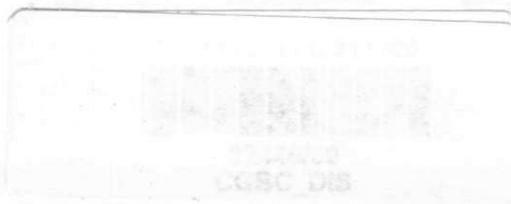


Emmanuel Pedro Ribeiro

Do Pluralismo Jurídico à Pluralidade de Direitos:
uma construção não essencialista
do direito.

DIS
31.03.2000 (1/03)
Ribeiro

Campina Grande - PB, abril de 2000.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE HUMANIDADES
MESTRADO EM SOCIOLOGIA

Do Pluralismo Jurídico à Pluralidade de Direitos:
uma construção não essencialista
do direito.

Dissertação apresentada ao Curso
de Mestrado em Sociologia da
Universidade Federal da Paraíba
em cumprimento às exigências
para obtenção do grau de mestre
em sociologia.

MESTRANDO: Emmanuel Pedro S. G. Ribeiro.
ORIENTADOR: Prof. Dr. Luciano Oliveira.

Campina Grande - PB, abril de 2000.



R484p

Ribeiro, Emmanuel Pedro.

Do pluralismo jurídico à pluralidade de direitos : uma construção não essencialista do direito / Emmanuel Pedro Ribeiro. - Campina Grande : 2000.

226 f.

Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade Federal da Paraíba, Centro de Humanidades, 2000.

"Orientação : Prof. Dr. Luciano Oliveira".

Referências.

1. Direito - Perspectiva Sociológica. 2. Pluralismo Jurídico. 3. Direito - Pluralidade. 4. Sociologia do Direito. 5. Dissertação - Sociologia. I. Oliveira, Luciano. II. Universidade Federal da Paraíba - Campina Grande (PB). III. Título

CDU 316.334.4(043)

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE HUMANIDADES
MESTRADO EM SOCIOLOGIA

Do Pluralismo Jurídico à Pluralidade de Direitos:
uma construção não essencialista
do Direito.

Emmanuel Pedro S. G. Ribeiro.

Banca Examinadora

Dr. Luciano Oliveira
Orientador

Dr. João Maurício Adeodato
Examinador

Dr. Durval Muniz de Albuquerque Júnior
Examinador

Dr. Edgard Malagodi
Examinador

Campina Grande - PB, abril de 2000.

DEDICATÓRIA

A

Ribeirinho e Socorro, meus pais, sem vocês este trabalho não teria sido possível. Eu amo vocês.

A

Karla e Mariana (pai tu tá escrevendo um livro é?) companheiras de todas as horas, e aos novos rebentos que estão a caminho, a vocês eu dedico este trabalho.

Às irmãs Andréa e Ellane, à minha tia Socorro, sempre presentes em minha vida. Vocês também estão aqui.

A meu sogro Cícero e a minha sogra Lourdinha, “vibradores” com mais uma conquista. E incentivadores pela carreira acadêmica que eu optei. Obrigado!

AGRADECIMENTOS

A todas as pessoas que, de uma forma ou de outra, contribuíram para o deslinde deste trabalho, neste espaço a elas me refiro.

À coordenação do Mestrado em Sociologia - UFPB Campus II na pessoa do seu coordenador o Professor Edgard Malagodi pelo apoio que me foi dado no decurso do mestrado.

Funcionários do Mestrado em Sociologia - UFPB Campus II: à Vera (ex-funcionária), Joãozinho, Rinaldo e Verinha, pelo apoio e pela amizade que construímos.

Professores do Mestrado exemplos de dedicação ao que fazem: Ubiracy de Souza Braga, Lenyra Rique da Silva, Edgard Malagodi, Deolinda Ramalho, Ghislaine Duqué e Norma Soler.

À Rosicler, funcionária da Biblioteca dos Mestrados em Sociologia e Economia, pela seriedade e rapidez no atendimento.

À CAPES fundamental no meu processo de desenvolvimento intelectual, permitindo a conclusão do trabalho com mais tranquilidade e possibilitando uma melhor qualificação para o trabalho docente.

Aos colegas de turma: Francisco (o velho Chicão), Vanderlan (darlan), Socorro, Tereza, Pereira, Marden e Cleildes. Aos colegas do Mestrado: João Diógenes, Clodoaldo, Iolanda, Nerise, Célia, Kalina, Xênia, Márcio Javan, Lourdemário, Assunção, Eriv. (Pneu), Eurípedes, Gildásio, Olga, Jucelino pela amizade que rer bons frutos.

Aos colegas que se tornaram amigos: Chicão, Clodoaldo, Vanderlan, Kalina, Xênia e Assunção, valeu pela amizade, pelo companheirismo e pela identidade acadêmica e política.

À Uilma e Ramalho da cantina e à Saionara do trailler pela amizade, bom atendimento e pelo ambiente de descontração que proporcionaram.

Em especial, aos professores que foram fundamentais na minha trajetória intelectual: ao professor José Cláudio Baptista (UEPB), ao professor Eduardo Jorge (UEPB), ao professor Fábio Machado (UFPB), ao professor Cláudio Souto (UFPE), ao professor Flamarion Tavares Leite (UFPB), ao professor Ubiracy de Souza Braga (UECE), à professora Lenyra Rique da Silva (UFRN), ao meu orientador Luciano Oliveira (UFPE), ao professor Durval Muniz (UFPB) exemplo de dedicação à academia e ao professor João Maurício Adeodato (UFPE).

Não poderia esquecer aqui de dois amigos com os quais mantenho uma afinidade intelectual desde os tempos do PIBIC, ainda na graduação. E até hoje continuamos a discutir teoria do direito: Epifânio e Orione. Valeu!

RESUMO

O presente trabalho objetiva construir uma perspectiva teórica que permita ler o fenômeno atual da pluralidade de direitos. Nossa hipótese de trabalho foi a seguinte: para pluralizar o direito negamos qualquer possibilidade de definir um conteúdo dado *a priori* para o direito. Fazemos questão de apontar que esta hipótese representa apenas um caminho e não "o caminho".

Para chegarmos a tal construção, primeiramente optamos por mapear as discussões existentes. Desenhamos o que se convencionou chamar modernamente de monismo jurídico estatal, produzido a partir da teoria da soberania. Realizamos uma leitura sobre o seu surgimento, desenvolvimento e crise. Portanto, tal leitura é limitada pelos referenciais escolhidos.

Em seguida, procuramos apontar que os autores que tratam da crise do monismo jurídico estatal propõem o pluralismo jurídico como o novo paradigma vigente, como o mais adequado para ler o fenômeno do direito na atualidade. Neste âmbito, produzimos uma discussão sobre o pluralismo jurídico na instância teórica da sociologia do direito, por dentro do direito e por dentro da sociologia. Abordamos a questão a partir dos clássicos, ou seja, tomando como referência a sociologia do direito nascente: Marx, Durkheim, Ehrlich e Weber. Logo depois, procuramos debater com autores mais recentes que trabalham com a problemática teórica do pluralismo jurídico. Chegamos ao seguinte resultado: os autores trabalhados, pluralizam o direito ao construírem um outro critério para distinguir o que é direito do que não é, diferenciando-se, desta forma, daqueles autores que trabalham na esfera do monismo jurídico estatal. Todavia, ao produzirem tal distinção, universalizam o direito a partir do critério elaborado, de modo que postulam também a existência de um direito único, com conteúdo definido, alguns para todo o sempre.

Neste sentido, a pesquisa empírica realizada em uma favela buscando estudar mecanismos alternativos aos estatais de resolução de conflitos e a percepção de uma construção essencialista do direito a partir dos autores

“pluralistas” discutidos neste trabalho, nos conduziu à elaboração de uma entre outras leituras possíveis do que denominamos de o fenômeno da pluralidade de direitos, qual seja: uma leitura não essencialista como condição da pluralidade.

ABSTRACT

The present study aims to build up a theoretical perspective to read the phenomenon of law plurality. Our analytical hypothesis is: for pluralizing the law, we deny any possibility of defining some prior contents to the law. We emphasize that the law represents only a way, but not "the way".

In order to build up this perspective, we decided first to review the literature, we outlined what has conventionally called State Juridical Monism, which was created from sovereignty theory. We have done some reading on his creation, development and crises. Therefore, this reading is limited by the chosen references.

After that we seek to look at authors and propose the juridical plurality as a new and more appropriate paradigm to understand the law phenomenon at the present.

In this sense, we have done a discussion about the juridical pluralism in the field of law sociology, both in the law side and in sociology.

We approached this issue from the classical theorists, specially Marx, Durkheim, Ehrlich and Weber. Following, we develop a debate with contemporary authors who work with the theoretical perspective of juridical pluralism.

We concluded that the authors analysed pluralize the law by building other criteria to distinguish what is a law and what is not. So, they demarcated their differences with those who defended the state juridical monism. However, as making this distinction, those authors tend to generalize the law, based in the criteria constructed to defend a single law, with defined contents.

In this sense, the empirical research in a shanty town sought to study alternative tools in order to solve conflicts and to build up a essentialism perspective of the law based on pluralist authors discussed in the present study. This lead us to other views about the plurality of law, in other terms, a non - essentialism reading as a condition of plurality.

RESUMÉ

Ce travail a comme objectif de construire une perspective théorique qui permette de lire le phénomène actuel de la pluralité de droits. Nous sommes partis de l'hypothèse suivante: pour "pluralizer" le droit (ou: si nous parlons de pluralité), nous nions toute possibilité de lui définir *a priori* un contenu. Nous tenons à indiquer que ceci représente à peine un chemin, et non pas "le chemin".

Pour arriver à une telle construction, nous avons d'abord fait une révision des discussions en cours. Nous avons retracé ce qu'il est convenu d'appeler de façon moderne le monisme juridique de l'Etat, produit à partir de la théorie de la souveraineté. Nous avons fait diverses lectures relatives à son surgissement, à son développement et à sa crise. Ces lectures sont donc limitées par les références choisies.

Nous avons ensuite tenté de montrer que les auteurs qui traitent de la crise du monisme juridique de l'Etat proposent le pluralisme juridique comme le nouveau paradigme actuel, le plus approprié pour lire le phénomène du droit dans l'actualité. Dans ce cadre, nous avons discuté le pluralisme juridique au niveau théorique de la sociologie du droit, à l'intérieur du droit et à l'intérieur de la sociologie. Nous avons abordé cette question à partir des classiques, c'est à dire en prenant comme référence la sociologie du droit naissant: Marx, Durkheim, Ehrlich et Weber. Ensuite nous avons essayé de débattre avec des auteurs plus récents qui travaillent la problématique théorique du pluralisme juridique. Nous sommes arrivés au résultat suivant: les auteurs étudiés admettent la pluralité du droit ("pluralisent" le droit) lorsqu'ils construisent un autre critère pour différencier ce qui est le droit de ce qu'il n'est pas, se distinguant ainsi des auteurs qui travaillent au niveau du monisme juridique de l'Etat. Cependant, lorsqu'ils font une telle distinction, ils universalisent le droit à partir du critère élaboré, de telle sorte qu'ils postulent aussi l'existence d'un droit unique, ayant un contenu défini, certains pour tout et toujours.

Dans ce sens, la recherche empirique réalisée dans un bidonville avec l'intention d'étudier des mécanismes de solution des conflits qui soient alternatifs aux mécanismes officiels (ou: de l'Etat) et la perception d'une construction "essentialiste" du droit à partir d'auteurs "pluralistes" discutés dans ce travail, cette recherche nous a amenés à élaborer une lecture, parmi d'autres possibles, de ce que nous dénommons le phénomène de la pluralité de droits, c'est à dire: une lecture non "essentialiste" comme condition de la pluralité.

SUMÁRIO

Introdução.....	14
CAPÍTULO I - O Estado e o direito modernos: uma construção histórica dos seus fundamentos.....	22
1.1 <i>Modernidade: uma entre diversas definições.....</i>	<i>22</i>
1.2 <i>Fundamentos filosófico-jurídicos do monismo jurídico estatal.....</i>	<i>31</i>
1.3 <i>Pressupostos epistemológicos do monismo jurídico estatal.....</i>	<i>45</i>
1.4 <i>A crítica marxiana do Estado e do direito modernos.....</i>	<i>47</i>
CAPÍTULO II - O direito e o Estado na passagem do século XIX para o século XX: a construção dos seus pressupostos.....	53
2.1. <i>A codificação do direito e as idéias iluministas de universalidade e progresso.....</i>	<i>53</i>
2.2. <i>As Escolas Jurídicas e os elementos constituintes do direito dogmático moderno.....</i>	<i>57</i>
2.3. <i>Max Weber e o Estado como monopólio da violência física legítima.....</i>	<i>64</i>
2.4. <i>A crise do legalismo e a emergência do pensamento sociológico do direito.....</i>	<i>67</i>
2.5. <i>A emergência concomitante do Estado Social e do normativismo: rumo à crise do paradigma jurídico dominante.....</i>	<i>76</i>
CAPÍTULO III - O direito na sociologia clássica: Marx, Durkheim, Ehrlich e Weber.....	89
3.1. <i>Situando a discussão na sociologia do direito.....</i>	<i>89</i>
3.2. <i>Marx e o direito como instrumento de dominação de classe.....</i>	<i>91</i>
3.3. <i>Durkheim e o direito como critério de aferição da solidariedade social.....</i>	<i>97</i>
3.4. <i>Ehrlich e o "Direito Vivo".....</i>	<i>104</i>
3.5. <i>Weber e o direito garantido externamente por um aparato coativo.....</i>	<i>112</i>

CAPÍTULO IV - A discussão sobre o pluralismo jurídico na instância teórica da sociologia do direito.....	121
4.1 <i>Embasando a discussão.....</i>	121
4.2 <i>Do pluralismo ao monismo na sociologia do direito.....</i>	123
4.2.1. <i>Cláudio Souto e Baptista: a exigência da informação científica no direito.</i>	123
4.2.2. <i>Roberto Lyra Filho e a compreensão dialética do direito.</i>	135
4.2.3. <i>Sousa Júnior e a construção do sujeito coletivo de direito.....</i>	144
4.2.4. <i>Wolkmer e os “novos movimentos sociais”.</i>	146
4.3 <i>Duas pesquisas empíricas brasileiras e o problema do pluralismo jurídico.....</i>	156
4.3.1. <i>Boaventura de Sousa Santos e o direito não oficial de Pasárgada.....</i>	156
4.3.2. <i>Junqueira e Rodrigues em “Pasárgada revisitada”.....</i>	160
CAPÍTULO V - Uma entre várias possibilidades de ler o fenômeno da pluralidade de direitos.....	167
5.1. <i>Introduzindo a discussão.....</i>	167
5.2. <i>O problema do conhecimento na história da filosofia.....</i>	169
5.3. <i>O embasamento teórico: Kant como um marco na filosofia moderna..</i>	174
5.4. <i>Nietzsche, a genealogia e a possibilidade de um direito não essencial... </i>	177
5.5. <i>Uma rede de poderes como condição de uma rede de direitos.....</i>	186
5.6. <i>O sujeito de direito delinquente como resultado da emergência de várias subjetividades em múltiplos espaços de produção de direitos.....</i>	196
5.7. <i>Platão e Kant como exemplos de uma filosofia do direito essencialista... </i>	198
5.8. <i>“O espaço é o lugar praticado”: uma outra noção de espaço como condição para ler o fenômeno da pluralidade de direitos.....</i>	201
5.9. <i>Uma entre outras noções de experiência de direitos.....</i>	206
Considerações Finais.....	208
BIBLIOGRAFIA.....	212

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do que convencionamos chamar de uma pluralidade de direitos, como será visto no capítulo quinto. Todavia, para chegarmos à postulação do estudo desse fenômeno à maneira como designamos, todo um percurso precisou ser realizado. Primeiramente, como se verá nos dois primeiros capítulos, trabalhamos o que modernamente se convencionou chamar de monismo jurídico estatal. Mas o que significa o monismo jurídico estatal? Significa o processo de monopolização por parte do Estado tanto da violência física legítima como da produção do direito. Este monopólio se constitui em uma característica tipicamente moderna, nunca visto antes na história da humanidade.

Demonstraremos a sua emergência enquanto perspectiva teórica e enquanto dimensão institucional que se desenvolveu na modernidade ocidental. Aqui, todo o estudo se circunscreverá à teoria da soberania. Portanto, o que será visto inicialmente diz respeito à edificação do chamado Estado moderno, seus fundamentos filosófico-jurídicos, os pressupostos epistemológicos do monismo jurídico estatal e a crítica marxiana do Estado e do direito modernos. Este se apresenta como o conteúdo do primeiro capítulo.

Já no segundo capítulo, daremos continuidade a esta discussão, mas agora na passagem do século XIX para o século XX. Neste âmbito, trataremos da consolidação por parte do Estado tanto do monopólio da violência física legítima como da produção do direito. Passaremos pelo período correspondente à codificação do direito e pelo pensamento jurídico que se

formou a partir do direito codificado, apontando as Escolas jurídicas e os elementos constituintes do direito dogmático moderno. Permeando tal construção mostraremos que a força das idéias iluministas de universalidade e de progresso invadiram também o campo do direito, conduzindo à unificação legislativa e à formulação da seguinte equação: direito=lei. Cuidaremos ainda da crise desta equação, pela progressiva inadequação dos códigos à vida social, das tentativas de minimizar o abismo entre a lei e os fatos sociais e da emergência do pensamento sociológico do direito por dentro do direito e por dentro da sociologia. Porém, neste capítulo, optamos por apontar apenas o desenlace do pensamento sociológico do direito a partir de um aspecto do Movimento do Direito Livre, qual seja, aquele que se refere à interpretação da lei. O que evidencia que tratamos apenas de um aspecto da sociologia do direito feita por juristas. Tal discussão vai culminar na emergência concomitante do Estado Social e do normativismo jurídico com Kelsen, que renova e sofisticava os pressupostos do positivismo jurídico. Abordaremos ainda a crise do paradigma jurídico dominante: o monismo jurídico estatal, por se caracterizar como insuficiente para dar conta do fenômeno social chamado direito na sociedade contemporânea. Aqui, trata-se da postulação de um outro paradigma: o do pluralismo jurídico, para dar conta do fenômeno do direito na atualidade. Desta forma, o pluralismo jurídico possui um significado geral segundo o qual é negado ao Estado a exclusividade da produção e da aplicação do direito. A tal concepção aderem os teóricos que se situam nesta discussão, apesar das diferentes abordagens, como se verá.

No terceiro capítulo trataremos do pensamento sociológico do direito nascente, por dentro do direito e por dentro da sociologia. No caso do direito será tratada uma outra face do Movimento do Direito Livre, qual seja, aquela que postula a construção de um objeto e método próprios para a sociologia do direito. Aqui escolhemos Ehrlich para discutirmos tal problemática. Por dentro da sociologia, cuidaremos do pensamento clássico: Marx, Durkheim e Weber, apontando como tais autores concebem o direito como uma instituição social na sociedade moderna.

No quarto capítulo abordaremos de forma direta a problemática teórica do pluralismo jurídico na instância teórica da sociologia do direito. Nesta seara, mostraremos como os autores trabalhados desenham suas propostas "pluralistas" e em seguida apontaremos os seus limites. Aqui será demonstrado como estes autores por terem criado uma essência para o direito, postulam um direito único e não conseguem pluralizá-lo, inclusive impossibilitando outras leituras do fenômeno do direito. Por esse prisma, apontamos o seguinte movimento: do pluralismo ao monismo na sociologia do direito. Além disso, analisaremos ainda duas pesquisas empíricas realizadas em favelas brasileiras (Jacarezinho e Morro da Coroa, ambas no Rio de Janeiro) e que discutem o pluralismo jurídico.

No quinto capítulo procuramos construir uma entre outras possibilidades de ler o que denominamos de pluralidade de direitos. Aqui, levantamos a seguinte hipótese de trabalho: **para pluralizarmos, de fato, o direito negamos qualquer possibilidade de fixar um conteúdo dado *a priori* para**

o direito. E passaremos a demonstrar tal hipótese. Para tanto, utilizaremos os pensamentos de Frederico Nietzsche, de Michel Foucault e de Michel de Certeau. Com tais autores, postularemos um direito não essencial. A partir de tal perspectiva, apontaremos a existência de vários direitos positivos socialmente¹. Tais direitos vinculam-se em rede, formando vários campos de saber sobre direitos que se constroem a partir de relações de poder. Em tais campos de saber produzem-se várias subjetividades, vários sujeitos de direitos históricos, por nós designados sob a rubrica de sujeito de direito delinquente, que internalizam as normatividades criadas em cada espaço de produção de direito. Tais espaços múltiplos não são físicos nem fixos, mas antes se constituem a partir de relações sociais, aqui "o espaço é o lugar praticado". Olhando por esse prisma, apontamos que não dá para trabalharmos com a denominação de pluralismo jurídico, pois o qualificativo de jurídico é atributo do direito produzido pelo Estado. Neste sentido, o direito jurídico consiste apenas no direito positivo estatal. O que nos confere a possibilidade de nomear distintamente o fato de existir mais de um direito positivo socialmente. Assim, denominaremos o fenômeno estudado de pluralidade de direitos, conforme será visto no último capítulo.

A opção pela discussão de tal tema bem como pelo viés analítico

¹ Ao longo deste trabalho assumimos a posição segundo a qual só existe o direito positivo. Por direito positivo entendemos ser aquele direito passível de observação empírica, acessível aos órgãos dos sentidos humanos. O direito estatal é apenas um direito positivo, não o único como se verá.

trabalhado se deve a uma insatisfação que emergiu, quando da realização de uma pesquisa empírica em uma favela aqui em Campina Grande no ano de 1998. Esta pesquisa procurou detectar a existência de instâncias alternativas às instâncias estatais de resolução de conflitos. Isto é, procurávamos detectar a existência de outros direitos positivos que não o direito positivo estatal. Vale ressaltar aqui que o material empírico de que dispomos se apresentaria como suficiente para que dele resultasse um trabalho desta ordem. Mas, afinal, por quê se deu a insatisfação? Pela inadequação entre os referenciais adotados e o que se observou empiricamente. Percebemos a distância entre as teorias pluralistas escolhidas para nos auxiliar na pesquisa e o que de fato nós observamos. Em decorrência disso, começamos a perceber que determinados autores se dizem pluralistas, mas procuram fixar determinados conteúdos, em alguns casos definitivamente, para o direito. O que redundou na criação de critérios segundo os quais pode-se separar com exatidão o que é direito do que não é. Entendemos que tais posturas não "descobrem" certos conteúdos, mas antes os criam segundo seus pontos de vista, segundo seus valores e procuram fixá-los como sendo "o direito". O que impossibilita outras leituras sobre o fenômeno da pluralidade de direitos, pois o que não se adequar aos seus critérios não pode ser considerado direito. Cuidam-se de posturas teóricas preconceituosas e até autoritárias, porque procuram impor determinadas visões de mundo particulares, como sendo a única forma de ver o mundo ou como a mais verdadeira.

Neste sentido, a questão da pluralidade de direitos foi se tornando para nós uma questão mais teórica e o material empírico foi sendo utilizado à medida em que íamos realizando as críticas locais, particulares, às teorias globalizantes. A idéia aqui foi enriquecer mais a nossa construção, por isso recorreremos ao material empírico². Percebemos também os efeitos de poder que esses discursos que se pretendem científicos alcançam em sociedades como a nossa. Assim é que passamos a trabalhar com a genealogia como recurso metodológico. Ao apontarmos a existência de outros direitos positivos que não o direito positivo estatal, começamos a realizar críticas locais, dispersas, descontínuas, particulares a saberes globalizantes como as teorias pluralistas aqui apontadas.

O que pretendemos, no rastro de Nietzsche e de Foucault, é dar início ao desencadeamento de um processo denominado de "reviravoltas de saber". Ou seja, uma insurreição de "saberes sujeitados". O que isto significa? Significa que determinados conteúdos históricos foram sepultados, sujeitados como desqualificados e não conceituais, como insuficientemente elaborados por não terem método, nem sistematicidade. Portanto foram hierarquizados como saberes inferiores. Isto é o que pretendemos mostrar com relação a outros direitos positivos existentes socialmente. Por exemplo, teorias globalizantes como a do monismo jurídico estatal, apresentada sua construção nos dois primeiros capítulos, trata do direito apenas do ângulo da teoria da

² ADEODATO, João Maurício: "Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito". Centro de Estudos Jurídicos. Brasília, n.7, jan/abr. 1999, p. 145.

soberania, e toma o direito jurídico como o único direito válido e legítimo existente socialmente. Tal posicionamento teórico oculta outros legisladores fáticos, esconde outros direitos positivos, iluminando apenas o direito positivo produzido pelo Estado. Assim sendo, outros direitos positivos que não o estatal, e muitas vezes contraditórios aos direitos postulados pelas teorias pluralistas serão apontados nos capítulos quarto e quinto deste trabalho e confrontados com as teorias globalizantes que fixam critérios gerais para se distinguir o que é direito do que não é direito.

O trabalho genealógico consiste em mostrar como um saber torna-se dominante e hierarquiza outros saberes. Aqui pode-se perceber como a lei enquanto meio por excelência de manifestação do direito na sociedade moderna sujeitou o costume como saber inferior sobre o direito. A genealogia propõe apontar como se dão os confrontos históricos entre os saberes e como um se torna dominante e sujeita outros. A ciência do direito tornou-se o saber dominante sobre o direito, os estudantes de direito partem dela e dos seus resultados. Em muitos dos cursos de direito não há preocupação em mostrar como foi possível um saber científico sobre o direito, como a emergência deste saber tornou-se “o saber” sobre o direito, sem se fazer referência ao que foi sujeito, ao que foi desqualificado, ao que foi ocultado.

Estas obscuras e inconfessáveis relações de poder são escondidas. Neste sentido, trabalhar com a genealogia traduz-se na possibilidade de apontar os confrontos históricos entre os saberes, uma vez que estes são escondidos e mascarados pelas teorias unitárias, regidas por um conjunto de

regras comuns que lhes dão coerência funcional e sistematicidade. O método genealógico permite dessujeitar saberes, desierarquizá-los e quebrar preconceitos. Permite ainda mostrar como os saberes se constituem no embate e como torna-se possível fazer intervir os saberes sujeitados³.

Ante tais considerações, convidamos o leitor a acompanhar a seguinte trajetória: do monismo ao pluralismo jurídico, do pluralismo jurídico à pluralidade de direitos, a partir de uma construção não essencialista do direito⁴.

³ FOUCAULT, Michel: *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp.03-26.

⁴ Esta nota explicativa refere-se à organização formal do presente trabalho. Para este são utilizados material bibliográfico e material empírico, conforme já nos referimos acima. Utilizamos o negrito e o itálico juntos nas referências bibliográficas, ou seja, nos títulos dos livros e nos títulos das revistas que foram consultadas por trazerem artigos de autores que aqui foram utilizados pelo vínculo com a nossa discussão. Já o itálico foi utilizado aqui quando foram citadas palavras estrangeiras e títulos de obras apontadas ao longo do texto. As aspas tiveram a função de destacar excertos de outros autores que aqui foram feitos *ipsis literis*, ou para palavras que sejam passíveis de um duplo sentido. Para fecharmos, preferimos aqui realizar as citações completas em notas de rodapé para tornar a leitura mais fluida, sem interrupções e assim facilitá-la para o leitor que não precisará ir até o final para conferir a obra.

CAPÍTULO I - O Estado e o direito modernos: uma construção histórica dos seus fundamentos.

1.1 Modernidade: uma entre diversas definições.

Modernamente, instituiu-se que o Estado tem o poder político soberano dentro de um determinado território e válido para sua população. Em virtude de sua soberania, o Estado, pela primeira vez na História da humanidade, toma para si o monopólio da produção do direito e o articula ao controle bem sucedido ou não dos meios de violência. Assim, o sistema jurídico torna-se unificado e centralizado e a justiça monopolizada pelo Estado transforma-se em justiça oficial. Entretanto, estes elementos lançados acima dizem respeito apenas ao resultado de um processo, ao seu ponto de chegada. Por isso, cuidaremos agora da construção dos fundamentos teóricos do que veio a denominar-se de Estado e de direito modernos.

O fio que iniciamos a tecer exige, neste primeiro momento, a definição de modernidade para o desenrolar da trama. Utilizamos o termo aqui no sentido construído por Anthony Giddens em *As Consequências da Modernidade*. Queremos deixar claro que, o critério para a utilização da concepção de modernidade deste autor, se deve a adequação de sua forma de tratar tal tema com o desenho que pretendemos fazer sobre o direito moderno, cuja característica básica é sua universalidade. Portanto veremos que o percurso que estabelecemos, do século XVI ao século XX, se adequa à leitura

da modernidade realizada por Giddens. Indica este autor que seu estudo sobre a modernidade se focalizará no ponto de vista institucional, situando-se mais precisamente na cultura e na epistemologia. E define provisoriamente: “*‘modernidade’ refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência*”⁵.

Procura trabalhar o autor com uma concepção “descontinuista” do desenvolvimento social moderno. Diz ele que a modernidade produziu instituições únicas sob certos aspectos, diferentes de todos os tipos de ordem tradicional. Numa palavra, pretende elaborar os pontos de descontinuidade entre as instituições modernas e as tradicionais, para poder dizer o que a modernidade é. Porque só assim pode-se produzir uma leitura de suas consequências no presente.

Diz-nos Giddens que sua pretensão é enfatizar uma descontinuidade específica, ou várias descontinuidades, vinculadas ao período moderno. Então vejamos como procede: “*os modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não tem precedentes*”⁶. Verificamos que sua ênfase liga-se à descontinuidade provocada pela transição entre o tradicional e o moderno. Para ele, as transformações históricas ocorridas desde o século XVII no

⁵ GIDDENS, Anthony: *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 11.

⁶ GIDDENS, Anthony: *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 14.

ocidente não têm correspondência quando comparadas com os períodos anteriores.

Necessário se faz, no momento, apontar a partir de que condições falamos este autor de descontinuidade histórica, ou melhor, de que lugar ele trata de descontinuidade histórica. Sua análise se propõe ser mais abrangente do que as já realizadas pelas teorias sociológicas clássicas, e, além da menor abrangência destas, resta apontar a forte influência das leituras evolucionistas nas mesmas. Tal fator contribuiu para que não fosse dada ênfase às descontinuidades históricas. Neste sentido, procura se livrar da leitura descontinuista de Marx, realizada a partir dos vários modos de produção, pois tal perspectiva é conduzida por um fio que conduz a história da humanidade do seu começo até a sociedade moderna, capitalista, apontando, inclusive, uma etapa posterior a ser atingida pela humanidade com o advento da sociedade comunista. O que, em sua visão, se constitui numa história teleológica, que aponta uma direção única, quando, de fato, entende que o futuro está aberto e não dá para fazer previsões como esta.

Por outro lado, objetiva também desvencilhar-se da perspectiva de Lyotard, pois este situa sua crítica às “grandes narrativas” enquanto estas se apresentem como filosofias da história, definindo *a priori* um sentido global para a história. Desta forma, mostra que Lyotard fala de descontinuidade e critica as teleologias na seara específica das filosofias da história, por ser ele

um filósofo⁷. Portanto, a pretensão é construir um lugar de produção teórico próprio. Neste sentido, situa seu trabalho no âmbito da sociologia e nela enfatiza as influências dos evolucionismos sociais, engendrando leituras continuistas entre o tradicional e o moderno. Portanto fala de descontinuidade no âmbito das teorias sociais. Por isso, faz ressalvas quanto às teorias sociológicas clássicas e quanto à perspectiva de Lyotard, nem segue o caminho evolucionista das primeiras e nem o da descontinuidade da segunda.

Por conseguinte, como perceber as descontinuidades entre as instituições sociais modernas e as das ordens tradicionais? Para tornar isto possível, cria critérios que viabilizem a leitura descontinuista entre o tradicional e o moderno. Indica três parâmetros. O primeiro diz respeito ao "ritmo da mudança". Para ele a rapidez da mudança é significativa em se tratando do período moderno. Depois vem o "escopo da mudança". Aponta que o objetivo da mudança social em condições de modernidade é diferente. O terceiro se refere à "natureza intrínseca das instituições modernas". Para ele, a essência das instituições modernas difere da essência das instituições tradicionais, como também existem instituições na modernidade que nunca existiram antes, são únicas. Exemplificando, teríamos a organização política sob a forma do Estado-nação como algo inédito, a dependência da produção de fontes de energia inanimadas constitui o industrialismo como uma outra instituição tipicamente moderna, a completa transformação em mercadoria de produtos e

⁷ cf. LYOTARD, Jean-François: *O pós-moderno*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1993. pp. 51-87.

trabalho assalariado representa o capitalismo, algo que só se tornou possível enxergar também na modernidade.⁸

Agora, passaremos a mostrar como se dão as discontinuidades históricas entre o tradicional e o moderno. Mas, a partir de que critérios? Em primeiro lugar, a discontinuidade se dá a partir da separação *tempo-espaço*. Nas sociedades tradicionais a dificuldade em marcar o tempo conduzia a que este fosse vinculado a circunstâncias espaciais como o lugar. O tempo possuía uma ligação com a natureza, com o espaço tomado como lugar.

No século XVIII, com a invenção do relógio mecânico é que o tempo teve seu conteúdo esvaziado, pois a separação teve início aí. O relógio podia expressar "zonas" do dia sem referência direta com a natureza. Assim é que o tempo passou a ser organizado socialmente, separando-se do espaço, e tal separação foi concomitante à expansão da modernidade. Esta começa a caracterizar-se por essa separação entre tempo-espaço.

O tempo medido mecanicamente globaliza-se e passa a ser padronizado em escala mundial através de calendários. Além da separação tempo-espaço, temos a separação entre espaço-lugar. Todavia, aquela torna-se condição desta. Esvaziado, o tempo desloca-se do local para o global, o espaço também esvazia-se, diferenciando-se, agora, o espaço abstrato do lugar concreto. O tempo e o espaço globalizam-se, universalizam-se e a

⁸ cf. GIDDENS, Anthony: *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Ed. UNESP, 1991, pp. 15-16.

condição para isso caracteriza-se pela perda da concretude. O local passa a encobrir relações distanciadas que forjam sua "natureza".

Tal separação se constitui na condição para o processo de desencaixe. Este, por sua vez, se constitui na segunda forma encontrada pelo autor para demonstrar a descontinuidade histórica entre o tradicional e o moderno. Para Giddens, desencaixe se refere ao "*deslocamento' das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaco*"⁹. É interessante notar como a imagem por ele inventada de "desencaixe" proporciona uma visualização mais clara da descontinuidade histórica. E esta passa a ser demonstrada a partir da distinção de dois tipos de mecanismos de desencaixe vinculados ao desenvolvimento das instituições modernas: as fichas simbólicas e os sistemas peritos. Quando utiliza a noção de fichas simbólicas, mostra como o dinheiro se apresenta como um meio de intercâmbio que pode ser circulado sem se vincular a nenhuma qualidade que venha a diferenciar indivíduos ou grupos que se relacionem com ele. Já quando se trata dos sistemas peritos, cuida-se aqui de "sistemas de excelência técnica ou competência profissional", utilizados na produção de casas, carros, aviões, estradas etc.

O terceiro ponto que demonstra a descontinuidade histórica entre o tradicional e o moderno refere-se ao caráter reflexivo da modernidade. Em organizações sociais tradicionais poucos dominam a capacidade de ler e

⁹ GIDDENS, Anthony: *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Ed. UNESP, 1991. p. 29.

escrever, a reflexividade das convenções se limita a reinterpretá-las e torná-las mais claras. A preocupação é manter o que as gerações passadas legaram, por isso o passado tem maior peso do que o futuro, havendo uma resistência à mudança.

Já em condições de modernidade, sua nota básica representa a radical e reiterada revisão da convenção. De modo que a reflexividade situa-se na base da modernidade, as práticas sociais são alteradas a partir do conhecimento produzido e do seu retorno a elas. Assim sendo, nesta circularidade de conhecimento, modificam-se as práticas e o próprio conhecimento sobre elas. A tal processo reflexivo Giddens batiza de “hermenêutica dupla”. Portanto, para este autor, o que distingue a modernidade é a globalização da reflexão.¹⁰

Necessário se faz ainda mostrar como este autor rearticula estas separações, estas descontinuidades entre as instituições sociais tradicionais e as instituições sociais modernas. Porque não existem apenas continuidades ou apenas rupturas, de fato, existem rupturas e continuidades. Neste caso, aponta que essas rearticulações entre o local e o global ocorrem através do mecanismo do reencaixe. E este se dá por meio do que este autor denomina de confiança. O reencaixe seria a reinserção de relações sociais globalizadas nas relações sociais locais reestruturando-as. A confiança entra aqui como um

¹⁰ GIDDENS, Anthony: *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Ed. UNESP, 1991, pp. 25-51. Confira ainda, sobre a idéia de hermenêutica dupla SANTOS, Boaventura de Souza: *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, pp. 11-16.

tipo específico de crença, construída socialmente, de que as relações sociais terão continuidade. Esta confiança conduz ao movimento de desencaixe e de reencaixe das relações sociais.¹¹

Tecendo o fio dessa trama, cabe-nos apontar o que constitui uma leitura ou um diagnóstico assumido como suficiente ou mais abrangente das instituições sociais modernas. Esta linha, segundo ele, o diferencia das perspectivas sociológicas clássicas e das mais recentes que não dão conta de uma análise mais ampla, ou seja, não conseguem expressar com mais adequação o que a modernidade é. A construção de Giddens nos encaminha para o estudo das “dimensões institucionais da modernidade”.

