

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

ANGELA MARIA GRIBOGGI

**A CONSOLIDAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NO SÉC. XXI:
Uma Análise a Partir do Esgotamento das Bases Monista, Positivista, Liberal
e Individualista do Estado Moderno**

CURITIBA - PR

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ANGELA MARIA GRIBOGGI

**A CONSOLIDAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NO SÉC. XXI:
Uma Análise a Partir do Esgotamento das Bases Monista, Positivista, Liberal
e Individualista do Estado Moderno**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Claudia Maria Barbosa.

CURITIBA - PR

2009

Griboggi, Angela Maria

Pluralismo Jurídico: uma realidade da sociedade e do direito brasileiro no séc. XXI.

Angela Maria Griboggi ; Orientadora: Prof^a. Dr^a. Claudia Maria Barbosa. – 2009.

X, 190, f. 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009

Inclui bibliografia

1. Bibliotecas universitárias – Estudos de usuários. 2. Bibliotecas e professores. 3. Mestrado em Direito. I. Barbosa, Cláudia Maria. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-graduação em Direito. III. Título.

ANGELA MARIA GRIBOGGI

**A CONSOLIDAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NO SÉC. XXI:
Uma Análise a Partir do Esgotamento das Bases Monista, Positivista, Liberal
e Individualista do Estado Moderno**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito à obtenção do título de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Claudia Maria Barbosa.
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Doutor Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto
Universidade Federal de Goiás

Curitiba, 27 de fevereiro de 2009.

Aos meus pais, familiares e amigos

Companheiros de todas

as horas

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelas benções em minha vida.

A minha família, pelo apoio amor e carinho nesta caminhada, em especial aos meus pais Enedina e Paulo, aos meus irmãos Paulo, Iolanda e Ivana, as minhas avós Amélia e Iolanda e aos meus sobrinhos Laleska, Thiago e Pietro.

A minha querida orientadora, Prof^a. Claudia Maria Barbosa, que me socorreu, auxiliou e, acima de tudo, compreendeu-me em todas as etapas desta pesquisa.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PucPr, pela oportunidade.

Aos amigos, professores e funcionários da PUCPR, pela ajuda.

Agradecimento que estendo em especial à coordenação e ao corpo docente do Mestrado: Claudia Maria Barbosa, Antônio Carlos Efig, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, Flávia Cristina Piovesan, Francisco Carlos Duarte, Katya Kozicki, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Vladimir Passos de Freitas.

À Prof^a. Katya Kozicki, pela orientação no estágio de docência.

Os meus agradecimentos também a Eva de Fátima Curello e Isabel Cristina Bueno, pela constante colaboração.

Ao professor Nilson, por seu apoio na revisão deste trabalho acadêmico.

A todos que direta ou indiretamente colaboraram nesta minha caminhada.

Muito Obrigada !

O mundo se tornou perigoso porque os homens aprenderam a dominar a natureza antes de dominar a si mesmos. Schweitzer

Somos responsáveis por aquilo que fazemos, que não fazemos e que impedimos de fazer. Suhard

Na nossa época como em todas as épocas, a ênfase do desenvolvimento do direito não recai nem sobre a legislação nem sobre a jurisprudência, mas sobre a própria sociedade. Eugen Ehrlich

RESUMO

A CONSOLIDAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NO SÉC. XXI: Uma Análise a Partir do Esgotamento das Bases Monista, Positivista, Liberal e Individualista do Estado Moderno. As bases do Estado Moderno, monista, positivista, liberal e individualista, que se refletem como o produto histórico das dinâmicas sociais dominadas em grande parte pela força do capitalismo, ocorridas principalmente após o séc. XVIII, vêm impactando a sociedade contemporânea. Este modelo de Estado não tutela a integralidade dos direitos de seu povo, além de proporcionar a marginalização e exclusão de parte dos indivíduos, de modo que por este e outros fatores, passa por uma fase de crise, a qual inevitavelmente exige mudanças paradigmáticas que partem do individualismo ao coletivo. Acredita-se que o presente momento histórico representará um divisor de águas na história, sendo tais transformações merecedoras de reflexões, principalmente quanto às dinâmicas e relações conflitantes entre Estado, Direito e Sociedade. A presente proposta alvitra-se a dialogar e contextualizar algumas dessas mudanças, sobretudo quanto às quebras de paradigmas do Direito, geradas dentre outros, pela deficiência do modelo monista estatal, que não condiz aos reclames sociais. Procurar-se-á demonstrar que, em contrapartida, o modelo socioambientalista atende de modo mais satisfatório aos interesses da Sociedade Multicultural, na qual o Pluralismo Jurídico consolida-se frente à sociedade e ao direito no séc. XXI, sendo capaz de garantia à Diversidade Cultural com base no respeito e reconhecimento ao Direito não oficial coexistente ao oficial. Investigar-se-á o papel do Estado e da Sociedade frente a estas realidades, na busca de justiça e democracia. Para tanto, a presente pesquisa tratará de tais assuntos em três capítulos, quais sejam: Formação, evolução histórica e esgotamento do Estado Moderno; As perspectivas do Direito na Transição da Sociedade Moderna para a Pós-moderna e As perspectivas do pluralismo jurídico enquanto fenômeno sócio-jurídico no séc. XXI.

Palavras-chave: Estado Moderno. Monismo Jurídico. Multiculturalismo, Positivismo Jurídico. Pluralismo Jurídico.

ABSTRACT

THE CONSOLIDATION OF JURIDICAL PLURALISM IN THE CENTURY XXI: An Analysis from the Exhaustion of the Monista Bases, Positivist, Liberal and Individualist of the Modern State. The bases of Modern State, monista, positivist and individualistic, are reflected as the historical product of the social dynamic dominated to a large extent for the force of the capitalism, occurred mainly after century XVIII, it comes consequence the society contemporary. This model of State not guardianship the completeness of the rights of its people, beyond providing to the exclusion of part of the individuals, in way that for this and other factors, passes for a crisis phase, which inevitably demands changes that leave of the individualism to the collective one. One gives credit that the present historical moment will represent a watershed in history, having been such deserving transformations of reflections, mainly how much to the conflicting dynamic and relations between State, Right and Society. Present the proposal desires to dialogue it and to demonstrate some of these changes, over all how much to the paradigm in additions of the Right, generated amongst others, for the deficiency of the state monista model, that not answers you complain to them social. It will be looked to demonstrate that in against departure the environmental sustainable model it takes care of in more satisfactory way to the interests of the Multicultural Society, in which Juridical Pluralism consolidates front to the society and the right in century XXI, being capable of guarantee to the Cultural Diversity on the basis of the respect and recognition to the not official Right coexists to the officer. The paper of the State and the Society will be investigated front to these realities, in the search of justice and democracy. For in such a way, the present research will deal with such subjects in three chapters, which is: Formation, historical evolution and exhaustion of the Modern State; The perspectives of the Right in the Transition of the Modern Society for the After-modern and the perspectives of Juridical pluralism while partner-legal phenomenon in century XXI.

KEYWORDS: STATE MODERN. JURIDICAL MONISM. ENVIRONMENTAL SUSTAINABLE. JURIDICAL POSITIVISM. JURIDICAL PLURALISM.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	FORMAÇÃO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ESGOTAMENTO DO ESTADO MODERNO	16
2.1	FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO MODERNO	16
2.1.1	Os Fundamentos Teóricos do Estado Moderno	25
2.1.2	Acepções de Estado Moderno	36
2.1.3	Elementos do Estado Moderno	38
2.1.4	Legitimação do Estado Moderno	42
2.1.5	O Capitalismo como Modo de Produção Típico do Estado Moderno ...	43
2.1.6	Os Efeitos da Globalização sobre a Sociedade Moderna	51
2.2	FUNDAMENTOS DA CRISE DO ESTADO MODERNO NO SÉC. XXI: O ESGOTAMENTO DAS BASES MONISTA, POSITIVISTA, LIBERAL E INDIVIDUALISTA DO ESTADO MODERNO	55
3	AS PERSPECTIVAS DO DIREITO NA TRANSIÇÃO DA SOCIEDADE MODERNA PARA A PÓS-MODERNA	61
3.1	ACEPÇÕES SOBRE A TEORIA DO DIREITO	61
3.2	OS REFLEXOS DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E SOCIEDADE GERADOS PELA INTERMEDIÇÃO DO POSITIVISMO E MONISMO JURÍDICO	68
3.3	ASPECTOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA EM SUA TRANSIÇÃO DA SOCIEDADE MODERNA PARA PÓS-MODERNA	83

3.4	AS MINORIAS VERSUS O PROJETO DE HOMOGENEIZAÇÃO CULTURAL	92
3.4.1	A Atuação do Estado em Direção ao Respeito aos Povos Indígenas no Brasil	99
3.4.2	A Atuação do Estado em Direção ao Respeito às Populações Quilombolas no Brasil	107
3.4.3	O Direito à Autodeterminação dos Povos	114
4	AS PERSPECTIVAS DO PLURALISMO JURÍDICO ENQUANTO FENÔMENO SÓCIO-JURÍDICO NO SÉC. XXI	121
4.1	A PLURALIDADE DE MODELOS TEÓRICOS DESENVOLVIDOS SOBRE O PLURALISMO JURÍDICO, SEUS IDEALIZADORES E CONCEPÇÕES .	121
4.1.1	O Surgimento Histórico do Pluralismo Jurídico na Sociedade	121
4.1.2	Os Múltiplos Conceitos de Pluralismo Jurídico	125
4.1.3	Apontamentos sobre Correntes do Pluralismo Jurídico	130
4.1.4.	Práticas Alternativas de Exercício do Direito	140
4.1.5	O Direito Supranacional: uma perspectiva do direito oficial	143
4.2	A DICOTOMIA MONISMO VERSUS PLURALISMO JURÍDICO DIANTE DO ESGOTAMENTO DO ESTADO MODERNO	150
4.3	PONDERAÇÕES SOBRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO JURÍDICO E SEUS REFLEXOS AO PLURALISMO JURÍDICO	155
4.4	MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS: DO INDIVIDUALISMO AO COLETIVO .	160
4.4.1	Proteção Jurídica à Diversidade Cultural e ao Pluralismo Jurídico	165

4.5	AS PROPOSTAS SOCIOAMBIENTAIS EM DEFESA DO PLURALISMO JURÍDICO	169
4.6	PLURALISMO JURÍDICO: UMA REALIDADE DO DIREITO E DA SOCIEADE NO SÉC. XXI	174
5	CONCLUSÃO	185
	REFERÊNCIAS	192

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea passa por transformações, nas quais as quebras de paradigmas, sobretudo, quanto ao Direito são impactantes. O que se deve em parte, em razão do esgotamento do modelo monista, positivista, liberal e individualista do Estado moderno, que não responde adequadamente às complexidades e exigências de uma sociedade multicultural. E essa realidade abre campo a discussões, as quais exigem reflexões quanto à posição do Estado, do Direito e da própria Sociedade, principalmente neste início de século XXI, em que se verifica a materialização do pluralismo jurídico, como sistema de produção jurídica não oficial, apto a produzir Direito.

Destaca-se que o liberalismo, o monismo e o positivismo jurídico firmaram-se como fundamentos do Estado moderno ocidental, por seus princípios se adequarem aos interesses da burguesia capitalista dos séc. XVII e XVIII, sendo assim, representam o reflexo do produto histórico da força da propriedade privada e do capital sobre a coletividade e as dinâmicas sociais.

Contudo, estes fundamentos do Estado moderno não se coadunam as exigências contemporâneas, causando um momento de instabilidade e crise, associada a diversos fatores, tais como sociais, econômicos, filosóficos, culturais, políticos, jurídicos, ambientais, entre tantos outros, que provocam o enfraquecimento do Estado e a quebra de seu paradigmas.

Sendo assim, o momento é de crise paradigmática, na qual os modelos epistemológicos modernos se mostram esgotados, causando um período de transição e impasses entre os paradigmas dominantes e os paradigmas emergentes da pós-modernidade, os quais se voltam do individualismo para o coletivo.

Nesta perspectiva a diversidade cultural com sua imanente pluralidade não se coaduna com essa sistemática; traz questionamentos e instabilidades sociais, que por sua vez provocam rupturas dos conceitos impostos, situação felizmente agravada pela força dos movimentos sociais que buscam transformações.

Diante desta constatação de transformações sociais, também são verificadas mudanças paradigmáticas quanto às concepções do Direito, ganhando

evidência e força os movimentos que demonstram a existência de Direito emanado por outras fontes, além da estatal, o que implica na alteração das concepções de juridicidade, com efeitos na ordem jurídica posta pelo Estado, pela constatação da consolidação do pluralismo jurídico.

Assim, percebe-se que são diversos os fatores de mudanças, a ponto de se acreditar que o séc. XXI representará historicamente um novo divisor de águas à instituição estatal.

Frente a essas observações, o trabalho trará um diálogo sobre tais circunstâncias, assumindo posição divergente ao discurso jurídico hegemônico que se apóia no Estado monista e positivista, demonstrando a vigência de diferentes formas de pluralismo jurídico no seio da sociedade e algumas teorizações sobre essa realidade. O que se fará não no intuito de esgotar o tema, o que seria pretensão inatingível em razão da diversidade que comporta, mas sim, com a finalidade de demonstrar que além do Direito oficial, existem outros, que de forma paralela se consolidam e assumem tanta juridicidade ou mais, que o estatal.

Para tanto, a pesquisa será apresentada em três capítulos, o primeiro tratará sobre o Estado, o segundo sobre o Direito e a Sociedade e o último, sobre o pluralismo jurídico. O conteúdo destes três capítulos interliga-se, de modo que no decorrer do texto observar-se-á a retomada de alguns temas postos em discussão.

O que se deve porque ao se tratar do tema do pluralismo jurídico, está-se debatendo sobre a possibilidade de pluralidade de fontes do Direito, atuantes em uma determinada sociedade fixada no território de certo Estado, pondo em xeque as concepções jurídicas e os fundamentos deste Estado, exigindo mudanças paradigmáticas tanta no campo social, quanto nas bases estatais e principalmente no campo jurídicos.

Destaca-se que seria irrelevante tratar da teoria do Estado, se não fosse a importância deste tema para o presente trabalho, visto que o assunto central em análise, versa sobre o pluralismo jurídico, que, por sua vez, reverte-se às bases do Estado, seu poder, funcionalidade, eficiência, paradigmas, dentre outros aspectos, que ora são apresentados diante de uma visão plural. Assim, no primeiro capítulo destacam-se aspectos sobre a formação e evolução histórica do Estado, apresentando-se definições, elementos, legitimidade, modo de produção, os quais ao fim irão corroborar com a evidência da crise paradigmática pela qual passa o

Estado contemporâneo.

O segundo capítulo assume que a sociedade atual passa por um período de transição da modernidade para a pós-modernidade e assim abordará as perspectivas do Direito frente a esta situação, analisando temas como o positivismo jurídico, o monismo, as características da sociedade no séc. XXI, a importância do multiculturalismo e das sociedades tradicionais, o projeto de homogeneização cultural, buscando ligar o papel do Estado e de novos atores sociais frente a essas realidades.

O último capítulo tem como assunto principal o pluralismo jurídico, que é apresentado como um fenômeno sócio-jurídico no séc. XXI. Para tanto são apontadas inicialmente algumas teorias e concepções sobre o tema e seus reflexos ao modelo de Estado moderno liberal, individualista, monista e positivista, provocando um choque entre tais pontos. As propostas socioambientais são apresentadas como uma das soluções aos embates surgidos entre o Direito estatal e o pluralismo jurídico, o qual se revela materializado na sociedade.

Assim, nesta perspectiva de avaliação e reconhecimento de necessidades sócio-culturais antagônicas, instantâneas e abandonadas, ilustrar-se-á o pluralismo jurídico como modelo de coexistência de sistemas jurídicos vigentes e aptos a recuperar e construir uma sociedade múltipla, justa e democrática, o que seria possível diante do viés do socioambientalismo.

2 FORMAÇÃO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ESGOTAMENTO DO ESTADO MODERNO

2.1 FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO MODERNO

O ser humano tende a conviver em grupos e sua integração ocorreu de diversas formas no percurso histórico, tal como nas sociedades patriarcais, tribais, clãs, gens romana, fratria grega, gentildade ibérica, feudais, cada uma com características próprias, mas todas na busca da sobrevivência humana¹.

Engels (1995, p. 70 e 71) explica o surgimento da família, da propriedade privada e do Estado por meio das origens da família² e determina que o modo de produção material é o elemento condicionador para o desenvolvimento da sociedade. Segundo o autor, a família monogâmica é a célula da sociedade civilizada, a primeira que não se baseava em condições naturais, mas sim econômicas e no triunfo da propriedade privada sobre a propriedade comum primitiva, originada espontaneamente.

Com o desenvolvimento humano, as relações em sociedade se tornaram cada vez mais complexas e como consequência desenvolveu-se um gigantesco fenômeno de integração e união de indivíduos, que se consubstanciou em uma instituição chamada Estado³, o qual, como fruto da sociedade, tem a finalidade de organizá-la e manter a harmonia e o controle de sua estrutura interna⁴.

¹ Friedrich Engels trata com propriedade dos modelos acima mencionados, na obra "A origem da família, da propriedade privada e do Estado".

² O autor ao tratar dos estágios pré-históricos de cultura baseia-se na ordem pré-histórica da humanidade, segundo a classificação de L. H. Morgan, que a divide em três épocas principais – "estado selvagem, barbárie e civilização" (ENGELS, 1995, p. 21).

³ MIRANDA (2002, p. 34) descreve que o vocábulo Estado (*stato*) veio da renascença italiana, equivalendo ao status do latim – constituição ou ordem. Maquiavel foi o primeiro a empregar este termo, na obra o Príncipe. Por sua vez, Zippelius (1997, p. 61) relata que o vocábulo "status" designa um estado, uma determinada constituição de convivência compreendida como estrutura de ação juridicamente organizada, sendo a comunidade estatal uma totalidade de indivíduos cujas condutas são coordenadas de maneira específica.

⁴ Neste sentido ZIPPELIUS (1997, p. 68) descreve o Estado como estrutura organizada de poder e ação, que "desempenha a função de garantir entre os Homens uma convivência ordenada de forma harmoniosa e segura, sobretudo a de manter a paz e a segurança jurídica", sendo que para se manter a ordem e a paz "...). Os titulares de cargos políticos devem ser dotados de "poder estatal": da faculdade de regular vinculativamente a conduta nesta comunidade e de impor, com

Neste sentido, Segundo Engels (1995, p. 105) descreve que o Estado pressupõe um poder público especial, distinto do conjunto dos cidadãos que o compõem.

Com as gens grega, a riqueza passou a ser valorizada e respeitada como bem supremo e as antigas instituições da gens foram pervertidas para se justificar a aquisição de riquezas pelo roubo e pela violência e, assim, surgiu o Estado, como instituição asseguradora das riquezas individuais contra as tradições comunistas da constituição gentílica, que consagrou a propriedade privada, tornando-a o objetivo mais elevado da comunidade humana, possibilitando o acúmulo acelerado de riquezas, que perpetuasse a divisão de classes e o direito de a classe possuidora explorar a classe não-possuidora⁵.

MIRANDA (2002, p. 20) destaca que o aparecimento histórico do Estado se deu porque qualquer sociedade humana necessita de um mínimo de organização política, além da necessidade de situar-se no tempo e no espaço. O autor salienta que os fatores que propiciaram o surgimento do Estado foram: - a possibilidade de emergir o Estado em qualquer sociedade humana; - a conexão entre heterogeneidade e complexidade da sociedade; - a crescente diferenciação política; - a equivalência entre forma de organização política, forma de civilização e formas jurídicas; - além da tradução no âmbito das idéias de direito e das regras jurídicas do processo de formação de cada Estado em concreto.

Ao discorrer sobre o Estado Moderno, Miranda (2002, p. 39) conclui que as condições gerais para o seu desenvolvimento podem ser resumidas pela junção de "(...) condições espirituais, socioeconômicas e internacionais (...)", ocorridas em dado momento histórico, verificada entre os séculos XIV e XVIII⁶.

Desse modo, o autor leciona que o Estado é um fenômeno historicamente

os meios do poder, a conduta prescrita, recorrendo até, em caso extremo, ao emprego da força física".

⁵ ENGELS, 1995, p. 119 e 120.

⁶ Dentre as condições espirituais estão o Renascimento, a Reforma e a Contra Reforma, vinculadas com as crises psicológicas e morais, do humanismo ao racionalismo e do racionalismo ao romantismo, o espírito científico rebelde contra o espírito religioso, o progresso técnico e o aproveitamento da natureza, a difusão da cultura e a passagem da cultura de corte e de claustros a cultura de massas. Dentre as condições socioeconômicas estão a decadência da nobreza e da aristocracia rural e a ascensão da burguesia (no séc. XIX a burguesia praticamente monopolizou a vida política), o desenvolvimento do capitalismo sob várias formas econômicas e jurídicas, a revolução industrial, o aparecimento da classe operária, o sindicalismo e a amplitude dos conflitos sociais (MIRANDA, 2002, p. 39).

situado e não equivale ao político⁷, mas é uma manifestação do político, ocorrida diante de certas circunstâncias (MIRANDA, 2002, p. 159)⁸.

Zeppelius (1997, p. 03), ao indagar-se sobre a natureza real do Estado, sobre seu acontecer político, sobre sua configuração e sobre os fins que deveria prosseguir, observa que tais questões não foram bem diferenciadas ao longo da história das teorias do Estado; para elucidar, destaca que em Platão e Santo Agostinho a questão do Estado era pensada em torno da tarefa ética ou teológica do Estado e da forma de Estado que melhor corresponderia a essa tarefa. Que Aristóteles analisava o Estado de modo empírico, correlacionando a questão da realidade estatal articulada com a questão ética do Estado ideal e que apenas no início da Idade moderna o pensamento sobre o Estado começou a mudar, quando Maquiavel investigou as condições técnicas necessárias para conquistar ou manter o poder.

O autor continua suas explicações mencionando que pouco depois Galileu com seu método experimental⁹ viria a influenciar o pensamento sobre o Estado, descrevendo que “Uma vez que dissociado o pensamento político de conexões de natureza teológica, ética e sobretudo jusnaturalista, ficou também aberto o caminho para uma concepção laica e puramente política da razão do Estado (...)”, o que foi útil para a autoconservação e para o desenvolvimento do Estado como instituição, que passou a ter finalidade autônoma, não sendo mais relevante encontrar uma justificativa ou limite que o transcendesse¹⁰.

Há teorias que procuram fornecer modelos sobre a verdadeira origem dos Estados, as quais explicam em que processos históricos ou por meio de que leis sociológicas surgiram as formações estatais e o poder do Estado. Dente estas

⁷ O político é o que respeita a todos, o que abrange, coordena e sintetiza a pluralidade de grupos, interesses e situações (MIRANDA, 2002, p. 04).

⁸ Assim, o Estado é institucionalização do poder e também organização da comunidade, predisposta para que os membros sejam destinatários dos comandos vindos dos órgãos do poder. Ele se projeta em atividade e obtém de sua atividade a constante renovação de sua unidade. A organização é condição da atividade, mas sem a atividade não poderia a organização subsistir (MIRANDA, 2002, p. 169 e 170).

⁹ Quanto ao método experimental explica Zeppelius (1997, p. 04) que Galileu utilizou no âmbito das ciências naturais uma forma de tratamento isolada das coisas, de modo que “(...) através do método experimental isolou da complexidade do todo diversos fenômenos naturais descobrindo algumas interdependências bem determinadas na área das leis naturais (...)”. Em seguida a tais explicações, Zeppelius (1997, p. 15) destaca que este método de raciocínio introduzido nas ciências naturais não pode ser aplicado aos acontecimentos sociais sem alterações.

¹⁰ ZEPPELIUS, 1997, p. 04.

teorias estão as teorias patriarcal¹¹, patrimonial¹², teoria do poder¹³ e teoria contratual¹⁴ que se ativeram aos modos segundo os quais se desenvolveram as formações políticas, seja mediante estruturas familiares, de pactos, posse, concessão de terras, aquisição de papéis de liderança religiosa, militares ou econômicas. Há também as teorias de referência funcional que procuram explicar o desenvolvimento de comunidades políticas a partir de condicionalismos e necessidades históricas, tal como a organização e regulação do aproveitamento das águas nos vales do Nilo, do Eufrates, do Tigre, do Indo e do Hoão-Ho (ZEPPELIUS, 1997, p. 139 e 140).

Lançadas essas observações sobre o surgimento histórico do Estado, passa-se a apontar algumas correntes doutrinárias acerca da natureza do Estado.

Observa-se que consoante Miranda, as correntes doutrinárias relevantes sobre a natureza estatal são permeadas por concepções dualistas.

Para tal doutrinador as correntes doutrinárias relevantes sobre a natureza estatal, são: - idealista (Estado como idéia ou finalidade) e realistas (Estado como ser de existência temporal sensível); - objetivista (Estado considerado como realidade exterior aos homens) e subjetiva (Estado como realidade subjetiva ou como expressão fundamentalmente psicológica de relações humanas); - atomistas ou nominalistas (Estado como mero conjunto de indivíduos, nome sem realidade substancial) e organicistas ou realistas (Estado irreduzível aos indivíduos,

¹¹ “A teoria patrimonial fundamenta-se no fato de que as associações de domínio tiveram a sua origem histórica em famílias e associações de famílias, nas quais os respectivos chefes desempenhavam um papel determinante (...). As estruturas sociais, ainda hoje existentes, de povos primitivos podem sugerir tais hipóteses de evolução. Para muitos destes povos, a investigação etnológica torna plausível que a evolução se tenha processado do seguinte modo: membros de uma gens provenientes da linha maternal ou paternal de uma família desenvolveram um sentimento específico de solidariedade e formas específicas de convivência, em virtude de tais padrões de solidariedade se terem estendido a ramificação mais ampla da linhagem, formaram-se clãs e tribos” (ZEPPELIUS, 1977, p. 140 e 141).

¹² “Segundo esta teoria, o poder de domínio deve assentar na propriedade do soberano sobre o território do Estado (...) Esta teoria encontra o seu modelo no sistema feudal em que o rei detém a propriedade suprema sobre terras e bens e através do feudo, vincula a si os vassalos e subvassalos, enquanto os lavradores aforados são em geral considerados como mero acessório de terras e bens” (ZEPPELIUS, 1997, p. 144).

¹³ Esta teoria pode se contrapor à teoria jusnaturalista e à teoria empírico-descritiva, a primeira converte a posição fática do mais forte num direito do mais forte e a segunda aceita como lei meramente sociológica que o mais poderoso se imponha na comunidade e que em consequência disto, nasce o Estado como uma instituição na mão e em proveito do mais forte (ZEPPELIUS, 1997, p. 145 e 146).

¹⁴ Nas teorias contratuais, encontra-se a conjunção do modelo de formação de domínio com a legitimação. Assim, deduziu-se o direito de resistência contra o rei de elementos contratuais que foram importantes quando da fundamentação do poder real (ZEPPELIUS, 1997, p. 143).

impossível de ser tomado como entidade específica ou com vontade própria); - monista (Estado como centro ou titular do poder político) e dualista (Estado como objeto do poder ou instrumento ao serviço dos verdadeiros detentores do poder); - contratualistas (Estado como produto da vontade, como associação)¹⁵ e institucionalista (Estado como sentido, relação, ordem objetiva, como instituição); - normativista (Estado como realidade normativa ou como sistema ou unidade de normas) e não normativistas (Estado não redutível a norma jurídica ou somente como realidade sociológica à margem das normas jurídicas)¹⁶.

Em seu percurso histórico, o Estado se desenvolveu por meio de tipos fundamentais, quais sejam: o Estado oriental, o grego, o romano, o medieval e o moderno¹⁷. Além destas, é possível adotar-se outras tipologias, conforme se evidenciem uma ou outra característica do Estado. Exemplo importante é a classificação marxista, que divide os tipos de Estado em razão dos modos de produção, em despótico, escravagista, feudal, capitalista e socialista.

Quanto a esse tema, Wolkmer (1990, p. 23) narra que as organizações liberal-burguesas definidas pelo jurista Georg Jellinek e difundidas no Ocidente, como Estado Oriental, Estado Helênico, Estado Romano e Estado Moderno retratam as sociedades políticas por meio de uma trajetória natural, evolutiva e racional. Enquanto as organizações marxistas definiram os tipos de Estado em função do modo e das relações de produção, em Estado Escravista, Estado Feudal, Estado Capitalista e Estado Socialista.

Pelo descrito até então, percebe-se que o Estado não se cristaliza em uma única forma acabada e está em contínua mutação, por meio de várias fases de desenvolvimento progressivo, de forma que os fins que se propõem impelem-se

¹⁵ É relevante traçar algumas considerações sobre as concepções contratualistas que se desenvolveram nos séc. XVII e XVIII, seus representantes mais significativos são Hobbes (para o qual o contrato social transfere o direito natural absoluto que cada um tem sobre todas as coisas a um príncipe ou assembléia, assim se constituindo o Estado e a sujeição ao príncipe ou a assembléia, de modo que por meio de um só e mesmo ato os homens formam a comunidade e submetem-se a um soberano. Único modo de erigir um poder comum, capaz de defender os homens e de lhes assegurar os frutos da terra), Rousseau (para quem o pacto social é a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a comunidade, cada um dando-se a todos, não se dá a ninguém, a condição é igual para todos e cada um ganha o equivalente daquilo que perde e mais força para conservar aquilo que tem), Altúcio, Suarez, Crócio, Locke, Puffendorf, Kant, etc (para os quais somente o contrato originário se pode fundar entre os homens uma constituição civil, legítima e uma comunidade, para estes há um princípio lógico de explicação do Estado ou fundamento ético que se assente num contrato (MIRANDA, 2002, p. 161 e 162).

¹⁶ MIRANDA, 2002, p. 160.

¹⁷ Esta classificação originou-se por meio das concepções de JELLINEK (MIRANDA, 2002, p. 24).

para novos modos de estruturação e eles próprios vão se modificando e o mais das vezes se ampliando (MIRANDA, 2002, p. 23).

A seguir, serão apontadas algumas questões relevantes sobre essas tipologias de Estado, mediante uma ordem de cronologia histórica, que se inicia com o Estado Antigo, seguindo-se sucessivamente com os Estados grego, romano, medieval e moderno.

O Estado Antigo, também conhecido como Estado Oriental ou Teocrático começou a se definir entre as antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, no qual a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem aparente diferenciação. Perdurou até o séc. XV e toda sua fundamentação calca-se na teocracia, quer dizer, na vontade de Deus, nele o Estado era totalmente imaturo, sendo unitário, sem divisões de poder e território. São duas as características fundamentais do Estado neste período, quais sejam, a natureza unitária e a religiosidade. A primeira refere-se ao caráter de unidade geral, que não permite qualquer divisão interior, nem territorial, nem de funções, sendo que permaneceu essa idéia de natureza unitária durante toda a evolução política da Antigüidade. Por sua vez, o fator religioso determinou uma estreita relação entre Estado e divindade (DALLARI, 1985, p. 53 e 55).

O Estado Antigo buscou na unidade a coerência e a manutenção de seu sistema. E buscou explicar a autoridade dos governantes e das normas de comportamento individuais e coletivas como expressões da vontade de um poder divino, o que implicava em não questionamento as ordens divinas.

Por sua vez, o Estado Grego compunha-se pela junção de toda civilização helênica e diferentemente do Estado Antigo, não se caracterizava como um Estado unitário.

Dallari (1985, p. 55) descreve que Atenas e Esparta representaram os dois principais Estados Gregos; mesmo possuindo diferenças profundas entre seus costumes, a concepção de sociedade política para ambos era semelhante.

Na Grécia, o Estado era denominado "*polis*" e caracterizava-se como uma cidade autônoma, com organização social, poder político, território e capacidade de sobrevivência sem o auxílio de demais cidades; este ideal de auto-suficiência gerou a preservação do caráter de cidade-Estado. Neste Estado, a elite compunha a classe política, com intensa participação nas decisões de caráter público do

Estado, sendo que nas relações de caráter privado a autonomia da vontade individual era restrita. A noção de democracia valia apenas para os considerados cidadãos. Foi no mundo grego que surgiu um dos maiores tratados sobre o Estado, qual seja, “A República”, de Platão (DALLARI, 1985, p. 56).

Na obra, “A República”, Platão por meio de um diálogo socrático, expõe suas idéias políticas, filosóficas, jurídicas e apresenta um Estado ideal, sustentado no conceito de justiça.

O Estado Romano iniciou-se com um pequeno agrupamento humano e experimentou várias formas de governo, expandindo seu domínio por uma grande extensão do mundo, atingindo povos de costumes e organizações absolutamente díspares, fator que corroborou para sua derrogada.

Em Roma, o Estado era a “*Civitas*”, a qual MENEZES (1998, p. 31) denominou de “*res publica*”, isto é, coisa comum a todos. O Estado romano representava um grande império com território soberano sobre os demais, porém nele, a célula do poder concentrava-se na família.

A concentração da base estatal romana na organização familiar chamada *civitas*, resultou da união de grupos familiares (as *gens*), razões pelas quais sempre se concederam privilégios especiais aos membros das famílias patrícias, compostas pelos descendentes dos fundadores do Estado¹⁸.

Segundo DALLARI (1985, p. 58), a abertura concedida com a naturalização de todos os povos do Império¹⁹, pelo Imperador Caracala, representou o início do fim, pois transcorreu uma fase de mudanças dinamizada com o Edito de Milão, no ano de 313, pelo qual Constantino assegurou a liberdade religiosa no Império, que fez desaparecer por influência do cristianismo a noção de superioridade dos romanos, que fora a base da unidade do Estado romano.

Com o fim do Estado antigo, adentrou-se em nova fase histórica, com o Estado Medieval, que representou um dos períodos mais difíceis para o plano estatal, o que se deve em razão do grau de instabilidade e heterogeneidade da época; contudo, foi de grande valor, porque quebrou a rígida e bem definida organização romana. Dentre seus principais acontecimentos estão o cristianismo,

¹⁸ DALLARI, 1985, p. 57.

¹⁹ O objetivo deste episódio foi político, para a unificação do Império; foi religioso porque visou o aumento dos adoradores dos deuses de Roma; foi fiscal porque obrigou os peregrinos a pagar impostos nas sucessões; foi social, com vistas a simplificar e facilitar as decisões das pessoas”.

as invasões bárbaras e o feudalismo; sua decadência deu-se com as invasões bárbaras, período em que se iniciaram muitas redefinições territoriais, caracterizadas por instabilidade política e fragmentação do poder. Em decorrência desses fatos o poder dividiu-se em divino e secular, este entendido como aquele que não advém de Deus (DALLARI, 1985, p. 58).

O Estado Medieval caracterizou-se pela coincidência da classe dominante com a propriedade dos meios de produção e dos próprios produtores. A relação de produção feudal correspondia a um destacamento de homens e a um aparelho que defendia a propriedade dos senhores, reprimia e mantinha na dependência os camponeses e os próprios comerciantes e artesões e organizava os senhores feudais para assegurar os seus interesses comuns. Nesse tipo de Estado, muitas vezes o poder do senhor feudal era soberano, possuía exército, cunhagem de moeda, administrava a justiça, além de lançar e coletar impostos²⁰.

Nesta fase, coexistia um rei (monarquia), com principados e ducados independentes e em certa fase com educados independentes ou exercendo o poder assistido por representantes das diferentes classes e camadas. Posteriormente, a monarquia tomou caráter absoluto, liquidando com as intervenções e prerrogativas dos senhores feudais, do clero e dos representantes da burguesia comercial (SÀ, 1986, p. 81).

O cristianismo marcou intensamente o Estado medieval, DALLARI (1985, p. 59) ao analisar tal influência descreve-a como a base da aspiração à universalidade, que superou a idéia de que os homens valiam diferentemente, de acordo com a origem de cada um, introduzindo a idéia de igualdade e opressão aos não cristãos. Por meio dele, a unidade da Igreja firmou-se, num momento em que se via também a unidade política, por intermédio da qual os motivos religiosos e pragmáticos levaram à conclusão de que todos os cristãos deveriam ser integrados numa só sociedade política. Desse modo, a própria Igreja estimulou a afirmação do Império como unidade política, na aspiração de que toda a humanidade se tornasse cristã, o que geraria o Império da Cristandade.

A concepção acima, de que o cristianismo propiciou a noção de validade e igualdade entre os homens é um dos poucos pontos positivos que se pode destacar deste período, visto que a repressão empregada aos não cristãos ou

²⁰ DALLARI, 1985, p. 53.

suspeitos de discordarem dos valores cristãos foi desumana.

As invasões bárbaras, iniciadas pelos povos germanos, eslavos, godos, dentre outros, tiveram início no séc. III e perduraram até o séc. VI e se caracterizaram por incursões de hordas armadas pelo território do Império Romano, constituindo-se num fator de grave perturbação e de profundas transformações na ordem estabelecida, que geraram novos costumes e estimularam as regiões invadidas a se afirmarem como unidades políticas independentes, que culminaram no aparecimento de numerosos Estados²¹.

Tais invasões mudaram o cenário social da época e iniciaram a derrogada do Império Romana, que foi sucedido pela Idade Média.

Com a chegada e estabilização da Idade Média, os direitos de soberania nos territórios foram divididos entre os príncipes, a igreja, os cavaleiros e as cidades; assim encontravam-se muitas vezes frente a frente, dois Estados no Estado, um aparelho do príncipe e um aparelho estamental, príncipes e estamentos, todos com tropas, autoridades, tesouros e representações diplomáticas próprias. Nessa conjuntura, o Governo passou a ser um ato contínuo de negociar compromissos (ZIPPELIUS, 1997, p. 72).

Por tais características o Estado medieval é considerado um dos mais plurais da história, multiplicidade que se observou num grande espectro das dinâmicas sociais, tais como pluralidade no direito, na cultura, na economia, na educação, na arte e em tantos outros aspectos sociais.

Ainda quanto ao Estado medieval verificou-se que a dominação feudal fundiária gerou estabilidades que levaram a burguesia ao poder político e econômico, os quais, por sua vez denegaram distribuição social, o que gerou uma visão política do final da Idade Média ligada ao liberalismo, individualismo, capital e a burguesia, que se tornaram características do Estado moderno.

Nas palavras de MIAILLE (1994, p. 117), a burguesia, para se manter no poder, proteger seus bens e garantir o progresso material, precisou de um modelo político institucional que culminou no modelo do Estado Moderno ocidental²².

Dentre outros fatores que impulsionaram o surgimento do Estado Moderno,

²¹ DALLARI, 1985, p. 56.

²² MENDES (1994, p. 62) observa que as bases capitalistas ligaram intrinsecamente o Direito ao Estado, tornado este o único legitimado a oferecer a prestação jurisdicional e assim, reduziu o Direito a lei, abandonando-se o direito consuetudinário, que foi construído pelos costumes ao longo dos tempos.

SALDANHA (1987, p. 37) expõe a saturação tecnológica, a pressão demográfica, a insuficiência de soluções privadas, os efeitos das guerras e o imperialismo.

Para Engels, o Estado moderno nasce da dissolução da sociedade gentilica fundada sobre o vínculo familiar e o nascimento do Estado assinala a passagem da barbárie a civilização. Na comunidade primitiva, vigora o regime da propriedade coletiva e com o nascimento da propriedade individual nasceu a divisão do trabalho, o que fez com que a sociedade se dividisse em classes, quais sejam, dos proprietários e dos não proprietários, o que gerou o nascimento do poder político, num estado com função de manter o domínio de uma classe sobre a outra, recorrendo inclusive à força, impedindo que a sociedade dividida em classe se transforme em estado de anarquia.

O Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasceu da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externas (a defesa). O nascimento do Estado assinalou o início da era moderna, representando o ponto de passagem da idade primitiva à idade civil, sendo precedido este estado civil pelo estado de natureza, o qual é representado por um estado de isolamento hipotético, em que viveram os povos primitivos e selvagens²³.

Com base em tais fatores não haveria outra solução a Idade Média que a não sua sufocação pelas pressões políticas, econômicas, culturais e sociais que exigiam outro modelo organizacional.

Foi em decorrência dos acontecimentos e do contexto acima mencionados, dentre outros fatores, que surgiu o Estado Moderno, ao qual serão dedicadas maiores considerações a seguir.

2.1.1 Os Fundamentos Teóricos do Estado Moderno

Inicialmente, delimita-se o Estado moderno para efeitos desta pesquisa, como sendo o Estado Moderno ocidental visto que as características do Estado

²³ BOBBIO, 1995, p. 73.

oriental não são os objetivos da presente pesquisa.

Primeiramente destaca-se que não se conhece com precisão a data do surgimento do Estado moderno, ou seja, quando passou da organização política medieval para a organização política moderna, mas as bases estatais, tal como são conhecidas contemporaneamente, surgiram no séc. XVI, com a obra “O Príncipe”, de Maquiavel, a qual buscou estabilidade política, concentração de poder, distinção entre poder temporal e espiritual, além de aludir pela primeira vez, aos elementos do Estado moderno, quais sejam, território definido, população e afirmação política²⁴.

Na obra “O Príncipe”, Maquiavel (2007, p. 31) dividiu os tipos de Estado em dois grupos, república e principados e elucidou ao governante, como manter-se no poder, dominando o povo e a cidade, ou seja, enumerou ao governante, quais devem ser suas condutas para se manter no poder e perpetuar sua dominação.

O Estado moderno fundou-se inicialmente sob a forma do absolutismo, ocorrido após o Renascimento, que substituiu o pluralismo medieval, o que se deu pela contribuição de diversos fatores ligados à natureza cultural, política e ao direito²⁵.

²⁴ MIRANDA (2002, p. 38 e 39) descreve que o Estado moderno surgiu em momentos diferentes nas várias partes da Europa, apareceu cedo na Península Ibérica, onde as lutas pela Reconquista cristã favoreceram a unidade de comando político no interior dos diversos reinos que iriam se formando. E que também apareceu cedo na Sicília e na Inglaterra, devido ao regime burocrático militar imposto pelos normandos. O processo de surgimento do Estado se deu lentamente na França, entre os séc. XIV e XV e nos países nórdicos surgiu entre os séc. XVI e XVII. Na Itália e na Alemanha a situação transitória foi prolongada, vindo os Estados nacionais a se constituírem apenas a partir de novas entidades políticas vindas dos séc. XVII e XVIII. O autor destaca que o processo de criação dos Estados europeus culminou com os Tratados de Vestefália (1648) que pôs fim à guerra dos Trinta anos, selando-se a ruptura religiosa da Europa, com o fim da supremacia política do Papa, dividindo a Europa em vários Estados independentes, cada qual com precisas fronteiras.

²⁵ Os fatores ligados à natureza cultural devem ser considerados como expressão da civilização de cada época, atendendo-se as concepções filosóficas, sociais e jurídicas que legitimam o poder e pelas quais são avaliadas as características de ação dos governantes, dentro de cada uma destas épocas, sendo elas correspondentes ao Estado do Renascimento (séc. XV e XVI), Estado da Iluminação (séc. XVII e XVIII) e Estado do Romantismo (séc. XIX e XX). Quanto à natureza política e jurídico-positiva, o Estado pode ser reduzido a um processo político e jurídico de agir, voltado para a legitimidade política, a organização, a técnica da limitação do poder dos governantes e para os direitos e deveres atribuídos aos governantes. Marcado pelos períodos do Estado estamental ou da monarquia limitada pelas ordens, do Estado absoluto e do Estado constitucional, representativo ou de direito. Quanto aos fatores ligados ao Direito, há outros fatores correlacionados de relevância, que são a política e a econômica, donde o Estado visto por meio da intersecção destes elementos faz surgir quatro tipos distintos, o Estado de poder soberano dentro do sistema Europeu de Estados, o Estado comercial relativamente fechado com sociedade e economia capitalista burguesa, o Estado liberal e constitucional e o Estado nacional que abrange todas estas tendências com orientação para a democracia (MIRANDA, 2002, p. 40 e 41).

No Estado absolutista o poder público consolidou-se nas mãos dos príncipes, os quais possuíam de primazia, inclusive sobre o poder da igreja e sobre as competências estamentais.

Nessa fase, firmou-se a teoria do Estado de Thomas Hobbes²⁶, segundo o qual os indivíduos viviam em um estado de natureza antes de se unirem para a formação da sociedade civil, ou seja, o Estado, segundo o autor, este estado de natureza representava uma situação de guerra de todos contra todos, para o qual a natureza do homem é brutal, sendo o homem para seus semelhantes um animal feroz, no qual ninguém teria garantia da própria vida e para salvar a vida, de modo que então, o poder estatal estaria legitimado pela importância de assegurar a paz e assim os indivíduos julgaram necessário submeter-se a um poder comum, surgindo um pacto pelo qual os indivíduos se subordinariam ao Estado civil.

Os senhores territoriais impuseram-se progressivamente e transformaram as poliarquias em unidades de poder rigorosamente organizadas, dispondo de uma única ordem jurídica cada vez mais unificada, que acabou por se codificar. E assim o Estado consubstanciou-se no modelo de Estado idealizado por Hobbes na obra *Leviatã*.

Hobbes (2004, p. 130) descreve que a única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões estrangeiras e da injúria dos comuneiros, garantindo-se segurança, está no fato de conferir toda a força e poder a um homem ou a uma assembléia de homens. Segundo o filósofo, a soberania é a alma do Estado e ainda, prima pela existência de direitos particulares para os indivíduos e também os direitos do Estado.

O modelo de Estado pregado por Hobbes encontrou sua realização no

²⁶ VILLEY (2005, p. 678 e 679) destaca com louvor o fato de um autor sempre ser o produto de seu tempo e assim detendo-se nas circunstâncias em que surgiu a obra de Hobbes, observa que naquele tempo, na Inglaterra nascia uma nova economia, a economia de mercado, que substituiu a economia estatutária que predominou na Idade Média, em que a burguesia vendia, comprava, tirava proveito da concorrência e reivindicava os principais papéis na sociedade, opondo-se ao absolutismo. Vindo então, Hobbes a se opor a esta economia de mercado em defesa da monarquia. Quanto a circunstâncias políticas menciona os conflitos religiosos do séc. XVI e começo do séc. XVII, a cisão do povo inglês entre legalismo anglicano e uma minoria de católicos, que geraram conflitos de classes, a tentativa dos reis Stuart (Jaime I e Carlos I, de 1603 e 1648) de restaurar o absolutismo, a revolta da Escócia protestante, a oposição conduzida pelo longo parlamento, a execução de Carlos I, a ditadura de Cromwell, restando das guerras civis o medo, a desordem, o sofrimento e a insegurança. Assim, Hobbes defende o rei e o absolutismo real, posto crer que no estado de natureza há violência de todos contra todos, a guerra civil e as misérias, restando aos homens apenas uma via para escapar de tal destino, qual seja, entregar-se ao pacto, a onipotência do príncipe, como único meio de obter a segurança, a paz, o fim das guerras.

absolutismo. Hobbes apresenta na obra *Leviatã* todos os elementos essenciais da comunidade política, quais sejam, monopólio da força pelo Estado, soberania centralizada, supremacia dos valores territoriais-nacionais sobre aqueles de regionalismo ou do internacionalismo, cidadãos reduzidos ao atomismo e em consequência desta situação, hostilidade implacável aos grupos e submissões intermediárias entre soberano e cidadão²⁷.

John Locke, por sua vez, defendeu que o estado de natureza representava um estado de paz, pairando a harmonia, em que a origem do Estado estaria atrelada à preservação da propriedade e à substituição dos indivíduos na resolução dos conflitos²⁸.

Destaca-se que a teoria sobre a propriedade privada de John Locke fundamentou as bases do Estado liberal. Locke pregava que a propriedade havia sido disposta aos homens por Deus e estariam à disposição humana, estando a apropriação da propriedade limitada ao uso e trabalho nela realizados pelo homem, com o limite no desperdício.

Vale destacar que o Estado moderno apropriou-se da teoria de Locke para justificar a propriedade privada e os abusos que dela vieram.

As concepções do Estado liberal ganharam força com os movimentos antiabsolutistas e com os ideais iluministas no séc. XVIII, na busca de segurança, estabilidade política e social, os quais acabaram por fortalecer a idéia de soberania estatal e também os fundamentos de um Direito fundado em bases positivista e monista.

Bobbio (1995, p. 76) descreve que o Estado e a política têm em comum o poder, sendo que na filosofia política a questão do Estado é apresentada sobre três aspectos, que geraram as três teorias fundamentais sobre o poder: a substancialista, a subjetivista e a relacional. Na substancialista, o poder é concebido como uma coisa que se possui e se usa como um outro bem qualquer e cita que a interpretação de Hobbes como substancialista. Interpretação subjetivista é oferecida por Locke, este modelo é empregado para definir o direito subjetivo, ou seja, que o ordenamento jurídico atribuiu o poder de obter certos efeitos a um sujeito que detenha direito subjetivo. Já a teoria relacional é aquela que se remete

²⁷ NISBET, 1982, p. 144.

²⁸ LOCKE, 1994, p. 41 a 46.

ao conceito relacional de poder e estabelece que poder é uma relação entre dois sujeitos, dos quais o primeiro obtém do segundo um comportamento que em caso contrário não ocorreria.

Dentre as teorias socialistas do Estado, duas merecem destaque, a marxista e a funcionalista, a primeira distingue em cada sociedade histórica, dois momentos, com respeito a sua força determinante e a sua capacidade de condicionar o desenvolvimento do sistema e a passagem de um sistema a outro, sobre os planos: a base econômica e a superestrutura, em que o Estado pertence ao segundo momento, que compreende as relações econômicas, caracterizadas em cada época por uma determinada forma de produção, sendo o momento determinante. A relação entre base econômica e superestrutura política é uma relação de ação recíproca, restando a idéia de que a base econômica é sempre determinante em última instância²⁹.

A concepção funcionalista do Estado concebe o sistema global em seu conjunto diferenciado em quatro subsistemas (patter-maintenance, goal-attainment, adaptation, integration), os quais são caracterizados pelas funções que cada um desempenha para a conservação e o equilíbrio social, fazendo com que sejam reciprocamente interdependentes. Ao subsistema político cabe a função do goal-attainment, o que equivale a dizer que a função política exercida pelo conjunto das instituições que constituem o Estado é uma das quatro funções fundamentais de todo sistema social; nesta não existe diversidade de planos entre as diversas funções de que o sistema social não se pode privar. É a primeira dominada pelo tema da ruptura da ordem, da passagem de uma ordem a outra, concebida como passagem de uma forma de produção a outra por meio da exploração das contradições entre forças produtivas e relações de produção, preocupando-se com as mudanças sociais e a segunda pelo tema da ordem e se preocupa com o problema da conservação social, sendo importantes para esta apenas as mudanças que ocorrem no interior do sistema, as quais são absorvidas pelo sistema mediante pequenos ajustes previstos pelo próprio mecanismo do sistema³⁰.

