos quais praticamente extintos). Ainda, tendo em conta a simultaneidade da existência de reclamos de igualdade e de reconhecimento das diferenças, uma política emancipatória dos direitos humanos deve dar guarida a esses dois tipos de lutas, e não a um ou outro exclusivamente.

²⁵ Nos termos desse fim teleológico emancipatório, segundo alguns críticos, o Pluralismo Jurídico, se não considerar que, em alguns dos casos de criação de normatividades para-estatais, estar-se-ia entregando os grupos a situações de domínio que os poriam em condições inferiores às conquistadas pelos direitos modernos (tais como, por exemplo, as favelas dominadas pelos arbítrios dos líderes do narcotráfico), poderia pecar por ingenuidade ou excesso de utopia. Daí que alguns autores como Luciano Oliveira (1992), Eliane Junqueira (1992), Eros R. Grau (1996) e Marcelo Neves (1994), citados por CÁRCOVA (1998), questionam o pluralismo jurídico, principalmente em sua tendência de negar, em bloco, o formalismo e o normativismo estatal, em prol de uma inocente defesa de um certo espontaneísmo das massas, dos marginalizados, dos grupos étnicos.

²⁶ LÉVY-BRUHL, Op. Cit.

²⁷ Nestes casos, digno de nota é a defesa do “híbridismo” promovida por BHABHA, Homi K. **O local da cultura**. Tradução de Myrian Ávila, Eliana Lorenço de Lima Reis e Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

mundialização dos direitos humanos, das trocas econômicas, das defesas da interculturalidade, do interdireito, das ações coletivas em rede, fatos que, justamente, indicam uma busca de atenuar os traçados das fronteiras, de torná-las mais fluidas, mais negociáveis. Nada mais condenável, na contemporaneidade, aliás, que a defesa de limites cerrados, tais como se dá em atitudes xenofóbicas, fundamentalistas ou nacionalistas ao extremo. A relação intercultural e o enriquecimento que ela proporciona a todos os povos e pessoas envolvidas, a conquista de uma consciência e de um compromisso cosmopolita com questões afetas a toda a humanidade (tais com a pobreza mundial, a degradação ecológica, a paz), e o empoderamento que se dá em lutas sociais que se articulam das mais diversas maneiras, tudo isto são conquistas contemporâneas que não podem ser negadas ou obstaculizadas. Mas, por outro lado, o extremo oposto, ou seja, a sucumbência de todo e qualquer limite também pode ser algo insustentável.

Berger & Luckmann²⁸, denunciam essa insustentabilidade do enfraquecimento ou da negação das fronteiras no pluralismo moderno, haja vista entenderem que este modelo de pluralismo entrega a sociedade a uma condição de crise de sentido que pode provocar o desmonte social e ferir condições mínimas de sociabilidade e individuação. Os autores advertem que esta pluralização é suportável quando, em face da existência de algumas fronteiras entre as comunidades, os indivíduos consigam reconhecer, nesta pluralidade, uma referência a que se agarrar para orientar sua visão de mundo, seu comportamento para com os outros e a construção de si mesmo. Quando essas fronteiras sucumbem por completo (suas brechas, salvo fundamentalismos cerrados, são inevitáveis), quando a auto-evidência dessas comunidades ou das instituições sociais são postas em questão, e quando o indivíduo se depara em uma condição de questionamento, relativismo e, assim, crise de sentido, que o faça ter que escolher, a cada momento, um referencial, dentre os muitos disponíveis, para agir e pensar, este pluralismo social é insuportável, seja em termos existenciais, seja em termos de persistência de vínculos sociais. Daí que não se possa pensar em um Pluralismo isento de qualquer fronteira, ou que esta seja absolutamente fluida, pois isto implicaria em uma desreferenciação coletiva e individual. Berger & Luckmann²⁹ acusam o pluralismo

²⁸ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, Pluralismo e Crise de Sentido**. A orientação do homem moderno. Tradução de Edgar Orth. Petrópolis: Vozes. 2004.