Pretende realizar uma análise mais satisfatória da modernidade do que as já existentes. O que é comum encontrar-se, pois são estas pretensões que definem lugares de produção teóricos próprios e diferenciam os autores, exigências que a produção do conhecimento faz. Cabe a nós que manejamos com tais teorias, relativizar, pois nenhuma delas dá conta de toda a riqueza do mundo das relações sociais, elas sempre iluminam pontos e obscurecem outros. Desta forma, diz ele que o problema ou o limite, conforme se preferir, das análises situa-se num ponto: os autores analisam o fenômeno da modernidade em razão de uma dimensão institucional apenas. Ou se faz sobre a instituição do capitalismo, tomado como um sistema de produção de mercadorias assentado sobre a relação entre proprietários e não-proprietários

¹¹ GIDDENS, Anthony: *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Ed. UNESP, 1991, pp. 83-150.

dos meios de produção. Ou sobre a instituição do industrialismo, assimilado como o uso de fontes inanimadas de energia para a produção de bens.

Além destas, aponta a existência da dimensão institucional da vigilância sobre as atividades da população, realizada através da burocracia administrativa dos Estados-nação. Uma quarta dimensão institucional da modernidade diz respeito ao poder militar dos Estados-nação. Aqui, o deslocamento ou o desencaixe se dá porque, não obstante todas as sociedades tradicionais fossem militarizadas, só as sociedades modernas, por meio do Estado-nação, possuem o monopólio bem sucedido dos meios de violência. Senão vejamos o que ele nos diz a este respeito: "*o monopólio bem-sucedido dos meios de violência dentro de fronteiras territoriais precisas é específico do estado-nação moderno*".¹²

Ante o exposto, à modernidade enquanto uma forma de organização social historicamente datada, acrescenta-se a idéia de modernidade enquanto um fenômeno intrinsecamente globalizante. Isto significa o alongamento e a intensificação das relações sociais que produziram estas quatro dimensões institucionais para além das fronteiras da Europa. Neste sentido, capitalismo, industrialismo e Estado-nação assumiram o movimento da globalização, da universalização, pelo menos enquanto mudanças institucionais que tiveram os seus começos no ocidente.

¹² GIDDENS, Anthony: *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Ed. UNESP, 1991. p. 64.

1.2 Fundamentos filosófico-jurídicos do monismo jurídico estatal.

Com efeito, passaremos agora a analisar mais detidamente os fundamentos teóricos da dimensão institucional do Estado-nação, a invenção do controle dos meios de violência e o monopólio estatal da produção do direito, dando nascimento ao que se convencionou chamar de monismo jurídico estatal. Este tornou-se o modelo teórico dominante nas sociedades modernas, fundamentado por um discurso filosófico-jurídico, o discurso da verdade e o discurso da lei respectivamente, preocupado basicamente em definir os critérios de legitimidade do poder jurídico-político. A teoria do direito preocupa-se sobretudo com a soberania do poder político do Estado que gradativamente ia se consolidando desde fins da Idade Média. É neste contexto que o direito que se estataliza ganha a qualidade de jurídico e este passa a ocupar um lugar institucional na sociedade moderna que se formava.

Assim sendo, podemos perceber a descontinuidade histórica entre o direito de uma sociedade plural como a medieval e o direito de uma sociedade "monista" como a moderna. No período medieval existiram estruturas de poder múltiplas, descentralizadas e até conflitantes: a Igreja, as cidades livres, os senhores feudais, o Sacro Império Romano, os grêmios e corporações eram instituições que produziam um direito interno e próprio sem que se pudesse fazer valer um sobre os outros ¹³. Trata-se aqui de direitos que possuem um

¹³ cf. BOBBIO, Norberto: *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27; ver ainda VILANOVA, Lourival: "A Crise do Estado na Teoria do Estado". In ADEODATO, João Maurício: *Jhering e o direito no Brasil*. Recife: Ed. Universitária, 1996, pp. 144-147.

tempo-espaço concretos, locais, constituem-se como direitos contextuais. O que se constata é que são direitos com temporalidades e espacialidades específicas, presos às condições do lugar, produto de relações sociais localizadas e sem um caráter reflexivo, pois cuida-se aqui da predominância de direitos consuetudinários, tradicionais. Com a passagem do tradicional ao moderno percebe-se o desencaixe provocado pela separação entre o tempo e o espaço que tornam-se abstratos e pela conseqüente separação entre espaço-lugar. Com a construção de um sistema jurídico unificado e centralizado, produz-se o direito oficial. Já com a formalização da justiça, assumindo também o Estado o seu monopólio, cria-se uma justiça oficial. Trata-se aqui do fenômeno do desencaixe do direito moderno com relação ao direito tradicional, as relações sociais modeladas pelo direito saem de seu tempo-espaço locais e globalizam-se, este é o desencaixe, a descontinuidade histórica. Todavia, o reencaixe através da confiança se dá por meio de uma crença produzida socialmente de que as relações sociais terão continuidade modeladas por este direito. Além disso, o direito assume um caráter reflexivo, no sentido de que ele torna-se um direito produzido socialmente e sujeito a mudanças. Ou seja, sua produção se dá a partir das práticas sociais e o conhecimento produzido sobre ele a elas retornando propicia sua mudança. Mas, vejamos agora os fundamentos teóricos do Estado e do direito modernos, que produziram o desencaixe com relação às suas formas tradicionais.

Muitos autores têm apontado o século XVI como marco para a emergência do denominado Estado moderno, na Inglaterra, na França e na

Espanha ¹⁴. Enquanto aparato político-institucional, destaca-se o Estado moderno como uma organização política singular, por apresentar dois traços que o distingue dos Estados anteriores: o primeiro refere-se à sua plena soberania e o outro relaciona-se à distinção entre Estado e sociedade civil, tornada clara no século XVII com a ascensão da burguesia. Trata-se aqui da separação entre o econômico e o político. O rei tem o poder político e a burguesia tem o poder econômico, por isso ambos precisam ser distinguidos ¹⁵. Todavia, outro traço emerge para distinguí-lo, agora, da organização política medieval, qual seja: o Estado medieval constitui propriedade do senhor, o território e os acessórios que lhe seguem, ou seja, os homens e os bens. Já o Estado moderno em sua fase inicial se identifica com o monarca, pois este personifica o poder, só com o declínio da teoria do direito divino dos reis é que desloca-se sua soberania para a instituição. ¹⁶

Neste sentido, em sua primeira fase apresenta-se como Estado absoluto. E esta estrutura político-institucional tem seus fundamentos teóricos

¹⁴ cf GRUPPI, Luciano: *Tudo Começou com Maquiavel*. Porto Alegre: L & PM, 1980, pp. 08-09; BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 06-11; SALDANHA, Nelson: *O Estado moderno e o Constitucionalismo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, pp. 35-38; WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 33-37.

¹⁵ cf GRUPPI, Luciano: *Tudo Começou com Maquiavel*. Porto Alegre: L & PM, 1980, p. 09; SANTOS, Boaventura de Sousa: "O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Para um Novo Senso Comum". *Humanidades*, V. 07, n. 03. Brasília: UNB, 1991, p. 272; SANTOS, Boaventura de Souza: "Para uma Sociologia da distinção Estado/Sociedade Civil". In Lyra, Dereodó. (Org.): *Desordem e Processo*. Porto Alegre: SAFE, 1986, pp. 65-76.

¹⁶ cf GRUPPI, Luciano: *Tudo Começou com Maquiavel*. Porto Alegre: L & PM, 1980, p. 10.

encontrados em Maquiavel (1469-1527), Jean Bodin (1530-1596) e Thomas Hobbes (1588-1679), partícipes de uma concepção absolutista de Estado, com extensão territorial, povo e poder político como seus elementos principais.

Tem-se, então, Maquiavel como o fundador da moderna ciência política e como defensor da unidade estatal da Itália. De outro lado, Bodin como teórico da soberania política do Estado absoluto, teorizando sobre um Estado secularizado que não dividia mais o poder político com a Igreja. Mas, com Hobbes assiste-se a uma sofisticação maior. Este autor contribuiu para a noção do caráter ilimitado da soberania e para a obediência sem contestação do indivíduo ao soberano.

Com efeito, através dos processos de concentração e de centralização do poder em um dado território, que marcam o Estado absoluto, é que podemos verificar o processo de desencaixe entre a organização política tradicional e a organização política moderna, embora trate-se de sua fase inicial. A concentração diz respeito a todos os poderes por meio dos quais se exerce a soberania e que passam a ser atribuídos ao soberano e exercidos pelo rei e pelos funcionários a ele subordinados, como por exemplo: o poder de ditar leis válidas, de dizer o direito, de usar a força física no interior e no exterior com exclusividade, impor tributos etc. Já no que concerne à centralização, esta significa a supressão de ordens jurídicas inferiores, como nos casos das cidades, corporações, sociedades particulares etc.¹⁷

¹⁷ cf. BOBBIO, Norberto: *Estado, governo e Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. pp. 115-116.

A partir de tais elementos, têm início os processos de monopolização estatal do uso da violência legítima e da produção do direito, que caracterizam o monismo jurídico estatal, estudo que nos interessa mais de perto e que é objeto de nosso estudo aqui. Por isso, trataremos agora do pensamento de Hobbes, considerado por muitos o precursor¹⁸ ou o fundador¹⁹ do monismo jurídico estatal, pelo fato de sua filosofia política inaugurar o vínculo entre o poder político estatal e a criação do direito.

A perspectiva hobbesiana procura consolidar o poder exclusivo do soberano de pôr o direito, pois esta prerrogativa torna-se indispensável para fortalecer o poder absoluto do Estado. Entretanto, para chegar a tal posicionamento, Hobbes, enquanto um teórico do contrato social, estabelece, em seu *Leviatã* (1651), uma passagem do estado de natureza ao estado civil. Aponta que o estado de natureza possui leis, porém trata-se de leis naturais, mesmo assim obrigatórias. Só que esta obrigatoriedade é moral e não jurídica, pois um indivíduo só as respeita se o outro também as levar em consideração. Isto não ocorrendo, ninguém estará obrigado a respeitar as leis naturais. No estado de natureza, cada homem precisa defender os seus próprios interesses e para tanto só recorre à sua própria força. Por isso, a insegurança se

¹⁸ cf. BOBBIO, Norberto: *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 34.

¹⁹ cf. WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 44.

apresenta como regra e o estado de natureza caracteriza-se como um estado de guerra de todos contra todos.

Hobbes chega a isso a partir de sua concepção sobre a natureza humana. Em sua psicologia, o homem constitui-se de razão e paixão. A razão vincula as idéias por meio dos sentidos, mas a energia que os movimenta é a paixão. Para Hobbes, o homem apresenta-se como o lugar da batalha de suas paixões contraditórias e a razão mostra-se como a possibilidade de controlá-las. Deste modo, se a sociedade compõe-se de homens, ela caracteriza-se como o lugar da batalha destes entre si. A batalha se forja na medida em que o homem procura a satisfação de suas paixões por meio da riqueza e da supremacia sobre os outros homens. Todavia, esta insegurança não é desejável, por não permitir o usufruto tranquilo dos seus bens.²⁰

Neste sentido, prescreve que para sair de tal estado, necessita-se elaborar o Estado político, concentrar força em uma só instituição: o soberano. Isto poria fim à insegurança. Com o advento do Estado tem-se a quem recorrer para fazer que o outro também observe a lei emanada do soberano, isto é, ao próprio soberano, que pode utilizar a força física para que a lei seja respeitada por todos. Mas, como passar do estado de natureza ao estado civil? Em Hobbes, só por intermédio de um contrato social. Este, por sua vez, apresenta-se como um contrato de submissão, de sujeição, em que a sociedade surge da transferência comum das várias vontades individuais para formar a vontade

²⁰ cf. CROSSMAN, R. H. S.: *Biografia do Estado Moderno*. São Paulo: LECH, 1980. pp. 49-55.

ilimitada do soberano. Este se situa fora do contrato, portanto a ele não está sujeito, pairando sobre ele.²¹

Desta forma, para Hobbes, o Estado emergiu para pôr normas jurídicas e para torná-las respeitadas, observadas. Assim é que este autor apresenta-se como um dos primeiros a fazer corresponder o direito com o direito do soberano, o direito estatal com o direito legislativo. Apontando o direito estatal como o único válido socialmente porque criado pelo soberano, diz que só este pode garantir sua observância, pois tem o monopólio da utilização da força física.²²

Como se pôde constatar, aqui direito e poder apresentam uma forte ligação, apesar de não se confundirem. Dentro da teoria da soberania se construiu a idéia de que o poder serve ao direito no sentido de garanti-lo por meio da utilização da força física, e o direito ao poder, pois é aquele que justifica, legitima o poder. De fato, o direito institucionaliza o uso da força pelo Estado, se encarrega de transformar uma relação de sujeição, em uma relação onde a obediência se traduz na convicção da legitimidade. E a teoria da soberania, ou seja, o discurso filosófico-jurídico disto se encarregou, nesta primeira fase do Estado moderno.²³

A segunda fase do Estado moderno corresponde àquela em que a

²¹ cf. CASSIRER, Ernest: *A Filosofia do Iluminismo*. São Paulo: Editora da Unicamp, 1997, p. 341.

²² cf. BOBBIO, Norberto: *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone:1995, p. 35.

²³ cf. BONAVIDES, Paulo: *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 106-109.

teoria da soberania, unindo juristas e filósofos, preocupa-se fundamentalmente com a limitação do poder régio. Aqui, a soberania é limitada, mas não perdida. Tal limitação ao poder régio tem como pano de fundo a salvaguarda dos direitos naturais dos indivíduos. Trata-se da perspectiva individualista-liberal. Aqui, como diz Bobbio: “*Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; (...)*”²⁴. A teoria da soberania tem o papel essencial de fixar a legitimidade do poder a partir da limitação ao poder soberano do Estado.

A emergência desta perspectiva teórica corresponde à edificação institucional do Estado representativo. Este emerge com a busca da limitação ao poder régio. Isto ocorre com a implantação da monarquia constitucional na Inglaterra após a morte do ditador puritano Cromwell, restaurada pelos Stuart com a “Revolução Gloriosa” de 1688, como ficou conhecida. Decorrente desta, adveio em 1689 a declaração de direitos do parlamento, com o intuito de por fim aos conflitos entre este e a coroa. Neste contexto, aparece John Locke (1632-1704) como o principal teórico do Estado representativo e suas principais idéias veremos a seguir.

Em o *Segundo Tratado do Governo Civil* de 1690, pode ser encontrada uma justificação para a democracia representativa. Locke percebeu que qualquer governo para se manter precisa de legitimidade. Entretanto, esta só

²⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 60.

pode ser obtida por meio do apoio de um grupo grande de súditos. Desta forma, percebeu que a sociedade não se apresenta homogênea, nela existem grupos mais fortes do que outros, capazes de influenciar no poder constituído. Neste sentido, defender um poder absoluto para a manutenção da ordem social não era mais adequado. Para a obtenção de paz e prosperidade, o momento exigia tolerância para com as diferenças religiosas, dentro do território inglês. Exigia-se, pelo contrário, limitação ao poder real para que tornassem possíveis as liberdades político-religiosas.

Para Locke, o objetivo do governo é o bem dos homens e este não tem realização dentro da tirania. Por conseguinte, a limitação da soberania deve ser o primeiro passo a ser dado pelo homem racional. A limitação ao poder do Estado, consoante dissemos acima sobre a concepção individualista-liberal, funda-se nos direitos naturais do indivíduo, uma vez que este existe antes da sociedade. Nesta linha de argumentação, o indivíduo representa o ponto de partida. Pois, em estado de natureza possui direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade. A sociedade civil só aparece para garantir a efetividade destes direitos, podendo também ser decomposta quando o governante desrespeitar tais direitos.

O Estado também surge aqui de um contrato social. Com a diferença de que este pacto social produz-se sobre o consentimento dos cidadãos, diga-se proprietários. Como homens racionais procuram edificar um governo que tenha por fim realizar o bem de todos, vale salientar, os que têm propriedade, garantindo a efetividade dos seus direitos. Em virtude de tais elementos, o

poder régio deve ser limitado. A perspectiva lockeana constitui um deslocamento da compreensão da soberania, de uma soberania absoluta propõe uma divisão de poderes entre o parlamento e o executivo, entre o legislativo e o monarca constitucional, dividindo o "Leviatã" em dois. Assim, Locke torna-se conhecido como construtor do chamado Estado liberal-burguês.²⁵

A Inglaterra produziu Locke e a França vai produzir Montesquieu (1689-1755), teórico da limitação do poder estatal, mais conhecido como o formulador da teoria dos três poderes, princípio constitucional que até o presente momento funciona como um dos pilares do Estado de direito, aparecido em seu livro *O Espírito das Leis* de 1748. Montesquieu em seus estudos preocupou-se com os fatores da decadência das monarquias, com os conflitos que abalaram seu equilíbrio e com os mecanismos que tornaram possível sua estabilidade, denominados por ele através da noção de moderação. Assim, os mecanismos de moderação podem ser encontrados em sua tipologia sobre os governos, como também na teoria dos três poderes.²⁶

Sabemos que deu contribuições importantes como o conceito de lei científica acolhida pelas ciências humanas, a tipologia dos governos, todavia, a que nos interessa mais de perto refere-se à teoria dos três poderes. Para

²⁵ cf. CROSSMAN, R.H.S.: *Biografia do Estado Moderno*. São Paulo: LECH, 1980, pp. 55-60.

²⁶ cf. ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon: "Montesquieu: Sociedade e Poder". In WEFFORT, Francisco C. (Org.): *Os Clássicos da Política*. Vol. 1. São Paulo: Ática, 1993, p. 114.

Montesquieu, só a monarquia se constituía no governo do presente. Porque, primeiro, o despotismo leva a auto-destruição, segundo, a república tornou-se um regime do passado, tendo em vista que no momento histórico atual a diversidade dos povos impossibilita que a virtude dos cidadãos prospere. Neste sentido, só a monarquia através de suas instituições pode conter os impulsos da autoridade executiva, por conseguinte, essa capacidade de conter o poder, que só outro poder detém, representa a pedra de toque que conduz à moderação dos governos monárquicos.

De fato, o que Montesquieu procura construir é o mecanismo que confere estabilidade à monarquia. Se na monarquia feudal a nobreza se constituía no elemento que produzia o mecanismo de moderação, agora, na monarquia constitucional se deveria descobrir quem exerceria tal moderação e pô-lo em seu lugar. Neste contexto, vai à Inglaterra, por ter sido o primeiro país a implantar a monarquia constitucional, estudar as bases constitucionais da liberdade, se encaminha para estudar a estrutura bicameral do Parlamento britânico e as funções dos três poderes: executivo, legislativo e judiciário.²⁷

Entretanto, o poder do Estado não se divide, apenas as funções deixam de ser concentradas numa só, como no *Leviatã*. Locke divide este em dois e Montesquieu em três. O que este último autor traz de inovador aqui é que cada função passou a corresponder a um órgão próprio que, autônoma e independentemente, a levaria a efeito. Pois o poder político soberano é uno e

²⁷ cf. ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon: "Montesquieu: Sociedade e Poder". In WEFFORT, Francisco C. (Org.): *Os Clássicos da Política*. Vol. 1. São Paulo: Ática, 1993, pp. 118-119.

indivisível, sua idéia consiste em construir um mecanismo de moderação, ou seja, de equilíbrio e controle mútuo entre os três órgãos: legislativo, executivo e judiciário. Desta forma, as idéias de Locke e Montesquieu foram levadas a efeito tanto nos Estados Unidos de onde surgiu o presidencialismo, como na França com a Revolução Francesa. Estamos aqui desenhando os fundamentos teóricos do monismo jurídico estatal, mostrando como seus pressupostos foram sendo inventados historicamente, sustentado pela teoria da soberania.

Cada autor que formula uma teoria da soberania, conforme vimos acompanhando, procura legitimar o direito do soberano de exigir conduta e o dever da obediência civil, como também pretende definir quem detém originariamente este direito. Desde a postulação do poder político absoluto até a limitação do poder do Estado tem sido assim. E com Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) temos a concepção democrático-burguesa de Estado. Chegando Adeodato a dizer que Rousseau *"é o apóstolo da soberania por excelência, (...) o primeiro a afirmar que o fundamento de qualquer poder político é a Vontade Geral, cujo suporte formal é o Contrato Social"*.²⁸

Para Rousseau o instinto de rapina não tem lugar no estado de natureza. Percebe-se, então, que ele constrói uma outra leitura sobre a natureza humana, pois esta em estado de natureza não caracteriza-se pela sua capacidade de oprimir o outro pela violência, mas antes, sua tendência é ignorar o outro. Aqui

²⁸ ADEODATO, João Mauricio: *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 46.

não há equilíbrio entre o interesse individual e o interesse social ou comum, ambos se excluem. Diferentemente de uma leitura religiosa, o homem em estado de natureza não se apresenta egoísta, ele é livre e igual. Também em Rousseau não cabe à civilização torná-lo racional para viver em sociedade.²⁹

Pelo contrário, a civilização e suas exigências modificaram a natureza do homem primitivo, agora para pior. O Estado nasce do contrato social, porém em nova versão. Repudia o Leviatã hobbesiano porque uma autoridade que para se manter enquanto tal submete os indivíduos a partir de uma coerção exterior, não tem valor moral. Rousseau discorda do governo civil proposto por Locke, apontando uma vinculação entre este governo civil e o grupo de proprietários denominados cidadãos, que limitam o poder do Estado em razão dos seus direitos naturais.

A construção de Rousseau constitui um deslocamento na compreensão da soberania. Pois a Vontade Geral é que é soberana, o povo tem a soberania, a comunidade como um todo e desta cada indivíduo toma parte. Para ele, uma autoridade tem valor moral quando os indivíduos a ela se submetem, antes que ela os submeta. Nenhuma unidade jamais será conseguida pela coerção exterior, deve ela basear-se na liberdade.

Neste sentido, Rousseau se contrapõe à monarquia absoluta (representada aqui por Hobbes), à monarquia constitucional (representada aqui por Locke) e à divisão de poderes de Montesquieu. A soberania não pode

²⁹ CASSIRER, Ernest: *A Filosofia do Iluminismo*. São Paulo: Ed. UNICAMP, 1997, p. 345.

pertencer a uma instituição, ela não sai das mãos do povo, portanto não pode ser representada. Pois, para este autor, a verdadeira liberdade consiste em estabelecer leis oriundas de uma vontade comum. Livre é o homem governado por uma lei que ele mesmo se colocou. Desta forma, acaba a separação entre sociedade civil e Estado e a soberania cabe à Vontade Geral. Instaura a idéia de um Estado democrático, nele todos têm participação política. Homogeneiza a sociedade em razão de um sentimento comum que ele acredita existir.³⁰

Para isto ocorrer precisaria como que suspender a vontade individual, deixá-la ser invadida por uma vontade comum, por uma Vontade Geral que passa a recobrir todo o espaço da vontade individual. Isto significa que a vontade individual só tem existência e querer no interior da Vontade Geral. Nesta relação, o particular só se realiza no universal, a vontade individual na Vontade Geral, em que o social coloniza e determina a vontade individual. Aqui, a liberdade do indivíduo tem sentido apenas enquanto relacionada com a liberdade dos outros. Assim, liberdade e lei se relacionam. A liberdade torna-se verdadeira se as condutas dos indivíduos se adequarem às leis que eles mesmos se impuseram. Portanto, livre é o indivíduo que age em conformidade com uma lei produto de sua vontade, tornada Vontade Geral. Então, o Estado e o direito são produtos da Vontade Geral. A seguir, veremos os pressupostos epistemológicos do monismo jurídico estatal.

³⁰ cf. CROSSMAN, R. H. S.: *Biografia do Estado Moderno*. São Paulo: LECH, 1980. PP. 83-87.

1.3 Pressupostos epistemológicos do monismo jurídico estatal.

Os fundamentos filosófico-jurídicos vão se desenhando e servindo de base para, de um lado, o processo de independência dos Estados Unidos em relação à Inglaterra e, de outro, a Revolução Francesa, ambos em fins do século XVIII. Neste sentido, instauradas as democracias burguesas institucionalmente, as Declarações de Direitos delas oriundas, primeiro na Inglaterra em 1689, depois nos Estados Unidos em 1776 e na França em 1789, tornaram possível a estruturação e a consolidação da legalidade estatal burguesa, com as primeiras Constituições dos Estados-nação e no início do século XIX com as primeiras codificações, sendo o Código Civil de Napoleão o mais conhecido.

Tem-se, então, um aparato político-institucional, o Estado moderno denominado de "Estado de Direito", baseado na soberania popular, na supremacia constitucional, na divisão de poderes, na representação política e na positivação dos direitos civis e políticos. A edificação de um aparato político-institucional composto por tais elementos constitui a moderna organização estatal de poder. Tais elementos unidos compõem o que se convencionou chamar de monismo jurídico estatal, o qual estamos procurando montar para demonstrar como ele se caracteriza como uma ruptura, como um desencaixe quando relacionado ao pluralismo de direitos locais da sociedade tradicional.

Produziu-se o que vem a ser chamado de monismo jurídico estatal, caracterizado da seguinte forma: estatalidade, unicidade, positivação e racionalização. Pode-se assim começar a fazer sua montagem a partir dos seus pressupostos epistemológicos. A estatalidade do direito constitui sua primeira nota, o direito torna-se produto exclusivo do Estado, não negando outras fontes de produção, mas o Estado tem o poder de dizer o direito em última instância, permitindo até os costumes jurídicos que não colidam com os planos e alternativas que foram privilegiados.³¹ Institucionaliza-se a tese do direito único, o estado moderno atribui competência a um dos seus poderes para produzir o direito (Poder Legislativo) e competência a outro para julgar todos os conflitos jurídicos da sociedade, retirando do particular a possibilidade de fazer justiça pelas próprias mãos (Poder Judiciário), segundo as normas gerais e abstratas produzidas pela instância competente, válidas em todo território nacional.

O fato de o Estado pôr o Direito de forma escrita, tornando-o do conhecimento de todos através da lei, propicia mais certeza e segurança aos cidadãos, isto segundo as justificativas dos que defendem esta forma de expressão do direito. Neste caso, o fato de o Estado positivar determinada alternativa dentre outras, somado a um procedimento autônomo de criação do direito já prescrito pelo próprio ordenamento estatal, constitui o que se pode chamar de positivação do direito.

³¹ ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forensc. 1989. p. 53.

Já a racionalização aparece aqui como um quarto pressuposto epistemológico do monismo jurídico estatal. Esta se refere ao processo de racionalização moderno, racionalidade formal que marca o direito por meio de um procedimento organizado no processo de sua produção. Tal característica será melhor trabalhada quando passarmos a discutir Weber, sociólogo da passagem do século que melhor descreveu este processo crescente de racionalização no ocidente moderno, mostrando, inclusive, como se caracterizou na esfera política e na ordem jurídica.³²

1.4 A crítica marxiana do Estado e do direito modernos.

Com Karl Marx (1818-1883) temos uma outra leitura do Estado, de fato, uma alternativa crítica à leitura burguesa do Estado, de sua concepção liberal e democrática. Trata-se de uma crítica radical ao denominado "Estado de Direito" burguês, montada, por seu turno, na demonstração da falsa universalidade dos direitos, efetivamente exercidos pela classe burguesa no poder.

Esta crítica tem seus começos logo após a Revolução Francesa, conduzida pelo Socialismo Utópico que denuncia a falsa generalidade da liberdade e da igualdade jurídicas, por aquela instituídas. Para esta corrente

³² cf. ADEODATO, João Mauricio: *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 54-55 e ainda WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 53-56.

Historicamente, Marx vai desenhando os sujeitos desse conflito. Em Roma podem-se encontrar patrícios, cavaleiros, plebeus, escravos; já na Idade Média aponta os senhores feudais, os vassallos, os mestres, os oficiais e os servos; e dentro de cada classe, ainda, uma subdivisão. Só que na sociedade burguesa moderna, edificada sobre as ruínas da sociedade feudal, este conflito não desapareceu, mas antes, produziu novos sujeitos e novas formas de luta. Modernamente, o que ocorreu foi uma simplificação dos conflitos de classe, estes foram reduzidos a dois pólos dicotômicos: burguesia e proletariado.

Aponta que a sociedade moderna foi sendo forjada a partir de várias transformações: o desenvolvimento da circunavegação, descoberta de novas terras colonizadas pelos europeus, responsáveis pela ampliação dos mercados, aumento das necessidades e superação da antiga organização feudal da indústria. Chegou um momento que a manufatura não era suficiente, só o vapor e a maquinaria superaram a manufatura e revolucionaram a produção industrial, isto fez com que a pequena burguesia industrial fosse superada pelos grandes burgueses modernos.

O mercado mundializou-se, possibilitado pelo descobrimento da América, a burguesia cresceu com a acumulação de capitais e superou as classes dominantes oriundas da Idade Média. Tornou-se uma classe revolucionária, produzida ao longo de um processo histórico, transformando permanentemente as forças produtivas. Assim é que a cada etapa do capitalismo corresponderam determinadas relações sociais de produção,

sustentadas, por seu turno, por uma organização política e jurídica que a elas se adequou. Depreende-se que a burguesia, desde a criação da grande indústria e da mundialização do mercado, conquistou também a soberania política, na fase do Estado representativo moderno.

Assim é que Marx no século XIX diz que o governo desse Estado “*não é senão um comitê para gerir os negócios comuns de toda a classe burguesa*”.³⁴ A burguesia destruiu os privilégios da nobreza, onde ela assumiu o poder político. Destruiu as relações sociais que sustentavam a antiga sociedade feudal, estendeu seus tentáculos com a internacionalização do mercado, universalizou instituições e práticas sociais a partir de sua própria imagem. Este se constitui no processo de desencaixe do qual temos tratado aqui, como globalização das relações sociais. O modelo de Estado-nação saído da Revolução Francesa, sustentado por uma soberania popular em que o direito tem como fundamento a Vontade Geral da nação, é exportado para os lugares onde a burguesia consegue conquistar novos mercados. O tempo-espaço separam-se e o espaço-lugar também. Tornam-se abstratos quando universalizam-se e desprendem-se dos tempo-espacos locais, descontextualizando-se. Isto ocorre, como podemos perceber aqui, com o direito, na modernidade.

Vejamos o que diz Marx a este respeito:

³⁴ MARX, Karl e ENGELS, Frederico. *Manifesto Comunista*. São Paulo: CHED, 1982, p. 10.

"a burguesia suprime cada vez mais a dispersão dos meios de produção, da propriedade e da população. Aglomerou as populações, centralizou os meios de produção e concentrou a propriedade em poucas mãos. A consequência necessária dessas transformações foi a centralização política. Províncias independentes, apenas ligadas por débeis laços federativos, possuindo interesses, leis, governos e tarifas aduaneiras diferentes, foram reunidas em uma só nação, com um só governo, uma só lei, um só interesse nacional de classe, uma só barreira alfandegária".³⁵

Aqui fica muito claro que Marx pensa o Estado e o direito como determinados por um conjunto de relações econômicas que estão em suas bases. Cada Estado historicamente datado correspondeu a uma teia de relações sociais de produção determinadas, a cada modo de produção correspondeu uma base constituída por relações econômicas que determinou uma superestrutura jurídica e política que as sustentou. Neste sentido, o Estado não paira como algo neutro sobre a sociedade civil, nesta leitura, existe uma relação de determinação entre a base econômica e a superestrutura jurídica e política. Portanto, nesta maneira de ver as coisas, o Estado e o direito possuem uma natureza de classe. Esta foi a denúncia feita por Marx do Estado capitalista. Apontou que a sociedade capitalista também era transitória, como o foram a sociedade antiga e a medieval. Constituiu o proletariado enquanto sujeito histórico que tinha a missão de fazer a Revolução, de realizar a passagem da sociedade capitalista à sociedade comunista, passando antes

³⁵ MARX, Karl e ENGELS, Frederico. *Manifesto Comunista*. São Paulo: CHED. 1982. p. 14.

por um período de transição por ele denominado de Ditadura do Proletariado.³⁶ Todavia, esta não se constituiu em uma perspectiva que alcançou universalidade em suas materializações institucionais.

³⁶ cf. MARX, Karl. "Crítica ao Programa de Gotha". In MARX, Karl e ENGELS, Frederico: *Obras Escolhidas*. Vol. 2. São Paulo: Alfa-Omega. p. 221.

CAPÍTULO II - O direito e o Estado na passagem do século XIX para o século XX: a construção dos seus pressupostos.

2.1. A codificação do direito e as idéias iluministas de universalidade e progresso.

No século XIX, o Estado Liberal converte-se em Estado Constitucional, buscando a garantia da liberdade do indivíduo por meio do não constrangimento. Isto significa a realização da luta contra o absolutismo de Estado. Assim sendo, tal formulação procura passar a idéia de que através da não intervenção se pode garantir o bem comum, possibilitando uma maior realização no campo econômico. Tratava-se de uma "mão invisível" que regulava a economia, esta seria regida por leis naturais, isto afastaria qualquer tentativa de regulação por parte do Estado.

O que norteia a atuação do Estado Liberal é a idéia segundo a qual o indivíduo é livre para atuar e efetivar suas escolhas básicas. O Estado passa por neutro em sua ação política, porque não interfere nas esferas religiosa, moral, cultural, econômica etc. Vimos, apenas apontando para uma outra possibilidade de olhar, que tais esferas fazem parte do controle do Estado, pois através delas, a ideologia dominante pode ser reproduzida. Já aqui, com a leitura liberal, produz-se a idéia de um Estado mínimo, sua atuação restringe-se à: organização do poder militar para garantir a soberania externa, manter a ordem social, a paz nas relações sociais através do aparato policial e

do Poder Judiciário cuja função consiste na resolução de conflitos mediante a aplicação do direito.

O direito aqui já é o direito codificado. As codificações se constituem no resultado do projeto de unificação legal que tem na sua base o Estado-nação liberal. Neste, especifica-se um órgão com competência exclusiva para objetivar a Vontade Geral de toda a Nação, conforme já vimos. Isto do ponto de vista institucional. Já no que concerne ao aspecto filosófico, as idéias iluministas de universalidade e de progresso, estão na base do processo de codificação do direito, iniciado em 1804 com o Código Civil de Napoleão, como ficou conhecido.

Trata-se do processo de “desencantamento” do direito. Ele perde o seu caráter religioso e seculariza-se. Este torna-se produção humana e o Estado, ao lado do monopólio da violência física legítima, arvora-se também detentor do monopólio da produção do direito. Foi da observação destas características que Weber, mais tarde, veio apontar, como veremos, para um crescente processo de racionalização na esfera jurídica, marcando a produção do direito com uma racionalidade formal, referente a fins e a valores.

Decorrente deste contexto, o direito é codificado por meio de uma unificação legal em que o direito torna-se escrito e expresso através da lei. Esta assume um caráter de generalidade e impessoalidade, positivando a igualdade de todos perante a lei, abstraídas as críticas já feitas quando

tratamos da perspectiva marxiana. Todavia, a idéia de progresso também perpassa o pensamento jurídico no século XIX.

A partir do momento em que o Estado toma para si o monopólio da produção do direito reduz este à lei, por conseguinte, esta torna-se a fonte privilegiada do direito. Neste sentido, o progresso consiste na passagem do costume à lei como principal fonte do direito. O costume era uma produção espontânea direta da sociedade, tinha um caráter particular e não atendia às exigências da racionalidade já incorporada à produção do direito. Por isso, foi deixado para trás, como algo que pertence ao passado.

Por seu turno, a lei tinha o condão de acabar com a multiplicidade de direitos vigindo em um mesmo espaço social, construindo um sistema único válido para todas as pessoas de um mesmo território. Trazia segurança e certeza por ser escrita, quesitos exigidos numa sociedade capitalista, em que a livre iniciativa representa a principal nota.³⁷

Vemos aqui claramente a descontinuidade histórica, o desencaixe se visualiza com a descontextualização do direito, na passagem de um direito costumeiro, preso a relações sociais locais, a um direito-lei, separado do tempo-espaço concretos, locais, produzindo uma temporalidade e uma

³⁷ cf. SALDANHA, Nelson: *O Estado moderno e o Constitucionalismo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, pp. 73-76; REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 412-414; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 32.

espacialidade abstratas, regulador de relações sociais globais e que se reencaixa no local reestruturando-o. E ainda, o caráter reflexivo do direito, pois o direito-lei incorpora a idéia de que trata-se de uma produção humana, sujeito a mudanças e que, de fato, com a radical e reiterada revisão da convenção social, ele muda.

Tais idéias decretam, por conseguinte, a secundarização dos usos e costumes, apesar de representarem uma aproximação, qual seja: a de expressar mais proximamente, as aspirações de um povo. Por terem um caráter particular, seus comandos produziam insegurança e incerteza, em um mundo que se unificava. A idéia era a de que o Código Civil, produzindo a unificação legal, poria fim aos conflitos de normas costumeiras. Pois tal Código consistiria em um corpo harmônico e lógico de preceitos, elaborados racionalmente, em que todos os conflitos surgidos na vida social teriam nele respostas. Assim sendo, constata-se no direito a transposição das ciências naturais da idéia científica de previsão.

Portanto, verificamos que a linha de pensamento vencedora fora a de Locke e Montesquieu, ficando preservada a idéia rousseuniana de que a lei é expressão da Vontade Geral. Conforme já apontamos, a vontade do legislador seria expressão da Vontade Geral. Desta forma, os juristas se impuseram a tarefa de interpretar os códigos de maneira autêntica. Construiu-se uma crença de que unificando a produção legislativa, todo o direito de uma sociedade caberia em um Código. Uma outra crença elaborada pelo ideário iluminista seria a de que este Código apresentaria solução para todos os conflitos

preocupados em justificar a soberania do poder político estatal; 2) segue com a dimensão institucional do Estado que ia sendo produzido, seguindo a linha da racionalização crescente emergente no ocidente moderno; 3) os pressupostos epistemológicos do monismo jurídico estatal, produzido pela interação destes elementos que estão sendo expostos; 4) as Revoluções “demo-liberais” como nos fala Saldanha e as Declarações de Direitos que delas resultaram; 5) para em seguida, o projeto da codificação do direito ser posto em prática, com a conseqüente unificação da produção legislativa. Da interação de todos estes elementos, temos no século XIX os começos de uma elaboração teórica que tem a finalidade de constituir a ciência do direito, paralelamente ao clima do surgimento das ciências humanas que tomaram por base, em um primeiro momento, os pressupostos das ciências naturais, pois eram os únicos referenciais consolidados existentes.