No começo da Idade moderna, a concepção de que o poder estatal teria sua

²⁹ BOBBIO, 1995, P. 58 E 59.

³⁰ Ibid., 1995, p. 58 e 59.

base de legitimação no consenso dos súditos encontrou força diante da teoria contratualista do Estado, segundo a qual o Estado não pode ser entendido como uma instituição pré-determinada e desejada por Deus, mas sim, como uma instituição humana útil, que resulta de consenso entre os indivíduos³¹.

Dentre as teorias contratualistas a doutrina de Rousseau foi marcante para o Estado; por meio delas a legitimação do poder estatal seria transferida a livre vontade dos indivíduos, que o reconheceriam como necessário e com base neste reconhecimento, submeter-se-iam livremente à vontade comum, para a qual cada um contribuiria, passando os indivíduos a serem participantes ativos na formação da vontade estatal.

Jean Jacques Rousseau formula certa versão de um Estado democrático, no qual os termos Estado e liberdade são intermediados pelo conceito de autonomia, em que a liberdade somente se realiza enquanto o indivíduo se entrega ao sujeito coletivo, ou seja, ao Estado.

Para Rousseau, a função do Estado é a de tornar o indivíduo independente da sociedade que lhe é hostil, sendo o Estado o único que pode libertar o indivíduo da tirania da sociedade, permitindo a ele desenvolver os germes latentes da bondade, sendo o Estado, o único caminho para seu desenvolvimento. Assim, “cada cidadão seria, então completamente independente, de todos os seus semelhantes, e completamente dependente do Estado (...); porque é apenas pela força do Estado que a liberdade de seus membros pode ser assegurada” (ROUSSEAU, 1950, p. 149).

Diante da teoria ora apresentada, merecem destaque a apresentação de alguns aspectos sobre o socialismo, o marxismo, o totalitarismo e o liberalismo, tal como segue.

O Socialismo constitui um sistema sociopolítico caracterizado pela apropriação dos meios de produção pela coletividade, sendo abolido a propriedade privada dos meios de produção, o que geraria a condição de trabalhador a todos os indivíduos que distribuiriam entre si a produção. A consequência seria a diminuição das desigualdades sociais.

O socialismo pode ser apresentado em duas etapas, o socialismo no qual

³¹ ZEPPELIUS, 1997, p. 167.

persistia a divisão do trabalho, a distribuição segundo a qualidade e a quantidade do trabalho, com participação intensa do Estado. E outra etapa comunista, na qual se desenvolveu fortemente a força produtiva, a abundância de bens e a extinção do Estado enquanto aparelho repressivo, iniciando-se a construção de uma nova sociedade, com generalidade do acesso ao bem estar e a cultura.

Por sua vez o marxismo representa um conjunto de idéias filosóficas, econômicas, políticas e sociais elaboradas por Karl Marx e Friedrich Engels que assume o homem como um ser social que possui a capacidade de trabalhar para a emancipação do proletariado por meio da liberação da classe operária, em desfavor da propriedade privada burguesa.

Para Marx (1940, p. 11), “a história de todas as sociedades até agora existentes é a história das lutas de classe”, para o autor, o capitalismo é o fator estruturante da sociedade contemporânea, mas também, fonte primeira de todos os seus males e da alienação humana, o que justifica, porque o trabalho não faz parte da natureza humana, além de ser forçado.

Marx (1988, p. 210) descreve que há trabalho humano sob um determinado espaço de tempo em todas as mercadorias, e que o valor desta mercadoria é determinado pelo tempo de dispêndio de energia humana gasta para fazê-la. Neste sistema, o capitalista paga ao operário muito menos do que ele produz, de modo que o excedente do trabalho é revertido ao capitalista, o que caracteriza a mais valia, pela diferença entre o tempo gasto pelo operário para atingir o valor necessário para a satisfação de suas necessidades básicas e o valor recebido pela jornada de trabalho.

Assim, Marx explicou o modo de desenvolvimento do capitalismo, em função de uma estrutura social, demonstrando que a essência do capitalismo é a busca pelo lucro.

Em crítica a Marx, Weffort (2002, pg. 242-243) descreve que a influência do marxismo não significou um instrumento para a revolução do proletariado, e que “não é mais do que uma junta que administra os negócios comuns de toda classe burguesa”. O autor ainda descreve que, quando se está a serviço da burguesia preserva-se a propriedade privada e assegura-se seus interesses, enquanto nas mãos do proletariado serviria para arrancar a burguesia todo capital centralizando, todos os meios de produção nas mãos do Estado, o que significaria um

proletariado organizado como classe dominante.

Por sua vez, o totalitarista é uma forma deturpada do Estado, é controlador e desastroso às sociedades, no sentido tolher os direitos básicos do ser humano, não respeitando nem mesmo os direitos fundamentais; caracteriza-se por controlar todas as manifestações da vida social e também individual. E assim, há que se trazer algumas considerações sobre o mesmo, em razão das drásticas conseqüências que trouxe aos Estados que o instituíram.

O fenômeno totalitarista não é o objetivo desta pesquisa, mas quanto a esse assunto devem ser pontuadas algumas considerações, isso porque, representa uma afronta ao tema que ora se defende, em razão de suas bases repressoras a qualquer manifestação multicultural ou de pluralidade jurídica.

O pensamento totalitário é totalmente antagônico ao discurso filosófico e político da Modernidade e acabou por deturpar algumas de suas características como forma de se auto-afirmar, nas vestes de um desdobramento da utopia capitalista e da utopia socialista.

Dahrendoff (1992, p. 92) conceitua totalitarismo como “uma ideologia, um partido único tipicamente chefiado por um homem, uma política terrorista, um monopólio das comunicações e uma economia centralmente dirigida”.

O regime totalitarista representa um novo registro, de puras determinações imaginárias (mas produzidas por uma sociedade altamente tecnizada e a sua maneira racionalizada). É como se, com a desagregação política de uma formação capitalista, irrompesse uma espécie de não-Estado, mas conservando um máximo de formalismo nos meios³².

O fenômeno totalitário no entendimento de CHÉLET e PISIER-KOUCNER possui elementos característicos que são bem definidos, quais sejam³³:

- “1. O fenômeno totalitário intervém num regime que concede a um partido o monopólio da atividade política.
2. O partido monopolista é animado ou armado por uma ideologia à qual ele confere uma autoridade absoluta e que em seguida, torna-se verdade oficial do Estado.
3. Para difundir essa verdade oficial, o Estado reserva-se por seu turno um duplo monopólio: o monopólio dos meios de comunicação – rádio, televisão, imprensa – é dirigido e comandado pelo Estado e pelos que o representam.

³² SADER, 2003, p. 295.

³³ Citado por PIOVESAN (1997, p. 581).

4. A maioria das atividades econômicas e profissionais são submetidas ao Estado e se tornam, de certo modo, parte do próprio Estado. Já que o Estado é inseparável de sua ideologia, a maioria das atividades econômicas e profissionais são coloridas pela verdade oficial.

5. Dado que doravante tudo é atividade do Estado e toda atividade é submetida à ideologia, um certo erro cometido numa atividade econômica ou profissional é simultaneamente um erro ideológico. Disso resulta, no ponto de chegada uma politização, uma transfiguração ideológica de todos os erros possíveis individuais e em conclusão, um terror ao mesmo tempo policial e ideológico”.

Diante do exposto, conclui-se que o totalitarismo contribuiu para a desqualificação da função política do povo, manipulando os seus atos, proibindo suas ações, negando-lhes suas aspirações e destruindo o senso comum por meio do controle permanente e do confinamento que promete, visando a uma unidade na ilusão da impossibilidade de dissensão, mascarada na ficção de um povo uno e transparente, o qual lhe legitimava a prática de exclusões e aniquilamentos³⁴.

Para Arendt (1989, p 416 a 425), o totalitarismo dissolve o povo em uma massa homogeneizada, proíbe as divisões fecundas em proveito do Estado-partido único, instaura no seu ápice a função suprema do chefe-guia, desenvolve as elites que confundem realidade e ficção, institui desdobramentos infinitos dos corpos repressores, quebra os mundos culturais comuns de trocas, substituindo-os por dogmas. Sendo que para o Nazismo a democracia mascara o fato de que os interesses do capital e do trabalho são absolutamente concordantes, divulgando que para o comunismo a democracia não pode alcançar a condição social do trabalho à altura de uma condição política. Assim, o totalitarismo liquida a modernidade procurando sua legitimidade no passado (fabricação de uma memória fictícia: o mito ariano) e produzindo uma norma de verdade graças a um desvio pelas ciências da natureza.

Zippelius reconhece no Estado Moderno uma propensão ao Estado totalitário, quando tender a um governo centralizado, tal como em uma ditadura,

³⁴ Afirma Hannah Arendt que “os movimentos totalitários empregam o socialismo e o racismo esvaziando-os do seu conteúdo utilitário, dos interesses de uma classe ou de uma nação”. Sendo o totalitarismo uma forma de governo e de dominação baseada na organização burocrática de massas, no terror e na ideologia, o qual provou por meio do genocídio que não existem limites à deformação da natureza humana; que se valendo da transformação das classes em massas erigiu uma nova forma de dominação baseada no emprego do terror e da ideologia, no qual o racismo serviu como forma de assegurar a coesão das massas e a burocracia providenciou um novo mecanismo de administração de massas, também com o uso da propaganda, o que foi alcançado diante da atomização dos indivíduos e instrumentalização de uma ação da política secreta (ARENDR, 1989, p. 397).

posto que estarão a sua disposição os modernos meios técnicos e experiências psicológicas para a manipulação da opinião pública, corroborados por uma burocracia e economia organizados³⁵.

Por tais motivos, ainda hoje é importante se dedicar ao fenômeno totalitarista, no intuito de evitar suas arbitrariedades, que destroem a liberdade individual, que por sua vez é dos bens maiores que o ser humano possui, além de acabar com os direitos políticos e individuais, ao se tornar o centro exclusivo do poder social, no qual a vontade coletiva perde sua força e seu sentido, desvirtuando assim, o respeito e a liberdade individual que cabe ao poder social.

Valendo ainda a advertência apontada por Arendt (1989, p. 426), para a qual o risco de que soluções totalitárias pode ainda sobreviver à queda dos regimes totalitários, sob a forma de forte tentação, que poderia ressurgir sempre que fosse possível acreditar no alívio da miséria política, social ou econômica, segundo um modo digno do homem. Tal advertência vale para que jamais seja retomado este, que é um processo de desumanização.

Desse modo, tal discussão faz sentido em razão das conseqüências do totalitarismo como forma de governo, no intuito de sempre ser lembrado como modelo a ser aniquilado, evitando-se os horrores de uma possível retomada, o que traria conseqüências drásticas à diversidade cultural, ao multiculturalismo e ao pluralismo jurídico.

Feitas essas considerações sobre o totalitarismo, passa-se a discorrer sobre o liberalismo.

O liberalismo moderno nasceu com o iluminismo, que colocava o indivíduo no centro da existência social. Zippelius (1997, p. 376) cita como circunstâncias que favoreceram o liberalismo, a convergência de teorias filosóficas no séc. XVIII para as quais a autonomia moral do indivíduo, a exigência política de direitos, as liberdades fundamentais do indivíduo e o liberalismo econômico criariam uma defesa adequada dos interesses próprios que se confrontam em livre concorrência se desenvolveria por si mesma uma vida econômica equilibrada, o que tenderia a uma delimitação da ação do Estado³⁶.

³⁵ ZEPPILEUS, 1997, p. 369.

³⁶ ZEPPILEUS (1997, p. 376 e 377) esclarece que para o liberalismo, o Estado não deve regular a vida econômica, mas sim garantir aos cidadãos a sua segurança e a sua propriedade, deixando o restante livre à iniciativa privada, em que os mais aptos se imporão, gerando a prosperidade

O Estado liberal possui como princípio basilar a distinção entre governados e governantes, devendo nele, os indivíduos desenvolverem suas aptidões. Esse sistema é totalmente regulado pelo mercado, porém, agindo sozinho ocasiona grandes distinções entre as classes, acabando com um grande e básico princípio do liberalismo, isto é, com a dignidade humana, gerado pela estratificação das classes sociais.

Azambuja (1996, p. 145) descreve que o Estado liberal, por meio do liberalismo econômico consistiu num eufemismo enganador, que gerou a hipertrofia do Estado Moderno, que passou a ser oprimido pelo industrialismo, pelo desenvolvimento de técnicas, do transporte, das comunicações, comércio e pela complexidade da vida social.

Nesse mesmo sentido, expõe Zippelius (1997, p. 379) que essa teoria fracassou ao crer que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com suas próprias leis, frente a uma neutralidade estatal, posto que gerou um sistema de exploração desumana. Destaca o autor que frente a essa realidade o Estado, mesmo que de modo hesitante, procurou intervir regulativamente na vida social, no intuito de evitar tais abusos.

O Estado liberal deu lugar ao Estado social e nesse sentido Bastos (1986, p. 63) descreve que a passagem do Estado liberal para o social foi caracterizada pela inclusão de decisões relativas às finalidades sociais e econômicas, afirmando que “os principais elementos componentes deste alargamento das funções públicas foram a promoção do bem comum e da justiça social”.

Quanto ao Estado de bem-estar ou Estado Social de Direito, observa-se que este deixou de ser negativo para ser intervencionista, no intuito de diminuir as desigualdades sociais e que nele o mercado mantém-se por si. Ocorre que tal Estado não obteve êxito na promoção do bem-estar e da justiça social.

O Estado social possui uma boa proposta, no sentido de que passou a agir com o fim de alcançar o bem estar coletivo, o que faria com leis, principalmente a constituição com seus princípios basilares. Contudo, este Estado que passou a ser centralizador, enfraqueceu suas bases, dentre outros motivos, pelo surgimento de

geral. Destaca o autor que o contrato e o mercado são os padrões de regulação deste sistema, sendo aquele a expressão e o instrumento da autonomia privada por meio do qual as partes interessadas conformam os direitos e deveres que lhes digam respeito, enquanto o mercado representaria a troca de bens por determinação autônoma, isto é, contratual, com base na avaliação autônoma do valor dos bens.

outros centros de produção do direito.

Assim, após apresentação de alguns pontos de relevo sobre a formação histórica do Estado moderno, passa-se a apresentar alguns conceitos sobre ele.

2.1.2 Acepções de Estado Moderno

O termo “Estado” possui muitas definições de variados cunhos, tais como filosóficos, sociais, antropológicos, jurídicos, dentre outros. Para efeitos desta pesquisa serão tratadas apenas as acepções jurídicas.

Neste sentido, são relevantes as observações destacadas por Miranda (2002, p. 01), segundo o qual o Estado constitui a sociedade política característica dos últimos séculos, que se distingue por ser uma organização de governantes e governados, que pode ser encarada por duas perspectivas, não cindíveis, que representam aspectos da mesma realidade, divididas em Estado-comunidade (ou Estado-sociedade) e Estado-poder (ou Estado-governo)³⁷, posto que para o autor, falar de Estado é falar de comunidade e em poder organizacional ou em organização da comunidade e poder.

Para Azambuja (1996, p. 02), o Estado é uma sociedade que se constitui essencialmente por meio de um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um objeto comum. Ainda descreve que o Estado se define como uma “sociedade política, porque, tendo sua organização determinada por normas de Direito positivo, é hierarquizada na forma de governantes e governados e tem uma finalidade própria, o bem comum”. Complementa suas elucidações destacando que o Estado é uma “obra da inteligência e vontade dos membros do grupo social, ou dos que nele exercem o governo e influência”³⁸.

³⁷ Quanto ao Estado-poder, MIRANDA (2002, p. 22) observa que o Estado é uma comunidade política com continuidade indefinida no tempo, no qual a coercibilidade é característica da organização política estatal e não do direito, nem do direito estatal. Cabendo ao Estado a administração da justiça entre as pessoas e os grupos, dos quais onde decorre o monopólio da força física.

³⁸ O autor considera que na história de todas as sociedades, “*chegou um momento em que os homens sentiram o desejo, vago e indeterminado, de um bem que ultrapassa o seu bem particular e imediato e que ao mesmo tempo fosse capaz de garanti-lo e promovê-lo. Esse bem é o bem comum ou bem público e consiste num regime de ordem, de coordenação de esforços e intercooperação organizada. Por isto o homem se deu conta de que o meio de realizar tal regime*”

Por sua vez, Reale (1984, p. 251) define o Estado como “uma realidade cultural, isto é, uma realidade constituída historicamente em virtude da própria natureza social do homem”.

Para Almeida (1996, p. 19), “Estado é a pessoa coletiva de direito público que ocupa ou pleiteia justificadamente um território definido, formada por um povo mais ou menos homogêneo constituído em nação, dotada de soberania”. O autor destaca que em consequência destas características o Estado torna-se portador de um poder coercitivo, que é exercido por um grupo social dominante, representante de uma minoria privilegiada ou de uma maioria, dirigindo todo um complexo de atividades práticas e teóricas atuantes na sociedade civil e política e com as quais justifica e mantém seu domínio, além de obter o consenso ativo dos governantes por meio de violência ou por concessões maiores ou menores no âmbito especialmente dos direitos humanos civis e sociais.

Segundo Bobbio (1995, p. 15), o Estado é a forma suprema de organização de uma comunidade humana, que desde suas origens, tende a ser um poder absoluto, que não reconhece limites, por não reconhecer acima de si, nenhum outro poder superior, chamado de soberania. Conclui o doutrinador que a dificuldade fundamental do Estado Moderno, isto é, a antítese do Estado absoluto, está no problema do limite do poder.

Para Kant, incumbe ao Estado promover o bem público, ou seja, a manutenção de juridicidade das relações interpessoais, sendo a política uma atividade de elaboração e aperfeiçoamento constitucional, um processo de racionalização das relações entre os homens e os Estados. Nega ao povo o direito a revolução, em que as reformas necessárias devem ser efetuadas pelo soberano, pelo poder legislativo. O progresso humano só pode ser um aperfeiçoamento moral (KANT, 2005, p. 70-76).

Consoante Kelsen (1992, p. 82) “o Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional”.

Wolkmer (1990, p. 09) descreve o Estado é uma instância politicamente organizada, munida de coerção e poder, para administrar os diferentes interesses antagônicos e os objetivos da coletividade, apoiados na legitimidade da maioria,

era a reunião de todos em um grupo específico, tendo por finalidade o bem público (AZAMBUJA, 1996, p. 03)”.

estando sua área de atuação delimitada a um determinado espaço físico.

O Estado como fruto da sociedade e de seus movimentos histórico-sociais, passou a ter a finalidade de organizar e manter o controle da estrutura social, de modo a perpetuar suas formas de manutenção e repressão pelo poder. Assim, descreve Zippelius que:

“A conduta dos sujeitos de direito, associados num Estado, é, portanto, coordenada pelo fato de ela se orientar por normas, que tem uma forte probabilidade de serem executadas mediante um procedimento coercitivo, num Estado solidamente organizado, através de uma estrutura, assente na divisão do trabalho, de instituições estatais, que se controlam também reciprocamente quanto ao seu funcionamento ordenado. (...) O Estado e o direito garantido são o resultado de uma evolução histórica, um produto da civilização progressiva, um passo no processo da “autodomesticação” da humanidade (ZIPPELIUS, 1997, p. 62 e 63)”.

Desse modo, Zippelius (1997, p. 65) compreende e caracteriza o Estado como “(...) aquela comunidade que, como instância suprema, dispõe do instrumento de direção normativa (...). A exigência de um tal poder supremo de regulação está notoriamente articulada com a homogeneidade do direito”.

Apresentadas essas diferentes fundamentações e definições para o Estado, que revelam várias formas de compreendê-lo, há de ressaltar que o Estado deve ser entendido como o conjunto de indivíduos vinculados historicamente em determinado território, com características comuns e unidos para a obtenção de uma complexidade de finalidades, que permeiam a pacificação social.

Este Estado na pós-modernidade deve ser assumido como plural em suas diversas vertentes, tal como social, cultural, econômica, política, filosófica, jurídica, dentre tantas outras facetas que o compõem.

Traçadas essas considerações sobre alguns conceitos de Estado, passa-se a discorrer sobre as características do Estado Moderno e sua legitimidade, para então apresentar seus elementos.

2.1.3 Elementos do Estado Moderno

Inicialmente destaca-se que a presença deste tópico no trabalho, tratando

dos elementos do Estado moderno justificam-se a título de complementar os dados apontados sobre a teoria do Estado moderno que procura se descrever na parte inicial deste capítulo, valendo fazer a observação de que os elementos do Estado moderno não dialogam com o tema do pluralismo jurídico, visto que este independe de tais elementos e tão pouco, da existência do Estado.

Modernamente, para que um Estado seja considerado como tal, deve possuir quatro elementos constitutivos, que estão elencados na Convenção Interamericana sobre os Direitos e Deveres dos Estados, firmada em Montevideu, no ano de 1933, quais sejam, população permanente, território determinado, governo e capacidade de se relacionar com os demais Estados.

Uma das características mais relevantes do Estado está na unicidade de seu poder, segundo a qual o poder estatal é soberano dentro de seu território. Portanto, é a única instituição detentora do monopólio da força e da coesão.

Inicialmente, destaca-se ser controverso entre os autores a definição dos elementos essenciais do Estado Moderno; contudo, a maioria dos doutrinadores reconhece como sendo três seus elementos característicos, dois elementos materiais, o território e o povo e um elemento formal, que corresponde ao poder ou alguma de suas expressões, como autoridade, governo ou soberania.

Ataliba Nogueira, ao tratar do assunto, desdobra-o em cinco notas, o território e o povo, coincidindo com os elementos materiais, a soberania e o poder de império, que representam dois aspectos do poder, constituindo-se num desdobramento do chamado elemento formal e além destes, indica como elemento do Estado sua finalidade, entendendo esta como a regulação global da vida social³⁹.

Dallari (1985, pg. 64) considera como elementos do Estado, a soberania, o território, o povo e a finalidade, entendendo que estes correspondem a todas as peculiaridades verificáveis no plano da realidade social.

Quanto a esse tema Zippelius (1997, p. 80) descreve que a unidade jurídica do poder estatal representa a ordem homogênea de direito e de competências.

O povo representa a massa humana que compõe o Estado, aqueles que sobrevivem dentro deste território que compreende o Estado, em que estabelecem uma complexidade de relações, sejam sociais, jurídicas, familiares, profissionais,

³⁹ Nogueira (1955, p. 63).

dentre outras.

O elemento povo pode ser analisado por meio de diferentes perspectivas, tais como antropológica, étnicas, sociológica, filosófica, jurídica, dentre outras. Para os fins deste trabalho optou-se por analisar as visões jurídicas e sociológicas.

Zippelius (1997, p. 92 e 93) reconhece o povo como um elemento imprescindível ao Estado, já que o poder do Estado representa um domínio sobre o povo que vive no seu território. Contudo, analisa que o povo sujeito ao poder de regulação estatal não é idêntico à soma de seus nacionais⁴⁰. Explica ainda que o conceito de povo que está sob o poder do Estado e condicionado a sua obediência não coincide com conceito sociológico de povo⁴¹, o qual faz surgir inclusive reivindicações de um Estado-Nação e o problema das minorias.

Quanto ao sentido sociológico de povo Zippelius (1997, p. 99) destaca pontos relevantes no que se refere a esta perspectiva, delimitando as seguintes características a ela, ascendência comum⁴², cultura comum⁴³, destino político⁴⁴

⁴⁰ Tal observação do autor, de que o povo sujeito ao poder de um determinado Estado pode não coincidir com a soma de seus nacionais, relaciona-se ao fato de que um determinado povo pode estar localizado no território de um Estado e não fazer parte de seus nacionais, tal como ocorre com as comunidades tradicionais, que mesmo estando em certo território de um Estado-nação, não se internalizando neste Estado mantêm suas tradições. Assim, podem estar sujeitos ao poder do Estado, mas não compreendem os nacionais.

⁴¹ Segundo o autor, o conceito sociológico de povo designa a totalidade de indivíduos que se sente ligada por um sentimento de afinidade étnica, fundado numa pluralidade de fatores que gera um sentimento nacional. Cita como exemplo os homens que se sentem ligados a outros pela língua e pela religião comuns, ou pelo parentesco e pela pátria comum, pela mesma profissão e interesses, econômicos e espirituais, pelo destino político (ZIPPELIUS, 1997, p. 94).

⁴² Quanto à ascendência comum, descreve-a como um aspecto natural e biológico intrínseco ao significado semântico do conceito de nação, "*que deriva da palavra nasci*", mas observa não se poder atribuir ao fator biológico e rático uma importância excessiva ou exclusiva para a compreensão de um povo, inclusive questiona-se se a raça é uma grandeza biológica determinável com rigor, passível de constituir por si só o vínculo étnico entre os membros da comunidade e ainda, questiona-se também se os povos se formaram apenas por meio do destino comum ou da cultura comum, ou ainda, se existirão raças puras entendidas como dados biológicos fixos e pré-existentes. Destaca que existe o francês e o inglês típicos, mas observa que o fundamento biológico do povo francês de hoje foi constituído principalmente por celtas, romanos e diversas tribos germânicas e que o fundamento biológico da raça inglesa deriva principalmente de bretões, pictos, escotos, anglos, saxões e normandos e assim, acertadamente conclui que não há uma raça pura, não devendo a raça ser pressuposta como uma grandeza biológica fixa que seja pré-existente à comunidade étnica bem como à unidade estatal e às teorias constituídas pela própria ação. Observa ainda que freqüentemente apenas a unidade estatal foi que deu origem à unidade natural do povo e da nação (ZIPPELIUS, 1997, p. 94 e 95).

⁴³ Quanto à cultura comum destaca o autor que a afinidade nacional não deriva exclusivamente da ascendência comum e conseqüentemente da afinidade caracteriológica entre os indivíduos, mas também do fato de os homens terem se constituído em comunidades culturais, principalmente a língua comum, além de outros fatores, tais como a moral comum, os costumes comuns, os usos e hábitos comuns, a religião comum e tantos outros fatores culturais, que MS palavras do autor: "podem, num caso concreto, ser motivos para rejeitar e menosprezar os indivíduos diferentes e

comum e um sentimento de afinidade étnica⁴⁵.

O autor, ao lecionar sobre o sentido da palavra povo, encontrou diversas combinações de traços objetivos comuns e diversas formas de sentimentos de solidariedade com eles relacionados, encontrando diferentes espécies de comunidades. Destaca que o conceito empírico de povo não designa exatamente uma combinação determinada de sinais característicos objetivos, significando um conceito em cuja extensão cabem diferentes combinações de relações em comunidades, sendo os componentes objetivos mais importantes a comunidade por ascendência comum, a comunidade cultural e o destino político comum, destacando ser impossível reduzir a comunidade étnica apenas a um destes fatores, não sendo nenhum deles isoladamente decisivo, mas também, nenhum é indispensável (ZIPPELIUS, 1997, p. 99).

O povo é elemento essencial à existência do Estado, porque é para o povo que o Estado se constituiu, é para o povo que o Estado trabalha e é pelo povo que ele se organiza e se dedica. E se não houver coincidência entre as aspirações do Estado e do povo, no sentido de que o Estado não tenha suas reivindicações e necessidades, ou o povo não veja legitimidade no Estado, estar-se-á diante de uma crise, posto que a finalidade do Estado não estará sendo verificada. Finalidade esta ligada intrinsecamente à criação do Estado e que justifica sua manutenção.

Quando há divergência entre as vontades do povo e a atuação estatal ou ainda, quando o povo não reconhece ou ignora a atuação estatal, o Estado perde um de seus elementos essenciais, o povo.

Outro elemento do Estado Moderno é o território, entendido como o espaço dentro do qual o Estado pode exercer as competências de regulação e assim

como reverso positivo, para constituir uma consciência de comunidade entre os indivíduos semelhantes (ZIPPELIUS, 1997, p. 96).

⁴⁴ Zippelius (1997, p. 97) ao tratar do destino político comum menciona a grande importância deste fator e que no caso de sua falta pode desintegrar a comunidade étnica, ou seja, que a constituição ou dissolução da comunidade de destino político forma e desintegra, a longo prazo, também, povos em sentido sociológico, processo este influenciado fortemente por fatores sociopsicológicos.

⁴⁵ Quanto ao sentido de afinidade étnica destaca que não é um fenômeno homogêneo, mas sim um fenômeno altamente complexo, sendo relevantes todos os possíveis componentes que podem se associar de diversas formas, como por exemplo, a consciência de uma afinidade de caráter geneticamente condicionado, de um passado histórico-político comum ou a consciência de ter no momento presente um destino político comum, de pertencer a uma comunidade lingüística ou religiosa comum, dentre tantas outras possibilidades que podem resultar variantes muito diversas de um sentimento de solidariedade (ZIPPELIUS, 1997, p. 98).

conclui Zippelius (1997, p. 108 e 112) que o Estado Moderno é uma “corporação de base territorial” e que do ponto de vista jurídico o território nacional é um âmbito de competências⁴⁶.

A soberania do Estado é outro elemento estatal que merece destaque, visto que dela depende a efetividade dos comandos estatais, além de poder sofrer interferência de outros Estados, fatos que lhe diminuiriam o poder.

A soberania é atributo do Estado nacional representando elemento de proteção do povo quanto a um suposto inimigo externo ou interno, que possa vir a desordenar sua constituição, sustentando-se na inimizade no contexto dos Estados representados como irmãos inimigos (RESTA, 2004, p.80).

Traçadas estas ponderações sobre os elementos do Estado, passa-se a tratar da legitimação do Estado Moderno.

2.1.4 Legitimação do Estado Moderno

A legitimidade do Estado vem sendo interrogada e quanto a este questionamento, Féder (1997, p. 186) destaca que as respostas obtidas mais comumente são: Porque é a vontade de Deus; Porque eu e o Estado celebramos um acordo; Porque o Estado é a realidade da idéia ética; Porque se trata de uma instituição política que ajudei a implantar e da qual faço parte; Porque se eu não obedeco eles me cortam a cabeça, dentre outras respostas descabidas.

Essas respostas apresentadas emergem em primeiro plano, porque conseguem justificar e legitimar o Estado por meio de acepções mais fáceis de serem apresentadas, entretanto, não devem ser aceitas pela fraqueza de seu valor.

A legitimação do Estado pode ser estudada por meio de dois conceitos, o primeiro ligado ao conceito ético e o segundo pertinente ao conceito sociológico; aquele procura saber como e em que ordem estatal poderia haver uma justificação fundamental, e este refere-se à aceitação fática desta ordem. O conceito ético se

⁴⁶ Ensina o autor que o poder do Estado está condicionado e limitado pela possibilidade fática do seu exercício eficaz, que se revela também na fixação dos limites jurídicos do território do Estado, fixação esta que se tornou possível apenas quando o poder de Estado foi de fato dotado de condições para defender com eficácia a fronteira do seu território (ZEPPELIUS, 1997, p. 114).

preocupa em saber se o Estado pode representar-se como racional e eticamente necessário, ou pelo menos legítimo, ou se tratasse de um simples produto casual da história⁴⁷.

O conceito sociológico da legitimação deve abranger o funcionamento fático dos fenômenos sociais no Estado, em que a questão da legitimação assume o sentido de descobrir se e por que motivos uma comunidade jurídica aceita e aprova uma ordem estatal.⁴⁸

Quanto a estes dois conceitos que procuram legitimar o Estado, destaca-se que o conceito ético deve descartar o questionamento que faz sobre a possibilidade de o Estado ser um produto causal da história, o que não é real, posto ser fruto de acontecimentos sociais, econômicos e culturais, iniciados no séc. VXII e cristalinizados no séc. XVIII, movidos pela sociedade burguesa e pelo capitalismo emergente. Assim, o conceito ético voltado à representação do Estado como racional e eticamente necessário torna-se mais coerente e passível de legitimar o Estado.

Por sua vez, o conceito sociológico de legitimidade envolve critérios empíricos das relações sociais, sendo então mais adequado à justificação da legitimidade estatal.

Não se deve confundir legitimação com legalidade; esta significa que uma determinada função do poder estatal é obtida e exercida de forma juridicamente regulada, enquanto aquela significa a dignidade de aceitação do poder do Estado (legitimação normativa) ou da sua aceitação fática (legitimação social)⁴⁹.

Agora, passa-se a discorrer sobre o capitalismo, como modo de produção típico do Estado Moderno e seus efeitos a sociedade.

2.1.5 O Capitalismo como Modo de produção Típico do Estado Moderno

O surgimento do capitalismo, como todo acontecimento histórico, esteve relacionado a diversos fatores, tal como acontecimentos históricos, científicos,

⁴⁷ ZEPPELIUS, 1997, p. 149.

⁴⁸ Ibid., 1997, p. 151.

⁴⁹ Ibid., 1997, p. 154.

religiosos, políticos, culturais. Observa-se que inicialmente será apresentado o modelo de produção feudal, que deu início ao modelo de produção moderno.

O capitalismo é um sistema econômico, é um instrumento e um meio do poder. Foucault no seu livro *Microfísica do Poder*, afirma que:

“O poder (...) não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e a de que são submetidos. O poder deve ser examinado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado com uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas, os indivíduos não só circulam, mas estão, sempre, em condições de o exercer e de sofrer a sua ação: nunca são o alvo inerte ou consentido do poder: são sempre centros de transmissão.”⁵⁰

O capitalismo é um meio de poder exercido por aqueles que são os detentores do capital, os quais o exercem diante de toda a sociedade de um modo geral, inclusive em campos avessos ao econômico, tal como no político e social.

Poder político é aquele que se recorre à força⁵¹ em última instância, porque dela detém o monopólio. O poder econômico é aquele que se vale da posse de certos bens necessários ou percebidos como tais, numa situação de escassez, para induzir os que não os possuem a adotar uma certa conduta, consistente principalmente na execução de um trabalho útil. Na posse dos meios de produção reside uma enorme fonte de poder por parte daqueles que os possuem contra os que não os possuem, exatamente no sentido específico da capacidade de determinar o comportamento alheio (BOBBIO, 1995, p. 82).

O poder ideológico é aquele que se vale da posse de certas formas de saber, doutrinas, conhecimentos, às vezes apenas informações, ou de códigos de conduta, para exercer uma influência sobre o comportamento alheio e induzir os

⁵⁰ Foucault, (1981, p. 142).

⁵¹ Descreve BOBBIO (1995, p. 83) que definir o poder político como o poder cujo meio específico é a força serve para fazer entender porque é que ele sempre foi considerado como o sumo poder, isto é, o poder cuja posse distingue em toda sociedade o grupo dominante. O poder coativo é aquele que todo grupo social necessita para defender-se dos ataques externos ou para impedir a própria desagregação interna. Nas relações entre os membros de um mesmo grupo social, não obstante o estado de subordinação que a expropriação dos meios de produção cria nos expropriados, não obstante a adesão passiva aos valores transmitidos por parte dos destinatários das mensagens emitidas pela classe dominante, apenas o emprego da força física serve para impedir a insubordinação e para domar toda forma de desobediência. Nas relações entre os grupos sociais, não obstante a pressão que pode exercer a ameaça ou a desistir de um comportamento tido como nocivo ou ofensivo, o instrumento decisivo para impor a própria vontade é o uso da força, isto é, a guerra.

membros do grupo a realizar ou não uma ação⁵².

Bobbio (1995, p. 83) observa que estas três formas de poder têm em comum é que “conjuntamente colaboram para instituir e para manter sociedades de desiguais divididas em fortes e fracos com base no poder político, em ricos e pobres com base no poder econômico, em sábios e ignorantes, com base no poder ideológico”.

Foucault (2002, p. 174 e 175) descreve que frente à teoria jurídica clássica o poder é o poder concreto que cada indivíduo detém e que cederia, total ou parcialmente, para constituir um poder político, uma soberania política. Neste sentido, o poder político se faz segundo o modelo político de uma operação jurídica que seria de ordem da troca contratual. Concepção que não se aplicaria à concepção marxista de poder, que trata da funcionalidade econômica do poder, no sentido de que o poder teria papel de manter relações de produção e reproduzir uma dominação de classe que o desenvolvimento e uma modalidade própria da apropriação das forças produtivas tornaram possível. Assim, o poder político teria encontrado na economia sua razão de ser histórica, visto que encontraria no procedimento de troca, na economia da circulação dos bens, o seu modelo formal.

Foucault (2002, p. 177) analisou o poder sobre duas óticas, primeiro o esquema contrato-opressão, que é o jurídico e o esquema dominação-repressão ou guerra-repressão, em que a oposição pertinente não é entre legítimo-ilegítimo, como no precedente, mas entre luta e submissão.

Nestas perspectivas do autor sobre o poder pode-se concluir que o capitalismo como modo de produção emprega a força através das duas óticas acima mencionadas, de acordo com seus interesses e necessidades.

Retomando a questão do surgimento do capitalismo, destaca-se que o feudalismo na Europa ocidental pode ser definido com um sistema econômico em que a servidão representou a relação de produção dominante e no qual a produção se organiza dentro e a volta da propriedade manorial⁵³.

O desenvolvimento das forças produtivas favoreceu o surgimento do Estado moderno; sendo que o modelo de produção capitalista, por necessitar de um

⁵² BOBBIO, 1995, p. 83.

⁵³ Manor significa uma unidade territorial inglesa e consiste numa terra de lord que detém senhoria sobre os tenentes alodiais que os servem contra a obrigação de os proteger. Sistema de produção para o uso (SWEEZY, et al., 1978, p. 23).

Estado centralizador e homogêneo, que garantisse as trocas comerciais, deu força ao surgimento do Estado Moderno ocidental, que passou a ser monopolizador e o único legitimado a oferecer o Direito, nas vestes da prestação jurisdicional.

Perroux (1970, p. 38 e 39) ressalta dentre estes motivos, o comércio internacional⁵⁴, as descobertas técnicas e as aplicações econômicas que marcaram a segunda metade do século XVIII. Neste sentido, o autor descreve que as crenças religiosas, confessionais, as tradições, os costumes e as práticas dos judeus e protestantes influíram no aparecimento das instituições e das atividades do capitalismo. Explica que a fé dos puritanos e dos calvinistas contribuiu para a formação dos centros comerciais, financeiros e industriais do capitalismo nascente, embasado na crença da predestinação, na convicção de que o êxito material é sinal do favor de Deus, a seriedade nos costumes e na prática dos negócios. E que os judeus participaram amplamente do acúmulo dos capitais no final da Idade Média, dentre outros fatos, pela proibição canônica do empréstimo a juros.

No capitalismo das grandes nações, o artesão que fornecia a quase totalidade do trabalho e do capital em sua unidade passou a cercar-se de grande número de assalariados; para financiar a expansão de seu negócio, teve de recorrer aos prestamistas e também à dependência dos artesões aos grandes colaboradores, que passaram a fornecer matéria-prima para aqueles que tinham dificuldades de conseguir, assegurando também mercado e consumo (processo chamado *verlag system*) na medida em que se subordinaram ao grande comerciante, passando a perceber remuneração fixada num contrato. Isso se deu pelo aumento progressivo da influência da unidade dominante ou por dificuldades

⁵⁴ O autor descreve que as circunstâncias que prepararam o advento do capitalismo surgiram a partir do século XII, tais como as cruzadas que provocaram um acúmulo de capital mobiliário, que enriqueceu as Repúblicas Italianas e os Países Baixos, financiando as empresas e as regiões distantes, cobrindo os empréstimos dos príncipes. Os que operam com dinheiro, tais como os lombardos, os judeus e os estabelecimentos religiosos põem a render em comandita, em sociedades comerciais ou em empréstimos, à grande aventura. Do século XII ao XIV as Repúblicas Italianas passaram a oferecer tipos de capitalismo comercial e financeiro. O autor também menciona que os principais artesões do desenvolvimento das economias nacionais ou da economia mundial são as firmas dominantes, as economias nacionais dominantes, por meio das quais se realiza a exploração do homem pelo homem. O capitalismo no século XIV esteve ligado às descobertas marítimas, ao afluxo de metais preciosos, a Reforma, a desmaterialização e a mobilização dos capitais na forma de depósito em Bancos, títulos de Bolsas, ações de grande companhias, passando, então, a história do capitalismo se ligar à história de nações preponderantes e de grandes economias alternativamente dominantes. No séc. XVIII, a economia capitalista inglesa passou a ser dominante, após impulso da Revolução, sob ação do comércio externo, das inovações técnicas e econômicas, que introduziram a máquina, os motores e os processos modernos. (PERROUX, 1970, p. 37 a 43).

que oprimiram a unidade dominada e assim a empresa capitalista ganhou importância, de modo que as grandes firmas da indústria, do comércio, dos transportes, do banco estenderam sua rede de influência e de ações sobre as firmas pequenas, as explorações artesanais e camponeses. Durante os últimos anos do séc. XIX e início do século XX, as bases estratégicas de economia nas nações mais evoluídas pertenceram a empresas capitalistas. E a reunião dos capitais e sua distribuição são obras de empresas bancárias ou financeiras⁵⁵. Segundo o autor:

“(…) o sistema capitalista funciona em benefício das massas”, o autor explica que o movimento geral do sistema é favorável ao conjunto da população. E isto não acontece devido a acidentes históricos, o que se deve por triplice razão: o capitalismo é feito para produção de massa, visa o ganho monetário líquido na medida em que se afirmam os direitos e os poderes do trabalhador assalariado, nos que pretende a não ser mediante a manutenção ou a extensão da produção global, sendo ele também um forte desenvolvimento do poder político de uma nação. O autor, mesmo sabendo que sua opinião é consensual, descreve que “a lógica do egoísmo de classe, do ganho puro, da dominação pura não são pensáveis até o fim. Há forças íntimas ao próprio sistema capitalista que lhe interditam esses efeitos cumulativos da exploração que ocupam lugar tão amplo na propaganda marxista”.

A lógica do capitalismo é a do maior ganho monetário realizado principalmente por meio de inovação⁵⁶. Observa o autor que a lógica do capitalismo não é a mesma da política. Destaca toda a sociedade capitalista funciona graças a setores sociais que não são impregnados nem animados do espírito de ganho e da busca do maior ganhos. A política deve se preocupar com as liberdades, com a moral, deve manter a coletividade coesa e não pode renunciar a qualquer domínio de seus exercícios, o que não ocorre com o capitalismo. Conclui o autor que “(…) a prosperidade, condições da dignidade, depende, para os homens do séc. XX, de um capitalismo que “proceda bem”⁵⁷.

Para ilustrar, observa-se quanto à formação do capitalismo, que historicamente a ligação do Estado ao capitalismo deu-se juntamente com os movimentos sociais pós Revolução Industrial.

Wood (2000, p. 13) explica que o capitalismo iniciou-se com o capitalismo agrário da Inglaterra, o qual já no séc. XVI apresentava desenvolvimento

⁵⁵ Perroux, 1970, p. 46 a 47.

⁵⁶ Ibid., 1970, p. 105.

⁵⁷ Ibid., 1970, p. 133.

diferenciado, o que tornava os poderes autônomos cada vez mais concentrados no Estado, no qual a agricultura representava a base material da emergente economia, em que a classe dominante se caracterizou por dois aspectos, primeiro pela aliança com a monarquia centralizadora e segundo pela alta concentração da terra, em que o que faltava à classe proprietária em poder econômico para a extração do excedente era compensado pelo crescente poderio econômico. Fatores que levaram à concentração da propriedade da terra produtiva em grandes porções, não por camponeses proprietários, mas por arrendatários.

A relativa fraqueza dos poderes extra-econômicos dos senhores de terras fez com que dependessem cada vez menos de sua habilidade de espremer mais renda dos arrendatários; por meios coercitivos diretos do que da produtividade desses mesmos arrendatários, estes por sua vez sofriam pressão dos senhores de terras e dos imperativos do mercado que exigiam o aumento da produtividade. Com efeito, muitos agricultores se tornaram dependentes do mercado, que requeria a intensificação da exploração para o aumento da produtividade, com a exploração do trabalho dos outros, ou a auto-exploração do agricultor e de sua família. Esse padrão foi reproduzido nas colônias (WOOD, 2000, p. 18-19).

Assim, o surgimento da propriedade capitalista iniciado com a agricultura inglesa no séc. XVI fez com que proprietários e arrendatários se preocupassem com o aumento da produtividade da terra visando ao lucro. Assim, nascia o capitalismo⁵⁸, com a maximização do valor de troca por meio da redução de custos e pelo aumento da produtividade, por intermédio da especialização, acumulação e inovação, que criou uma massa de expropriados, concretizando-se na Inglaterra o capitalismo agrário (WOOD, 2000, p. 17).

É relevante a afirmação de Wood porque considera que o capitalismo não é consequência natural da natureza humana, mas um resultado tardio e localizado de condições históricas específicas, em que a universalização do capitalismo é resultado de suas próprias leis históricas internas de movimentos, que exigiram vastas transformações sociais e ainda conclui que não há como escapar da

⁵⁸ A autora considera as lições do capitalismo agrário descrevendo que ele não é consequência natural da natureza humana, mas um resultado tardio e localizado de condições históricas específicas, em que a universalização do capitalismo é resultado de suas próprias leis históricas internas de movimentos, os quais exigiram vastas transformações sociais. Conclui que não há como escapar da exploração enquanto os imperativos do mercado regularem a economia e governarem a reprodução social (WOOD, 2000, p. 28).

exploração enquanto os imperativos do mercado regularem a economia e governarem a reprodução social.

O florescimento do capitalismo criou possibilidades para a formação de uma nova classe social, proprietária que monopolizou os meios de produção. Estes novos agentes edificadores da chamada sociedade burguesa forjaram seus direitos com uma plena participação no controle das novas formas de organização do poder, atinente a um amplo processo de racionalização ético-filosófico e técnico-produtivo que contextualizou a modernidade capitalista e burguesa junto com uma cultura liberal individualista. Essa filosofia foi caracterizada como Liberalismo e surgiu com as condições materiais emergentes e as novas relações sociais (desenvolvimento do comércio, favorecimento de uma classe média individualista e produtiva).

O liberalismo tornou-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc. Em seus primórdios, o liberalismo se constituiu na bandeira revolucionária que a burguesia capitalista utiliza contra o antigo Regime Absolutista.

De todas as expressões valorativas, a que mais direta e comumente encontra-se integrada ao liberalismo, é o individualismo. Este é o aspecto nuclear da moderna ideologia liberal como expressão da moralidade social burguesa, que prioriza o homem como centro autônomo de decisões econômicas, políticas e racionais.

Dentre os pressupostos do capitalismo pode-se mencionar a propriedade privada dos meios de produção, para cuja ativação é necessária a presença do trabalho assalariado formalmente livre; o sistema de mercado, baseado na iniciativa e na empresa privada, não necessariamente pessoal e os processos de racionalização dos meios e métodos diretos e indiretos para a valorização do capital e a exploração das oportunidades de mercado para efeito de lucro.

Em crítica ao Direito, Miaille desenvolveu trabalho de relevo sobre o capitalismo, considerando que este se consolidou como modelo de desenvolvimento econômico e social do séc. XVII e XVIII, o que foi possível, dentre outros motivos, em razão da crise do feudalismo, da criação da burguesia e do

proletariado. Observa-se que este último correspondeu aos servos advindos das glebas, que chegaram às cidades, despojados de dignidade, aos quais restava apenas sua força do trabalho⁵⁹.

O autor ainda descreve o modelo de produção capitalista como o processo de valorização de um capital por meio de uma força de trabalho comprada num mercado como mercadoria, explica que: “a compra da força de trabalho toma a forma de um salário, que é suposto representar o equivalente do dispêndio desta força de trabalho”, destacando ser oculto o fundamento do capitalismo, ou seja, a mais valia⁶⁰.

Agora, retomando-se à questão do surgimento do Estado moderno tem-se que a instauração do modelo de produção capitalista, iniciado na Inglaterra, pode se propagar pelos continentes e vem comandando um grande número de Estados e sociedades. Caracterizou-se como um Estado capitalista baseado no grande desenvolvimento das forças produtivas, na divisão técnica e social do trabalho, na produção para o mercado nacional e internacional e na exploração do trabalho assalariado pelos proprietários dos meios de produção.

Todavia, esse modelo de produção passa por problemas gerados por diversos fatores, principalmente por sua incapacidade de resolução de conflitos sociais que ocasiona pela concentração de riqueza e concentração de propriedade privada nas mãos de poucos. Observa-se que diante desta realidade a sociedade não comporta mais o lucro incessante e o capital nas mãos de poucos e a conseqüente falta de distribuição de riquezas, a apropriação abusiva da força de trabalho, as injustiças, a fome, enfim, o desrespeito ao ser humano não detentor de propriedade.

Outra questão a ser observado como problema a ser solucionado pelo capitalismo, refere-se aos efeitos da globalização do capital, que vem atravessando fronteiras e trazendo impactos não mais locais, mas sim, globais.

Uma vez configurados os primórdios da sociedade moderna européia no contexto da economia capitalista, da hegemonia social burguesa e dos fundamentos ideológico-filosóficos liberal-individualistas, ver-se-á que tipo de

⁵⁹ Miaille (1994, p. 118).

⁶⁰ Explica o doutrinador: “Com efeito, o salário não representa o equivalente do dispêndio da força de trabalho, mas uma parte dele tão-somente. A parte “não paga” do dispêndio da força de trabalho valoriza, no entanto, o capital, fazendo-o produzir um rendimento, a mais-valia, de que se apropria o proprietário do capital” (MIAILLE, 1994, p. 117 e 118).

estrutura político-institucional reproduziu e assegurou a especificidade desses novos interesses. Trata-se da moderna organização estatal de poder, revestida pelo monopólio da força soberana, da centralização, da secularização e da burocracia administrativa.

Por fim, destaca-se que o capitalismo influenciou o mundo, trazendo grandes desigualdades sociais; contudo, é certo observar que, em contraposição, também trouxe progressos tanto no campo teórico, como no campo material.

2.1.6 Os Efeitos da Globalização sobre a Sociedade Moderna

A globalização é um dos processos de aprofundamento da integração econômica, social, cultural e política, ocorridos no final do século XX e início do século XXI, que teve como pano de fundo o capitalismo. Pode ser visto como a integração e interligação com o mundo, além de afetar todas as áreas da sociedade.

A globalização é um fenômeno eminentemente econômico, mas acaba por trazer conseqüências de natureza social, cultural, políticas.

Representa um dos processos de aprofundamento da integração econômica, social, cultural e política, ocorridos no final do século XX e início do século XXI, que teve como pano de fundo o capitalismo. Pode ser visto como a integração e interligação com o mundo, além de afetar todas as áreas da sociedade.