²⁹ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. 2004. Op. cit., p. 65.

moderno como sendo desta forma, principalmente pela hegemonia atual de duas instituições sociais: a democracia e a economia de mercado, que se sustentam, não em uma comunidade de vida, mas na agregação aleatória que se dá pela idêntica escolha de muitos indivíduos e que esta agregação é sempre provisória, pois pode ser alterada pelo questionamento, pela mudança de opinião e pela alteração dos sujeitos que a escolhem. A saída deste pluralismo moderno para um pluralismo sustentável, advogam os autores, pode se dar por meio da ação de instituições intermediárias, capazes de garantir um mínimo de limitação entre essas comunidades de sentido, sem, no entanto, as tornar incomunicáveis entre si. Portanto, a construção e a manutenção dessas instituições intermediárias e o foco na educação de seus membros, ao mesmo tempo, para sua comunidade de sentido e para serem portadores de uma ‘civil society’ pluralista são os grandes desafios de um pluralismo social sustentável.

Um pluralismo insustentável, segundo Walzer³⁰, é ainda o do modelo pós-moderno, que pugna por uma “vida sem fronteiras definidas e sem identidades singulares e seguras”, por diferenças dispersas em toda a parte, até na mais perturbadora condição estarem próximas demais. Neste modelo social, qualquer controle do grupo é anulado; gera-se “homens e mulheres desprovidos de quaisquer vínculos, plasmando seus próprios ‘seres’ com os fragmentos do que sobraram de antigas culturas e religiões”; as associações não são mais que alianças temporárias, tendentes a se romper por qualquer algo mais promissor que se apresente, pois que as referências são apenas preferências e aversões pessoais. “O projeto pós-moderno”, denuncia o autor, “origina uma sociedade em que os pronomes plurais ‘nós’ e ‘eles’ não têm referentes fixos; apontam para a própria perfeição da liberdade individual”, onde se esquece a tolerância e a alteridade pois já não se consegue mais ver o Outro e o Ego, todos imprecisos.

Também não se pode fechar os olhos, nesta derrubada de toda e qualquer linha demarcatória, ao perigo, sempre possível, de que nos contatos, as relações de força prevaleçam, e que emirjam, não sociedades plurais, mas sociedades regidas por novos centramentos a hierarquizarem e subjugarem a si as formações sociais que lhe são contrárias, em uma recolonização social e cultural à qual o pluralismo jurídico emancipatório não pode admitir. Arnaud³¹ e Santos³², entre outros, já constataram esse

³⁰ WALZER, M. **Da tolerância**. Tradução de Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 114-120.

³¹ ARNAUD, A-J. 1999. Op. cit.

perigo na condição de impotência e na paulatina supressão dos direitos estatais em face do empoderamento dos grandes atores da economia globalizada hegemônica. Nesta mesma preocupação de ver surgirem novos centramentos, também já se atentava Guerreiro Ramos³³, que sugeria uma “Delimitação de Sistemas Sociais” como meio de conter uma tendência para a articulação social vez mais centrada no Mercado, algo que ele constatava nos idos das décadas de 70 e 80 do século passado, mas que continua extremamente atual. Alguns críticos do Pluralismo Jurídico também não acreditam que se terá, instantaneamente, uma tolerância e aceitação universal da pluralidade, de tal modo que estas múltiplas ordens sociais devam, sim, empreender mecanismos mínimos para se proteger em seus contatos entre si. O longo passado imperialista e colonialista, nos alerta desses perigos e nos lembra que eles não são desconsideráveis. Teorias como a do etnodesenvolvimento, ainda, contribuem para afirmar a importância de delimitar sistemas sociais e jurídicos, no intuito de garantir, como direito, a capacidade e de um povo em tomar, em condição de autonomia real, as decisões que definirão o seu futuro, que fortalecerão sua cultura, que estabelecerão os modos de alocação e administração dos seus recursos e a escolha dos elementos referenciais para a tomada dessas decisões. Há que se considerar, ainda, que, evitados os Estados Nacionais de uma cultura liberal que sempre enfatizou a sociabilidade centrada no indivíduo e repudiou a centrada no grupo, talvez, como uma primeira etapa para a consolidação desses grupos de maneira mais protegida, falar-se em fronteiras seja algo, pelo menos, prudente, afinal, como diz o ditado popular, “boas cercas fazem bons vizinhos”.

Assim, deve-se pensar em algumas fronteiras necessárias à manutenção da real pluralidade de racionalidades, modos de vida, valores e juridicidades. A delimitação, porém, para uma convivência equilibrada entre múltiplos sistemas de direito, deve pressupor, diante das conquistas relacionais contemporâneas que não podem ser negadas: 1) fronteiras não demasiadamente rígidas a ponto de encerrar, atonicamente, cada sistema de direito, dificultando os diálogos multicultural e econômico positivos 2) e nem por demais tênues, a ponto de possibilitarem invasões, interferências não autorizadas e subjugação; 3) que a desigualdade real entre os diversos grupos jurígenos não seja ocultada por uma igualitação abstrata que entregue os grupos a si mesmos e aos

³² SANTOS, Boaventura de Sousa. 2001. Op. cit.