Assim sendo, surge na França a chamada Escola da Exegese, primeira a aparecer no século XIX, após a codificação. Caracteriza-se pela técnica proposta pelos seus primeiros teóricos, quando cuidaram do estudo e da exposição do Código Civil de Napoleão. Seu objeto de estudo era a regra jurídica posta pelo legislador e seu método consistia na elaboração de um conjunto de regras de interpretação determinado que permitia ao jurista desvelar o verdadeiro direito contido na lei, ou seja, objetivar a vontade do legislador.

Portanto, a interpretação exegética consistia no comentário, artigo por artigo, do Código, segundo a disposição da matéria já feita pelo legislador. A

história desta Escola, segundo Bobbio, pode ser apresentada em três etapas: surgimento, apogeu e decadência, se estendendo de 1804 até próximo do final do século XIX. Pode-se caracterizar esta Escola a partir de cinco pressupostos. Em primeiro lugar, cuida-se da inversão das relações entre direito natural e direito positivo. Tradicionalmente, se julgava a validade do direito positivo em razão de sua adequação aos princípios do direito natural, tanto em sua versão medieval teológica quanto em sua versão moderna antropológica.³⁹ Operou-se com a Escola da Exegese uma inversão. Chegou-se a afirmar que o direito natural seria mais importante quanto mais fosse positivado pelo Estado. Em segundo lugar, fortalece-se com a Escola da Exegese o dogma da onipotência do legislador, isto é, a tese da estatalidade do direito, ou ainda, o monopólio do Estado na produção do direito. Em terceiro lugar, com este monopólio, define-se que a tarefa do jurista consiste na determinação da vontade do legislador, real ou presumida, exigindo-se esta última técnica quando da obscuridade da lei. Em quarto lugar, dentro deste contexto, emerge a seguinte equação: direito=lei. O direito confunde-se com a lei escrita, daí tem desenvolvimento o que ficou conhecido como "fetichismo da lei". Por último, este fetichismo acentua o papel preponderante do legislador na produção do direito, mantendo um princípio que, com o advento do

³⁹ cf. ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. pp. 29-52.

fundamento racional e empiricamente comprovado do conhecimento científico moderno, de há muito foi abolido: o princípio da autoridade.⁴⁰

Como correspondente a esta Escola, surge na Alemanha a Escola Pandectista na primeira metade do século XIX. Dizemos que a Escola Pandectista é simétrica com relação à Escola da Exegese porque também assume ou compartilha com ela uma posição de estrito legalismo. Aqui, o direito se oferecia como um corpo de regras posto pelo Estado, baseado no direito romano, mesmo que a codificação viesse a se efetivar, neste país, em 1900. Todavia, cabe ressaltar que, inobstante a orientação Pandectista fosse, em sua base, legalista, seus pressupostos diferenciavam-se dos da Exegese. Porque cuida-se de um ambiente histórico-social diferenciado, levando-se em conta a singularidade do desenvolvimento histórico alemão, bem como a influência da Escola Histórica do Direito. A Escola Pandectista tem por base a denominada Escola Histórica do Direito, emergente na Alemanha em fins do século XVIII e início do século XIX, cujo maior representante foi Savigny (1779-1861). Entretanto, o que se pode caracterizar como elemento em comum entre estas duas escolas alemãs é a crítica radical do direito natural. Por outro lado, diferenciam-se porque a Escola Histórica representada por Savigny, defendia a não codificação do direito na Alemanha, naquele momento histórico. Saindo na frente desta discussão, Savigny estabeleceu uma polêmica com o jurista Thibaut (1772-1840), em 1814, que ficou conhecida. O primeiro defendendo o

⁴⁰ cf. BOBBIO, Norberto: *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 83-89.

se vinculam outros conceitos de igual ordem. Conforme veremos a seguir, tais modificações implementadas na teoria do direito fazem parte das exigências de adequação do modelo jurídico à realidade social que ganha novos contornos constantemente.⁴²

Diante de tais condições, cabe-nos definir os elementos que constituem o direito dogmático moderno, entendido como o "*direito estatal contemporâneo por excelência, aquele representado pela lei, pela jurisprudência, pelos contratos lícitos etc.*" ou ainda, conforme o mesmo autor, o direito dogmático pode ser caracterizado "*como um direito legalmente organizado que toma por base a pretensão, por parte do Estado, de monopólio na produção e legitimação das normas jurídicas, dentro de determinada circunscrição territorial*".⁴³

O primeiro elemento refere-se à "inegabilidade dos pontos de partida". Isto significa que quem pretender argumentar em direito, deverá partir de uma norma jurídica posta pelo Estado, pois esta representa o dogma desta espécie de direito. O que se pretende dizer aqui é que, em se tratando de direito dogmático, o argumento não se sustenta só porque é racional, tem um conteúdo ontológico de justiça previamente definido, ou porque lastreia-se em conhecimento científico empiricamente comprovado. Trata-se de saber se o

⁴² cf. BOBBIO, Norberto: *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, pp. 121-122; ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, pp. 58-60.

⁴³ ADEODATO, João Maurício: "Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica". *Revista da ESMape*, A. 1. Recife: ESMape. 1996, pp. 275-276.

argumento possui validade, se toma por base uma norma do sistema. Não cabendo confundir validade com a veracidade ou a falsidade deste argumento, pois a validade é tão-só formal, segue regras definidas pelo próprio sistema. Enquanto que a verificação da veracidade ou falsidade do argumento se exigiria caso precisasse buscar uma correspondência entre este e a realidade fática.

O segundo elemento diz respeito à necessidade de interpretar tais normas do sistema jurídico. O terceiro trata da proibição do *non liquet* ou a obrigatoriedade de decidir, decorrente do monopólio do Estado na produção do direito e da distribuição da justiça. Portanto, obriga-se o Estado a decidir tudo que for considerado juridicamente relevante, não podendo o juiz alegar obscuridade da lei ou carência de elementos para formar sua convicção. Em quarto lugar, cuida-se do problema da legitimidade, precisa-se justificar por que se deve obedecer a uma norma jurídica geral, à lei ou a uma individual, a decisão judicial. Este constitui-se também em um ponto crucial a ser elucidado pela teoria jurídica. Em resumo, estes representam os elementos constituintes do direito dogmático moderno.⁴⁴ A seguir, trataremos do Estado na passagem do século XIX para o século XX, à luz do pensamento de Max Weber. Pois este autor descreve o Estado moderno consolidando o monopólio da violência física legítima e a exclusividade da produção do direito.

⁴⁴ cf. ADEODATO, João Maurício: "Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica". *Revista da ESMape*, A.1. Recife: ESMape, 1996, pp. 275-276; ADEODATO, João Maurício: "Modernidade e Direito". *Revista da ESMape*, V. 2, n. 6. Recife: ESMape, 1997, pp. 266-270.

2.3. Max Weber e o Estado como monopólio da violência física legítima.

Neste contexto, Max Weber (1864-1920) desponta com uma descrição que caracteriza o processo de racionalização crescente do ocidente moderno, particularmente, no que se refere à esfera política. Neste âmbito, o Estado moderno se apresenta como um dos seus principais focos de reflexão. Desta forma, Weber define o Estado como *“uma empresa com caráter de instituição política (...) quando e na medida em que seu quadro administrativo reivindica com êxito o monopólio legítimo da coação física para realizar as ordens vigentes”*.⁴⁵

Para Weber esta caracteriza-se como a nota diferenciadora do Estado moderno com relação a outras formações estatais anteriores: o caráter monopólico da violência física legítima. Este, nas palavras de Weber é o seu meio específico, mas apresenta-se como o último recurso, na medida em que os outros não resolvam. A esta nota definidora outros elementos se alinham como: racionalização do direito que provoca a especialização dos poderes legislativo e judiciário, instituição do aparato policial, burocracia administrativa baseada em regulamentos explícitos, instituição do poder militar em caráter permanente etc.⁴⁶

⁴⁵ WEBER, Max: *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Brasília: UNB, 1994, p. 34.

⁴⁶ cf. FREUND, Julien: *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 159.

Cabe articular as definições que Weber utiliza em sua Sociologia Política: Estado, Poder, Dominação, Vigência de uma Ordem. Assim é que o Estado consiste na manifestação da atividade política que se dá nos limites de um território determinado, entre os que habitam no interior das fronteiras deste, assumindo um comportamento que se orienta significativamente segundo as normas estabelecidas neste território, garantidas pela utilização eventual da força física, na falta de outros meios.

A autoridade política instituída em um território é justificada pelo direito, por isso, Weber utiliza a definição de Dominação para explicar o fato do direito da autoridade política de obter obediência e o dever desta obediência por parte do cidadão. Aqui ele não trabalha com a definição de Poder pelo seu caráter sociologicamente amorfo. Este consiste apenas na utilização da força para obter obediência, já a Dominação acrescenta um elemento denominado de legitimidade, esta suaviza a relação de poder, fazendo com que não se perceba nela a força da coerção. Assim, uma ordem tem vigência quando os seus mandamentos ultrapassam o caráter de mera regularidade, entendendo-se que o seu não cumprimento provoca prejuízos ao grupo social, daí a necessidade de garanti-la.⁴⁷

⁴⁷ cf. WEBER, Max: *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Brasília: UNB, 1994, pp. 19-21 e 139-141.

Para trabalhar a Dominação, Weber cria uma tipologia para expressar com maior clareza as formas de Dominação que podem ser constatadas historicamente. Esta em seu entender, representa a chave da explicação sociológica, pois é através dela que se explica o fenômeno da regularidade das ações sociais. Daí dizer Weber que se podem verificar três tipos de Dominação legítimos: o racional-legal, o tradicional e o carismático. Aqui, interessa-nos mais de perto o primeiro tipo.

A Dominação típica do Estado moderno é a racional-legal, traduzida por uma crença na legalidade, acredita-se na validade dos estatutos estabelecidos por meio de um procedimento racional formal que combina meios para a realização de um fim, como também na legitimidade dos dirigentes escolhidos por critérios definidos em lei. Este tipo de dominação, segundo sua descrição, é mais impessoal. Deste modo, acreditou-se que, na modernidade, as regras, os estatutos garantiriam a impessoalidade pelo seu formalismo e universalidade. Sobretudo após o trabalho de Weber sobre o processo de racionalização crescente no ocidente moderno.

A constatação de Weber é a de que todo direito, seja ele produzido por outorga ou por convenção, tem a sua validade baseada em um procedimento racional com relação a fins ou com relação a valores, ou pelos dois simultaneamente. Neste caso, o direito constitui-se em um conjunto de regras técnicas ou de normas que compõem uma ordem abstrata. Já a justiça, nesta

mesma linha de raciocínio, consiste na adequação de tais regras aos casos particulares.⁴⁸

Aqui Weber está a mostrar a conversão da legitimidade em legalidade. O legítimo tornou-se legal. Conforme aponta Adeodato em *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*, começa a distanciar-se a legitimidade da lei da Vontade Geral, depois de definidas as regras do jogo, o sistema jurídico autonomiza-se e valida-se por si mesmo, não necessitando mais o jurista de interpretar a lei procurando a vontade do legislador que seria a expressão da Vontade Geral, conforme veremos mais a frente como isto fica mais claro com Kelsen.⁴⁹ A seguir, trataremos da crise do legalismo do século XIX, apontando a emergência da perspectiva sociológica do direito.

2.4. A crise do legalismo e a emergência do pensamento sociológico do direito.

As experiências históricas da segunda metade do século XIX e do início do século XX desconfirmaram o conjunto de idéias produzido pelo pensamento iluminista, sobretudo: as idéias de progresso material, de aperfeiçoamento moral do homem e de emancipação da humanidade. Acreditou-se que o

⁴⁸ cf. FREUND, Julien: *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 167.

⁴⁹ ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 61.

aumento da produção trazido pela Revolução Industrial, através do desenvolvimento tecnológico das forças produtivas, traria consigo o progresso material. Pensou-se que com a ampliação em grande escala da produção, ocorreria também uma maior distribuição dos seus produtos, estendendo-se os benefícios a toda população. Entretanto, esta caracteriza a grande contradição da sociedade capitalista, suas crises periódicas são causadas não pela falta, mas antes, pelo excesso dos meios de subsistência, pela superprodução, tal constatação foi feita por Marx. Isto põe em crise a idéia de progresso material.

Acreditou-se também no aperfeiçoamento moral do homem que o conduziria à emancipação, através do conhecimento, da consciência plena, adquirida pelo desvelamento total do mundo, possível pela utilização de sua própria razão. Daí o texto clássico de Kant (1724-1804), *Que é 'Esclarecimento'?*⁵⁰ e a utopia da sociedade comunista de Marx, construída por meio de uma teleologia em sua teoria da história, se constituírem nas crenças modernas de consecução da maioridade do homem e de emancipação da humanidade. Todavia, a razão iluminista desenvolveu apenas sua dimensão formal, instrumental, técnica.

Neste sentido, necessário se faz apontar que a ampliação da produção e o acúmulo de riquezas foram obtidos mediante a exploração da classe

⁵⁰ cf. KANT, Immanuel: "Que é 'Esclarecimento'?" (Orgs.) BUZZI, Arcângelo R & BOFF, Leonardo: *Textos Seletos*. Petrópolis: Vozes, 1974, pp. 100-117.

operária, tornando-se privilégio dos proprietários dos meios de produção, a classe burguesa. Tal fato foi propiciado pela não intervenção do Estado no domínio econômico, pois o ideário iluminista acreditava que o mercado era regido pela lei natural da oferta e da procura. Neste caso, a não intervenção do Estado no domínio econômico permitiu o aprofundamento das desigualdades sociais entre a burguesia e o proletariado. Tal experiência histórica suscitou reflexões críticas por parte de teóricos como Marx e Engels, apontando que a causa desses problemas seria a propriedade privada dos meios de produção, postulando a revolução proletária como meio para a superação da sociedade capitalista. Neste sentido, a contradição entre as idéias iluministas e a realidade social evidenciou-se no impulso desenfreado para o lucro, desmentindo, desta forma, a crença da ilustração no aperfeiçoamento moral do homem. Por outro lado, uma leitura mais conservadora apontou que o problema foi ocasionado por uma falta de regulamentação jurídica da relação entre capital e trabalho.⁵¹

Arrastando, agora, a discussão para o âmbito do direito, temos o seguinte: a crise do legalismo corresponde ao problema da inadequação entre os Códigos jurídicos e a vida social. As rápidas transformações ocorridas entre fins do século XVIII e ao longo do século XIX, aproximadamente entre 1780 e 1860, movidas por fatores diversos como: introdução da máquina a vapor sofisticando as técnicas de produção, aparecimento das grandes indústrias

⁵¹ cf. DURKHEIM, Émile: *Du Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Martins Fontes. 1995. pp. 367-407.

nas cidades européias da Inglaterra e depois da França, muito depois da Alemanha, crescimento da população urbana resultado da emigração do campo para a cidade, emergência do trabalho industrial que engajou homens, mulheres e crianças em longas jornadas de trabalho, conquistas de natureza geográfica etc., contribuíram para o descompasso entre o modelo legal e a vida social. A sociedade industrial produziu modificações inéditas e à medida que se distanciavam do momento da feitura dos Códigos jurídicos, o problema da inadequação se evidenciava.

A partir daí, o abismo entre a lei e os novos conflitos sociais que não encontravam previsão legislativa se ampliava. A lei não dava mais conta, os métodos interpretativos também tornaram-se insuficientes. Onde buscar soluções? Constatava-se que os modelos interpretativos construídos no século passado reforçavam a tese de que o direito positivo estatal não tinha lacunas. Esta era uma das ficções elaboradas pelas Escolas legalistas. Entretanto, diante dos novos acontecimentos, como os citados acima, resultantes de uma nova organização social, agora moderna e cada vez mais complexa, decretava-se a falência daqueles modelos de interpretação.

Neste sentido, como poderia decidir o juiz? De um lado, preso às regras do direito dogmático que exigiam uma decisão judicial a qualquer custo, de outro lado, as insuficiências das legislações vigentes. Poderia suspender a decisão e ficar no aguardo de uma nova norma expedida pelo poder legislativo? Diz-nos Reale que dois caminhos foram abertos para a solução de tais problemas. Um, intensificou o trabalho de produção de novas técnicas de

interpretação. Outro, apontou para uma forte atividade de crítica à insuficiência dos modelos existentes. O objetivo aqui era abalar e modificar as bases da própria teoria do direito.⁵²

A intensificação da elaboração de novas técnicas, proporcionou o abandono da técnica que exigia do intérprete a procura pela intenção presumida do legislador, o “como se” fosse a intenção do legislador no momento da elaboração da lei, quando houvesse obscuridade desta. Isto significava que os modelos de interpretação gramatical e lógico-sistemático não davam mais conta diante das mudanças ocorridas, tendo-se instaurado uma distância muito grande entre a lei e o mundo social.

A influência da Escola da Exegese sobre a Escola Histórica do Direito conduziu à formalização do historicismo. Isto proporcionou um deslocamento metodológico, criou-se um outro modelo de interpretação, denominado histórico-evolutivo, segundo o qual deve-se atualizar a lei. Isto é, interpretá-la segundo a intenção que o legislador teria se estivesse vivendo em nosso tempo. Ocorre, portanto, uma inversão quando comparado tal modelo ao da Escola da Exegese. Esta dizia que a tarefa do jurista se constituiria em revelar a vontade do legislador, pois assim expressaria o conteúdo da Vontade Geral. Representava uma perspectiva objetivista. Já o modelo de interpretação histórico-evolutivo, cujo objetivo era atualizar a lei, ou seja, determinar que intenção teria o legislador caso vivesse em nosso tempo, apresentava-se como

⁵² cf. REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 426-427.

subjetivista. Pois percebeu-se que apontar a intenção do legislador em nossos dias, tomando como referência uma lei criada muitos anos antes, nada mais representa do que caracterizar a intenção do próprio intérprete, com toda a sua carga de valores.⁵³ O que mesmo assim não solucionou o problema, pois qualquer modelo construído sempre entrará em desacordo com o mundo das relações sociais em constante movimento.

Do outro lado, abriu-se um outro caminho que, através das rachaduras e alterações na teoria do direito, engendrou uma nova perspectiva teórica. O lastro empírico que sustentava tal movimento se constituía na crescente inadequação entre os Códigos e os fatos sociais. Logo verificou-se também a insuficiência do modelo histórico-evolutivo diante de casos ainda não previstos pelo legislador. Portanto, nem a sofisticação dos artifícios interpretativos bastaram.

Neste momento, emergiu por dentro da teoria do direito em fins do século XIX e no início do século XX, um movimento que passou a ser conhecido como Livre Pesquisa do Direito ou Movimento do Direito Livre. Nada mais é do que o surgimento da sociologia do direito feita por juristas, paralela a uma sociologia do direito feita por sociólogos, como veremos mais detalhadamente no próximo capítulo.

Ambas com propósitos imediatos diferenciados. Os juristas inconformados com as insuficiências do legalismo, percebendo a inadequação entre a lei e o mundo das relações sociais, constatavam que as leis não

⁵³ cf. REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 429.

representavam as regras de conduta realmente vividas, as que brotavam diretamente das relações sociais. Desta forma, salientavam com mais ênfase a dimensão fática do direito. Temos assim, Gény (1861-1938) na França, Ehrlich (1862-1922) na Alemanha, Cardozo (1870-1938) e Pound (1870-1964) nos Estados Unidos, e ainda os norte-americanos neo-realistas como Jerome Frank e Karl Llewellyn (estes autores norte-americanos fazem parte do chamado realismo jurídico, outra vertente do positivismo jurídico, como o são o legalismo e o normativismo, mas que aqui deles não cuidaremos).

Costuma-se apresentar os pensamentos de Gény e Ehrlich vinculados ao problema referente à interpretação da lei, no que concerne à função do juiz no preenchimento das lacunas encontradas no direito legislado. Conforme apresentamos acima emergiu um movimento denominado de Movimento do Direito Livre, destinado a abalar e alterar as bases teóricas da teoria do direito. Tal movimento teve desenvolvimento a partir das insatisfações que sentiam alguns juristas com as insuficiências dos modelos interpretativos e com o abismo cada vez mais evidente entre a lei e o mundo dos fatos sociais. A esta nova perspectiva teórica costuma-se vincular os pensamentos de Gény e de Ehrlich. E, de fato, se vinculam. Todavia, queremos afirmar aqui que este se constitui em apenas um dos aspectos deste movimento crítico do início do século. Sua abertura para uma abordagem sociológica do direito a partir dos pressupostos da sociologia nascente, representa ponto de crucial importância e a este nós daremos mais ênfase, pela maior vinculação com o trabalho aqui desenvolvido. Porque trata-se da inauguração do questionamento sobre a

exclusividade da produção do direito por parte do Estado, a partir de um viés sociológico. Tal questionamento vem a significar a verificação, por parte dos sociólogos do direito, da existência de outros direitos positivos, produzidos por outros agrupamentos que não o do Estado. Cuida-se da emergência do debate sobre o pluralismo jurídico. Conforme já falamos, iniciaremos esta discussão no próximo capítulo, mas será melhor desenvolvida no quarto capítulo.

Voltemos ao ponto que deixamos. Seguiremos aqui a leitura tradicional feita por Reale sobre o Movimento do Direito Livre. Diz-nos este autor que a partir de Gény, abrem-se várias perspectivas. Defendia Gény que a lei deveria ser interpretada buscando-se a vontade do legislador. Neste sentido, diante da impossibilidade de, em fins do século XIX, manter-se esta postura, deveria-se admitir que no direito positivo estatal existem lacunas. Uma vez admitida a existência destas, tem início um outro trabalho, o de preenchê-las.

Para Gény, existem no direito o "dado" e o "construído". Este se apresenta como o resultado da produção legislativa e que deve se apoiar no "dado". Já este pode ser de ordem material e espiritual. O de ordem material refere-se às normas costumeiras, utilizadas como recurso na ausência da lei. Constata-se que este autor procura dar ao costume a condição de fonte formal, perdida com o advento da norma jurídica posta pelo Estado e tomada como a única fonte legítima do direito, como já visto.

Entretanto, não havendo norma costumeira que possa preencher o vazio da lei, abre-se espaço para que o "dado" de ordem espiritual entre em

cena. Nestas condições, tem vigência a proposta da Livre Pesquisa do Direito, podendo o intérprete recorrer aos elementos do direito natural, tomado aqui enquanto uma realidade moral.⁵⁴ Isto posto, a partir daí desenvolveram-se, ao longo da primeira metade do século XX, produções teóricas diversas, tais como: 1) o realismo jurídico norte-americano, 2) a busca de construir os fundamentos de uma sociologia do direito com objeto e método próprios com Ehrlich, conforme veremos no próximo capítulo, 3) como também emerge nos anos 20 e 30 o normativismo, com a pretensão de tornar o direito uma ciência com objeto e método próprios, com Kelsen.⁵⁵ Do ponto de vista político gestava-se o Estado Social. Assim sendo, a seguir veremos em linhas gerais a emergência do Estado Social e a intensificação da busca da construção de uma ciência do direito pura e a conseqüente crise do paradigma jurídico⁵⁶ dominante: o monismo jurídico estatal.

⁵⁴ cf. REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 431; MORAES FILHO, Evaristo de: *O Problema de uma sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 150-151.

⁵⁵ cf. REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 432.

⁵⁶ cf. KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 218. Trata-se aqui de um Posfácio escrito em 1969, sete anos após ter sido publicado este livro e que compõe a edição por nós citada. Em tal texto diz Kuhn que por paradigma se "(...) indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada (...)"; cf. também SANTOS, Boaventura de Sousa: *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, pp. 132-143, comentários sobre a noção de paradigma kuhniana.

2.5. A emergência concomitante do Estado Social e do normativismo: rumo à crise do paradigma jurídico dominante.

A não realização dos ideais iluministas, a força teórica dos críticos postulando o socialismo científico, articulada com as ações operárias guiadas pela arma da crítica, deu nascimento não à revolução, mas à reforma como modelo de mudança social nos países de capitalismo central e a forma política em que este modelo se cristalizou foi o Estado Social.⁵⁷ Este assumiu a feição de um Estado provedor, passou a intervir nos domínios econômico, social, previdenciário, educacional etc.

Deixar o mercado ser governado por leis naturais, por uma "mão invisível", pela lei natural da oferta e da procura, permitiu a exploração da classe operária pela burguesia industrial. Numa leitura conservadora, a não regulamentação jurídica da relação capital e trabalho ampliou as desigualdades sociais, como dito. A presença do Estado se fazia necessária, pois a atividade civil não cumpriu determinadas tarefas.

A crise econômica provocada pela quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, provocou nos anos 30 recessão, falências, inflação e desemprego, deixando claro que a economia não conduziria ao desenvolvimento da riqueza nacional por meio de suas leis naturais. Tal crise produziu as experiências totalitárias, na Itália e na Alemanha, bem como o racismo de Estado. Por outro

⁵⁷ cf. SANTOS. Boaventura de Sousa: "O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Para um Novo Senso Comum". *Humanidades*. V. 07, n. 03. Brasília: UNB, 1991. p. 269.

lado, a Inglaterra e os Estados Unidos caminham no sentido de uma revisão do papel do Estado na economia.

Nos anos 20 e 30 o Estado precisou intervir para regular a economia, através do direito, procurando produzir estabilidade, diante das crises periódicas, chegando até a tornar-se agente econômico. Atuou na produção e distribuição de bens, sinalizando uma inclinação ao Estado Social. Este movimento se dá na linha do pensamento de John Maynard Keynes(1883-1946), pois este teórico procura vincular eficiência econômica, liberdade individual e justiça social, provocando o denominado revisionismo econômico, pois coloca o Estado como necessário para regular as forças econômicas e as distorções provocadas por um mercado governado por leis naturais.

Assim é que a partir dos anos 40, como diz Bobbio, ocorre uma “multiplicação” ou “proliferação” de direitos, pois aumentou a quantidade de bens merecedores de tutela, foram estendidos direitos a sujeitos diferentes do homem, do indivíduo, como por exemplo a família, as minorias étnicas e religiosas, o direito da natureza a ser respeitada, bem como a passagem do homem genérico ao homem específico fez proliferar os direitos da criança, da mulher, do velho, do doente mental etc.⁵⁸

Tal processo, ocorrido sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, nos países de capitalismo central, provocou um aumento da demanda judiciária

pela efetivação destes direitos ditos sociais. Neste caso, o Estado passa a arcar com os gastos de uma política social em que os indivíduos tornam-se clientes do Estado, dos seus programas e dos bens coletivos por ele fornecidos. O aumento dos conflitos sociais derivados do maior número de direitos tutelados, começou a apontar para o depauperamento de um Poder Judiciário incapacitado institucionalmente para dar conta da demanda. A crise da administração da justiça tem como pano de fundo a chamada crise fiscal do Estado Social e a recorrência a meios informais de resolução de conflitos.⁵⁹

Este momento articula-se ao processo que vem se desenrolando desde o século XIX, ou seja, combina-se com o projeto de cientificidade do direito. Esta pretensão de cientificidade transcorre ao longo da primeira metade do século XX. A emergência do Estado Social é simultânea ao projeto de cientificidade do direito levado a efeito pelo principal representante da Escola de Viena, Hans Kelsen (1881-1973), com sua *Teoria Pura do Direito*.

Este autor é tido pelos juristas como o mais importante e influente filósofo do direito do século XX. Sua produção teórica se estende dos anos 30 aos anos 60. Procurou Kelsen elaborar uma epistemologia e uma dogmática jurídicas. Neste sentido, surge o normativismo como uma forma sofisticada do legalismo, produzido a partir de pressupostos renovados.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. pp. 68-69.

⁵⁹ cf. JUNQUEIRA, Eliane Botelho: *A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993. pp. 75-76.

A contribuição à epistemologia jurídica tem como ponto de partida a produção de regras metodológicas que possibilitassem o conhecimento científico das normas jurídicas. Para tal empreendimento escreve a Teoria Pura do Direito. Aqui sua preocupação consiste em tornar possível uma ciência do direito. Preocupa-se em descrever o direito tal como ele é, deixando a outras áreas do conhecimento dizer como o direito deve ser. Ou seja, procura produzir uma descrição ontológica do direito separando-a de uma axiologia jurídica. Kelsen⁶⁰ centra suas atenções sobre as condições de possibilidade da ciência do direito. Sua pretensão, numa palavra, é a de construir um objeto e um método específicos da ciência jurídica, ou seja, ele busca a autonomia científica deste saber.

A idéia norteadora deste projeto consiste em produzir uma ciência estritamente jurídica, o que implica partir de um âmbito exclusivamente normativo. Portanto, a ciência do direito se apresentaria como uma ciência normativa do direito. Neste sentido, elaborar as condições de possibilidade da ciência do direito significa produzir um conhecimento que proporcione resposta para as indagações: "o que é" e "como é" o direito, tão-só a partir do enfoque jurídico.⁶¹

Entretanto, cabe salientar que a exigência kelseniana se justifica pelo contexto em que foi produzida sua obra. As discussões metodológicas da

⁶⁰ cf. KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1984, pp.07 e 14.

⁶¹ WARAT, Luís Alberto & PÉPE, Albano Marcos Bastos: *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996, pp. 47-49.

passagem do século XIX para o XX traziam em seu interior, de um lado, a crise do legalismo já discutida anteriormente, e, de outro lado, a força do Movimento do Direito Livre, do qual já fizemos referências.⁶² O direito não possuía ainda um objeto e um método estritamente jurídicos. Restava construir uma teoria do conhecimento jurídico, ou seja, uma vez definido que só existia o direito positivo e este só podia ser estatal, circunscreveu-se o objeto da ciência do direito: as normas jurídicas positivas. Agora, como estudá-las? Para isso, o autor em questão elaborou um modelo teórico, a partir do qual tornou possível o conhecimento do conteúdo das normas jurídicas positivas.

Para Kelsen, não interessa estudar nem os fatores presentes na produção da norma, nem tampouco os valores contidos na norma. Seu estudo circunscreveu-se aos elementos necessários para o estabelecimento do conhecimento do direito. Como estava baseado em pressupostos positivistas, sua exigência era a de que o conhecimento científico do direito deveria ser neutro. Deveria se desconsiderar o processo de produção da norma e o processo de sua aplicação, centrando-se no processo do seu conhecimento.⁶³

Além de sua contribuição epistemológica, propôs ainda a construção de uma teoria geral do direito, pois até aquele momento histórico, só existiam dogmáticas jurídicas particulares (civil, penal etc.) e sua intenção consistiu em elaborar categorias conceituais gerais, para que a partir delas o doutrinador, o

⁶² cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: "*Por que ler Kelsen, hoje*". In COELHO, Fábio Ulhoa: *Para Entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1996. pp. 13-20.

⁶³ cf. COELHO, Fábio Ulhoa: *Para Entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1996. pp. 22-23.

cientista do direito pudesse trabalhar com o seu auxílio. Neste sentido, criou o que ele denominou de "monismo jurídico" e sua pureza metodológica. Sua pureza metodológica refere-se ao deslocamento proposto quanto ao olhar. Pois enfatizar o aspecto normativo significa que só a ciência do direito se constitui numa ciência normativa. Aqui percebemos a influência kantiana em Kelsen. Pela separação que Kant estabelece entre o mundo do ser e o mundo do dever ser, o primeiro tratado na *Crítica da Razão Pura* (1781) e o segundo na *Crítica da Razão Prática* (1788), como elementos da mente humana, que compõem o que se pode chamar de a Razão humana. O primeiro consiste no elemento ideativo (entendimento) e o segundo no elemento volitivo (vontade). O primeiro diz respeito ao mundo da natureza, o segundo ao mundo das ações humanas. Dito isto, pode-se dizer que Kant situou o direito e a moral no campo da razão prática como produtos da vontade. Isto é o que Kelsen faz, trata o direito enquanto norma e aponta que esta norma resulta da vontade de uma autoridade competente para produzi-la, o Estado. O seu "monismo jurídico" aponta para uma identificação entre o direito e o Estado, tomados como uma mesma realidade, passando ambos a ser vistos como um conjunto de normas. Chegando alguns autores a afirmar, como Wolkmer que o seu monismo é absoluto, em que se tem a equação: Estado = Direito.⁶⁴

No que concerne ao problema da validade do direito, qual o seu fundamento em Kelsen? Ele procura retirar o seu fundamento de qualquer

⁶⁴ cf. WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 54.

vinculação com a política, a moral, a economia, a história etc. Saindo deste lugar de análise, propõe um outro lugar de validade para as normas jurídicas do sistema. Ele cria a norma hipotética fundamental como fundamento de validade do sistema. Esta norma é suposta, não foi produzida por nenhum ato de vontade de autoridade, ela fecha o sistema. Esta norma não é positiva, mas hipotética, metafísica e prescreve a obediência aos editores da primeira Constituição histórica. De fato, a norma fundamental pode ser: posta, a Constituição e pressuposta, a norma hipotética fundamental. Neste ponto, cabe ressaltar que a validade de uma norma jurídica se vincula a dois elementos: depende da relação que uma norma inferior mantém com uma imediatamente superior, no caso em tela, trata-se da compatibilidade material. O segundo elemento diz respeito à observação das regras para a sua produção, incluindo aqui a produção por uma autoridade competente.⁶⁵

Isto posto, concomitantemente à crise do Estado Social, sua crise fiscal e sua ingovernabilidade, entra em crise também o modelo de direito dominante que se vinha construindo e consolidando-se desde os idos do século XVII, como visto anteriormente. Apontamos acima que a partir dos anos 60 o Estado, ou melhor, o Poder Judiciário, nos países de capitalismo central, não dava mais conta da demanda de litígios ocorrida com a "proliferação" dos chamados direitos sociais. Tal situação provocou um movimento de informalização da justiça, criando-se agências societais para a resolução de conflitos.

⁶⁵ cf. COELHO, Fábio Ulhoa: *Para Entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 40.

Conforme aponta Santos, nos países de capitalismo central, em que a partir da década de sessenta viveu-se a crise do Estado Social, a informalização da justiça se deu sob a regulamentação estatal, neste sentido, a justiça informal nunca deixou de ser oficial. Segundo este autor, a preocupação com a informalização não teve como base a aproximação da justiça dos cidadãos, nem a democratização dela, tornando mais fácil o seu acesso. Mas antes, seu critério foi norteado pela eficácia instrumental. Permearam tal processo a rentabilidade da ação estatal e a estabilização das relações sociais.⁶⁶

Já em países de capitalismo periférico como o Brasil, não se vivenciou a crise do Estado Social, nem os problemas com a administração da justiça, no sentido de o Estado realizar reformas de informalização da justiça, buscando atender com menor custo e com maior rapidez as demandas litigiosas que se avolumaram com a "proliferação" de direitos, como visto. Aqui, a partir dos anos 80, a discussão em torno da democratização da justiça esteve posta na ordem do dia. Tanto nos debates teóricos, como nas pesquisas empíricas. No Brasil, tal problemática emerge apontando um movimento diferenciado. Se nos países de capitalismo central o movimento de informalização ocorre na direção

⁶⁶ cf. SANTOS, Boaventura de Sousa: "O Direito e a Comunidade: As Transformações recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados". In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.) *Direito e Avesso*, Ano II, n. 03, 1983, pp. 139-163; cf. SANTOS, Boaventura de Sousa: "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça". In FARIA, José Eduardo: (Org.) *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, pp. 185-205; cf. SANTOS, Boaventura de Sousa: "O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Para um novo Senso Comum". *Humanidades*, V. 07, n. 03. Brasília: UNB, 1991, p. 274.

da sociedade civil, aqui no Brasil, o movimento é inverso, pois trata-se de uma população historicamente excluída da ordem estatal. E os estudos empíricos apontam para a existência de mecanismos informais, fora do Estado, de resolução de conflitos.⁶⁷

Neste contexto, postula-se a crise teórica e institucional do paradigma jurídico dominante, o monismo jurídico estatal. Porque verifica-se, por um lado, que o monopólio da produção do direito e da violência física legítima constituem-se apenas em uma pretensão. Por outro lado, teoricamente, sustentar que só existe o direito positivo e que este reduz-se ao estatal, conduz a uma contradição diante do que as pesquisas empíricas têm apontado. Desta forma, apontar a crise do paradigma jurídico dominante, significa dizer que o “monismo jurídico” kelseniano não proporciona mais uma leitura adequada do fenômeno do direito. Por isso, postula-se o pluralismo jurídico como novo paradigma, por proporcionar uma melhor leitura do fenômeno do direito, na sociedade contemporânea.