Souza Santos (2006, p. 438) entende que o termo globalização somente deveria ser usado no plural, posto não existir uma entidade única chamada globalização, mas sim, globalizações. O autor conceitua o termo globalização, como “(...) o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”.

Segundo o autor, há quatro processos de globalização, quais sejam, localismo globalizado; globalismo localizado; cosmopolitismo insurgente e

subalterno e patrimônio comum da humanidade⁶¹, que por sua vez originam dois modos de produção de globalização (globalização hegemônica⁶² e globalização contra-hegemônica⁶³).

As economias globais buscam valores hegemônicos, sejam sociais, políticos, econômicos, com o fito de igualar os parâmetros de consumo, que também é reflexo do impacto das culturas modernas e do avanço tecnológico (POERNER, 2000, p. 16).

Assim, há um processo de hegemonização na busca da conquista de mercados e disseminação de necessidades consumeristas, como sinal de avanço do modo de produção capital.

Neste sentido observou POERNER (2000, p. 16), que o fenômeno da dominação cultural não remonta aos primórdios da história da humanidade e sempre esteve estreitamente relacionado a força militar, política e/ou econômica. As expansões romana, germânica e muçumana delinearão a paisagem cultural com a mesma força que a agrária, a mercantilista e a industrial.

Segundo Ferrajoli (2002, p. 54), o processo de integração regional é reflexo do processo de globalização e do ponto de vista jurídico implica em um comunitarismo-constitucional, ou seja, uma ordem superior e complementar à ordem jurídica dos Estados, legitimada por uma complexa e suprema ordem de valores morais, políticos e jurídicos.

Souza Santos (2002, p. 11) analisa que a globalização trata de um processo

⁶¹ “O localismo globalizado é o processo pelo qual determinado fenômeno, entidade, condição ou conceito local é globalizado com sucesso, “(...) neste processo de produção de globalização o que se globaliza é o vencedor de uma luta pela apropriação ou valorização de recursos, pelo reconhecimento hegemônico, de uma dada diferença cultural, racial, sexual, étnica, religiosa ou regional, ou pela imposição de uma determinada (des) ordem internacional. Esta vitória traduz-se na capacidade de ditar os termos da integração, da competição/negociação e da inclusão/exclusão”. Por sua vez, o globalismo localizado consiste no “(...) impacto específico nas condições locais das práticas e imperativos transnacionais que emergem dos localismos globalizados. Para responder a estes imperativos transnacionais, as condições locais são desintegradas, marginalizadas, excluídas, desestruturadas e, eventualmente, reestruturadas sob a forma de inclusão subalterna” (SOUZA SANTOS, 2006, p. 438).

⁶² A Globalização hegemônica, chamada de neoliberal, é composta dos processos de globalização “localismo globalizado” e “globalismo localizado”, também chamada pelo autor de neoliberal ou a versão mais recente do capitalismo e imperialismo globais, na qual o mundo atual seria uma trama entre ambos e a resistência que suscitam, sendo esta resistência o modo de produção de globalização contra-hegemônica, sendo por sua vez constituído pelo cosmopolismo insurgente e o patrimônio comum da humanidade, onde o primeiro representa a resistência transnacionalmente organizada contra os localismos globalizados e os globalismos localizados (SOUZA SANTOS, 2006, p. 438 e 439).

⁶³ Ibid., 2006, p. 438.

que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas, ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado.

A Globalização deriva do capitalismo e gera necessidade de mudanças na ordem jurídica dos Estados e conseqüentemente em suas concepções sobre a soberania, dentre outros, em razão da existência de concorrência entre fontes do poder.

Os valores, as referências e as tradições culturais são a fisionomia de um povo, de uma nação; se não forem preservados e defendidos, diluir-se-ão no cosmopolitismo de um mundo em que uma das últimas e mais resistentes fronteiras desapareceu com a União Soviética e o modelo socialista implantado no Leste europeu. A maioria das outras já havia ruído à proliferação de novas tecnologias de telecomunicação instantânea e ao constante aprimoramento dos bancos de dados, dos microcomputadores, dos cabos de fibras ópticas, dos satélites de transmissão direta e dos sistemas integrados de redes digitais (POERNER, 2000, p. 19).

Culturas podem de fato ser extintas com populações marginalizadas e acuadas por processos de dominação. Podem acabar fisicamente e também na memória de seus representantes.

Fernades (1998, p. 14 e 15) destaca seis abordagens importantes dadas ao fenômeno da globalização nos anos 90, dentre elas:

- “a) A globalização consubstanciaria uma nova etapa do desenvolvimento do capitalismo, na qual a integração mundial de mercados suplanta a estrutura anterior do sistema em economias nacionais autônomas.
- b) Esta nova etapa seria caracterizada pelo deslocamento do (grande) capital dos Estados e economias nacionais, o que conferiria a esse capital uma natureza essencialmente global.
- c) A formação deste capital global estaria levando ao enfraquecimento generalizado dos Estados nacionais, suplantados por novas estruturas mundiais de poder polarizadas pelas empresas que predominam nos mercados globais.
- d) Este processo de globalização econômica estaria sendo acompanhado

por um processo análogo e interligado de “mundialização da cultura”, com valores e identidades globais superando os valores e identidades nacionais.

e) Esta “mundialização da cultura”, por sua vez, estaria conformando uma nova “sociedade civil global”, que também se desprende do marco nacional e, cada vez mais, encaminha as suas reivindicações diretamente para os organismos internacionais que constituem o esboço de uma espécie de “governo mundial” (ONU, OIC, FMI, Banco Mundial, etc).

f) Para o bem ou para o mal (segundo o enfoque do analista) este conjunto de processos importaria aos Estados nacionais uma agenda única de ajuste macroeconômico e uniformização institucional-regulatória, orientada para a “integração plena” nos fluxos mundiais de comércio e investimento”.

Fernades (1998, p. 19) conceitua globalização como processo objetivo de integração econômica impulsionado pela expansão global do capital, materializado em realizações muito concretas como rotas de comércio, linhas de transporte e comunicação, etc e conceitua neoliberalismo como um arcabouço de políticas orientadas para a desestatização de empresas públicas, a desregulação de atividades econômicas e a desuniversalização de direitos.

A Mundialização está associada à idéia de universalização, caracterizada por um movimento de padronização de processos econômicos, culturais e sociais.

Renato Ortiz (1994, p. 29) descreve a mundialização como um processo de natureza cultural, em que a reunião de concepções culturais, econômicas e tecnológicas à categoria mundo, comporta tanto a sociedade global contemporânea como a visão de mundo, um universo simbólico específico à civilização atual.

A mundialização pode representar um importante instrumento na busca de homogeneização cultural, surtindo efeitos de grande relevo a sociedade.

A concepção tradicional de sociedade e a relação com suas instituições são vistas como em estado de distúrbio, tendo em vista a desordem causada pelo desenvolvimento e propagação dos processos da globalização, visto que esta não é um fenômeno por si, mas um fenômeno constituído de diversos processos culturais, sociais e políticos, porém com iniciativa e acentuação econômica, uma vez que a regulação social passa a ser feita pelo mercado. (ARNAUD, 1999, p. 109).

Desta forma, sendo este um fenômeno passível de surtir efeitos nos mais variados aspectos sociais, devem ser ponderados quando de sua ocorrência, visto

que após efetivados, já estão trazendo reflexos e mudança de comportamento social, que dificilmente são revertidos.

Por todo o exposto, tem-se que a globalização é um novo referencial para a sociedade, ora assumida como pós-moderna, a qual traz transformações por parte desta, posto que sua atuação ocasiona reflexos importantíssimos na economia, cultura, conhecimento, política, enfim, afeta o Estado e a sociedade de um modo geral.

2.2 FUNDAMENTOS DA CRISE DO ESTADO MODERNO NO SÉC. XXI: O ESGOTAMENTO DAS BASES MONISTA, POSITIVISTA, LIBERAL E INDIVIDUALISTA DO ESTADO MODERNO

A crise do Estado moderno é tema em voga na contemporaneidade, o que se justifica visto que o sistema se deu conta de que os ideais propagados não foram atingidos e nem poderão o ser. O que se deve porque as bases do Estado moderno, ou seja, o monismo, o positivismo jurídico, o liberalismo, o individualismo, a propriedade privada como valor absoluto, dentre outros ideais, esgotaram suas finalidades e possibilidades de se adequar às necessidades atuais.

Os problemas deste modelo são variados e vão desde instabilidades políticas com mudanças sociais e econômicas, até mesmo ao rompimento de paradigmas fundamentais.

Nesse mesmo sentido, Souza Filho (2000, p. 320) narra ser visível à crise do Estado e do Direito no final do século XX, que atinge os alicerces do sistema jurídico e da propriedade privada, deslocando o centro do sistema da ordem privada para a ordem pública. Observa que o direito do Estado moderno está assentado na concepção dos direitos individuais; no entanto, a organização estatal foi criada para garantir o exercício de direitos individualmente. Assim, o direito privado detalhou os direitos individuais e os códigos para regular todas as disputas de propriedade.

Miranda (2002, p. 54, 55) elenca algumas situações de conflito geradas no modelo de Estado Europeu na modernidade, sendo eles: constitucional no início do

séc. XXI; queda irreversível de quase todos os regimes totalitários e autoritários; surgimento do modelo de fundamentalismo islâmico no qual se unem lei religiosa e lei civil, poder espiritual e poder temporal; crise no Estado social de direitos, ocasionada não só de causas ideológicas, mas também financeiras, comerciais e administrativas; degradação da natureza e do ambiente; desigualdades econômicas entre os países industrializados e os não-industrializados; exclusão social mesmo nos países ricos; manipulação comunicacional; cultura consumista de massas e erosão de valores éticos, familiares e políticos.

Pode-se descrever também, que além dos problemas já mencionados, a crise é corroborada por um momento de crise moral e ética na sociedade moderna, que se estabelece por diversas causas, tal como a exacerbação do individualismo; a desumanização; a intolerância à diversidade; a tecnização instrumental da razão; a alienação política, cultural e social; a fragmentação do sujeito; a massificação da informação, a mercantilização das relações pessoais e sociais como efeito da expansão desenfreada da sociedade de consumo, dentre outros.

Estas situações discriminadas por Miranda servem para confirmar o fato de que o Estado Moderno envolve questões cada vez de maior complexidade, no qual se dinamizam forças de diversos interesses, tais como locais, regionais, estaduais, nacionais e até supranacionais.

Segundo Bobbio (1995, p. 126), os conservadores entendem por crise do Estado, a “crise do estado democrático, que não consegue mais fazer frente às demandas provenientes da sociedade e por ele mesmo provocadas”, enquanto para os marxistas e socialistas, é “crise do Estado capitalista, que não consegue mais dominar o poder dos grandes grupos de interesse em concorrência entre si”. Resumindo, a crise do Estado quer dizer, de uma parte e de outra, crise de um determinado tipo de Estado, não o fim do Estado.

Ressalva-se novamente, que o termo moderno ganhou força com o iluminismo e seus ideais no séc. XVIII. Contudo o projeto da modernidade falhou porque não avaliou os prognósticos de razão entre meios e fim. Neste sentido, Harvey (2000, p. 23 e 24) determina que:

“Saber se o projeto do iluminismo estava ou não fadado desde o começo a nos mergulhar num mundo kafkaniano, se tinha ou não de levar a Auschwitz e Hiroshima e se lhe restava ou não poder para informar e inspirar o pensamento e a ação contemporâneos são cruciais. Há quem

como Habermas, continue a apoiar o projeto, se bem que com forte dose de ceticismo quanto as suas metas, muita angústia quanto a relação entre meios e fins e certo pessimismo no tocante a possibilidade de realizar tal projeto nas condições econômicas e políticas contemporâneas. E há também quem - e isto é, como veremos, o cerne do pensamento filosófico pós-modernista - insista que devemos em nome da emancipação humana, abandonar por inteiro o projeto iluminista”.

Assim, o projeto iluminista da universalidade da racionalidade se tornou opressor e refém do capitalismo, que por sua vez, vorazmente firmou-se por quase todo o mundo, colocando em crise as bases monistas, positivistas, e intervencionistas do modelo liberal.

Destacasse que o Estado contemporâneo surgiu como resultado da crise do Estado liberal, iniciada no final do séc. XIX e início do séc. XX. O capitalismo colaborou para tal fato na medida em que criou uma sociedade industrial de massa que propiciou tais mudanças. Segundo Wolkmer, este modelo pode ser designado de Estado Social, Estado Intervencionista, Estado Tecnocrático, Estado de Bem-Estar, Estado Previdência ou Assistencial, mas independente “do modelo político-econômico de que se serve, quer seja o Capitalismo, quer seja o Socialismo estatizante, apresenta características ora comuns, ora específicas”⁶⁴.

Saldanha (1987, p. 35) observa que “O Constitucionalismo e o Estado de Direito, modelados sob a influência do credo liberal, entraram em crise desde os sérios problemas sociais oriundos da Revolução Industrial” e menciona que essa crise se agravou no século XX com o chamado intervencionismo estatal.

Acresce que o intervencionismo estatal se tornou possível e necessário em função de condições que formaram um plano mais amplo e complexo do problema: “a saturação tecnológica, a pressão demográfica, a insuficiência das soluções privadas, a confusão entre a vontade geral e a dominação estatal, os efeitos das guerras, a cartelização e o imperialismo, e mais outras coisas”⁶⁵.

Rosanvallon (1997, p. 25-31) considera que o cerne do paradoxo da sociedade moderna, está na redução das desigualdades econômicas e sociais, que representa seu objeto social fundamental. Descreve que o Estado previdência é uma extensão do Estado protetor, porque se baseia numa mesma representação

⁶⁴ Wolkmer (1990, p. 26).

⁶⁵ SALDANHA, 1987, p. 36.

de indivíduos e de suas relações com o Estado; nele se estenderam direito à vida e à propriedade a novos direitos, tais como direitos de cidadania, de sufrágio, de proteção econômica e do trabalho. Contudo, é atacado pelas questões sociais, econômicas e culturais.

Em razão desta falta de cumprimento destes ideais é que se assume nesta pesquisa, que o tempo atual é o da pós-modernidade. O que se verificada em concreto porque a sociedade dita moderna, não completou exatamente com seu projeto, que se encontra inacabado e sem condições de término, por sua própria inoperância diante do sistema atual, viabilizando a emergência do pós-modernismo.

Alguns doutrinários, inclusive defendem que não há seguimento da modernidade por meio da pós-modernidade, porque ocorreu uma ruptura com a modernidade. Iniciando-se então, um novo tempo.

Os fatores que geram a mencionada crise são vistos no presente estudo, como fatores macro e microssociais, os primeiros estão ligados ao capitalismo, à tecnologia, à globalização, ao choque entre as culturas, dentre outros fatores, enquanto o segundo está regionalizado e refere-se aos problemas locais de cada Estado-nação, fatores que somados causam uma ruptura com os projetos da modernidade.

O pós-modernismo pode ser verificado sob diversos aspectos, contudo, frente a um viés social, as lições de Resta (2004, p. 86) devem ser lembradas, visto que pregam o respeito à comunidade, à localidade e suas peculiaridades e à alteridade, o que foge da perspectiva linear e totalizante do capitalismo e da modernidade, remetendo-se a possibilidades que melhor traduzam a realidade e a construção de um mundo ético e solidário, consubstanciando um direito fraterno, no seu cosmopolitismo, na liberdade de identidade e na inclusão.

Neste contexto, o reconhecimento à diferença e pluralidade é requisito do pós-modernismo contra o conhecimento de viés universal do modernismo.

A importância desta nova racionalidade, assim como de todos os demais fundamentos de “efetividade formal” reside na necessidade de ordenação prática dos “fundamentos materiais”, de modo que se torne viável a “ação prática coletiva”, a “ação prática individual” e a “ação teórica no nível do saber e das formas de representação social, objetivando processos racionais emancipatórios”.

Souza Filho (2000, p. 317-320) destaca como solução para alguns dos problemas do Estado, a possibilidade de interferência no direito de propriedade, por meio da limitação administrativa e da função social, visando a questões ambientais, sociais e culturais, dentre outras. Além da atuação dos partidos e sindicatos e das ONG's na proteção dos direitos coletivos, que se apóiam na ação popular, no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública

E assim, de modo geral, os indivíduos são sufocados e marginalizados pela limitação e imposição de um sistema jurídico e econômico estatal que lhes traz instabilidades e desigualdades sociais, as quais vêm exigindo mudanças paradigmáticas.

Por esses motivos, acredita-se que o momento contemporâneo representará um divisor de águas, no sentido de ser um divisor de época histórica, o que se deve pela globalização, informatização, disseminação das informações, choques e quebras de barreiras culturais, avanço do poder econômico versus o ambientalismo e a conscientização ecológica. Transformações estas, que poderão gerar um novo modelo de Estado ou um novo modelo de organização político-social.

Acredita-se também que as tendências são de integração crescente dos povos, corroborada pela atuação do Estado, o que pode desaguar numa tentativa de homogeneização cultural e econômica, ora felizmente dificultada pelas diferenças culturais.

Conclui-se que a idéia de crise está ligada à necessidade de ações e transformações em sentido contrário ao da crise, e, para tanto, deve-se olhar para o passado e perceber seus reflexos no presente, para que assim, planeje-se o futuro.

Diante da constatação da mencionada crise do Estado, cabe ainda mencionar a possibilidade de alguns autores levantar a bandeira da perspectiva de fim do Estado, contudo, não se coaduna com tal assertiva, visto ser esta uma hipótese quase inviável frente a sociedade atual.

Ensina Bobbio (1995, p. 126 e 127) que o tema do fim do Estado está ao juízo de valor positivo ou negativo relativo à concentração de poder estatal, na qual a primeira relaciona-se às discussões sobre a república ótima, por meio da qual os Estados existentes são imperfeitos, mas aperfeiçoáveis e como força organizadora de convivência civil, não devem ser destruídos, mas sim conduzidos à plena

realização de sua essência. Para o autor, o juízo negativo não é suficiente para o fim do Estado; aquele que crê no Estado como um bem máximo, ou uma instituição favorável ao desenvolvimento das faculdades humanas, ao progresso civil é induzido a não esperar o fim do Estado, mas a gradual extensão de suas instituições, até a formação do Estado universal, que é uma utopia.

Bobbio (1995, p. 128 e 129) descreve a existência de duas correntes negativas do Estado, uma que o entende como mal necessário e outra como um mal não necessário. A primeira entende ser melhor o Estado que a anarquia e se dividiu em duas formas, conforme julgamento estatal do ponto de vista do primado do não-Estado-Igreja⁶⁶ ou do não-Estado-sociedade-civil⁶⁷.

A corrente que entende o Estado como um mal não necessário relaciona-se a teorias que pregavam o fim do Estado, com o conseqüente nascimento de uma sociedade que pode sobreviver e prosperar sem necessidade de um aparato de coerção, dentre estas teorias está a marxista⁶⁸, a religiosa, a tecnocrática, o anarquismo, dentre outras⁶⁹.

Diante do contexto atual e da dependência da sociedade de um ente estatal, acreditasse ser difícil pela falta de coerência a defesa do fim do Estado. De modo que das teorias apresentadas pelo jurista, a corrente negativa que vê no Estado um mal necessário apresenta maior coerência.

⁶⁶ Segundo esta concepção, o Estado era necessário para conter a massa, que é perversa, por meio do medo (BOBBIO, 1995, p. 129).

⁶⁷ O não-Estado-sociedade-civil assume a figura do Estado mínimo, que representou o denominador comum de todas as maiores expressões do pensamento liberal, por meio da mínima intervenção estatal na sociedade civil, sob a forma de sociedade de livre mercado. Neste modelo, há a libertação do monopólio ideológico, em privilégio à liberdade de crenças religiosas e opiniões políticas e também à libertação do monopólio do poder econômico, com a livre posse e transmissão dos bens (BOBBIO, 1995, p. 129 e 131).

⁶⁸ BOBBIO (1995, p. 131) reconhece nesta a mais popular das teorias que sustentam uma sociedade sem Estado e resume a base de seu raciocínio nos seguintes termos: "o Estado nasceu da divisão da sociedade em classes contrapostas por efeito da divisão do trabalho, com o objetivo de consentir o domínio da classe que está em cima sobre a classe que está embaixo; quando, em seguida à conquista do poder por parte da classe universal (a ditadura do proletariado), desaparecer a sociedade dividida em classe, desaparecerá também a necessidade de Estado".

⁶⁹ BOBBIO, 1995, p. 132.

3. AS PERSPECTIVAS DO DIREITO NA TRANSIÇÃO DA SOCIEDADE MODERNA PARA A PÓS-MODERNA

3.1. ACEPÇÕES SOBRE A TEORIA DO DIREITO

O Direito busca normas que harmonizem a convivência dos seres humanos em sociedade; para tanto, cria regras de convívio social e regras de solução de conflitos a serem aplicadas diante de violação das regras de convívio.

Pode se dizer que o Direito é uma manifestação social⁷⁰ percebida inclusive nos povos sem escrita, passou pela Antiguidade, pela Sociedade Egípcia, Hebraica, Grega e Romana, vindo a se consubstanciar na Sociedade Medieval por meio do Direito Canônico, Celta, Germânico, Feudal, até chegar a sociedade moderna e a contemporaneidade⁷¹.

Saldanha (1987, p. 30) resume algumas das principais transformações históricas da humanidade, descrevendo que a transição do mundo pré-gráfico ao gráfico significou a substituição da autoridade privada do basileus para magistraturas ligadas ao direito escrito, vinculando-se este direito escrito no caso dos gregos, a uma justiça racional, dependente da discussão e inteligível como algo público; transformações estas de grande importância para o direito. Descreve ainda que durante os séculos XVIII, XIX e XX o Ocidente desenvolveu as potencialidades do racionalismo e com elas vieram a Revolução Industrial, a sociedade burguesa, o pensamento analítico, o movimento das codificações e também as constituições escritas, bem como a burocracia e depois a tecnocracia, com a eletrônica e a cibernética.

Em análise à história do Direito, Maliska (2000, p. 21) destaca que o fato de o homem deixar de ser nômade e fixar-se em determinados lugares, gerou a necessidade da criação de normas para regular a convivência social. De modo que a existência de inúmeras formas associativas, ou seja, grupos de pessoas reunidas por objetivos comuns fizeram com que o direito se restringisse a pequenos

⁷⁰ Observa-se que o Direito não é condição necessária para a existência da sociedade, mas sim uma forma da sociedade constituída, regular-se.

⁷¹ VILLEY, 2005, p. 56.

espaços territoriais que derivaram uma multiplicidade de direitos.

Complementando-se as disposições do autor, salienta-se o dever de também se reconhecer à presença do Direito, enquanto normas de convivência nos povos nômades, visto a condição própria do ser humano de conviver em grupos e criar regras para que tornem possível esta convivência.

O autor ainda descreve que na Antiguidade surgiram as primeiras tentativas de unificação do Direito, tal como no Direito babilônico, que foi reunido e consolidado no Código de Hamurábi. Observa também que nesta época a fundamentação do Direito era religiosa. Aponta que algumas instituições jurídicas do direito romano foram incorporadas pelo direito moderno estatal e assinala a Idade Média como “(...) um momento histórico de grande propagação do pluralismo jurídico”, explicando que a decadência do Império Romano no Ocidente e as invasões dos povos nórdicos solidificaram a idéia de que a cada indivíduo deveria ser aplicado o direito de seu povo e de sua comunidade local, sendo este período caracterizado pela descentralização territorial e multiplicidade de centros de poder, vigorando em cada espaço social manifestações normativas concorrentes⁷².

A passagem do Direito Natural⁷³ para o Direito Positivo⁷⁴ assumiu papel relevante na passagem do Direito Medieval ao Direito Moderno e conseqüentemente na formação do Estado Moderno.

No séc. XVI, o Direito Natural passou a ser instrumento teórico de luta contra o Direito Medieval; para o Direito Natural, a idéia de direito era abstrata e correspondente a uma justiça superior e anterior, estando suas fontes na natureza, na vontade de Deus ou na racionalidade dos seres (SOUZA FILHO, 2000, p. 307).

MELO (2002, p. 24) observa que os centros de produção e aplicação das normas jurídicas passaram por uma grande crise a partir da dissolução do Estado Romano, dando origem ao feudalismo e como conseqüência, o Direito foi fragmentado e particularizado de acordo com a necessidade de cada feudo, cidade

⁷² MALISKA, 2000, p. 23.

⁷³ Ráo (1997, p. 75) descreve o direito natural como um conjunto de princípios supremos, universais e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão são imediatamente aplicados, quando definem os direitos fundamentais do homem.

⁷⁴ O Direito natural modernamente é antagônico ao Direito positivo, porque é fixo, imutável, universal, enquanto este é mutável para que possa atender as necessidades sociais. Descreve Saldanha (1987, p. 64) que “O Direito Natural é um conceito geral, que se apresenta a cada passo em diferentes versões: direito ditado pelos deuses, direito do mais forte, igualdade estoica na Cosmópolis, etc”.

ou corporação que passaram a ser regidos por seu direito particular. Com a chegada do Estado moderno, conclui o autor que:

“(...) Coube aos juristas reais cuidar de substituir esses diversos ordenamentos jurídicos pela atuação exclusiva do Estado moderno e absolutista, em que o monarca detinha o poder exclusivo de dizer o direito. Para tanto, criaram a doutrina da soberania do Estado, personalizada no monarca. Mais tarde, com os iluministas (sec. XVIII) o poder de legislar se transfere do monarca para o Estado, que passa a deter a exclusividade de dizer o Direito. A partir daí, foi um passo para que se implantasse o jus positum, ou a chamada doutrina positivista, que reconhece como Direito somente aquele que emana do Estado (...)”.

Assim, com a chegada da Idade Moderna, o direito Deixou suas raízes feudais advindas da Idade Média e passou a ter concepções diversas, abandonando seu caráter plural, para ser emanado exclusivamente pelo Estado, que de início foi representado pelo monarca, assumindo um caráter especializado e racionalizado.

Saldanha (1987, p. 48) destaca que o Direito moderno correlato ao Estado moderno fez-se secular e racionalizado, estatizado e legalista, contrariando em grande parte o Direito Medieval.

O autor ainda descreve que o surgimento da modernidade trouxe novas categorias, como o Estado, a soberania e a constituição, em que a razão passou a ser ingrediente do direito; contudo, destaca que a “racionalidade” do direito e do saber jurídico, que ao direito se vincula como objeto de tratamento epistemológico, é uma pretensão dada e historicamente caracterizada⁷⁵.

Dessa forma, a modernidade que trouxe o Estado Moderno, as constituições, os direitos e garantias, a soberania, a globalização, a tecnologia e tantas outras transformações, fez também com que o Direito se transformasse para então poder ser assimilado pela sociedade, fato que ainda ocorre, visto que o direito para atender às realidades sociais não pode se estagnar, tendo de se dinamizar tal como a sociedade.

A íntima conexão entre a suprema racionalização do poder soberano e a positividade formal do Direito conduz à coesa e predominante doutrina do monismo. Essa concepção atribui ao Estado moderno, o monopólio exclusivo da produção das normas jurídicas, ou seja, o Estado é o único agente legitimado

⁷⁵ SALDANHA, 1987, p. 25.

capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que se vão impondo. Esta asserção indica que, na dinâmica histórica, o princípio da estabilidade do Direito desenvolveu-se concomitantemente com a doutrina política da soberania, elevada esta à condição de característica essencial do Estado.

Verifica-se que o Direito moderno não só se revela como produção de uma dada formação social e econômica, como, principalmente, edificou-se na dinâmica da junção histórica entre a legalidade estatal e a centralização burocrática. O Estado moderno atribui a seus órgãos, legalmente constituídos, a decisão de legislar (Poder Legislativo) e de julgar (Poder Judiciário) por meio de leis gerais e abstratas, sistematizadas formalmente num corpo denominado Direito Positivo.

Dentre as diferentes concepções do direito, a positivista se sobrepôs e tornou-se dominante sobre as acepções de cunho sociológico ou filosófico, por exemplo. Contudo, frente a esta vertente positivista que se mostrou hegemônica do séc. XVIII até o séc. XX, começaram a surgir teorias críticas que se contrapuseram principalmente em desfavor da teoria pura do direito, dando-se início a uma crise paradigmática, na qual o paradigma da unicidade do Direito emanado pelo Estado passou a ser questionado.

Definidos os traços específicos da formação histórica do moderno Direito Estatal e a conseqüente supremacia doutrinária do centralismo jurídico, torna-se possível examinar a evolução do monismo jurídico ocidental que compreende etapas ou fases consubstanciadas em quatro ciclos correspondentes à formação, sistematização, apogeu e crise deste, que representa um paradigma. Cada grande ciclo monístico será inter-relacionado com as condições que perfazem a estrutura de poder político e o modo de produção sócio-econômico.

São diversos os conceitos para o termo Direito e dentre essas diferentes acepções citam-se algumas, tal como segue.

O Direito, segundo Reale (1996, pg. 699), deve ser concebido como atualização crescente de justiça e dos valores cuja realização possibilite a afirmação de cada homem conforme sua virtude pessoal, sendo que realizar o Direito é realizar valores de convivência da comunidade.

Rào (1997, p. 64) descreve que o Direito é estudado “ora como filosofia, ora como ciência, ora como norma, ora como técnica”.

Consoante Melo (1994, p. 94 a 100), o papel do Direito como principal

técnica de controle aplicado pelo Estado, está em seu potencial estatizador, sendo a sanção um de seus monopólios e a coercibilidade incondicionada uma das formas mais evidentes de controle social. Afirma ser o direito o instrumento mais adequado para assegurar os valores fundamentais. O poder estatal encontra seus limites nas condições sociais e, portanto, a eficácia das leis depende da consideração da existência dessas condições.

Romano (1977, p. 379) descreve que a função jurisdicional é aquela que tem por objeto a manutenção e a efetivação do ordenamento jurídico, tutela e efetiva a legislação que por sua vez constitui o ordenamento jurídico.

O direito positivo ocidental é um modelo fundado na Europa do final do século XVI, começo do século XVII e que se baseia em quatro fatores principais que são também os principais pressupostos que condicionaram sua formação.

O primeiro deles é o modo de produção, que no caso é o capitalista. São relevantes aqui duas interpretações sobre este tema. Interpretando o filósofo alemão Karl Marx, o capitalismo além de ser um sistema de produção de mercadorias, engloba também um sistema social no qual a força de trabalho se transforma em mercadoria e se torna como qualquer outro que se vende e se compra no mercado. Já para Max Weber, o capitalismo pode ser entendido como culminância de um processo de racionalidade da vida organizada. Esta última interpretação será explicada de forma um pouco mais abrangente daqui a pouco.

O segundo pressuposto é a formação social da época, uma sociedade burguesa. A burguesia é o setor intermediário entre a nobreza e o clero, e o campesinato e as classes populares. Trata-se de uma classe social insurgente, dinâmica e implementadora de mudança das estruturas feudais em crise até então. Essa categoria "ético-espiritual" está identificada da mesma forma, com a modernidade econômico-capitalista, sendo ela a dona dos meios de produção.

Já o terceiro é a visão sociopolítica do mundo, o liberalismo. Ele "surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses de uma classe social emergente (a burguesia) na sua luta histórica contra a dominação do feudalismo aristocrático fundiário". O aparecimento do liberalismo deu-se a partir do desenvolvimento do comércio, do favorecimento de uma classe média individualista e produtiva e, em particular, do clima de tolerância que varreu a Inglaterra e a Holanda, após os conflitos religiosos gerados pela

Reforma.

O último pressuposto que condicionou a formação do direito moderno é a estrutura de poder existente, o Estado soberano e absolutista. Este trata da moderna estrutura institucional do poder que mediante um processo de centralização assegura a especificidade dos novos interesses. Percebe-se, destarte, que o paradigma jurídico dominante era aquele baseado nos princípios do monismo, da estatalidade e da racionalidade formal da certeza e da segurança jurídica. Esta modalidade jurídica se fundamenta em leis, normas gerais e abstratas, que são geradas de forma singular pelos órgãos estatais, sendo desligada de uma preocupação maior para com as práticas sociais comunitárias, assunto a ser visto mais tarde.

O Direito moderno está ligado ao monismo jurídico e à positivação do direito, encontrando este sua fundamentação, principalmente nas teorias de Kelsen. A origem do pensamento Kelsiniano vinculou-se ao momento histórico em que o doutrinador vivia, época do formalismo, na qual cada ciência buscava definir-se e se reafirmar e com base nos fundamentos do positivismo, buscou construir uma ciência jurídica pura por meio de sua teoria pura do direito.

Kelsen teve coerência e rigor sistêmico na construção de sua teoria pura do direito; como uma teoria do direito positivo, a identificação do direito com o Estado e assim foi possível a descrição do ordenamento como conjunto escalonado de normas e a das normas como função de um sistema lógico de competências.

Com a afirmação do positivismo jurídico, acreditou-se estar diante de um sistema jurídico estável e eficiente. Zippelius (1997, p. 63) leciona que para ser garantida a paz e a segurança jurídica em uma comunidade jurídica, tal como no Estado Moderno, as normas reguladoras de conduta têm de ser eficientes e também, devem associar-se sem contradições e com harmonia, para formar uma ordem comunitária funcional. Dentro do sistema⁷⁶ de regulação distingue os preceitos de conduta que prescrevem uma determinada ação ou omissão e as normas de competência, que fixam poderes de regulação (competências) e procedimentos de regulação.

Pertinente ao processo de regulação jurídica do Estado, destaca-se que

⁷⁶ Designa sistema, como uma conexão ordenada de forma não contraditória de diversos elementos (ZIPPELIUS, 1997, p. 63).

este recorre às regulamentações, assumindo o Direito, função diretiva no acontecer social, visto que as ações dos sujeitos são orientadas por diretivas normativas de conduta que possuem a função integrativa e socializadora. Consoante o autor, a ordem jurídica tem a função de solucionar conflitos de interesses em termos racionais e socialmente aceitáveis, garantidas por meio de sanções e ameaças de sanções⁷⁷.

As normas de direito garantido pelo Estado diferem das normas sociais extrajudiciais, principalmente quanto à eficácia, que chama de eficiência, destacando que a obediência às normas extrajurídicas pode ser obtida apenas com pressão social, por exemplo, por meio do isolamento social e profissional daquele que desrespeitar as normas de boas maneiras e bons costumes e que diferentemente ocorre com as normas jurídicas que são impostas mediante procedimentos de execução juridicamente organizados⁷⁸.

A teoria do Direito na modernidade acabou distinguindo dois significados para a palavra Direito, um em sentido objetivo, no qual o direito objetivo corresponde à norma da coexistência e outro em sentido subjetivo, no qual o direito subjetivo corresponde à faculdade de pretensão, ambos gerando a unidade do Direito e visando à disciplina e ao desenvolvimento da convivência, ou da ordem.

O direito objetivo é o conjunto das regras gerais e abstratas, que acarretam a aplicação da força, se necessário. É toda imagem da sociedade personalizada por um Estado no seu aparelho mais repressivo; é aquele que se impõe. O direito subjetivo é o conjunto dos poderes que os indivíduos têm em relação a outras pessoas ou coisas.

A distinção entre direito objetivo e subjetivo é extremamente sutil na medida em que ambos correspondem a dois aspectos inseparáveis, ou seja, o direito objetivo permite que se faça algo porque o direito subjetivo concede tal permissão. Para Caio Mário, o direito subjetivo e direito objetivo são aspectos de conceito único, compreendendo a *facultas* e a *norma* os dois lados de um mesmo

⁷⁷ ZIPPELIUS, 1997, p. 29.

⁷⁸ Contudo, observa nem sempre ser necessária a coerção para o cumprimento da norma estatal, sendo que na maioria dos casos é suficiente a obediência voluntária das normas para o funcionamento da ordem jurídica como esquema geral de conduta, corroborada pela mera ameaça de sanções. Assim, conclui que: "A conduta dos sujeitos de direito, associados num Estado, é portanto, coordenada pelo fato de ela se orientar por normas, que têm uma forte probabilidade de serem executadas mediante um procedimento coercitivo juridicamente organizado" (ZIPPELIUS, 1997, p. 62).

fenômeno, os dois ângulos de visão do jurídico, em que “*um é o aspecto individual, outro o aspecto social*” (PEREIRA, 1999, p. 56).

Mialle (1994, p. 141 e 142) descreve que a palavra Direito pode ter dois sentidos, que a própria ortografia designa: o Direito com “d” maiúsculo e os direitos com “d” minúsculo, pois os pressupostos dessa classificação estão na visão dicotômica do indivíduo e da sociedade. Expõe que para alguns autores os direitos subjetivos seriam o pôr em funcionamento dos poderes, das possibilidades ou das prerrogativas enunciadas pelo direito objetivo.

Para Mialle (1994, p. 144), ao se dissociar direito objetivo de subjetivo tratando-os como dois sistemas separados, esconde-se que eles são mais do que duas faces da mesma realidade e que, em consequência, as fontes de um teriam de ser necessariamente as fontes do outro. Assim, considerando-se a unidade do sistema jurídico, não se pode olhar o direito objetivo como um direito coativo e perigoso em última análise e os direitos subjetivos como liberdade que exprime a natureza do homem ou sua vontade.

A quebra do sentido do termo Direito nestas duas faces fortaleceu o poder do positivismo jurídico e do monismo estatal, visto que para ambas o Direito só tem legitimidade e validade quando originado nos comandos estatais e assim, o sujeito de direitos somente tem direitos objetivos quando decorrentes do Estado e seus direitos subjetivos limitarem-se aos direitos objetos positivados.

Trazidas essas considerações sobre algumas acepções gerais do Direito e sobre o Direito objetivo e subjetivo, passa-se a tratar a relação entre o Direito e a sociedade nas vestes do positivismo e monismo jurídico.

3.2 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E SOCIEDADE GERADA PELA INTERMEDIÇÃO DO POSITIVISMO E DO MONISMO JURÍDICO.

Esta seção trará uma análise sobre as relações entre o Direito e a sociedade, vista sob o aspecto da intermediação entre positivismo e monismo, para ao final demonstrar que esta relação passa por conflitos que geram uma conjuntura de crise em seus pilares. Neste ponto, retomam-se alguns pontos tratados na

formação do Estado, visto que se interligam aos temas que ora serão debatidos.

Inicialmente se destaca que a doutrina positivista representou uma proposta de renovação das teorias e da organização política da sociedade. Como resultado de um processo histórico, ela veiculou a fé na ciência e no progresso para a prosperidade econômica e social.

Ferraz Júnior (1980, p. 32), ao explicar os acontecimentos que fortaleceram o positivismo jurídico, ressalva que os mesmos estiveram ligados à necessidade de segurança da sociedade burguesa, uma vez que o período anterior à Revolução Francesa caracterizou-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciais e por tais fatos o positivismo não significou apenas uma tendência científica, mas um acontecimento social.

Para garantir a coesão e a manutenção do poder burguês, o Estado Moderno necessitou de unicidade, estabilidade e positividade, fatores obtidos com a doutrina positivista, na qual o Direito Moderno passou a ser fonte de manutenção do poder estatal (SALDANHA, 1987, p. 36 e 37)⁷⁹.

Assim, acreditando na paz e segurança trazidas pelas normas positivadas, gerou-se um apego excessivo do Direito e ao formalismo jurídico, sendo a Lei estatal transformada na única fonte do Direito oficial, sendo aceitas fontes de Direito não estatal, tais como os usos e costumes, somente quando estes não contrariem a Lei estatal.

Miaille (1994, p. 275 e 276) explica o positivismo como uma atitude que encontra na observação científica dos fenômenos a explicação da realidade, excluindo toda especulação metafísica, de modo a pretender demonstrar que os progressos do espírito humano estavam ao abandono de certo número de ideais que a experiência não poderia fundar nem provar, cabendo ao positivismo dar à sociedade um conhecimento científico. Contudo, após o sucesso, esta doutrina passou a ser objeto de críticas, tanto por parte dos partidários do Direito Natural, quanto pelos juristas marxistas.

O positivismo jurídico defende a existência do Direito apenas se for positivado, ou seja, codificado conforme regras estabelecidas antecipadamente. A

⁷⁹ O Direito Moderno correlato ao Estado Moderno, fez-se secular e racionalizado, estatizado e legalista, contrariando em grande parte o Direito Medieval (SALDANHA, 1987, p. 48).

norma passou a ser válida apenas quando integrante de um ordenamento jurídico real, podendo ser valorada apenas enquanto correspondente do direito ideal.

O positivismo jurídico chegou ao seu ápice com a doutrina de Hans Kelsen, o principal representante da Escola Positivista do Direito, principalmente com sua teoria pura do direito, que limitou a formação de um juízo avalorativo de validade ao Direito, tal como ocorria com a ciência que também deveria ser avalorativa.

Para Kelsen, o Direito enquanto objeto de conhecimento estudado pela Ciência Jurídica, deveria ser empírico, descritivo, exato, objetivo e pautado na idéia da neutralidade, para se tornar um saber científico.

Segundo Kelsen (2000, p. 15), o Direito é um conjunto de regras que têm por objetivo a regulamentação do exercício da força na sociedade, e que a Lei, que emana exclusivamente do Estado, é expressão da vontade do poder normativo estatal, ou seja, da imperatividade da norma.

Para Kelsen (1998, p. 55), “a afirmação de que o Direito é eficaz significa apenas que a conduta efetiva dos homens se conforma as normas jurídicas”.

Nesse sentido, observa Saldanha (1987, p. 67) que “A teoria kelseniana, propriamente dita, encontra-se realmente em sua concepção a figura de um Direito e um Estado despojados de toda politicidade”.

Kelsen reduziu o Direito ao Direito positivo e, conseqüentemente, reduziu o Direito Positivo ao sistema de normas positivas estatais, nos moldes que ainda hoje estão aplicados.

Saldanha (1987, p. 35), ao lecionar sobre a teoria de Kelsen, observa que ela contempla não só o purismo metodológico e o normativismo doutrinário, mas também, abriga, por exemplo, importante valoração do relativismo filosófico, observações e sugestões sobre a evolução do pensamento ético, jurídico e político.

Descreve ainda que o trabalho formalizador e logicizador da “purificação”, que se traduz na peculiar pretensão de objetivismo; considerando “subjetivista” toda incidência valorativa ou ideológica, procura excluir de toda a temática do Direito e do Estado, qualquer resquício de jusnaturalismo, de eticismo ou politicidade. A redução da idéia de norma a uma estrutura meramente lógica, desvestida de seus componentes éticos e de seu significado imperativo, alude realmente toda penetração extrapositiva e toda problematização concreta⁸⁰.

⁸⁰ SALDANHA, 1987, p. 68.

A repulsa de Kelsen ao jusnaturalismo equivaleu a uma rejeição do elemento ideológico-conteudístico jacente na idéia de direito natural, em que o jusnaturalismo aparece diante do radical formalismo metodológico purista, como uma concepção axiológica e material. O Direito Natural é um conceito geral, que se apresenta a cada passo em diferentes versões: direito ditado pelos deuses, direito do mais forte, igualdade estóica na Cosmópolis, dentre outros⁸¹.

Todavia, por outro lado, destaca Saldanha (1987, p. 69) que pensar o Direito como pura representação lógica, reduzindo a norma e tendo-a como puro juízo, é deixar de lado todas as relações da realidade jurídica com a realidade humana, tal como o Estado, a sociedade, as vontades e as circunstâncias. A pureza metodológica é útil como exercício, mas prejudicial como limitação.

E assim, conclui o autor que a atitude kelsiniana não considera a variedade de valores e de idéias de justiça que a norma possa carregar e sim omite pura e simplesmente a relação entre norma, como forma e os valores, ou idéias de justiça, que eventualmente carregue⁸².

Contudo, há que se ressaltar o brilhantismo da teoria de Kelsen, não se devendo conceber que ele ignorasse os fatores empíricos ou mesmo os valores sociais, mas sim, deve-se ter em mente que para sua teoria, a ciência jurídica é que deveria ser neutra e não o Direito enquanto acontecimento social, fato que seria impossível. E neste ponto, Kelsen não se atinha à justiça ou não de um comando legal, mas sim à neutralidade que deveria ser empregada na criação desse comando, na pureza do método criador desta ciência jurídica.

Para Saldanha (1987, p. 70), o interesse pela teoria de Kelsen permanece válido, na medida em que segue sendo válida a tendência formalizante e positivadora, que depende de inclinações pessoais ou de formação doutrinária. Ainda menciona o fato de no pensamento jurídico das décadas mais recentes, o juspositivismo continua dispondo de representantes notáveis, tal como ROSS e BOBBIO, além de que a temática da lógica das normas continua a empolgar a muitos.

A persistência do legado de Kelsen representará seu mérito de sistematização e de clareza ou rigor conceitual. Suas raízes históricas ajudam a

⁸¹ Ibid., 1987, p. 64.

⁸² Ibid., 1987, p. 62.

dar-lhe um significado maior daquele oferecido pela mera dogmática do direito positivo, em que a dimensão filosófica jacente em suas linhas tem algo de crença (SALDANHA, 1987, p. 71).

O positivismo é muito criticado, dentre outros motivos, por considerar que as normas positivadas, por serem emanadas pelo Estado são legitimadas, vinculando o indivíduo, independente de seu conteúdo, levando a sanções quando de seu descumprimento, independente de serem ou não justas. Nessa perspectiva, algumas regulamentações do Direito se tornaram alheias aos interesses da sociedade.

O modelo positivista que prega o Direito como norma categoricamente codificada tornou-se proveitoso aos interesses da burguesia capitalista entre os séc. XVII e XVIII e se prolonga até os dias atuais, contudo, não atende aos anseios contemporâneos. De modo que mudanças estão ocorrendo e ocorrerão a ponto de se acreditar que o séc. XXI representará historicamente um novo divisor de águas.

Descreve Wolkmer (1995, p. 301) que “o Estado comparece a cena jurídica com seu poder coercitivo apenas para assegurar a executividade dos comandos em vigor do Direito”⁸³.

Entretanto, o que se observa é que independentemente da competência e eficiência do Estado para lidar com seus deveres e obrigações diante da sociedade, ele repreende e usa seu poder coercitivo para fazer o Direito, da melhor forma que lhe convém.

E tal fato, vai de encontro com os ditames de Kelsen (2000, p. 13) para o qual o Estado é uma ordem normativa, detentora do monopólio da produção da norma jurídica, estando o poder legitimado pela validade oferecida pelo Direito, que tem respaldo no próprio Estado, que necessita de um ordenamento jurídico único e por tal, monista. Segundo o jurista, não há dualismo entre Estado e Direito, porque ambos seriam a mesma coisa, em que Direito é Estado e Estado é Direito Positivo.

Segundo Melo (1994, p. 94 a 100), o papel do Direito como principal técnica de controle aplicado pelo Estado está no seu potencial estatizador, sendo a sanção um de seus monopólios e a coercibilidade incondicionada uma das formas mais

⁸³ “O Estado pode ser compreendido ora como um jogo de papéis e funções que se interligam e se completam na esfera de uma estrutura sistêmica, ora como um aparelho repressivo que tende a defender os interesses das classes dominantes no bloco hegemônico de forças” (WOLKMER, 1995, p. 63).

evidentes de controle social. Afirma ser o direito o instrumento mais adequado e forte para assegurar os valores fundamentais. O poder estatal encontra seus limites nas condições sociais e, portanto, a eficácia das leis depende de se considerar a existência dessas condições.

Neste sentido o ramo do Direito Penal estatal se sobressai pela força, pelo medo e pela imposição que impõem, sendo em grande parte conhecido e temido, de modo a cumprir com a função repressora estatal.

Zeppelius (1997, p. 63) estabelece uma correlação entre o Direito e o Estado, narrando que “O Estado e o direito garantido são o resultado de uma evolução histórica, um produto da civilização progressiva, um passo no processo da “autodomesticação” da humanidade”.

Tais palavras de Zeppelius são relevantes, porque trazem uma verdade pouco revelada, qual seja, a de que o ser humano é domesticado pelo Estado a lhe ser obediente, sendo os indisciplinados repreendidos fortemente por meio do poder de coação do Estado, fato histórico iniciado exatamente com o surgimento do capitalismo.

A partir de agora, passa-se a discorrer com maior ênfase sobre o monismo jurídico, que representa um dos maiores paradigmas da positivismo jurídico e do Estado monopolizador.

O Estado Moderno apóia-se no modelo monista de produção jurídica, que lhe fundamenta a afirmação de ser a única fonte criadora da norma jurídica e conseqüentemente do Direito; assim, estão entrelaçados o Estado, o direito positivado e o monismo jurídico. No entanto, com base no monismo, o Estado reduziu o direito apenas ao seu ordenamento jurídico, do que se conclui que o Direito passou a ser fonte de manutenção do poder estatal.

Ao tratar deste tema, Reale (1984, p. 243) descreve que para o monismo “só o sistema legal pelos órgãos estatais deve ser considerado Direito Positivo, não existindo positividade fora do Estado e sem o Estado”.

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

contexto atual.

CRISPIM (1999, p. 75) em defesa de um monismo jurídico exacerbado descreve que “a personalidade do Estado é jurídica, ou seja, criada pelo Direito, (...) assim como o próprio direito atua para garantir o equilíbrio social, a paz e a Justiça”.

O autor correlaciona o Estado ao Direito em uma clara aquiescência a Kelsen, corroborando o entendimento deste; segundo o Estado é o direito e vice versa, vinculando as obrigações entre Estado e Direito para com a sociedade. Porém, a realidade demonstra que os deveres estatais não estão sendo mantidos.

É de grande importância a teorização apresentada por Wolkmer sobre o desenvolvimento histórico do monismo jurídico, a qual será tratada com maior relevo a seguir.

Wolkmer dividiu a evolução do monismo jurídico em quatro ciclos, os quais chamou de ciclo de formação, ciclo de sistematização, apogeu e crise do paradigma.

Iniciando o processo de formação do monismo estatal, é verificado devido ao esgotamento do feudalismo e a construção minuciosa do capitalismo durante o final da idade média, que alcançou quase toda a Europa nos séculos XVI e XVII. É um novo modelo de desenvolvimento econômico e social em que o capital é o instrumento fundamental da produção material.

Consoante o doutrinador, o primeiro ciclo apoiou-se no surgimento do capitalismo mercantil e na criação do Estado absolutista, em que os soberanos procuraram fundamentar as fontes de produção do direito em seu poder, ou seja, que representa a própria formação do monismo jurídico.⁸⁴

O segundo ciclo iniciou-se com a Revolução Francesa e perdurou até o final do séc. XIX, em que o direito deixou de ser controlado pelos soberanos e passou a ser comandado das condições trazidas pelo capitalismo concorrencial, pela produção, pela ascensão da burguesia e pelo liberalismo econômico⁸⁵.