³³ RAMOS, Alberto Guerreiro. **A nova ciência das organizações**. Uma reconceituação da riqueza das nações. Tradução: Mary Cardoso. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1981.

mais fortes, o que sugere elementos mediadores inter/transfronteiriços (Estado, Direitos Humanos, ONGs nacionais ou transnacionais, Redes de Movimentos Sociais); e 4) que a delimitação entre fronteiras jurídicas seja feita sob critérios multidimensionais, derivados da qualitativa diversidade dos grupos sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima.** Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARNAUD, A-J; DULCE, M. J. F. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos.** Tradução de Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARNAUD, Andre-Jean. **O Direito entre a modernidade e globalização.** Lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução: Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **Modernidade, Pluralismo e Crise de Sentido.** A orientação do homem moderno. Tradução de Edgar Orth. Petrópolis: Vozes. 2004.
- BHABHA, Homi. **O local da cultura.** Tradução de Myriam Ávila, Eliana Reis e Gláucia Gonçalves. 2. reimpressão. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Ideologias e poder em crise.** Brasília: UnB, 1988
- CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito.** São Paulo: LTr, 1998.
- EHRlich, E. **Fundamentos da sociologia do direito.** Tradução: René Ernani Gertz; Revisão: Vamireh Chacon. Brasília: Editora da UnB, 1986.
- GOYARD-FABRE, S. **Os Fundamentos da ordem jurídica.** Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GURVITCH, Georges. *L'Idée du Droit Social.* Paris: Recueil Sirey, 1931.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia.** Entre a facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2. v.1 e 2
- HIRSCHMAN, A. O. **As paixões e os interesses:** argumentos políticos a favor do capitalismo antes de seu triunfo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- KELSEN, H. **A justiça e o direito material.** Tradução e prefácio: João Batista

- Machado. Coimbra: Arménio Amado-Editor Sucessor, 1963.
- LÉVY-BRUHL, H. **Sociologia do Direito**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1997
- LUHMANN, Nicklas. **Sociologia do Direito**. V. 1. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- MANNHEIM, Karl. Os fatores da estabilidade social. In. MACHADO NETO, A. L. (org.). **O Direito e a vida social**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966, pp. 46-51.
- NEVES, Marcelo. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: O problema da falta de identidade da(s) Esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Direito em Debate**. Universidade de Ijuí, v. 1. n. 1. 1991, pp. 7-27.
- RAMOS, A. G. **A nova ciência das organizações**. Uma reconceituação da riqueza das nações. Tradução: Mary Cardoso. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1981.
- REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1963.
- ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Antropologia jurídica da modernidade. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROULAND, Norbert (org.); PIERRÉ-CAPS, Stéphane; POUMARÈDE, Jacques. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Tradução de Ane Lize Spaltemberg; Revisão técnica de Rúbia Maria Pereira. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 428-461.
- _____. **A crítica da razão indolente**. Contra o desperdício da experiência. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- _____. **O discurso e o poder**. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- SANTOS, Rogério Dutra. Hobbes e a subjetividade moderna: ordem e legitimidade

- no discurso de moralização. In. PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi (org.). **Legalidade e Subjetividade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- SMITH, Anthony D. **Nações e nacionalismo numa era global**. Caeiras/Portugal: celta Editora, 1999.
- SOROKIN. P. A. **Sociedade, cultura e personalidade**. Sua estrutura e dinâmica; sistema de sociologia geral. Tradução: João Batista Coelho Aguiar e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1968. v. 1 e 2.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In. SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar**. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pp. 72-109;
- STUART HALL. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomás Tadeu da Silva e de Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2003.
- TEUBNER, Gunther. **O direito como um sistema autopoético**. Tradução e prefácio de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 1989.
- VIANA, C. **Os nós do “nós”**. Crise e perspectiva da ação coletiva docente em São Paulo. São Paulo: Xamã, 1999.
- WACQUANT. Löis. **As prisões da miséria**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- WALZER, Michael. **Da tolerância**. Tradução Almiro Piseta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.
- _____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.