Assinalando esta crise paradigmática podemos citar, neste momento, pelo menos, três autores. Santos lança sua hipótese: aponta que em sociedades cuja homogeneidade é precária, nas sociedades capitalistas, tendo em vista que a diferenciação social se dá a partir de classes sociais em conflito, a situação de pluralismo torna-se suscetível de ocorrer. Assim sendo, as contradições que emergem dessa relação conflituosa, não se reduzem

⁶⁷ JUNQUEIRA, Eliane Botelho: *A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual*. Rio de

apenas à desigualdade econômica. Tais contradições assumem também dimensões sociais, políticas e culturais, podendo daí emergir diferentes configurações jurídicas, produzidas a partir das diversas formas que podem assumir a reprodução da dominação jurídico-política. Como diz o próprio autor, uma das expressões destas diferentes configurações jurídicas consiste:

*"na situação de pluralismo jurídico e tem lugar sempre que as contradições se condensam na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos".*⁶⁸

Por outro lado, aponta Wolkmer que o paradigma do monismo jurídico estatal, a partir dos anos 60 e 70, encontra-se em situação de esgotamento, por não apresentar mais soluções a determinados problemas surgidos neste contexto histórico. Tanto do ponto de vista institucional quanto do ponto de vista epistemológico o monismo jurídico estatal acha-se em crise. No marco desta crise, afirma que o fato de não oferecer mais respostas satisfatórias indica a impossibilidade de se manter a estatalidade do direito e a sua unicidade. Diz que o problema instalado remete à racionalidade formal que também invadiu a esfera do direito transformando-o em mera tecnologia social. O direito passou a valer não porque se adequa às expectativas dos seus destinatários, mas antes pelo procedimento formal que situa-se na base de sua produção. Neste sentido, o iluminismo tecno-científico possibilitou o

domínio da natureza, mas não realizou o homem, não lhe permitiu o amplo domínio de suas instituições sociais, estatais, morais e jurídicas. Agora, transportando essa lógica para ler a trajetória do direito moderno, vemos como essa mesma lógica, como essa razão formal, instrumental dominou o estatuto epistemológico da legalidade estatal liberal e não permitiu a realização do ideal iluminista de emancipação e libertação do homem. Já do ponto de vista institucional, aponta que o Poder Judiciário que, modernamente, tem a exclusividade na resolução dos conflitos jurídicos, se apresenta ineficaz diante do surgimento dos novos conflitos coletivos. Diz ele que o Código Civil e o Código de Processo Civil, limitados aos conflitos de caráter interindividual e patrimonial, não dão respostas satisfatórias quando ocorrem conflitos coletivos no que concerne o acesso à terra. Quando ocorrem invasões ou ocupações, conforme se preferir, de terras públicas em área urbana ou rural. Bem como em terras privadas improdutivas em área rural, ou mesmo em área urbana em se tratando de terrenos baldios não demarcados. A estas ações têm sido protagonistas os movimentos dos "sem-terra" e dos "sem-teto".⁶⁹

O terceiro autor que assinalamos é Adeodato. Em artigo relativamente recente aponta que "*a pretensão de estender a todos os Estados modelos ontológicos de teorias*" sem atentar para a singularidade histórica de cada país tem se constituído em um dos fatores que impossibilitam a percepção da crise

⁶⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa: *O Discurso e o Poder: ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: SAFE. 1988. p. 76.

⁶⁹ WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega. 1994. pp. 57-94.

no direito em sociedades de capitalismo periférico, como o Brasil. Pode-se perceber esta crise do ponto de vista epistemológico, quando se afasta as proposições que pretendem validade universal para nortear a observação de conflitos jurídicos na sociedade brasileira. Quando tal afastamento se dá, deixa-se de encobrir, de suprimir mecanismos outros de resolução de conflitos que não os estatais. Assim basta universalizar o monismo jurídico estatal, tomando-o como a perspectiva dominante porque institucionalizada, para se negar e encobrir mecanismos de resolução de conflitos não estatalizados. Pois, a teoria tanto clarifica quanto obscurece pontos da realidade, pois ela privilegia aspectos em detrimento de outros. Neste sentido, pode-se passar a constatar a inadequação entre modelos estatais impostos e a emergência simultânea de outros procedimentos de resolução de conflitos existentes socialmente. Para o autor em discussão, as linhas teóricas não-dogmáticas são marginais, entretanto, estão sempre resistindo, contestando as perspectivas dominantes. E a premissa da qual partem consiste em apontar a existência de um direito que não se adequa nem à teoria ainda ensinada em muitos cursos de direito e nem à prática oficial do direito estatal. Desta forma, não pretende negar o direito estatal, mas antes, reivindicar o reconhecimento de outros mecanismos de resolução de conflitos, existentes independentes do Estado. Diz este autor que tal constatação se dá nas ordens jurídicas de sociedades subdesenvolvidas, em que um dos fatores que provoca esta crise

caracteriza-se pela ineficiência do Estado: tanto na distribuição da justiça quanto na legitimação do próprio sistema jurídico.⁷⁰

Em seguida, analisaremos o pensamento sociológico do direito clássico, por dentro da sociologia e por dentro do direito. Apontaremos as contribuições dos teóricos clássicos para as correntes atuais e os limites epistemológicos de suas contribuições.

⁷⁰ cf. ADEODATO, João Maurício: "Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica". *Revista da ESMape*, A. 1. Recife: ESMape, 1996, pp. 272-282.

CAPÍTULO III - O direito na sociologia clássica: Marx, Durkheim, Ehrlich e Weber.

3.1. Situando a discussão na sociologia do direito.

Conforme já dito em capítulo anterior, neste momento vamos tratar do pensamento sociológico do direito clássico, emergente em fins do século XIX. Cabe afirmar que este percurso leva em consideração duas reflexões sobre o direito pela sociologia do direito nascente. Uma delas situa-se dentro da própria sociologia, a outra por dentro do próprio direito. Aqui não esquecemos a diversidade das análises no interior da sociologia e do direito, como também queremos salientar que consideramos sociologia do direito, indistintamente, as construções tanto de sociólogos quanto de juristas. O critério que estabelecemos, para tal indiferença, se refere à tentativa de ambos os lados de construir um objeto e um método próprios para este novo ramo do saber.

Em capítulo precedente já encenamos para tal debate. Todavia, o fizemos quando tratamos da crise do legalismo no capítulo segundo, por dentro do direito e sinalizando para a construção sociológica do direito na sociologia com os seus clássicos. Aqui não retomaremos mais a discussão por dentro do direito daquela face do Movimento do Direito Livre, já tratada no capítulo precedente. Pois privilegiamos, conforme já dissemos, o outro aspecto do Movimento do Direito Livre, o da preocupação por parte dos autores em construir uma sociologia do direito enquanto ramo do saber científico, com

objeto e método próprios. Para mostrar como a sociologia do direito foi sendo produzida pelos juristas, por dentro do direito, optamos por Eugen Ehrlich (1862-1922). Já no que diz respeito à sociologia do direito feita por sociólogos, trabalharemos com Karl Marx (1818-1883), Émile Durkheim (1858-1917) e Max Weber (1864-1920). Tais autores são considerados clássicos, pela força explicativa que suas teorias já tiveram e ainda têm, servindo ainda hoje como ponto de partida para quem pretende estudar a sociologia do direito.

É forçoso notar que os teóricos deste ramo do saber, têm uma preocupação com a questão referente à fundação da sociologia como ciência e a sociologia do direito não foge a esta regra. Os seus teóricos estão sempre à procura de um fundador, de um precursor, daquele que deu o impulso inicial buscando construir o direito enquanto fato social. Quanto a esta questão, vejamos o que diz Moraes Filho: *“Do mesmo modo que DURKHEIM é admitido como iniciador de uma sociologia jurídica do lado dos sociólogos; KANTOROWICS e EHRLICH representam igual papel do lado dos juristas”*.⁷¹ Não nos preocupamos aqui com o problema de quem fundou ou não a sociologia do direito, se foi um sociólogo ou um jurista. A questão que colocamos diz respeito à importância do pensamento sociológico do direito clássico. Por exemplo, como estaria colocado o problema do pluralismo jurídico em suas construções teóricas? Será que trataram do assunto especificamente? Ou será que nós com os olhos de hoje pretendemos enxergar em suas obras a

⁷¹ MORAES FILHO, Evaristo de: *O Problema de uma sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 175.

colocação deste problema? A seguir, cuidaremos do estudo do direito na sociologia clássica.

3.2. Marx e o direito como instrumento de dominação de classe.

O critério aqui utilizado para a apresentação do pensamento sociológico do direito clássico é cronológico. Por isso começamos por Marx. Apesar de não se encontrar em sua obra um estudo específico sobre o direito, pode-se verificar que alguns de seus trabalhos são atravessados por questões relacionadas com o direito. De certa forma, já assistimos às cenas desta discussão, quando discutimos no item número quatro do primeiro capítulo a crítica marxiana do Estado e do direito modernos. Entretanto, o que pretendemos mostrar aqui é que para fazer a crítica do direito, Marx iniciou com a crítica da religião, por ele considerada como o ponto de partida de toda a crítica.

Como a Alemanha de sua época era ainda um país feudal, o fundamento de legitimidade do Estado, conseqüentemente do direito, era teocrático. Marx desejava secularizar a política alemã, tal qual já haviam feito a Inglaterra, os Estados Unidos e a França, determinadas pelas condições objetivas. Pois em sua concepção, a emancipação política caracterizava-se como uma etapa necessária para a efetivação da emancipação da humanidade. Só que na Alemanha, nem a emancipação política, com a vitória da burguesia, havia sido realizada. Percebe-se, então, a teleologia presente

em seu pensamento, a idéia de superação histórica. A secularização do Estado e do direito já feita por alguns países, constituía-se em uma etapa do processo histórico geral. Entendia que a religião invertia a realidade, porque tornava o homem produto dela, quando, de fato, a religião apresentava-se como uma construção humana.

Feita a crítica da religião pela história, derrubando as verdades do outro mundo, restava agora desvelar a verdade deste mundo, obra da filosofia. Neste sentido, a crítica da religião metamorfoseia-se em crítica do direito. Aqui, seu alvo é Savigny, representante da Escola Histórica do Direito e que havia sido seu professor em Berlim. O fato de Savigny defender a não codificação do direito alemão, dando primazia ao direito costumeiro, contrariava o postulado marxiano do progresso, da superação histórica. Desta forma, Savigny tornou-se, partindo da perspectiva marxiana, um obstáculo à sua busca de emancipação da humanidade, por pretender paralisar o processo histórico.

Neste sentido, diz Marx que a Alemanha representou a consciência teórica do que as outras nações haviam feito do ponto de vista institucional. A saída para se atingir o nível das outras nações modernas seria realizar a filosofia, trazê-la para o nível da práxis, torná-la força material. Entretanto, uma filosofia só pode ser realizada, quando significa a realização das necessidades de um povo e na Alemanha as condições objetivas ainda estão em gestação. Enquanto nas outras nações modernas, a burguesia se elevou ao domínio

geral e proclamou seus direitos particulares como direitos universais, com a "Declaração do direitos do Homem e do Cidadão".⁷²

Para Marx a secularização do Estado e do direito constitui apenas uma etapa do processo histórico geral. A emancipação política conquistada representa apenas uma emancipação parcial. O Estado encontra-se livre da religião, mas o homem ainda não encontra-se livre. A construção burguesa do Estado e do direito, aponta para uma universalidade do Estado, montada sobre uma suposta comunidade política homogênea, em que cada indivíduo participa da política e sua vontade individual é recoberta pela Vontade Geral. O que Marx faz é escancarar o caráter de classe do Estado e do direito burgueses, asseguradores da propriedade privada. O Estado e o direito são apenas idealmente universais, pois sua base não é o homem geral, cujo núcleo se constitui pelo ser social. De fato, o ser individual, egoísta oriundo da sociedade civil, lugar onde se dão as relações entre os homens por meio da necessidade, das carências, é que está na base dos Direitos do Homem. Estes emergem como resultado de uma luta contra as tradições históricas, são o resultado de uma batalha, de um confronto contra os privilégios do nascimento, são definidos socialmente. Entretanto, por brotarem do individualismo liberal, por terem por base o indivíduo fechado em si mesmo, membro da sociedade civil, egoísta, são direitos com conteúdo classista, particulares, por isso não representam a emancipação da humanidade. O homem geral é o burguês,

⁷² MARX, Karl: "Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel". In MARX, Karl: *Manuscritos Econômicos-Filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1975, pp. 77-93.

homem particular que se faz passar por homem geral e torna seus interesses os interesses da sociedade. Portanto, o direito é o direito do burguês, de uma classe apenas, que só na aparência se mostra como universal.⁷³

Noutro lugar, diz Marx que o Estado *"nada mais é que a forma de organização que os burgueses se dão, tanto externa quanto internamente, para garantia de sua propriedade e dos interesses"*.⁷⁴ Portanto, vai ficando claro, nesta forma de interpretar a sociedade, que o Estado é determinado por um conjunto de relações sociais de produção que constituem a base econômica de uma sociedade. Deste modo, a cada modo de produção historicamente datado, corresponde uma teia de relações econômicas e uma forma de organização política e jurídica que a elas se adequam.⁷⁵ Já em 1859, aparece com maior clareza sua formulação, texto que serve a uma construção sociológica do direito e que diz:

*"na produção social da vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência".*⁷⁶

⁷³ cf. MARX, Karl. "A Questão Judaica". In MARX, Karl: *Manuscritos Econômicos-Filosóficos*. Lisboa: Edições 70. 1975. pp. 35-65.

⁷⁴ MARX, Karl & ENGELS, Frederich: *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Moraes. 1984. p. 101.

⁷⁵ MARX, Karl & ENGELS, Frederico. *Manifesto Comunista*. São Paulo: CHED. 1982. pp. 10-15.

⁷⁶ MARX, Karl: *Para a Crítica da Economia Política*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1978. p. 130.

O que se apresenta para nós aqui é que a explicação das formas sociais, sejam jurídicas, políticas etc., situa-se nas relações de produção que constituem a base econômica da sociedade. O modo como os homens se organizam no processo produtivo condiciona o que vem a ser denominado de superestrutura. Logo, o direito da sociedade capitalista expressa as relações de produção travadas na infra-estrutura desta sociedade. Por assim dizer, sustenta a propriedade privada. Esta caracteriza a existência do direito, trata-se de um instrumento de dominação de uma classe sobre outra. Sujeito também a desaparecer junto com o modo de produção capitalista, da mesma forma que outros modos de produção também desapareceram. Eis aqui o desenho de uma linha descontínua, mas com uma direção única. A idéia de progresso encontra-se presente no seu pensamento, marcado pela filosofia iluminista. Por isso, acreditou Marx na possibilidade de concretização da sociedade comunista, que por meio de uma revolução proletária implantaria a Ditadura do Proletariado, transição para uma sociedade livre de qualquer tipo de opressão.⁷⁷

Marx não naturaliza o fenômeno do direito, pelo contrário, aponta que o direito emerge como uma produção histórica, oriundo do conflito de classes que se dá na infra-estrutura da sociedade. Neste sentido, desmantela a concepção liberal que faz o direito aparecer como algo que paira de forma neutra sobre a sociedade, responsável pela resolução dos conflitos

⁷⁷ cf. MARX, Karl: "Crítica ao Programa de Gotha". In MARX, Karl & ENGELS, Frederich: *Obras Escolhidas*. Vol. 2. São Paulo: Alfa-Omega, s/d, p. 221.

interindividuais surgidos em seu interior, encarregado, portanto, de assegurar a ordem e a paz social. Marx mostra que o direito constitui-se, de fato, em um instrumento de dominação de classe. Seu limite consiste em apresentar uma concepção reducionista do fenômeno do direito. Pois ao construir o modelo do modo de produção, cria uma prisão, não permitindo outras possibilidades de ler o fenômeno do direito. Se se pergunta: pode-se perceber uma construção pluralista em Marx? Diríamos, depende. Se se procura perceber historicamente, de fato, a cada modo de produção corresponde uma organização política e jurídica diferente. Então teríamos vários direitos historicamente definidos por meio da luta de classes. Mesmo assim, seria forçar demais para se enxergar algo que o próprio autor não se preocupou em mostrar. Já do ponto de vista ontológico, o direito é o mesmo, pois apresenta-se como um instrumento de dominação de classe, mudando historicamente as formas de dominação. Trata-se aqui de uma secundarização do poder e do direito com relação à economia, ambos existem para servir à economia, para manter relações sociais de produção.

3.3. Durkheim e o direito como critério de aferição da solidariedade social.

Para Durkheim, a sociologia se define como a “*ciência das instituições, de sua gênese e de seu funcionamento*”.⁷⁸ Portanto, a sociologia se constitui tendo como objeto de estudo os fatos sociais. Para este autor:

*“é fato social toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter”.*⁷⁹

Neste sentido, o fato social em sua construção apresenta três características que podem ser encontradas em sua própria definição: a coercitividade, a generalidade e a exterioridade. Metodologicamente, o observador deve proceder considerando os fatos sociais como coisa exterior ao indivíduo. Sua explicação aponta que ao nascermos, já encontramos prontas as regras sociais e que elas se impõem de fora a nós, de uma forma geral, na extensão da sociedade analisada.

Durkheim estudou a divisão do trabalho social, o suicídio, a educação, o socialismo, a religião etc., todos enquanto fatos sociais, como instituições que têm sua origem e funcionamento no interior da sociedade.

⁷⁸ DURKHEIM, Émile: *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Editora Nacional, 1990, p. XXXII.

⁷⁹ DURKHEIM, Émile: *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Editora Nacional, 1990, p. 11.

O direito não foge a esta regra, também pode ser estudado cientificamente como fato social. Entretanto, a tal objeto de estudo Durkheim não dedica uma obra específica, o faz dentro do seu estudo sobre a divisão do trabalho social. Sua obra é permeada pela seguinte questão: por que os homens se mantêm unidos e lutam contra os perigos da desintegração social?

A tal indagação ele respondeu construindo o conceito de solidariedade social. Mostrou como ela se constituía e como se tornou responsável pela coesão social. A partir de sua concepção evolucionista da história, apontou que existem basicamente dois tipos históricos de solidariedade social. O primeiro deles vincula-se ao seu estudo das sociedades segmentares, as sociedades mais simples, onde a divisão do trabalho é pouco desenvolvida. Nestas sociedades, existe, segundo ele, uma consciência comum, denominada de coletiva, que recobre quase a totalidade da consciência individual. Aqui, o social chega a se confundir com o individual e a comunicação entre o social e o indivíduo não possui intermediários, se dá de forma direta. Para expressar este estado, Durkheim elabora o conceito de consciência coletiva como: "*o conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem sua vida própria*".⁸⁰ A esta forma de organização social, em que tem existência uma consciência comum, corresponde o que ele denomina de solidariedade

⁸⁰ DURKHEIM, Émile: *Da Divisão do Trabalho Social*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 40.

mecânica, os indivíduos se unem mantendo a sociedade coesa por meio da semelhança, por compartilharem as mesmas crenças e sentimentos.

Já em sociedades em que a divisão do trabalho se acentua, como nas sociedades modernas, um outro tipo de solidariedade, segundo Durkheim, mantém a sociedade unida. Tal solidariedade é investigada a partir da divisão do trabalho. Segundo este autor, a divisão do trabalho tem o papel de tornar a civilização possível, por isso seu caráter além de econômico é também moral. Neste sentido, só se pode determinar o valor da divisão do trabalho a partir da determinação de sua função. A construção durkheimiana se encaminha para mostrar que a crescente especialização das tarefas, ou seja, que a acentuação da divisão do trabalho moderna produz um outro tipo de solidariedade, agora, baseado na dessemelhança, na diferença. Segundo este autor, os efeitos dela são a produção de laços de solidariedade, de uma integração social pelas diferentes funções ocupadas pelos indivíduos. Trata-se da solidariedade orgânica, típica da sociedade moderna.⁸¹

Todavia, aponta Durkheim que a solidariedade social se constitui em um fenômeno moral, apresentando-se de forma difusa na sociedade e que não permite por si mesmo uma observação exata. Por isso, para realizar a classificação dos tipos de solidariedade existentes, isto é, para determinar se é

⁸¹ DURKHEIM, Émile: *Da Divisão do Trabalho Social*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978. pp. 25-30.

mecânica ou orgânica, entende ser necessário encontrar um fato externo que simbolize o fato interno da solidariedade, não observável diretamente por não se apresentar de forma definida, fixa. Para ele, o fato exterior que simboliza a solidariedade social é o direito. Este é um fato social exterior, geral e coercitivo, visível por se apresentar como um fato cristalizado. Assim sendo, procura definir o tipo de solidariedade social a partir das normas do direito que são mais aplicadas em determinado momento histórico. Diz-nos Durkheim que o direito reproduz as formas principais de solidariedade social. Basta classificar os tipos de direito existentes historicamente para estabelecer a correspondência com as espécies de solidariedade social existentes.⁸²

Passa então a construir o objeto de sua sociologia do direito: "*o direito é uma regra de conduta sancionada*".⁸³ Nesta leitura, tanto nas sociedades simples como nas sociedades modernas, o direito se caracteriza por ser uma regra de conduta sancionada. Aqui fica bastante nítido como ele define o direito enquanto um fato social geral, vigente na extensão de toda uma sociedade; como aparece a característica da exterioridade, pois trata-se de uma regra de conduta sancionada, ele descreve o direito a partir dos seus elementos mais imediatamente visíveis. O direito é uma regra produzida pela sociedade que se impõe de fora aos seus indivíduos, basta contrariar o que a sociedade instituiu para se constatar o peso da sanção. Aqui está presente

⁸² DURKHEIM, Émile: *Da Divisão do Trabalho Social*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, pp. 33-34.

⁸³ DURKHEIM, Émile: *Da Divisão do Trabalho Social*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 34.

também o caráter coercitivo do fato social do direito, o grupo social impele os seus indivíduos a cumprirem aquilo que foi instituído.

Desta forma, Durkheim passa a classificar as espécies de direito, a partir dos seus elementos exteriores e imediatamente visíveis. Define o direito a partir das sanções. Por conseguinte, temos: o direito repressivo e o direito restitutivo. O primeiro tipo corresponde às sociedades segmentares, pouco diferenciadas. Nestas, o direito mais aplicado é aquele que corresponderia hoje ao direito penal. Porque a violação das crenças e dos sentimentos comuns representa uma ameaça à integração social, precisando ser punida com severidade. Este, na leitura funcional, era o seu papel. Já o segundo tipo se adequa às sociedades modernas, marcadas por uma forte divisão do trabalho social. Aqui, o direito mais aplicado é aquele que corresponde ao direito civil, comercial, administrativo, processual etc. A violação dos contratos, das obrigações profissionais ou funcionais exige reparação aos prejuízos causados. Portanto, a função do direito nas sociedades modernas não é punir as condutas que ferem a consciência coletiva, mas antes, reparar os danos causados pelo descumprimento das obrigações assumidas. A partir de tal classificação torna-se possível apontar os tipos de solidariedade social. Ao direito repressivo corresponde a solidariedade mecânica, ao direito restitutivo corresponde a solidariedade orgânica.⁸⁴

⁸⁴ DURKHEIM, Émile: *Da Divisão do Trabalho Social*. Coleção os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978. pp. 33-34.

Neste sentido, a construção epistemológica durkheimiana nos conduz a pensar o fato social como algo separado do sujeito, que se situa fora dele, que independe dele, ou seja, existe objetivamente, basta ir lá e captá-lo. De fato, ele trata o direito como algo a-histórico, como algo dado, existente por si mesmo fora do sujeito e que a este se impõe de forma determinante.

Durkheim não questiona a relação entre o indivíduo e as normas sociais e uma espécie delas é o direito. Para ele as normas sociais, principalmente o direito, se impõem aos indivíduos de forma determinante. Mesmo assim ele não trata da dominação produzida por um conjunto de normas que se impõem aos indivíduos, constringendo-os, violentando-os, sujeitando-os. Pelo contrário, entende que é normal, pois sua concepção da natureza humana toma o homem como um animal que precisa ser domesticado para receber uma segunda natureza, a social. Só assim pode o homem tornar-se um ser social, e, de fato, torna-se, segundo ele, quando está amarrado às convenções sociais.

Para ele a homogeneidade consiste em algo saudável, a criação serializada dos indivíduos produz integração social. Aponta que o direito serve para garantir a harmonia social, a integração social, por isso, onde quer que a sociedade se organize de forma durável, o direito dará a forma desta organização. Trata-se de uma construção naturalista, em que o direito é algo que passa a fazer parte de uma vez por todas da organização social, ou melhor, ele encarrega-se de organizar a sociedade, esta existe de forma definida porque é o direito que lhe dá forma.

Significa que o direito se incorporou à essência do social, tornou-se algo que lhe é intrínseco, a sociedade não pode existir sem o direito, pois esta instituição nasce com a própria sociedade, lhe dando forma. A sociedade não tem uma essência dada, ela é uma produção dos indivíduos que no seu interior se relacionam.

Como se poderia pensar o pluralismo jurídico em Durkheim? Seria até possível dizer que historicamente, ele admite a existência de vários direitos. Entretanto, estaríamos tomando um conceito produzido no século XIX e jogando-o para ler o passado. Se assim procedéssemos, estaríamos admitindo que existe uma verdade em germe lá atrás e que vem sendo produzida historicamente, recebendo seu acabamento com a emergência do conceito. E que, agora, com a produção deste conceito, seria possível retornar historicamente e sair lendo tudo à luz de tal elaboração, enxergando pluralismo jurídico em tudo o que é lugar. Mesmo se assim o fizéssemos, correríamos um sério risco, porque o passado também não está dado, ele não se constitui em um já lá, cristalizado. Pois, *a história é a arte de inventar o passado*⁸⁵, este pode ser relido a partir de várias perspectivas.

⁸⁵ cf. ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de: "História: A Arte de inventar o Passado". In *Caderno de História*. Vol. 2, n.1. natal: Ed. Da UFRN, 1995, pp. 01-11.

3.4. Ehrlich e o “Direito Vivo”.

Seguindo o critério cronológico, trabalharemos agora o pensamento de Ehrlich. Não mais mencionaremos a discussão sobre o Movimento do Direito Livre que se refere ao pensamento deste autor no tocante à interpretação da lei, pois já tratamos deste assunto em outro lugar. Desenharemos, portanto, sua contribuição à sociologia do direito. Ehrlich inaugura a discussão sociológica sobre o direito quando publica em 1913 *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Aqui, o objetivo do autor consiste em lançar as bases de uma nova ciência social aplicada que estava florescendo, a sociologia do direito.

Em sua construção teórica rumo à construção do objeto de sua sociologia do direito, Ehrlich toma como contraponto a crítica à Jurisprudência, saber que encerrava em si mesmo a teoria e a prática do direito. Seu debate teórico se deu com a corrente de pensamento denominada de positivismo jurídico, em sua vertente legalista. Tal perspectiva, como já vimos, reduz o direito à ordem estabelecida, ao direito positivo posto pelo Estado. Como ele mesmo diz, sua discussão é travada com “*a corrente, amplamente representada na Europa Continental, que procura fazer do juiz um servidor cego da lei (...)*”.⁸⁶

Para efetuar a crítica a esta postura, utiliza-se do método histórico. Tal ferramenta permitiu-lhe demonstrar que a origem do direito não se localiza no

Estado, mas na "ordem interna das organizações sociais".⁸⁷ Eis a sua tese. Para ele a sociedade humana forma-se pelo conjunto das instituições humanas inter-relacionadas, neste caso, cada associação humana tem o seu direito, uma vez que a constituição de cada uma se deu através deste e o Estado representa apenas uma delas.

Por quê para este autor "toda ordem jurídica consiste em seus primórdios na ordem interna das associações humanas, entre as quais também está o Estado"?⁸⁸ Porque para ele a função principal do direito consiste em organizar, suas normas de organização traduzem relações pacíficas desenvolvidas em cada associação, uma vez que tais normas indicam aos componentes sua posição e suas tarefas. Uma outra espécie do gênero norma jurídica é a norma de decisão, esta dá conta de relações conflituosas, de disputas jurídicas e sua função é tão-só secundária.

Para Ehrlich uma associação social constitui-se de um conjunto de pessoas que estabelecem para as suas relações mútuas determinadas regras para seu agir. E a adequação das condutas a estas regras estabelecidas formam ordens normativas como o direito, a moral, a religião, o costume, a moda etc. E a sociologia do direito em seu entender deve ocupar-se das associações humanas cuja ordem repousa em normas jurídicas.⁸⁹ Tal

⁸⁶ EHRLICH, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986. p. 104.

⁸⁷ EHRLICH, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986. p. 27.

⁸⁸ EHRLICH, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986. pp. 31-32.

⁸⁹ EHRLICH, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986. pp. 37-38.

construção aponta para a elaboração de um critério que o possibilite deslocar o direito da exclusividade que o Estado moderno tem na sua produção.

Mas qual o critério utilizado por Ehrlich para que, nas investigações, o pesquisador possa distinguir dentre as normas sociais, quais são as jurídicas? Em sua construção, as normas jurídicas são reconhecidas porque derivam dos fatos do direito e estes apresentam-se como: o hábito, a dominação, a posse e a declaração da vontade.⁹⁰ Assim, nesta perspectiva, se tem uma organização humana quando esta se dá através do direito, este por sua vez deriva dos fatos acima citados, sobre os quais se produzem regras para a convivência social, realmente observadas pelos seus integrantes. O que conduz à observação de tais regras é a convicção de que as normas jurídicas são importantes para a manutenção da organização social.

Percebemos que através de investigações históricas e etnológicas, este autor procura demonstrar que a corrente dominante em sua época, o positivismo jurídico legalista que só admitia como direito o direito positivo estatal, carece de fundamentação científica, pois quando submetido à prova histórica não resiste. Portanto, diz Ehrlich: "*a história do direito nos ensina que no início nem o ato de legislar nem a administração da justiça competem ao Estado*".⁹¹ Em outra passagem fica clara que em sua compreensão o Estado

⁹⁰ EHRlich, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986, p. 71.

⁹¹ EHRlich, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986, p. 111.

consiste em um fenômeno político relativamente recente, se alinhando junto aos autores que pensam que só na modernidade emergiu uma organização estatal. Vejamos o que ele diz: *“se a concessão estatal fosse parte integrante do conceito de direito, ele não poderia ter existido por longos períodos históricos antes que existisse um Estado”*.⁹²

Com isso Ehrlich quer mostrar que o direito não depende do Estado quanto a sua origem e desenvolvimento. E estes não devem ser pesquisados a partir das prescrições jurídicas, mas antes, na realidade social mesma, na ordem interna das organizações sociais, uma vez que o centro de gravidade do direito para ele é a própria sociedade. Diz o autor que, *“assim a jurisprudência se contrapõe frontalmente a toda ciência autêntica, onde domina o método indutivo. Que procura aprofundar o conhecimento da essência das coisas através da observação de fatos e de experiências”*.⁹³

A ciência jurídica, segundo este autor, não teria nenhum valor se considerasse ter cumprido sua tarefa ao indicar as intenções do legislador. Pois, se essa tarefa fosse a tal reduzida, reproduziria apenas o quadro mais superficial do que, de fato, acontece na vida. Assim é que, nesta leitura, o papel do Estado quanto ao direito é mínimo, pois o direito é o *“Direito Vivo”*, este deve ser investigado através da observação, deve ser buscado nos

⁹² EHRLICH, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986. p. 126.

⁹³ EHRLICH, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986. p. 14.

documentos modernos e não nos parágrafos de um código. Para ele o direito de um povo ou de uma época não cabe nos parágrafos de um código, tentar esta redução significa, nas palavras de Ehrlich, represar um grande rio num açude.⁹⁴

Mas, como Ehrlich define o "*Direito Vivo*" como objeto da sociologia do direito? Em suas palavras, "*o Direito Vivo é aquele em contraposição ao apenas vigente diante dos tribunais e órgãos estatais. O direito vivo é aquele que, apesar de não fixado em proposições jurídicas, domina a vida*".⁹⁵

Constrói também um critério a partir do qual procura distinguir o direito do que não é, bem como diferenciar o Direito Vivo do próprio direito estatal. Entretanto, percebemos o dilema no qual seu pensamento está preso: simultaneamente ele trabalha com o critério de verdade grego e com o problema do devir.

O critério de verdade grego estabelece que a verdade consiste na adequação entre o pensamento e a realidade. A realidade existe em si, objetivamente, independente do sujeito e possui uma essência dada que pode ser apreendida através do pensamento. Isto fica muito claro quando Ehrlich aponta que a regra jurídica é definida por um conjunto de pessoas que compõem uma associação para reger suas relações mútuas. E enfatiza que,

⁹⁴ EHRLICH, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986, Pp. 374-379.

⁹⁵ EHRLICH, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986, p. 378. Ver ainda sobre este autor, RIBEIRO, Emmanuel Pedro: "Notas introdutórias sobre o pensamento de Ehrlich". Obtido via Internet. <http://www.datavenia.inf.br/opinião/emmanuel2.html>, 1998.

de fato, essas pessoas agem em conformidade com esta regra material. Aí encontramos a necessidade que Ehrlich tem de apontar uma adequação entre as condutas dos indivíduos e as regras que eles mesmos criam para suas relações mútuas, para apontar que o verdadeiro direito é o Direito Vivo, este realmente dispõe de legitimidade, por ser produzido diretamente nas relações sociais.

Agora, no que concerne ao problema do devir, percebemos que este autor opta pelo Direito Vivo por ser um direito em permanente movimento, perceptível através dos órgãos dos sentidos. Este, para ele, domina a vida, enquanto o direito produzido pelo Estado expresso através da lei torna-se petrificado, perde o movimento da realidade social, perde sua mobilidade, por isso diz que o que entra nos códigos trata-se apenas de água morta.

Isto fica muito claro quando ele diz que o Direito Vivo é aquele que, mesmo não fixado, não pré-determinado através da lei, domina a vida. Então, trata-se de um direito que circula socialmente, muito mais rico do que o cristalizado nos parágrafos de um código, com possibilidades de mudança muito mais rápida do que o estatal, um direito que se desmancha e se recompõe, reelaborado, assumindo sempre novos contornos.

Para nós seu pensamento prende-se a um problema que remonta a Parmênides e Heráclito. Cuida-se aqui do problema do devir. Como conhecer algo que não para de se modificar, perguntaria Parmênides? Por isso sustentou que o ser é estático, idêntico a si mesmo. Já para Heráclito a

superfície da realidade é que não mudava, mas o seu núcleo, sua essência, o ser é mudança, é vir-a-ser, a verdade consiste neste movimento incessante, pois as coisas nunca podem ser as mesmas quando olhadas pela segunda vez.

Estas consistem em construções opostas, tendo Parmênides vencido e a história da filosofia tradicional foi montada seguindo seu rastro. Entretanto, não queremos negar que sempre tenha havido resistências a esta forma de pensar vencedora. E hoje o caminho aberto por Heráclito tem muito mais força do que já teve. Portanto, neste aspecto, achamos contraditório o pensamento ehrlichiano, pois procura trabalhar com a perspectiva de uma adequação entre conduta humana e norma jurídica ao mesmo tempo que defende o Direito Vivo por este se modificar incessantemente. E a contradição?

Pretender uma adequação significa a criação de um parâmetro fixo a partir do qual se possa medir a existência ou não desta adequação. Enquanto que trabalhar com a radical historicidade de todas as coisas significa a impossibilidade de coagulação da realidade, de criar parâmetros fixos, assumindo que não possuir um parâmetro fixo significa que este é que é o parâmetro. Assumindo que não partir de uma essência dada representa admitir que o ponto de partida pode ser múltiplo, portanto de uma verdade enquanto adequação entre o pensamento e a realidade, postula-se que a verdade nada mais representa do que uma construção, podendo ser múltipla assim como é múltiplo o seu ponto de partida. Aí reside a contradição.

Um outro aspecto que entendemos ser problemático em seu pensamento diz respeito à sua concepção de realidade social. Ele a compreende como algo que existe fora do sujeito e independente dele. Trata-se de uma concepção que concebe a realidade objetivamente. Quando ele diz que as normas jurídicas derivam dos fatos do direito acredita existir um direito inerente à realidade social. Cuida-se aqui de um direito cuja essência consiste em organizar, fundar uma associação humana. O que pretendemos dizer é que este sentido que ele atribui ao direito não está dado, pelo contrário, ele assume uma postura teórica que o conduz a enxergar tais elementos como pertencentes ao direito. A construção ehrlichiana nos conduz a pensar que existe uma realidade anterior à elaboração dela pelo homem, conseqüentemente, existiria um direito em si objetivo. Ele naturaliza o fenômeno do direito quando diz que este é a “*a ordem interna das organizações sociais*”. Sua explicação para a emergência do direito é naturalista. Por isso, dizemos que ele entra em contradição. Ao mesmo tempo que procura garantir um Direito Vivo, em permanente movimento, acredita que exista uma essência dada na realidade social ao afirmar que o direito essencialmente se constitui na ordem interna das organizações sociais.

Neste sentido, concordamos que este autor constrói um critério que desloca a criação do direito pelo Estado, apontando que ele não é produto deste. Mas, apontamos também os limites epistemológicos de sua construção teórica, tendo em vista que os pressupostos do positivismo já não desfrutam de tanta força nos dias atuais.

3.5. Weber e o direito garantido externamente por um aparato coativo.

Weber considera o indivíduo como a unidade de análise sociológica fundamental. Neste sentido, define a sociologia como a ciência “*que pretende entender, interpretando-a, a ação social, para, dessa maneira, explicá-la causalmente em seu desenvolvimento e efeitos*”.⁹⁶ Para este autor o objeto de estudo da sociologia é a ação social. E assim, define-a como “*uma conduta humana dotada de um significado subjetivo dado por quem o executa, o qual orienta o seu próprio comportamento, tendo em vista a ação - passada, presente ou futura, de outro ou de outros*”.⁹⁷

Desta forma só se configura enquanto uma ação social se possuir um sentido subjetivo e se referir à conduta de outros. Em sua sociologia compreensiva utiliza o tipo-ideal como recurso metodológico para a compreensão do seu objeto de estudo: a ação social. Esta encontra-se inserida em diversos contextos sociais, pois em sua concepção, a sociedade compõe-se de várias ordens ou esferas: a cultural, econômica, religiosa, jurídica, política e social.

Cada uma destas ordens possui uma lógica autônoma de funcionamento, decorrente da racionalidade com relação a fins e valores que a preside. E tal lógica constitui-se em um sentido que orienta a ação social dos

⁹⁶ WEBER, Max: *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Vol. 1. Brasília: UNB, 1994, p. 03.

⁹⁷ WEBER, Max: *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Vol. 1. Brasília: UNB, 1994, p. 14.

indivíduos que por estas esferas transitam. Assim, não dá para separar a ação social dos valores, pois o sentido subjetivo dado à sua ação por cada ator social, em referência às ações dos outros, se relaciona com os valores deste ator e de sua sociedade.

Daí depreende-se que para Weber a realidade social não está dada, ela se constitui numa construção que cada ator social faz, uma vez que ela apresenta-se desordenada, caótica, infinita, inesgotável e os valores têm aí um papel fundamental, pois eles nortearão a ordenação da realidade. Com o cientista o processo se dá da mesma forma, pois são os valores que orientam o pesquisador no fluxo contínuo do devir.