O terceiro ciclo surgiu no séc. XX e se estendeu até a década de 60 e se caracterizou pela busca de uma estrutura normativa lógico-formal, que atingiu seu

⁸⁴ WOLKMER, 1997, p. 36

⁸⁵ Ibid., 1997, p. 51.

ápice com Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito⁸⁶.

O quatro ciclo iniciou-se com a crise do paradigma do monismo jurídico, a partir de 1960, isso porque a legalidade ocidental burguês-capitalista, surgida nos séc. XVII e XVIII passou a não atender às demandas das novas políticas econômicas, acarretando aumento de conflitos sociais⁸⁷.

Delineado este percurso histórico do monismo jurídico, traçado por Wolkmer, passa-se a tratar das principais características apontadas pelo autor, quanto ao monismo, quais sejam, a estatalidade, a unicidade, a positivação e a racionalidade.

Ao se conceber o direito como produto da vida humana organizada e como expressão das relações sociais provenientes de necessidades, verifica-se que em cada período histórico da civilização ocidental dominará um certo tipo de ordenação jurídica. Logo, o direito da sociedade moderna, realçado pela sociedade emergente (sociedade burguesa), pelo modo de produção material (economia capitalista), pela hegemonia ideológica (liberal-individualista) e pela forma de organização institucional de poder (Estado Soberano) passou a ser configurado na dominação racional legal (burocracia). Diante disso, deve-se perceber, num primeiro momento, essas diferentes estruturas que se compatibilizaram na constituição de um paradigma jurídico, marcado pelos princípios do monismo (univocidade), da estatalidade, da racionalidade formal, da certeza e da segurança jurídica. Assim, a estatalidade representa o sistema legal posto pelos órgãos estatais, que garante o monopólio da produção da norma jurídica ao Estado (WOLKMER, 1997, p. 60).

Os pressupostos ideológicos que formam a teoria monista são divididos em quatro princípios. O primeiro é o princípio da estatalidade que diz basicamente que o Direito moderno é um Direito estatal, isto é, somente o sistema legal posto pelo Estado é que deve ser considerado direito positivo, não existindo positividade fora do Estado e sem ele (o Estado detém o monopólio da produção das normas jurídicas). Destarte, o Estado é a personificação do Direito, pois ele é quem cria a ordem jurídica. Exclui-se assim toda e qualquer idéia de garantia jurídica fora do Estado.

O princípio da unicidade, diferentemente da ordem jurídica feudal, pluralista

⁸⁶ Ibid., 1997, 57.

⁸⁷ Ibid., 1997, 59.

e consuetudinária, o Direito da sociedade moderna, além de encontrar no Estado sua fonte nuclear, constitui-se num sistema único de normas jurídicas, integradas, produzidas para regular os interesses de uma comunidade nacionalmente organizada, sendo então a única fonte válida e legítima do direito (WOLKMER, 1997, p. 61).

O terceiro é o princípio da positividade. Como já foi dito por Miguel Reale, "todo direito se reduz ao direito positivo e que se equivalem todas as expressões da positividade jurídica". Todo direito se reduz ao conjunto de normas coercitivas vigentes e aos mecanismos formais, tendo por trás uma organização centralizada que assegura o cumprimento das regras, no caso o Estado. Na verdade, a positivação da dogmática jurídica reduz o direito à ordem vigente. A instrumentalização do direito enquanto técnica de coação, abalizada pela sanção estabelecida, repousa na vontade própria do Estado e nas estruturas formais que desfazem as influências reguladoras das formas ideológicas. A característica da positividade nas palavras de representa "(...) a existência de um ordenamento sistemático, rigidamente e completo, a organização centralizada do poder e o funcionamento de órgãos aptos a assegurar o cumprimento das regras pressupostamente neutras e universais". Ou seja, é a representação da teoria do direito positivado (WOLKMER, 1977, p. 62).

O quarto é o princípio da racionalidade, segundo o qual o fenômeno da racionalização é pressuposto essencial para uma compreensão correta dos aspectos normativos, institucionais do moderno Direito ocidental, por mostrar a forma de ser, as regras do jogo, o procedimento. Esta racionalidade proposta por Max Weber consiste na organização da vida, por divisão e coordenação das diversas atividades, com base em um estudo preciso das relações entre os homens, com seus instrumentos e seu meio com vistas à maior eficácia e rendimento. Enfim, a racionalidade é o "fio condutor" da civilização ocidental, elemento essencial da lógica do desenvolvimento capitalista (WOLKMER, 2001, p. 63).

O modelo monista que vê no Estado a única fonte normativa acabou por reduzir o Direito ao Estado, de maneira insustentável aos parâmetros de desenvolvimento atuais, encontrando-se ultrapassado, representando um impasse às realizações sociais e jurídicas do séc. XXI, as quais podem ser melhor

asseguradas por meio do reconhecimento e aplicabilidade do Pluralismo Jurídico, tal como se demonstrará no capítulo seguinte, em que se discutirá o pluralismo.

Assim, a crise do positivismo jurídico é fenômeno recente, iniciado efetivamente a partir da metade do séc. XX, fato que somado à crise do monismo jurídico gerou a perda da legitimidade do Estado enquanto entidade emanadora da ordem jurídica, deixando de acompanhar as realidades sociais e sendo o fenômeno jurídico uma realidade eminentemente social, está em descompasso com suas finalidades.

O Positivismo sofreu forte crítica por pretender a construção de um método para fazer Ciência, em que o conhecimento convergiria ao conhecimento produzido acerca das Ciências, devendo tal busca ser empírica (baseada na realidade, experiência), mas verificada pela Ciência. Compreendendo a realidade como o mundo dos fatos, de modo a não haver Direito neutro, porque este é condicionado a vetores compostos por valores.

Assim, muitos críticos discordam dessa tentativa de tornar a ciência do direito neutra, por afastá-la das preocupações com a realidade, ligando-se de modo imediato à norma jurídica e apenas de forma mediata com a realidade.

Observando esse fato, Saldanha (1987, p. 132) propõe uma linha crítica entre a asséptica pretensão formalista de neutralismo científico, que recusa reconhecer a presença de valores na teoria social e a atitude que, reconhecendo tais valores, assume posição radical. Ainda relata a impossibilidade de redução do saber jurídico apenas à dogmática, ou reduzido apenas à visão sociológica, reconhecendo que os problemas teóricos começam daí e não do esvaziamento causado por sua negação.

Para Saldanha (1987, p. 69), “pensar no Direito como pura representação lógica, reduzi-lo a norma e ter a norma como puro juízo, é deixar de lado todas as relações da realidade jurídica com a realidade humana⁸⁸”. Devendo-se ressaltar este como um dos pontos centrais da crítica ao positivismo.

Hart (2001, p. 202) cita duas formas diferentes de rejeição ao positivismo

⁸⁸ “(...) o interesse pela teoria de Kelsen pode perfeitamente continuar válido, na medida em que segue sendo válida a tendência formalizante e positivadora, o que afinal depende de inclinações pessoais ou de formação doutrinária. No pensamento jurídico das décadas mais recentes, o juspositivismo continua dispondo de representantes notáveis (seja o caso de Ross ou o de Bobbio), e a temática da lógica das normas continua a empolgar a muitos, arrastando nisso, aliás, o seu penchant formalizador (SALDANHA, 1987, p. 70).”

Jurídico, a primeira expressa nas teorias clássicas do Direito Natural e a outra que oferecesse um relato diferente dos modos pelos quais a validade jurídica ligasse ao valor moral, por adotar um ponto de vista diferente e menos racionalista da moral.

Outras críticas que se fazem ao positivismo, ao monismo e também à modernidade referem-se aos resultados que trouxeram a contemporaneidade, ao picotar as Ciências, tornando o conhecimento fragmentado. E também, o formalismo⁸⁹, caracterizado pelo apego excessivo à lei, à técnica e suas solenidades.

Silva Filho (1995, p. 182) ensina que uma crise de paradigmas é identificada a partir do momento em que o paradigma dominante já não consegue mais explicar os fenômenos que deveria esclarecer. No mundo jurídico o paradigma dominante é o dogmático. O paradigma da dogmática jurídica é um conceito histórico composto a partir da convergência de processos parciais que se encontram na base da modernidade⁹⁰.

Ao tratar da dogmática jurídica, Faria (1998, p. 22) descreve que esta certamente constitui o que há de mais paradigmático no âmbito do pensamento normativo moderno e segundo ele, no momento em que tais paradigmas entram em crise e “isto ocorre quando eles não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear o trabalho científico, os problemas deixam de ser resolvidos conforme as regras vigentes”⁹¹.

⁸⁹ Neste sentido, descreve WOLKMER (1997, p. 67) que “a representação dogmática do positivismo jurídico que se manifesta através de um rigoroso formalismo normativista com pretensões de ciência torna-se o autêntico produto de uma sociedade burguesa solidamente edificada no processo industrial, técnico e científico. Esse formalismo legal esconde as origens sociais e econômicas da estrutura de poder, harmonizando as relações entre capital e trabalho e eternizando através das regras de controle, a cultura liberal-individualista dominante”.

⁹⁰ O autor determina que existem no interior do paradigma dogmático, duas matrizes, uma epistemológica e outra política, tornando-se tributário tanto o discurso cientificista quanto o discurso estatal-legalista. O núcleo do paradigma dogmático, que foi desenvolvido no historicismo jurídico, é a construção jurídica e significa a sistematização do direito realizada mediante uma construção dos juristas que visam a dar uma visão de conjunto ao direito e seus mecanismos, (...) diz que é com o positivismo que o paradigma dogmático irá atingir a sua maturação, (...). Descreve que a dogmática jurídica insinua-se não como uma ciência descritiva, mas sim prescritiva e neste sentido, não pode ser ideologicamente neutra. Ela constitui um sistema de conceitos cuja função precípua é a garantia de uniformização e previsibilidade das decisões judiciais, para que o direito possa ser aplicado equanimemente, tendo como função assegurar, por meio de um instrumento conceitual, um nível mínimo de comunicação entre as normas jurídicas abstratas e as decisões judiciais concretas (SILVA FILHO, 1995, p. 192 a 194).

⁹¹ O paradigma da dogmática jurídica, nesse sentido, implica a crença em certos valores gerais, derivados da vigência de uma ordem jurídica de conotação liberal e da legitimidade de um saber científico reduzido aos limites da descrição empírica. Em termos históricos, a transição dos antigos para os novos paradigmas da dogmática jurídica foi deflagrada pela emergência do modo

No momento em que os paradigmas são combatidos, sejam eles de qualquer natureza, espera-se que evoluções ocorram. Momentaneamente há um leque de paradigmas sendo contestados, tanto de natureza jurídica, quanto social, política e econômica, os quais merecem reflexões para que realmente se chegue à superação e à evolução.

Silva Filho (1995, p. 198) defende que a crise do paradigma da dogmática jurídica afeta de maneira bem mais aguda a realidade periférica, pois há inadequação entre direito e realidade, sinal da crise, que compromete de forma mais crítica essas sociedades. Sendo este um sintoma que no Brasil remonta o próprio período colonial.

Há que se concordar com o autor, visto que os indivíduos mais carentes economicamente, por sua situação de maior fragilidade estão mais propensos e possuem maiores motivos para questionar a realidade ou a força que os oprime.

Souza Santos (2000, p. 185-186) descreve que para “dês-pensar o direito num período de transição paradigmática” deve-se separar o Estado do direito, por meio da distinção entre a falta de veracidade do monopólio estatal frente ao direito e à rejeição arbitrária à pluralidade de ordens jurídicas, fatores estes que eliminaram ou reduziram o potencial emancipatório do direito moderno.

Para Wolkmer (1997, p. 256), “quanto maior for o poder de intervenção, dirigismo e responsabilidade administrativa, maior é a necessidade que tem o Estado de criar “mitos-fundantes” para proteger e justificar sua onisciência frente a outras instâncias sociais⁹².

Assim, pode-se dizer que a crise do Positivismo Jurídico é corroborada também, pela crise do Estado, que não garante os direitos que propõem, não se harmonizando com as exigências que lhe cabem.

A sociedade contemporânea revela outras formas de comando e ordenamento social que não são geradas pelo Estado. Assim, o dogma de que o Estado é o detentor do poder jurisdicional e por tal o único legitimado a fornecer o

capitalista de produção, isto é, pela substituição do capitalismo concorrencial pelo capitalismo monopolista, e foi acelerada pela institucionalização de novas formas organizacionais no âmbito do Estado Liberal (FARIA, 1998, p. 22-23).

⁹² Explica ainda que “todo este esforço para centralizar a “regulamentação” da vida social incidirá em funções clássicas (polícia, justiça e defesa) que serão canalizadas em procedimentos formais de cunho legislativo, administrativo e jurisdicional.” Sendo que mesmo com todos estes aparatos não se consegue erradicar e inviabilizar os fenômenos de regulamentação informal provenientes de outros grupos sociais não estatais (WOLKMER, 1997, p. 256).

direito, trincou-se.

Segundo Boaventura de Souza Santos, a ruptura de paradigma traz como conseqüências a substituição do governo “*por uma pluralidade de regimes de governos supra e infra-estatais, com atores públicos e privados*”, passando a coexistir de uma forma mais ou menos incômoda, com o direito que anteriormente era monopólio dos Estados⁹³.

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

Os acontecimentos contemporâneos, tais como globalização, informatização, surgimento de novos direitos, tais como ambientais, coletivos, consumeristas, dentre outros, que se associam aos fatores acima apontados por Silva Filho, importam em fatores que propiciam a crise da modernidade.

Os modos de encarar a imagem da crise são modos de compreender e de situar a imagem das transformações. Denúncias e diagnósticos, instituições e utopias são no caso, formas de interpretar estruturas que se alteram. Tem-se um panorama bastante largo e um marco histórico extenso, para situar certos dados da própria evolução institucional das comunidades humanas (SALDANHA, 1987, p. 29).

Mesmo que autores defendam a doutrina positivista, tal como faz Saldanha (1987, p. 132) ao descrever que “a crítica ao juspositivismo não precisa cingir-se a um conjunto de recusas radicais”, entendendo que deve o Direito Positivo existir como Direito institucionalizado aplicável; é inegável que novas realidades estão se materializando no seio social, as quais não se coadunam com as concepções positivistas e nem haverá possibilidade para tal, exatamente por serem opostas, tal como o pluralismo jurídico, que adiante se tratará.

No entender de Miaille (1994, p. 276), o direito positivo opõe-se ao direito ideal, porque não é nem um direito em idéias, ou direito ideal, nem um direito supremo ou direito ideal. Assim, por faltar ao direito ideal, a efetividade, já que não

⁹³ SOUSA SANTOS, 2003, p. 468.

é aplicado diretamente, falta-lhe positividade⁹⁴.

Crítica importante ao positivismo faz Miranda (2002, p. 02) ao destacar que o positivismo burocratizou o Direito e também o jurista, que ficou atrelado ao rigor da norma, destacando ainda, que “a funcionalidade do Estado é garantida através de regras jurídicas”, contudo, quando as regras não garantem mais esta funcionalidade, a situação é crise.

Ou seja, o modelo positivista engessou o Direito e o próprio Estado, os quais não respondem mais às necessidades da sociedade, aos seus avanços tecnológicos, culturais e sociais e por não atender às temáticas sociais, surgem conflitos teóricos e práticos.

Miranda (2002, p. 02) destaca que o Estado tem que se mover segundo regras jurídicas, sejam quais forem as fontes das quais essas regras provenham, sejam nomeadamente de natureza legal ou consuetudinária. Tal autor não é um defensor do pluralismo, nem leciona sobre o assunto, mas sua observação é relevante porque a funcionalidade do Estado é garantida pelas regras jurídicas e como bem observa o autor, é irrelevante a fonte da qual elas provenham, visto que o Estado representa primeiramente a institucionalização do poder e a organização da comunidade.

Essas realidades exigem reflexões e respostas, visto que Estado tomou para si o monopólio da prestação jurisdicional e a partir do momento que não cumpre adequadamente tais funções, até mesmo por não chegar a certas comunidades, quebra o contrato social original, que lhe colocou no poder, abrindo espaço para a formulação de novos contratos sociais, dos quais pode não fazer parte.

Em razão da falta de cumprimento dos deveres do Estado, seus paradigmas estão sendo quebrados e novas realidades estão se materializando, tal como a vigência de ordenamentos paralelos concomitantes ao estatal verificados pelo pluralismo jurídico, a arbitragem, as sociedades tradicionais, dentre outras manifestações transformadoras.

A crise do positivismo jurídico também se verifica por outros fatores, tais como pelo modo de interpretação e aplicação da lei, pelo papel burocrático

⁹⁴ Observa Miaille (1994, p. 276) que este ponto de vista dividiu os positivistas, porque para uns o direito positivo significa todo o direito estabelecido, o direito em vigor, enquanto para outros, o direito positivo é ligado ao direito efetivamente em vigor, sendo direito apenas o que é realmente aplicado.

assumido pelo juiz, pela diferença existente entre judiciário e justiça, pela distância entre justiça e sociedade, pela preocupação excessiva com a legalidade e o processo, pelo distanciamento da lei frente à justiça, pelo descompasso da evolução da sociedade em contraposição à lei, pela ineficácia da lei, pela crise do judiciário, pelo dogmatismo que enxerga nas leis verdades absolutas, pela diferença entre ordem social e ordem legal, dentre tantos outros motivos.

A consequência dessa ruptura de paradigma está na substituição do governo “por uma pluralidade de regimes de governos supra e infra-estatais, com atores públicos e privados”, que causam a descentralização do direito, passando a coexistir de uma forma mais ou menos incômoda, com o direito que anteriormente era monopólio dos Estados⁹⁵.

Wolkmer (2001, p. 38) leciona que o liberalismo, como nova visão global do mundo, constituída por valores, crenças e interesses de uma classe social burguesa contra a dominação do feudalismo, representou outro pressuposto para o fortalecimento do monismo jurídico⁹⁶.

No Brasil, é visível a adoção de um Positivismo Jurídico exagerado, o que se revela dentre outros, como resultado histórico da falta de apego social a valores éticos e morais. Esta afeição ao positivismo exacerbada associada às crises sociais está enfraquecendo o Estado, o qual não consegue responder às demandas sociais, de modo que perde o comando, não escapando o país da crise dos paradigmas jurídicos.

O desenvolvimento social e as novas realidades causam à Ciência Jurídica e ao positivismo jurídico rupturas, que geram descompassos entre as finalidades de ambos. De modo que não resta à sociedade outra solução se não resolver a crise do positivismo que lhe aflige, até porque, foi ela quem o adotou como sistema vigente e ideal. Nesse contexto, entram em campo as diferentes sociedades, a religião, as instituições públicas, a sociedade organizada, as partes diretamente interessadas, os cientistas, a comunidade acadêmica, para juntos, buscar soluções aos conflitos e crises da sociedade e do direito.

⁹⁵ SOUSA SANTOS, 2003, p. 468.

⁹⁶ WOLKMER (1997, p. 11) complementa sua afirmação descrevendo que o liberalismo de início pareceu revolucionário, defendendo os ideais da época, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade; contudo, quando o capitalismo assumiu sua fase industrial a elite burguesa que assumiu o poder político começou a aplicar somente os aspectos da teoria liberal que lhes convinham, denegando a distribuição social de riquezas e excluindo o povo do acesso ao governo.

A sociedade mostra-se a cada dia mais complexa e o Direito tem de resolver seus paradigmas para oferecer respostas efetivas à sociedade. Necessita vencer seu caráter positivo, legalista e formalista para acompanhar as transformações sociais e atender à diversidade cultural e ao multiculturalismo, o que poderá conseguir por meio de uma visão socioambientalista, na qual unirá os interesses ambientais, sociais e culturais para a solução de seus problemas.

Nesse sentido, pode-se destacar a relação estabelecida entre Estado e Direito, onde Grossi (2006, p. 11) expõe o fato de o Direito não ser necessariamente ligado a uma entidade social e politicamente autorizada e que não deve assumir como pontos de referência aqueles ditados pelo modelo estatal, visto que seu ponto de referência é a sociedade, "(...) como realidade complexa, articulada, com a possibilidade de que cada uma das suas articulações produzam direito (...)".

Assim, no momento em que o Direito atingir maior autonomia e o Estado aceitar que há Direito fora de seus comandos, poder-se-á estar diante de uma sociedade e um Estado que atenderá de forma mais eficaz os anseios sociais.

Mas para tanto as diferentes fontes do Direito devem ser respeitadas e aceitas como normas aptas a reproduzir efeitos aos seus destinatários, de forma que as mesmas tenham juridicidade.

3.3 ASPECTOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA EM SUA TRANSIÇÃO DE SOCIEDADE MODERNA PARA PÓS-MODERNA

As sociedades são sistemas sociais que se destacam em baixo-relevo de um fundo constituído por toda uma série de outras relações sistêmicas, nas quais elas estão inseridas (GIDDENS, 2003, p. 194)⁹⁷.

⁹⁷ O autor menciona que princípios estruturais definidos servem para produzir um aglomerado de instituições, global especificável através do tempo e do espaço, sendo este aglomerado à característica mais básica identificadora de uma sociedade e incluem: "1) Uma associação entre o sistema social e um local ou territorial específico. Os locais ocupados por sociedades não são necessariamente áreas fixas. As sociedades nômades erram em percursos tempo-espaço de tipos variáveis. 2) A existência de elementos normativos que envolvem a pretensão de legítima ocupação local. Os modelos e estilos de tais pretensões de legitimidade podem, é claro, ser de muitos tipos e ser contestados em maior ou menor grau. 3) A preponderância, entre os membros

Neste sentido, as modernas nações-Estado no ocidente são unidades administrativas altamente coordenadas no plano interno.

A questão de momentaneamente a sociedade estar passando por um período de transição paradigmática, que se consubstancia na passagem da modernidade para a pós-modernidade é fato que gera discussões dentre os juristas e doutrinadores. Há uma diversidade de posicionamentos, inclusive quanto à hipótese de sua existência.

Harvey (2000, p. 19) considera que talvez só haja concordância na afirmação de que o “pós-modernismo representa alguma espécie de reação ao modernismo ou de afastamento dele”. Pode ser visto como uma reação à visão do modernismo universal, o qual é positivista, tecnocêntrico, racionalista, crente no progresso linear, nas verdades absolutas, no planejamento racional de ordens sociais ideais e na padronização do conhecimento e da produção, conceitos que se contrastam com o pós-modernismo, que privilegia a heterogeneidade e a diferença como forças libertadoras na redefinição do discurso cultural⁹⁸.

Segundo Habermas, o projeto da humanidade entrou em foco durante o séc. XVIII e representou um grande esforço intelectual dos pensadores iluministas para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade, as leis universais e a arte autônoma nos termos da própria lógica interna destas. A idéia era usar o acúmulo de conhecimento gerado por muitas pessoas trabalhando livremente e criativamente em busca da emancipação humana e do enriquecimento da vida diária. O domínio científico da natureza prometia liberdade da escassez, da necessidade e da arbitrariedade das calamidades naturais. O desenvolvimento de formas racionais de organização social e de modos racionais de pensamento prometia a libertação das irracionalidades do mito, da religião, da superstição, libertação do uso arbitrário do poder, bem como do lado sombrio da natureza humana⁹⁹.

Contudo, o séc. XX com seus campos de concentração e esquadrões da morte, seu militarismo e duas guerras mundiais, sua ameaça de aniquilamento

da sociedade, de sentimentos de que possuem alguma identidade comum, como quer que esta se expresse ou se revele. Esses sentimentos podem ser manifestos tanto na consciência prática quanto na consciência discursiva e não pressupõem um consenso de valor. Os indivíduos podem estar cômnicos de pertencer a uma coletividade determinada sem concordar em que isso seja necessariamente correto e apropriado (GIDDENS, 2003, p. 194).

⁹⁸ Para Harvey (2000, p. 19) o marco do pensamento pós-moderno está na desconfiança de todos os discursos universais.

⁹⁹ Harvey (2000, p. 23).

nuclear e sua experiência de Hiroshima Nagasaki colocaram abaixo os projetos iluministas. Horkheimer e Adorno defenderam a tese de que o projeto iluminista estava fadado a voltar-se contra si mesmo e transformar a busca da emancipação humana num sistema de opressão universal em nome da libertação humana (HARVEY, 2000, p. 23).

Consoante Harvey (2000, p. 33), as tensões entre internacionalismo e nacionalismo, globalismo, etnocentrismo, universalismo e privilégios de classe sempre estiveram presentes no modernismo.

Essa realidade enfraquece os alicerces estatais, inclusive as bases jurídicas, nas quais o Direito emanado pelo Estado e representado pelo Poder Judiciário não responde eficazmente aos reclames contemporâneos, sobretudo, em razão de suas raízes positivistas, com apego exacerbado à Lei, que somados à sobrecarga de trabalho, burocracia, morosidade e descumprimento das decisões, geram ineficiência e descrédito a este poder.

Lyotard reconhece que a ciência tornou-se uma força de produção, ou seja, um momento na circulação do capital, em que “é mais o desejo de enriquecimento que o de saber que impõe de início aos técnicos o imperativo da melhoria das performances e de realização dos produtos. A conjuntura “orgânica” da técnica com o lucro precede a sua junção com a ciência¹⁰⁰” e assim, descreve que “(...) o poder legitima a ciência e o direito por sua eficiência, e esta por aqueles”¹⁰¹.

A palavra pós-modernismo “(...) Designa o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do séc. XIX”¹⁰².

Na Modernidade, o sujeito apresenta-se como um ser abstrato, representado pelo conceito de sujeito de direitos e por uma forjada universalidade. Este sujeito é compreendido de forma totalmente abstrata em desconsideração às vicissitudes do

¹⁰⁰ Ensina o autor que o capitalismo solucionou o problema científico do crédito de pesquisa, de modo direto ao financiar os departamentos de pesquisa nas empresas e de modo indireto por meio da criação de fundações de pesquisa privadas, estatais ou mistas. Descreve que o capitalismo em princípio, sabe ser necessário “financiar pesquisas a fundo perdido durante um certo tempo para aumentar as chances de se obter uma inovação decisiva e, portanto, muito rentável” (LYOTARD, 1986, p. 82)”. Ainda descreve que os Estados-nações seguem as mesmas regras e financiam a pesquisa, em que “o Estado e/ou a empresa abandona o relato de legitimação idealista ou humanista para justificar a nova disputa”, que nas palavras do autor é a disputa pelo poder (LYOTARD, 1986, p. 83).

¹⁰¹ LYOTARD, 1986, p. 84.

¹⁰² Ibid., 1986, p. 15,

homem real. A este respeito, ensina Luiz Edson Fachin:

“a observância desse fenômeno pode ter como ponto de partida a compreensão clássica de sujeito no contrato social e na Declaração dos direitos do homem. Ali está em exposição o produto mais acabado da razão humana que se encerra em si mesmo: o sujeito hipoteticamente livre e senhor de sua circunstância goza de formal dignidade jurídica”¹⁰³.

Na qualificação do sujeito “os manuais jurídicos de sistemas abrem suas páginas demarcando, de um lado, o sentido jurídico da pessoa e, de outro, suas respectivas espécies”¹⁰⁴.

Observa-se que sujeito de direito “é a pessoa, ou seja, o ente dotado de personalidade (...) o primeiro conceito fundamental do direito privado é o de pessoa, titular de direitos e destinatário de obrigações. O segundo conceito é o de relação jurídica”¹⁰⁵.

Assim, o objetivo dos modernos está na segurança dos privilégios privados garantidos pela liberdade¹⁰⁶, sendo a liberdade individual a primeira das necessidades modernas e como tal, indispensável, não estaria resguarda.

Destaca-se que as sociedades contemporâneas são sociedades pluralistas, ou seja, aquelas que possuem os seguintes elementos conceituais, pluralismo, autonomia, descentralização, hierarquia, tradição e localismo.

Nibest (1982, p. 382 e 383) caracteriza cada um destes elementos, descrevendo ser o pluralismo a participação e o convívio social em grupos, associações, comunidades e cultural, por meio da diversidade de crenças, idéias, estilo de vida etc. A autonomia relaciona-se ao aspecto funcional, em que cada grupo deve desempenhar suas funções do modo mais autônomo possível, dentro da comunidade maior, com liberdade, sem influências desnecessárias. A

¹⁰³ FACHIN, 2000, p.13 e 14.

¹⁰⁴ Ibid., 2000, p. 14.

¹⁰⁵ NERY JR, 2006, p.165.

¹⁰⁶ Quanto à liberdade, Kant representa-a como liberdade de agir segundo leis, que por sua vez descreve relações de causa e efeito, em que nos seres racionais a causa das ações é o seu próprio arbítrio. Classifica como conceito negativo de liberdade a ausência de determinação externa do comportamento e o conceito positivo de liberdade como autonomia, a propriedade dos seres racionais de legislarem para si próprios. A vontade do legislador em Kant não é o arbítrio do poder estatal, mas a vontade geral do povo unido na sociedade civil, sendo a base da legitimidade o consenso. Sua teoria da obrigação política vinculada a sua concepção apriorística do contrato, estabelece o dever de obediência às leis vigentes, ainda que elas sejam injustas. (WEFFORT, 2002, p. 53 a 56).

descentralização relaciona-se à possibilidade de a autoridade da comunidade estar o mais desvinculado possível da autoridade de outra comunidade, ou da centralização de órgãos de uma ordem social maior.

A hierarquia na comunidade pluralista, como cadeia de seres, tem aspectos positivos e a finalidade de reflexão entre valores e metas, com estratificação de função e responsabilidade. A tradição, que tem a finalidade de transmitir idéias e costumes, nasce do consenso, de uma base estável de interação social, que torna a lei, em sentido formal e prescritivo, desnecessário. O localismo relaciona-se com o sentido de lugar, de habitat no qual está a família e a vizinhança.

A sociedade contemporânea é marcada por uma complexidade de relações entre indivíduos também complexos, que estão imersos em um dinamismo social dirigido pelo modelo de produção capitalista, pela política, pela economia, pelos meios de comunicação, pela instantaneidade das informações obtidas pela internet, pelos avanços tecnológicos da modernidade, pela multiculturalidade, pela conscientização dos valores ambientalmente corretos e pela necessidade da preservação ambiental, dentre tantos outros aspectos que a rodeiam.

E tudo isto, com uma visão dissociada entre sociedade e Estado que marca este período contemporâneo. Segundo Zippelius (1997, p. 330), este fato tem raízes no absolutismo porque ali a centralização do poder estatal no monarca e na burocracia separou o poder da sociedade, colocando Estado e sociedade em lados opostos, criando a imagem de que o Estado é uma instância superior e inatingível.

Maliska (2000, p. 29) observa que a visão do Estado como um ente distante implementou uma cultura popular de aversão pelo Estado.

Esta noção de que o Estado é uma instituição sobre-humana, inatingível e imponente, dotada de poderes inquestionáveis perpetua-se na sociedade, em que grande parte da população não tem noção do que seja o Estado e de quais sejam seus deveres e obrigações, sabendo apenas que lhe deve obediência.

Para Kelsen, “dizer que os indivíduos pertencem a certa comunidade ou que formam certa comunidade significa apenas que os indivíduos estão sujeitos a uma ordem comum que regula seu comportamento recíproco¹⁰⁷”.

É relevante esta observação kelsiniana porque destaca que indivíduos pertencentes à determinada comunidade estão sujeitos a uma ordem comum, ou

¹⁰⁷ KELSEN, 1998, p. 09.

seja, a um Direito ao qual foi outorgado validade pela comunidade, que o aceita. Contudo, observando estas palavras de Kelsen, deve-se questionar de onde vem a legitimidade para que esta ordem comum, para que este Direito, obrigue a comunidade.

Para Kelsen, esta legitimidade está no Estado, contudo, frente a uma visão pluralista, seria mais coerente e eficiente que esta legitimidade emanasse da própria comunidade e que estas normas fossem elaboradas e aplicadas por esta, o que conferiria maior sentido à obediência e confiabilidade em sua aplicação.

Zippelius (1997, p. 61 e 62) nota que “(...) as relações da vida social são reguladas, em larga medida, não através de normas jurídicas, mas através de normas da ética e da moral social (...)”. O autor explica sua afirmação mencionando que o cotidiano de estreitas relações da vida, tal como nas relações com a família, amigos e vizinhos, em grande parte não são reguladas pelo direito garantido¹⁰⁸, mas sim por preceitos extrajurídicos, relativos ao trato social, por deveres de respeito mútuo e ajuda recíproca.

Neste ponto há que se concordar com o autor, visto que ao Estado seria impossível vigiar todas as dinâmicas sociais e fazer valer seus comandos nas diferentes e complexas relações sociais, como ordens absolutas, e assim, contemporaneamente, questionasse de onde provêm e quais são as fontes do Direito, legitimadas a produzir efeitos na sociedade.

A atuação estatal manifesta-se por meio de diversos termos, que são elencados por Bancal¹⁰⁹ como sendo ações relativas à organização de uma força pública diante da qual toda iniciativa se apague, toda vontade se dobre, toda resistência se quebre e depois, empregando esta força, disciplinar e conduzir a nação, exercendo o poder no sentido da hierarquia das funções, da subordinação das massas e da prerrogativa governamental. Desse modo, o Estado-monopólio é representado pela lógica da ideologia que justifica sua existência, sendo sua

¹⁰⁸ Esclarece o autor que “(...) a ordem jurídica representa um sistema entrelaçado de regulação e controle, cujos elementos se apóiam e se mantêm uns aos outros, tal como os fios de um tecido. Por este meio, as suas normas convertem-se em “direito garantido”. (...) ou seja, uma ordem normativa cuja observância é garantida eficazmente por normas e de modo institucionalizado, que se desenvolveu simultaneamente com o sistema de domínio também institucionalizado, chamado de Estado. (ZIPPELIUS, 1997, p. 62 e 63).

¹⁰⁹ Segundo BANCAL (1984, p. 165), este programa deve ser o de “todos os poderes”, de todas “as teorias governamentalistas”, pois a atual teoria do poder estatal supõe simultaneamente, a desigualdade natural dos grupos sociais, seu antagonismo subversivo e sua “decadência original”, isto é, sua impossibilidade de agir por si mesmo como pessoa real e autônoma.

função a força social emanando do povo, mas voltada contra o povo; é um instrumento da força pública para impor a paz social e tornar tiranas as liberdades coletivas¹¹⁰.

O modelo de Estado moderno associado às realidades da sociedade contemporânea passa por transformações, nas quais as quebras de paradigmas, sobretudo quanto ao Direito, são impactantes. O que se deve, em parte, pela deficiência do modelo monista estatal de controle administrativo, legislativo e jurídico, que não condiz aos reclames sociais.

Dessa forma, frente a este contexto de transformações, conflitos e até mesmo certa instabilidade, abre-se espaço a discussões sobre as dinamizações sociais que ela seguirá, posto que o Estado, o Direito e a própria sociedade assumem papéis de comando frente a essas realidades.

Ocorre que o Estado com seu poder efetivo de coerção impede, ou tenta impedir que manifestações contrárias a sua ordem se sobressaia.

Assim, observa Wolkmer (1997, p. 256) que quanto maior for o poder de intervenção, dirigismo e responsabilidade administrativa estatal, maior será sua necessidade de criar “mitos-fundantes” para proteger e justificar sua onisciência frente a outras instâncias sociais¹¹¹.

A crise da sociedade contemporânea e, sobretudo, do Direito e da dogmática jurídica é gerada por diversos fatores, dentre ele, destaca-se o descumprimento do papel do Estado frente à coletividade, à falta de tutela dos interesses individuais e coletivos, à ineficiência do poder judiciário, ao descaso com os direitos de grande parte da população, além da aceitação de um sistema social de marginalização e exclusão da maioria, com distribuição de renda irregular que privilegia uma minoria, fatores favorecidos pelo enraizamento das concepções

¹¹⁰ BANCAL (1984, p.175) narra que a propriedade capitalista se revela como um despotismo, quer dizer, uma usurpação da força coletiva – despotismo que se manifesta economicamente como um monopólio, juridicamente como um direito de usar e abusar, filosoficamente como uma negação da liberdade da sociedade pluralista. Em suas conseqüências sociais a propriedade capitalista aparece como um roubo, quer dizer, uma usurpação da produção social – roubo que se manifesta economicamente como um capital, juridicamente como um direito de aubaine (ou direito de produzir sem trabalhar), filosoficamente como uma negação da igualdade dos elementos sociais que constituem a sociedade pluralista.

¹¹¹ Explica ainda que “todo este esforço para centralizar a “regulamentação” da vida social incidirá em funções clássicas (polícia, justiça e defesa) que serão canalizadas em procedimentos formais de cunho legislativo, administrativo e jurisdicional”. Mesmo com todos estes aparatos, não se consegue erradicar e inviabilizar os fenômenos de regulamentação informal provenientes de outros grupos sociais não estatais. (WOLKMER, 1997, p. 256).

positivistas em seu sistema sócio-jurídico.

A sociedade gira em torno de forças e dentre as principais, está a força do capitalismo, que exerce posição de comando em razão de seu poderio econômico, que por sua vez lhe garante a manipulação da força de trabalho, da economia e a ditadora de muitas ações governamentais. Assim, pode-se ver o capitalismo como o combustível mascarado, mas impulsionador da sociedade.

Assim, o modelo de produção capitalista assume papel de comando nas diretrizes sociais e as mudanças que o mesmo vem gerando, acabam por criar impasses entre as normas positivadas pelo Estado, posto que estas normas não se coadunam com a internacionalização do capital.

Nesse sentido, Faria (1998, p. 15) manifesta que o cenário de contradições e crises da sociedade capitalista, reflete-se no colapso do individualismo jurídico, no esvaziamento de uma concepção burguesa de direito edificada em torno da noção de direito subjetivo e na superação das forças analíticas dos esquemas teóricos da dogmática jurídica¹¹². Com isso, as formas coletivas de conflito entre grupos e classes sociais foram alterando os conceitos básicos do Direito, que conseqüentemente foram perdendo sua operabilidade.

O Estado moderno, por meio das classes que o dominam e respondendo aos ditames do capitalismo, cumpre com êxito seu papel onipotente de ditador das normas sociais, criando não só mitos, mas também empregando a força, por meio de seu poder de coerção, contra aqueles que se insurgem contrários a seus mitos ou contra aqueles que o dominam.

Esta conjuntura é corroborada pela influência dos atuais condutores da sociedade contemporânea, positivista, monista, individualista e capitalista na medida em que ao assumir a posição de comando, mantém o "*statu quo ante*", o que se deve também, como reflexo do produto histórico da força da propriedade privada e do capital sobre a coletividade e as dinâmicas sociais.

Todavia, a globalização, a informatização, a internet, os meios de comunicação com a divulgação de informações quase que instantânea a nível

¹¹² Segundo FARIA (1998, p.21), o paradigma da dogmática jurídica nesta acepção implica a crença em certos valores gerais, derivados da vigência de uma ordem jurídica de conotação liberal e da legitimidade de um saber científico reduzido aos limites da descrição empírica. Em termos históricos, a transição dos antigos para os novos paradigmas da dogmática jurídica foi deflagrada pela emergência do modo capitalista de produção, isto é, pela substituição do capitalismo concorrencial pelo capitalismo monopolista e foi acelerada pela institucionalização de novas formas organizacionais no âmbito do Estado liberal.

global, a disseminação das formas de conhecimento, os avanços da ciência, em fim, os avanços da humanidade estão em choque com o modelo ultrapassado de Estado moderno, que buscam o enriquecimento e a manutenção do poder nas mãos de uma minoria.

Entretanto, os movimentos voltados à prevalência dos direitos coletivos em desfavor dos direitos puramente individuais sobressaem e percebe-se que na sociedade contemporânea o paradigma do individualismo vem sendo questionado a ponto de poder se verificar em certas situações a prevalência do interesse coletivo em detrimento deste.

Os Blocos Regionais, tal como o MERCOSUL, a ALCA, a União Européia (EU) e as parcerias independentes, tal como BRICS e G-3, o reconhecimento da necessidade de preservação ambiental e a luta pela diversidade cultural são realidades do Estado Moderno e também vêm transformando suas bases, trazendo reflexos quanto a pontos centrais das concepções do Estado e do capitalismo, tal como quanto a soberania, língua, moeda, relações internacionais, comerciais, trabalho, dentre tantos outros aspectos que estão mudando a realidade social.

Não se sabe quais serão as conseqüências finais advindas com essas mudanças trazidas por esses blocos e parcerias que associados a todos os demais elementos e acontecimentos sociais, estão transformando a sociedade; porém, sabe-se que esses fatos estão alterando o cenário do Estado moderno, podendo-se aceitar o presente momento, como de transição entre o modernismo para o pós-modernismo

Dessa forma, a sociedade do século XXI, hoje globalizada e vinculada a seus avanços tecnológicos, culturais e sociais, deve enfrentar suas realidades e buscar respostas as mesmas, de modo que seus dogmas sejam refletidos e transformados.

Tal tarefa não será fácil, as diferenças culturais, econômicas e sociais certamente funcionam como entrave às soluções dos problemas da sociedade contemporânea; entretanto, esses obstáculos não devem ser vistos como negativos, posto que a multiculturalidade com suas múltiplas facetas traz resultados positivos e capazes de evitar o processo de homogeneidade às culturas e à humanidade de um modo geral, assunto do qual se discorrerá a seguir.

3.4 AS MINORIAS VERSUS O PROJETO DE HOMOGENEIZAÇÃO CULTURAL

Neste tópico, trar-se-ão sobre alguns aspectos de destaque sobre as minorias, no intuito de demonstrar que elas vêm sofrendo um processo contínuo de aniquilamento e homogeneização cultural, provocado em grande parte pelo modelo de produção capitalista que exige sujeitos culturalmente idênticos, com as mesmas necessidades e disposições para vender sua força de trabalho e ingressar nesse sistema encoberto pela alienação quanto a suas reais intenções expropriantes, sejam econômicas ou culturais.

Inicialmente, cabe trazer algumas concepções sobre o tema da Identidade, que segundo (MUNANGA, 1994:177-178), representa:

“a identidade é uma realidade sempre presente em todas as sociedades humanas. Qualquer grupo humano, através do seu sistema axiológico sempre selecionou alguns aspectos pertinentes de sua cultura para definir-se em contraposição ao alheio. A definição de si (autodefinição) e a definição dos outros (identidade atribuída) têm funções conhecidas: a defesa da unidade do grupo, a proteção do território contra inimigos externos, as manipulações ideológicas por interesses econômicos, políticos, psicológicos, etc.”

Por sua vez, Castells (2000, p. 24) observa que as identidades “constituem fontes de significado para os próprios atores, por eles originadas, e constituídas por meio de um processo de individuação”, o que torna toda e qualquer identidade resultante de uma construção, que tem como objetivo organizar significados que se mantenham ao longo do tempo, em um determinado espaço e em um contexto social e político fortemente marcado por relações de poder. Por isso, Castells propõe a seguinte distinção entre os processos de construção de identidades:

“Identidade legitimadora: introduzida pelas instituições dominantes da sociedade no intuito de expandir e racionalizar sua dominação em relação aos atores sociais; Identidade de resistência: criada por atores que se encontram em posições/ condições desvalorizadas e/ou estigmatizadas pela lógica da dominação, construindo, assim, trincheiras de resistência e sobrevivência com base em princípios diferentes dos que permeiam as instituições da sociedade, ou mesmo opostos a estes últimos; Identidade de projeto: quando os atores sociais, utilizando-se de qualquer tipo de material cultural ao seu alcance, constroem uma nova identidade capaz de redefinir sua posição na sociedade e, ao fazê-lo, de buscar a transformação de toda a estrutura social”.

Identidade tem relação com individualidade, referência em torno da qual o indivíduo se constrói, com concretude, não uma abstração ou mera representação, do indivíduo articulando-se com uma vida concreta, vivida por um personagem concreto, alicerce de uma sociedade igualmente concreta e constituída por vidas vividas com temporalidade, transformam-se ao longo do tempo, com socialidade, só pode existir em um contexto social com historicidade, vista como configuração localizada historicamente inserida dentro de um projeto e que permite ao indivíduo alcançar um sentido de autoria na sua forma particular de existir (FERREIRA, 2000 p. 21).

A identidade é o elemento que integra pessoas de uma comunidade, é o fator que faz com elas sintam-se pertencentes ao mesmo grupo, sendo assim, é um componente integrador. A identidade está presente nas comunidades tradicionais em razão de valores culturais, sociais, políticos, econômicos, dentre outros elementos que façam pessoas se sentirem integrantes de um mesmo grupo ou comunidade.

Uma etnia ou grupo étnico representa uma comunidade humana definida por afinidades lingüísticas, culturais e genéticas. Estas comunidades comumente reclamam para si uma estrutura social, política e um território. Etnia se usa às vezes erroneamente como um eufemismo para raça, ou como um sinônimo para grupo minoritário.

Tem-se que os membros de grupos étnicos costumam conceber a sua identidade como algo que está fora da história do estado-nação, quer como alternativa histórica, quer em termos não-históricos, quer em termos de uma ligação a outro estado-nação. Esta identidade expressa-se muitas vezes por meio de tradições.

Vale destacar que a raça é um conceito que tem sido associado ao de etnia. Porém, etnia compreende os fatores culturais (nacionalidade, afiliação tribal, religiosa, língua ou tradições) e biológicos de um grupo humano, enquanto a raça especificamente refere-se aos fatores morfológicos distintivos desses grupos humanos (cor de pele, compleição física, estatura, traço faciais) desenvolvidos em seu processo de adaptação a determinado espaço geográfico e ecossistema (clima, altitude, flora, fauna) ao largo de várias gerações.

Contudo, destaca-se que tanto a raça quanto a etnia podem ser

características atribuídas às sociedades tradicionais.

Observa-se que na atualidade a força do poder econômico, ou seja, do capital, busca homogeneizar o ser humano, isto é, tornar todos iguais. Contudo, a própria sociedade civil e as algumas organizações internacionais vêm lutando na contra mão deste processo de homogeneização. Desta forma serão trazidas algumas ponderações sobre esta realidade, além da apresentação de algumas ponderações sobre os povos indígenas e os quilombolas, o que se fará em tópicos específicos.

Inicialmente, cabe ressaltar que as minorias representam grupos humanos arraigados em certas regiões, caracterizadas e distintas das demais, pelas peculiaridades de sua cultura, modo de produzir, trabalhar, pelos seus usos e costumes, religiosidade, família, formas de expressão e comunicação, enfim, por seu modo de viver diferenciado.

No Brasil, as minorais são formadas principalmente pelos indígenas, comunidades quilombolas, ribeirinhos, caiçaras, comunidades descendentes de imigrantes, fundos de pastos (pequenos produtores que vivem de pecuária em áreas coletivas), grupos de terreiros, comunidades extrativistas, pescadores artesanais, marisqueiros e ciganos.

Pelos exemplos citados acima, tem-se que as minorias representam segmentos diversos, desde os mais conhecidos, como indígenas e quilombolas, até os de menor expressão, como os faxinais (que vivem no Paraná, plantam mate e criam porcos) e os pomeranos (etnia européia que vive no Espírito Santo).

As minorias são constituídas por grupo de pessoas que na maioria das vezes reside em lugares afastados e sem acesso às políticas governamentais, o que os torna mais suscetíveis à miserabilidade. Visto que sobrevivem com o esforço de seu trabalho, na tentativa de retirar o sustento da natureza.

Zippelius (1997, p. 101) reconhece uma tendência de opressão em desfavor das minorias, principalmente em função de alguns valores democráticos que primam pelo interesse da maioria.

Tais minorias por vezes buscam a valorização e o reconhecimento de sua identidade, o se deve aos mesmos em razão do devido respeito a diversidade cultural e busca da solidariedade entre os povos, movidos pela conscientização da impossibilidade da unicidade do gênero humano e o reconhecimento da

necessidade do desenvolvimento e intercâmbios culturais.

Por mais que os processos de globalização desafiem a preservação e a promoção da diversidade é fundamental o respeito e procura do convívio harmonioso entre as diferentes identidades culturais, promovendo-se o diálogo e intercâmbios entre as culturas. Com o respeito a eventuais diferenças entre os indivíduos e grupos humanos, conferindo-lhes condição da cidadania.

As sociedades empenham-se em fazer leis que proíbam e reprimam ações discriminatórias contra as minorias, contudo, tais normas jurídicas vêm se mostrando pouco efetivas, o que se deve em grande parte porque apenas a legislação positivada não é suficiente para produzir mudanças culturais, não bastando a repressão. Provavelmente trabalhos preventivos voltados à educação contra a discriminação trariam resultados mais eficazes.

Alonso (2005, p. 81) observa que nos últimos anos os povos indígenas, as comunidades afro-americanas e os grupos étnicos ganharam relevo enquanto sujeitos de múltiplos reconhecimentos normativos, tanto por sua luta por território, como pelo respeito a suas diferenças. Mas destaca que a lógica dominante provoca distorções do esforço coletivo e aniquila os espaços de regulamentação.

A questão das minorias não revela o interesse das majorias e como tal, não é assunto tido como relevante no cenário mundial e ainda há o fato de que regulamentações jurídicas por si só não resolverão o impasse entre os nacionais e as minorias; a questão deve envolver uma diversidade de aspectos além do jurídico, tal como social e político.

No Brasil, a legislação prega a progressiva integração das minorias, mas há forças contrárias ligadas à cultura capitalista ocidental que buscam a homogeneização destes aos seus parâmetros culturais, fazendo parecer que a cultura das minorias seria mero folclore.

O Brasil criou uma Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, em dezembro de 2004. Esta comissão é composta por representantes do Governo Federal e também por 15 comunidades tradicionais, quais sejam, faxinais, fundo de pasto, geraizeiros, pantaneiros, caiçaras, ribeirinhos, seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco de babaçu, ciganos, comunidades de terreiros, pomeranos, sertanejos e agroextrativistas¹¹³.

¹¹³ Informações disponibilizadas no site <http://www.mds.gov.br>. Acesso em 10/02/09.

O governo federal possui programas públicos voltados às comunidades tradicionais, a exemplo cita-se o desenvolvimento do programa de Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, que pretende estabelecer diretrizes para o acesso aos bens naturais, infra-estrutura, inclusão social e fomento à produção sustentável, por meio de ações dirigidas a políticas de melhoria do acesso a escolas, postos de saúde, projetos que diminuam o impacto de grandes empreendimentos nos territórios tradicionais, políticas de inclusão social, de reconhecimento da cidadania e incentivo a atividades relacionadas a pesca, extrativismo de ervas e plantas, lavoura e outros produtos comuns a essas populações¹¹⁴.

Tais projetos governamentais são devidos em razão de princípios constitucionais, tais como o contido no artigo 3º da CF/88, que entrelaça os objetivos fundamentais da união a uma atuação efetiva do Poder Público para sua consecução, o que se dará por meio de políticas que tornem efetivos os direitos, inclusive dos povos tradicionais. O art. 215 também da Constituição prescreve ao Estado a garantia do pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, como apoio, incentivo, valorização e difusão das manifestações culturais.

Desta forma, percebesse certa preocupação do Estado em oferecer guarida aos direitos das minorias, o que deve também em respeito ao seu ordenamento jurídico e também porque o direito à diferença e à construção individual e coletiva de identidades por meio das expressões culturais é elemento fundamental para a promoção de uma cultura de paz.

Os direitos à cultura e à tradição dos povos são defendidos não apenas no âmbito interno do país, mas podem também ser salvaguardados pelos direitos humanos e pela comunidade internacional.

Os direitos culturais integram os direitos humanos, tal como se conclui pela prescrição contida no art. 5º da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, que delinea os direitos culturais como parte integrante dos direitos humanos. A Declaração prega já em seu artigo 1º que a diversidade cultural constitui patrimônio comum da humanidade, devendo ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.

¹¹⁴ Informações disponibilizadas no site <http://www.mds.gov.br>. Acesso em 10/02/09.

Tal declaração ainda ordena que os indivíduos e grupos tenham garantidas condições para criação e difusão de suas expressões culturais, além do direito à educação e à formação de qualidade com respeito a sua identidade cultural, com direito de participar da vida cultural de sua preferência, além de exercer e fruir de suas próprias práticas culturais, desde que respeitados os limites dos direitos humanos.

Dentre as disposições legais internacionais criadas em favor das minorias, ZIPPELIUS (1997, p. 102) cita o artigo 1º, alínea 2ª da Ata do Congresso de Viena de 9 de junho de 1815, por meio do qual se convencionou em favor das minorias polacas na Prússia, Áustria e Rússia. O § 188 da Constituição da Igreja de Paulo¹¹⁵ de 28 de março de 1849, que nunca entrou em vigor. O art. 113 do Reich de Weimar¹¹⁶ e mais recentemente o art. 27º do Pacto sobre os Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966, que garante proteção aos direitos individuais, mas não autonomia política.

Em razão da tendência ao isolamento de certos grupos minoritários, que de alguma forma não compõem a dita maioria de um Estado, chamados de nacionais, surgem novos atores sociais, tal como a sociedade civil nacional ou internacional, as organizações governamentais e não governamentais; enfim, instituições que ao cumprir seus objetivos desempenham papel de grande relevância na luta pelos interesses que permeiam a humanidade como um todo e que podem influir nas decisões dos Estados e de seus órgãos.

O capitalismo é devastador as culturas tradicionais, porque impõe seu modelo de produção, economia e consumismo desenfreados, os quais são apresentados como indispensável ao desenvolvimento local e à integração. Contudo, sua presença acaba interrompendo o modelo de desenvolvimento, a rotina, a vivência dessas populações, na busca da descaracterização dos mesmos enquanto culturas diferenciadas. E sendo assim, sofrem pressões contínuas do Estado e da própria sociedade, para que assumam a cultura estatal capitalista, que

¹¹⁵ Tal artigo dispunha que “as etnias da Alemanha, de expressão não-alemãs, é garantido o desenvolvimento da sua cultura popular, nomeadamente a equiparação dos seus idiomas em toda a extensão dos respectivos territórios, no âmbito da igreja, do ensino, da administração interna e da justiça” (ZEPPELIUS, 1997, p. 102).

¹¹⁶ Este artigo dispõe que: “Os grupos populacionais do Reich de língua estrangeira não devem ser prejudicados, pela legislação e pela administração, no livre desenvolvimento da sua cultura popular, particularmente na prática da sua língua materna no ensino, bem como na administração interna e na justiça” (ZEPPELIUS, 1997, p. 102).

lhes é alienígena, em detrimento de sua própria tradição.

Souza Filho (2003, p. 108) reconhece na globalização outro fator negativo às minorias étnicas, porque este tenta “(...) integrá-los não mais como cidadãos, mas como consumidores ou fornecedores de conhecimento”.

Tais fatores quando somados à influência estatal e também dos nacionais acabam piorando o contexto dessas comunidades, de modo que a atuação e interferência estatal lhes trazem conseqüências drásticas, a exemplo cita-se o choque dos usos e costumes destas populações com as leis ambientais do Estado, que lhes impede o desenvolvimento da forma tradicional, como conhecem e exercem a gerações.

Tal fato é muito grave, visto que se tais comunidades fiquem impossibilitadas de retirar o sustento da natureza, não vão ter sequer condições de sobrevivência.

Essa realidade faz com que as comunidades ora em questão tenham de buscar modos de sobrevivência junto aos nacionais, o que lhes obriga de certo modo, a serem inseridos no modo de produção capitalista, que lhes irá explorar ao extremo, inclusive por não ser uma força de trabalho especializada.

Ou ainda, irá se apropriar de seus conhecimentos indevidamente. O que ocorre em grande medida em razão da força do poder econômico, principalmente das indústrias farmacêuticas, de cosmético e alimentícias, que se apropriam das informações desenvolvidas ao longo dos tempos, pelo senso comum dessas comunidades, sem qualquer contraprestação a eles.

Diante dessa realidade, vão-se criando formas de homogeneizar as culturas diferentes, para que todas tenham as mesmas características, seja de trabalho, informação, cultura, alimentação, vestuário, dentre tantas outras que façam com que todos tenham as mesmas necessidades, principalmente de consumo e assim, possa o capitalismo se manter, por meio de uma mascarada escravização das pessoas pelo trabalho a troco de um salário miserável, que irão gastar nos produtos oferecidos pelo capitalismo, os quais enganosamente se fizeram parecer indispensáveis à vida humana e comercializados por um valor muito superior do que realmente valem.

Contra este sistema cíclico no qual o indivíduo se torna vetor propulsor do fortalecimento do capitalismo, ao lhes entregar sua força de trabalho em troca de

produtos na grande maioria das vezes dispensáveis e supervalorizados, devem as forças sociais, principalmente aquelas que estão fora deste sistema e que se desenvolvem em modelos diferentes, mais justos e voltados aos interesses da coletividade, insurgir-se e não se deixar enganar.

Assim, os projetos de homogeneização de culturas devem ser atentamente observados e prevenidos, perdendo sua razão, mostrando-se inúteis a tais finalidades. E para tanto, as culturas podem se apropriar dos direitos locais nacionais e também dos direitos emanados pela comunidade internacional para que lhes seja garantido o direito à diferença.

Isso se deve porque a miscigenação de culturas e saberes engrandece a humanidade, tornando-a mais preparada para as diferentes situações que lhes são apresentadas, fortalecendo então o desenvolvimento multicultural.

Contudo, é relevante a observação de Souza Filho (2003, p. 108), o qual descreve que “(...) as minorias, os excluídos, as populações locais organicamente estruturadas, os esquecidos, os anteriores, os distantes, os que não têm capital, precisam de um Estado forte que os proteja dos direitos individuais”.

Para o autor, tais direitos devem ser protegidos contra os proprietários dos capitais e dos poderes globais e efetivados pelo Estado, que deve primar pela lógica dos povos em detrimento da lógica do capital.

A seguir, serão apresentados alguns pontos de interesse sobre os indígenas e os quilombolas no Brasil, a título de ilustração e complementação das afirmações ora apresentadas e também porque tais comunidades representam populações tradicionais de evidência no país.

3.4.1 A Atuação do Estado em Direção ao Respeito aos Povos Indígenas no Brasil

Primeiramente, destaca-se que nesta pesquisa a questão indígena será voltada a alguns aspectos das populações indígenas do Brasil e sobre a atuação do Estado em favor destes.

A população indígena brasileiro vem sofrendo um processo de extinção

desde a época do descobrimento do Brasil, sendo-lhe renegada a condição de ser humano, fato iniciado com a chegada dos colonizadores, que empregaram todas as formas de crueldades e desrespeitos aos índios, que mesmo diante de muita resistência vêm sendo obrigados a aderir aos usos e costumes, a forma de trabalho, aos mandos e desmandos dos descobridores e agora dos nacionais, com total desprezo a suas raízes.

Maliska (2000, p. 24) narra que a estrutura burocrática portuguesa ao se instalar no Brasil devastou as estruturas particulares existentes, o que se deu principalmente com os índios, que tiveram seus costumes e tradições esmagados. Descreve que nos dias atuais, passados mais de 500 anos, os desrespeitos e a opressão permanecem vivos; observa que pelas terras indígenas criam estradas, hidroelétricas, exploram metais preciosos, extraem madeiras, dentre tantas outras explorações.

Souza Filho (1998, p. 37 e 38), em análise à demografia indígena no Brasil, expõe que o Centro Ecumênico de Divulgação (CEDI) acusou em 1991 a existência de 506 territórios indígenas; deste total, 417 oficialmente reconhecidos, ainda que os índios representavam à época um total de 236 mil pessoas. Menciona que no ano de 1996 o mesmo centro divulgou a existência de 206 povos diferentes.

O autor ainda leciona que houve um aniquilamento físico às populações indígenas desde o descobrimento, sendo hoje quase impossível saber quantos eram¹¹⁷. Contudo, narra que a rica diversidade que restou revela pequena amostra do que existia, além de indicar a resistência e opressão causadas aos índios. Expõe o doutrinador que “(...) a riquíssima diversidade cultural dos índios no Brasil não foi ainda entendida pela sociedade brasileira. O próprio termo índio, genérico, insinua que todos estes povos são iguais¹¹⁸”.

O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) divulgou no censo demográfico do ano de 2000 que a população indígena no país é de 734.127 habitantes deste total; descreve que 383.298 aborígenes sobrevivem em área

¹¹⁷ Quanto ao número total de habitantes indígenas que havia no Brasil quando do descobrimento, mesmo não sendo possível descobrir quantos eram ao certo, Rosane Lacerda estimou no relatório da Justiça Global de 2000 que a população indígena àquela época deveria girar em torno de cinco milhões de habitantes. Relatório disponível no site: www.global.org.br), consultado em 10/12/08, as 20:00 h.

¹¹⁸ SOUZA FILHO, 1998, p. 38.

urbana e que 350.829 habitantes sobrevivem na zona rural¹¹⁹.

Este censo demográfico elaborado pelo IBGE em 2000 separa a quantidade de população indígena existente nos diferentes Estados do país, do que se verifica que a maioria dos índios brasileiros e a maior diversidade de etnias estão no Amazonas. Os dados de tal censo são: a população indígena total no Acre é de 9.868 habitantes divididos em quatorze etnias. Em Alagoas são 5.993 índios em sete etnias. No Amapá são 4.950 indígenas repartidos em seis etnias. No Amazonas são 83.966 índios distribuídos em sessenta e seis etnias. Na Bahia são 16.715 indígenas sobrevivendo em quinze etnias. No Ceará são 5.365 índios em nove etnias. No Espírito Santo são 1.700 repartidos em duas etnias. Em Goiás vivem apenas 346 índios em três etnias. No Maranhão são 18.371 índios em seis etnias. No Mato Grosso são 25.123 em quarenta e duas etnias. No Mato Grosso do Sul são 32.519 divididos entre nove etnias. Em Minas Gerais vivem 7.338 divididos nove etnias. No Pará são 20.185 índios repartidos entre trinta e quatro etnias. Na Paraíba existe apenas uma etnia com 7.575 indígenas. No Paraná há 10.375 indígenas repartidos em três etnias. Em Pernambuco são 23.256 índios em 8 etnias. No Rio de Janeiro são 330 guaranis. No Rio Grande do Sul são 13.448 em três etnias. Em Rondônia existem 6.314 índios em vinte e oito etnias. Em Roraima são 30.715 índios divididos em nove etnias. Em Santa Catarina são 5.651 em cinco etnias. Em São Paulo são 2.716 em sete etnias. Em Sergipe são 314 índios da etnia Xocó e em Tocantins são 7193 indígenas repartidos em 8 etnias¹²⁰.

No Brasil, a Fundação Nacional do Índio - FUNAI é o órgão do governo brasileiro que estabelece e executa a Política Indigenista no país, tendo como obrigação dar cumprimento aos ditames constitucionais em defesa dos índios.

O site oficial da FUNAI divulga que dentre os deveres que possui para com o indígena, estão a promoção da educação básica; a demarcação, asseguramento e proteção as terras por eles tradicionalmente ocupadas; o estímulo ao desenvolvimento de estudos e levantamentos sobre os grupos indígenas; a responsabilidade de defender as Comunidades Indígenas; despertar o interesse da sociedade nacional pelos índios e suas causas; gerir seu patrimônio e fiscalizar as suas terras; impedir as ações predatórias de garimpeiros, posseiros,

¹¹⁹ <http://www.ibge.gov.br>. Consulta realizada em 01/09/08 as 15:00 h.

¹²⁰ <http://www.ibge.gov.br>, Consulta realizada em 01/09/08 as 15:00 h.

madeireiros e quaisquer outras que possam ocorrer dentro dos limites das terras indígenas, além do dever de preservação desses povos¹²¹.

Como se observa, a FUNAI possui diversos deveres e obrigações para com as comunidades indígenas e também diante da sociedade nacional, ao ser o órgão estatal de maior representatividade frente aos indígenas. Contudo, assume também excessivo poder sobre essas comunidades, ao assumir o poder de gerenciamento e fiscalização sobre suas terras e seu patrimônio, fato que ora é visto como negativo, por retirar dos índios seu poder de autogestão, desenvolvimento e independência econômica.

A FUNAI analisa que os índios são considerados a partir de um conjunto de imagens e crenças amplamente disseminadas pelo senso comum, sendo vistos como primeiros ocupantes das terras, mas como parte do passado e, portanto, em processo de desaparecimento. Abre-se um parêntese para se afirmar que esta observação não pode ser assumida como verdadeira, inclusive pelos dados populacionais apresentados acima. Ainda destaca que as mudanças ocorridas em várias sociedades indígenas, como o fato de falarem português, vestirem roupas iguais às dos outros membros da sociedade nacional, utilizarem modernas tecnologias (como câmeras de vídeo, máquinas fotográficas e aparelhos de fax), não fazem com que percam sua identidade étnica ou deixem de ser indígenas¹²².

Para tal órgão, é necessário reconhecer e valorizar a identidade étnica de cada uma das sociedades indígenas, compreendendo suas línguas e suas formas tradicionais de organização social, de ocupação da terra e de uso dos recursos naturais, visto que isto representaria respeito pelos direitos coletivos, busca do convívio pacífico, por meio de um intercâmbio cultural, com as diferentes etnias¹²³.

Os índios buscam o reconhecimento de suas terras, com as devidas demarcações¹²⁴, respeito a suas culturas e tradição, educação, saúde,

¹²¹ O site oficial da FUNAI é: <http://www.funai.gov.br>. Os dados acima apresentados foram obtidos em consulta realizada em 08/09/08 as 10:00 h.

¹²² Explica que a diversidade cultural pode ser enfocada tanto sob o ponto de vista das diferenças existentes entre as sociedades indígenas e as não-indígenas, quanto sob o ponto de vista das diferenças entre as muitas sociedades indígenas que vivem no Brasil. Mas está sempre relacionada ao contato entre realidades socioculturais diferentes e à necessidade de convívio entre elas, especialmente num país pluriétnico, como é o caso do Brasil. Consulta realizada em 08/09/08, as 10:00 h, no site: www.funai.gov.br, consulta realizada em 08/09/08 as 10:00 h.

¹²³ <http://www.funai.gov.br>, consulta realizada em 08/09/08 as 10:00 h.

¹²⁴ No que tange às terras indígenas, o art. 67 da ADCT ordenou a demarcação de toda área indígena num prazo de 05 anos após a promulgação da Carta, o que não foi respeitado.

alimentação, enfim, integração e uma vida digna e com respeito a sua diferença.

Dentre a questão da demarcação das terras indígenas abre-se campo para discussões fervorosas, tal como ocorre temporaneamente com a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, que ainda é fato tumultuado¹²⁵.

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os direitos dos índios, no Título VIII, Capítulo VIII, art. 231, no qual reconhece a eles seus direitos originários sobre as terras tradicionais, sobre sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Também há proteção constitucional às manifestações da cultura indígena no § 1º do art. 215 da CF/88.

A CF/88 também reconheceu ao indígena por meio de seu art. 232 o direito de ser parte legítima na busca de soluções de conflitos nos quais esteja envolvido, junto ao Poder Judiciário estatal. Quanto à legitimidade e capacidade civil dos índios, o CC/02, diferentemente do CC/16, deixou de considerá-los relativamente incapazes, determinando o parágrafo primeiro do art. 4º que a capacidade dos índios deve ser regulada por legislação especial.

Conforme o art. 231 da CF/88 são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. O art. 231, § 1º, delimita o que são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, como aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. O § 2º do mesmo artigo afirma que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

¹²⁵ O Conselho Indígena de Roraima (CIR) descreve que o Brasil reparou parte de imensa dívida que tem com os povos indígenas, por meio da homologação de um Decreto em 15/04/05 pelo Presidente Inácio Lula da Silva, que reconheceu de forma contínua a área Raposa Serra do Sol, num total de 1.743.089 hectares para 164 aldeias, determinando a exclusão desta área da sede do Município de Uiramutã, o 6º Pelotão Especial de Fronteira, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias públicas federais e estaduais. Mas esta homologação não se deu sem muita luta, visto que há 30 anos os índios Macuxi, Wapichana, Ingarikó, Taurepang e patamona lutam por tal direito e em contrapartida vieram como protestos a homologação, diversas manifestações. O Governador do Estado à época, Sr. Ottomar Pinto chegou até mesmo a decretar luto oficial de sete dias em todo o Estado devido ao reconhecimento das terras indígenas. Estas Informações encontram-se expostas no site da CIR, no endereço eletrônico: www.org.br e foram consultadas em 12/01/09, as 21: 00 h.

Retornando ao art. 231 e seguintes da CF/88, há que se ressaltar que o mesmo poderia ter trazido maior autonomia às populações indígenas, mas não o fez. Em verdade, acabou limitando seu desenvolvimento, ao garantir-lhes apenas a posse permanente de suas terras, tornando-as inalienáveis e indisponíveis, cabendo-lhes somente o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos, excluídas as explorações das riquezas minerais e o aproveitamento dos recursos hídricos¹²⁶.

Assim, a Constituição Federal, lei maior no país, deixou de trazer maiores benefícios às comunidades indígenas, restringindo-lhes seu desenvolvimento e autonomia, inclusive quando encarrega a União da função de proteger os bens dos índios.

O Ministério da Cultura, por meio da Secretaria da Identidade e da Diversidade Cultural (SID), instituiu no ano de 2005 um Grupo de Trabalho, pela Portaria MINC nº 062, publicada no DOU, em 19 de abril de 2005, com a finalidade de indicar políticas públicas para as culturas indígenas, integrado por representantes das seguintes organizações indígenas e instituições, dentre eles, a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) que participou da elaboração do relatório final, apresentado no ano de 2006, em que ficaram estabelecidos quatro eixos temáticos fundamentais, norteadores dos trabalhos, sendo eles 1) Fortalecer as manifestações culturais indígenas; 2) Lutar contra o preconceito e promover campanhas de divulgação e valorização das culturas indígenas; 3) Romper com a marginalização dos povos indígenas em relação ao acesso aos bens culturais do país e 4) Elaborar uma política cultural indígena em parceria com os povos indígenas.

A questão da propriedade das terras indígenas veio à tona no país com a situação da demarcação das terras indígenas Raposa-Serra do Sol, localizada em Roraima, por trazer grande polêmica nacional, com manifestações favoráveis e contrárias. O processo oficial de reconhecimento dessa terra indígena se arrasta há décadas, a demarcada ocorreu pelo Ministério da Justiça, através da Portaria nº 820/98, a qual foi posteriormente modificada pela Portaria nº 534/2005. Contudo, administrativamente foi concluída em 2005, com edição do Decreto presidencial em

¹²⁶ Conclusão apresentada pela Funai, no site: www.org.br e foram consultadas em 12/01/09, às 21:00 h.

15/04/09. O ISA (Instituto Socioambiental)¹²⁷ publicou um dossiê que contém documentos, mapas, artigos assinados e notícias sobre o tema¹²⁸.

A área foi formalmente identificada pela Funai em 1993, com a publicação no Diário Oficial da União (DOU) do seu memorial descritivo com as coordenadas geográficas do perímetro proposto para demarcação, que privilegiou limites naturais e excluiu a cidade de Normandia e as terras no seu entorno. Nos doze anos seguintes até a sua homologação, fortes pressões políticas retardaram o processo administrativo e promoveram a invasão de garimpeiros, criadores de gado, arroteiros, a criação de mais um município dentro da área e a divisão entre lideranças e comunidades indígenas locais¹²⁹.

A situação parecia estar resolvida, quando uma operação policial para a retirada de arroteiros ocupantes de parte da área foi objeto de reação violenta e acabou suspensa por decisão liminar do STF, em abril de 2008. Destacasse que nesta data o governo de Roraima entrou com uma representação no Supremo Tribunal Federal (STF), reivindicando a suspensão da ordem de desocupação dos arroteiros, a qual foi acatada por unanimidade de votos pelo Supremo, que suspendeu todos os procedimentos até julgamento de todos os processos relativos à homologação das terras indígenas. E sendo assim, continua a demarcação destas terras sem uma solução.

Os tratados internacionais de direitos humanos pertinentes a assuntos indígenas são representados pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos; a Convenção para a Eliminação da Discriminação Racial; a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho; Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e a Convenção da Diversidade Biológica, dos quais o Brasil é signatário, reafirmam direitos indígenas fundamentais de caráter individual e coletivo para

¹²⁷ O ISA é uma associação sem fins lucrativos, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), desde 21 de setembro de 2001. Fundado em 22 de abril de 1994, incorporou o patrimônio material e imaterial de 15 anos de experiência do Programa Povos Indígenas no Brasil do Centro Ecumênico de Documentação e Informação (PIB/CEDI) e o Núcleo de Direitos Indígenas (NDI) de Brasília. Possui a difícil missão de propor soluções de maneira integrada a questões sociais e ambientais, tendo com objetivo principal defender bens e direitos sociais, coletivos e difusos relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos.

¹²⁸ A cópia integral deste dossiê encontra-se no endereço eletrônico do ISA: www.socioambiental.org.

¹²⁹ www.socioambiental.org. Consulta realizada em 21/03/09.

serem observados e respeitados por todos os países que os tenham aceitado.

A Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas foi adotada pela Assembléia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007. É um documento que não estabelece novos direitos, mas reconhece e afirma direitos fundamentais universais no contexto das culturas, realidades e necessidades indígenas. A Declaração constitui um instrumento internacional importante de direitos humanos em relação a povos indígenas porque contribui para a conscientização sobre a opressão histórica perpetrada contra os povos indígenas, além de promover a tolerância, a compreensão e as boas relações entre os povos indígenas e os demais segmentos da sociedade¹³⁰.

A Declaração é o reflexo do consenso internacional cada vez mais avançado sobre direitos indígenas. A adoção da Declaração consagrou o início da nova era de direitos humanos em questões indígenas.

O tratamento do caso, frequentemente, tem ignorado os próprios índios. Embora sejam quase vinte mil naquela área, de distintos povos, falando suas próprias línguas, agrupados em quase duzentas aldeias e organizados em entidades próprias, os índios são reduzidos a peças de tabuleiro, ou simplesmente desaparecem da história, substituindo-se os seus direitos e anseios por supostos interesses de terceiros.

Para ser aplicada no Brasil a Declaração não precisa se tornar lei, nem ser ratificada pelo Congresso Nacional porque o Brasil já se manifestou favorável à Declaração na Assembléia da ONU. Apesar de não ser um instrumento juridicamente vinculante, a Declaração da ONU serve para estabelecer diretrizes para as políticas e legislações nacionais que dizem respeito aos povos indígenas. As declarações da ONU não são obrigatórias; no entanto, elas representam o desenvolvimento dinâmico de normas legais internacionais e refletem o comprometimento dos Estados a se moverem em certas direções, regidos por alguns princípios.

O desafio que se põe com a aprovação da Declaração é a implementação dos direitos ali estabelecidos, para fazer valer o respeito aos povos indígenas, suas vidas, culturas e formas de organização. Para tanto, os Estados devem engajar-se em mais freqüentes e significativas consultas com os povos indígenas no que diz

¹³⁰ unesdoc.unesco.org/images. Consulta realizada em 18/03/09.

respeito às políticas e leis que afetam suas vidas. Os Estados devem adotar legislação e medidas para garantir direitos básicos e para combater a discriminação e o racismo. A sociedade civil tem como desafio conhecer a Declaração, participar e cobrar sua implementação.

3.4.2 A Atuação do Estado em Direção ao Respeito às Populações Quilombolas no Brasil

Os quilombos surgiram no Brasil no período colonial, como forma de resistência dos africanos a escravidão e aos maus tratos que lhes eram impostos por brasileiros e portugueses, consistindo em centros receptores de negros fugidos da servidão e representou a luta de um povo contra sua opressão¹³¹.

Maliska (2000, p. 24) descreve que os negros fugidos de seus senhores formaram os quilombos, que passaram a representar verdadeiras organizações sociais, com direito próprio, sendo constituídos por normas emanadas da própria comunidade local, todavia divergentes do direito estatal, já que representavam o fruto da fuga dos negros e por tal, uma situação ilegal.

Lopes, Siqueira e Nascimento (1987, p. 28) avaliam o quilombo como “um conceito próprio dos africanos bantos que vem sendo modificado através dos séculos. (...) Quer dizer acampamento guerreiro na floresta, sendo entendido ainda em Angola como divisão administrativa¹³²”.

Os negros que passaram a compor os quilombos foram chamados de quilombolas e gradativamente passaram a construir sua identidade por meio da

¹³¹ MOURA (1981, p. 14) destaca o quilombo como a unidade básica de resistência do escravo, mas observa que esta não foi a única das formas de resistência, havendo outras tais como “(...) o assassinio dos senhores, dos feitores, dos capitães-de-mato, o suicídio, as fugas individuais, as guerrilhas e as insurreições urbanas se alastraram por todo o período”.

¹³² LOPES, SIQUEIRA e NASCIMENTO (1987, p. 15) reconhecem que há na tradição popular brasileira diversas variações ao significado da palavra quilombo, que pode ser associado a um lugar (quilombo era um estabelecimento singular), a um povo que vive neste lugar (as várias etnias que o compõem), as manifestações populares, (festas de rua), ao local de uma prática condenada pela sociedade (lugar público onde se instala uma casa de prostitutas), a um conflito (uma grande confusão), a uma relação social (uma união), ou ainda a um sistema econômico (localização fronteira, com relevo e condições climáticas comuns na maioria dos casos).

diferenciação étnico-racial e cultural que neste local implantavam¹³³.

Assim, os quilombos foram se transformando em unidades políticas que se mantinham com independência, em locais afastados, por vezes escondidos, inicialmente em função de necessidade, pela situação de fugitivos e posteriormente como consequência da segregação social que lhes foi imposta ou por sua falta de interesse na inclusão.

Portanto, os quilombolas passaram a fazer parte da formação social do país e, hoje, há preocupações sociais para com eles, tanto por parte do Estado que vem tomando medidas afirmativas, no sentido de lhes resguardar direitos, como por parte da sociedade civil, que atua com associações de moradores, entidades de movimentos negros, ONG's, instituições religiosas, universidades, dentre outras instituições.

No entanto, SODRÉ (1988, p. 55) ressalta a importância de não se expor e igualar os quilombolas a uma peça do folclore nacional, com “um etnicismo que produz a turistização das diferenças, a qual exige das culturas uma “autenticidade”, uma espécie de “alma popular”, para melhor consumi-las”. Propagando-se assim, a manutenção do princípio da identidade das diferenças, em que o outro é positivamente avaliado, o que caracteriza uma forma mais sutil de discriminação, como ensina o autor, porque “o discriminado se obriga a conviver com um clichê (exótico, atemporal e desterritorializado) de si mesmo, terminando por achar-se estranho à sua imagem própria, no que ela é sempre marchetada pela História”.

A Comissão Pró-Índio de São Paulo divulga a existência de mais de duas mil comunidades quilombolas espalhadas pelo território brasileiro, as quais ainda se mantêm vivas e atuantes, inclusive na luta pelo direito de propriedade de suas terras, que estão consagrados pela CF/88. Assim sendo, os quilombolas não são uma realidade do passado, mas sim, uma realidade viva na sociedade¹³⁴.

Há notícia de que existem comunidades quilombolas em pelo menos 24

¹³³ Os quilombolas são identificados nesta pesquisa, tal como ocorre no art. 2º do Decreto 4.887/03, ou seja: “Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. § 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade” (<http://www.planalto.gov.br>, consultado em 18/03/09, as 22:00 h).

¹³⁴ Informação obtida no sítio oficial da Comissão Pró-Índio de São Paulo: www.cpisp.org.br. Consulta realizada em 15/08/08 as 11:00 h.

Estados do país, tais como em Amazonas, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Paraná, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe e Tocantins¹³⁵.

Um dos fatores de reivindicação dos quilombolas está na luta que travaram pelo direito à propriedade de suas terras¹³⁶, a qual ganhou força com a promulgação da CF/88, que no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determinou que: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos¹³⁷”.

No ano de 2001, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, decretou em oito artigos um regulamento para as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas, por meio do Decreto 3.912/01.

O mencionado Decreto, em seu artigo 1º, determinou à Fundação Cultural Palmares - FCP a função de iniciar, dar seguimento e concluir o processo administrativo de identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como o reconhecimento, delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras por eles ocupadas.

Contudo, tal Decreto exigiu no parágrafo único, I e II, também do artigo 1º, que as terras estivessem ocupadas pelos quilombolas desde 1888, até 05 de outubro de 1988, o que trouxe grandes problemas aos quilombolas para o reconhecimento da propriedade das terras, visto que a prova desta ocupação seria de extrema dificuldade a eles.

Com a mudança de governo, houve revogação do Decreto 3.912/01 pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que decretou nova regulamentação para o

¹³⁵ Informações encontradas no sitio da Comissão Pró-Índio de São Paulo: www.cpisp.org.br. Consulta realizada em 15/08/08 as 11:00 h.

¹³⁶ As terras ocupadas pelos quilombolas são definidas no Art. 2º, § 2º do Decreto 4.887/03, como: “São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural” (<http://www.planalto.gov.br>, consultado em 18/03/09, as 22:00 h).

¹³⁷ SABATOVSKI, Emílio e FONTANA, Iara P. Códigos: penal, processo penal, civil, processo civil, tributário, comercial, constituição federal, consumidor, consolidação das leis do trabalho, e estatuto da criança. Curitiba: Juruá, 12ª ed., 2005, p. 35.

procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, em atenção ao art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por meio do Decreto 4.887/03.

Este Decreto procurou explicar o que seriam as comunidades remanescentes dos quilombos, reconhecendo como tal, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição oferecidos pelo próprio grupo, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra, relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

E assim, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos passou a ser atestada mediante autodefinição declarada pela própria comunidade. Além do importante fato de não haver mais a necessidade de provar a posse das terras desde 1988, valendo a presunção de ancestralidade negra.

A competência para a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, deixou de ser realizada pela Fundação Cultural Palmares e passou a ser função do Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, com assistência da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República e também do Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares.

O governo federal criou o Cadastro Geral de Remanescentes de Comunidades de Quilombos, para auxiliar os governos federal, estadual e também o Incra, na identificação e concessão dos títulos de propriedade às terras quilombolas. Esta função é auxiliada também pelo SICAB (Sistema de Informações das Comunidades Afro-Brasileiras)¹³⁸.

Vale observar a diferença existente entre o conceito de comunidades remanescentes dos quilombos e comunidades negras tradicionais¹³⁹, apontada

¹³⁸ O SICAB representa um sistema de informações sobre comunidades remanescentes de quilombos rurais e urbanos (dados de 150 comunidades elencadas pelo Programa Fome Zero, do Governo Federal), registros de terreiros de candomblé, umbanda, escolas de samba, organizações governamentais e não-governamentais que destinam ações e iniciativas para a população afro-brasileira (sítio <http://www.palmares.gov.br>, consultado em 17/03/09, às 22:00 h).

¹³⁹ Por comunidades tradicionais entende-se, segundo o art. 3º, I do Decreto 6.040/07: “*Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos*”

pelo Ministério da Cultura, por meio da Fundação Nacional Palmares, segundo a qual:

“Consideram-se comunidades remanescentes de quilombos os grupos étnicos raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com formas de resistência à opressão histórica sofrida.

Já o conceito de comunidades negras tradicionais é mais amplo. São grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição. Nele podem ser englobados, por exemplo, os próprios quilombolas; os terreiros de matriz africana; comunidades negras rurais que não detêm modo de vida próprio de comunidades quilombolas; povos indígenas, etc (<http://www.palmares.gov.br>, consultado em 17/03/09, as 22:00 h)”.

O Ministério da Cultura, por meio da Fundação Nacional Palmares, informa que já são 1.342 comunidades certificadas¹⁴⁰.

Contudo, mesmo diante das disposições do art. 68 do ADCT e do Decreto 4.887/03, o direito constitucional à propriedade à terra aos remanescentes dos quilombos, garantido desde o ano de 1988, não vem sendo efetivado, visto que passados mais de 20 anos, poucas comunidades receberam títulos de propriedade de suas terras, das quais podem ser citadas as comunidades de Ivaporunduva, São Pedro, Pedro Cubas, Pilões e Maria Rosa no Estado de São Paulo, todas localizadas no Vale do Ribeira; as comunidades Campinho da Independência e Santana no Rio de Janeiro; a comunidade Porto Corís no Estado de Minas Gerais; as comunidades Barra, Bananal, Riacho das Pedras, Parateca, Pau D'Arco, Rio das Rãs, Mangal e Barro Vermelho na Bahia; as comunidades Castainho e Conceição das Crioulas em Pernambuco, além de 20 comunidades no Estado do Maranhão¹⁴¹. <http://www.palmares.gov.br/>

O § 1º, do art. 215, da CF/88, determina que: “O Estado protegerá as

naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição” (<http://www.planalto.gov.br>, consultado em 20/03/09, as 22:00 h).

¹⁴⁰ Dado extraído do site <http://www.palmares.gov.br>, consultado em 17/03/09, as 22:00 h.

¹⁴¹ Informações obtidas no site da Comissão Pró-Índio de São Paulo: www.cpis.org.br. Consulta realizada em 15/08/08 as 11:00 h.

manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional¹⁴². Assim sendo, por se enquadrar dentre este grupo, é assegurada a manifestação cultural aos quilombolas.

Deve-se destacar que as manifestações culturais trazem consigo a memória de um povo e a sua conservação preserva a identidade deste povo.

Quanto a este tema, menciona-se a criação de algumas organizações para a promoção da cultura quilombola, tal como a Fundação Cultural Palmares, a Federação das Associações das Comunidades Quilombolas do Rio Grande do Sul, a Comissão Estadual das Comunidades Quilombolas de Pernambuco, o Centro de Cultura Negra do Maranhão, a Associação das Comunidades Remanescentes de Quilombos do Estado do Rio de Janeiro (ACQUILERJ), O Centro de Documentação Eloy Ferreira da Silva (CEDEFES) em Minas Gerais, a Associação das Comunidades Negras Rurais Quilombolas do Maranhão (ACONERUQ), a Fundação Nacional dos Palmares, dentre outras.

Contudo, a realidade demonstra discriminação e desrespeitos os quilombolas, tal como ocorre também com a população indígena, com outras comunidades tradicionais e até mesmo com afro-descendentes do país¹⁴³.

Neste sentido, observa-se que a situação dos moradores de vilarejos remanescentes de quilombos é muito precária, de acordo com a Chamada

¹⁴² SABATOVSKI, Emílio e FONTANA, Iara P. Códigos: penal, processo penal, civil, processo civil, tributário, comercial, constituição federal, consumidor, consolidação das leis do trabalho, e estatuto da criança. Curitiba: Juruá, 12ª ed., 2005, p. 29.

¹⁴³ Conforme censo demográfico realizado pelo IBGE no ano de 2000, a população negra no Brasil corresponde a 10.554.336 habitantes, dos quais 8.350.108 residem na área urbana e 2.204.229 em áreas rurais. (<http://www.ibge.gov.br>, consulta realizada em 01/09/08 as 15:00h). O PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) Brasil, expõe em seu sítio, a miserabilidade e o preconceito pelo qual passam os negros no país, relatando que eles têm maior taxa de desemprego, menor rendimento, mesmo quando a escolaridade é igual à dos brancos, atuam mais em trabalhos informais, contribuem menos com a Previdência Social, além de assumir jornada de trabalho acima das 44 horas semanais (www.pnud.org.br, consultado em 10/09/08 as 21:00 h). Em relatório organizado pela CEPAL (Comissão Econômica para América Latina e Caribe), pela OIT (Organização Internacional do Trabalho) e pelo PNUD a situação não foi diferente, constatou-se em 2006, que 35% dos pretos e pardos tinham jornada superior às 44 horas semanais, em desrespeito aos preceitos constitucionais que limitam a jornada a este patamar e ainda, que mesmo trabalhando com carga horária maior, recebem em média, 46,8% a menos que os brancos. Essas são algumas conclusões de estudo realizado pelas três agências da ONU, acima mencionadas, que analisaram a situação do trabalho e desenvolvimento humano no Brasil. O relatório demonstrou que a desigualdade decaiu entre os anos de 1992 e 2006, mas que os indicadores ainda são desfavoráveis para mulheres e negros no Brasil, descrevendo que continua extremamente elevada a desigualdade, "(...) se, em 1992, os negros recebiam em média exatamente a metade do que recebiam os brancos, 14 anos depois eles passaram a receber 53,2%". Informações contidas no site: www.pnud.org.br, consultado em 10/09/08 as 21:00 h).

Nutricional Quilombola 2006; uma pesquisa divulgada em maio de 2008 pelo Ministério de Desenvolvimento Social revelou que a proporção de crianças com menos de cinco anos de idade desnutridas nos quilombos é 44,6% e que quase 91% dos descendentes de quilombos vivem em domicílios com renda familiar inferior a R\$ 424,00 por mês e que 57,5% vivem em lares com renda total menor que R\$ 207,00. Quanto às condições sanitárias também descreve uma condição lastimável, em que apenas 3,2% das crianças moram em residências com acesso à rede de esgoto e somente 28,9% têm acesso à fossa séptica¹⁴⁴.

O PNUD propõe algumas medidas para evitar a discriminação e implantou projetos específicos direcionados à população quilombola, com ações voltadas à regularização fundiária das comunidades, uso e conservação dos recursos naturais e fortalecimento das comunidades. Dentes estas ações citam-se o Projeto de Melhoria da Identidade e Regularização de Terras das Comunidades Quilombolas Brasileiras e o Fortalecimento da Rede das Comunidades Quilombolas.

O governo federal por meio da SEPPIR planejou um PAC (Programa de Aceleração do Crescimento) específico para os quilombolas, prevendo melhoria do acesso à educação, à saúde e regularização fundiária em 525 comunidades de 22 Estados¹⁴⁵.

Resta agora saber empiricamente se esses programas direcionados às comunidades quilombolas terão efetividade, não se resumindo apenas a letra morta em papel, trazendo melhorias na qualidade de vida, além de dignidade ao quilombola. Outro ponto a se observar está na possibilidade de estas interferências aos quilombos representar um enfraquecimento da comunidade local, o que causa ofuscamento de suas tradições ou ainda, uma temida homogeneidade cultural.

As observações acima são válidas não apenas à interação dos nacionais com as comunidades quilombolas, mas também frente à influência que esta

¹⁴⁴ Informações consultadas no site: www.pnud.org.br, em 10/09/08, as 21:00 h). O site ainda informa que o rendimento dos descendentes de escravos vem basicamente de transferências de recursos públicos, como aposentadoria e programas sociais, sendo a produção agrícola outro meio de sustento.

¹⁴⁵ O PNUD divulga que das 3.524 comunidades quilombolas identificadas no Brasil, 525 (15%) deverão ser contempladas na primeira fase do PAC quilombola, o que se deve porque apenas estas 525 comunidades possuem processos de regularização fundiária abertos no INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária). Informação consultada em 10/09/08 as 12:00 h, no site do PNUD (www.pnud.org.br).

possível interferência dos nacionais pode trazer às comunidades tradicionais.

Feitas essas ressalvas sobre as comunidades indígenas e quilombolas no Brasil, passa-se a tratar sobre a questão do universalismo e relativismo, os quais são assuntos de extrema relevância na atualidade, sobretudo diante de uma visão multicultural, tão enriquecedora para a atualidade.

3.4.3 O Direito à Autodeterminação dos Povos

O direito à autodeterminação dos povos é assunto que gera debates fervorosos, visto que se assumido como ideal a ser obtido, poderia trazer sérias conseqüências ao Estado, inclusive com movimentos separatistas. Contudo, deve-se destacar que muitos povos ao almejar a autodeterminação não almejam a separação, mas sim, integração e autonomia dentro de seu território para se auto-regular, como lhe convir.

A autodeterminação dos povos pode ser entendida como um direito segundo o qual as populações que habitam certo território, independente de integrar ou não um Estado-Nação, podem afirmar seu autogoverno perante todas as outras populações, propagando sua cultura, soberania e produzindo suas próprias leis.

Todos os povos têm direito à autodeterminação, podendo determinar livremente sua condição política e promover seu desenvolvimento econômico, social e cultural. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reconhece o direito dos povos de tomar medidas legítimas, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, para garantir seu direito à autodeterminação.

Para Chauí (2001, p. 303) “(...), a autonomia pressupõe, e sua prática visa a repor, a diferença social entre o poder, o direito e o saber, de sorte que a compreensão da pluralidade de fontes das práticas sociais permita que cada uma delas atue sobre as outras esferas para modificá-las”.

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos considera que a negação do direito à autodeterminação constitui uma violação dos direitos humanos e enfatiza a importância da efetiva realização desse direito.

O Brasil trata do assunto no art. 4º de sua Constituição Federal de 1988,

trazendo como princípios da República nas relações internacionais, a autodeterminação dos povos.

Tais diplomas não autorizam ou estimulam ações que possam desmembrar ou prejudicar a integridade territorial ou unidade política de Estados soberanos e independentes que se conduzam de acordo com o princípio de igualdade de direitos e autodeterminação dos povos e que possuam assim Governo representativo do povo como um todo, pertencente ao território sem qualquer tipo de distinção.

O direito à diferença segundo o qual se constrói e mantém identidades por meio de expressões culturais, representa elemento fundamental à promoção de uma cultura de paz, tão divulgada e almejada nos dias atuais. A salvaguarda aos direitos dos “diferentes”¹⁴⁶ deve ser vista como condição de cidadania, passível de promover convivência harmoniosa, diálogo e intercâmbios entre as culturas.

Assim, o reconhecimento e a valorização da diversidade cultural são exigências indispensáveis às sociedades, porque se refletem na solidariedade entre os povos, gerando consciência da necessária unidade do homem e do desenvolvimento.

A valorização da cultura deve fazer parte das políticas de desenvolvimento e o Estado deve se encarregar de formular e executar políticas culturais, com o fito de preservar identidades, por meio de órgãos específicas.

A necessidade da valorização das diversas expressões culturais ligadas a traços identitários fez com que o Ministério da Cultura brasileiro criasse a “Secretaria da Identidade e da Diversidade Cultural”, que tem por finalidade participar da construção de agenda internacional sobre Diversidade Cultural e colaborar na estruturação de políticas culturais no Brasil a partir do conceito de Diversidade Cultural. Esta secretaria estabelece diálogos com grupos e redes culturais representativas da Diversidade Cultural brasileira e contribui para o aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção e promoção da Diversidade Cultural.

Isso porque no Brasil, a autodeterminação dos povos é princípio que rege as relações internacionais, conforme ordena a Constituição Federal de 1988. Todavia,

¹⁴⁶ Entendam-se como “diferentes”, aqueles seres humanos pertencentes a comunidades ou povos diversos daqueles efetivamente integrados a comunidade e cultura ocidental.

na prática esta relação mostra-se conflituosa.

O Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - PNPCT. Tal Decreto conceitua em seu art. 3º, I, que Povos e Comunidades Tradicionais são grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Os territórios tradicionais estão conceituados no art. 3º, II, do Decreto, como sendo os espaços necessários à reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações. Anexo à Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais estão os princípios para tal.

Souza Santos, (2003, p. 570) leciona que o princípio da autodeterminação confere aos povos indígenas o “direito de autonomia ou de autogoverno em relação a questões relacionadas a seus assuntos internos locais”.

Souza Santos (2000, p. 185-186) descreve que para “dês-pensar o direito num período de transição paradigmática” deve-se separar o Estado do direito, por meio da distinção entre a falta de veracidade do monopólio estatal frente ao direito e a rejeição arbitrária à pluralidade de ordens jurídicas, fatores estes que eliminaram ou reduziram o potencial emancipatório do direito moderno.

A questão da autodeterminação dos povos foi invocada pela Declaração de Independência dos Estados Unidos e consta da Carta da ONU (Organização das Nações Unidas), de 1945.

A Carta das Nações Unidas, proferida na Cidade de São Francisco, ao tratar de seus propósitos e princípios, já no art. 2º, determina que: “Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal”;

No capítulo IX, ao tratar da Cooperação Internacional Econômica e Social, estabelece o art. 55º:

“Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.

Está plenamente determinado no item 1, do artigo 1º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, que: “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Também há determinação no mesmo sentido no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também de 1966.

Declaração da ONU sobre Direitos dos Povos Indígenas, adotada pela ONU em 2007 discorre sobre a questão da autodeterminação dos povos indígenas.

O Artigo 5º da Declaração esclarece que o escopo do direito à autodeterminação reside na participação e envolvimento dos povos indígenas na vida nacional do Estado, ao mesmo tempo em que se protege a identidade cultural indígena. Os povos e as pessoas indígenas são livres e iguais perante todos os outros povos e indivíduos. Eles têm o direito de serem livres de qualquer tipo de discriminação no exercício de seus direitos, em especial com base na origem indígena ou de identidade. Os povos indígenas têm direito à autodeterminação e, por isso, podem escolher livremente como se organizar e buscar desenvolvimento econômico, social e cultural. Eles têm o direito de manter e fortalecer suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, conservando ainda o direito de participar plenamente, se assim o decidirem, nas áreas política, econômica, social e cultural do Estado. O Artigo 3º da Declaração apresenta a estrutura básica do direito à autodeterminação, advinda do Artigo Primeiro padrão dos Pactos de Direitos Humanos da ONU. O Artigo 4º da Declaração esclarece que o direito à autodeterminação está relacionado ao direito dos povos indígenas ao

autogoverno e à autonomia no que diz respeito a seus assuntos internos e locais.

Conforme Convenção 169 da OIT é reconhecido o direito a autodeterminação dos povos indígenas, o qual esbarra em limitações existentes na legislação interna de cada país.

Dessa forma, há reconhecimento da comunidade internacional de que todos os povos têm o direito à preservação de suas próprias características. Contudo, cabe ao Estado o direito de decidir qual o melhor sistema de governo para proporcionar garantias de liberdade para o povo.

Para Kelsen (1998, p. 09), “dizer que os indivíduos pertencem a certa comunidade ou que formam certa comunidade significa apenas que os indivíduos estão sujeitos a uma ordem comum que regula seu comportamento recíproco”.

Mesmo não sendo o entendimento do doutrinador, aquele tomado nesta pesquisa, suas palavras evidenciam que indivíduos pertencentes a comunidades diferentes não estão necessariamente sujeitos à mesma ordem jurídica e frente à diversidade cultural e social existente, deve-se observar que as sociedades que a integram inclusive encontram-se em tempos históricos diferentes, não havendo possibilidades de uma identificação de comportamentos, crenças, moralidade, muito menos de sistemas normativos.

Zippelius (1997, p. 160) reconhece que a pluralidade e a autodeterminação não devem ser radicalizadas, mas sim, deve-se estabelecer um compromisso entre pluralidade e auto-realização amplos, além de se construir uma estrutura global organizativa e uma compensação geral dos interesses, havendo intervenção da comunidade superior apenas na medida do necessário, ou seja, subsidiariamente.

Souza Filho (1998, p. 68) narra a incompatibilidade da existência de territórios indígenas independentes, sem Estado, diante das concepções do Estado moderno e que não há notícias contemporaneamente de que algum povo indígena da América Latina tenha formulado a idéia de se tornar um Estado independente.

Leciona o autor que “Os povos, a partir especialmente da segunda guerra mundial, passaram a ter direitos reconhecidos internacionalmente, mas para exercê-los necessitavam estruturar-se em Estados”. Explica que diante das relações internacionais a autodeterminação dos povos representa a autodeterminação dos Estados, de modo que o “direito dos povos se limita a

possibilidade de se constituir em Estado (SOUZA FILHO, 1998, p. 68)¹⁴⁷.

Para o autor, “O Estado e seu direito não conseguem aceitar as diferenças sociais e as injustiças que elas engendram e na maioria das vezes as omitem ou mascaram, ajudando em sua perpetuação (SOUZA FILHO, 1998, p. 69)¹⁴⁸”.

Souza Filho (2000, p. 321-329) observa que os povos têm o direito coletivo, referente à autodeterminação, que acaba se consubstanciar num Estado. Os direitos coletivos dos povos são o direito a um governo próprio, aos recursos naturais, ao território, à própria cultura, à liberdade, encerrando-se no confronto com a soberania estatal. Conclui que os direitos dos povos e dos trabalhadores devem ser omitidos e continuar invisíveis. Os direitos dos povos indígenas também foram reconhecidos pela CF/88 como direitos coletivos, garantindo-lhes o direito de continuar a ser índios.

Para o doutrinador, a democracia é pressuposto dos novos direitos, coletivos, comunitários e sociais, porque possibilita que sejam exercidos mesmo contra a vontade do Estado. Estes direitos são diferentes dos tradicionais porque não dependem apenas de proteção do Estado, mas também, de efetivo exercício da administração Pública para promovê-los (SOUZA FILHO, 2000, p. 331).

Conclui-se com Redin (2006, p. 81) que o problema da autodeterminação dos povos não está no simples reconhecimento formal deste direito, mas na efetiva cooperação internacional em viabilizar um desenvolvimento nacional, capaz de gerar um autogoverno que assegure minimamente a garantia e efetividade dos direitos humanos. E que, neste sentido, a “autodeterminação é a capacidade do povo garantir por meio do autogoverno sua liberdade substancial, garantida pela

¹⁴⁷ O autor explica que “Uma vez constituído, a categoria “direito dos povos” deixa de existir para transformar-se em direitos humanos, agora já sob princípios e regras estabelecidas na Carta Constitucional do Estado por ela organizado. Por esta razão, a cultura constitucional clássica não poderia aceitar a introdução, nas constituições, do reconhecimento dos direitos de povos indígenas a um território e a aplicação neste território de seu Direito próprio, porque entendia que seria um Estado dentro do Estado (SOUZA FILHO, 1998, p. 68).