A contribuição de Weber se situa aí, entretanto cai no positivismo quando aponta a possibilidade de um conhecimento científico isento de valores. Para ele, o método ideal-típico garante um conhecimento objetivo.⁹⁸ A partir destes conceitos sociológicos básicos, entendemos ser possível aplicá-los ao caso específico do direito. Isso mesmo, Weber construiu uma sociologia do direito e neste âmbito discerniu o que seria um estudo dogmático e um estudo sociológico sobre o direito.

A sociologia enquanto ciência social tornou-se possível porque observaram-se regularidades nas ações sociais. Weber nomeou estas regularidades de convenção e de direito. Assim é que a ação social e a relação

⁹⁸ cf. WEBER, Max: "A objetividade do conhecimento nas Ciências Sociais". In COHN, Gabriel (Org.): *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1991, pp. 97-106.

social podem ser guiadas pela representação da existência de uma ordem legítima. Diz Weber que a probabilidade de que isto se dê denomina-se de “vigência” da ordem em questão.⁹⁹

Neste sentido, uma ordem pode ser designada de direito: *“quando está garantida externamente pela probabilidade da coação (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação”*.¹⁰⁰ Os usos e os costumes como espécies da convenção distinguem-se do direito por não possuírem um quadro de pessoas especialmente ocupadas em garantir o seu cumprimento.

Percebemos, então, que o critério adotado por Weber para distinguir o que é o direito do que não é, historicamente, consiste na garantia deste por um aparato coativo. Cabe salientar que este aparato coativo, só modernamente tornou-se monopólio da autoridade política, ou seja, a possibilidade da utilização da força física para fazer que o direito seja observado. Portanto, esta representa a nota qualificadora do direito, pois sem um quadro específico de pessoas encarregadas para impor o seu cumprimento não se pode falar de direito no sentido em que Weber trata.

⁹⁹ WEBER, Max: *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Vol. 1. Brasília: UNB, 1994, p. 19.

¹⁰⁰ WEBER, Max: *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Vol. 1. Brasília: UNB, 1994, p. 21.

Uma preocupação que perpassa toda sua obra, diz respeito ao processo de racionalização crescente peculiar à civilização ocidental que se acentuou na modernidade. Este fato o conduziu a descrever este processo geral e em particular sua invasão na esfera jurídica. Aqui Weber distinguiu a racionalidade formal da racionalidade material.

A primeira se refere a fins e a segunda a valores. A racionalidade formal dominou o ocidente moderno e penetrou na esfera jurídica, conduzindo à edificação de um direito formal, correspondente à dogmática jurídica. Esta aponta para uma compreensão do direito própria dos juristas. Pois, mostra que a dogmática jurídica procura estabelecer teoricamente o sentido intrínseco visado por uma lei, verificar sua coerência lógica com outras leis ou mesmo com o conjunto do código. A esta racionalidade formal corresponde um direito formal e, por conseguinte, uma justiça formal caracterizada pela aplicação das regras da ordem jurídica. Neste caso, é justo o que corresponder à lei.

Já à racionalidade material se adequa um direito material, este abre espaço para elementos que se situam fora da ordem jurídica, como valores políticos, éticos, econômicos ou religiosos. A tal direito corresponde a equidade, ou seja, esta espécie de direito vincula-se uma justiça material que aplica regras particulares a casos particulares. Esta perdeu terreno para a

racionalidade formal que colonizou todas as esferas da vida social, inclusive a jurídica.¹⁰¹

A compreensão sociológica do direito de Weber aponta que a sociologia jurídica possui outras tarefas, como compreender o sentido subjetivo que os membros de um agrupamento dão às suas condutas quando relacionadas às leis do Estado, em se tratando de modernidade. Tal estudo procura determinar a legitimidade da ordem jurídica vigente, isto é, a crença em sua validade. Neste ponto encontramos o sentido da sociologia jurídica weberiana. A lei aqui é tomada como um tipo ideal, pois a legitimidade dela determina-se pelo grau de aproximação e de afastamento das condutas humanas efetivas com relação a ela.¹⁰²

Por isso, o direito para este autor tem um significado distinto do da dogmática jurídica, conseqüentemente, seu conceito de direito também. Assim, sociologicamente, o direito define-se pela existência de um aparato coativo que o garante. Tal critério lhe permite perceber a existência de direito em outras épocas históricas, mesmo que este quadro específico que tem por razão de ser a garantia de sua observância não fosse monopólio da autoridade política, o que só vem a ocorrer no Estado moderno.

¹⁰¹ cf. FREUND, Julien: *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, pp. 183-185.

¹⁰² cf. FREUND, Julien: *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, pp. 178-180.

Portanto, do ponto de vista sociológico, “o sentido da palavra ‘ordem jurídica’ muda completamente. Não significa um cosmos de normas interpretáveis como logicamente ‘corretas’, mas um complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais”.¹⁰³ Isto lhe permite desvincular o direito do Estado, pois cuida-se da elaboração de um critério que permite perceber sua existência antes de tornar-se sua produção monopólio do Estado.

Nesta linha de raciocínio Weber aponta a existência de um “direito extra-estatal”, não oficial, quando absorve-se a possibilidade de que outros meios coativos aplicados por outras autoridades que não a política possam, da mesma forma, garantir a observância deste. Continua aqui caracterizando o direito a existência de um aparato coativo, formado por um grupo de pessoas designado especificamente para realizar a garantia da sua observância. Aqui fica claro o exemplo dado por Weber do direito canônico assegurado pela autoridade religiosa, assim como a posse do aparato coativo, cujo exercício seja físico ou psíquico, nem sempre foi monopólio da comunidade política, por isso cabe aqui falar na existência de mais de um direito: o estatal e o extra-estatal.

Relembrando um pouco o que foi discutido, temos que o monismo jurídico estatal se constituiu na corrente de pensamento dominante, no direito, desde sua invenção em fins do século XVI e que se estende até os dias atuais.

¹⁰³ WEBER, Max: *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Vol. 1. Brasília:

Paralelamente, emergiu em fins do século XIX o pensamento sociológico do direito clássico, conforme já discutimos no início deste capítulo.

Vimos que a reação sociológica tornou-se possível quando da emergência da crise do legalismo. Como já dito, a construção sociológica por dentro do direito procurou dar ênfase à inadequação entre os códigos e a vida social, postulando a existência de vários direitos concomitantes no mesmo espaço social. A este respeito, vimos o exemplo de Ehrlich com a sua construção sobre o "Direito Vivo".

Já no que diz respeito aos sociólogos, o direito não se apresenta como o seu principal objeto de estudo, mas dele procuraram dar conta como uma entre outras instituições sociais importantes no mundo moderno. Será que postularam uma pluralidade de direitos? Entendemos que esta não se apresentou como uma questão específica para eles, como parece-nos que se tornou crucial para Ehrlich.

Agora, como já afirmamos, se tomarmos suas construções historicamente, percebemos que eles apontam a existência de vários direitos. E se quisermos chamar estas construções de pluralismo jurídico estaremos enxergando coisas que os autores não apontaram. Por exemplo, quando Marx trata do direito o faz a partir de uma instituição social que tem um lugar definido no interior de cada sociedade e que tem sua razão de existir, qual

seja, a de manter as relações sociais de produção, para isso o direito foi criado.

Durkheim por seu turno, ao tratar que o fato social tem a característica da generalidade, está a nos dizer que na extensão de uma sociedade dada, existe um direito enquanto fato social, enquanto instituição social cuja função é cuidar da integração social, portanto assegurar a ordem. Devemos ainda fazer uma ressalva, Weber enquanto sociólogo apontou claramente a coexistência do direito estatal com o extra-estatal, quando elaborou um critério que o permitiu perceber a existência de direito onde ele se apresente garantido por um aparato coativo. Mesmo assim, o problema da distinção entre um direito estatal e um direito extra-estatal não se constituiu em sua questão específica. Weber não procurou, quando apontou a coexistência de tais direitos, postular o pluralismo jurídico, mas antes mostrar que esta distinção era possível porque tratava-se de uma leitura sociológica do fenômeno do direito.

Fechamos aqui a discussão sobre o direito na sociologia clássica e apontamos que no próximo capítulo será discutido o pluralismo jurídico na instância teórica da sociologia do direito. Mostraremos como os autores aí discutidos dependem dos clássicos apresentados no presente capítulo. Como também procuraremos demonstrar como a lógica universalista demonstrada até o momento, quando tratamos do monismo jurídico, permeia a elaboração dos autores que defendem o pluralismo jurídico, fazendo com que cada construção particular anule as demais possibilidades de ler o fenômeno do direito, pois assumem o movimento da universalização. Neste sentido,

problematizaremos os seus critérios de fixação do pluralismo jurídico, buscando apontar os seus limites na descrição do fenômeno do direito, conseqüentemente os limites de suas propostas pluralistas.

CAPÍTULO IV - A discussão sobre o pluralismo jurídico na instância teórica da sociologia do direito.

4.1. Embasando a discussão.

A questão que se coloca para o debate neste capítulo decorre das discussões que vêm sendo travadas ao longo deste trabalho. Aqui estabeleceremos um diálogo com alguns autores que defendem ser possível qualquer grupo social criar direito.

Veremos como esses autores dependem dos princípios explicativos: causalção funcional (Durkheim), conexão de sentido (Weber) e contradição (Marx) apresentados pelos teóricos clássicos da sociologia, tratados em capítulo anterior a partir de suas contribuições concernentes à sociologia do direito.¹⁰⁴ E como a partir destes clássicos os autores aqui discutidos constroem suas teorias.

Retomando o que vínhamos dizendo, postular que qualquer grupo social possa produzir direito significa inserir-se na discussão do tema do pluralismo jurídico. Mas aqui debateremos com alguns autores vinculados ao pensamento sociológico no direito. Isto é, falamos do pensamento emergente em fins do século XIX e que se estende até os dias de hoje.

¹⁰⁴ cf. IANNI, Octávio: "A Sociologia e o Mundo Moderno". *Revista Tempo Social*. São Paulo: USP, 1989, pp. 07-27.

Portanto, esta discussão na qual estamos inseridos já alcança seu centenário. Secciona, divide, opõe estudiosos que têm o direito como um dos seus objetos de preocupação intelectual. Por assim dizer, poderíamos grosso modo situar, de um lado, teóricos que defendem ser o Estado moderno a fonte única de produção do direito, de outro, os que assumem a postura segundo a qual o direito é um fenômeno passível de observação, pela sua positividade, em qualquer grupo social.

A este respeito, pelo menos duas escolas podem ser destacadas: a monista e a pluralista. A primeira sustenta que só o Estado está apto a produzir normas de direito, aqui situam-se a maioria dos juristas. Já a segunda, argumenta que qualquer agrupamento, independente de sua coesão, pode criar normas de regulação social suscetíveis de elevar-se à categoria de autênticas normas jurídicas. Basta observar a realidade social para se constatar a existência de normas jurídicas, à margem das elaboradas pela autoridade política.¹⁰⁵ Este autor situa bem o debate, enfocando o ponto de discordância entre as duas escolas: monismo X pluralismo jurídicos. Mesmo que não aponte os começos deste confronto de saberes e nem desenhe este embate. Entretanto, aponta que entre os pluralistas poucos são os juristas, reservando-se tal posição teórico-metodológica mais a sociólogos e filósofos.

Necessário se faz, antes de iniciarmos o debate com os autores, denifinir em linhas gerais o que se entende por pluralismo jurídico. Apesar do

¹⁰⁵ cf. LÉVY-BRUHL, Henri: *Sociologia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, pp. 24-25.

que já dissemos acima que serviu apenas para situar melhor o leitor, cabe-nos apontar que o pluralismo jurídico enquanto perspectiva teórica significa a negação de que o Estado seja a fonte exclusiva de toda a produção do direito. Tal posição é compartilhada pelos autores que neste âmbito de discussão se situam, mesmo que cada qual assuma uma construção teórica própria.

4.1 Do pluralismo ao monismo na sociologia do direito.

4.2.1. Cláudio Souto e Baptista: a exigência da informação científica no direito.

Tais autores têm a mesma preocupação em demarcar da maneira mais possível precisa o campo de investigação do direito. Iniciamos por eles a partir do seguinte critério: suas construções tomam por base a sociologia do direito clássica de Durkheim, Ehrlich e Weber. Assim sendo, a preocupação principal de Cláudio Souto consistiu em definir “substantivamente” o direito como fenômeno social.

A tarefa inicial foi determinar o conteúdo do direito, dificuldade, segundo Souto, secular com que se depararam e ainda se deparam juristas, sociólogos e filósofos do direito. E a pesquisa “Sentimento e Idéia de justiça” realizada na Alemanha em 1965, teve como objetivo principal “*determinar qualitativamente*

ou substantivamente o conteúdo de algo que possa ser chamado 'direito vivo', ou apenas 'direito'".¹⁰⁶

Busca Souto determinar os elementos constitutivos do direito como fato social, isto é, especificar a composição social do direito de maneira a poder distinguí-lo como tal de qualquer outro fenômeno social. Tal empreendimento tornou-se possível quando realizado a partir do conteúdo. Foi através da pesquisa empírica realizada na Alemanha em 1965, a qual já nos referimos, que o autor partindo da abstração científica entre o sentimento e a idéia de justiça, chegou à composição do direito como fato social. Seu ponto de partida foi a criação de um critério para o direito.

Desse modo, diz-nos Souto que se se busca sem cessar o critério geral e atual da ciência, para que se possa discernir se uma teoria é ou não científica, segundo a ciência atual, também torna-se legítimo buscar construir o critério geral e atual do direito. Esta busca baseia-se na necessidade de se saber de uma maneira mais rigorosa, se um fenômeno é ou não direito.¹⁰⁷

Depreende-se que para este autor, a definição do critério geral e atual para o direito possui uma importância fundamental na caracterização do fenômeno do direito. Com efeito, a partir da pesquisa já citada, constatou o

¹⁰⁶ SOUTO, Cláudio: *Introdução ao Direito como Ciência Social*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971, p. 102.

¹⁰⁷ cf. SOUTO, Cláudio: *Teoria Sociológica Geral*. Porto Alegre, Ed. Globo, 1974, p. 120.

pesquisador a existência de uma ligação, na realidade social normativa, do sentimento humano de justiça a uma idéia de acordo com os dados da ciência atual. E definiu: “o fenômeno jurídico, em suas linhas mais gerais, ainda não específicas, é um fenômeno que associa um imperativo (dever ser) e um conhecimento (ser) - um fenômeno de normação social (...)”.¹⁰⁸

Então, qual seria afinal a composição do direito como fato social? Diz-nos Souto em outro lugar que “Direito é o que está de acordo com o sentimento do dever ser e com a ciência atual”.¹⁰⁹ Poderíamos então dizer que o fenômeno do direito pode ser expresso pela seguinte fórmula: Direito = Sentimento humano de justiça + dados da ciência empírica atual. Com Souto, o direito caracteriza-se como um fenômeno de valor, um fenômeno normativo, resultado da união entre o imperativo (dever ser = sentimento de justiça) com o indicativo (ser = idéia de justiça). Neste sentido, aponta que o direito é um dever ser que é porque está na realidade social, no mundo do ser, pois se não fosse não existiria. Para este autor, o direito como um fenômeno de valor é apreendido na realidade social como um conhecimento, como um indicativo que é, embora seja um dever ser. Ou seja, a teoria científica do direito extrai, retira da realidade social, do ser social o conhecimento sobre o direito.¹¹⁰

¹⁰⁸ cf. SOUTO, Cláudio: *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*. Porto Alegre, SAFE, 1978, p. 68.

¹⁰⁹ cf. SOUTO, Cláudio: *Ciência e Ética no direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre, SAFE, 1992, p. 102.

¹¹⁰ cf. SOUTO, Cláudio: *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*. Porto Alegre, SAFE, 1978, p. 69.

Apresenta ainda este autor um outro elemento componente do direito como fato social, o impulso de ser. Para Souto, o impulso de ser é o elemento infra-estrutural do sentimento de justiça, e constitui um postulado ético fundamental. Este impulso de ser representa algo muito básico, vinculando-se mesmo à animalidade, inclusive à animalidade humana, significando nada mais nada menos do que o impulso de conservação do indivíduo e da espécie.¹¹¹

Portanto, para Souto é direito toda apreensão da realidade social móvel e complexa que contenha a seguinte composição: "*Impulso de conservação individual e da espécie e de sentimento de agradabilidade informado por idéia de acordo com a ciência empírica*".¹¹²

Constrói um critério geral para o direito fazendo-o independender do Estado, tornando possível apreender o direito em qualquer grupo social. Tomando-se como referência este critério, segundo ele, pode-se avaliar a juridicidade da normatividade positiva produzida pelo Estado através do seu órgão competente, segundo os critérios instituídos pela sociedade global, bem como a normatividade instituída por grupos comunitários, assim como em espaços sociais de marginalidade urbana como as favelas, fenômeno este

¹¹¹ cf. SOUTO, Cláudio & SOUTO, Solange: *Sociologia do Direito*. São Paulo: LCT/EDUSP, 1981, p. 106; cf. ainda SOUTO, Cláudio & SOUTO, Solange: *A Explicação Sociológica: uma introdução a Sociologia*. São Paulo: EPU, 1985, pp. 243-244.

¹¹² cf. SOUTO, Cláudio: *Tempo do direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 1997, p. 45.

surgido no que já se denominou de países do Terceiro Mundo, recebendo nomes diversos e que no Brasil foi assim designado. Mas o que distingue a favela de muitas outras comunidades pobres que lhe são semelhantes é a ocupação ilegal da terra.¹¹³ De qualquer modo, em qualquer lugar que o direito possa brotar pode-se aplicar o critério de Souto.

Assim sendo, acredita ter descoberto a verdade do direito ao produzir aquele critério geral. De fato, o que ocorre é a fabricação de uma fórmula. O que isto quer dizer? Significa que o direito em sua composição social tomado como "*o impulso de conservação individual e da espécie e de sentimento de agradabilidade informado por idéia de acordo com a ciência atual*" nada mais é do que uma construção particular, uma fabricação e não algo natural, existente na realidade social e de lá extraído.

A atividade do autor consiste na elaboração de uma essência para o direito. Mas ele procura nos convencer de que o conteúdo do direito, o qual nós já apontamos acima, existe na realidade de forma objetiva, bastando apenas ir lá e aprendê-lo cientificamente a partir dos elementos que uma teoria científica do direito apresenta. Tal elaboração teórica sinaliza para a construção de um direito em si existente na realidade social. Fica evidenciado que o autor estabelece uma separação entre o sujeito e o objeto, este sendo a realidade social, existente fora do sujeito como algo dado.

¹¹³ cf. PERLMAN, Janice: *O mito da marginalidade: Favelas e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, pp. 39-44.

A preocupação constante diz respeito à produção de um critério que, de uma vez por todas, aponta um conteúdo para o direito rigorosamente definido. Este se constituiria na verdade desvelada do direito. Pois o direito não tem nada que ver com poder, com dominação, com força, pelo contrário, se sustenta pela racionalidade do seu conteúdo, pela certeza que o conhecimento científico representa.

Assim sendo, com a fórmula elaborada pode-se, de fato, julgar qualquer padrão normativo, no ocidente ou no oriente, independentemente da variação dos valores e da cultura. Onde esta fórmula se encaixar, pode-se dizer que a normatividade é jurídica. Portanto, "o direito" aí está presente. Baseia-se sua construção em uma idéia de justiça. Toda normatividade só é direito se for justa. Mas o que é justo nesta perspectiva? Procurou-se por meio de uma redução teórica tornar uma a idéia de justiça. Aqui o autor procura se livrar das idéias de justiça baseadas nos jusnaturalismos metafísicos como: 1) a idéia de justiça baseada na natureza das coisas; 2) a idéia de justiça baseada nos mandamentos divinos; 3) a idéia de justiça baseada na razão humana. Bem como procurou se desvencilhar das idéias de justiça social, porque em seu entendimento "n" seriam as suas variações.

É interessante notar que o autor percebe que cada idéia de justiça constitui-se em uma idéia particular, por conseguinte, cada direito construído sobre a base de uma idéia de justiça, será também particular. Mesmo assim, opta por tomar uma como sendo a "idéia de justiça". E qual seria? Aquela que se baseia nos dados da ciência. Percebeu o autor que como todas aquelas

idéias de justiça por nós elencadas acima são ideológicas, se apresentam como particulares, passíveis de uma contestação pela carência de cientificidade.

Para ele, firmar o critério do direito em lastro científico, em conhecimento racional, empiricamente comprovado, mais difícil seria a contestação, porque trata-se da idéia segundo a qual o conhecimento científico é o mais seguro de que se dispõe no momento atual. Neste sentido, mais fácil seria a universalização da idéia de justiça quando baseada em conhecimento científico.

Nesta mesma direção encontramos o pensamento de José Cláudio Baptista, vejamos o que diz este autor: "*A nossa hipótese de trabalho é, pois, que o direito consiste substancialmente em um fenômeno social, tudo o mais girando em torno deste núcleo, assim como é nuclear que a água se componha de oxigênio e hidrogênio - até hoje nenhuma experiência provou o contrário (...)*".¹¹⁴ Em outra passagem se mostra bastante enfático: "*(...) o direito substancialmente é o mesmo, como realidade transcultural (...)*".¹¹⁵

O que isto quer significar? Pretende o autor dizer que do ponto de vista do conteúdo do direito, a fórmula elaborada por Souto é a fórmula. Tal como a

¹¹⁴ BAPTISTA, José Cláudio: *Dogmatismo Jurídico em Análise Crítica*. João Pessoa: Empório dos Livros, 1993, p. 08.

¹¹⁵ BAPTISTA, José Cláudio: *Dogmatismo Jurídico em Análise Crítica*. João Pessoa: Empório dos Livros, 1993, p. 12.

fórmula da água, acredita verdadeiramente que, o direito se constitui em um fenômeno social substantivo até prova em contrário. Os pressupostos teóricos com os quais trabalha Baptista, o conduz a acreditar na existência de uma realidade social situada em oposição ao sujeito, fora deste. Além disto, sua construção aponta para a existência de uma essência dada na realidade social e que um compartimento desta mesma realidade refere-se ao direito. Será que o que o autor chama de realidade possui uma existência própria, uma ordem interna própria, uma racionalidade intrínseca, bastando ao sujeito captá-la? E como fica esta posição cartesiana quando relacionada à moderna teoria do conhecimento kantiana?

Ou seja, o direito seria o sentimento humano de justiça unido a dados da ciência atual e que o sentimento teria como elemento infra-estrutural o impulso de ser. Esta seria a essência do direito, o seu núcleo fundamental e tudo giraria em torno dele. E como diz Baptista: *"a dificuldade é que poucos chegaram a compreender a fundo o que o direito substancialmente é"*.¹¹⁶ Poucos descobriram a verdade do direito, poucos desvelaram a realidade verdadeira do direito, esta é sua constatação. Mas, como outros poderiam tê-la atingido se a fórmula do direito acima exposta foi uma invenção particular, se ela foi produzida por Souto?

¹¹⁶ BAPTISTA, José Cláudio: *Dogmatismo Jurídico em Análise Crítica*. João Pessoa: Empório dos Livros, 1993, p. 12.

Para esta perspectiva, historicamente e transculturalmente, o direito substancialmente é o mesmo. O que ocorre é a atualização dos dados científicos. Aposta-se muito no conhecimento científico como o mais seguro, o mais desideologizado, o menos preconceituoso, como se o pesquisador não se equivocasse, nem fizesse seleções do material que vai utilizar. E aquele pesquisador que utiliza apenas o material que confirma sua hipótese? E os modelos teóricos que forçam a seleção do material e desprezam o que neles não se encaixarem? Seria a ciência o estudo do que é ou do que deve ser segundo o modelo teórico utilizado?

Nesta perspectiva, seria considerado direito o ordenamento normativo de um país como o Irã e como o de todos os outros onde predomina a religião islâmica, cujo regime aplica a lei do Corão, o direito canônico a todos os aspectos da vida do povo? Seria direito a lei de Alá e daqueles que governam em seu nome? Teria conteúdo de direito a norma segundo a qual a mulher que saia de casa sem véu apanha de chicote, como acontece na Arábia Saudita? Ou ainda que as mulheres adúlteras podem ser executadas, como no Afeganistão? Mais um exemplo pode ser dado, vejamos: a proibição do corte da barba, a proibição da música e da possibilidade de as mulheres trabalharem fora de casa, para nós poderia ser considerado direito? ¹¹⁷

¹¹⁷ KLINTOWITZ, Jaime: "Sob o Manto do Fanatismo". In Revista *VEJA*. São Paulo: Abril Cultural, 01 mar. 2000, pp. 44-51.

Certamente que a partir dos elementos constitutivos do direito como fato social, já apresentados acima, os comandos normativos de países cujo fundamento do Estado e do direito é teocrático não teria juridicidade nenhuma. Porque não teriam a informação científica para lastrear a normatividade e sim conhecimento metacientífico, religioso. Ou seja, prevaleceria a racionalidade da ciência sobre a cultura e os valores aceitos pelas populações daqueles países. Entretanto no Irã único país absolutamente teocrático, aquelas normas são válidas e aplicadas como direito. Trata-se aqui de culturas diferenciadas e de valores heterogêneos que embasam os direitos de países ocidentais e orientais, apesar da influência ocidental nos domínios destes últimos.

Sobre o conhecimento produzido pela ciência, vejamos o que nos diz Baptista: “(...) cremos, para clareza de compreensão que podemos chamar de **certos** os conhecimentos de acordo com a ciência empírica; errados os que são a esta contrários ou contraditórios (...)”.¹¹⁸ O autor nesta passagem assume uma postura teórica que atribui superioridade ao saber científico, quando relacionado com os saberes sujeitados, assim denominados por serem tidos como não conceituais, são desqualificados como ingênuos, inferiores, considerados abaixo do nível do conhecimento, saberes que no confronto histórico não venceram e assim se tornaram dominados e nomeados pelos saberes vencedores. Estes inscrevem no outro o título de inferior. E assim

¹¹⁸ BAPTISTA, José Cláudio: *Dogmatismo Jurídico em Análise Crítica*. João Pessoa: Empório dos Livros, 1993, p. 12.

passam a ser vistos socialmente, são descredenciados, sem força explicativa alguma. Exemplificando, que valor teria o saber de um morador de uma favela brasileira sobre um tipo de direito que no interior dela tem vigência? Nenhum. Agora, se tal saber desqualificado, insuficiente, fosse apropriado por uma teoria científica segundo suas regras de produção a situação seria outra.

Esta consiste em uma postura que acredita na existência de uma verdade em germe que vem se construindo historicamente. Um conhecimento científico novo, cada vez mais ampliado, em que o anterior no posterior vai sendo continuamente subsumido. Nesta linha de pensamento não se enxerga rupturas, descontinuidades, pelo contrário, uma linha reta rumo a um esclarecimento cada vez maior, em direção a um crescente desvelamento do mundo e da vida social.

A proposta que analisamos universaliza o direito tomando-se como ponto de partida o conhecimento científico que passa a fazer parte do conteúdo das normas jurídicas. Tal fato sustenta a validade universal e transcultural deste direito, podendo-se fazer valer sua superioridade sobre os valores e culturas diferenciadas, que por isso mesmo produzem direitos distintos.

Diante da pretensão do autor em criar um critério que aponte para uma outra forma de ler o fenômeno do direito, ele o separa de qualquer vinculação com o poder, com a força, com a dominação. As construções de Souto e

Baptista substituem o Estado e a legalidade como critério do que seja direito pela informação científica unida ao sentimento humano de justiça.

Assim sendo, já verificamos que o critério de legitimidade do direito moderno foi a vontade da maioria do parlamento e contemporaneamente, o critério de legitimidade do direito passou a ser tão-só formal, passando a valer se cumprir os requisitos formais para sua produção já prescritos pelo próprio sistema. Diante da impossibilidade de continuar lendo o fenômeno do direito, na sociedade contemporânea, a partir de sua redução ao direito positivo estatal, os autores que se posicionam segundo o pluralismo jurídico postulam a existência concomitante de outros direitos positivos e Souto e Baptista situam-se nesta perspectiva.

Entretanto, pelo que percebemos de suas construções, não existe espaço para uma pluralidade de direitos. Porque eles criam uma essência para o direito como já demonstramos. Neste sentido, embora criando um critério que permita deslocar o direito da produção exclusiva do Estado e de sua única validade e legitimidade em seu âmbito, acabam afirmando que nem tudo que o Estado produz é direito, pois nem todas as normas positivas do Estado possuem o conteúdo que ambos prescreveram para que se constituíssem verdadeiramente enquanto tal.

Do mesmo modo, quando dizem que qualquer grupo social pode produzir direito, inclusive podendo-se encontrar direito nas favelas, submetem as regras produzidas nestes espaços sociais ao crivo do seu critério, podendo-

se até nem se encontrar direito, mas como eles afirmam o "torto". O que se evidencia numa construção como esta é que trata-se, de fato, de um direito único, mas que pode emergir em vários lugares.

Não se cuida aqui de uma pluralidade de direitos, mas da possibilidade de uma pluralidade de fontes de um mesmo direito, o que aponta para uma perspectiva monista e não pluralista.

4.2.2. Roberto Lyra Filho e a compreensão dialética do direito.

A partir deste momento dialogaremos com autores que tomam por base, entre outros, o pensamento da sociologia do direito clássica de Marx e de Ehrlich. Iniciaremos com Lyra Filho, vinculado sobretudo à perspectiva marxista ele constrói uma teoria que pretende ser verdadeiramente dialética sobre o direito. A partir do núcleo teórico por ele elaborado passa a criticar as teorias já existentes pelas suas insuficiências.

Começa criticando as formas históricas que o positivismo jurídico assumiu, seja do lado do mundo dito capitalista seja do lado do mundo dito socialista, quando tais divisões geopolíticas ainda eram possíveis. Assim sendo, desmascara o caráter ideológico do legalismo capitalista e do legalismo socialista, apontando características gerais que podiam ser constatadas em ambas as versões. Os elementos comuns a estas versões do positivismo jurídico são: redução do direito à ordem posta; o direito é considerado justo porque ordenado, reduzido à lei; chama-se de direito o que já foi convertido

em lei; o Estado detém o monopólio da produção do direito; e as normas de conduta impostas pelo Estado garantidas por sanções organizadas constituem o completo direito.¹¹⁹

Por outro lado, critica o direito natural como ideologia e as formas históricas por ele assumidas. Segundo o autor em discussão três são as formas tradicionais surgidas historicamente para cumprir determinadas funções. Desta forma, o direito natural cosmológico apresenta-se como a primeira forma histórica, sendo originado o direito da “natureza das coisas”, da ordem cósmica, do universo, podendo ser encontrado na natureza.

Esta ideologia serviu para justificar a escravidão. Em segundo lugar, aponta para o direito natural teológico que pretendeu deduzir o direito da lei divina e teve por fim justificar a estrutura aristocrática feudal com sua hierarquia e privilégios oriundos do nascimento. Em terceiro lugar, sinaliza para o direito natural antropológico, baseado no homem que podia extrair os princípios supremos da vida de sua própria razão, este na leitura lyriana serviu à burguesia em ascensão para contestar os privilégios da estrutura aristocrática feudal.¹²⁰

Pode-se mostrar ainda as características gerais, segundo Lyra Filho, do

¹¹⁹ cf. LYRA FILHO, Roberto: *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982 A, pp. 27-30.

¹²⁰ cf. LYRA FILHO, Roberto: *Para um Direito sem Dogmas*. Porto Alegre: SAFE, pp. 19-22; LYRA FILHO, Roberto: *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982 A, pp. 39-42.

que ele chama de corrente jusnaturalista que engloba as três versões expostas acima: a fundamentação em princípios fixos, inalteráveis, anteriores e superiores às leis; o qualificativo de justo que lhe é intrínseco, sob pena de perderem a juridicidade; e o seu desdobramento em dois planos, o ideal e o normativo positivo.¹²¹

Critica ainda um quarto modelo jusnaturalista encontrado em Michel Miaille, intitulado de direito natural de combate. Aqui, trata-se de um direito natural não conservador como as formas tradicionais acima já explicitadas. Diz que Miaille diferencia-se daqueles marxistas denominados de “dogmáticos” por reduzir o direito à superestrutura, negando, por conseguinte, a determinação recíproca entre infra-estrutura e superestrutura. A tal limitação Miaille escapou.

Pois na visão lyriana a produção de Miaille procura evitar um direito natural fixo e metafísico. Miaille procura historicizar o direito natural, trabalhando com a idéia de justiça social como parâmetro da juridicidade do direito. Todavia, seu limite, segundo Lyra Filho, consiste em construir uma oposição histórico-social de dois direitos, o direito positivo e o direito natural, ao invés de elaborar uma visão histórico-social do direito.

Vejamos o que isto significa. Para Lyra Filho resta edificar uma teoria verdadeiramente dialética do direito. Esta rompe com a oposição tradicional entre dois direitos: o direito positivo e o direito natural, porque é preciso

¹²¹ cf. LYRA FILHO, Roberto: *Direito do Capital e Direito do Trabalho*. Porto Alegre: SAFE, 1982 B, pp. 26-29.

*“Esta é, porém, uma tese histórica e sociologicamente errônea, pois o direito, que passa da ilegalidade para a legalidade, já é um **fenômeno jurídico**, antes que o Estado o reconheça; e **permanece jurídico**, mesmo que o Estado retarde ou negue tal reconhecimento”.*¹²³

Esta passagem contém uma reflexão sobre o direito que extrapola o critério de legitimidade baseado na legalidade, como faz o positivismo jurídico, que só admite como direito o direito positivo estatal. Verificamos a busca da produção de um critério que o permita demarcar o campo do direito, isto lhe possibilitará distinguir, como ele mesmo diz, direito de antidireito.

Com a elaboração deste critério Lyra Filho poderá analisar os processos históricos que delineiam um perfil jurídico. Para ele, a vigência social de regras de conduta realmente vividas, consideradas ilegais porque situam-se fora do direito positivo estatal, já se caracterizam como jurídicas, mesmo que o Estado retarde ou negue tal reconhecimento. Tal postura aponta para a compreensão de que não é o revestimento dado pelo Estado às normas tornando-as legais que caracterizam-nas como jurídicas. Assim sendo, se as normas que passam da ilegalidade para a legalidade já são jurídicas e permanecem jurídicas é porque existe nelas uma essência que as qualificam enquanto tal.

Todavia, o pluralismo lyriano se apresenta como uma etapa rumo à edificação de um direito único, conseguido por meio da síntese dialética. O

¹²³ cf. LYRA FILHO, Roberto: *Direito do Capital e Direito do Trabalho*. Porto Alegre: SAFE, 1982 b. p. 34.

critério de aferição da sua juridicidade toma como base uma idéia de justiça, nas palavras do autor temos: "*Justiça é justiça social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais*".¹²⁴

Concordamos com sua posição segundo a qual o direito emerge dos conflitos sociais, das lutas sociais, pois ele é definido socialmente, não é definido na cabeça de um teórico. Entretanto, sua concepção encontra-se imersa em uma teleologia que o conduz a apontar a emergência de um direito com um conteúdo único, um direito universal, fruto de uma futura homogeneidade no interior de uma sociedade.

Necessário se faz mostrar que a concepção de justiça que ele apresenta é uma entre outras possíveis, por exemplo: pode ser justo socialmente manter a propriedade privada dos meios de produção, como o seu contrário. Cada sociedade em determinado momento histórico define o que é socialmente justo. Pois "n" são as possibilidades de se postular uma idéia de justiça social e a partir dela montar o que para ele vem a ser direito.

Aqui estamos diante de mais um autor que constrói o fenômeno do direito a partir de uma concepção essencialista, buscando atribuir ao direito um fundamento ontológico, apontando a partir dos seus elementos definidores

¹²⁴ cf. LYRA FILHO, Roberto: *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982 A, p. 86.

o direito verdadeiro, tomado como instrumento de libertação, em contraposição ao antidireito entendido como instrumento de dominação.

Vejamos então como Lyra Filho concebe o direito:

*“e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade (...). O Direito se apresenta como positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda. (...). O Direito visa ao desdobramento da liberdade, dentro dos limites da coexistência. (...). Direito é o reino da libertação, cujos limites são determinados pela própria liberdade”.*¹²⁵

Assim sendo, o que contrariar as premissas expostas acima constitui-se como antidireito, pois os elementos acima definidos apresentam-se como modelos dentro dos quais devem ser encaixadas normas socialmente vividas. Caso essas normas contrariem o critério acima desenhado, não podem ser consideradas direito no seu sentido verdadeiro. Tal como para Hegel em *A Razão na História*, a história representa o avanço, a realização da idéia de liberdade.¹²⁶ Como se caminhássemos para um lugar já definido *a priori*,

¹²⁵ cf. LYRA FILHO, Roberto: *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982 A, pp. 86-90.

¹²⁶ cf. HEGEL, G. W. F.: *A Razão na História*. São Paulo: Moraes, 1990, pp. 56-65.

contra o qual não teríamos chance de lutar mesmo que não quiséssemos. Trata-se de fechar o futuro às múltiplas possibilidades e de indicar apenas uma alternativa como a verdadeira.

Historicamente pode-se constatar que várias idéias de liberdade tiveram vigência. Por exemplo, entre os gregos a liberdade estava vinculada à esfera pública, à *polis*, aqui a atividade era aberta aos cidadãos, estes eram os homens liberados das necessidades de produção da subsistência. Portanto, a esfera pública significava o lugar da ação, enquanto a casa esfera privada era o espaço do labor e do trabalho.¹²⁷ Já com os cristãos os homens são dotados de vontade livre ou livre-arbítrio, podem escolher entre o bem (obediência a Deus) e o mal (subordinar-se à tentação do demônio), assim pode-se através da fé que se constitui em uma virtude cristã optar pelo caminho do bem. Aqui o homem pode externamente está acorrentado, mas sentir-se livre porque a liberdade é interior. Para Kant por exemplo a liberdade significou autonomia da vontade. Internamente significa nos livrarmos da natureza egoísta, externamente significa a possibilidade de darmos leis a nós mesmos e de não sermos guiados por nenhuma força exterior. Isso nos conduziria, segundo ele, à maioria. Poderíamos continuar aqui perfilando autores e suas diversas definições de liberdade, pois cuida-se aqui de um valor que é relativo e não absoluto, mesmo que muitos procurem absolutizá-lo.