¹⁴⁸ Leciona que “aos olhos da lei a realidade social é homogênea e na sociedade não convivem diferenças profundas geradas por conflitos de interesses de ordem econômica e social. O sistema Jurídico os transforma em questões pessoais, isola o problema para tentar resolvê-lo em composição de partes, como se elas não tivessem, por sua vez, ligações profundas como outros interesses geradores e mantenedores dos mesmos conflitos. O Estado, quando legisla, executa políticas ou julga, não tratando dos conflitos por terras, por exemplo, esquece os interesses de classes, segmentos sociais ou setores da sociedade e os reduz a um conflito entre o direito de propriedade do fazendeiro tal contra o direito subjetivo possessório de cada ocupante (SOUZA SANTOS, 1998, p. 69)”.

efetiva cidadania”¹⁴⁹.

Assim, pode-se dizer que o direito à diferença segundo o qual se constrói e mantém identidades por meio de expressões culturais, representa elemento fundamental à promoção de uma cultura de paz, tão divulgada e almejada nos dias atuais. O projeto de homogeneização cultural é facilitado em grande medida pelo fenômeno da globalização, que vem avassalando culturas, este acontecimento permite mediante os meios de comunicação e da internet, que ao vivo e em tempo real saiba-se o que se passa em todo o mundo.

Todavia, mesmo diante dessa realidade há que se resguardar o direito a autodeterminação dos povos como meio efetivo que democracia e respeito ao diferente. Destacando-se que este reconhecimento deve vir acompanhado de meios que assegurem a sobrevivência física, cultural e econômica das minorias étnicas e das comunidades tradicionais, tal como os indígenas e quilombolas, não bastando apenas o reconhecimento isolado da autodeterminação.

Com o reconhecimento a autodeterminação destas comunidades, por via reflexa diversos outros Direitos seriam alcançados, tal como o reconhecimento do pluralismo jurídico, sobre o qual passa-se a discorrer.

¹⁴⁹ Ainda completa a autora que: “Apenas com a independência política é que o corpo político pode ter condições de garantir um espaço em que as liberdades se operem. O direito a autodeterminação, tal como concebido pelas Nações Unidas, deveria ser o canal para a realização dessas capacidades emancipatórias e, por conseguinte, do próprio desenvolvimento. Sem o impulso inicial de um sistema de cooperação internacional eficiente para esse processo, no entanto, falar em direito a autodeterminação com a negação das mínimas condições de emancipação e escolha é insistir em uma falácia ou ilusão (REDIN, 2006, p. 83)”.

4. AS PERSPECTIVAS DO PLURALISMO JURÍDICO ENQUANTO FENÔMENO SÓCIO-JURÍDICO NO SÉC. XXI

4.1 A PLURALIDADE DE MODELOS TEÓRICOS DESENVOLVIDOS SOBRE O PLURALISMO JURÍDICO, SEUS IDEALIZADORES E CONCEPÇÕES

O pluralismo jurídico é um fenômeno eminentemente jurídico, porém se firmou como reflexos de aspectos não apenas jurídicos, mas também sociais, filosóficos e culturais. Isto porque tratar deste tema é debater sobre a existência da diversidade de fontes do direito em sociedades plurais e multiculturais.

Muitos são os estudiosos que desenvolveram pesquisas relevantes sobre o pluralismo jurídico, dentre eles, Antonio Carlos Wolkmer e Boaventura de Souza Santos, os quais, contemporaneamente, assumem posição de revelo, pelas grandiosas obras e estudos sobre o tema. Adverte-se que as lições destes doutrinadores serão tomadas por base nesta pesquisa, em razão da sua importância e comunhão com suas concepções.

Também merecem destaque as contribuições doutrinárias apresentadas por Eugen Ehrlich, Santi Romano, George Gurvitch, Otto Von Gierke, Pierre Marie Nicolas Léon Duguit, Maurice Hauriou, Henry Levy-Bruhl, Jean Carbonnier, Jacques Vanderlinden, Jean-Guy Belley, Masaji Chiba, dentre outros.

A seguir, serão tratados alguns aspectos relevantes sobre as origens do pluralismo jurídico, suas principais acepções, teóricos e correntes, com o intuito de introduzir a questão de sua materialização no seio social e sua aceitação como fenômeno jurídico passível de garantir maior justiça social.

4.1.1 O Surgimento Histórico do Pluralismo Jurídico na Sociedade

A presença do pluralismo jurídico na história não é fato novo, sendo verificada nas sociedades pré-histórica e Antiguidade.

Mesmo não se conhecendo muito sobre o Direito nas sociedades pré-

históricas, sabe-se que nelas não existia o Direito, tal como é conhecido atualmente, isto é, como conjunto de regras impostas, por uma autoridade que se sobrepõe ao indivíduo, mas nelas, o Direito se manifestava por meio das associações, que criavam seu “*modus vivendi*” jurídico, em que suas ordens e normas de comportamento eram independentemente das ordens jurídicas vigentes em outras associações, o que não impediria que existissem ordens muito semelhantes nos diversos agrupamentos, o que ocorria sem qualquer imposição externa (EHRLICH, 1986, p. 29).

Deste modo, nas sociedades pré-históricas manifestavam-se modelos de ordenações jurídicas, independentes em cada grupo humano, fato que pode caracterizar o pluralismo jurídico, em razão desta coexistência de ordens jurídicas, para o regramento do convívio social.

Na Antiguidade, a civilização egípcia, mesopotâmia, grega, romana, persa, hebraica, fenícia, celta, etrusca, eslava, germânica, dentre outras, apresentava certa organização política nos moldes de um Estado, contudo não possuíam um Estado-nação monopolizador das fontes do direito, tal como nos padrões atuais.

O pluralismo jurídico tornou-se mais evidente na Idade Média, visto que nesta época, as organizações jurídicas mostravam-se independentes em cada feudo ou cidade, com liberdade para o estabelecimento de regras próprias. De modo que esta liberdade favoreceu o surgimento das manifestações de ordens jurídicas plurais independentes.

Neste sentido, Wolkmer (1997, p. 23) adverte que a Idade Média foi marcada pela valorização dos fenômenos coletivos e dos grupos sociais.

Bobbio (1995, p. 11) também descreve a sociedade medieval como pluralista¹⁵⁰, na qual a regulamentação interna se originava de diferentes fontes de produção jurídica, que se organizavam em diversos ordenamentos jurídicos. Neste período, não existia poder unitário e nem critérios de avaliações jurídicas, pelo fato de os limites do poder estarem incluídos na própria estrutura social, segundo o equilíbrio recíproco que produziam. Conforme o autor, o modelo de sociedades

¹⁵⁰ Para Bobbio (1995, p. 11) nesta sociedade várias fontes normativas operavam ao mesmo tempo, mesmo que com diferente eficácia. Sendo elas representadas por “*todos os fatos ou atos normativos considerados como possíveis fatos constitutivos de normatividade jurídica, quer dizer, o costume (direito consuetudinário), à vontade da classe política que detinha o poder supremo (direito legislativo), a tradição doutrinária (direito científico) e a atividade das cortes de justiça (direito jurisprudencial)*”.

medievais foi derrubado pelas monarquias absolutistas do início da Idade Moderna.

O surgimento do comércio e das trocas generalizadas corroborou para o declínio da sociedade feudal, na medida em que tornou necessária a homogeneização das regras jurídicas, fato que gerou impasses entre as diversas formas (plurais) de organizações de cada feudo e a mencionada necessidade de homogeneização dos sistemas jurídicos, que favoreceria a estabilidade das regras para as trocas comerciais.

Com a formação do Estado-nação na Idade Moderna, as concepções pluralistas foram postas de lado, o que se deu por seus fundamentos não se compatibilizarem com os alicerces estatais pertinentes à monopolização da produção jurídica.

E assim, a questão do pluralismo jurídico foi esquecida por certo período histórico, sendo difícil delimitar com precisão, quando voltou a ser debatida.

Contemporaneamente, as condições que tornaram viável a teoria pluralista são definidas por WOLKMER (1995, p. 222) como sendo, a efetividade material e a efetividade formal. A primeira é relacionada aos “novos atores que entram em cena” e o conjunto de necessidades fundamentais que os legitimam à reivindicação de direitos. Já a segunda vincula-se à reordenação do espaço público, à ética da alteridade e à racionalidade emancipatória, além da viabilização de condições para a implementação de uma política democrática direcionada a um mesmo espaço comunitário descentralizado e participativo.

German Palacio percebeu que preocupações sobre o tema do pluralismo jurídico surgiram nas décadas de 80 e 90, corroborados pela globalização e transnacionalização do capital.

Dentre os fatores impulsionadores ao estudo do pluralismo jurídico, Palacio (1993, p. 21 a 31) cita a crise do modelo fordista-keynesiano; a globalização e seu acúmulo de capital; a fase de especificação flexível do capitalismo com a descentralização da produção por várias empresas, com utilização do trabalho familiar pelas grandes indústrias, gerando formas flexíveis de produção e aumento do setor informal; o enfraquecimento do Estado-nação e a conseqüente reformulação dos modelos de regulação, inclusive jurídicos; o neoamericanismo na busca da reconstrução da hegemonia dos Estados Unidos da América com a tendência crescente de subordinação do Direito estatal e do Direito internacional ao

Direito e instituições dos EUA; a reorganização dos Estados-nação com base em alterações trazidas pela globalização, integração, neoliberalismo, privatizações, descentralizações administrativas, biotecnologia, crise do sindicalismo e surgimento dos novos movimentos sociais.

Boaventura de Souza Santos ao tratar sobre as origens do pluralismo jurídico, determina como sendo duas suas origens, uma de “origem colonial” e outra de “origem não colonial”.

A origem colonial se desenvolveu em países que foram dominados econômica e politicamente por uma metrópole descobridora, a qual lhes impôs a condição de colônia, com a conseqüente implantação coercitiva de padrões jurídicos, além de unificação da administração, o que tornou possível a coexistência num mesmo espaço, de um Direito provindo do Estado colonizador e outro Direito derivado da população colonizada (SOUZA SANTOS, 2006, p. 327).

Por sua vez, a origem não colonial do pluralismo jurídico fundamentou-se em três fatores: o primeiro vinculou-se aos países com cultura e tradição normativa próprias, que adotaram o Direito europeu como forma de modernização e consolidação do regime político; o segundo refere-se aos países que após sofrer o impacto de uma revolução política, continuaram mantendo seu antigo Direito; e o terceiro reverte-se às populações nativas ou indígenas não inteiramente dizimadas que submetidas às leis coercitivas dos invasores, adquiriram autorização para que tais populações conservem seu Direito tradicional (SOUZA SANTOS, 2006, p. 327).

Quanto a estas origens, seja colonial ou não colonial, deve-se destacar que ambas surgiram por meio de movimentos, que impostos coercitivamente ou não, derivaram da introdução de padrões culturais, sócio-políticos e jurídicos alienígenas, em determinados espaços territoriais, nos quais a população tradicional já possuía padrões próprios e desde embate a cultura política, jurídica e social local, mesmo que reduzida, permanece viva.

Com base nas origens apontadas para o surgimento histórico do pluralismo jurídico, pode-se dizer que o mesmo sempre esteve presente na sociedade, ora de modo mais direto, ora de forma mais discreta.

Traçadas estas considerações sobre a origem histórica do pluralismo jurídico, passa-se a discorrer sobre seus variados conceitos, para então serem

apresentadas algumas de suas correntes.

4.1.2 Os Múltiplos Conceitos de Pluralismo Jurídico

São diversos e ricos os conteúdos sobre as vertentes das concepções sobre pluralismo jurídico, valendo observar que não são unânimes entre seus defensores abarcando diferentes formas de manifestação, tal como se demonstrará.

Neste sentido, Reale (1984, p. 261) acredita ser difícil resumir os princípios e formas do pluralismo, pois relata haver uma forma de pluralismo para cada autor, porém estabelece um denominador comum entre os pluralistas, quais sejam, o antiformalismo e o repúdio à lei como forma, que culminam na negação do Estado como única fonte de Direito Positivo.

Quanto às lições do ilustre jurista há que se fazer uma observação, quanto a sua afirmação de ser denominador comum entre os pluralistas o repúdio à lei, visto que tal afirmação não é acertada plenamente, porque muitos pluralistas não são contra a lei, mas sim, defendem que a lei positivada pelo Estado não é a única fonte de Direito, vigente em uma sociedade, nem pode ser assumida como a mais ajustada, posto coexistirem outras formas de ordenamento e regulação jurídica não estatais, que se desenvolvem em paralelo a esta e que muitas vezes demonstram maior eficiência.

Assim sendo, o repúdio à lei não pode ser assumido como denominador comum entre os pluralista, posto que boa parte deles narra a convivência paralela entre direito estatal e não estatal, sem denegar qualquer delas, tal como se depreende de muitas das concepções a seguir apresentadas.

Contudo, deve-se concordar com o jurista, quando descreve a existência de uma forma de pluralismo jurídico para cada doutrinador, visto que, sendo o pluralismo jurídico, por natureza múltiplo, não há como enquadrá-lo em um ou outro modelo ou conceito.

Silva Filho (1999, p. 205) também concorda que existem diversas vertentes sobre as acepções de pluralismo jurídico, entretanto, reconhece que todos os pluralistas concordam em dois pontos, ou seja, que “em qualquer sociedade

coexistem várias formas de juridicidade conflitantes ou consensuais e que o direito não é apenas aquele produzido pelo Estado”.

Estas ressalvas do autor resumem pontos centrais das discussões sobre o pluralismo, no sentido de romper com o paradigma do Estado monopolizador da produção jurídica, reconhecendo que este não possui o domínio desta produção e de sua aplicação e que esta realidade pode ou não ser conflitante.

A questão levantada quanto à coexistência de várias formas de juridicidade, ou seja, a aceitação da qualidade jurídica a diferentes formas de manifestação do direito, ultrapassa a acepção básica de juridicidade pertinente à correlação de um fato ou ato estar de acordo com o ordenamento jurídico estatal. Este ponto é relevante para o pluralismo jurídico, porque para este, a juridicidade não está apenas no ordenamento jurídico estatal, mas sim, em qualquer forma de ordenamento jurídico legitimado a produzir efeito aos quais se destina.

Coelho (1987, p. 278) ao tratar da teoria pluralista também reconhece uma imensa variedade de formas e teorias pluralistas, fator que torna difícil a sintetização dos princípios pluralistas, mas o autor identifica um ponto de convergência entre elas, ou seja, o fato de em todas o Pluralismo ser um problema de fontes do Direito, o que se deve porque o direito se encontra inserido na sociedade, isto é, transcende aos órgãos estatais, caracterizando-se pela coexistência de diversos sistemas jurídicos no mesmo espaço social.

Merece ressalva esta observação, uma vez que o pluralismo jurídico volta-se à questão de haver ou não, leis ou normas jurídico-sociais emanadas por fontes que não apenas as estatais e que possuam legitimidade e juridicidade sobre aqueles aos quais ela se destina.

A seguir serão apontados alguns conceitos e fundamentação relevantes para o pluralismo jurídico, clareando a diversidade de concepções existentes sobre o tema.

Destacam-se inicialmente os ensinamentos de Gierke sobre o pluralismo, posto este jurista ser aceito por parte dos doutrinadores como o pai das escolas pluralistas, o qual defendeu um pluralismo corporativo, que previa associações com personalidade real e efetiva, apartada do Estado, mas que garantisse uma atividade autônoma e independente da ação estatal, havendo certa supremacia desta última. Para Reale, a teoria de Gierke é moderada e conciliatória, já que a

ordem estatal e a jurídica não se confundem, mas sim, harmonizavam-se (REALE, 1984, p. 266).

Gierke proclamava a existência de um todo coletivo, como unidade social autônoma, formada por homens reunidos para a realização de fins ligados à esfera do interesse individual, fato que deveria ser considerado limite natural à autoridade do Estado, concluindo que este é uma pessoa jurídica dotada de soberania, mas que não pode criar as pessoas jurídicas individuais e coletivas¹⁵¹.

O jurista francês Duguit negou o monismo jurídico estatal e defendeu os organismos sindicais, descrevendo o Estado como agente de coordenação de atividades segundo as exigências da solidariedade, não detendo o Estado poder soberano, mas apenas representou uma instituição que cresceu da necessidade de organização social da humanidade. Apresentou a noção de serviço público como fundamento e limite ao Estado. O autor implicitamente aceitou uma pluralidade de fontes do Direito Positivo¹⁵².

Hauriou concebeu um pluralismo institucionalista, no qual as instituições são determinadas por regras de direito, em que “o Estado é uma instituição entre as instituições, porém de todas as instituições que a ordem social produz, a mais eminente é a instituição do Estado¹⁵³”.

Para Maurice Hauriou, o fundamento do jurídico e do social está nas instituições, entendidas como organizações sociais, subsistentes e autônomas, as quais criam as regras do direito.

O jurista italiano Santi Romano, ao teorizar sobre o pluralismo jurídico, admitia a soberania de todos os ordenamentos¹⁵⁴. O autor descentraliza a produção jurídica assumida como monopólio estatal para a sociedade, assumindo esta como referência primária do Direito.

Santi Romano (2008, p. 126) desdobrou a teoria do Direito em dois grupos, um que se contrapôs ao normativismo positivista e outro que se opõe ao monismo estatal, primando este, por uma teoria da pluralidade dos ordenamentos jurídicos.

Jean Carbonnier descreve que a pluralidade jurídica está nas formas

¹⁵¹ REALE (1984, p. 266 e 267).

¹⁵² Segundo Miguel Reale, o jurista francês não pode ser assumido como pluralista jurídico propriamente dito, visto que não teorizou sobre o pluralismo, mas sim, em desfavor do positivismo jurídico. *Ibid.*, 1984, p. 272.

¹⁵³ *Ibid.*, 1984, p. 287.

¹⁵⁴ Por tal razão Miguel Reale considerou Santi Romano um teórico puro do pluralismo jurídico. *Ibid.*, 1984, p. 287

diversas de entendimento e aplicação de uma única ou mesma norma. O autor identifica algumas destas formas como sendo, forma infradireito, formas de normatividades relacionadas à evolução do direito estatal, efetivas para certos grupos e formas subculturas ou classes sociais¹⁵⁵.

Por sua vez, Jacques Vanderlinden salienta que o pluralismo legal está na aplicação de mecanismos jurídicos diferentes a situações idênticas¹⁵⁶.

Jean-Guy Belley ressalta que o pluralismo jurídico envolve não só a interdependência de manifestações estatais e não estatais, mas também, incide nas dinâmicas de centralização e descentralização da regulação jurídica das sociedades globais¹⁵⁷.

Masaji Chiba reconhece o pluralismo jurídico em práticas não ocidentais relacionadas aos conflitos entre “Direito oficial” e “Direito não-oficial”¹⁵⁸.

Para Georges Gurvitch, o pluralismo jurídico se consubstancia quando houver diversidade de ordens, sendo uma ordem estatal e outras ordens menores, em que aquela representa uma ordem coercitiva e estas, uma normatividade social, na mesma contemporaneamente¹⁵⁹. Para Gurvitch, o pluralismo jurídico está nas fontes do direito social e afirma a coexistência de diferentes ordens jurídicas que se limitam reciprocamente na esfera de sua independência.

Segundo Henry Levy-Bruhl, há um pluralismo de direitos supra-estatais e outro de direitos infra-estatais. O autor adota uma postura de análise da natureza de modo empírico, defendendo que diante de uma simples análise da vida social é possível convencer-se de que há prescrições legais, ou pelo menos jurídicas, além daquelas impostas pela autoridade política. De modo a existir direitos que não emanam da competência dos órgãos da sociedade global, o que gera direitos supranacionais e direitos infranacionais¹⁶⁰.

Correas (1996, p. 91) descreve o pluralismo jurídico como um fenômeno de

¹⁵⁵ Ibid., 1984, p. 182.

¹⁵⁶ Ibid., 1984, p. 182

¹⁵⁷ Ibid., 1984, p. 182

¹⁵⁸ Ibid., 1984, p. 182

¹⁵⁹ Georges Gurvitch nasceu em 1894 na Rússia, possuiu formação jurídica e filosófica, foi antiindividualista e antiestatalista, fatores que impulsionaram suas idéias frente a um direito social, que ele determinava como um direito autônomo de comunhão, advindo do todo, independente deste todo ter ou não organização interna, nele esta normatividade de integração não se apoiava na aplicação de sanção como principal mecanismo de coerção para o cumprimento da ordem jurídica, de modo a haver auto-regulamentação comunitária alheia à normatização estatal (WOLKMER, 1997, p. 180).

¹⁶⁰ HENRY LEVY-BRUHL, 1988, p. 24.

coexistência, no tempo e no mesmo território, de dois ou mais sistemas normativos eficazes, sendo o sistema compreendido como a “organização ao redor de uma norma de reconhecimento ou fundante e normativo é o discurso prescritivo autorizado que organiza sanções e é reconhecido ou eficaz”.

Falcão, por sua vez, conceitua tal doutrina como “a convivência contraditória, por vezes consensual e por vezes conflitante, dos vários observatórios numa mesma sociedade”. Descreve ainda que o pluralismo é “a pluralidade das ordens jurídicas, é fruto da busca de nova legitimidade”¹⁶¹.

Reale (1984, p. 261) descreve o pluralismo como uma doutrina que “afirmava a existência de Direito independentemente do Estado e que põe um paradeiro à redução arbitrária do direito à lei do Estado”¹⁶².

Para Souza Júnior (1984, p. 55), “o corolário da ampliação do conceito de pluralismo jurídico é a concomitante ampliação do próprio conceito de direito”.

Boaventura de Souza Santos, grande pesquisador sobre o pluralismo jurídico, inclusive empiricamente, por meio de suas constatações em Pasárgada, assevera que “existe uma situação de Pluralismo Jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigorem (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica”, que se relaciona à conformação específica de conflitos de classes (SOUZA SANTOS, 1997, p. 121)¹⁶³.

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

Nesta pesquisa, o conceito de pluralismo jurídico é assumido de modo amplo, como a coexistência de múltiplas manifestações normativas não estatais, no interior de uma mesma forma de vida cotidiana; ou como a existência de

¹⁶¹ Citado por WOLKMER (1997, p. 106).

¹⁶² Segundo o autor, “(...) não foi por mera coincidência que o desenvolvimento dos princípios pluralistas encontraram correspondência no chamado renascimento do Direito Natural”. Completa tal elucidação analisando o pluralismo jurídico como “uma reação das forças vivas da sociedade contra a máquina do Estado, montada com a função exclusiva de editar leis, de fazer Direito, à maneira de Kant, como ordenamento destinado à mera tutela da ordem das liberdades individuais” (REALE, 1984, p. 261).

¹⁶³ Boaventura de Souza Santos explica o pluralismo jurídico existente em Pasárgada por meio da questão da posse da terra e do direito de construção, bem como nos conflitos daí decorrentes, o que efetiva um sistema interno de normas eficazes, principalmente diante da homologação das decisões pela Associação de moradores. Fato que cria uma Justiça, que não é a do Estado, mas sim, a dos moradores. Estas conclusões podem ser retiradas da obra do autor, “Pelas mãos de Alice”.

mecanismos jurídicos diferentes aplicados à situação idêntica dentro de uma mesma sociedade; ou como uma pluralidade de ordens jurídicas; ou, o fruto pela busca de nova legitimidade jurídica, ou ainda a presença oficial ou não de mais de uma ordem jurídica no mesmo espaço geopolítico, com a aplicação de uma ordem jurídica divergente da estatal, pelas sociedades tradicionais, enfim, o pluralismo jurídico é isto tudo e muito mais, porque sendo ele pensado de uma forma múltipla, apoiado na diversidade, não pode comportar uma definição única, mas sim plural.

O pluralismo jurídico é assumido nesta pesquisa como um referencial social, político e jurídico para a concretização de uma sociedade mais justa, na medida em que reconhece legitimidade a manifestações jurídicas providas não apenas do Estado, fato que implica no reconhecimento da existência de diferentes sistemas jurídicos coexistentes ao estatal.

4.1.3 Apontamentos sobre Correntes do Pluralismo Jurídico

O pluralismo jurídico é compreendido e teoriza por diferentes ramos da ciência, o que faz surgir múltiplas teorizações sobre o tema, com variadas correntes doutrinárias sobre o assunto, tais como sociológicas, filosóficas, políticas, jurídicas, dentre outras.

Contudo, pode-se aceitar que a maioria destas correntes tem como núcleo comum, a negação de que o Estado seja a única fonte legítima emanadora de normas jurídicas para o grupo social.

Miguel Reale, ao discorrer sobre os doutrinadores do pluralismo jurídico, observa que apresentavam diversas correntes sobre o tema, e deste modo, o jurista os dividiu entre: aqueles que defendiam um pluralismo sociológico-econômico, tais como Gurvitch, Duguit e Jèze, e aqueles que defendiam o antiestatalismo jurídico, na medida em que se reduzem as atenções oferecidas às contingências de ordem econômica, representada por Hauriou e Santi Romano (REALE, 1984, p. 262).

Dentre as correntes antropológicas sobre o pluralismo jurídico menciona-se “a tese de Leopold Pospsil sobre os ‘níveis jurídicos’ dos subgrupos constituídos,

a teoria de Sally Falk Moore sobre os 'campos sociais semi-autônomos' e as formulações críticas mais recentes de John Griffiths"¹⁶⁴.

A teoria de John Griffiths apresenta duas modalidades de pluralismo jurídico, uma modalidade que é aceita e permitida pelo próprio Estado e outra modalidade que se manifesta de forma independente ao Estado. Para o autor, esta última representa um pluralismo jurídico autêntico¹⁶⁵.

Dentre as correntes sociológicas sobre o pluralismo jurídico, a corrente teorizada pelo sociólogo André J. Hoekema é de grande relevância e coerência. Para o autor, o Pluralismo distingue-se em dois grupos, quais sejam, Pluralismo Jurídico Social e em Pluralismo Jurídico Formal, sendo este último dividido em Pluralismo Jurídico Formal Unitário e Pluralismo Jurídico Formal Igualitário.

O pluralismo jurídico social é aquele no qual coexistem dois ou mais sistemas de Direito numa mesma sociedade, sendo um deles reconhecido como Direito oficial e os demais ignorados e não reconhecidos por este Direito oficial. O pluralismo jurídico formal é aquele que reconhece a existência de vários sistemas jurídicos no mesmo âmbito, o que se deu pela necessidade do reconhecimento de leis ou procedimentos de alguns sistemas de direito e pelo desejo de respeitar culturas distintas¹⁶⁶.

O pluralismo jurídico formal unitário é caracterizado pela coexistência de dois ou mais sistemas de direito reconhecido pelo Direito estatal, inclusive constitucionalmente; contudo, neste modelo, o direito oficial reserva-se apenas à faculdade de determinar unilateralmente a legitimidade e o âmbito de aplicação dos demais sistemas de direito reconhecido. Por sua vez, o pluralismo jurídico formal igualitário reconhece a validade das normas de diversos sistemas de direito, como fonte numa comunidade especial, formando uma parte diferenciada, mas que integra a sociedade e assim, reinam simultaneamente todos os sistemas de direito, de forma igualitária¹⁶⁷.

Em sua forma de compreender o pluralismo jurídico, HOEKEMA descreve um pluralismo que é reconhecido pelo Estado ou órgão oficial e outro não reconhecido, defendendo o pluralismo jurídico formal igualitário porque neste

¹⁶⁴ WOLKMER, 1997, p. 199.

¹⁶⁵ Ibid., 1997, p. 202

¹⁶⁶ HOEKEMA, 2002, p. 70.

¹⁶⁷ Ibid., 2002, p. 71.

modelo, prevalece a igualdade de todos os sistemas de Direito.

Ainda dentre as correntes sociológicas sobre o pluralismo jurídico citam-se a seguir, a escola do direito vivo de Ehrlich e a teoria pluralista de Gurvitch, as quais iniciaram as discussões sobre o tema.

- Teoria Pluralista de Ehrlich

O jurista austríaco Eugen Ehrlich, principal representante da escola sociológica do Direito, realizou importante crítica ao pensamento jurídico, especialmente em oposição ao formalismo e ao legalismo excessivo dos sistemas jurídicos, pontos centrais do movimento do direito livre, segundo o qual existe um direito vivo que possui a função de regular espontaneamente a vida em sociedade, opondo-se à dogmática jurídica.

Para Ehrlich, o Direito regulamenta os conflitos de forma institucionalizada ou previne os conflitos e os resolve sem a atuação do Estado, por meio de um direito vivo. Desta forma, segundo o jurista, o Direito nasce de grupos sociais, da aplicação dos juízes e apenas uma pequena parcela surge da normatização estatal, concluindo que o centro gerador do direito não está no Estado, mas na sociedade¹⁶⁸.

Ehrlich, em sua obra, Fundamentos Sociológicos do Direito, defende que o Direito deve primar pelas palavras, mas principalmente deve dedicar-se aos fatos subjacentes ao Direito, por meio de um método indutivo. Fatos estes, que devem ser compreendidos como fenômenos jurídico-sociais reveladores do Direito, ou seja, como mero fenômeno social específico. Neste sentido, o Direito aparece como ordem efetiva de uma sociedade normatizada principalmente por regras de harmonia, ou seja, regras de conduta provinda do Direito vivo, e não exclusivamente, por regras institucionalizadas pelo Estado, porque o centro de emanador do Direito não está na legislação, na ciência jurídica ou na jurisprudência dos tribunais, mas sim, na própria sociedade.

- Teoria Pluralista de Georges Gurvitch

O sociólogo russo, naturalizado francês, Georges Gurvitch propôs uma teoria sociológica que unisse a filosofia pluralista; de origem fichteana com formação fenomenológica e a ciência social de inspiração positivista.

¹⁶⁸ EHRLICH, 1986, p. 24.

O elemento fundamental de sua teoria está na idéia de Direito Social ou de Integração, que surge da própria sociedade na busca de efetividade e democracia para uma coletividade organizada, a qual está presente em todas as comunidades humanas. Este Direito social é anterior a toda forma de organização da coletividade e constitui uma associação igualitária de colaboração, sem qualquer hierarquização ou dominação, na qual os sujeitos jurídicos envolvidos são pessoas coletivas complexas, que absorvem a multiplicidade dos membros do grupo com o fim de proporcionar uma corporação ou da organização¹⁶⁹.

O Direito social propõe um direito de integração motivado de maneira autônoma pela coletividade, de acordo com suas tradições, necessidades e aspirações. Assim, o Direito provindo da sociedade não necessita do Estado, mas apenas de fatos normativos que lhe dêem existência e força obrigatória, em contraposição ao individualismo. Deste modo, o Direito Social de Gurvitch é um direito autônomo, que nasce a partir dos fatos normativos de união, integrando de maneira objetiva cada totalidade ativa, com valor positivo, de modo que a totalidade participa de maneira imediata da relação jurídica que se estabelece.

Em estudo realizado sobre o pluralismo jurídico, Renato Tréves (1977, p. 69) observou que para Gurvitch, o pluralismo jurídico representa uma doutrina segundo a qual o poder jurídico não reside somente no Estado, mas também em numerosos ordenamentos jurídicos diferentes e independentes dos estatais, de forma que a lei estatal não pode ser aceita como a única ou a principal fonte do Direito, mas apenas, como mais dentre tantas outras existentes.

Georges Gurvitch delimitou as categorias de pluralismo jurídico de acordo com três aspectos, quais sejam: a teoria dos fatos normativos, a concepção pluralista das fontes do direito e a característica imperativa-atributiva das regras jurídicas.

Quanto ao aspecto pertinente aos fatos normativos destaca-se que são compreendidos como fontes primárias ou materiais do Direito, em contraposição às fontes secundárias ou formais, que são os procedimentos técnicos para a constatação das fontes primárias. Para esta teoria, os fatos normativos devem em sua essência, possuir valores jurídicos e morais desde sua origem, ligados à idéia de Justiça e aos ideais morais. Posto que o ato de reconhecimento de qualquer

¹⁶⁹ O Direito Social proposto por George Gurvitch foi delimitado em seu Tratado de Sociologia.

regra de Direito implica no reconhecimento de um fato normativo ligado a ação empírica de uma comunidade real e a ação eterna dos valores morais que encontram a sua justificação jurídica no próprio fato de sua existência, porque este fato apresenta em si mesmo um valor jurídico positivo¹⁷⁰.

Quanto ao aspecto pertinente à pluralidade de fontes¹⁷¹ do Direito, Gurvitch atribui à sociedade contemporânea a presença de inúmeros centros geradores de Direito e identifica estes centros como antiestatais, fundamentando um pluralismo jurídico que nega o Direito emanado de modo monopolizador pelos entes estatais¹⁷².

Quanto ao aspecto pertinente à característica imperativa-atributiva das regras jurídicas, Gurvitch leciona que a função do Direito não é necessariamente a resolução dos conflitos, mas sim a instituição de uma ordem pacífica nas relações sociais internas das sociedades, que deve ter caráter imperativo e atributivo.

Dentre as correntes jurídicas sobre o pluralismo jurídico cita-se a corrente delimitada por Miguel Reale, que distingue o pluralismo jurídico em pluralismo sindical e pluralismo corporativo; por Antônio Carlos Wolkmer que prega a existência de um pluralismo jurídico estatal e um pluralismo comunitário participativo; por Martins que apresenta a existência de um pluralismo jurídico tradicional, progressista e também pluralismo jurídico transnacional. Tal como segue:

- Pluralismo Sindical e Pluralismo Corporativo

O jurista Miguel Reale descreve duas formas de pluralismo jurídico, o pluralismo sindical e o pluralismo corporativo.

São pluralistas sindicais aqueles que têm como ponto de interessa central a

¹⁷⁰ Conclusões obtidas em análise ao estudo realizado por José Luis Bolzan de Moraes na obra "A Idéia de Direito Social: O Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch".

¹⁷¹ A tratar sobre as fontes do Direito, Gurvitch preocupou-se com a definição da positividade do Direito, ou seja, em saber como o direito pode ser simultaneamente positivo e normativo e porque deve ser necessariamente uma e outra coisa. O autor considera que as fontes de direito representam os critérios da positividade, ligado à normatividade. Sendo a positividade caracterizada por dois dados, quais sejam, ser instituída por uma autoridade qualificada que não seja idêntica à autoridade da regra em si mesma, e a eficiência real desta regra num meio social dado. De modo que as fontes do direito positivo têm que provar que corresponde a esta dupla exigência, isto é, que representam a autoridade e que garantem a eficiência desta, unindo pela sua própria existência os dois termos em um. Neste sentido, define a fonte do direito como autoridade qualificada sobre a qual se apóia a força obrigatória de uma regra jurídica e que pela sua própria existência, integrando valores, garanta a eficiência real dessa regra.

¹⁷² MORAIS (1977, p. 58 a 62).

economia, devendo o Estado desobrigar-se dos serviços públicos para apenas coordenar os interesses gerais. Para os pluralistas sindicais há dois Estados, um Estado econômico, formado por associações fortes e um Estado político, que é fraco¹⁷³.

Por sua vez, os pluralistas corporativos são aqueles que não aceitam o primado da economia, mas sim, a primazia das corporações, com predomínio da sociologia. Reconhecem cada corporação como uma fonte autônoma de direito, independente do Estado e sua soberania, devendo tais corporações exercer função de interesse público. Seus defensores pretendem organizar o Estado como uma federação de corporações soberanas, de maneira que os serviços públicos venham a ser descentralizados¹⁷⁴.

Estas correntes consideradas por Miguel Reale são relevantes porque demonstram um modo diferente de se conceber o pluralismo jurídico, estando uma forma ligada à economia e à política e outra, a voltada à sociologia.

- Pluralismo Jurídico Estatal e Pluralismo Comunitário Participativo

A corrente que diferencia o pluralismo jurídico em estatal e comunitário participativo é defendida por Antonio Carlos Wolkmer, em sua obra “Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito” por meio da qual o jurista estabelece a existência de um pluralismo jurídico estatal, que é reconhecido, permitido e controlado pelo Estado e um pluralismo jurídico comunitário, que age num espaço formado por forças sociais e sujeitos coletivos com identidade e autonomia próprias, que subsiste com independência ao controle estatal.

Para o doutrinador, o pluralismo jurídico representa uma instância legítima de produção de direitos e resolução de conflitos, que necessariamente engloba a verificação de algumas categorias, tais como os sujeitos coletivos, a democracia participativa, as necessidades humanas fundamentais, a ética concreta da alteridade e a racionalidade emancipatória. Neste sentido, o pluralismo comunitário participativo é capaz de expressar a sociedade como um todo, demonstrando funcionalidade na realização das justas satisfações das necessidades humanas, tendo o critério de justiça como produto da deliberação racional e da decisão

¹⁷³ REALE, 1984, p. 278.

¹⁷⁴ Ibid., 1984, p. 278.

democrática da sociedade¹⁷⁵.

O pluralismo jurídico comunitário participativo torna possível a construção de um novo espaço político oposto aos paradigmas do estado moderno, liberal e monista. Fazendo surgir o paradigma da Democracia Participativa, como forma de alcançar o pleno exercício da cidadania e a possibilidade de efetivação de justiça social, por meio da participação popular comunitária, o que faz com que a legitimidade política passe a emanar do próprio cidadão, por um processo chamado repolitização da legitimidade.

Este modelo de pluralismo jurídico, de teor comunitário-participativo é verificado principalmente nos espaços periféricos do capitalismo latino-americano. Sua existência pressupõe certas condições, tais como legitimidade de novos sujeitos coletivos, implementação de um novo sistema de satisfação das necessidades, democratização e descentralização de um espaço público participativo, defesa pedagógica de uma ética da alteridade e consolidação de processos que conduz a uma racionalidade emancipatória.

Quanto à legitimidade de novos sujeitos coletivos destaca-se que os novos sujeitos que ocupam o papel central do novo paradigma são vivos e atuantes, participam e modificam a mundialidade do processo histórico. Dentre uma pluralidade de sujeitos deve-se privilegiar os novos movimentos sociais que são hoje os sujeitos de uma nova cidadania, revelando-se autênticas fontes de legitimação da produção jurídica. As necessidades aqui postas envolvem exigências valorativas, bens materiais e imateriais. "O desenvolvimento conjuntural e estrutural do capitalismo dependente latino-americano favorece a interpretação das necessidades como produto de carências primárias, de lutas e conflitos engendrados pela divisão social do trabalho e por serviços vinculados à vida produtiva".

Quanto à implementação de um novo sistema de satisfação das necessidades: as más condições de vida experimentadas pelos segmentos populares latino-americanos produzem reivindicações que exigem a satisfação das necessidades relacionadas a sobrevivência e a subsistência.

A democratização e descentralização de um espaço público participativo significa "(...) viabilizar as condições para a implementação de uma política

¹⁷⁵ WOLKMER, 1997, p. 235.

democrática que direcione e ao mesmo tempo reproduza um espaço comunitário descentralizador e participativo". A ruptura com a estrutura societária (centralizadora, dependente e autoritária) exige profundas transformações nas práticas, cultura e valores do modo de vida cotidiano. É necessário reordenar o espaço político, individual e coletivo. Na reordenação política do espaço público, com o processo de consolidação da democracia participativa de base, é necessário propiciar uma legitimidade que se baseie nas necessidades essenciais dos novos sujeitos coletivos.

A defesa pedagógica de uma ética da alteridade é o quarto aspecto para a composição do paradigma alternativo proposto. "A ética da alteridade é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos excluídos e se propõe a gerar uma prática pedagógica, capaz de emancipar os sujeitos oprimidos, injustiçados e expropriados".

A consolidação de processos que conduz a uma racionalidade emancipatória, a última condição, "(...) trata da construção de uma racionalidade como expressão de uma identidade cultural enquanto exigência e afirmação da liberdade, emancipação e autodeterminação".

Desta forma, por meio do pluralismo jurídico comunitário participativo, a sociedade assume papel fundamental com a atuação dos novos movimentos sociais, que passam não só a requerer a efetividade de direitos positivados ineficazes socialmente, como também a criar novos direitos, que podem ou não ser absorvidos pelo ordenamento jurídico estatal. E assim, os sujeitos coletivos que subsistem ao comando estatal são elementos centrais para a doutrina Pluralista, porque representam os sujeitos de direito dentro desta doutrina.

- Pluralismo Jurídico Tradicional, Pluralismo Jurídico Progressista e Pluralismo Jurídico Transnacional

Daniele Comin Martins¹⁷⁶ divide as correntes pluralistas em pluralismo jurídico tradicional e o pluralismo jurídico progressista, além de mencionar o pluralismo jurídico transnacional.

O pluralismo jurídico progressista representa um plano democrático de

¹⁷⁶ Daniele Comin Martins, em artigo intitulado "Pluralidade de Pluralismos: breve incursão nas teorias pluralistas do direito. Publicado na Revista Sociologia Jurídica. N. 6. Janeiro-Junho/2008. Informação obtida no site: <http://sociologiajur.vilabol.uol.com.br>.

emancipação de sociedades dependentes, que busca incitar a participação dos segmentos populares e dos novos sujeitos coletivos. O conceito mais adequado para este pluralismo jurídico de teor progressista é aquele que o designa como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais.¹⁷⁷

As teorias pluralistas emancipatórias ou progressistas alicerçam-se em categorias sociológicas, políticas e jurídicas referentes ao Estado Moderno, e ao Direito Moderno, de modo que em suas teorizações as idéias de emancipação dos sujeitos de direitos e simultaneidade de direitos extra-estatais aparecem permanentemente. Podem ser enquadrados nesta vertente progressista os teóricos Jesus de La Torre Rangel, Oscar Correias, German Palacio, Carlos Cárcova, Roberto Lyra Filho e Antônio Carlos Wolkmer¹⁷⁸.

Segundo Martins, o pluralismo jurídico comunitário participativo idealizado por Wolkmer, representa a teorização mais completa do pluralismo jurídico progressista, de caráter emancipatório no Brasil, o que se deve porque da análise de Wolkmer se desprende a idéia de um pluralismo jurídico voltado à edificação de espaços democráticos emancipatórios, que incentiva a participação dos novos sujeitos coletivos, distanciando-se das visões conservadoras que se reproduzem sob a ótica da barbárie neoliberal.

As teorias pluralistas progressistas possuem conteúdo doutrinário variado, mas há a concordância quanto ao fato de tratarem de uma produção normativa à margem do Direito oficial, fomentado a partir de uma perspectiva emancipatória, que busca soluções alternativas para a crise do Direito Positivo.

Jesus de La Torre Rangel prega uma prática jurídica voltada aos interesses de políticos e éticos a favor do “pobre”, elegendo este, como uma categoria sociológica, enquanto sujeitos usuários da juridicidade alternativa, que englobam comunidades urbanas, campesinas, inclusive os indígenas, de pobres ou empobrecidos¹⁷⁹.

Para Carlos Cárcova, a existência ou não de pluralismo jurídico numa determinada formação social é basicamente uma questão de fato, constatada

¹⁷⁷ MARTINS, 2008.

¹⁷⁸ MARTINS, 2008.

¹⁷⁹ RANGEL (1977, p. 36-37).

normalmente em sistemas sociais complexos. Esta pluralidade deve ser vista como uma unidade descontínua e fragmentada, uma operação para desenvolver valores emancipatórios, em decorrência das promessas não cumpridas da modernidade¹⁸⁰.

Roberto Lyra Filho também é defensor do pluralismo jurídico progressista, na medida em que agrega premissas pluralistas em sua análise dialética da sociedade e do Direito. Para o doutrinador, o fenômeno da juridicidade é um processo dialeticamente¹⁸¹ inserido no processo social, em que o direito é processo, dentro de um processo histórico e não uma coisa acabada¹⁸².

Por sua vez, o pluralismo jurídico tradicional ou conservador é apresentado como solução aos propósitos do neocolonialismo, o qual torna inviável a organização das populações e dissimula a real participação delas na vida jurídica.

Dentre os representantes do pluralismo jurídico tradicional estão jusfilósofos como Otto Von Gierke, Maurice Haurio, Santi Romano e Giorgio Del Vecchio e sociólogos do Direito como Leon Duig, Eugen Ehrlich, Georges Gurvich, Henry Lévy-Bruhl, Boaventura de Sousa Santos, dentre outros.

A corrente do pluralismo jurídico transnacional diverge das correntes tradicionais e progressiva, visto que pressupõe novas dimensões da modernidade, entendidas por alguns, como pós-modernidade. Tal vertente representa um tipo de pluralismo que se articula com a lógica universalizante da *lex mercatoria*, que resulta de normas reguladoras do comportamento das corporações internacionais, criadas por elas mesmas para resolver seus conflitos de competição comercial ou territorial. Nela há a emergência de novos centros de poder e decisão que não são absorvidos pelo direito positivo, emergindo um ordenamento jurídico paralelo ao ordenamento estatal¹⁸³.

Martins (2008) descreve o pluralismo jurídico transnacional como um pluralismo transnacional institucional, constituído de regras de obrigação, ou seja, um “direito material” transnacional, ou ainda como um pluralismo transnacional de

¹⁸⁰ CÁRCOVA (1998, p. 120).

¹⁸¹ Lyra Filho desenvolve um conceito dialético de direito, fazendo uma análise crítica dos modelos positivistas e jusnaturalistas de fundamentação do Direito, para então realizar uma operação dialética de continuação e superação de tais modelos, que não dão conta da totalidade e dialética da realidade, possuindo visões parciais, incompletas, ou distorcidas, do todo. Para o autor, o Direito surge, em sua essência, na dialética social, não apenas sendo produzido pela classe dominante, mas também pelos dominados (Lyra Filho, 1999, p. 82).

¹⁸² Lyra Filho (1999, p. 86).

¹⁸³ MARTINS, 2008.

caráter jurisdicional, representado pela criação de instâncias solucionadoras de conflitos além do judiciário estatal.

O futuro destas instâncias é estabilizar-se como uma instituição de mesmo grau que as jurisdições nacionais de justiça, concretizando-se em cortes internacionais ou outros órgãos internacionais de justiça dotados de poder judicante.

4.1.4 Práticas Alternativas de Exercício do Direito

As práticas alternativas de exercício do Direito representam um conjunto de práticas que colocam em xeque o monopólio da produção jurídica estatal, questionando sua ineficiência no oferecimento do Direito, principalmente quando argüido diante das necessidades de parcelas excluídas da sociedade, tal como os novos sujeitos de direito.

Palácio (1993, p. 133) divide as práticas alternativas de exercício do direito em três grupos, ou seja, por meio de práticas provindas dos meios oficiais, com o uso alternativo do direito e pelo direito alternativo.

As práticas alternativas de exercício do direito provindas dos meios oficiais buscam dentro do ordenamento jurídico estatal trazer formas alternativas de solução aos problemas; dentre estas práticas citam-se a tentativa estatal de ampliação do acesso à justiça, com a criação dos juzgados especiais cíveis e criminais, as ações coletivas, as semanas de conciliação, a informatização do judiciário, a mediação, a conciliação, a arbitragem, dentre outros meios que buscam dentro da juridicidade estatal a resolução de conflitos sociais.

Quanto às práticas alternativas de exercício do Direito, pertinente ao uso alternativo do direito e ao direito alternativo, cumpre brevemente observar que ambos não são sinônimos, sendo relevante estabelecer a diferenciação existente entre os dois, tal como segue.

O uso alternativo do direito consiste no uso da lei oficial estatal pelos juízes togados pelo Estado, na tentativa de que tal legislação minore as desigualdades sociais. Assim, o uso alternativo do direito está compreendido dentro da

juridicidade estatal, em que um juiz legitimado pelo Estado aplica o ordenamento jurídico estatal de forma a atingir certos objetivos, tal como na busca de igualdades sociais.

Wolkmer (2001, p. 226) delinea o uso alternativo do direito como um procedimento técnico interpretativo que retira proveito das contradições do direito positivo em favor das camadas excluídas. Por tal conceito pode-se concluir ser esta uma forma de realizar redistribuição de justiça social.

O uso alternativo do direito teve inspiração na Escola do Direito Livre idealizada por Ernest Fuchs e por Hermann Kantorowicz. Esta escola opôs-se ao positivismo jurídico, que limitava a atividade jurisdicional ao negar aos juízes a realização de uma criação livre para o Direito, opondo-se a uma interpretação não ortodoxa do direito positivado, o que acabava os limitando ao trabalho de mera subsunção na operacionalização do Direito. Para a escola do Direito Livre, o juiz teria não só a faculdade, mas também o dever de se desviar da lei, quando sua aplicação fosse injusta, desde que sua atuação não concorresse ao arbítrio, mas sim, no sentido de satisfação dos problemas de interesse social¹⁸⁴.

O uso alternativo de direito pode se caracterizar pela utilização das contradições existentes no sistema jurídico estatal, partindo do pressuposto de que frente a uma antinomia jurídica, deve o intérprete escolher a opção mais comprometida com a democracia e os interesses dos grupos menos privilegiados.

No país, as práticas de uso alternativo do direito encontram fundamentação nas diversas situações de juízos por “equidade”, que estão no CTN, na CLT, no CC/02 na LICC e também por meio da arbitragem.

Wolkmer (1997, p. 262) determina que “dentre alguns procedimentos alternativos “institucionalizados” que podem ser apropriados, explorados e utilizados pelos novos sujeitos coletivos de juridicidade”, estão as convenções coletivas do trabalho e ações propostas por sujeitos coletivos¹⁸⁵ e a resolução dos conflitos institucionalizada, por meio da conciliação, arbitragem e Juizados de Pequenas Causas, além das práticas e uso alternativos do direito.

¹⁸⁴ MELO (2002, p. 87).

¹⁸⁵ WOLKMER (1997, p. 281) relata que “de toda essa gama de procedimentos informais e não-institucionalizados de produzir direitos, legitimados pela entrada em cena de novos sujeitos coletivos de juridicidade, destacar-se-á o pluralismo das “convenções coletivas” no âmbito das relações do capital e do trabalho e os “acordos” e “arranjos setoriais” que agregam interesses no contexto específico das relações civis coletivas”.

Citam-se ainda o júri popular, comitê ou conselhos populares de justiça, os tribunais de bairro, de vizinhança e a justiça distrital¹⁸⁶.

A convenção e o acordo coletivo de trabalho são formas importantes de negociação coletiva, constituindo-se em expoentes do pluralismo jurídico.

Quanto à Convenção Coletiva do Trabalho que está disciplinada no art. 611 da CLT, WOLKMER (1997, p. 263) descreve que: “afirma-se como um novo tipo de fonte institucionalizada, geradora de normas jurídicas advindas das relações sociais e materializadoras de uma autonomia privada coletiva”¹⁸⁷.