¹²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: "Prefácio". In ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. pp. I-VI.

O que pretendemos mostrar aqui representa uma tentativa de apontar como Lyra Filho ao criar uma essência definida para o direito, opera segundo uma lógica universalista. E que a pluralidade de direitos em seu pensamento consiste apenas em uma etapa, a ser superada historicamente, tratando-se apenas do ponto de partida para a realização da crítica ao direito reduzido ao Estado. A teleologia que marca o seu pensamento o conduz à produção de um direito único, universal, conquistado a partir de uma idéia de justiça social, por sua vez montada sobre uma idéia de liberdade que exige para tanto uma homogeneidade social.

4.2.3. Sousa Júnior e a construção do sujeito coletivo de direito.

Na mesma perspectiva aponta Sousa Júnior com uma construção teórica que também se situa no âmbito da discussão sobre o pluralismo jurídico. A proposta deste autor em muito se aproxima da do autor anterior. Sousa Júnior parte da discussão segundo a qual a questão classista não esgota a problemática do direito. Dizer que a questão do direito ultrapassa, contemporaneamente, o movimento trabalhista alcançando outros movimentos sociais, não representa novidade, pois já havia sido apontada por Lyra Filho, embora não desenvolvida.

Neste sentido, Sousa Júnior apropria-se da literatura sociológica sobre os “novos movimentos sociais” e os transforma em sujeito coletivo de direito. Vejamos o que ele nos diz a este respeito:

*"o meu propósito, derivado da continuidade de estudos já referidos que têm por base a qualificação teórica do pluralismo jurídico, é o de investigar a dimensão instituinte dos espaços sociais instaurados por esses movimentos e aquilatar a capacidade constitutiva de direitos decorrentes dos processos sociais novos que eles desenvolvem".*¹²⁸

Sousa Júnior recupera esta discussão centralizando-a nos movimentos sociais que reivindicam o direito de morar. Tais movimentos produzem o que ele denomina de "anomia" (aqui entendida como contestação) ou desorganização social, por representarem movimentos de contestação à ordem estabelecida. Neste sentido, informa-nos que:

*"o que caracteriza a ação destes movimentos, sua eficiência e capacidade de articulação de soluções é a convicção de que sua ação encontra apoio num direito que não coincide necessariamente com a legalidade vigente (...) a reivindicação do direito de morar emerge da mobilização e da organização das ações comunitárias orientadas em movimentos de resistência contra a ação repressiva configurada na derrubada de 'barracos'".*¹²⁹

O que se pretende mostrar, de fato, é que através da organização e da mobilização dos denominados sujeitos coletivos, outros espaços de produção

¹²⁸ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de: *Para uma crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre: SAFE, 1984, pp. 137-155; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de: "Movimentos Sociais - emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo do direito". In ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima de (Org.): *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Acadêmico, 1992 A, p. 32; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de: "Movimentos Sociais e Práticas Instituintes de direito: perspectivas para a pesquisa sócio-jurídica no Brasil". *170 anos de Cursos Jurídicos no Brasil*. Brasília, UNB, CF, 1997, pp. 123-144.

¹²⁹ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de: "Um direito achado na rua: o Direito de morar". In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.): *Introdução Crítica ao Direito: Série o Direito Achado na rua*. Brasília, UNB, 1993, p. 34.

de direito são criados. A capacidade de instituir espaços sociais e políticos antes não ocupados tem provocado, via reivindicação, a emergência de novos direitos como também a efetivação de outros, já garantidos por lei. As ações de tais movimentos, muitas vezes, são ilegais, pois a ocupação ou invasão de um terreno, conforme se pretender, em área urbana ou rural pela ação dos sem-teto ou dos sem-terra respectivamente, constitui-se num ato ilegal porque fere dispositivo do direito estatal.

Entretanto, tais ações se efetivam porque os atores sociais por elas responsáveis têm a convicção de encontrar apoio em um outro direito que não o estatal. Discutimos esta questão quando dialogamos com Lyra Filho. Trata-se aqui de uma outra concepção de justiça que embasa este outro direito, segundo o qual os movimentos acima citados agem.

Neste sentido, o princípio da diferença norteia tais movimentos, a aceitação das diferenças significa a possibilidade de criação de outras formas de sociabilidade. Assim sendo, querer homogeneizar e produzir um direito único corresponde a passar por sobre as diferenças, representa o seu não reconhecimento e até a possibilidade de se ler uma postura dessa como autoritária.

4.2.4. Wolkmer e os “novos movimentos sociais”.

Nessa mesma linha temos a proposta de Wolkmer de um “pluralismo jurídico comunitário-participativo”. Entretanto, para sua efetivação são

necessárias duas condições fundamentais. As condições por ele apontadas se constituem nos elementos que compõem esta perspectiva teórica. Acredita Wolkmer que sua proposta só se efetivará como tal, se interligar seus componentes através de um fio inteligível que comporte uma nova racionalidade.

Conforme já apontamos no capítulo segundo este autor trata da crise do paradigma jurídico dominante, o monismo jurídico estatal. Aqui não nos reportaremos mais à questão da crise, mas à proposta de Wolkmer de leitura do fenômeno do direito na sociedade brasileira atual, situada, segundo ele, na periferia do capitalismo ocidental.

Neste sentido, os componentes aos quais nos referimos e que formam o seu "modelo teórico", são os chamados "fundamentos de efetividade material e formal". Os fundamentos de efetividade material se apresentam como os seguintes: os novos sujeitos coletivos de juridicidade e o sistema de necessidades humanas fundamentais. Já os elementos de fundamentação formal se constituem em: reordenação política do espaço público; democracia, descentralização e participação; ética concreta da alteridade e racionalidade enquanto necessidade e emancipação.¹³⁰

Eis o seu critério de verdade. Os novos sujeitos coletivos de direito teriam sua legitimidade assentada na satisfação de carências que são de ordem material,

¹³⁰ WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 210-254.

existencial e cultural. Todavia, adequando a contexto periférico como o nosso, as carências se apresentam sobretudo como materiais. Apona Wolkmer que o direito à terra, à habitação, ao trabalho, ao salário, ao transporte, à creche etc., compõem as carências materiais às quais se reporta.¹³¹

A tais elementos juntam-se os de fundamentação formal. Aqui entra a idéia de comunidade como forma de descentralização e reordenação política do espaço público, aglutinada com a necessidade de implementação de uma democracia comunitária e participativa. Entretanto, para se ter uma democracia comunitária e participativa exige-se a formulação de valores universais, de uma identidade comunitária em que os sujeitos que a compõem se vejam organizados a partir de interesses comuns que se sobrepõem aos interesses individuais. Seria a idéia de construção de uma "vontade geral" em seu interior. Na proposta do autor em discussão, cuida-se da instauração de uma nova racionalidade que conduza à construção de valores universais. No caso em tela, trata-se de uma racionalidade discursiva ou comunicacional como condição de emancipação.¹³²

Assim sendo, preenchidos os requisitos acima citados teríamos um espaço para a elaboração de um direito autêntico e legítimo, portanto verdadeiro. Percebemos que se trata de uma construção teórica sofisticada,

¹³¹ cf. WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 151.

¹³² cf. FREITAG, Bárbara: *A Teoria Crítica: ontem e hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 63; cf. também WOLKMER, Antonio Carlos: *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991, pp. 35-96.

mas que pouco se adequa ao que se passa em favelas brasileiras, constituídas em comunidades por muitos autores que muito mais prescrevem o que deve ser do que descrevem o que é.

Trabalhar com “modelos teóricos” significa abandonar muitos elementos percebidos e registrados quando se realiza pesquisa empírica. Por exemplo, seguir o rastro de Wolkmer, conforme apontamos acima, na realização de uma pesquisa empírica conduz à realização de um julgamento do material empírico, aproveitando apenas o que se encaixa no seu modelo.

Não há uma preocupação em compreender por dentro a racionalidade, a lógica de cada espaço social desenhado por relações sociais. Por exemplo, estudar favelas é um desafio. Muitas vezes, pesquisadores chegam a essas localidades cheios de teorias, de modelos teóricos explicativos e se frustram. Porque esses modelos não dão conta e se encontram em descompasso com o que se observa. Muitas vezes as hipóteses levantadas são negadas e o desespero toma conta do pesquisador. Pois ele não foi preparado para deixar que esse mundo rico de relações sociais aponte as leituras que deva fazer para melhor interpretá-las. Chega-se pronto, com modelos na cabeça e procura-se a todo custo encaixar a hipótese de trabalho.

Desta forma, analisar práticas de direito produzidas no interior de favelas a partir de teorias como a exposta acima, conduz o pesquisador a realizar

juízos que poderíamos designar de etnocêntricos.¹³³ Pois a elaboração de determinados mecanismos de resolução de conflitos que funcionam no interior de localidades pobres como favelas ou como diz Santos em espaços sociais de marginalidade urbana, muitas vezes, não se enquadram em modelos teóricos que procuram fixar o que é o direito a partir de determinado conteúdo.

Neste caso, o descompasso constatado entre a teoria que fixa um conteúdo definido para o direito e a normatividade que funciona como critério para resolução de conflitos conduz o pesquisador a afirmar que o que se encontra na favela como direito não pode ser considerado como direito. Tal postura revela a imposição de uma forma de ver o mundo e de o elaborar a partir de pressupostos que não são os dos moradores da localidade estudada, de valores que conflitam com os dos moradores, pois estes estão sendo julgados a partir dos valores do pesquisador, bem como daqueles que perpassam a teoria que está sendo utilizada para a interpretação das relações sociais estudadas.

Vejamos então o que diz Wolkmer sobre o critério de juridicidade por ele construído para avaliar as práticas dos movimentos sociais: *“no avanço das demarcações de uma cultura jurídica pluralista e insurgente parece significativo ponderar se toda regulação comunitária autônoma, espontânea e alternativa não-estatal é justa, válida e legítima?”*¹³⁴

¹³³ cf. ROCHA, Everardo: *O que é Etnocentrismo*. São Paulo: Brasiliense, 1994, pp. 07-22.

¹³⁴ WOLKMER, Antonio Carlos: "Direito Comunitário Alternativo: elementos para um ordenamento teórico-prático". In ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.) *Lições de Direito Alternativo 2*. São

Em sua perspectiva, a resposta a esta pergunta é negativa. A partir desta pergunta Wolkmer lançará o seu critério de verdade sobre o que vem a ser direito para ele. De fato, este autor está procurando elaborar um critério que retire a exclusividade do Estado na produção do direito. Assim sendo, desloca o critério de legitimidade do direito que é a legalidade, para o que ele denomina de "vontades coletivas", ou seja, para Wolkmer é legítimo o direito que emerge do consenso comunitário.

Mas será que é assim mesmo? Diz-nos Wolkmer:

"(...) nem toda regulação social ou manifestação normativa extra-estatal é justa e legítima, pois, por vezes, em conjunturas políticas em crise ou marcadas por frequentes instabilidades institucionais, o abandono das garantias mínimas de legalidade oficial (...) representa o arbítrio, a discriminação, a injustiça, e a perversidade (os julgamentos populares internalizados nos grupos locais, feitos pelas próprias mãos, na base do linchamento) quer-se (...) excluir peremptoriamente as práticas perversas e ilegítimas daqueles movimentos coletivos (ainda que populares) (...) neste processo se faz imperativo redefinir pressupostos de sustentação da legitimidade (...) assentando-se no poder de participação/decisão e no consenso do 'justo' comunitário desejado".¹³⁵

Percebemos o dilema em seu pensamento, qual seja, quer ser coerente com a instauração da nova racionalidade discursiva ou comunicacional, por ele

Paulo: Acadêmica, 1992 B, p. 134; WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, p. 289.

¹³⁵ WOLKMER, Antonio Carlos: "Direito Comunitário Alternativo: elementos para um ordenamento teórico-prático". In ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.) *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Acadêmica, 1992 B, pp. 134-139; WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega, 1994, pp. 289-291.

exigida como requisito para conquista da emancipação e ao mesmo tempo pretende fixar um critério para o direito. Assim sendo, como é que ele joga a legitimidade da produção do direito para as vontades coletivas, quando diz que esta mesma legitimidade assenta-se no poder de participação/decisão e no consenso do justo definido pela comunidade e, simultaneamente, retira a autonomia comunitária no que concerne a determinadas práticas entendidas por ele como perversas?

Procura Wolkmer construir uma teoria do direito que retire deste qualquer fundamento essencialista, ou seja, qualquer fundamento no próprio homem enquanto uma entidade transcendental. Seguindo os passos de Habermas, desloca a legitimidade do direito para uma perspectiva interacional, relacional. Neste sentido, a legitimidade do direito a partir de uma racionalidade comunicativa significa subordinar sua produção a uma interação dialógica, em que os sujeitos se põem de acordo sobre valores como verdade e como justiça, definindo o direito sobre tais valores.

O que percebemos em sua construção não aponta para este direcionamento. A autonomia comunitária não existe, o que ocorre é que um padrão de juridicidade é elaborado fora da comunidade e depois lhe é imposto como se fosse uma produção da própria comunidade. Sua formulação teórica mais se aproxima do ideal afastando-se da realidade das comunidades locais.

A este propósito adverte-nos Oliveira nos seguintes termos:

“O escasso conhecimento dessas práticas jurídicas internas às comunidades (...) explicaria também a

evidente idealização que a literatura antidogmática ostenta ao considerar essa alternatividade. (...). Quando falo em idealização, refiro-me ao fato de que a literatura crítico-alternativa - apesar da sistemática condenação ao idealismo dos juristas tradicionais - adota frequentemente uma linguagem militante que pertence mais ao mundo do dever ser do que ao terreno aparentemente menor - mas que tem a grande vantagem de não permitir a substituição da realidade pela retórica - dos fatos".¹³⁶

Pelo que temos percebido, em tese, o justo definido comunitariamente prevalece nestas construções teóricas, entretanto é fora que se define o que o direito é. Como nos diz Oliveira, tais postulações resultam bem mais de

¹³⁶ OLIVEIRA, Luciano: "O pluralismo jurídico como signo de uma nova sociedade na América Latina: mitos e realidade". Recife: mimeo, 1992 p. 08; ver ainda, nessa mesma linha crítica OLIVEIRA, Luciano: "Ilegalidade e Direito Alternativo: notas para evitar alguns equívocos". *Ensino Jurídico OAB - Diagnósticos, Perspectivas e Propostas*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1992 A, pp. 191-200; OLIVEIRA, Luciano: "Direito, Sociologia Jurídica, Sociologismo: notas de uma discussão". Texto apresentado no VIII Encontro Nacional da ANPOCS, Águas de São Pedro. São Paulo, 1984, pp. 01-21; OLIVEIRA, Luciano: "Ética e determinação sociológica em tempos sombrios: uma breve reflexão". *Direito em Debate*, ano IV, n. 04, 1994, pp. 65-71. Ver ainda uma crítica à idéia de pluralismo jurídico elaborada por 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". *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 06. Recife: Universitária (UFPE), 1993, pp. 313-357. Aqui, tal autor diz que todas as perspectivas pluralistas tiveram seu nascimento "no contexto euro-continental e anglo-americano". De modo que, o pluralismo jurídico nos lugares acima citados reconhece o direito estatal como autopoietico, possuindo uma identidade própria. E que as demais ordens plurais que não possuem uma pretensão de racionalidade universalista possuiriam também um rosto que as diferenciariam do direito estatal. Para ele o problema reside na recepção e tentativa de aplicação de tal modelo à realidade latino-americana. Aqui diz este autor que não temos pluralismo jurídico, mas miscelânea social, pela falta de identidade própria das várias esferas de juridicidade, inclusive da esfera estatal. Fica claro como este autor faz a leitura da "modernidade periférica", como ele mesmo diz, a partir da "modernidade central", esta é sua referência. Ao invés de perceber a singularidade histórica e as condições históricas que possibilitaram a emergência da discussão do pluralismo jurídico em países da América Latina.

idealizações dos seus autores do que mesmo do conhecimento do funcionamento e da organização destas comunidades.

Com efeito, a forma como Wolkmer constrói a sua proposta, não parece que o direito se defina pelo consenso comunitário. Pois ele procura excluir deste consenso determinadas práticas sociais por ele tidas como perversas e que não podem ser consideradas como direito. Neste caso, ele elabora um conteúdo definido para o direito. O que lhe permite distinguir entre práticas legítimas e práticas ilegítimas, mas não necessariamente corresponderia ao que o consenso comunitário definiu como direito ou o seu contrário.

Por exemplo, no interior de uma favela, um morador assalta outro morador, toma-lhe o relógio. A vítima se dirige ao chefe da "boca-de-fumo" e relata o assalto, indicando o objeto roubado e apontando o assaltante. Pouco tempo depois, o assaltante recebe a seguinte punição: pagamento em dinheiro à vítima cujo valor é o dobro do valor do relógio roubado e ainda leva uma surra.¹³⁷

Perguntaríamos: este mecanismo de resolução de conflitos encontrado no interior de uma favela na cidade de Campina Grande, por meio de uma pesquisa empírica, poderia, à luz da teoria wolkmeriana ser considerado

¹³⁷ cf. RIBEIRO, Emmanuel Pedro. "A favela do Pedregal e suas formas de intermediação de conflitos". Campina Grande: mimeo, 1998, p. 37. Nos referimos à pesquisa que realizamos em 1998 em uma favela aqui em Campina Grande, cujo objetivo foi detectar formas alternativas às estatais (polícia e Judiciário) de resolução de conflitos. Este material empírico será utilizado aqui à medida que formos realizando as

direito? Aqui, vimos que tal forma de resolução de conflitos existe na comunidade, esta elaborou uma regra para a resolução de um conflito, poderia ser considerada direito segundo o modelo teórico acima exposto? A resposta é negativa, pois constitui-se em uma prática perversa, não se acomoda ao conteúdo definido por Wolkmer como direito.

Se assim procede, como entender que o paradigma mais adequado para ler o fenômeno jurídico na atualidade da sociedade brasileira é a sua proposta de pluralismo jurídico? De fato, as práticas dos movimentos sociais podem ser plurais, mas o direito não é plural, essencialmente seria o mesmo. Basta notar os critérios pelo autor elencados que legitimam as ações dos sujeitos coletivos de direito: as necessidades humanas fundamentais.

Estas para Wolkmer, conforme já falamos antes se apresentam como: existenciais, materiais e culturais. O referido autor as apresenta como se fossem inerentes aos homens, como algo intrinsecamente vinculado a eles, como coisas dadas, quando, de fato, são necessidades definidas socialmente, construídas socialmente. E cada sociedade em dado momento histórico define o que para ela se constitui como tal. Portanto, mostramos como este autor também elabora a proposta de um direito único e o seu pluralismo só se mostra quando cria um outro critério para definir o direito diferentemente dos autores do positivismo jurídico. Mas ao produzir o critério universaliza o que ele entende por direito, anulando outras possibilidades.

críticas locais às teorias globalizantes. Entretanto deixamos claro que o material empírico será utilizado

4.1 *Duas pesquisas empíricas brasileiras e o problema do pluralismo jurídico.*

4.3.1. Boaventura de Souza Santos e o direito não oficial de Pasárgada.

No que concerne a pesquisas empíricas realizadas no Brasil tomando como referência a problemática do pluralismo jurídico, poderíamos citar pelo menos duas efetivadas em favelas do Rio de Janeiro. A primeira foi realizada durante o verão de 1970, pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos, na favela do Jacarezinho a qual deu o nome fictício de Pasárgada.¹³⁸

O autor referido buscou evidenciar a construção de uma normatividade paralela à estatal, criada pelos moradores da favela, com validade apenas no seu interior, gerida pela Associação de Moradores. Mostra que a constituição da favela estudada se deu no início da década de 30 com a ocupação dos terrenos que à época eram propriedade privada, mas que logo depois passaram a ser propriedade do Estado.

Sobre a ilegalidade da propriedade foram construídos barracos também clandestinos, e que as lutas pela permanência no terreno por melhores condições de vida, incluindo aqui as lutas por água, energia elétrica,

para a redação de um trabalho específico.

¹³⁸ cf. SANTOS, Boaventura de Sousa: *O Discurso e o Poder: ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1998: _____; "Sociologia na primeira pessoa: fazendo pesquisa nas favelas do Rio de Janeiro". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. N. 49. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 58: _____; "Notas sobre a história jurídica e social de Pasárgada". In

saneamento básico, pavimentação, foram todas aglutinadas em torno da Associação de Moradores. Foi a partir dela que a comunidade ganhou organização. E como o próprio Santos diz:

*“Com o tempo, algumas dessas associações passaram a assumir funções nem sempre previstas directamente nos estatutos, como, por exemplo, a de arbitrar conflitos entre vizinhos (...). Em Pasárgada a associação de moradores cedo passou a ser conhecida pela sua intervenção nas relações sociais entre vizinhos, sobretudo naquelas que envolvessem direitos sobre a habitação ou a terra (...). A associação de moradores transformou-se, assim, gradualmente num fórum jurídico, à volta do qual se foi desenvolvendo uma prática e um discurso jurídicos - o direito de Pasárgada. O direito de Pasárgada é um direito paralelo não oficial, cobrindo uma interacção jurídica muito intensa à margem do sistema jurídico estatal (...).”*¹³⁹

Notadamente, esta se constitui na primeira fase do pensamento sócio-jurídico de Santos. De fato, o que pretendeu neste contexto foi ampliar o conceito de pluralismo jurídico, deslocando-o das situações já registradas pela literatura quer filosófica, sociológica ou antropológica. Pois a literatura sobre o assunto já havia estudado o colonialismo como uma situação de pluralismo jurídico, em que convivem num mesmo espaço o direito do Estado colonizador

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.): *Introdução Crítica ao Direito: série e direito achado na rua*. Brasília; UNB, 1993, pp. 42-47.

¹³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa: *O Discurso e o Poder: ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1988, pp. 11-14.

e os direitos tradicionais dos colonizados. Outra situação foi constatada em países como a Turquia, Tailândia, Etiópia que para consolidar e modernizar o poder do Estado adotam o direito europeu. Estudou-se também os casos que em virtude de uma revolução social, dois direitos passam a coexistir, o direito tradicional e o direito revolucionário.¹⁴⁰ Neste sentido, procurou Santos alcançar:

*"situações susceptíveis de ocorrer em sociedades, cuja homogeneidade é sempre precária porque definida em termos classistas; isto é, nas sociedades capitalistas (...) em espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processadas com base em recursos normativos e institucionais internos. Estes espaços sociais variam segundo o fator dominante na sua constituição (que pode ser sócio-econômico, político ou cultural) e segundo a composição da classe".*¹⁴¹

Percebemos como este autor procura construir um lugar de produção teórico próprio, pois seu estudo objetiva contemplar as situações de pluralismo jurídico nas sociedades capitalistas, em espaços sociais de marginalidade urbana como as favelas. Detectando um direito interno não oficial paralelo ao direito oficial vigente em todo território nacional. Aponta a existência de um direito particular que não tem validade fora dos limites territoriais da favela. Nesta linha de raciocínio, o direito não é algo que possua uma essência dada,

¹⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Souza: "Justiça popular, dualidade de poderes e estratégia socialita". In FARIA, José Eduardo (Org.): *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. pp. 185-205.

¹⁴¹ SANTOS, Boaventura de Souza: *O Discurso e o Poder: ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1988.

a partir da qual se possa universalizá-lo. Não se cuida aqui "do direito", mas de um direito que emergiu a partir das interações sociais entre os moradores da favela, denominada de Pasárgada, para atender demandas que surgiram em seu interior, seja ele repressivo ou libertador.

Assim sendo, vejamos como Santos define uma situação de pluralismo jurídico:

*"Existe situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social - neste caso, a habitação".*¹⁴²

Temos verificado que o seu referencial busca explicar a emergência do direito de Pasárgada a partir da luta de classes, apontando este direito como paralelo, não oficial. Tal postura possui também um limite, além do limite ideológico, seu referencial teórico se apresenta como uma camisa-de-força, pois como já discutimos em outros lugares deste trabalho, o direito aqui resulta da relação entre infra-estrutura e superestrutura, de um modelo aplicável em

¹⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa: "Notas sobre a história jurídica e social de Parsárgada". In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.): *Introdução Crítica ao Direito: série o direito achado na rua*. Brasília: UNB, 1993, p. 42.

qualquer formação social. Além de secundarizar o poder e o direito à economia, como elementos asseguradores das relações de produção.

4.3.2. Junqueira e Rodrigues em "Pasárgada revisitada".

Em 1986, foi iniciada uma pesquisa empírica pelo Departamento de Pesquisa e Documentação da Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados e teve como fim acompanhar as atividades de prestação jurídica assumidas pelo Escritório Modelo de Advocacia Bento Rubião instalado por essa entidade no Morro da Coroa, Santa Teresa. A esta pesquisa vincularam-se Junqueira e Rodrigues.

Tal pesquisa realizada praticamente vinte anos após a investigação de Santos, também no Rio de Janeiro, teve como objetivos, primeiro, comparar a demanda real e a demanda potencial da população daquela localidade, através da aplicação de questionários tanto à clientela do Escritório como a uma amostra dos moradores; segundo, analisar as agências informais de intermediação de conflitos como alternativas às instâncias judiciais estatais. Os autores apontam como hipótese de trabalho, a Associação de Moradores como agência privilegiada na resolução de conflitos pela comunidade, seguindo as pistas deixadas pelo trabalho de Santos.¹⁴³

¹⁴³ cf. JUNQUEIRA, Eliane Botelho & RODRIGUES, José Augusto de Souza: "A volta do parafuso: cidadania e violência". In SANTOS JÚNIOR, Belisário dos (Org.): *Direitos humanos: um debate necessário*. São Paulo: Brasiliense, 1988, pp. 120-140; JUNQUEIRA, Eliane Botelho & RODRIGUES,

No entanto, a pesquisa detectou a existência de "juridicidades alternativas": uma a juridicidade da Associação de Moradores, outra a juridicidade da "boca-de-fumo". A primeira utilizando a forma dialogal, mediacional na resolução dos conflitos e a segunda fazendo uso da violência para impor a ordem. Havendo ainda uma ligação em rede entre tais instâncias de resolução de conflitos, pois quando a forma dialogal utilizada pela Associação de Moradores não funciona, os moradores recorrem à "boca-de-fumo".

A investigação revelou que a atuação da instância dialogal restringe-se ao âmbito das questões relacionadas à habitação, sobretudo às edificações e transferências de propriedade das casas. Já a atuação da "boca-de-fumo" se apresenta mais ampla como podemos perceber a partir dos casos citados pelos autores:

"CASO 1 - o morador da favela acima aciona a boca-de-fumo por causa de um furto de uma bomba d'água da sua casa. Menos de vinte e quatro horas depois, o ladrão é identificado e a bomba d'água é devolvida, cabendo ao morador decidir sobre a aplicação da penalidade, que poderia ser um tiro na mão.

CASO 2 - devido à desordem causada por crianças que atiravam pedras, o morador incomodado recorre à boca-de-fumo, que envia um dos seus empregados para impor a ordem.

CASO 4 - o estuprador de uma moradora da favela é imediatamente identificado pela boca-de-fumo e, como penalidade, castrado.¹⁴⁴

Desta maneira, entendem os autores que não faz mais sentido pensar a favela a partir do lugar utópico dos versos de Manuel Bandeira, a não ser quando se toma por referência o discurso dos teóricos europeus que, em fins dos anos sessenta, vislumbraram a América Latina como protagonista dos limites do capitalismo e a favela como impulso inicial para a edificação de um novo mundo. Apontam que a violência do crime organizado impera nestas localidades periféricas em lugar das formas dialogais descritas por Santos em sua *Pasárgada*.¹⁴⁵

Esta crítica ao trabalho de Santos procura desconstruir a idéia que ficou impregnada no imaginário de muitos sociólogos do direito. Idéia esta que remete a um verdadeiro direito construído no interior de uma comunidade, provido de uma maior legitimidade, em contraposição a um direito oficial repressivo, que só entrava na favela nos casos das "batidas policiais" na perseguição aos "bandidos".

O próprio Santos em textos posteriores ao seu trabalho em *Pasárgada*,

¹⁴⁴ JUNQUEIRA, Eliane Botelho & RODRIGUES, José Augusto de Souza: "Pasárgada Revisitada". *Sociologia-Problemas e Práticas*. Lisboa, n. 12, 1992, pp. 13-14.

¹⁴⁵ JUNQUEIRA, Eliane Botelho & RODRIGUES, José Augusto de Souza: "Pasárgada Revisitada". *Sociologia-Problemas e Práticas*. Lisboa, n. 12, 1992, p. 11.

deixou claro que procurava uma favela grande, com elevada diferenciação das redes de sociabilidade e dos conflitos jurídicos internos, bem como sua população deveria ser, em sua maioria, operária. Pretendia verificar como esse fato repercutia nas estruturas organizativas internas.¹⁴⁶

Como nos diz Oliveira, tratava-se de verificar se esses movimentos se apresentariam não apenas taticamente coletivistas, como também se sinalizavam para o florescimento de uma mentalidade popular anti-burguesa, constituindo-se na base de uma nova forma de organização social, anunciada pelos próprios teóricos.¹⁴⁷ Podemos constatar que a crítica de Junqueira e Rodrigues situa-se aí. Procuram mostrar que vinte anos depois a violência do crime organizado é que impera nestas localidades periféricas.

Apontamos, por outro lado, que a análise do material empírico realizada por Junqueira e Rodrigues toma como referência um padrão normativo construído fora da comunidade, impregnado de uma racionalidade distinta daquela que faz parte do cotidiano dos seus moradores. Tal análise é feita tomando por base os valores partilhados pelos autores, não se levando em conta os valores construídos naquela comunidade, a partir das relações sociais que nela se desenvolvem.

¹⁴⁶ cf. SANTOS, Boaventura de Sousa: "Sociologia na primeira pessoa: fazendo pesquisa nas favelas do Rio de Janeiro". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, N. 49, São Paulo, Brasiliense, 1988, p. 58

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Luciano: "O pluralismo jurídico como signo de uma nova sociedade na América Latina: mitos e realidade". Recife: mimeo, 1992 p. 02.

Alba Zaluar em *A Máquina e a Revolta* aponta para a necessidade de relativização e contextualização de valores como verdade, justiça, liberdade, etc., sobretudo quando se trata de analisar as formas como as classes populares se organizam. Vejamos o que esta autora diz: “A ação de roubar ou de matar não é julgada abstratamente como ruim, negativa, criminosa. No segundo caso, ele será julgado moralmente segundo as regras locais de reciprocidade e justiça”.¹⁴⁸ Ou seja, não há uma essência para o agir definida a priori como boa, correta nestas comunidades populares. Não dá para se pensar na existência de uma ação boa em si ou em uma ação ruim em si. A ação justa ou injusta define-se relacionalmente no interior da própria comunidade.

Por exemplo, se o “bandido” não se meteu com trabalhador ou não envolveu outras pessoas que nada têm a ver com suas rixas, sua ação não é julgada como ruim ou perversa. Um outro exemplo. Um “bandido” que rouba os moradores no interior da comunidade em plena luz do dia e no outro dia é encontrado morto, a ação de matar aí é relativizada, pois não é tida como perversa pelos seus moradores. De fato, legitimam a ação dos que matam, seja por que motivo for, dizem que não sabem e que não viram quem matou. Pode-se legitimar a ação daquele que matou ou porque se tem medo de morrer e por isso não denunciam, ou porque, agora, os moradores poderão ter mais tranquilidade, poderão andar pelas ruas durante o dia sem a

¹⁴⁸ ZALUAR, Alba: *A Máquina e a Revolta: As organizações populares e o significado da pobreza*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 164.

possibilidade de serem assaltados novamente, pelo menos o que morreu não roubará mais. Percebemos na pesquisa que fizemos que não dá para chegar em uma favela com a idéia de que matar alguém seja crime. Mesmo que a sociedade tenha instituído certas situações em que tal ação é permitida, na favela existem outras em que matar não se constitui em uma ação ruim, perversa, negativa.¹⁴⁹

Neste capítulo discutimos o problema do pluralismo jurídico na instância teórica da sociologia do direito, apontamos para uma definição geral do pluralismo jurídico que é aceita pelos sociólogos do direito, apesar de suas teorizações particulares se diferenciarem. Em seguida, demonstramos como os autores que discutem pluralidade de direitos, ao construírem seus critérios e desvincularem a produção do direito do Estado, universalizam suas perspectivas, excluindo outras possibilidades de ler a pluralidade de direitos, em virtude dos critério de verdade que estabelecem. Logo depois, apresentamos duas pesquisas empíricas realizadas no Brasil, em favelas do Rio de Janeiro, trabalhando com a hipótese de pluralidade de direitos, apontando a existência de outras agências que não as estatais encarregadas da resolução de conflitos. Aqui também analisamos os pressupostos teóricos trabalhados pelos autores das pesquisas. Agora, no próximo capítulo, procuraremos construir uma outra possibilidade de ler o fenômeno da

¹⁴⁹ RIBEIRO, Emmanuel Pedro: "A favela do Pedregal e suas formas de intermediação de conflitos". Campina Grande: mimeo, 1998, p. 42.

pluralidade de direitos, seguindo a mesma linha das críticas que vêm sendo empreendidas aos autores pluralistas ao longo do trabalho.

CAPÍTULO V - Uma entre várias possibilidades de ler o fenômeno da pluralidade de direitos.

5.1. Introduzindo a discussão.

O presente capítulo se encaminha para a apresentação de uma outra possibilidade de ler o fenômeno da pluralidade de direitos. O que se pretende, de fato, é tentar lançar uma forma diferente de pensar a problemática teórica da pluralidade de direitos. Com isso, contribuir para o enriquecimento do debate teórico, postulando uma outra lógica, cuja finalidade se constitui na ampliação mesma do debate.

Esta outra possibilidade de olhar o fenômeno da pluralidade de direitos, não implica em negar o seu significado geral segundo o qual o Estado não é a fonte exclusiva de toda a produção do direito. Assim sendo, trata-se da possibilidade de se verificar e de se pensar a existência de direito positivo fora dos limites do direito positivo estatal.

Agora, o que pretendemos é construir uma possibilidade de ler o fenômeno da pluralidade de direitos sem que tal leitura implique na exclusão de outras perspectivas pluralistas. Como vimos percebendo ao longo deste trabalho, os autores pluralistas com os quais trabalhamos, de fato, ao criarem um critério que lhes permita dizer o que o direito é, diferentemente do critério moderno do positivismo jurídico, mostrando que o Estado não tem a exclusividade na sua produção, pluralizam o direito. Entretanto, ao construírem

uma essência para o direito, acabam universalizando-o a partir dos seus critérios e, por conseguinte, anulando outras possibilidades de ler o direito, conforme ficou demonstrado.

Neste sentido, **apontamos que uma saída para ler o fenômeno da pluralidade de direitos é não definir uma essência dada *a priori* para o direito**, mas antes procurar perceber como o direito se define relacionalmente no interior de cada sociedade e não a partir da cabeça de um teórico que quer impor sua maneira de ver as coisas, portanto, sua maneira de ver o fenômeno do direito.

Com efeito, este trabalho se apresenta como um trabalho de construção mesmo, e a teoria entra aqui com esse papel. Não se pretende com tal pesquisa dar “a resposta” ou apontar “a solução”, mas antes problematizar e trabalhar uma entre diversas possibilidades de ver e dizer o fenômeno da pluralidade de direitos. Assumimos que a teoria se apresenta como um ponto de partida, a partir do qual torna-se possível colocar questões, trata-se apenas de uma ferramenta. Por um lado, a teoria ilumina pontos da realidade, por outro lado, oculta outros pontos. Desta forma, significa um ponto de vista que nos auxilia a pensar, em nosso caso particular, o mundo das relações sociais.

Assumir a postura segundo a qual a teoria não dá conta da totalidade da realidade, mas antes se constitui apenas em um ponto de vista, significa que o conhecimento de um objeto estudado a partir de um referencial teórico é apenas relativo. Portanto o conhecimento que produzimos na relação sujeito e objeto se apresenta relativo, prismático. Para uma melhor compreensão do que

estamos tratando aqui, necessário se faz, situar um pouco a discussão em torno do problema do conhecimento. Em seguida, no que diz respeito a tal problemática, vamos ver como uma filósofa e um filósofo brasileiros abordam a questão, situando-a historicamente.

5.2. O problema do conhecimento na história da filosofia.

Historicamente o problema do conhecimento tem se situado no âmbito da filosofia. A preocupação com o conhecimento racional do mundo, da realidade, da natureza remonta aos primeiros filósofos gregos. A metafísica representa a disciplina criada para o estudo do conhecimento em geral, mas a filosofia a ela não se reduz.

Entretanto, como tornou-se a parte da filosofia mais importante, chegou a confundir-se com a própria filosofia, pelo menos dos gregos ao início do período moderno. Neste sentido, o problema do conhecimento pode ser classificado dentro da história da filosofia, e alguns autores chegam, em razão da preocupação com o conhecimento, a classificar a história da filosofia.

Sabemos que toda classificação é grosseira e nunca dá conta de todas as nuances da realidade, mesmo assim, costuma-se realizar classificações. Por exemplo, a filósofa brasileira Marilena Chauí classifica historicamente a filosofia segundo o problema do conhecimento da seguinte forma: diz ela que se pode classificar pelo menos em três grandes períodos.