Apresentadas estas ponderações sobre o uso alternativo do direito, passa-se a discorrer sobre o direito alternativo.

Inicialmente, destaca-se que o direito alternativo representa um direito paralelo ao oficial, ou seja, concorrente ao direito estatal; assim, é um modelo de pluralismo jurídico, o que não ocorre com a aplicação alternativa do direito, que na verdade consiste na aplicação das próprias leis estatais, contudo, em favor dos menos favorecidos, ação que é facilitada pelas antinomias da lei estatal.

Dessa maneira, o direito alternativo reconhece a diversidade dos modos de produção do Direito, porque aplica o Direito por meio de fontes não estatais, o que acaba se encontrando com as concepções pluralistas, no sentido de que possibilita a existência de uma pluralidade de ordenamentos em um mesmo espaço temporal e geográfico.

Germán Palácio, ao teorizar sobre o direito alternativo, dividiu-o em três tipos, quais sejam, o direito indígena; o direito da mudança social e o direito insurgente. Segundo o autor, o direito da mudança social deriva de revoluções, tal como a cubana. O direito insurgente é criado pelos oprimidos conforme suas necessidades, insertos ou não na lei vigente e o direito indígena é aquele desenvolvido e aplicado pelos povos indígenas (PALÁCIO, 1993, p. 131).

O Direito alternativo busca a recuperação do Direito representado nas aspirações sociais, sendo necessário considerar algumas questões, tal como a verificação da existência da luta de classes e também a aceitação do Direito como

¹⁸⁶ WOLKMER, 1997, p. 275-276.

¹⁸⁷ Para ele, a particularidade deste procedimento “*consiste exatamente na representação de interesses que, superando a esfera dos indivíduos, não atinge nem se identifica com a esfera pública*”. (WOLKMER, 1997, p. 263). Menciona ainda a convenção coletiva do consumidor, que está regulada no art. 107 do Título V do CDC, que por sua vez determina que por meio de convenções escritas, as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria podem regular suas relações de consumo.

um instrumento para esta luta, na qual a justiça social é o parâmetro para a definição do que é o Direito.

Para Raísa de Lima Melo (2001, p. 88), o pluralismo jurídico pode ser enquadrado tanto na visão do direito alternativo, quanto no uso alternativo do direito, pela pluralidade de visões e interpretações, mesmo que especificamente de um direito estatal.

Todavia, para efeitos do presente estudo, o uso alternativo do Direito não pode ser entendido como uma forma de pluralismo jurídico, porque neste caso, são as normas do Estado, ou seja, as leis emanadas pelos poderes monopolizados do Estado que são aplicadas de modo a favorecer uma ou outra parte, na tentativa de redistribuição de igualdade social. E isto, por si só, não caracteriza o pluralismo jurídico, já que as normas aplicadas são estatais e também aplicadas pelo poder Judiciário estatal.

4.1.5 O Direito Supranacional: uma perspectiva do direito oficial

O direito supranacional é delimitado nesta pesquisa ao direito internacional, sendo tomado como facilitadoras do pluralismo jurídico e não como modelo teórico de pluralismo jurídico propriamente dito, tal como se verá.

Inicialmente, observa-se que as normas de direito internacional para serem exigidas dentro do Estado nacional, têm de ser ratificadas por este e sendo assim, passam a integrar o ordenamento jurídico interno desta nação; dessa maneira, não podem ser tomadas como pluralismo jurídico, visto que, na medida em que se tornam normas do Direito positivado pelo Estado, não podem ser compreendidas como Direito paralelo, por ser exatamente o contrário, ou seja, Direito oficial.

Antes de discorrer sobre este tema, faz-se necessário tratar de alguns pontos relevantes do direito internacional, que vão corroborar com a afirmação acima descrita.

Vale mencionar que os tratados, acordos e convenções internacionais, para que sejam incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro necessitam de prévia aprovação do Poder Legislativo e ainda, ratificação pelo Poder Executivo.

Quando ao procedimento de validação das normas internacionais, Mazzuoli (2001, p. 191) descreve que no Brasil o Congresso Nacional elabora o decreto legislativo, que é espécie normativa aprovada pelo legislativo sobre a matéria de sua competência. Esta competência limita-se à aprovação ou rejeição do texto convencional, que não admite interferência no seu conteúdo. Não está sujeito a sanções do Presidente, mas sim sujeita-se à promulgação pelo Presidente do Senado Federal. Após a aprovação do texto convencional e sua autorização pelo Congresso Nacional, o Presidente ratifica a assinatura já depositada, ou adere se ainda não o tenha feito e após isto, o tratado tem de ser promulgado por Decreto Presidencial, além de publicado.

O poder do Estado é assunto central diante do direito supranacional e assim, é interessante destacar-se a existência de algumas teorias sobre o poder do Estado e sua vinculação ao direito internacional; dentre estas teorias citam-se três, a primeira que prega a existência exclusiva do direito nacional, a segunda que prima pelo direito internacional e uma terceira teoria dualista.

A teoria da existência do direito nacional defende a existência apenas do direito nacional, que se divide em duas correntes, uma versão radical que prega a negação da existência de qualquer vinculação entre os Estados, de modo que as obrigações internacionais conteriam apenas uma simples declaração em que o Estado manifesta sua intenção atual frente a um comportamento futuro e uma violação a essa declaração não consistiria qualquer violação de obrigação¹⁸⁸ e uma versão menos radical que não nega a vinculação ao direito internacional, mas vê no vínculo exclusivamente uma autovinculação do Estado (ZEPPELIU, 1997, p. 87)¹⁸⁹.

A segunda teoria que prima pelo direito internacional descreve haver uma ordem jurídica homogênea, em que as normas emanadas pelo Estado não constituem o grau superior, mas sim as normas de direito supranacional, que

¹⁸⁸ Contudo, destaca ZEPPELIUS o autor que esta teoria radical não corresponde à interpretação geralmente aceita em relação a tratados internacionais, visto que estes não são apenas o sentido de uma declaração de fato, relativas a um comportamento presumível, mas sim o sentido de uma obrigação e diante de seu descumprimento, surge um ato ilícito, que servirá de fundamento jurídico para sanções de direito internacional (ZEPPELIUS, 1997, p. 87 e 88)

¹⁸⁹ Porém, descreve o autor que a vinculação de direito internacional não está sujeita ao poder de disposição do Estado, pelo menos em termos jurídicos e numa via legal, de forma que o fato de um tratado de direito internacional ser vinculativo não pode ter o seu fundamento jurídico na própria declaração, mas apenas numa regra jurídica já existente, por meio da qual os tratados uma vez concluídos, também devem ser cumpridos (ZEPPELIUS, 1997, p. 87).

vigoram imediatamente na ordem interna, sendo então, nulas as leis nacionais contrárias ao direito internacional. Zeppeliu (1997, p. 88) destaca quanto a essa teoria que ela não corresponde à realidade jurídica atual, carecendo de eficácia, apesar de não ser contraditória.

A teoria dualista, por sua vez, prega que o direito internacional cria vinculações apenas para os Estados e sujeitos de direito internacional, sendo que as normas constantes de convenções internacionais adquirem vigência jurídica no plano interno do Estado apenas por meio de um ato jurídico específico do órgão legislativo ou constituinte do Estado, assim, transformando o conteúdo contratual do direito internacional em direito nacional e também, em uma ordem de execução de direito público interno. Se um Estado não harmonizar seu direito interno com os seus tratados de direito internacional, irá violar deveres de direito internacional, o que implicaria sanções de direito internacional, mas não afetaria a validade do seu direito interno¹⁹⁰.

A questão da unidade do poder do Estado frente ao direito internacional significa o fato de existir uma ordem homogênea de direito e de competência, ou seja, a unidade do poder estatal e a supremacia de competências. É fator de relevo porque do ponto de vista interno do Estado são elementos que revelam a consolidação do poder estatal que permite compreender a coletividade política como “*unidade jurídica de decisão e ação*” e assim, poder se tornar titular de direitos e destinatária de deveres de direito internacional¹⁹¹.

Outro ponto de interesse é a questão da soberania estatal, posto ser essencial à independência de um Estado, perante outros Estados, além de garantir a ingerência de um Estado nos assuntos internos de outros, prevalecendo a autonomia de cada Estado dentro de seu território. Sendo então, a soberania, elemento necessário para a existência e conservação do Estado enquanto ente gerenciador da sociedade.

O artigo 2º, n. 1º da Carta das Nações Unidas, considera que: “A Organização baseia-se no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros”; assim sendo, assume que o Estado parte deve ser soberano e possuir

¹⁹⁰ Ibid., 1997, p. 89.

¹⁹¹ Explica o autor que a consolidação do poder estatal fundamenta esta possibilidade de construção jurídica e constitui a condição fática para que deveres de direito internacional, assumidos por uma comunidade política também possam ser seguramente cumpridos (ZIPPELIUS, 1997, p. 80-85)

independência perante os demais Estados, ou seja, deve ter autonomia frente aos demais Estados para assim poder assumir direitos e deveres perante a comunidade internacional.

Contudo, Nascimento (2001, p. 174) considera que a ordem internacional não pode se calar quando o Estado em nome de sua soberania a exerce com desrespeito aos Direitos Humanos, o que deve ser evitado em razão da igualdade entre os povos e da mundialização pela qual passam as nações e as alterações nas relações jurídicas, em que as mudanças do individualismo são transferidas para comportamentos de natureza universal e integrativa.

Atualmente, a questão da soberania vem sendo relativizada, a exemplo, Zeppelius (1997, p. 86) destaca as interdependências inter-estatais que podem conduzir a ingerências na soberania, tal como nos processos juridicamente formais de integração inter-estatal, em que o Estado membro não pode contrariar, com toda a eficácia do direito interno, os acordos comuns e as disposições dos órgãos supranacionais e ainda menciona que atualmente os sistemas de integração inter-estatal são imprescindíveis.

Tomadas estas considerações, retoma-se a questão das normas de direito internacional caracterizarem ou não o pluralismo jurídico.

De início, descreve que para o presente estudo, as normas de Direito internacional não caracterizam o pluralismo jurídico, visto que no país, para que um tratado tenha eficácia, precisa ser aprovado e ratificado, passando a fazer parte do ordenamento jurídico interno do país, não podendo então ser aceitas como Pluralismo Jurídico, posto que passam a ser normas do direito positivado pelo Estado.

A concorrência entre tratados internacionais e leis internas de estatura infraconstitucional é resolvida no país pelo sistema paritário, segundo o qual, o Tratado quando formalizado, passa a ter força de lei ordinária, podendo então revogar as disposições em contrário ou revogar diante de lei posterior. Para o STF, as leis especiais prevalecem sobre pactos ou convenções internacionais que lhes sejam posteriores, por serem estas normas infraconstitucionais gerais, que não revogam normas infraconstitucionais especiais anteriores¹⁹².

Segundo Mazzuoli (2001, p. 14), o Brasil ratificou os principais tratados de

¹⁹² MAZZUOLI (2001, p. 02 e 07).

proteção aos direitos humanos, sendo que os direitos e garantias fundamentais proclamados nas convenções ratificadas pelo Brasil têm status de norma constitucional, em razão do art. 5º, § 2º, da CF/88¹⁹³. Os demais tratados internacionais que não versam sobre os direitos humanos¹⁹⁴, não possuem tal natureza, tendo apenas natureza de norma infraconstitucional, mas supralegal, conforme se extraí do art. 102, III, *b*, da CF/88¹⁹⁵.

Como ponto diferenciador entre os tratados internacionais de direitos humanos e os demais tratados tradicionais, observa-se que aqueles têm incorporação e aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico pátrio, enquanto estes não.

Deste modo, é distinto o tratamento dado aos tratados ratificados pelo Brasil, já que aqueles que versam sobre matéria relativa a direitos humanos possuem natureza de norma constitucional e os demais, natureza infraconstitucional. Este tratamento diferenciado, como explica Piovesan (1997, p. 94):

“(...) justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados”.

¹⁹³ Exemplos destas ratificações são: a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura; a Convenção contra a tortura e outros tratamentos cruéis; a Convenção sobre os direitos da criança; o Pacto Interamericano dos direitos civis e políticos; o Pacto Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais; a Convenção americana de direitos humanos; a Convenção interamericana para prevenir e erradicar a violência contra a mulher; o Protocolo à Convenção americana referente à abolição da pena de morte e o Protocolo à convenção americana referente aos direitos econômicos, sociais e culturais (MAZZUOLI, 2001, p. 60).

¹⁹⁴ Os direitos humanos representam a construção histórica da luta pelo reconhecimento da condição humana e de suas necessidades mínimas de sobrevivências, as quais se firmaram por meio do desenvolvimento social, cultural e tecnológico das sociedades, que teve como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos (*The Universal Declaration of Human Rights*) aprovada em 10 de dezembro de 1948. Para BOBBIO (1992, p. 34) "(...) a Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX". Conforme conclui o doutrinador, representam uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro.

¹⁹⁵ Para MAZZUOLI (2001, p. 60), o art. 5º, § 2º, da CF/88 tem caráter eminentemente aberto, posto que dá margem à entrada ao rol dos direitos e garantias consagrados na CF de outros direitos e garantias provenientes de tratados, admitindo então que os tratados internacionais de direitos humanos ingressem no ordenamento jurídico em nível de norma constitucional e não como legislação ordinária. Os demais tratados têm natureza de norma infraconstitucional, extraída do art. 102, II, *b*, da CF.

Ao fazer interpretação sistemática, conclui Mazzuoli (2001, p. 20) que o Brasil ao se reger nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, conforme art. 4º, II da CF/88 e por se constituir um Estado Democrático de Direitos, de acordo com o art. 1º, III também da Constituição, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. A vontade do legislador no art. 5º, § 2º reclama que os tratados internacionais de direitos humanos em que o país faça parte, integrem o elenco dos direitos constitucionais exigidos direta e imediatamente no ordenamento jurídico interno.

Ainda ensina o autor que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil passam a incorporar automaticamente o ordenamento jurídico, conforme art. 5º, § 1º da CF/88, dispensando-se a edição de decreto de execução para que irradiem seus efeitos tanto no plano interno como internacional.

Assim sendo, o país adota o monismo internacional kelseniano, dispensando-se da sistemática da incorporação, o decreto executivo, de modo que a simples ratificação do tratado pelo Estado importa na incorporação automática de suas normas à legislação interna¹⁹⁶.

Desta forma, os direitos inseridos nos referidos tratados que são incorporados imediatamente no ordenamento interno, por serem normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem por emendas a Constituição (art. 60, § 1º, IV da CF/88), o que se conclui em razão dos arts. § §1º e 2º do art. 5º, juntamente com os art. 60, §, 4º, IV, todos da CF/8. Ressalva-se que as cláusulas pétreas só alcançam direitos individuais e não coletivos¹⁹⁷.

Para a revogação de tratados internacionais, a única solução é a denúncia, sendo que estes apenas podem ser alterados por outra norma de categoria igual ou superior e não por lei interna, não valendo o critério cronológico para estes casos. Neste contexto, o princípio da prevalência da norma mais favorável ao ser humano ganha peso.

Tendo as normas de direito internacional relativas aos direitos humanos o poder de ingressar no ordenamento jurídico, como normas constitucionais e assim,

¹⁹⁶ MAZZUOLI, 2001, p. 61.

¹⁹⁷ Ibid., 2001, p. 61.

no patamar de normas supremas, aqueles que delas necessitarem para defender seus direitos, devem abusar desta prerrogativa, principalmente os povos tradicionais e as minorias. Deste modo, conclui-se que o direito supranacional, pode auxiliar o pluralismo jurídico na defesa de seus interesses.

Desta forma, o direito supranacional é meio adequado a garantir a diversidade cultural e ao pluralismo jurídico, principalmente os direitos humanos, mas não pode ser entendido como uma forma de Pluralismo Jurídico em si, porque mesmo sendo uma ordem jurídica emanada de entidades não estatais, estas regras são aceitas pelo Estado e na grande maioria das vezes, para ter vigência, precisam ser ratificadas e passam a fazer parte do ordenamento jurídico interno do Estado.

Contudo, uma advertência deve ser dada às relações comerciais internacionais privadas, as quais buscam constantemente formas de regulamentação ágeis e eficientes, as quais não necessariamente resultam de ordens de um ou outro Estado, e aí sim, frente ao direito comércio internacional privado poderia se estar falando de normas supranacionais que caracterizariam o Pluralismo Jurídico, a exemplo, citam-se a arbitragem internacional e a Lex Mercatória.

Estes últimos podem representar formas de manifestação do Pluralismo Jurídico porque por meio deles, comerciantes estabelecem entre si, regulamentos próprios para suas trocas comerciais, os quais representam ordens que não provêm de normas ou leis estatais, mas sim, de regras, usos e costumes criados historicamente para a regulação e garantia do comércio internacional. Neste sentido, estar-se-ia diante de um Pluralismo Jurídico, consubstanciado na convivência harmoniosa entre normas criadas por comerciantes, as quais convivem de modo paralelo às leis positivadas pelo Estado e também, porque tais regras além de não ser emanadas por um Estado-nação também não são aplicadas por este, por meio de seu poder judiciário, mas sim, por árbitros escolhidos pelas partes e que não fazem parte do quadro de juízes estatais.

A relativização da soberania para a constituição de blocos e organizações internacionais favorece a formação de uma ordem jurídica global. O Estado deixa de ser o referencial monopolizador da produção jurídica, abrindo campo ao pluralismo.

4.2 A DICOTOMIA MONISMO VERSUS PLURALISMO JURÍDICO DIANTE DO ESGOTAMENTO DO ESTADO MODERNO

Com o advento do Estado moderno, o monismo jurídico se consolidou como o paradigma jurídico dominante, corroborando para a compreensão do monopólio da produção jurídica pelo Estado. Contudo, diante do enfadamento atual do Estado Moderno, que ora é assumido como incursão em uma fase pós-moderna, o pluralismo jurídico apresenta-se como uma corrente contra-hegemônica, que acaba por criar uma situação de dicotomia entre o monismo e o pluralismo jurídico na contemporaneidade.

Desta forma, assume-se nesta pesquisa a existência de um impasse entre o monismo e o pluralismo jurídico, em razão da oposição de concepções e interesses que ambos possuem.

A mencionada dicotomia pode ser observada nos fins do século XIX e meados do século XX, como reação ao monismo jurídico e à limitação do direito à lei estatal, representada por uma forte reação das doutrinas pluralistas¹⁹⁸.

Ressalva-se que o monismo é um fenômeno jurídico que floresceu na cultura ocidental européia, a partir do século XVII e XVIII, caracterizando-se pela centralização dos interesses individuais, da propriedade privada e da ética da racionalidade liberal-individualista¹⁹⁹.

Bancal (1984, p.145) descreve que o Estado-dominador e a propriedade subordinadora saíram da herança, de uma mesma mística da autoridade, que os impossibilita negar o governamentalismo estatal de sua onipotência²⁰⁰.

Assim sendo, o Estado criou a impressão de que seu monopólio seria inquestionável e absoluto, de modo a ser inaceitável formas alternativas de

¹⁹⁸ WOLKMER (1997, p. 181)

¹⁹⁹ Ibid., 1997, p. 169.

²⁰⁰ Segundo Bancal (1984, p.123) “o misticismo ou adoração do homem pelo homem, o capitalismo ou exploração do homem pelo homem são três manifestações e três realizações correlativas da autoridade arbitrária do homem sobre o homem, de uma hierarquização alienante do sistema social, de uma negação unitária de uma pluralidade de autonomias”. Para Bancal (1984, p. 163-164) “Quer o Estado seja chamado de império, monarquia, república, democracia, é sempre a mesma coisa”, pois é organizado como instrumento de exploração e dominação. “Centralização unitária e hierárquica, o Estado é uma concentração liberticida e imprópria que desconhece a pluralidade dos grupos sociais, sua autonomia antinômica, que especifica seu poder, e sua solidariedade federativa, que os uniu”.

juridicidade além da estatal.

A partir do momento em que o Estado tomou para si o monopólio da produção jurídica e o oferecimento do Direito, acabou criando a necessidade da formação de um ordenamento jurídico positivado extenso, por meio do qual pudesse controlar e oferecer resposta a todos os conflitos sociais.

Portanto, a crise do monismo jurídico reside dentre outros fatos, na verificação de que suas regras deixaram de resolver os problemas emergentes, causando um descontrole perante a sociedade, por não responder à perspectiva das novas necessidades sociais, do modelo de produção capitalista, da integração de mercados, da descentralização e globalização do capital, dentre outros motivos que acarretam conflitos individuais e coletivos, principalmente este último, com suas demandas e novas necessidades.

Deste modo, o esgotamento do Estado moderno, do positivismo jurídico e consequentemente do monismo jurídico ocorrem porque não acompanharam tais transformações econômicas, políticas e sociais, geradas pelo desenvolvimento das sociedades e dos fatores acima mencionados.

Assim, a dicotomia existente entre pluralismo e monismo fortaleceu-se diante da oposição de seus fundamentos, visto que para o monismo não há Direito fora do Estado, ou seja, o direito só pode ser emanado pelo Estado; não são legítimas formas de regulamentação jurídica que não provenham do poder estatal, o que se compreende, pois se assim o reconhecesse, estaria renunciando a suas próprias bases monistas, que determinam um poder central, único e legitimado no interesse geral, os quais são totalmente incompatíveis com os fundamentos pluralistas. Enquanto, para o pluralismo jurídico, o Direito pode surgir de outras fontes, que não apenas as estatais.

Estas concepções divergem na medida em que, de um lado, o pluralismo prega a coexistência de várias ordens jurídicas e de outro o monismo compreende o direito estatal como único, além de negador das demais ordens jurídicas vigentes. Contudo, não poderia ser diferente, posto que mesmo estando o pluralismo jurídico vivo na sociedade, o Estado assim não poderia reconhecer, para não trincar suas bases monistas e positivistas.

Nada obstante, mesmo diante da negação estatal da vigente do pluralismo jurídico, ele realiza-se e se afirma como um novo referencial para a concretização

de uma sociedade mais justa e igualitária.

Em defesa do pluralismo jurídico, Souza Santos (2000, p. 171) afirma que na verdade “(...) o Estado nunca deteve o monopólio do direito”, sendo que o ordenamento jurídico das sociedades modernas desde o início foi constituído por dois elementos, isto é, a coexistência de várias ordens jurídicas (estatal, supra-estatal, infra-estatal), sendo o direito estatal apenas uma das várias ordens jurídicas integrantes da constelação jurídica e a compreensão do direito estatal como único e negador das demais ordens jurídicas vigentes sociologicamente na sociedade.

Ao analisar a crise do paradigma legal monista, Wolkmer (1997, p. 157 -158) também demonstra a vigência do pluralismo e descreve que “ao contrário da concepção unitária, hegemônica e centralizadora denominada de “monismo”, a formulação teórica e doutrinária do pluralismo designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação com particularidades próprias²⁰¹”.

O autor reconhece que a resposta para tal contexto “encontra-se num espaço político jurídico, legitimado por necessidades básicas transformadas em direitos e pela ação histórica de novos agentes sociais”²⁰².

Logo, o pluralismo jurídico é apresentado como novo referencial para o Direito, provindo de comunidades que ao implementar suas necessidades, criam um Direito legitimado e eficiente frente as suas necessidades, contudo, paralelo ao estatal.

Desta forma, Wolkmer (1997, p. 290) reconhece que diante de uma perspectiva pluralistas, “não se trata mais, como no velho paradigma do monismo estatal, de identificar e reduzir o conceito de legitimidade ao aspecto simplesmente jurídico”, pois com o pluralismo a legitimidade não se funda mais na legalidade positiva, mas sim, resulta do consenso nas práticas sociais e das necessidades reconhecidas historicamente como justas, éticas e reais.

Sendo o pluralismo jurídico uma realidade inegável, mas camuflada pelo Estado, pelos detentores do poder e também por seus não simpatizantes, que desponta como um marco jurídico da atualidade, na expectativa de trazer avanços

²⁰¹ Para o autor “as experiências e as práticas cotidianas dos movimentos sociais acabam redefinindo, sob os liames de um pluralismo político e jurídico comunitário-participativo enquanto condição paradigmática, um espaço que minimiza o papel do “institucional/oficial/formal” que exige uma participação autêntica e constante no poder societário” (WOLKMER, 1997, p. 304).

²⁰² Ibid., 1997, p. 287.

às sociedades, principalmente pelo fato de importar maiores condições de dignidade humana e democracia à coletividade.

Em defesa do pluralismo, Wolkmer (1999, p. 112) ainda descreve que por meio das “normas impostas pelo movimento social, à sociedade organizada cria seu próprio ordenamento jurídico, paralelo ou complementar aquele garantido pelo próprio Estado, através de produção pacífica ou de processo de luta”. Para o autor o ordenamento jurídico é instaurado quando criado pelo Estado e reconhecido quando elaborado pelos grupos sociais.

Neste ponto, ressalta-se novamente a importância do pluralismo, visto possuir maior legitimidade enquanto fonte emanadora do Direito, já que é reconhecida pela comunidade e não imposta, como ocorre na grande maioria das vezes, com o direito positivado pelo Estado.

Wolkmer descreve que frente ao choque entre o “legal oficial” e o “extralegal *insurgente*”, qualquer das duas ordenações legais que seja privilegiada, refletirá uma preocupação influenciada pelos critérios do velho paradigma que separa e subordina o poder da sociedade ao poder político centralizador do Estado, sob a perspectiva ideológica da supremacia do monismo estatal. Ainda elucida que diante de uma transição paradigmática, tal com a convivência do pluralismo com o Estado, as relações entre o direito formal estatal e o direito informal dos movimentos sociais, pode ocorrer a supremacia de um deles, de forma que a supremacia de qualquer deles dependerá das condições e do avanço do poder de regulação social em contraposição ao poder de regulação estatal²⁰³.

O autor complementa suas elucidações descrevendo que a existência de uma sociedade democrática, descentralizada e participativa sob o controle de cidadanias organizadas e atuantes indica a supremacia do direito comunitário, mas se este não for forte e eficaz, poderá ser absorvido pelo ordenamento institucionalizado. E assim, irá conviver e aceitar o direito estatal da mesma forma que este reconhece e tolera as formas plurais de direito²⁰⁴.

Nesta perspectiva, o Direito provindo de fontes paralelas às estatais deve ter representatividade e ser ativo na luta pelo interesse da coletividade que representa, sobrepondo-se a este, fazendo-se valer, mesmo que represente uma afronta ao

²⁰³ Ibid., 1997, p. 106.

²⁰⁴ Ibid., 1997, p. 106.

Estado monopolizador e a muitas de suas concepções já ultrapassadas, mas totalmente enraizadas no seio da sociedade.

As vantagens do pluralismo jurídico frente ao monismo estatal são diversas, tais como: - a afirmação da primazia de interesses que são próprios a cada grupo predominante; - a manutenção do equilíbrio entre grupos iguais; -a especificação das instituições; -o resguardo da independência das instituições e o favorecimento da descentralização jurídica e desenvolvimento econômico²⁰⁵.

Além destas, acrescenta-se a prevalência do interesse da coletividade, o fortalecimento das forças tradicionais, o predomínio da diversidade cultural, a manutenção do equilíbrio entre sociedade local, direito e desenvolvimento, aplicação de direitos conforme exigências sociais específicas, concretização da justiça e democratização, dentre tantos outros.

Portanto, frente à dicotomia entre monismo e pluralismo jurídico, as acepções pluralistas devem prevalecer, em razão das vantagens que apresenta se comparada ao monismo. De modo a se optar pela assertiva do pluralismo, em face de um monismo jurídico ora, insustentável, frente ao dinamismo e às novas tendências e exigências da sociedade.

Deve o Estado repensar seus fundamentos e também sua dinâmica funcional, visto que os acontecimentos sociais, econômicos e políticos lhe exigem mudanças, principalmente em razão da insustentabilidade do monismo jurídico e conseqüentemente do positivismo jurídico.

Vale observar que Maliska (2000, p. 56) apresenta posicionamento divergente e entende não haver dicotomia entre monismo e pluralismo jurídico, porque segundo informa, o pluralismo não representa uma substituição da ordem, ou ordem paralela, havendo uma interação entre ambos.

Quanto a esta afirmação de Maliska, descreve-a como uma ponderação coerente, no sentido de ser ingênua a aceitação de que diante das fontes plurais do Direito e da aplicação paralela destas fontes, o Estado por si só se esfacelaria, o que seria impossível, ou ainda, que tal dicotomia pudesse representar o fim do Estado.

Contudo, discorda-se do ponto de vista acima apresentado, posto se reconhecer a dicotomia entre monismo e pluralismo jurídico, na qual os

²⁰⁵ Ibid., 1997, p. 198.

fundamentos daquele estão vinculadas a um Estado centralizador e monopolizador da ordem jurídica, o que é incompatível com o pluralismo.

Ocorre em verdade, que o pluralismo jurídico e sua materialização na sociedade demonstram que o Direito não é emanado exclusivamente pelo Estado e que por isto, este não detém o monopólio da produção jurídica, o que não significa que o Estado, enquanto instituição esteja fadada ao fim. Contudo, há que se ressaltar que este modelo de Estado monista e positivista sofre transformações que podem inclusive originar um novo modelo de Estado ou forma de organização social.

Frente a estas ponderações, deve-se buscar um Estado que aceite e interaja com as fontes paralelas de produção do Direito, ou que as respeite quando não houver integração, no intuito de garantir maior legitimidade, efetividade, democracia e a tão almejada justiça à sociedade.

4.3 PONDERAÇÕES SOBRE UNIVERSALISMO E RELATIVISMO JURÍDICO E SEUS REFLEXOS AO PLURALISMO JURÍDICO

As teorizações sobre o universalismo e o relativismo jurídico apresentam reflexos à teoria pluralista, visto que a dicotomia presente entre as concepções universalistas e relativistas encontra-se com a dicotomia do pluralismo e do monismo jurídico e também com o processo mascarado de homogeneização cultural implementado em grande medida pela mundialização, no qual o Direito à diferença passa a fazer diferença.

Os estudos sobre o universalismo e relativismo buscam respostas sobre a possibilidade deste direito à diferença, sobre a perspectiva ou não de limitações à diversidade cultural, ao multiculturalismo, às diversas formas de manifestação social, sobre a probabilidade de consensos sociais, dentre tantas outras questões, que permeiam a questão do direito à diferença.

Assim, sendo o pluralismo jurídico o tema principal desta pesquisa, vale traçar algumas considerações sobre o universalismo e o relativismo jurídico, corroborando com a apresentação de questões sobre as comunidades tradicionais

e a discussão sobre o direito à autodeterminação dos povos, que ora defende-se como necessária à justiça social.

Em regra, a discussão principal do universalismo e do relativismo jurídico permeia a defesa oposta que ambos defendem sobre a possibilidade ou não de haver direitos comuns aplicáveis a qualquer ser humano, em razão unicamente de sua condição humana, em situação em que o relativismo entende ser impossível a concepção de qualquer direito comum, em razão das diferenças culturais e do respeito que se deve as diferenças. Já para o universalismo, a condição humana de qualquer homem garante um mínimo ético comum, que geraria direitos mínimos comuns a qualquer ser humano.

Destaca-se que esta é uma discussão que empolga os juristas, mas que dificilmente obterá consenso ou respostas comuns, posto possuem posicionamentos que por natureza são antagônicos.

O caráter universal dos direitos humanos fundamentais é fruto de um processo histórico, no qual a comunidade internacional teve de se curvar à necessidade de um parâmetro universal mínimo de respeito à dignidade humana e mesmo existindo diversidade cultural, ela não pode justificar atos contrários à dignidade humana.

Os universalistas defendem a legitimidade dos instrumentos internacionais, que ao serem ratificados pelos Estados, obrigam-nos a agir em concordância com o que está disposto nestes ordenamentos supranacionais, sob pena de responsabilização frente à comunidade internacional.

Há uma diversidade de autores que tratam deste tema, a exemplo cita-se Lima (2002, p. 35) para quem a universalidade dos direitos humanos é consagrada pela universalidade dos chamados "*human wrongs*", entendidos como os atos que não devem ser praticados contra um outro ser humano; nesses casos, o foco está na vítima, ou seja, naquele que sofre a violência.

Eligio Resta apóia-se nos princípios de direitos humanos para defender sua teoria sobre o "direito fraterno", segundo a qual deve prevalecer um ideário cosmopolita como instrumento moral e com responsabilidade política e jurídica estabelecida pela lei universal da amizade, a qual teria a capacidade de restabelecer a humanidade como lugar comum, pela construção de uma espécie

de cidadania e de identidade, como mecanismo de inclusão e integração social²⁰⁶.

A doutrina relativista, por sua vez, prima pelo respeito ao diferente, na medida em que todos possam desenvolver e ter garantido sua cultura, política, seu modo de produção, seu Direito, enfim, amplia o conceito de juridicidade para além das fronteiras do Direito estatal.

Zeppelius (1997, p. 340) expõe que o relativismo moderno surgiu em uma época em que o alargamento dos contatos interculturais evidenciou a pluralidade de cosmovisões possíveis, em situações em que inicialmente esteve presente o dilema das cosmovisões provocadas pelos conflitos e guerras de religiões, embasadas em diversas teológicas ideológicas conflitantes e simultâneas, o que resultou um profundo ceticismo em face de todas as verdades absolutas, tanto de natureza teológica, como ética e política.

Os relativistas contrapõem-se aos universalistas e argumentam a inexistência e impossibilidade prática de uma comunidade ética universal e conseqüentemente a impossibilidade da universalidade dos direitos humanos.

Souza Filho (1998, p. 48), defensor do relativismo jurídico, descreve que o direito à diferença é essencial no relacionamento entre os povos e que o “universalismo teria que ser plúrimo, quer dizer, não é possível que um povo, ainda que lhe tenha sido revelada a verdade, possa impô-lo a outro povo, por mais bárbaros que sejam seus costumes”.

Ribeiro (2004, p. 163) pondera que para os relativistas a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral, vigente em determinada sociedade, de modo a acreditarem que o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal e assim leciona que:

“(…) para a implementação dos direitos humanos, emerge o desafio da construção de um novo paradigma, pautado por uma agenda de inclusão, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático, nos planos local, regional e global. A prevalência dos direitos humanos e do valor democrático há de constituir a tônica deste novo paradigma global, que demanda o enfoque das ordens local, regional e global a partir da dinâmica de sua interação e impacto²⁰⁷” .

²⁰⁶ RESTA, 1996, p. 96.

²⁰⁷ RIBEIRO, 2004, p. 169.

Para os relativistas, a fonte dos Direitos Humanos é a cultura; cada sociedade possui a sua, cabendo a cada cultura elaborar suas normas jurídicas, restando aos demais, apenas o devido respeito à diversidade cultural, e as normas de direitos humanos devem ser consideradas de acordo com os diferentes contextos culturais formadores das sociedades, o que implica na impossibilidade da ocorrência de valores absolutos aplicáveis a qualquer ser humano.

Os universalistas reconhecem a pluralidade cultural, mas mesmo diante desta, afirmam a garantia de um mínimo ético irreduzível para todas as sociedades, em razão da dignidade da pessoa humana. Tal posição universalista é confortável, na medida em que determina um mínimo de direitos a serem concedidos a qualquer ser humano, sem determinar como se tornaria possível tal garantia, diante da diversidade existente, e modo a permanecer a questão sobre como fazer com que as diferenças sejam reconhecidas, sem cometer violências.

É louvável a intenção universalista de ver o respeito ao ser humano garantido por meio dos direitos humanos, que são entendidos como passíveis de legitimar uma ordem jurídica que respeite as diferenças.

Nada obstante, são compreensíveis as aspirações universalistas, posto que se todos os seres humanos são iguais fisiologicamente, como podem fatores étnicos, religiosos, políticos, culturais ou sociais impedir a existência de um ou mais direitos mínimos que todos os homens possuam, unicamente por sua condição humana ?

Esta é uma questão ainda sem resposta, valendo-se destacar que mesmo sendo o relativismo jurídico um ideal a ser alcançado pelas sociedades em defesa do diferente, não há como se fugir da coerência universalista quanto à observação de que qualquer ser humano teria um direito mínimo aplicável, em razão exclusivamente da condição humana, que todo ser humano possui.

Maliska (2000, p. 124) descreve que: “A expressão plural do Direito encontra na universalidade dos valores fundamentais, uma guarida”. Pensar no Estado de Direito, na Democracia e nos Direitos Humanos como negadores das múltiplas expressões do jurídico como movimento histórico concreto, significa ignorar o caráter universal que possuem.

Talvez o único direito humano universal seja o direito de escolha que cada indivíduo possa vir a ter, principalmente o direito ao livre arbítrio, a partir do

momento em que este indivíduo tenha consciência de si. O que tornaria a questões entre relativismo e universalismo jurídico menos complicada, posto que o universal e o relativismo partiria de cada um, sem imposição.

Porém, surgiria o problema da definição sobre o momento em que o ser humano teria consciência de si, a ponto de poder tomar suas próprias decisões, devendo esta questão ser resolvida de forma interdisciplinar entre as diferentes ciências.

E assim, com respeito ao poder de decisão sobre si, os universalistas amenizariam suas insurgências no momento da defesa daqueles que entendem ser inocentes e que são usados, agredidos e muitas vezes até mesmo sacrificados, em nome da diversidade cultural.

Observa-se que esta não é uma crítica à diversidade cultural, que ao contrário, ora é enaltecida; todavia, o emprego da cultura, seja ela do modo que for, deveria ter o consentimento consciente de cada indivíduo, que também deveria conhecer o diferente e assim poder livremente optar e, enfim, decidir por si.

E assim, observa-se novamente, que talvez o direito de escolha possa ser um dos direitos mínimos que deva ser garantido a todo ser humano.

As mudanças sociais frente a essas observações vão ocorrendo, gradativamente e a custo de muito esforço, Souto (1999, p. 203 a 205) explica que as mudanças são características penetrantes da sociedade humana, podendo-se até dizer que são naturais e tão normais quanto a ordem social e seguem um padrão social, acumulativas, multilíneas e contínuas²⁰⁸.

É certo que as mudanças sociais, por gerarem modificações de comportamento e até de mentalidade exigem certo lapso temporal, o qual às vezes pode ser longo, mas quando ocorridas, demonstram ser produtivas.

Quanto ao universalismo e relativismo, ambos devem dialogar para evitar extremismos e assim, buscar cada qual trazer suas transformações à sociedade, o que significa não ser necessário, que ambas se excluam.

As visões apresentadas podem parecer antagônicas, parecendo ora se defender o relativismo por meio do direito à diferença, à diversidade cultural e ao pluralismo jurídico e ora defender um mínimo ético associado a garantias e direitos

²⁰⁸ As mudanças sociais têm sido definidas como “qualquer alteração não repetível nos modos de conduta estabelecidos em sociedade (...) e estas mudanças podem ou não conduzir a uma mudança no comportamento, que realmente caracterizaria uma mudança social.”

mínimos passíveis de ser adquiridos por qualquer ser humano, unicamente pela condição humana.

Para explicar essa possível dúvida, expõe-se que neste trabalho o direito à diferença, à diversidade cultural e ao pluralismo são defendidos e entendidos como a melhor opção a ser praticada pelas sociedades, o que não significa que possam com o uso do manto do multiculturalismo cometer atrocidades de qualquer natureza, contra qualquer ser humano, em nome do respeito à diversidade cultural.

As diferenças culturais devem ser vistas de modo positivo e jamais poderão servir e assumir as injustiças que um ser humano cometa contra o outro, em seu nome.

Por isso, ora defende-se o direito a escolha, no sentido que de qualquer ser humano possa optar por determinada cultura e assumi-la com todos os seus ônus e alegrias, de modo consciente, o que poderia ser um ideal a ser atingido e que por si só, esta utopia traria respeito tanto ao universalismo, quanto ao relativismo, na medida em que tendo o direito de escolha, o próprio indivíduo optaria entre um ou outro, o que também geraria democracia e humanidade.

Assim, a discussão travada entre universalismo e relativismo traz reflexos ao pluralismo jurídico, visto que o reconhecimento aos princípios relativistas implica também, no reconhecimento a diversidade de ordens jurídicas derivadas da multiculturalidade de cada coletividade, aptas a produzir efeitos jurídicos efetivos, aqueles que produziram tais ordens.

O pluralismo jurídico prima pelo reconhecimento de diversas fontes do Direito, além da estatal, o que se coaduna com as concepções relativistas da existência destas diversas fontes e do necessário reconhecimento delas; neste sentido, pluralismo e relativismo jurídico caminham juntos na busca do respeito à dignidade do diferente.

4.4. MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS: DO INDIVIDUALISMO AO COLETIVO E OS NOVOS SUJEITOS DE DIREITO

O pluralismo jurídico coloca em xeque os paradigmas da sociedade

moderna, voltada ao individualismo, ao modo de produção capitalista liberal, ao monista e ao positivismo jurídico, fazendo com que tais paradigmas sejam reavaliados frente ao apontamento de novos paradigmas, tais como os da coletividade, globalização, multiculturalismo, dentre outros que primam pelos interesses coletivos.

Deste modo, o Direito no séc. XXI assenta os interesses individuais e coletivos frente a frente e faz com que posições sejam assumidas diante da possibilidade ou consubstancialidade de conflitos, o que se dá por meio de normas positivadas ou não.

Wolkmer (1977, p. 199) argumenta que a deficiência do direito em lidar com conflitos de caráter coletivo manifesta-se em dois níveis: na inadequação da legislação civil e na crise do Poder Judiciário, caracterizada basicamente, por um desajuste estrutural e pouca eficácia na resolução e no controle dos conflitos sociais, bem como pelo distanciamento na participação das soluções para os problemas gerados pelas novas tendências globalizantes do capital.

As necessidades modernas são inesgotáveis e como tal, também são os núcleos geradores de novos sujeitos coletivos, os quais pelo processo histórico-social periférico interpuseram reivindicações de vontades coletivas. Deste modo, em defesa dos sujeitos coletivos e da legitimidade do pluralismo jurídico descreve que:

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

É necessária uma mudança paradigmática, aqui assumida como a forçosa necessidade de mudanças no conjunto de regras, regulamentos ou padrões tomados como verdadeiros perante a sociedade, com o intuito de nortear a resolução de problemas, que não costumam ser questionados pelo bitolamento causado pelo paradigma dominante, no caso, o paradigma do individualismo.

Imperioso partir-se do individualismo ao coletivo por meio dos novos sujeitos

de direito que despontam como marco para a esperada mudança paradigmática, que se inicia com a organização de movimentos sociais e populares. Observa-se que os movimentos populares são espécie do gênero, movimentos sociais.

Vale destacar que os movimentos sociais são definidos como ações coletivas que causam transformações voltadas para a realização dos mesmos objetivos, sob orientação mais ou menos consciente de princípios valorativos comuns e sob a organização diretiva mais ou menos definida²⁰⁹.

Para Gohn (2000, p. 247 e 248), os movimentos sociais são ações sociopolíticas construídas por atores coletivos pertencentes a diferentes camadas sociais, articuladas em certos cenários da conjuntura socioeconômica e política de um país, os quais criam um campo político de forças sociais na sociedade. Estas ações são sociopolíticas porque nos movimentos sociais, as ações dos homens são movidas com objetivo de transformação, sendo o objetivo dos componentes dos movimentos sociais a realização da luta social que irá depender da camada e dos objetivos aos quais estão vinculados, tal como a luta pelos interesses coletivos ou dos grupos minoritários, etc.

A autora ainda salienta a existência de novos movimentos sociais, tais como o crescimento dos movimentos rurais entre as décadas de 80 e 90; o crescimento dos movimentos sociais temáticos sobre raça, gênero, idade, etc; e também os movimentos nacionais que atuam em rede²¹⁰, como a central de movimentos populares (CMP) e associação brasileira de ONG's (ABONG), além de movimentos internacionais como a anistia internacional e o Greenpeace²¹¹.

Dentre as ações civis que merecem destaque, apontam-se as ONG's (Organizações não Governamentais), por assumirem papel relevante de interlocução entre os movimentos sociais e o poder público, inclusive pleiteando recursos junto ao Estado, além da implementação de políticas públicas.

Os movimentos ambientais, o movimento rural dos trabalhadores sem-terra (MST), o movimento Sem-teto, o movimento negro unificado, a associação brasileira das rádios comunitárias, o SINDIPETRO, a CUT, dentre outros, também

²⁰⁹ SHERER-WARREN (1987, p. 15)

²¹⁰ SHERER-WARREN (1993, p. 23) descreve os movimentos sociais em rede como modelo marcante dos movimentos sociais brasileiros. Tais movimentos buscam articular atores, movimentos sociais e culturais por meio de organizações populares do mesmo tipo, assumindo pressão institucional mais ampla, podendo a transnacionalidade fazer parte da rede, bem como pode também haver pluralismo ideológico e organizacional.

²¹¹ GOHN (2000, p. 308).

merecem destaque.

Nesta perspectiva, o interesse coletivo deve prevalecer frente ao direito individual, até mesmo em respeito à inspiração base estatal, de primazia dos interesses da maioria e não da minoria; porém, essa não é a realidade e muitas vezes o direito individual, privado, acaba se sobrepondo ao interesse da coletividade.

Contudo, quanto a essa realidade, Souza Filho (2000, p. 311 e 312) descreve que no conflito entre direitos individuais e os coletivos, a lei já decidiu pela prevalência deste, estando o problema no fato da lei não prever todos os casos da vida real, de modo a ser mais amplos os limites da discricionariedade do que os desejáveis, devendo a ação ser comprometida com mudanças, tendo os atores um mínimo de consciência crítica sobre sua atuação.

Ainda ressalva que a democracia é pressuposto aos novos direitos coletivos, comunitários e sociais, porque possibilita que sejam exercidos mesmo contra a vontade do Estado. Estes direitos são diferentes dos tradicionais porque dependem apenas de proteção do Estado e também, do efetivo exercício da administração pública para os promover²¹².

Nesse contexto, aparecem as novas identidades coletivas, formadoras de direitos e que não passam nem pela positivação estatal nem por instituições representativas convencionais, isto é, trata-se do pluralismo de formação jurídica proveniente diretamente da comunidade, com caráter múltiplo, informal e mutável²¹³, o qual se torna referencial para o político e para o jurídico em compromisso com a atuação de novos sujeitos coletivos, com a satisfação das necessidades humanas essenciais e com o processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário (estratégias)²¹⁴.

²¹² Conclui então que se deve criar um novo Estado, forte, que julgue os direitos coletivos. Deve ter um judiciário democrático em sua concepção, multidisciplinar em sua formação e plúrimo em sua composição (SOUZA FILHO, 2000, p. 321).

²¹³ São “fontes não estatais de produção informal e autônoma, a composição de novos direitos que nascem de necessidades humanas fundamentais, (...) são “os pólos geradores da produção jurídica e são encontrados na própria sociedade” (WOLKMER, 1997, p.142 e 144)“.

²¹⁴ WOLKMER (1997, p. 207 a 216) acresce a tal entendimento, “fundamentos formais”, como a materialização de uma “ética concreta da alteridade”, com a construção de processos atinentes a uma racionalidade emancipatória, capazes de traduzir a diversidade e a diferença das formas de vida cotidianas, a identidade, informalidade e autonomia dos agentes legitimadores. Descreve que “os modelos culturais, normativos e instrumentais que fundamentaram o mundo da vida, a organização social e os critérios de cientificidade estão insatisfatórios e limitados”. Sendo as

Tais acontecimentos destacados são essenciais para o alcance da mudança paradigmática do individualismo ao coletivismo.

Souza Filho (2000, p. 312-316) aponta o fato de os direitos coletivos não possuírem titularidade individualizada, posto serem frutos de uma garantia jurídica genérica com função abstrata diante da lei, que se concretiza independente da consciência ou vontade do sujeito. O autor destaca ainda que os direitos coletivos existem dentro do Direito, mas continuam invisíveis, o que se deve, pois embora sejam aceitos pela lei, inclusive constitucionalmente, não têm guarida do Poder Judiciário, porque não existem vias processuais ou administrativas adequadas para os garantir.

Para o doutrinador, o que torna os direitos coletivos invisíveis é a omissão que lhes é imposta, sendo necessário que os direitos coletivos não fossem tomados como um conjunto ou soma de direitos individuais; conclui que “(...) no universo do direito individual, tudo que seja coletivo é estatal, ou omitido, ou invisível”²¹⁵.

Diante de tais características, é imperioso que os direitos coletivos saiam da posição de inferioridade e invisibilidade que se encontram, para poderem trazer representatividade e mudanças sociais coletivas.

Nesta perspectiva, a criação do direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à biodiversidade, com integridade ao patrimônio genético como um dever do Estado, os avanços no processo judicial coletivo, as ONG's, os sindicatos, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e a ação civil pública representam medidas que privilegiam os direitos coletivos²¹⁶.

Também, como forma de contra-ataque aos direitos individuais WOLKMER (1997, p. 297) afirma ser incontestável “a comprovação e consolidação de direitos plurais informais, com mais legitimidade que o Direito Estatal, provenientes de sujeitos coletivos e segmentos populares”, os quais provariam esta realidade por meio da própria comunidade, dos movimentos dos sem-terra, dos movimentos pelo direito de moradia, dos novos movimentos sindicais etc.

Uma mudança de postura do Direito estatal frente aos movimentos sociais e

necessidades humanas fundamentais que originam os corpos sociais intermediários e insurgentes.

²¹⁵ SOUZA FILHO, 2000, p. 320.

²¹⁶ Idib., 2000, p. 328).

à primazia do interesse da coletividade está também, nas Ações Civis Públicas, no Mandado de Segurança Coletivo e no Mandado de Injunção Coletivo.

É diante dessas novas realidades sociais que o pluralismo jurídico vem se materializando e procura atingir eficazmente as necessidades e os direitos da coletividade, sejam eles os nacionais, os povos tradicionais ou qualquer outro grupo humano, que busque desde autonomia até integração.

Com isso, destaca-se novamente o cogente rompimento com os paradigmas da legalidade estatal monista e individualista em favor da coletividade, o que se deve com fundamento nas razões acima expostas.

4.4.1 Proteção Jurídica à Diversidade Cultural e ao Pluralismo Jurídico

A diversidade cultural atingiu um patamar de relevância à sociedade contemporânea, a ponto de o Direito oficial se preocupar em discipliná-lo, o que fez com que as preocupações voltadas as diferentes culturas fizessem parte do ordenamento jurídico estatal e como tal, da juridicidade estatal. Contudo, destaca-se que se os integrantes destas diversas culturas protegidas pelo Estado possuírem suas próprias regras jurídicas, o que caracterizaria o pluralismo jurídico, tal fato não será aceito pelo Estado, que disciplina apenas a diversidade culturas, mas não a diversidade jurídica.