O primeiro vai dos filósofos Platão e Aristóteles (século IV e III a C.) até a grande crise da metafísica instaurada por David Hume. Neste primeiro período, estaríamos diante do que ela denomina de "realismo metafísico". Para ela a Filosofia na Antiguidade, na Idade Média e na Modernidade era "realista". O que isto significa? Significa que os autores partiam do pressuposto de que a realidade ou o ser tinha uma existência em si, independentemente do sujeito do conhecimento. Assim sendo, ao ser se podia ter acesso por meio da razão humana. Dentro deste "realismo metafísico", tem-se o realismo antigo, o medieval e o moderno. Por exemplo, o moderno distingue-se dos anteriores por colocar a questão da possibilidade de conhecer antes do problema relativo ao ser da realidade. Ou seja, a questão do conhecer deveria anteceder à questão do ser.

O segundo período por ela tratado se estende de Kant no século XVIII até a fenomenologia de Husserl no século XX. A este período inaugurado por Kant após a grande crise da metafísica com Hume, Chauí nomeia de "idealismo metafísico" ou "subjetivismo metafísico". Aqui a realidade não existe em si mesma independente do sujeito do conhecimento. A partir de Kant, segundo esta autora, a realidade enquanto objeto do conhecimento só passa a existir quando o sujeito a organiza, pois a realidade não possui mais uma racionalidade intrínseca, ela torna-se organizada quando o sujeito põe nela as categorias que tornam possível o conhecimento.

Já o terceiro período refere-se à metafísica ou ontologia contemporânea, estendendo-se dos anos 20 aos anos 70 do século XX. Assim sendo, este

terceiro período refere-se aos filósofos que vieram após Husserl, adotaram suas idéias e desenvolveram a chamada "nova ontologia". Aqui Chauí traz à baila os seguintes nomes: o alemão Martin Heidegger e o francês Maurice Merleau-Ponty. Diz Marilena Chauí que estes autores procuraram resolver o problema deixado pela metafísica: o dilema entre realismo e idealismo, Husserl resolveu inclinando-se na direção do idealismo, pela preponderância que deu ao sujeito do conhecimento. Desta forma, diz-nos Chauí que os autores da chamada "nova ontologia" postularam que não dá para ficar apenas com a realidade ou apenas com o sujeito, pois as coisas existem para nós e nós não podemos viver sem o mundo nem fora dele. Aqui constrói-se a idéia do conhecimento como uma relação entre a consciência e o mundo.¹⁵⁰

Por outro lado, temos o filósofo do direito brasileiro João Maurício Adeodato, este por sua vez classifica a história da filosofia de uma outra forma. Ele não a divide em grandes períodos como faz Marilena Chauí, pois segundo ele, tal classificação é ainda mais grosseira e deixa de fora muitos autores, não abordados pela história da filosofia tradicional.

Por exemplo, no período em que domina a corrente do "realismo metafísico", período esse que se estende dos antigos aos modernos, ela deixa de contemplar filósofos que não se enquadram nesta classificação de "realistas metafísicos" e que discordam dessa postura metafísica, ontológica, pois esta postura acredita existir uma essência dada na realidade e que o sujeito do

¹⁵⁰ cf. CHAUI, Marilena: *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1994, pp. 206-246.

conhecimento através da razão pode captá-la e conhecê-la verdadeiramente tal qual ela é, sem intermediário.

Exemplificando, ficariam de fora na classificação de Chauí os sofistas no período grego, entre eles destaca-se a figura de Górgias para quem as coisas não podem ser conhecidas, transmitidas e compreendidas. Ainda entre os gregos aparecem os céticos podendo-se destacar aqui Pirro e depois Sexto Empírico.¹⁵¹ Da mesma forma os cínicos e entre eles destaca-se a figura de Diógenes. No período medieval aparecem os nominalistas, aqui destaca-se Guilherme de Ockham. No período moderno há quem aponte, como o faz Marcondes, uma retomada do ceticismo antigo no século XVI, a partir do argumento cético do conhecimento do criador. Aqui pode-se encontrar este argumento em Nicolau de Cusa e em Giambattista Vico.¹⁵² No século XIX pode-se tomar Nietzsche como referência, já no século XX, autores como Jacques Derrida, Foucault, Lyotard e outros, integrantes do que se convencionou chamar de "pós-estruturalismo francês"¹⁵³ assumem ou

¹⁵¹ cf. AEODATO, João Maurício: "O Ceticismo pirrônico de Sexto Empírico". Recife; mimeo, 1999, pp. 01-09.

¹⁵² cf. SOUZA FILHO, Danilo Marcondes: "O Argumento do Conhecimento do Criador e o Ceticismo Moderno". In CHAUI, Marilena & ÉVORA, Fátima (Orgs.): *Figuras do Racionalismo*. São Paulo: ANPOF, 1999, pp. 01-30.

¹⁵³ cf. SANTOS, Jair Ferreira dos: *O que é Pós-moderno*. São Paulo: Brasiliense, 1994, pp. 71-85.

assumiram posturas assemelhadas, situando-se em oposição ao pensamento metafísico que acredita na possibilidade de a razão penetrar na realidade e descobrir verdades definitivas.

Neste sentido, Adeodato classifica de outra forma a história da filosofia no que concerne à questão do conhecimento, propondo uma divisão entre a linha ontológica e a linha retórica. Assumindo esta postura, outros autores podem ser contemplados e não ficam de fora da história da filosofia. Trata-se de um critério que desfruta de maior abrangência.

Assim sendo, para Adeodato chegar a tal divisão, ele parte de um ponto que denomina de crucial dentro da teoria do conhecimento, qual seja, *“Na passagem da ‘atividade cerebral’ (‘idéia’) para a ‘articulação’ (‘discurso’) parece estar o ponto crucial da teoria do conhecimento, esta parte da filosofia que se tornou a mais importante dos últimos três séculos no Ocidente”*.¹⁵⁴

Agora sim, a partir de tal questão, o autor aponta que se podem aglutinar os mais variados argumentos em dois grandes grupos, mesmo sabendo que sua classificação seja arbitrária. Os ontologistas compõem o primeiro grupo. Assumem a posição segundo a qual a linguagem humana representa, apenas, um meio através do qual a realidade, que existe fora do homem, pode ser descrita. Já o segundo grupo é integrado pelos retóricos. Estes, por sua vez, apontam que a linguagem não tem um fundamento fora

¹⁵⁴ Cf. ADEODATO, João Maurício: *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 195.

dela, para eles a linguagem é que constrói os fatos, os objetos, as coisas, as relações etc., pois tais elementos não pré-existem à linguagem.¹⁵⁵ Uma vez situada a discussão, acreditamos poder dar início à construção do nosso trabalho. **Partiremos para mostrar que não definir uma essência dada a priori para o direito, permite ler o fenômeno da pluralidade de direitos.** Com isso não queremos afirmar que esta seja a única via, mas trata-se de uma que não exclui outras construções, porque não se pretende universal. Assim nos aproximamos mais de uma perspectiva retórica.

5.3. O embasamento teórico: Kant como um marco na filosofia moderna.

Iniciamos aqui com Kant (1724-1804) porque este autor nos auxilia bastante no entendimento da questão da relatividade do conhecimento. Kant nos oferece um primeiro tratamento à oposição deixada pelas teorias do racionalismo e do empirismo quanto à questão do conhecimento. Pois o conhecimento não se resume à experiência nem tudo provém da razão.

Em Kant, para conhecer se fazem necessárias as formas *a priori* da sensibilidade e as categorias do entendimento que fazem parte do aparato cognoscitivo do sujeito do conhecimento. Neste terreno começa a aparecer a relatividade do conhecimento, pois o que não puder ser enquadrado nas "formas puras" que constituem o sujeito cognoscente não pode ser conhecido

¹⁵⁵ Cf. ADEODATO, João Maurício: *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 195.

pela razão. Cuida-se aqui de uma crítica à pretensão da razão de conhecer a essência das coisas. Em Kant a razão tem limites. A razão não pode conhecer o que ele denomina de a "coisa-em-si", ou o mundo das essências, ficando limitada ao mundo dos fenômenos. Assim é que Reale tratando do tema da possibilidade do conhecimento distingue Kant dos filósofos dogmáticos. Estes podendo apresentar um dogmatismo total ou parcial. Os primeiros acreditam atingir a verdade última tanto do ponto de vista teórico quanto ético. Já os segundos podem ser classificados em dogmáticos ou no plano especulativo ou no plano ético. Para Reale, Kant pode ser considerado um relativista do ponto de vista teórico, pois afirma ser impossível o conhecimento absoluto.¹⁵⁶

Neste sentido, Kant constitui-se de fundamental importância para nós porque aponta que todo conhecimento novo que é produzido depende da presença do sujeito do conhecimento. Desta forma, o conhecimento se estrutura no sujeito. Construindo dessa maneira, nos mostra que a realidade não existe pronta e acabada fora do sujeito, quer se trate do mundo da natureza quer se trate do mundo prático.

O sujeito através das formas *a priori* da sensibilidade (o espaço e o tempo) e das categorias do entendimento organiza o mundo que se situa fora dele, dá forma a este mundo, arruma a caoticidade existente fora dele. Portanto, sem a experiência não haveria conhecimento efetivo, ou seja, além do conhecimento puro. Sem o sujeito não haveria conhecimento efetivo, pois

¹⁵⁶ REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993, pp. 160 e 165.

este sujeito encarrega-se de ordenar o mundo que está fora dele. Por conseguinte, temos aqui uma perspectiva relacional do conhecimento.

Com a participação fundamental do sujeito na produção do conhecimento, entendemos que cuida-se da relatividade do conhecimento, não conhecemos as coisas em si mesmas, mas como diz o próprio Kant "(...) das coisas conhecemos a priori só o que nós mesmos colocamos nelas".¹⁵⁷ No mesmo sentido aponta Albuquerque Júnior a partir de Kant que

*"isso é simplesmente a base empírica pura, a empiricidade caótica, amorfa. Porque o que é real é exatamente essa empiria elaborada pelo intelecto, pela razão humana, pela experiência humana. Antes do contato com o homem isso é o caos".*¹⁵⁸

Por isso, apesar de todo ser humano estar dotado do mesmo aparato cognoscitivo e o fenômeno ser acessível a todos, este por sua vez é construído por cada sujeito individualmente. Cada um relaciona-se individualmente com o meio ambiente em que vive, com os outros seres humanos que o cercam, lê livros diferentes, utiliza diferentemente os conhecimentos que deles extraiu, trabalha, estuda, pratica esportes, namora,

casa, tem filhos, se relaciona com os pais distintamente dos outros irmãos, por outro lado a relação dos pais com cada filho também é diferente etc. Ou seja,

¹⁵⁷ KANT, Immanuel: *Crítica da Razão Pura*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 13.

¹⁵⁸ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de: "História: A Arte de inventar o Passado". Campina Grande: mimeo, 1994, p. 03.

cada ser humano participa de um mundo diferenciado de relações sociais e de forma diferenciada, por isso entendemos que cada um veja diferentemente, a partir de um ponto de vista, que é exatamente o seu ponto de vista, neste sentido, aqui está presente a relatividade do conhecimento.

Pelo que percebemos o pensamento de Kant é construtivista, a realidade é elaborada pelo sujeito do conhecimento que a metamorfoseia e traz para o universo humano de forma organizada a caoticidade do que existe fora dele. Entretanto, a questão que colocamos com relação a Kant diz respeito ao sujeito do conhecimento, este é a-histórico, trata-se de um sujeito transcendental. Kant parte do pressuposto de que todos os homens em todas as épocas históricas sempre possuíram o mesmo aparato cognoscitivo, tendo acesso apenas ao fenômeno. Encontra-se preso à dicotomia fenômeno/coisa-em-si, portanto preso à existência de dois mundos. Neste sentido, mesmo preso a tais questões que o prendem a toda uma tradição filosófica, Kant rompe com ela e aponta para a constituição subjetiva do conhecimento, como diz Adeodato "(...) dá o golpe de morte na ontologia essencialista que ele parecia querer redimir".¹⁵⁹

¹⁵⁹ ADEODATO, João Maurício: *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 37.

5.4. Nietzsche, a genealogia e a possibilidade de um direito não essencial.

Assim é que saímos de Kant e entramos em Nietzsche, pois este parte de Kant, e Adeodato no mesmo sentido nos diz que Nietzsche é "influenciado por um lado mais 'descrente' da obra de Kant (...)",¹⁶⁰ porém rompe com ele porque na concepção de Nietzsche só existe um mundo. Este autor rompe com a tradição filosófica ocidental que trabalha dentro da dicotomia essência/aparência. Em Nietzsche não existe o mundo do além. Para Nietzsche sujeito e objeto são históricos, não existe um sujeito transcendental, universal, até porque ele não entende o sujeito como tradicionalmente se concebe, a partir da racionalidade. Esta na filosofia tradicional é que caracteriza o homem enquanto tal. Para Nietzsche os instintos são mais fundamentais do que a razão.¹⁶¹

Por isso entende Nietzsche que o conhecimento consiste em uma invenção humana, explicitando nos seguintes termos:

*"Em algum remoto rincão do universo cintilante que se derrama em um sem-número de sistemas solares, havia uma vez um astro, em que animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais soberbo e mentiroso da história universal".*¹⁶²

¹⁶⁰ ADEODATO, João Maurício: *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 201.

¹⁶¹ cf. MACHADO, Roberto: *Nietzsche e a Verdade*. Rio de Janeiro: Graal, 1999, p. 92.

¹⁶² NIETZSCHE, Frederico: "Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral". Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 31.

Aqui fica claro que para este autor acreditar numa possível aproximação entre o pensamento e a realidade, seria necessário haver algo de comum entre o sujeito do conhecimento e o mundo a conhecer. Esse algo que atravessa o sujeito e o mundo os ligaria garantindo o conhecimento verdadeiro.

Tradicionalmente seria a racionalidade este fio que liga o homem ao mundo, já em Nietzsche são os instintos em relação que movem o homem e o mundo. Para esse autor, o homem se aproximaria muito mais da verdade se utilizasse os instintos para conhecer o mundo, pois a verdade está no aumento da força.¹⁶³ Assim é que em *A Genealogia da Moral* ele nos mostra como a moral foi inventada a partir de uma relação de força entre a moral aristocrática ou dos guerreiros e a moral dos sacerdotes que saiu vencedora. Esta moral vencedora inverteu a relação "bom/mau" transformando-a na relação "bem/mal".

Nietzsche aponta que o conhecimento se define a partir de uma relação de poder, a partir de um conflito de saberes. Para este autor o homem e o mundo a conhecer são absolutamente heterogêneos. O que se produz sobre o mundo são representações, mas estas não se identificam nem reproduzem o mundo tal qual ele é. Porque o pensamento não tem acesso direto ao mundo, cabendo apenas desvelá-lo como acreditam muitos filósofos, aqui classificados de ontológicos. Nietzsche põe a questão da linguagem como intermediário entre o homem e o mundo e pergunta: "*É a linguagem a expressão adequada*

¹⁶³ NIETZSCHE, Frederico: *A Genealogia da Moral*. Lisboa: Guimarães Editores, 1992, pp. 19-43.

de todas as realidades?"¹⁶⁴ Para Nietzsche cuida-se de uma convenção construída socialmente, ela não é natural, por isso não há a possibilidade de se utilizar o critério de adequação entre o pensamento e a realidade como critério de verdade. A linguagem não diz exatamente o que as coisas são, existe aqui como aponta Adeodato uma distância entre o ver e o dizer.

Segundo a direção apontada por Nietzsche, o que há é invenção e não adequação. O conhecimento é produzido a partir de relações de força, assim sendo o vencedor nomeia, não segundo a "natureza das coisas", mas segundo o critério do vencedor. Percebemos que a filosofia nietzscheana procura desnaturalizar o conhecimento, para ele não existe uma essência dada *a priori*, não há "origem", pois no começo reina o princípio da diferença, daí múltiplas são as possibilidades de algo vir-a-ser. Tanto do ponto de vista gnoseológico quanto do ponto de vista ético não há naturalização.

Nietzsche retira o fundamento da natureza e retira o fundamento do homem, como base para um conhecimento seguro, verdadeiro. Para ele, em se tratando da conduta humana, não há como distinguir uma conduta intrinsecamente justa de uma conduta intrinsecamente injusta, seja qual for o critério: tanto na natureza quanto no homem. Sobre o aspecto ético há um interesse maior de nossa parte, pois tratamos aqui do direito.

Vejamos o que diz Foucault em *A Verdade e as Formas Jurídicas*:

¹⁶⁴ NIETZSCHE, Frederico: "Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral". Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 33.

*“O conhecimento foi, portanto, inventado. Dizer que ele foi inventado é dizer que ele não tem origem. É dizer (...) que o conhecimento não está em absoluto inscrito na natureza humana. O conhecimento não constitui o mais antigo instinto do homem, ou, inversamente, não há no comportamento humano, no apetite humano, no instinto humano, algo como um germe do conhecimento”.*¹⁶⁵

Ou seja, o que se produz sobre o mundo são interpretações, leituras, não há nada que possa garantir uma identidade entre o pensamento e o ser, como do ponto de vista ético, nada pode garantir uma distinção definitiva entre uma conduta correta e uma incorreta.

O que postulamos com o auxílio desses autores é que o conhecimento não decorre de algo inato ao sujeito que o empurre para conhecer, nem tampouco a natureza ou as ações humanas são dadas ao conhecimento. Segundo tais autores, o homem não nasce com o instinto do conhecimento, não obstante o conhecimento seja resultado, produto de um conjunto de forças que tem como sede o corpo do homem.

Diz-nos ainda Foucault que:

*“(...) para Nietzsche, o conhecimento não é da mesma natureza que os instintos, não é como que o refinamento dos próprios instintos. O conhecimento tem por fundamento, por base e por ponto de partida os instintos, mas instintos em confronto entre si, de que ele é apenas o resultado, em sua superfície”.*¹⁶⁶

¹⁶⁵ FOUCAULT, Michel: *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 16.

¹⁶⁶ FOUCAULT, Michel: *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 16.

Por esse prisma, a guerra e as tensões estabelecidas entre os instintos dão como resultado o conhecimento. Este não é a somatória dos instintos, nem um dos instintos, nem tem as mesmas propriedades dos instintos, pelo contrário, o conhecimento é a fagulha, o clarão oriundo do contato, do embate e das tensões entre os instintos. Aquela faísca exarada do choque entre os instintos se caracteriza como o conhecimento para Nietzsche.

Aqui fica clara a idéia segundo a qual o conhecimento é produzido na relação social por meio de relações de força. O que ele quer mostrar para nós com sua genealogia é que socialmente existem vários saberes em conflito, em guerra e um deles torna-se vencedor, e como tal nomeia os demais como inferiores, inscreve no outro a sua inferioridade. Poderíamos exemplificar aqui no caso do direito o que ocorreu com o costume. Com o advento da lei escrita a regra costumeira foi secundarizada, por ser uma regra tradicional, produzida de forma espontânea direta das relações sociais. Como o pensamento iluminista, conforme já discutimos no segundo capítulo, desfrutava de muita força entre os séculos XVIII e XIX, as idéias de progresso e de universalidade invadiram também a esfera do direito. Nesta seara, a lei possuía essas características e atendia aos interesses da sociedade capitalista e da burguesia triunfante, por isso foi prestigiada e elevada à fonte por excelência do direito. Chegou-se até com a Escola da Exegese à seguinte equação: direito=lei. Esta foi uma forma vitoriosa de expressão do direito nas sociedades modernas, embora hoje com menos prestígio. Aqui um saber foi vitorioso, o saber racional, produzido a partir da combinação de meios para se atingir um determinado fim.

E o saber tradicional foi vencido, sujeitado, desqualificado por não conduzir às certezas que a sociedade moderna exigia.

Assim se produz conhecimento, a partir de uma relação social datada historicamente, em que sujeito e objeto são históricos e não entidades metafísicas dadas. A genealogia de Nietzsche procura mostrar uma outra forma de se produzir conhecimento. Ele se descola da tradição filosófica que aponta para uma relação estática que ora centra no objeto ora centra no sujeito a possibilidade do conhecimento efetivo. Nietzsche aponta que a produção do conhecimento se dá por um embate histórico entre saberes.

Por esse caminho, aponta esse autor que não sabemos algo das coisas mesmas, embora acreditemos que saibamos. Assumindo tal postura, entende que a racionalidade foi uma produção histórica e que ela em relação com o nosso corpo e com o mundo a conhecer se constitui em algo heterogêneo. Com o mundo ela não se mistura, não diz o que ele é, portanto sua relação com o mundo é de dominação. O homem por meio da razão procura desvelar o mundo natural e o mundo das relações sociais. Entretanto, segundo esta perspectiva, a relação sujeito e objeto se apresenta como uma relação de dominação. O sujeito constrange o objeto, violenta-o, transgride-o, nomeia-o arbitrariamente, neste sentido o objeto culmina sendo fabricado.

Por tal prisma, todo conhecimento ou saber se apresenta como perspectivo, como um ponto de vista, o olhar revela o lugar a partir do qual se está apreciando, é interessado, emerge de relações de poder. Se desta forma ocorrer, o saber ou o conhecimento se mostra como uma invenção. Por

consequente, se constituindo o direito como um saber, da mesma forma, resulta de relações de poder e trata-se de uma invenção. Se esse saber foi fabricado, ele não tem "origem". Aqui entende-se que o direito não tem "origem" no sentido de que ele não possui uma essência exata, uma " (...) *forma imóvel e anterior a tudo o que é externo, acidental, sucessivo*".¹⁶⁷

Neste caso, se por essa via proceder, o direito é uma produção histórica, produzido a partir de um confronto de saberes e um deles foi o vencedor. Pode-se dizer que em cada momento histórico, se reconheceu um conjunto de normas como direito, e aquele que se institucionalizou foi o direito vencedor. Não que ele tivesse uma essência dada e que fosse "descoberta", mas antes foi inventado em determinado momento histórico por obscuras e inconfessáveis relações de poder.

Portanto, dizer que o direito foi inventado é dizer que ele não tem "origem", um começo dado, que ele não se revela a-histórico, como muitos teóricos e alguns já citados ao longo deste trabalho, afirmam que ele existe desde que a sociedade foi produzida, desde o momento em que ganhamos a condição de seres sociais. Dizer que o direito é uma invenção assim como qualquer outro saber, significa que cuida-se aqui de uma ruptura, de uma descontinuidade provocada por relações conflituosas que fizeram emergir um saber em certo momento histórico.

¹⁶⁷ FOUCAULT, Michel: *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 17.

É por esse viés que dizemos que invenção se contrapõe a origem. A pesquisa da "origem" costuma cristalizar, como se fizesse uma fotografia da coisa e ela permanecesse da mesma forma, sem sofrer o efeito da história. A busca da "origem" não nos permite perceber que tudo está em constante movimento, sempre se transformando. Nesse caso, tanto do ponto de vista gnoseológico quanto do ponto de vista ético, o saber teórico e o saber prático, se constituem em invenções.

Pois dizer que determinadas normas são direito e outras não, significa a criação de um critério para o agir humano, em que se desvela o que é "certo" e o que é "errado", montando-se o direito sobre o que for considerado "certo". Apontamos segundo tais autores que não existe um fundamento nem na natureza nem no homem que garanta a elaboração "do certo", ou seja, "do direito". Existe um direito institucionalizado, mas este não é "o direito", pois existem outros direitos que foram sujeitados nas relações de poder que foram travadas histórico-socialmente e não venceram.

Por esse prisma queremos mostrar que os direitos são particulares, quando alguns se institucionalizam ganham universalidade. Mas, de fato, existem direitos no *plural*. Seguindo as pistas deixadas por Nietzsche quando este diz:

"(...) como se na natureza além das folhas houvesse algo, que fosse 'folha', uma espécie de folha primordial, segundo a qual todas as folhas fossem tecidas, desenhadas, recortadas, coloridas, frisadas, pintadas, mas por mãos inábeis, de tal modo que nenhum exemplar

tivesse saído correto e fededigno como cópia fiel da forma primordial".¹⁶⁸

Transportando para o campo do agir humano, mais especificamente para o âmbito do direito, criticamos aquelas posturas teóricas segundo as quais se acredita existir um direito essencial, primordial, cujas propriedades pudessem verdadeiramente receber o qualificativo de direito, como uma qualidade oculta que foi desnudada definitivamente.

Portanto, afirmamos na esteira desse autor que existem direitos particulares. Postular a existência "do direito" no universal significa produzir um direito conceitual, formulado a partir da igualação do desigual, significa pegar um aspecto da conduta humana, descontextualizá-lo e tomar este elemento que se repete como o verdadeiro. Por tal caminho trilharemos, para produzir uma possibilidade de ler o fenômeno da pluralidade de direitos.

5.5. Uma rede de poderes como condição de uma rede de direitos.

Um outro autor que gostaríamos de apresentar aqui e que caminha no mesmo sentido é Michel Foucault. Este autor inaugura uma perspectiva que aponta para uma construção do fenômeno do poder inversa daquela da teoria

¹⁶⁸ NIETZSCHE, Frederico: "Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral". Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 34.

política liberal clássica e da marxiana. Ambas já discutidas nos primeiro e segundo capítulos deste trabalho. A primeira essencializa o poder como algo que cada indivíduo detém e que o cede total ou parcialmente para a constituição da soberania política. Já a segunda, conforme pode ser visto em outras passagens, subordina o poder à economia, criando um papel para a sua existência segundo o qual ele serve para manter relações de produção.

Segundo Foucault, a partir do século XVII, um outro poder emerge e começa a ganhar corpo, a se espalhar socialmente. Trata-se do poder disciplinar. De fato, esse autor constrói, elabora esse poder. Fazer isto significa operar um deslocamento no que se refere às análises do poder feitas pelas filosofia e ciência políticas, uma vez que estas tendem a reduzir aquele ao Estado, pois seus estudos circunscrevem-se ao poder político soberano.

Foucault sai do plano da soberania e desce ao plano das instituições sociais, mostrando que instituições como o hospital, a prisão, a fábrica, a escola, o exército etc., constituem tecnologias, dispositivos, mecanismos de poder que agem de maneira invisível, quase imperceptível, mas que produzem ~~saberes~~ e fabricam indivíduos. Aqui não se trata de mostrar como o indivíduo serve de base para a constituição do poder, mas antes como esse indivíduo é efeito do poder, como eles internalizam normas produzidas pelas disciplinas e se constituem a partir delas.

Em *Vigiar e Punir* fica muito claro como esses espaços institucionais tornam-se espaços normativos. Aí produzem-se saberes como a psiquiatria, a criminologia, a pedagogia, as táticas militares etc., a partir de relações de poder

que se estabelecem entre o médico e o louco, o professor e o aluno, o oficial e o soldado, entre outros. Tais saberes são extraídos através de mecanismos como: a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame.

Um outro deslocamento operado por Foucault aponta que:

*"(...) enquanto por um lado os estabelecimentos de disciplina se multiplicam, seus mecanismos têm uma certa tendência a se desinstitucionalizar, a sair das fortalezas fechadas onde funcionavam e a circular em estado 'livre'; as disciplinas maciças e compactas se decompõem em processos flexíveis de controle, que se pode transferir e adaptar".*¹⁶⁹

Neste sentido, qualquer instituição pode utilizar o esquema disciplinar, como também esse poder se espraia nas relações sociais, se dissemina socialmente, se pulveriza nas práticas sociais. O poder deixa de ser entendido como uma coisa, como algo fixo, que tem uma localização específica na sociedade, passível de ser transmitido como uma propriedade. Como diz Machado, *"Rigorosamente falando, o poder não existe; existem sim práticas ou relações de poder. O que significa dizer que o poder é algo que se exerce, que se efetiva, que funciona"*.¹⁷⁰

A partir destas questões, pretendemos começar a pensar a possibilidade da pluralidade de direitos através de Nietzsche, que aponta para a historicidade

¹⁶⁹ FOUCAULT, Michel: *Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões*. Rio de Janeiro: Vozes, 1977, p. 186.

¹⁷⁰ MACHADO, Roberto: *Ciência e Saber: A Trajetória da Arqueologia de Michel Foucault*. Rio de Janeiro, Graal, 1981, p. 191.

e particularidade de todas as coisas, e de Foucault que na esteira daquele pensa a particularidade dos poderes existentes socialmente. Entretanto, precisamos fazer algumas ressalvas. Foucault nos oferece uma outra forma de raciocinar sobre a questão do poder. Assim, como nos diz Ewald, a filosofia de Foucault consiste em propor uma história das relações de poder no ocidente sem vinculação com o modelo jurídico que dela toma conta habitualmente.¹⁷¹

O que isto significa? Significa que Foucault procura se livrar da teoria da soberania que tem a finalidade de justificar o poder jurídico-político do Estado. E aponta para uma outra forma de ler o poder fora da teoria da soberania dominada por juristas e filósofos, como também já apontamos no primeiro capítulo. Isto significa também que os pensamentos de Foucault, Ewald e Machado apontam que o jurídico representa o direito institucionalizado, aquele direito que possui um lugar dentro de uma sociedade e é produzido pelo Estado, pelo menos nas sociedades que adotam o modelo de Estado moderno europeu. Este qualificativo de jurídico, nesta via argumentativa, só quem o detém é o direito estatal. Assim, seguindo este raciocínio falamos de pluralidade de direitos e não de pluralismo jurídico.

Uma outra questão que apontamos, esclarecendo a separação feita por Foucault, é que o poder disciplinar não se confunde com o poder jurídico-político do Estado. Portanto, lei e norma são coisas heterogêneas, pelo menos em um primeiro momento. A lei situa-se no âmbito do Estado e a norma no

¹⁷¹ cf. EWALD, François: *Foucault: A Norma e o Direito*. Lisboa: Vega, 1993, p. 59.

plano das instituições disciplinares, cada qual com seus mecanismos de punição próprios. Entretanto, a sociedade moderna institucionaliza a busca da verdade, quando institucionaliza a ciência. Desta forma, o direito legaliza a busca da verdade. E aponta Foucault que a função desse direito jurídico, quando o poder disciplinar se fortalece é ocultar os mecanismos de dominação produzidos no interior das instituições em que se exerce esse poder.

A função do direito oriundo da soberania era a de mascarar os procedimentos da disciplina, era a de apagar o caráter de dominação e de técnicas de dominação do poder disciplinar. E atualmente, esses mecanismos de poder heterogêneos passam a se misturar, quando o poder do saber vinculado à ciência começa a colonizar, a invadir a esfera do direito acabando a distinção entre norma e direito. Tal fato produz o que Foucault veio a denominar de “sociedade de normalização”.¹⁷²

Portanto, esta é a crítica de Foucault ao direito. Dele aproveitamos o seu raciocínio, o da pluralidade de poderes disseminado no espaço social, para que possamos construir o fenômeno da pluralidade de direitos. Isto não significa que pretendemos apontar a existência de um direito oriundo da soberania e de um direito disciplinar que passam a se misturar, quando os procedimentos disciplinares passam a colonizar os procedimentos da lei. O que queremos, numa palavra, consiste em aproveitar o raciocínio empreendido por Foucault para produzirmos o nosso.

¹⁷² cf. FOUCAULT, Michel: *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 27-48.

O que pretendemos mostrar é que existe direito elaborado não necessariamente pelo Estado, que além do direito positivo estatal, outras formas de direito positivo também se manifestam de maneira pulverizada, dispersa, sob a forma do que poderíamos denominar de pluralidade de direitos. Assim sendo, a relação poder-saber presente já em Nietzsche e desenvolvida por Foucault, estudando outros objetos que não a moral, nos ajudará a pensar a pluralidade de direitos.

Uma passagem da obra de Machado mostra-se como fundamental para a compreensão do que estamos querendo apontar. Vejamos o que ele diz:

*“O que aparece como evidente é a existência de formas de exercício do poder diferentes do Estado, a ele articuladas de maneiras variadas e que são indispensáveis inclusive a sua sustentação e atuação eficaz (...) o importante é que as análises indicaram claramente que os poderes periféricos e moleculares não foram confiscados e absorvidos pelo aparelho de Estado (...) não são necessariamente criados pelo Estado, nem, se nasceram fora dele, foram inevitavelmente reduzidos a uma forma ou manifestação do aparelho central (...) os poderes se exercem em níveis variados e em pontos diferentes da rede social e neste complexo os micro-poderes existem integrados ou não ao Estado, distinção que não parece, até então, ter sido muito relevante ou decisiva para suas análises”.*¹⁷³

Citação um pouco longa, mas muito clara e necessária, por isso a utilizamos. Fala-nos Machado de micro-poderes, de poderes periféricos, moleculares, existentes antes de o Estado moderno se constituir e que não

¹⁷³ MACHADO, Roberto: "INTRODUÇÃO: Por uma genealogia do poder". In FOUCAULT, Michel: *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, pp. XI-XII.

foram confiscados ou absorvidos por ele, nem mesmo por ele criados. Mas que foram ocultados, porque toda a teoria da soberania, como já falamos, se preocupou com a justificação do poder político do Estado, procurando, através do direito, institucionalizar o monopólio do uso legítimo da força física por parte daquele.

Neste sentido, diz Machado que tais poderes se exercem em níveis variados e em pontos diferentes da rede social, podendo-se encontrar tais poderes moleculares integrados ou não ao Estado. Desta forma, pode emergir uma forma de direito a partir da relação de poder entre o Estado e os cidadãos, a este direito, na perspectiva dos autores aqui trabalhados (Foucault, Ewald, Machado) atribui-se o qualificativo de jurídico. Por exemplo, poderíamos aqui elaborar um caso hipotético para pensarmos a relação de poder entre o Estado e os cidadãos. Partindo de várias visões de mundo que correspondem à pluralidade do social, tendo em vista que as pessoas sobre muitos assuntos não pensam da mesma forma, apontamos que o confronto de saberes é inevitável socialmente. Admitamos que existem aqueles que não aceitam que as mulheres casadas trabalhem fora de casa, outros pretendem que elas trabalhem apenas um expediente e dediquem o outro horário disponível ao lar, outros ainda fazem restrições no que diz respeito a certos trabalhos, e outros aceitam completamente que as mulheres casadas possam trabalhar fora de casa, da mesma forma que os homens. Todavia, o sistema jurídico só pode acolher uma destas alternativas e fixá-la como dogma, transformá-la em norma jurídica. Aqui não interessa qual das alternativas é mais verdadeira, qual a mais

justa, qual a que se baseia em conhecimento científico empiricamente comprovado, a vencedora se impõe enquanto o direito do Estado que a positivizar e pronto. Cuida-se do que temos chamado de invenção, de uma ruptura produzida, de uma norma que foi positivada dentre outras que poderiam ter sido, mas que, de qualquer forma, estavam participando do embate, do conflito de saberes.

Pode-se ainda emergir o direito da instituição família. Aqui estamos falando de outro direito que não o direito do Estado que trata da família. Por exemplo, um pai que emite o comando segundo o qual um filho seu com mais de 21 (vinte e um anos) de idade não pode chegar em casa depois das 10:00hs (dez horas) da noite, pois se assim o fizer não entrará em casa e a punição consiste em dormir fora de casa. Cuida-se aqui de um direito que não está escrito em nenhum código do Estado, mas que é definido na relação de poder entre pais e filhos.

O direito pode emergir também da relação de poder entre a Associação de Moradores, de um bairro ou de uma favela, e os moradores da localidade. Por exemplo, a Associação de Moradores pode decidir que cada casa da favela tenha apenas um beco, e a partir de tal decisão comunicar aos seus moradores que cada casa tem direito ao beco do lado direito. Ou seja, ao espaço, do lado

direito, entre uma casa e outra. A partir daí quem quiser possuir dois becos estará transgredindo um comando emitido pela Associação de Moradores.¹⁷⁴

Uma outra possibilidade para a emergência do direito se refere à relação de poder entre a "boca-de-fumo" de uma favela e os moradores desta. Por exemplo, o "chefe" da "boca-de-fumo" pode criar a norma segundo a qual o morador que for flagrado por ele, em suas rondas noturnas, roubando outro morador, será morto. Porque ele não quer que a população chame a polícia para o interior da favela para não atrapalhar o seu comércio clandestino de maconha. Cuida-se aqui também de um direito definido na relação de poder entre a "boca-de-fumo" e os moradores da favela.¹⁷⁵

Um outro caso do cotidiano pode servir de exemplo de como o direito se define na relação social. A moto-táxi serve como uma forma de transporte alternativo, aqui em Campina Grande, mas este meio de transporte ainda não foi regulamentado pelo município. A tarifa cobrada durante o dia custa R\$ 1,80 (Um real e oitenta centavos) e à noite se cobra R\$ 2,00 (Dois reais). Entretanto, pode-se pagar até R\$ 1,00 (Um real) por uma corrida, a depender do que for definido entre o passageiro e o encarregado de fazer o transporte. Cuida-se aqui de uma outra forma de emergência do direito, também relacionalmente.

¹⁷⁴ cf. RIBEIRO, Emmanuel Pedro. "A favela do Pedregal e suas formas de intermediação de conflitos". Campina Grande: mimeo, 1998. p. 45.

¹⁷⁵ cf. RIBEIRO, Emmanuel Pedro. "A favela do Pedregal e suas formas de intermediação de conflitos". Campina Grande: mimeo, 1998, p. 48.

De fato, esses direitos não estão isolados, formam o que poderíamos denominar de uma rede de direitos, produzido por uma rede de poderes. Desde o direito estatal, convertido em direito único pela teoria política liberal até os micro-direitos ou direitos moleculares, agora desocultados por uma perspectiva teórica que possa abrangê-los sem negá-los. Trata-se de uma pluralidade de direitos existentes socialmente. **Para abranger tais direitos tão díspares negamos inicialmente a possibilidade da criação de uma essência dada a priori para o direito.** Assumir tal postura redundaria em perceber que existem racionalidades, lógicas diferenciadas que correspondem a múltiplos espaços de produção de direito.

É interessante registrar aqui o que nos diz Santos em artigo recente, corroborando com o que vimos construindo até o momento:

*"Hoje, estes poderes coexistem com muitos outros, e eles próprios estão fragmentados e desorganizados. O poder disciplinar é hoje um poder crescentemente indisciplinar, à medida que as ciências perdem a confiança epistemológica e se vêem forçadas a partilhar o campo do saber com conhecimentos rivais, eles próprios capazes de gerar formas diferentes de poder. Por outro lado, o Estado perde centralidade, e o direito oficial desorganiza-se, passando a coexistir como o direito não oficial de múltiplos legisladores fáticos, (...), os quais transformam a facticidade em norma, disputando com o Estado o monopólio da violência e do direito".*¹⁷⁶

¹⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa: "Reinventar a democracia: pré-contratualismo e o pós-contratualismo". *A Crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 41; ver ainda SANTOS, Boaventura de Sousa: "A Crise do Paradigma". In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.): *Introdução Crítica ao Direito: série o direito achado na rua*. Brasília: UNB, 1993, pp. 61-74.

Percebemos nesta passagem a aproximação com o que estamos procurando demonstrar: uma rede de poderes como condição de uma rede de direitos.

5.6. O sujeito de direito delinquente como resultado da emergência de várias subjetividades em múltiplos espaços de produção de direitos.

Assim sendo, a esses campos diferenciados de produção de direito correspondem sujeitos históricos que se constituem a partir dos efeitos de poder que desses campos são irradiados. Tais sujeitos recebem camadas de normatividade que vão se formando à medida que transitam por múltiplos espaços de produção de direito. Tais sujeitos é que produzem o que denominamos de rede de direitos. Cuidam-se aqui de novas subjetividades que são produzidas a partir destes diversos espaços de produção de direito.

Poderíamos aqui aproveitar o que diz Certeau quando trata dos relatos de espaço:

“Talvez fossem apenas, no final das contas, as ágeis testemunhas da narratividade e de sua forma delinquente. O fato de mudarem nomes (todo poder é toponímico e instaura a sua ordem de lugares dando nomes) nada tira a essa força múltipla, insidiosa, móvel. Ela sobrevive aos avatares da grande história que os desbatiza e rebatiza. Se o delinquente só existe deslocando-se, se tem por especificidade viver não à margem mas nos interstícios dos códigos que desmancha

e desloca, se ele se caracteriza pelo privilégio do percurso sobre o estado, o relato é delinquente.¹⁷⁷

Queremos aqui dizer que o sujeito de direito histórico do qual estamos falando, aquele que se forma a partir da internalização da normatividade de cada espaço produtor de direito, daquele que recebe várias peles, várias camadas, se apresenta como um sujeito de direito delinquente. Porque ele não vive à margem mas nos interstícios dos códigos, ele existe deslocando-se, em um constante fazer-se e desfazer-se. Relembrando, ele transita pela normatividade do Estado, da família, da Associação de Moradores, da "boca-de-fumo", entre outras, constituindo-se dessas várias camadas normativas. Tais normatividades, muitas vezes, apresentam-se conflitantes umas em relação às outras.

5.7. Platão e Kant como exemplos de uma filosofia do direito centrada na natureza e centrada no sujeito respectivamente.

Ante tais considerações, concordamos com Adeodato quando este diz que:

"é certo que o direito se vai constituindo à medida em que as opções conflitivas vão sendo decididas. Por isso

¹⁷⁷ CERTEAU, Michel de: *A Invenção do Cotidiano: Artes de Fazer*. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 216.

mesmo, não é possível fixar critérios gerais que tornem determinadas alternativas preferíveis a outras porque o direito é assim ou assado".¹⁷⁸

Assumir tal posição significa que dentro daquele velho dilema, opta-se por privilegiar regras particulares para casos também particulares, em detrimento de uma posição que privilegia regras gerais para decidir conflitos que ainda estão para ocorrer.

No mesmo sentido apontado por Adeodato temos a lição de Ewald que nos convida a:

"(...) pôr em suspenso a própria idéia de direito. O 'direito' é um desses universais abstratos, tal como o 'poder' ou o 'Estado', (...). No que respeita ao direito, convém adoptar uma posição de estrito nominalismo: o direito não existe, ou não mais do que um nome. Não designa nenhuma substância, cuja essência eterna caberia a uma teoria levantar, mas práticas, práticas jurídicas que, quanto a elas são sempre particulares".¹⁷⁹

Assumir uma posição de estrito nominalismo significa adotar a perspectiva segundo a qual o que é essencial no direito é a sua historicidade. Assim sendo, muitos autores da sociologia do direito assumem posturas essencialistas, ou seja, posturas ontológicas no sentido mais estrito do termo, acreditando que o fato social contém propriedades essenciais a ele intrínsecas, às quais designar-se-iam de direito. Entretanto, os fatos não falam por si sós.

¹⁷⁸ ADEODATO, João Maurício: *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 215.

¹⁷⁹ EWALD, François: *Foucault: A Norma e o Direito*. Lisboa: Vega, 1993, p. 60.

¹⁸⁰ Sobre tais maneiras de ver o direito já discutimos bastante no capítulo quarto.

Na filosofia do direito também podemos encontrar posturas ontológicas que ora centram a existência de uma essência na realidade, ora centram a existência de uma essência no próprio sujeito, tomando-os como fundamentos para qualquer construção. No primeiro caso temos como exemplo Platão. Este apresentou o problema crucial das relações do direito e da força. Revelam-se como duas teses registradas na *República* de Platão: uma por Sócrates a outra por Trasímaco. Platão põe a questão da "natureza do justo", de uma essência própria do justo. Platão atacou a solução dada pelos sofistas e procurou preservar o conteúdo essencial do direito, aquilo que conduz a dizer o que o direito "é", sem qualquer mistura com a força. Para Platão, tanto do ponto de vista lógico quanto do ético, existiria uma realidade objetiva, em si. Para ele existia o justo em si. ¹⁸¹

No segundo caso temos como exemplo Kant. Este autor não nega a existência do direito positivo, mas diz que este não representa o verdadeiro direito, pois é arbitrário e contingente. O verdadeiro direito não é convencional, existe em si, não se revela mutável. Este verdadeiro direito é o direito natural, o direito da razão. Neste sentido, existe para além da distinção entre razão pura e razão prática, o direito unifica a razão, pois esta se mostra legisladora

¹⁸⁰ DEMO, Pedro: *Introdução à Metodologia da Ciência*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 46.

¹⁸¹ CASSIRER, Ernest: *A Filosofia do Iluminismo*. São Paulo: Editora da UNICAMP, 1997, pp. 316-318.

universal e o direito dela oriundo consiste na legislação universal. Portanto, o direito para Kant não pode ser sensível, da ordem dos fenômenos, só pode ser racional. Segundo Leite, o conceito de direito de Kant situa-se no entendimento e contém uma qualidade, esta se apresenta como a qualidade moral das ações, como algo que lhes é intrínseca. Nessa linha de pensamento, o direito em Kant é um direito racional, fundado na idéia da razão denominada de liberdade. Esta se constitui em uma das idéias da razão que está acima do entendimento. Na Razão Prática, o entendimento está presente, só que a forma pura do entendimento neste âmbito é o imperativo categórico, isto é, uma noção de dever formal. Nesta seara desenvolvem-se a moral e o direito. Este imperativo não tem qualquer conteúdo, é dado pela experiência tendo como fim realizar a liberdade, conquistada pelo convívio entre vários arbítrios. Desta forma, para Kant ao filósofo cabe o tratamento do direito racional, *a priori*, numênico. Sua tarefa se revela importante no tocante à elaboração de um conceito de direito, conceito este universal, a-histórico, no caso deste filósofo um conceito formal. Por conseguinte, o conceito de direito não pode extrair-se da experiência. Esta só nos fornece o que é de direito em cada momento histórico, e o que é de direito cabe ao jurista definir. Arremataríamos com Leite "(...) a doutrina do direito deve dizer o que é o direito e, portanto, abandonar os princípios empíricos, procurando as fontes daqueles juízos na simples razão, para erigir os fundamentos de uma possível legislação positiva".

¹⁸² A partir dos dois exemplos dados, percebemos como parte da filosofia do

¹⁸² cf. LEITE, Flamarion Tavares: *O Conceito de direito em Kant*. São Paulo: Ícone, 1996, pp. 22-23-45-

direito, aquela que poderíamos denominar de metafísica, trata o direito. Fabrica uma essência para o direito, cria uma natureza para o direito que não tem uma existência real.

Na perspectiva que vimos trabalhando, o Direito com letra maiúscula não existe, pois cuida-se de um nome que não conduz à existência de um objeto, mas antes serve para apontar uma diversidade de objetos históricos possíveis, com realidades que não têm as mesmas propriedades, podendo apresentar elementos até mesmo excludentes. E tal apresentação foi feita ao longo deste trabalho, quando discutimos com autores situados no âmbito do monismo jurídico estatal e com aqueles que se dizem “pluralistas”, mas que demonstramos serem monistas.

5.8. “O espaço é o lugar praticado”: uma outra noção de espaço como condição para ler o fenômeno da pluralidade de direitos.

Desse modo, para a elaboração de uma perspectiva teórica que não exclua outras, mas que as aceite como uma possibilidade de leitura do fenômeno do direito, apontamos que não pretendíamos definir uma essência dada *a priori* para o direito. Neste caso, apontamos com Nietzsche que o ponto de partida seria a não elaboração de um critério substantivo que distinguisse para todo o sempre o que seria uma ação baseada no direito de uma ação a este contrária. Assim, pudemos começar a pensar que múltiplas poderiam ser

as possibilidades de emergência do direito. Com Foucault, Ewald e Machado trabalhamos a questão relacionada à uma multiplicidade de poderes existentes socialmente, procurando sair da perspectiva da teoria da soberania apontamos que outros direitos positivos poderiam brotar fora dos limites do direito positivo estatal, como, de fato, foi exemplificado. Por esse prisma sustentamos que o direito é uma invenção humana, produzido nas relações sociais como uma prática social. Apontamos ainda que o sujeito de direito delinquente é aquele que transita por uma rede de direitos, fazendo-se e desfazendo-se a partir das várias normatividades produzidas. Adeodato aqui também nos auxiliou bastante quando apontou sua visão retórica do direito. Em seguida, demonstramos como em filosofia do direito a questão metafísica sempre foi muito forte, aí mostramos como Platão e Kant pensaram um direito existente em si mesmo. Agora, resta-nos trabalhar uma outra possibilidade de ler a questão do espaço, para que possamos vinculá-la a uma leitura não essencialista do direito, a uma rede de poderes como condição para uma rede de direitos, e assim postular uma outra possibilidade de ler o fenômeno da pluralidade de direitos.

Por tal caminho optado para tratar deste fenômeno e pensando o direito enquanto uma prática social, utilizamos a noção de espaço trabalhada por Certeau:

*“Inicialmente, entre espaço e lugar, coloco uma distinção que delimitará um campo. Um **lugar** é a ordem (seja qual for) segundo a qual se distribuem elementos nas relações de coexistência. (...). Um lugar é portanto uma configuração instantânea de posições. Implica uma*

indicação de estabilidade. Existe **espaço** sempre que se tomam em conta vetores de direção, quantidades de velocidade e a variável tempo. O espaço é um cruzamento de móveis. É de certo modo animado pelo conjunto dos movimentos que aí se desdobram. Espaço é o efeito produzido pelas operações que o orientam, o circunstanciam, o temporalizam e o levam a funcionar em unidade polivalente de programas conflituais ou de proximidades contratuais. (...). Diversamente do lugar, não tem portanto nem a univocidade nem a estabilidade de um 'próprio'. Em suma, o **espaço é um lugar praticado**".¹⁸³

Hoje, não podemos falar de um espaço fixo, no sentido dado pela geografia como algo físico. Transportando tal discussão para o âmbito do direito, não podemos mais nos apegar à existência de um espaço físico de produção e de aplicação do direito. Pois em sociedades como a nossa nem o direito positivo estatal é único nem o espaço de sua produção e aplicação também o é. Vimos desenhando essa multiplicidade, quando tratamos do direito positivo estatal, do direito produzido na relação entre pais e filhos no interior da instituição família, daquele oriundo da Associação de Moradores, daquele outro elaborado pela "boca-de-fumo" e de outros produzidos no cotidiano das pessoas.

Até o espaço virtual nós já temos. Além dessas apontadas acima, múltiplas relações sociais se desenvolvem no âmbito do que pode ser chamado de espaço virtual e que exige uma outra lógica para se pensar também a multiplicidade de direitos que aí são praticados. Trata-se de relações sociais

¹⁸³ CERTEAU, Michel de: *A Invenção do Cotidiano: Artes de Fazer*. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 202.

em um espaço não materializado, e que exige pesquisas para que se possa detectar uma possível emergência de direitos delas oriundos. Neste sentido, cuidam-se de espaços múltiplos de produção de direito. E o que é mais importante aqui é que tais espaços não possuem uma propriedade intrínseca que permita distingui-los de outros espaços sociais. Pois aqui o espaço é o lugar praticado. As relações sociais que nele se desenvolvem determinam de que espaço se trata. Empreendendo este raciocínio, encontramos um sociólogo do direito que aponta o seguinte:

*“(...) uma tribo cigana, completamente nómada, constitui um espaço jurídico sem domínio territorial. E o pluralismo jurídico (...) supõe que diversos espaços jurídicos podem sobrepor-se num mesmo local, o que significa que nenhum dos sistemas em presença tem um território próprio - não terá, portanto, um território propriamente dito. O espaço jurídico é na realidade (...) desenhado por uma rede de relações jurídicas”.*¹⁸⁴

Aqui o espaço se qualifica enquanto de direito não por uma essência que o constitui, mas antes por ser o resultado das operações, das relações que o produz. Tal autor trabalha com a noção de que o espaço é o lugar praticado.

A partir de tal ângulo, as práticas de direitos precisam ser pensadas dentro de um quadro de experiências de direitos. Isto é, tais práticas de direitos precisam ser pensadas dentro das condições de dizibilidade e de visibilidade que um momento histórico oferece ao estudioso do direito que nelas está inserido. Desse modo, cada sociedade definirá o que será o direito para ela em

¹⁸⁴ CARBONIER, Jean: *Sociologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1979, p. 211.

certo momento histórico. Por isso temos direitos diferenciados. Como já apontamos no quarto capítulo, existem Estados que permitem que uma mulher que saia de casa sem o véu possa apanhar de chicote. Outros não punem os maridos que matam as mulheres adúlteras. Outros ainda permitem a pena de morte nos casos especificados. Outros permitem o casamento de homossexuais. Outros liberam o uso da maconha, entre outros casos.

Em outros Estados, como alguns autores costumam apontar, nos chamados países de capitalismo periférico, trabalhando-se em um nível de generalidade menor, várias pesquisas empíricas têm apontado, e algumas delas foram citadas neste trabalho, que existem outros direitos positivos que não o direito positivo estatal coexistindo em um mesmo espaço social. Cabe-nos dizer que a noção de espaço trabalhada por tais autores está sendo tomada como lugar, como algo físico, territorial. Portanto, sustentamos que várias experiências de direitos podem ser apontadas, pois as práticas de direitos se apresentam múltiplas.

5.9. Uma entre outras noções de experiência de direitos.

Pensar múltiplas práticas de direitos implica inseri-las em um quadro de experiências de direitos. Aqui, trabalhando com o fenômeno da pluralidade de direitos, se cada sociedade define o que é o direito para ela em certo momento histórico, como vimos acima, trabalhando em um nível de generalidade menor, diríamos que cada grupo social define o seu direito local. Neste sentido, Albuquerque Júnior aponta que:

"(...) A experiência é um conjunto de práticas discursivas ou não que produzem uma certa ordem de saber e se articulam em torno de certas demandas de poder. (...). Para Foucault, cada experiência é uma e só existe como prática enquanto se dá em ato.(...)".¹⁸⁵

Temos aqui uma produção relacional do saber. Uma experiência é perpassada por relações de poder e produz campos de saber. Não se fala aqui de uma experiência anterior, fundante a partir da qual o conhecimento é produzido. O saber não existe fora das práticas discursivas ou não discursivas, ou seja, o saber é produto da própria experiência.

Assim sendo, uma experiência no campo do direito remete a relações de poder que produzem uma certa ordem de saber, por conseguinte, tal experiência produz também sujeitos históricos de direito. Neste sentido, quando falamos de uma pluralidade de direitos tratamos de uma pluralidade de experiências de direitos. Como já falamos anteriormente, temos o direito produzido pelo Estado, o direito produzido no interior da família, temos o direito da Associação de Moradores, temos o direito da "boca-de-fumo" que remetem a experiências de direitos.

Cuidam-se de experiências que produzem certas ordens de saberes e se articulam em torno de certas demandas de poder. Assim, as relações de poder produzem ordens de saberes, direitos distintos, que por sua vez produzem sujeitos históricos segundo aquela lógica já apresentada. Falar de

¹⁸⁵ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de: "Experiência: Uma fissura no silêncio". Campina Grande: mimeo, 1998. pp. 04-07.

uma pluralidade de direitos significa falar de uma pluralidade de experiências de direitos. **Desta forma, poderíamos dizer que a pluralidade de direitos seriam conjuntos de práticas discursivas ou não que produzem campos de saberes, a partir de relações de poder.** Estes elementos conduzem à formação de vários sujeitos históricos de direitos, por nós denominado de sujeito de direito delinquente. O que pretendemos aqui foi demonstrar a possibilidade de elaborar uma construção teórica que permitisse ler de uma outra forma o fenômeno da pluralidade de direitos. Conforme nossa hipótese, o caminho escolhido para tal empreendimento foi negar qualquer possibilidade de fixar um conteúdo dado *a priori* para o direito, sob pena de cairmos em universalizações, como os teóricos "pluralistas" estudados no quarto capítulo. Queremos deixar claro que esta se constitui em uma possibilidade, o caminho optado é um, não representa "o caminho".

Considerações Finais.

Como ficou visto ao longo do texto, procuramos construir um lugar de produção teórico próprio, o que se evidencia no quinto capítulo, quando produzimos a noção de pluralidade de direitos em lugar de pluralismo jurídico. Conforme o que foi discutido, mostramos que a reação ao monismo jurídico estatal, que postula ser o Estado a fonte única de produção de todo direito positivo de uma sociedade, pelo menos as sociedades que se organizam política e juridicamente tomando como referência o modelo europeu, emergiu em fins do século XIX.

Esta postura crítica com relação ao monismo jurídico estatal foi assumida por parte de alguns juristas, sociólogos e filósofos do direito. O resultado teórico dessa crítica produziu o que se convencionou chamar de pluralismo jurídico. Este, em suas linhas gerais, é compreendido por aqueles que aderem a tal postura teórica como a negação de que o Estado seja a fonte única de produção do direito. O que significa dizer que qualquer grupo social pode produzir direito. Tais considerações muito gerais, não levam em conta as divergências teóricas entre os vários autores que assumem a postura pluralista, pelo menos os que aqui foram trabalhados.

Mapeamos os começos dessa discussão por dentro do direito e por dentro da sociologia. Por dentro do direito abordamos a questão da crise do legalismo e a emergência do pensamento sociológico do direito, fizemos menção ao Movimento do Direito Livre com François Gény no segundo capítulo

e com Ehrlich especificamente no terceiro capítulo. No terreno da sociologia, trabalhamos os pensamentos de Marx, Durkheim e Weber, procurando mostrar como tais autores estudaram o direito como uma instituição social da sociedade moderna.

Em seguida, procuramos demonstrar, quando discutimos o pluralismo jurídico na instância teórica da sociologia do direito, que os autores trabalhados, ao criarem um outro critério para o direito, distinto do critério do moderno positivismo jurídico, de fato, pluralizam o direito. Entretanto, ao produzirem tal critério elaboram uma essência para o direito que os conduz a universalizar as suas concepções sobre o direito, excluindo a possibilidade de outras propostas teóricas coexistirem com as suas.

Esse é o problema da elaboração de modelos teóricos e sua imposição quando do tratamento do material empírico. Por esse prisma é que Maffesoli propõe a substituição da representação pela apresentação. Para ele, a primeira se constituiu na palavra mágica da modernidade e seu procedimento consiste em representar o mundo em sua verdade mais universal, essencial. Já a apresentação das coisas "(...) se contenta em deixar ser aquilo que é, e se empenha em fazer sobressair a riqueza, o dinamismo e a vitalidade deste 'mundo-aí'".¹⁸⁶ Neste sentido, percebemos que os autores, trabalhados aqui, situados no âmbito de discussão do pluralismo jurídico não se constituem

¹⁸⁶ MAFFESOLI, Michel: *Elogio da Razão Sensível*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 20.

e com Ehrlich especificamente no terceiro capítulo. No terreno da sociologia, trabalhamos os pensamentos de Marx, Durkheim e Weber, procurando mostrar como tais autores estudaram o direito como uma instituição social da sociedade moderna.

Em seguida, procuramos demonstrar, quando discutimos o pluralismo jurídico na instância teórica da sociologia do direito, que os autores trabalhados, ao criarem um outro critério para o direito, distinto do critério do moderno positivismo jurídico, de fato, pluralizam o direito. Entretanto, ao produzirem tal critério elaboram uma essência para o direito que os conduz a universalizar as suas concepções sobre o direito, excluindo a possibilidade de outras propostas teóricas coexistirem com as suas.

Esse é o problema da elaboração de modelos teóricos e sua imposição quando do tratamento do material empírico. Por esse prisma é que Maffesoli propõe a substituição da representação pela apresentação. Para ele, a primeira se constituiu na palavra mágica da modernidade e seu procedimento consiste em representar o mundo em sua verdade mais universal, essencial. Já a apresentação das coisas "(...) se contenta em deixar ser aquilo que é, e se empenha em fazer sobressair a riqueza, o dinamismo e a vitalidade deste 'mundo-aí'".¹⁸⁶ Neste sentido, percebemos que os autores, trabalhados aqui, situados no âmbito de discussão do pluralismo jurídico não se constituem

¹⁸⁶ MAFFESOLI, Michel: *Elogio da Razão Sensível*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p. 20.

enquanto pluralistas, mas antes se apresentam como monistas, por tratarem de um direito único que pode brotar em qualquer lugar.

O que tentamos fazer, a partir dos autores adotados (Nietzsche, Foucault, Ewald, Machado) para uma construção teórica nossa, distinta do que se tem e do que se apresentou como pluralismo jurídico, foi mostrar que o jurídico trata-se de um único direito existente socialmente. Ou seja, o qualificativo de jurídico só o direito estatal o detém. Assim sendo, não podemos falar de pluralismo jurídico porque a existência social de outros direitos positivos não significa que eles sejam direitos jurídicos. Eles se constituem enquanto direitos, porém só o direito que justifica o poder soberano do Estado tem um lugar definido na sociedade e só ele possui tal qualificativo.

Por tal prisma, nossa investigação apontou para uma pluralidade de direitos e não para um pluralismo jurídico. Todavia, para pluralizarmos, de fato, o direito e não caírmos no universalismo do monismo jurídico estatal e nem no universalismo dos autores pluralistas aqui estudados, demonstramos que só poderíamos efetivamente pluralizar o direito sem excluir outras perspectivas teóricas, assumindo assim uma postura democrática e uma postura de tolerância¹⁸⁷ quanto a outras possibilidades de pensar o fenômeno analisado, se trabalhássemos sem atribuir uma essência dada *a priori* para o direito, sem, no entanto, deixar de apontar os limites epistemológicos de tais perspectivas.

¹⁸⁷ MAIA, Alexandre da: **Ontologia jurídica: O Problema de sua Fixação Teórica - com relação ao garantismo jurídico**. Recife: mimeo, 1999. pp. 107-111.

Tal hipótese foi demonstrada, entretanto queremos afirmar aqui que se trata apenas de uma possibilidade e não da "única possibilidade".

Em trabalhos futuros podem-se fazer pesquisas empíricas assumindo uma postura não essencialista e perceber como os direitos são produzidos a partir de relações de poder. Pode-se também investigar a relação entre sujeitos e normas sociais. Como se poderia ler tal relação, saindo da perspectiva da sociologia clássica e entrando no âmbito da discussão aqui estabelecida, como os sujeitos reelaboram as normas de direitos que lhes são impostas? Quais seriam suas respostas a essas tentativas de homogeneização? Será que se criam "n" pisos superpostos de normas de direito? Como os sujeitos se constituem historicamente na relação com as normas sociais? Se poderia questionar também o problema da padronização social, dos sujeitos serializados a partir do direito? Seria a padronização uma forma de dominação? Como percebê-la como dominação? Na linha de autores como Michel de Certeau, Felix Guattari, Giles Deleuze entre outros. Trabalho a ser desenvolvido no Doutorado. Pode-se ainda pesquisar, quando moraliza-se a discussão, a questão sempre levantada da relação problemática entre segurança e justiça. Tal discussão surge sempre que se postula a não fixação de uma essência dada *a priori* para o direito, ou quando discute-se a pluralidade de direitos. Portanto, é possível em um outro trabalho já partir desta questão e desenvolvê-la.

BIBLIOGRAFIA**1. Livros.**

ADEODATO, João Maurício: *O Problema da Legitimidade: no Rastro do Pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

ADEODATO, João Maurício: *Filosofia do Direito: uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAPTISTA, José Cláudio: *Dogmatismo Jurídico em Análise Crítica*. João Pessoa: Empório dos Livros, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BONAVIDES, Paulo: *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1994.

BOBBIO, Norberto: *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto: *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto: *Estado, Governo, Sociedade: Para uma Teoria Geral da Política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

CARBONIER, Jean. *Sociologia Jurídica*. Coimbra: Almedina, 1979.

CASSIRER, Ernest: *A Filosofia do Iluminismo*. São Paulo: Editora da UNICAMP, 1997.

CERTEAU, Michel de: *A Invenção do Cotidiano: Artes de Fazer*. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. Vol 1.

CHAUÍ, Marilena: *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa: *Para entender Kelsen*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

CROSSMAN, R. H. S.: *Biografia do Estado Moderno*. São Paulo: LECH, 1980.

DURKHEIM, Émile: *Da Divisão do Trabalho Social*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DURKHEIM, Émile: *Da Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DURKHEIM, Émile: *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Editora Nacional, 1990.

DEMO, Pedro: *Introdução à Metodologia da Ciência*. São Paulo: Atlas, 1987.

EHRlich, Eugen: *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: UNB, 1986.

EWALD, François: *Foucault: A Norma e o Direito*. Lisboa: Vega, 1993.

HEGEL, G. W. F.: ***A Razão na História***. São Paulo: Moraes, 1990.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. ***A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.

KANT, Immanuel: ***Crítica da Razão Pura***. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

KUHN, Thomas S.: "Posfácio - 1969". In KUHN, Thomas S.: ***A Estrutura das Revoluções Científicas***. São Paulo: Editora Perspectiva, 1996, pp. 217-257.

KELSEN, Hans: ***Teoria Pura do Direito***. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

LÉVI-BRUHL, Henri: ***Sociologia do Direito***. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LYOTARD, Jean-François: ***O pós-moderno***. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1993.

LYRA FILHO, Roberto: ***Karl, Meu Amigo: Diálogo com Marx sobre o Direito***. Porto Alegre: SAFE, 1983.

LYRA FILHO, Roberto: ***Direito do Capital e Direito do Trabalho***. Porto Alegre: SAFE, 1982 B.

LYRA FILHO, Roberto: ***O que é Direito***. São Paulo: Brasiliense, 1982 A.

LYRA FILHO, Roberto: ***Para um Direito sem Dogmas***. Porto Alegre: SAFE, 1980.

- LEITE, Flamarion Tavares: *O Conceito de Direito em Kant*. São Paulo: Ícone, 1996.
- MACHADO, Roberto: *Nietzsche e a Verdade*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.
- MACHADO, Roberto: *Ciência e Saber: A Trajetória da Arqueologia de Michel Foucault*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.
- MAFFESOLI, Michel: *Elogio da Razão Sensível*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.
- MARX, Karl: *Para a Crítica da Economia Política*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MARX, Karl & ENGELS, Frederico: *Manifesto Comunista*. São Paulo: CHED Editorial, 1982.
- MARX, Karl & ENGELS, Friedrich: *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Moraes, 1984.
- MORAES FILHO, Evaristo de: *O Problema de uma Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- NIETZSCHE, Frederico: *A Genealogia da Moral*. Lisboa: Guimarães Editores, 1992.
- PERLMAN, Janice: *O mito da marginalidade: Favelas e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

- REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ROCHA, Everardo: *O que é Etnocentrismo*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- SALDANHA, Nelson: *O Estado Moderno e o Constitucionalismo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- SANTOS, Jair Ferreira dos: *O que é Pós-moderno*. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: *O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1988.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de: *Para uma Crítica da Eficácia do Direito*. Porto Alegre: SAFE, 1984.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de: *(Org.) Introdução Crítica ao Direito: Série o Direito Achado na rua*. Brasília: UNB, 1993.
- SOUTO, Cláudio: *Introdução ao Direito como Ciência Social*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1971.
- SOUTO, Cláudio: *Teoria Sociológica Geral*. Porto Alegre: Editora Globo, 1974.

SOUTO, Cláudio: *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*. Porto Alegre: SAFE, 1978.

SOUTO, Cláudio & SOUTO, Solange: *Sociologia do Direito*. São Paulo: LCT/EDUSP, 1981.

SOUTO, Cláudio & SOUTO, Solange: *A explicação sociológica: uma introdução a Sociologia*. São Paulo: EPU, 1985.

SOUTO, Cláudio. *Ciência e Ética no Direito: Uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: SAFE, 1992.

SOUTO, Cláudio. *Tempo do Direito Alternativo: uma fundamentação substantiva*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 1997.

WARAT, Luís Alberto & PÊPE, Albano Marcos Bastos: *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.

WEBER, Max: *Economia e Sociedade: fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Brasília: UNB, 1994.

WEBER, Max: *Sociologia*. COHN, Gabriel (Org.). São Paulo: Ática, 1991.

WOLKMER, Antonio Carlos: *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega; 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

ZALUAR, Alba: *A Máquina e a Revolta: As organizações populares e o significado da pobreza*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

2. Artigos.

ADEODATO, João Maurício: "Filosofia do Direito e Dogmática Jurídica".

Revista da ESMape, A. I, n. 1. Recife: ESMape, 1996, pp. 266-286.

ADEODATO, João Maurício: "Modernidade e Direito". *Revista da ESMape*, v.

2, n. 6. Recife: ESMape, 1997, pp. 255-273.

ADEODATO, João Maurício: "Bases para uma metodologia da pesquisa em

Direito". Centro de Estudos Jurídicos. Brasília, n. 7, jan/abr. 1999, pp. 143-150.

ADEODATO, João Maurício: "O ceticismo pirrônico de Sexto Empírico". Recife:

mimeo, 1999, pp. 01-09.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de: "História: A Arte de Inventar o

Passado". Campina Grande: mimeo, 1994, pp. 01-34.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de: "História: A Arte de Inventar o

Passado". In: *Caderno de História*. vol. 2, n. 1, Natal: Ed. Da UFRN, 1995.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Durval Muniz de: "Experiência: Uma fissura no

silêncio". Campina Grande: mimeo, 1998, pp.01-14.

- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon: "Montesquieu: sociedade e poder". In:
WEFFORT, Francisco C. (org.): **Os Clássicos da Política**. Vol. 1. São
Paulo: Ática, 1993, pp. 111-120.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: "Por quê ler Kelsen, hoje". In COELHO,
Fábio Ulhoa: **Para Entender Kelsen**. São Paulo: Max Limonad, 1996, pp.
13-20.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: "Prefácio". In ADEODATO, João Maurício:
**O Problema da Legitimidade: no Rastro do Pensamento de Hannah
Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, pp. I-VI.
- IANNI, Octávio: "A Sociologia e o Mundo Moderno". **Revista Tempo Social**.
São Paulo: USP, 1989, pp. 07-27.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho & RODRIGUES, José Augusto de Souza: "A volta
do parafuso: cidadania e violência". In SANTOS JÚNIOR, Belisário dos
(Org.) **Direitos Humanos: um debate necessário**. São Paulo: Brasiliense,
1988, pp. 120-140.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho & RODRIGUES, José Augusto de Souza:
"Pasárgada revisitada". **Sociologia - Problemas e Práticas**. Lisboa, n. 12,
1992, pp. 09-17.
- KANT, Immanuel: "Que é 'Esclarecimento'?". (Orgs.) BUZZI, Arcângelo R. &
BOFF, Leonardo: **Textos Seletos**. Petrópolis: Vozes, 1974, pp. 100-117.

KLINTOWITZ, Jaime: "Sob o Manto do Fanatismo". Revista **VEJA**. São Paulo: Abril Cultural, 01 mar. 2000, pp. 44-51.

MACHADO, Roberto: "INTRODUÇÃO: Por uma genealogia do poder". In FOUCAULT, Michel: **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979, pp. VII-XXIII.

MARX, Karl: "A Questão Judaica". in MARX, Karl: **Manuscritos Econômicos-Filosóficos**. Lisboa: Edições 70, 1975, pp. 35-65.

MARX, Karl: "Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel". in MARX, Karl: **Manuscritos Econômicos-Filosóficos**. Lisboa: Edições 70, 1975, pp. 77-93.

MARX, Karl: "Crítica ao Programa de Gotha". In. MARX, Karl & ENGELS, Friedrich: **Obras Escolhidas**. Vol. 2. São Paulo: Alfa-Omega, s/d, pp. 203-225.

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". **Anuário do Mestrado em Direito**. n.06. Recife: Universitária (UFPE), 1993, pp. 313-357.

NIETZSCHE, Frederico: "Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-Moral". coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, pp. 43-52.

- OLIVEIRA, Luciano: "Direito, Sociologia Jurídica, Sociologismo: notas de uma discussão". Texto apresentado no VIII Encontro Nacional da ANPOCS, Águas de São Pedro. São Paulo, 1984, pp. 01-21.
- OLIVEIRA, Luciano: "Ilegalidade e Direito Alternativo: notas para evitar alguns equívocos". *Ensino Jurídico OAB - Diagnósticos, Perspectivas e Propostas*. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1992 A, pp.191-200.
- OLIVEIRA, Luciano: "O pluralismo Jurídico como signo de uma nova sociedade na América Latina: mitos e realidade". Recife: mimeo, 1992 B, pp.01-27.
- OLIVEIRA, Luciano: "Ética e determinação sociológica em tempos sombrios: uma breve reflexão". *Direito em debate*, ano IV, n. 04, 1994, pp. 65-71.
- RIBEIRO, Emmanuel Pedro: "Adoção à Brasileira: uma análise sócio-jurídica". *Revista da ESMape*, v.2, n. 6. Recife: ESMape, 1997, pp. 181-200.
- RIBEIRO, Emmanuel Pedro: "A favela do Pedregal e suas formas de intermediação de conflitos". Campina Grande, 1998, mimeo, pp. 01-60.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: "O Direito e a Comunidade: as transformações recentes na natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados". In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.): *Direito e Avesso*. Ano II, n. 03, 1983, pp. 139-163.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: "Para uma Sociologia da distinção Estado/Sociedade Civil". In. LYRA, Dereodó. (org.) *Desordem e Processo*. Porto Alegre: SAFE, 1986, pp. 65-76.

- SANTOS, Boaventura de Sousa: "Sociologia na primeira pessoa: fazendo pesquisa nas favelas do Rio de Janeiro". *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. N. 49, São Paulo: Brasiliense, 1988, pp. 39-79.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça". In. FARIA, José Eduardo: (org.) *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, pp. 39-65.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: "Justiça popular, dualidade de poderes e estratégia socialista". In. FARIA, José Eduardo (org.): *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, pp. 185-205.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: "Notas sobre a história jurídica e social de Pasárgada". In. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.): *Introdução Crítica ao Direito: série e direito achado na rua*. Brasília: UNB, 1993, pp. 42-47.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: "A crise do paradigma". In. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.): *Introdução Crítica ao Direito: série o direito achado na rua*. Brasília: UNB, 1993, pp. 61-74.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: "O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Para um Novo Senso Comum". *Humanidades*, v. 07, n. 03. Brasília: UNB, 1991, pp. 267-282.
- SANTOS, Boaventura de Sousa: "Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo". *A crise dos paradigmas em*

ciências sociais e os desafios para o século XXI. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, pp. 33-75.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de: "Movimentos Sociais: emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito". In. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.): *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992 A, pp. 128-142.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de: "Um direito achado na rua: O direito de morar". In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.): *Introdução Crítica ao Direito: série o direito achado na rua*. Brasília: UnB, 1993, p. 34.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de: "Movimentos Sociais e práticas instituinte de direito: perspectivas para a pesquisa sócio-jurídica no Brasil". *170 anos de cursos jurídicos no Brasil*. Brasília: OAB, conselho Federal, 1997, pp. 123-144.

SOUZA FILHO, Danilo Marcondes de: "O Argumento do Conhecimento do Criador e o Ceticismo Moderno". In. CHAÚÍ, Marilena & ÉVORA, Fátima (orgs.): *Figuras do Racionalismo*. São Paulo: ANPOF, 1999, pp.01-30.

VILANOVA, Lourival: "A crise do Estado sob o ponto-de-vista da Teoria do Estado". In: ADEODATO, João Maurício (Org.): *Jhering e o direito no Brasil*. Recife: Ed. Universitária, 1996, pp. 142-155.

WOLKMER, Antonio Carlos: "Contribuição para o projeto de juridicidade alternativa". In. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.): *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Acadêmica, 1992 A, pp. 28-52.

WOLKMER, Antonio Carlos: "Direito Comunitário Alternativo: elementos para um ordenamento teórico-prático". In. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.): *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Acadêmica, 1992 B, pp. 126-144.

WOLKMER, Antonio Carlos: "Instituições e pluralismo jurídico na formação do direito brasileiro". In. ROCHA, Leonel Severo (org.): *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: SAFE, 1994, pp. 09-16.

3. Monografias, dissertações e teses.

MAIA, Alexandre da: *Ontologia Jurídica: O Problema de sua Fixação Teórica - com relação ao garantismo jurídico*. Recife, 1999, 122p. Dissertação (Mestrado) - Centro de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco.

4. Internet

RIBEIRO, Emmanuel Pedro. "Notas introdutórias sobre o pensamento de Ehrlich". Obtido via Internet. [Http://www.datavenia.inf.br/opinião/emanuel2.html](http://www.datavenia.inf.br/opinião/emanuel2.html), 1998.