Contudo, reconhecer que a diversidade cultural que possui suas características próprias, a possibilidade de que tenha modos de se organizar e de decidir seus conflitos seria um avanço rumo ao reconhecimento do pluralismo jurídico e com ela o reconhecimento a juridicidade que possui as regras jurídicas emanadas de outras fontes, que não a oficial.

Wolkmer (1997, p. 200-201) afirma que “a legalidade liberal-individualista favorece, na atualidade, toda uma ampla discussão para se repensar os fundamentos, o objetivo e as fontes de produção jurídica”²¹⁷.

²¹⁷“A condição primeira para a materialidade efetiva de um processo de mudança em sociedades emergentes, instáveis e conflituosas, implica necessariamente na reorganização democrática da sociedade civil, na transformação do Estado Nacional e na redefinição de uma ordem normativa identificada com as carências e as necessidades cotidianas de novos sujeitos coletivos”. E assim, “(...) torna-se imperioso reconhecer a existência de outras manifestações normativas informais, não

E tal fase deve ser aproveitada, em razão da abertura propiciada a tais discussões, o que em outros tempos seria impossível.

A proteção à diversidade cultural vem em contramão aos processos de globalização, os quais trouxeram efeitos impactantes às sociedades, facilitando uma miscigenação de valores, culturas, hábitos, usos e costumes principalmente os ocidentais, que sufocam certas etnias, costumes locais e individualismos regionais, que sofrem com a tentativa de homogeneização da cultura ocidental a todas as demais.

Em defesa à diversidade cultural, o processo de desregulamentação estatal por meio de procedimentos alternativos, em escala parcial, com práticas de interpretações alternativas dentro do sistema legal vigente e em escala total, com ruptura e mudanças para um outro *modus vivendi* de juridicidade, defendido por Wolkmer (1997, p. 259), é um caminho a tal proteção.

Acredita-se que a realidade ainda é incipiente para se direcionar quanto ao modo como se dará a desregulamentação estatal, se por procedimentos alternativos ou por uma ruptura drástica com o sistema vigente, ou ainda se realmente ela ocorrerá, porém o levantamento desta hipótese já representa avanço louvável e quiçá se realizará, pelas vias oficiais, visto que na prática, já se concretiza.

O Direito ao refletir a realidade e os valores sociais impregnados nas normas que disciplinam o convívio na sociedade e assim, assume importante papel norteador dos avanços sociais.

Neste sentido, o Direito assume função determinada, enquanto desempenha controle social; ao definir os status e papéis sociais, além de definir também a polarização do comportamento esperado e os limites para a determinação do comportamento desviado, sendo a legitimidade invocada como garantia do que é correto e indiscutível²¹⁸.

Segundo Castro (2003, p. 82), “o direito reflete o estágio histórico cultural e o complexo axiológico da sociedade. Por isso, o direito não pode ser diferente da sociedade onde ele nasce e sobre a qual exerce o controle”.

O autor ainda menciona que “o direito é um fenômeno social pela origem,

derivadas dos canais estatais, mas emergentes de lutas, conflitos e das flutuações de um processo histórico-social participativo em constante reafirmação” (WOLKMER, 1997, p. 201).

²¹⁸ CASTRO (2003, p. 80).

pelo desenvolvimento e pela aplicação. Nasce da sociedade, desenvolve-se com ela e a ela se aplica”²¹⁹.

Desta forma, a percepção de que o Direito não pode ser diferente da sociedade a qual deve ser aplicado, ou seja, a compreensão de que as regras do Direito devem se originar da necessidade e da noção do que deva ser o Direito para os indivíduos ao qual se dirige, é ponto essencial para que tal Direito seja legítimo perante tais pessoas.

O ordenamento jurídico estatal, na medida em que disciplina questões pertinentes à diversidade cultural, reconhecendo valores sociais e os fiscalizando-os, acaba por gerar mudanças de comportamento que implicam em mudanças de condutas sociais. A proteção jurídica à diversidade cultural, oferecida pelas regras oficiais do Estado, pode acabar trazendo mudanças principiológicas e comportamentais a toda sociedade.

O sistema de proteção é composto por um sistema de proteção internacional, por meio dos pactos, convenções e tratados ratificados pelo país e também, no plano interno pela Constituição Federal e por demais legislações esparsas, tal como o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73), Lei dos crimes resultantes de preconceitos de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, Lei nº 7.716/89, Lei 9.459/97 que define os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, Decreto nº 4.412/2002 que trata da atuação das forças armadas e da polícia federal nos territórios indígenas, dentre outras.

A lei maior do país, qual seja, a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, III e o princípio da igualdade de direitos, no “caput” do art. 5º, segundo o qual todos os cidadãos têm direito a um tratamento idêntico da lei. Ainda em seu art. 3º, inciso IV, a CF/88 veda expressamente qualquer forma de preconceito ou discriminação, em razão de “origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação”.

Desta forma, tais princípios constitucionais, indiretamente, acabam por conferir formas de defesa a diversidades culturais, na medida em que permitem e reconhece o direito à diferença, proibindo formas de preconceito ou discriminação, o manto da dignidade da pessoa humana.

²¹⁹ Ibid., 2003, p. 85.

Destaca-se que a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965) define o termo discriminação, como sendo qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou qualquer outro domínio da vida pública.

A CF/88 reconhece expressamente os tratados e convenções internacionais que versem sobre os direitos fundamentais. Tal como reza o § 2º, do art. 5º, segundo o qual: “art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O Brasil ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), a Convenção 169 da OIT em relação aos povos indígenas e tribais (1989), Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2007).

Com a promulgação da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005, pelo Decreto n. 6.177 de 01/08/2007, houve um grande avanço da legislação em defesa da diversidade cultural, que foi reconhecida como patrimônio comum da humanidade, a ser valorizado e cultivado em benefício de todos, por ser a diversidade cultural, indispensável para a paz e a segurança no plano local, nacional e internacional.

Destaca-se que o conceito de diversidade cultural apresentado pela mencionada Convenção compreende a diversidade cultural como uma multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades

encontram sua expressão. A Convenção também conceitua o conhecimento tradicional, como fonte de riqueza material e imaterial, e, em particular, dos sistemas de conhecimento das populações indígenas, os quais contribuem para o desenvolvimento sustentável das comunidades, povos e nações.

A Convenção da Diversidade cultural possui alguns objetivos importantíssimos, tais como: proteger e promover a diversidade das expressões culturais; criar condições para que as culturas promovam o respeito pela diversidade das expressões culturais e a conscientização de seu valor nos planos local, nacional e internacional. Isso pressupõe a promoção da diversidade das expressões culturais, o reconhecimento da igual dignidade e o respeito por todas as culturas, incluindo as das pessoas pertencentes a minorias e as dos povos indígenas.

Assim, esta Convenção representa um marco ao reconhecimento da Diversidade Cultural como elemento essencial às sociedades.

Contudo, mesmo diante de legislações nacionais e internacionais de grande peso, cabe à sociedade de modo geral lutar pela proteção a diversidade cultural e ao pluralismo jurídico, o que pode ser implementado por meio do direito positivado, mas, principalmente, pela conscientização dos valores multiculturais em benefícios da diversidade cultural.

Com base nas mudanças paradigmas e nas reivindicações sociais, e também com as vitórias obtidas por meio da garantia de direito, tal como os exemplos mencionados, pode-se obter por meio de uma ação conjunta entre o Estado, a sociedade civil e os organismos internacionais, maior efetividade à garantia e proteção jurídica à diversidade cultural e por consequência ao pluralismo jurídico, no sentido de que o respeito à diversidade cultural, implica o respeito às diferentes ordens jurídicas vigentes no seio social, além da ordem oficial.

4.5 AS PROPOSTAS SOCIOAMBIENTAIS EM DEFESA DO PLURALISMO JURÍDICO

O socioambientalismo é um movimento social recente, em defesa do social e do ambiental, que compreende ações privadas e estatais voltadas à manutenção

do interesse da coletividade e conseqüentemente, também do pluralismo jurídico.

Santilli (2005, p. 245), ao tratar da história do socioambientalismo brasileiro, reconhece que o mesmo nasceu e se desenvolveu a partir da segunda metade dos anos 80, em razão de articulações políticas entre os movimentos sociais e ambientalistas, fundado na concepção de que um novo paradigma de desenvolvimento que promovesse a sustentabilidade ambiental (sustentabilidade de espécies, ecossistemas e processos ecológicos) e social (redução das desigualdades sociais com a promoção de valores ligados à justiça, ética e equidade social).

O socioambientalismo nasceu da percepção de que seria inútil dissociar o desenvolvimento social e econômico das questões ambientais, posto que estes elementos se interligam, sendo este último o combustível imprescindível para a realização daqueles²²⁰.

Nesta perspectiva, compreende-se que não há desenvolvimento social e econômico sem a preservação do meio ambiente, como também não há como implementar uma política de prevenção ambiental extrema, visando apenas ao meio ambiente, frente a força e o poder dos interesses econômicos. Desta forma, a solução está na integração dos interesses de ambos, na busca de uma sociedade ecologicamente equilibrada.

O socioambientalismo “sustenta-se no reconhecimento e na valorização da biodiversidade e da sociodiversidade, de forma articulada e sistêmica, sob a influência do multiculturalismo, do humanismo e do pluralismo jurídico”. Para tanto, parte do pressuposto de que as políticas públicas ambientais atingem eficácia social e sustentabilidade política, apenas quando incluem as comunidades locais e promovem uma repartição socioambiental justa e eqüitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais²²¹.

Segundo a autora, o pluralismo jurídico é uma instância legítima de produção de direitos e resolução de conflitos, que se verifica em algumas categorias, tais como nos sujeitos coletivos, na democracia participativa, nas necessidades humanas fundamentais, ética concreta da alteridade e racionalidade

²²⁰ Ensina a autora que o socioambientalismo nasceu baseado no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e eqüitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais (SANTILLI, 2005, p. 245).

²²¹ Ibid., 2005, p. 245 .

emancipatória.

A face mais evidente da influência do multiculturalismo e da pluriétnicidade sobre o socioambientalismo²²² está na valorização da diversidade cultural, no reconhecimento dos direitos culturais e de territórios das minorias étnicas e povos tradicionais²²³.

Segundo a autora, o socioambientalismo, do ponto de vista político, decorre e depende da democracia, fortalecendo instrumentos e espaços de participação democrática na gestão socioambiental e efetivação do controle social sobre as políticas públicas socioambientais (SANTILLI, 2005, p. 245)

Assume-se nesta pesquisa o socioambientalismo como uma proposta à concretização do Pluralismo Jurídico e também dos direitos à diversidade cultural e à proteção ambiental, como uma possível resposta às questões complexas que se apresentam ao Estado, ao Direito e à sociedade. O que se deve porque uma visão socioambientalista prima pelo ajuste entre as necessidades sociais, ambientais e econômicas.

Os direitos socioambientais são essenciais à vida humana, merecendo salvaguarda por parte do Estado e da população de modo geral. O que se deve como bem explica Souza Filho (2002, p. 38), porque eles representam todos aqueles bens ou interesses essenciais para a manutenção da vida de todas as espécies (biodiversidade) e de todas as culturas humanas (sociodiversidade) e sua batalha implica em uma visão coletiva.

Portanto, a luta pelos valores socioambientais deve ser coletiva e não apenas do Estado, porque mesmo que este seja munido de seus aparatos e poder de coerção, não tem condições de vigiar de modo integral a sociedade e o meio ambiente, garantindo apenas com suas forças, por exemplo, no caso brasileiro, a integralidade das disposições contidas no art. 225, parágrafos e incisos da CF/88, se não houver a conscientização, educação e colaboração da população.

²²² O socioambientalismo deve ser entendido como a síntese de dois valores em um único bem jurídico, a biodiversidade e a sociodiversidade. E os bens socioambientais devem ser analisados por meio de duas faces, uma que apresenta componentes materiais ou tangíveis (territórios tradicionais e outras unidades de conservação socioambientais, obras, objetos, conjuntos urbanos, sítios de valores culturais, criações artísticas, recursos naturais, como água, solo, florestas, etc) e outra que apresenta componentes imateriais ou inatingíveis, pertinentes ao modo de criar, fazer, viver, bem como valores e representações sociais e culturais associados (SANTINELLI, 2005, P. 246).

²²³ Ibid. 2005, p. 245.

Destarte, Souza Filho (2002, p. 25) ensina que as questões ambientais e culturais se misturam de forma célebre, na compreensão de que a cultura não subsiste num ambiente hostil e não há nada melhor para preservar o ambiente do que uma cultura adequada.

Frente a esta perspectiva surge o socioambientalismo como meio facilitador da articulação entre os diversos ramos da sociedade, o qual pode chegar à cultura adequada, mencionada por Souza Filho.

Assim, Santilli (2005, p. 246) reconhece no socioambientalismo este meio facilitador, ao lecionar que ao se constituir por vários componentes, de natureza social, cultural e política, articula alianças entre os mais variados segmentos da sociedade, de modo a ampliar potencialmente a sustentabilidade política entre estes.

Nesta miscelânea de componentes abarcados pelo socioambientalismo, a proteção ao multiculturalismo associa-se a uma preocupação com o meio ambiente e com a biodiversidade, exigindo o manejo dos recursos naturais em favor da coletividade, o que requer para sua concretização, um maior apego aos movimentos sociais e desprezo da visão individualista.

De tal modo, uma proposta socioambientalista exige também a relativização do direito de propriedade, o qual, contemporaneamente, perdeu sua visão absoluta, o que se deu por meio dos avanços constitucionais e também no direito civil, no sentido de que a propriedade deve cumprir sua função social, para que seja garantida .

Também reconhece que os direitos socioambientais devem superar os velhos conceitos jurídicos, tal como o direito de propriedade absoluto e ilimitado, que não admite restrições. É também necessária a superação do paradigma individualista e economicista dos direitos consagrados pelo chamado direito moderno, que se apega ao excessivo formalismo, a falsa neutralidade política e científica, ao conteúdo patrimonial e contratualista de inspiração liberal. Superação que pode ser alcançada com os direitos socioambientais, que rompem com o paradigma da dogmática jurídica tradicional e que são obtidos por meio de conquistas sociopolíticas e democráticas que têm natureza emancipatória, pluralista, coletiva e individualista²²⁴.

²²⁴ Ibid. 2005, p. 248.

E assim, a concretização de valores multiculturais, associados à biodiversidade pode ser garantida com o emprego de parâmetros de sustentabilidade econômica, social ou ambiental, por meio de uma legislação adequada e pela conscientização e educação das populações, quanto a esta necessidade, que pode ser corroborado por uma atuação dos operadores do Direito voltada aos interesses socioambientais.

Estas são observações relevantes, na medida em que se compreendeu que a natureza não suporta mais os parâmetros de exploração incessantes empregados na modernidade e isto exige uma mudança de postura do Direito, do Estado e da sociedade.

O Direito é questionado sobre uma infinidade de fatos cada vez mais complexos, que permeiam uma sociedade também cada vez mais complexa e assim, teve de abrir um leque de especialidades, tal como, direitos coletivos, direito do consumidor, ambiental, cultural, dentre outros, que vêm a corroborar a proposta multicultural e socioambientalista, na medida em que o Direito reconhece interesses cada vez mais diversificados, e passa a analisá-los a partir de uma visão holística e sistêmica.

Para Santilli (2005, p. 246), a tradução jurídica do socioambientalismo está no reconhecimento de direitos coletivos, conceitualmente inovadores, que superam os limites do individualismo econômico e que podem ser exercidos e exigidos por toda a coletividade.

Nesta perspectiva, o Direito brasileiro apresentou alguns avanços, tal como se observa na Constituição Federal de 88, que reconhece direitos ambientais, culturais, indígenas, dentre outros, que valorizam os direitos socioambientais, o que se observa também em outras legislações infraconstitucionais, tais como na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), na Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65), no Código das Águas (Dec. n. 24.643/34), na Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9.605/98), na Lei de Educação Ambiental (Lei n. 9.795/99), na Lei de Proteção à Fauna (Lei n. 5.197/67), no Código de Florestas (Lei. 4.771/65), Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), na Lei de Instituição do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC) Lei n. 9.985/00, dentre tantas outras.

Neste sentido, a Convenção sobre a Diversidade Biológica também é

legislação de relevo aos interesses socioambientais e representou um grande avanço jurídico, não só porque busca a preservação ambiental, mas também, porque associou às populações tradicionais a manutenção da biodiversidade.

A proteção à diversidade cultural, às minorias étnicas, aos conhecimentos tradicionais, às práticas usos e costumes coletivos e ao pluralismo jurídico são imperativos a se alcançar, posto que por meio deles revelam-se modos de convivência divergentes do modelo moderno passíveis de trazer maior democracia e garantias, por meio de seus exemplos e lições, a toda coletividade.

Em uma sociedade complexa e diversa, como a moderna, o Pluralismo Jurídico deve ser visto como garantia de democrática e não o contrário, como anarquia ou desobediência voluntária ao Estado monopolizador.

Nesta perspectiva, o Estado monista deve considerar os povos que não fazem parte de seu sistema e não dependem de sua estrutura organizacional para existir, respeitando-os e facilitando uma convivência pacífica.

Para que o socioambientalismo ganhe força na sociedade, passe a ser um ideal a ser atingido coletivamente, primeiramente ter-se-á que haver aceitação de suas propostas, a qual deverá partir de início, do próprio Estado, destacando-se que esta concordância já vem ocorrendo, o que se deve porque se o Estado não assumir as questões ambientais, sociais e econômicas como conflituosas e que necessitam de sua intermediação, o ideal socioambientalista dificilmente será atingido.

Frente a estes ideais, a sociedade também possui papel de relevo, posto que comporta o elemento humano para o qual o Estado se dedica e para quem propõe suas políticas e seus idéias. O Direito orientado da ordem e da justiça também possui sua importância na obtenção dos ideais socioambientais.

Os ideais socioambientais consubstanciados no socioambientalismo primam pela diversidade, pela multiplicidade e pelo respeito ao diferente e pode por meio de seus princípios orientarem a sociedade e o Estado monista a reconhecer no Pluralismo Jurídico um meio de garantia aos direitos coletivos, a democracia e a emancipação cultural e humana.

4.6. PLURALISMO JURÍDICO: UMA REALIDADE DO DIREITO E DA SOCIEDADE NO SÉC. XXI

Traz-se nesta parte final da pesquisa a afirmação de que o Pluralismo Jurídico é uma realidade do Direito e da sociedade no séc. XXI; o que se deve em parte, em razão da ineficiência do Estado moderno em cumprir com suas promessas, visto que ter por base o monismo e o positivismo jurídico, os quais não se coadunam com as exigências de um mundo pós-moderno globalizado.

O pluralismo jurídico, mesmo não sendo reconhecido pelo direito oficial é verificado desde a antiguidade, realidade que em épocas pretéritas não incomodava, visto que o sistema jurídico era divergente do modelo moderno.

Com base no estudo realizado, acredita-se que o pluralismo jurídico esteve vigente em todas as fases da humanidade, desde a pré-escrita, a Antiguidade²²⁵, passando pela Idade Média, época em que atingiu seu ápice, caminhando então, para a Idade Moderna.

Tal conclusão é obtida por diversos fatores, tais como pela tendência do ser humano em resolver seus problemas e necessidades, independente de uma ordem já posta; outro fator é a tendência à oposição, mais precisamente, a tendência de ser diferente, o que gera formas desiguais no pensar e agir, fato que provoca conceitos diferentes de moralidade e eticidade, e por conseqüência, dos ordenamentos e modos de resolução de conflitos diferentes. Ou seja, as pessoas não são iguais, possuem uma história, uma cultura, crenças e demais componentes da formação humana e que felizmente criam a diversidade.

Observa-se que o pluralismo jurídico não deve ser confundido com pluralismo social, ou seja, com a existência de diferentes, clãs, classes, etnias, religião, dentre outros aspectos que diferenciam os grupos sociais. Aqui o pluralismo jurídico é entendido como diferentes ordens jurídicas coexistentes em determinado período histórico.

Outros fatores influenciadores à realidade pluralista são as condições geográficas e climáticas, a cultura, a religião, ideologias, o grau de desenvolvimento local, as condições econômicas, dentre tantos outros fatores que

²²⁵ A Antiguidade foi o período que se estendeu desde a invenção da escrita (4 mil a 3,5 mil a.C.), até à queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.) e início da Idade Média (séc. V).

permeiam a sobrevivência e o cotidiano de uma sociedade nas diferentes épocas e que acabaram por gerar uma sociedade cada vez mais complexa e desigual, as quais não aceitam regulamentações providas de um único centro emanador, tal como o Estado.

O Brasil é um país de formação múltipla e por tal, detentor de múltiplas formas de auto-regulamentação, o que vem a tornar o pluralismo jurídico uma realidade social inegável e incontestável, em razão de que quanto maior for a diversidade cultural, mais diferentes serão as necessidades e exigências dos grupos, o que comina da necessidade de diferentes ordens jurídicas que os regulamentem. Nesse sentido, Wolkmer (1995, p. 186) determinou que o pluralismo no Brasil não é reconhecido, mas vivo na sociedade²²⁶.

Mesmo não sendo reconhecido, o pluralismo sempre esteve presente no Brasil, que se desenvolveu dentro de um contexto jurídico pluralista e materializado por meio do co-relacionamento entre as diversas bases jurídicas que aqui co-habitaram, tais como das populações nativas indígenas e também os diversos povos que foram trazidos para cá, tais como africanos, holandeses, ingleses e posteriormente italianos, poloneses, japoneses, dentre outros que construíram as concepções de pluralismo social, diante de uma miscelânea cultural, fato que corrobora no sentido da evidência de um pluralismo jurídico que atenda as diferentes expectativas e necessidades normativas destes grupos.

Zippelius (1997, p. 65) descreve o Estado como uma instância suprema de regulação, articulada com a homogeneidade do Direito, considerando que esta supremacia “(...) não seria garantida se, numa mesma área jurídica, existissem várias instâncias de regulação concorrentes no mesmo nível hierárquico”. Longe de desmerecer o brilhantismo do doutrinador, mas não há como se concordar com ele, visto que a realidade mostra a convivência concomitante de mais de uma ordem jurídica dentro do Estado, ou fora dele.

Assim sendo, a afirmação de que é impossível a existência do pluralismo jurídico dentro do Estado, visto que a instância suprema do Estado não seria

²²⁶ Completou tal constatação descrevendo que a cultura jurídica no Brasil, “encontrou ao longo dos séc. XVII e XVIII, uma tradição de pluralismo jurídico nos antigos quilombos e em certas reduções ou comunidades missionárias. Durante o Estado Monárquico do séc. XIX, houve um certo pluralismo societário e jurídico, de teor elitista e conservador, enquanto que no séc XX predominou uma cultura impregnada pelo positivismo republicano, pela consagração ideológica do monismo estatal e pelo centralismo legal, os quais tolheram todo um rico legado de praticas pluralistas” (WOLKMER, 1995, p. 186).

mantida frente a uma ordem jurídica não homogênea, é uma conclusão que não se pode aceitar, diante do pluralismo vigente no seio social.

Sendo variadas as origens do pluralismo jurídico, em conseqüência também são distintas as formas de sua manifestação. Dentre estas formas, contemporaneamente citam-se aquelas verificadas nas comunidades abandonadas pelo Estado, as quais são desamparadas pelas políticas públicas e dentre outros motivos, acabam formando contingentes de pessoas desfavorecidas e carentes, que pela exclusão buscam suas próprias regras de organização, o que caracteriza situações de proliferação de ordenamentos jurídicos vigentes no mesmo espaço territorial, ou seja, disseminação do pluralismo jurídico, como fenômeno legítimo para a ordenação destes grupos. Assim sendo, convivem no mesmo espaço territorial, a lei estatal e a lei local, que acaba se tornando tradicional.

O pluralismo jurídico existente dentro de sistemas opostos ao Estatal, ou seja, não integrados ao modelo de produção capitalista, ou dentro deste sistema, e em ambas as situações verificam-se ordens jurídicas legítimas a produzir efeitos aos seus destinatários. Tal fato revela diferentes formas de juridicidade além da estatal e com tanta força, legitimidade, validade e coercibilidade quando a norma odicial.

Assim sendo, a realidade pluralista demonstra um novo paradigma social do Direito, em face da insuficiência e crise do paradigma dominante, o que se deve não só pelo desgaste do modelo epistemológico da dogmática jurídica estatal, mas também e principalmente pelos seus reflexos e conseqüente ineficácia social.

Por outro lado, os próprios operadores do direito passam a ter papel fundamental no combate ao direito hegemônico, tudo numa atividade libertária de luta e construção de direitos.

Deste modo, conclui-se com Maliska (2000, p. 110) que “(...) uma perspectiva pluralista aberta deve abranger também o trabalho do operador jurídico na estrutura jurisdicional do Estado”. Neste sentido, saliente o autor que “Mais do que nunca, o exercício consciente da profissão jurídica é um exercício em defesa da cidadania, da moralidade administrativa e do respeito à Constituição”.

A consciência de que o profissional do direito é um instrumento efetivo de realização da cidadania e implementador da justiça social deve permear os que fazem desta a sua profissão, os quais farão da Magistratura, do Ministério Público

e da Advocacia, instrumentos de emancipação política (MALISKA, 2000, p. 117).

Conclui-se que são vários os fatores que podem ser somados na evidência de um pluralismo real, tais como formação multicultural, acontecimentos históricos, gigantismo territorial, formação econômica capitalista, pluralidade de conflitos, situações, interesses, necessidades, desigualdades sociais, dentre outros fatores, que acabam por retratar o pluralismo jurídico, que surge destas diferentes situações.

Destaca-se que estas são apenas algumas formas de manifestações do pluralismo jurídico, dentre tantas outras que se podem ser observadas empiricamente.

Deve-se observar também, que diante da ineficiência estatal, os indivíduos buscam se auto-regular e isto acaba caracterizando normas jurídicas emanadas por fonte não estatal. Nesse sentido, Maliska (2000, P. 35) menciona que os espaços sociais não ocupados pelo Estado fizeram com que uma ordem, não estatal, indicasse a existência de vários códigos em uma mesma sociedade, os quais fazem valer seu próprio direito, que por vezes resulta de um pacto entre os sujeitos e por outras, resultada do poder do mais forte.

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

O pluralismo é evidenciado também dentre alguns grupos humanos que não sofreram exclusão, mas que por motivos ideológicos, culturais, econômicos, jurídicos, políticos, dentre outros, não reconhecem a legitimidade dos ordenamentos jurídicos estatais, preferindo estabelecer e manter suas próprias normas, tal como ocorre em algumas colônias de imigrantes. Nesta situação, convivem no mesmo espaço territorial duas normas jurídicas: a tradicional que é empregada pela população local e a estatal, excluída por ela.

O pluralismo jurídico também é verificado nas sociedades que não participam do modelo de produção capitalista e não estão integradas ao Estado, tal como nas sociedades tradicionais; nestas, pode-se dizer que há um pluralismo jurídico puro, porque mesmo estando localizadas dentro do território de um Estado-nação, que monopoliza a regulamentação jurídica de seu povo, não sofrem influências deste Estado em sua cultura jurídica, que se sustenta e perpetua de

acordo com seu próprio desenvolvimento e necessidades. De tal modo, neste espaço territorial sobrevive apenas a lei tradicional e não a lei estatal.

Corroborando com esta afirmação, cita-se a Constituição Federal brasileira de 1988, que em seu artigo 231 reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Contudo, quanto a este Direito mencionado por Maliska, que resulta do poder do mais forte, vale observar que para esta pesquisa, nem sempre esta manifestação social irá consubstanciar-se em direito ou em pluralismo jurídico. Isto porque este somente pode ser caracterizado quando a norma não estatal resultar de um pacto coletivo. Considerando-se que as manifestações de opressão e imposição de “leis” ditadas por uma minoria, por meio da força, não passam de aberrações e não podem ser concebidas como leis, ou normas não oficiais, pelo fato de não resultarem do interesse e vontade da maioria, não sendo então legitimadas.

Dessa forma, as supostas normas ditadas pelo tráfico, principalmente nas favelas e periferias ou ainda os mandos dos fazendeiros do Norte do País não encontram respaldo no Pluralismo Jurídico.

Maliska (2000, p. 35) destaca que o direito ditado pelo mais forte gera códigos que representam verdadeiros instrumentos de instabilidade e insegurança social, em que a violência gera violência, por meio de barbáries, cabendo ao Estado exprimi-los veemente. Vale destacar as palavras do autor, para quem:

“O pluralismo jurídico, para ser compreendido como expressão de emancipação de Direitos, do fortalecimento de uma ordem jurídica que possibilite a democracia como expressão maior de um povo, deve passar pela discussão em torno da existência concomitante de “códigos” e “códigos”, ou seja, de uma ordem estatal que conviva e legitime ordens jurídicas insurgentes, representantes de Direitos “vivos”, Direitos que nascem no dia-a-dia, na convivência social e que, por sua própria dinâmica, tornam-se insusceptíveis à apreensão por um único código, estatal (MALISKA, 2000, p. 39)”.

Assim, para que uma ordem não estatal seja considerada pluralismo jurídico, ela deve ser legítima, deve ser emanar do interesse e da convenção da maioria e não da força do poder e da opressão.

O pensamento pluralista de modo geral, envolve uma ação dialética, na qual participam atores sociais em seus respectivos “lôcus” de atuação, não representando uma mudança imperativa, mas um trabalho de avanços e recuos, como parte de um processo formador da sociedade²²⁷.

Por todo o exposto, tem-se que o pluralismo jurídico pode ser representado por meio de diversas manifestações sociais. Há uma interação profunda entre as práticas pluralistas e a ordem estatal, explica que a luta dos que estão à margem do processo social é política, de forma que se dá em todos os segmentos da sociedade e poderes do Estado, não se podendo então, falar em antinomia entre monismo e Pluralismo Jurídico em nome da autonomia e independência deste, posto que o Estado é o centro unificador da diversidade representada pelo pluralismo²²⁸.

O pluralismo jurídico pode ser pensado como um pluralismo puro, com a existência concomitante de vários ordenamentos jurídicos regulando um mesmo espaço territorial ou um pluralismo enquanto organização jurídica que melhor distribui justiça, ao aplicar justiça material, na qual há participação direta dos envolvidos²²⁹.

A CF/88 em seus artigos 1º, III; 5º, “caput”; art. 14, II e III; art. 29, X; 98, I; art. 103, IX; 205; 204; procurou resgatar o pluralismo social através de tais normas positivadas, tal atuação estatal é vista como positiva, visto que o reconhecimento a diversidade cultural pode ser um primeiro passo para um posterior pluralismo jurídico.

Os movimentos atuais fazem crer que a ocorrência de certa descentralização da administração da justiça, com a transferência para a sociedade civil de alguns assuntos jurisdicionais, tais como por meio da presença de juízes de paz nas resoluções de conflitos, a desjuridicização de alguns

²²⁷ MALISKA (2000, p. 118).

²²⁸ Completa suas afirmações descrevendo que: “(...) os movimentos sociais que expressam o pluralismo podem ser autônomos e independentes e também, na condição de atores políticos, buscar a aproximação com o Estado, sem perder suas características. O importante neste processo todo é ter organização, posicionamento previamente discutido e propostas”. Com brilho o autor ainda afirma que: “(...) A expressão Direito significa tudo aquilo que está intimamente ligado à pessoa e ao grupo social ao qual ela pertence. O Direito, não estando limitado aos estritos termos da lei, já não pode ser visto como “uno”. A diversidade de formas de organização social, emanando normas próprias para regular seus membros, perfazem uma rede imensa de “jurisdicidades” o que confere uma natureza “plural” ao Direito. Aí está a importância do pluralismo jurídico.” Ibid, 2004, p. 112 e 112.

²²⁹ Ibid., 2000, p. 114.

procedimentos, como a possibilidade da realização de inventários, separação e divórcio administrativamente, via Cartório, também as práticas alternativas de resolução de conflitos é um reconhecimento do Estado de sua ineficiência para o oferecimento da justiça que monopolizou. O que se verifica porque o procedimento formal estatal para o exercício dos direitos não soluciona os problemas sociais

Cárcova (1998, p. 72) descreve que “numa sociedade heterogênea, o direito, mais que uma expressão das aspirações do povo em seu conjunto, é uma expressão das aspirações dos grupos dominantes (...)”.

Os grupos dominantes na sociedade contemporânea são representados pelos detentores do capital e se constituem em grupo minoritário de pessoas, que infelizmente acabam ditando as regras para a maioria.

Contudo, a racionalidade jurídica moderna é garantia e conquista de Direitos, em que a efetividade dos Direitos fundamentais e a fiscalização das ações governamentais devem passar por vias formais de representação, tais como ações populares, ações civis públicas, dentre outras.

Neste sentido, o Direito deve atuar para a garantia do interesse da coletividade, em detrimento do interesse da minoria, ou seja, deve primar por normas que beneficiem a coletividade e não o individualismo e a propriedade privada. Os movimentos sociais são detentores de poder no âmbito social e podem atuar neste sentido. E assim, dentro ou fora da juridicidade reconhecida pelo Estado, as regras jurídicas podem intervir no interesse do todo.

Conforme Wolkmer (1995, p. 307-308), pensar o pluralismo hoje é pensar um pluralismo difuso de novo tipo, marcado por uma perspectiva participativa e interdisciplinar, um pluralismo ampliado que no contexto da complexidade periférica latino-americana e brasileira não rompe de todo com a presença do poder estatal, nem menos a exclui.

O desenvolvimento explorador e espoliativo do capitalismo, a massificação das relações sociais, o descompasso entre o alto desenvolvimento tecnológico e a miséria social de milhões de pessoas, as frustrações com os resultados do consumo insaciável de bens e produtos, o desrespeito à dignidade humana de categorias sociais tratadas como peças ou engrenagens de uma máquina, o desencanto com a destruição gerada pela febre de lucro capitalista etc., são todos elementos de um cenário que cria um novo ator histórico enquanto agente de

mobilização e pressão por mudanças sociais: os movimentos sociais (GOHN, 2001, p. 16).

Assim, os novos movimentos sociais emergem como novos sujeitos coletivos de juridicidade capazes de se organizar em comunidades conscientes de seu papel fomentador de mudanças: Daí a obrigatoriedade de se pensar a alternativa comunitária como espaço público pulverizado pela legitimação de novas forças sociais (movimentos sociais) que, em permanente exercício de alteridade, implementam suas necessidades fundamentais e habilitam-se como instâncias produtoras de um Direito Comunitário autônomo. No bojo da pluralidade de interações das formas de vida, empregar processos comunitários significa adotar estratégias de ação transformadora com a participação consciente e ativa de sujeitos de juridicidade²³⁰.

Sob este aspecto, para a efetiva participação popular são necessários alguns mecanismos institucionais constitucionalmente previstos como plebiscito, referendun e iniciativa popular: o poder de iniciativa legislativa da comunidade com conseqüente vinculação para os representantes; a prática do plebiscito; o exercício do referendun; o pronunciamento da comunidade por meio do veto popular sobre determinado projeto de lei; a convocação de audiências públicas com a inscrição prévia da população para deliberar sobre futuros projetos e ato de revogação do mandato e reconfirmação tanto do representante político como de servidor público comunitário, havendo, também, como formas de participação no Legislativo o voto distrital e os conselhos populares²³¹.

Na Administração Pública, a participação popular pode se dar no planejamento; em consultas à comunidade sobre propostas ou projetos orçamentários, como o "orçamento participativo"; representação da comunidade em órgão consultivos e na direção de entidades de administração descentralizada e a participação da população no exercício de um poder de controle para facilitar o direito à informação.

Já no Judiciário, a participação popular no âmbito administrativo pode se dar por meio de comissões de apelação e arbitragem, comitês de conciliação e mediação, criação de tribunais distritais de habilitação e de consumidores etc. Há,

²³⁰ WOLKMER (1997, p. 251-252).

²³¹ WOLKMER (1977, p. 256-257).

ainda, outra forma importante de participação pertinente à atividade judiciária propriamente dita que o povo pode lançar mão para participar da administração pública, como o controle da legalidade dos atos administrativos pela ação popular, mandado de segurança, ação civil pública etc.

A ruptura com os moldes clássicos da democracia formal e representativa ocorre, no entanto, na medida de sua própria insuficiência. Modelos complementares são incorporados pelo Estado por meio do Ordenamento Jurídico Positivo, proporcionando uma interação institucionalizada entre novos sujeitos coletivos de juridicidade e poder institucionalizado.

Desta forma, o pluralismo jurídico é assumido nesta pesquisa como um referencial social, político e jurídico para a concretização de uma sociedade mais justa, na medida em que reconhece legitimidade a manifestações jurídicas providas não apenas do Estado, fato que implica no reconhecimento da existência de diferentes sistemas jurídicos coexistentes ao estatal.

A questão do pluralismo jurídico, como já ressaltado, reverte-se às fontes do direito, ou seja, sobre a vigência de pluralidade de fontes do direito no seio social, as quais não advêm com exclusividade do Estado, o que demanda a aceitação da existência da concorrência de fontes do direito, com as fontes estatais, legitimadas a preferir justiça, o que importa na ampliação do conceito de juridicidade.

A juridicidade pode ser compreendida e vinculada não apenas ao sistema jurídico legal estatal, mas também, atrelada à pluralidade de outros sistemas jurídicos, passíveis de garantir legalidade a todas as manifestações jurídicas sociais.

Contudo, a ampliação deste conceito diverge das acepções do positivismo jurídico, o qual admite unicamente como fonte válida do Direito, aquela proferida e positivada pelo Estado, aceitando a aplicação subsidiária de fontes não estatais, tais como os usos e costumes, a analogia e os princípios gerais de direito, na hipótese de omissão da lei estatal e desde que não contrariem a legislação emanada pelo Estado²³².

Porém, o paradigma do monopólio da produção jurídica estatal deve ser posto em questão, visto ser evidente que outras fontes do Direito vigoram

²³² Neste sentido determina o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (Decreto-Lei n. 4.657/42) que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

paralelamente às fontes estatais, sendo latente a aplicabilidade e eficácia de fontes de direito não estatais, o que demonstra a materialização do pluralismo jurídico, sendo o respeito e reconhecimento a esta realidade e também as diferenças, a multiculturalidade e a diversidade, caminhos na busca de soluções, aos conflitos entre o Estado monopolizador e as múltiplas ordens jurídicas vigentes na sociedade.

Dessa forma, com base no exposto até então, há que se assumir o pluralismo jurídico como uma realidade social, que historicamente sempre esteve presente na sociedade. E assumindo-o como realidade poder-se-á trabalhar com ela de forma a garantir democracia e justiça a coletividade.

Admite-se, portanto, a existência de um espaço político e jurídico de criação de direitos, em que a democracia, a descentralização e a participação assumem papéis fundamentais. O Estado, pois, deixa de ser o único centro de poder político e fonte exclusiva de produção do Direito, implicando uma perspectiva antidogmática que privilegia fundamentos de natureza ético-políticos e sociológicos.

Por todo o exposto, assume-se nesta pesquisa que o paradigma dominante monista representa o modelo teórico positivista de base liberal-burguesa e individualista, mas não responde adequadamente aos problemas que se colocam na realidade social e assim rompem-se os mesmos, visto que a realidade de um pluralismo jurídico consolidado é evidente, tal como demonstrado anteriormente.

Deste modo, o pluralismo jurídico é uma realidade no séc. XXI e sendo ou não reconhecido pelo Estado e suas normas ditas oficiais, é vivo e atuante, produzindo juridicidade para aqueles que se destina, independente de sua oficialidade ou não.

CONCLUSÃO

Nesta pesquisa, o pluralismo jurídico foi apresentado como um fenômeno sócio-jurídico consolidado no séc XXI; para elucidar este fato, foi necessário discorrer inicialmente sobre os fundamentos do Estado moderno, tratando de sua formação, evolução histórica e acepções teóricas, visto ser dentro do contexto deste espaço geo-político, definido como Estado, que tal fenômeno se realiza. Foi necessário compreender os paradigmas deste Estado liberal, monista, positivista e capitalista, para então poder contrapô-los a realidade do pluralismo jurídico.

Foi também preciso tratar de alguns aspectos e transformações pelos quais passam o Direito e a Sociedade, neste período de transição da modernidade para a pós-modernidade, para com base nestes e nos demais pontos abordados no trabalho, poder se concluir que o pluralismo jurídico é uma forma de organização jurídico-social de produção do Direito, divergente da estatal e que atua concomitantemente às normas jurídicas emanadas pelo Estado, assumidas por este como oficiais. O que ocorre como um acontecimento natural na sociedade ocasionado sem qualquer intenção de oposição ou confronto com o Estado, mas sim, como forma legítima de auto-regulamentação jurídica de uma determinada coletividade.

Nesta perspectiva, o pluralismo jurídico é assumido como uma manifestação legitimada por aqueles aos quais ela se destina, merecendo respeito e reconhecimento, visto que para estes, possui a mesma juridicidade que o Direito emanado pelo Estado.

O reconhecimento deste fenômeno implica em uma luta de paradigmas jurídico-sociais, entre um Estado monopolizador da ordem jurídica e uma sociedade multicultural que também produz ordens jurídicas, não reconhecidas, mas paralelas as estatais. Neste confronto as perspectivas e realidades contemporâneas tais como as transformações sociais, econômicas, políticas, tecnológicas, filosóficas, dentre outras, misturam-se e se integram em um mundo globalizado e dominado pela força do capitalismo, demonstrando que os paradigmas do Estado moderno não suprem as necessidades geradas por estas mudanças.

Contudo, os paradigmas modernos vão se trincando e abrindo espaço para os pós-modernos, fato que inevitavelmente coloca em evidência o pluralismo jurídico. Isto porque a pós modernidade prima pela busca de elementos para a formação de juízos racionais para a prática social, política e econômica todas interdependentes.

De modo a se verificar que a diversidade do mundo globalizado não comporta mais o monismo e o positivismo estatal e as promessas não cumpridas do modernismo, que se agravam frente a imposição de um monopólio da produção jurídica, que impõem padronização de normas e condutas.

Neste contexto o Estado perde algumas de suas características modernas, tais como território, povo e governo bem definidos, devendo assumir a função de articulador das políticas pós-modernas que permeiam do local ao global. Enfrentamento das questões pós-modernas e globalização.

A sociedade contemporânea requer do Estado e do Direito estruturas sócio-políticas e jurídicas que atendam aos anseios pós-modernos, os quais primam pelo respeito ao plural e ao diferente, na busca de conciliar o embate das diferentes forças que atuam na sociedade, que cada vez é mais global.

O capitalismo fortalece o surgimento de pessoas que buscam apenas aos seus interesses particulares, é a regra do individualismo prevalecendo sobre o coletivo, onde o que vale é o “eu” e não o plural ou a solidariedade. Este modo de produção que domina a maioria das sociedades desde o séc. XVIII está por trás da grande maioria dos acontecimentos e transformações sociais, impulsionando-as de acordos com seus interesses.

Nesta análise, pôde-se constatar que o pluralismo enquanto modelo social, político e jurídico se fixa como decorrência da ampliação da complexidade social e, ao mesmo tempo, pelo progressivo aumento da demanda por formas de participação social democratizantes e emancipatórias.

O direito positivado pelo Estado monista é criado por homens que possuem interesses e que convergem à criação das leis para a realização deste interesses. Neste sentido, o pluralismo jurídico também é criado por homens que exteriorizam seus interesses por meio de normas não estatais. Sendo assim, não há como se conceber estas regras como ilegítimas e aquelas legítimas, apenas pelo fato de ser

ou não emanadas pelo Estado, visto que em ambos os casos, são homens que criam normas para a consecução de seus interesses e necessidades, não sendo justo nem democrático que apenas as leis estatais sejam válidas e obriguem a coletividade. Sendo justo que tanto as normas estatais quanto as paralelas, tenham a mesma juridicidade.

Tais palavras corroboram no sentido de poder se afirmar que o Direito vai refletir os interesses do grupo dominante, que é uma minoria abastada e detentora do capital. E desta forma, o Direito pode ser posto como um paradigma de expressão a ser direcionado no interesse da coletividade e não desta minoria, o que vai de encontro com as propostas do pluralismo jurídico.

O Estado moderno e o império de suas normas criaram uma sociedade capitalista, individualista, positivista e monista, na qual são fabricados sujeitos homogêneos, alienados, massificados e despreparados para o questionamento da realidade supostamente unitários, da qual não passam de “escravos”.

O que se entende porque estes sujeitos não participam dos processos legislativos, administrativos e judiciais, o que se conclui, visto que pelo simples fato de votarem a cada quatro anos em representantes do Poder Legislativo e Executivo, não lhes confere a participação efetiva nas decisões estatais, as quais lhes são impostas compulsoriamente. Ressalvasse também, que estes sujeitos não têm também, qualquer integração com o Poder Judiciário, do qual na maioria das vezes desconhecem.

Tais fatores são agravados pelo fato de que o sistema e as forças que regem os acontecimentos sociais estão ligados ao modelo de produção capitalista, o qual esvazia os interesses coletivos na busca pelo lucro, além de mascaradamente escravizar os indivíduos para o trabalho e para um consumismo desenfreado, no qual o indivíduo trabalha cada vez mais, para poder usufruir ou ter a perspectiva de que um dia poderá desfrutar de bens, que na grande maioria das vezes são supérfluos, mas que lhes são apresentados pela mídia como essenciais.

Este modelo de sistema comandado pelo capitalismo é revestido de ilusórias crenças de que representa o bem comum, a liberdade e a igualdade, sendo então, tido como sistema ideal a ser implantado em todas as sociedades; para tanto, há um processo de homogeneização das culturas e das sociedades, contra o qual, deve-se lutar veemente.

Diante desta realidade, chamam atenção as comunidades que não vivem com base neste modelo estatal capitalista, monista e positivista, demonstrando que a hegemonia estatal não é verdadeira e que existem outros modelos de organização social que têm muito a ensinar.

Dentre estes outros modelos de organização social, podem ser citados os povos tradicionais, as minorias étnicas e outras manifestações sociais que atualmente batem as portas da sociedade, do Direito e do Estado, demonstrando que o discurso destes não é real.

Nestas organizações, o pluralismo jurídico é vivo e reclama por reconhecimento e respeito, o que se deve por representar uma forma de organização de normas legitimada pelo grupo e criadas com base em suas necessidades, visando o bem comum.

Estas organizações sociais não vinculadas ao Estado, algumas vezes buscam integração à comunidade estatal, na tentativa de viabilização de sua economia e desenvolvimento e/ou também buscam o reconhecimento à sua autodeterminação que nesta pesquisa é entendida como ideal a ser atingido, como expressão do princípio do direito à solidariedade e a democracia, além do reconhecimento ao diferente, sendo a conscientização, o respeito, as normas internas constitucionais e infraconstitucionais e os direitos internacionais um meio para a efetividade e garantia deste direito.

Nesse sentido, o direito supranacional, consubstanciado principalmente nos direitos humanos é um meio que efetivamente pode ser aplicado à defesa dos grupos minoritários, que na maioria das vezes são excluídos, na garantia de seus direitos, principalmente o direito de ser diferente, isto é, diferente do modelo de sociedade ocidental.

Frente à diversidade, ao dinamismo social, à carência em efetividade da tutela prestada pelo Estado, dentre outros tantos fatores, os povos excluídos, sejam eles, parte ou não do Estado, levantam-se e reclamam o direito à diferença e à manutenção de suas tradições, além do direito de poder criar e manter suas próprias normas, o que caracteriza uma forma de pluralismo jurídico.

Contudo, adverte-se que o pluralismo jurídico não está presente apenas nos grupos minoritários e nas sociedades tradicionais, mas também está dentro do próprio Estado, em razão da ineficiência deste em garantir os direitos básicos que

deveria promover.

Assim, o surgimento do Pluralismo Jurídico pode ocorrer involuntariamente como manifestação de certas comunidades, no sentido de resolução de seus problemas, por meio de regras jurídicas coerentes à realidade local, demonstrando maior eficiência e legítimas.

Ou ainda, pode desenvolver-se como única forma de regulamentação conhecida pela comunidade, a qual desconhece a lei positivada pelo Estado, não lhe trazendo qualquer representatividade, porque a lei estatal não faz parte de seus signos, a exemplo, citam-se as comunidades tradicionais e as minorias étnicas.

Observa-se que nesta pesquisa o Pluralismo Jurídico foi assumido como mais uma das formas de se fazer direito e distribuir democracia dentro do Estado, ou fora dele.

Por estas observações, o Pluralismo é entendido nesta pesquisa como realidade social e como meio de salvaguardar os direitos coletivos, o que se pode obter mediante o socioambientalismo que prima pelos interesses da sociedade e ambientais conjuntamente.

Como concebido no início do trabalho, a concepção de um Estado unitário, monista e individualista não condiz com a realidade, na verdade nunca correspondeu. Mudanças estão ocorrendo e ocorrerão a ponto de se acreditar que o séc. XXI representará um novo divisor de águas, o que se deve porque os fundamentos do Estado moderno estão sendo questionados. Assim, o presente momento histórico exige reflexões sobre os caminhos a serem seguidos pelas sociedades, pelo Estado e pelo Direito, diante dos quais, o pluralismo aparece como realidade a ser assumida como consolidada.

Estas realidades são corroboradas pela globalização, informatização, internet, obtenção de informações quase que instantaneamente pelos meios de comunicação, disseminação das formas de conhecimento, avanços da ciência, enfim, por todos os avanços da humanidade os quais acabam chocando-se com os modelos ultrapassados de Estado e capitalismo que buscam o enriquecimento e a manutenção do poder nas mãos de uma minoria.

Desta forma, a sociedade do século XXI, hoje globalizada e vinculada a seus avanços tecnológicos, culturais e sociais deve enfrentar suas realidades e buscar respostas a elas, de modo que seus dogmas sejam refletidos, atualizados e

transformados, principalmente os jurídicos, que nesta pesquisa são representados pelo Pluralismo Jurídico.

O que se reconhece porque os profissionais do Direito estão à frente das grandes discussões dos problemas que assolam a sociedade, tendo eles poder de manipulação sobre as transformações sociais. Por serem elementos de peso na salvaguarda dos direitos coletivos e do pluralismo jurídico, devem oferecer resistência à sociedade de massas e a pretensiosa homogeneização cultural.

Além do papel do profissional do direito, cita-se também o papel do Estado frente a estas discussões, o qual assume preciosa função de comando no embate entre uma perspectiva pluralista versus outra conservadora que impregna suas bases monista e positivista. Seu papel é de relevo porque além de ser interlocutor pode ser interventor, assumindo poder ativo nas transformações sociais.

A sociedade também possui funções diante da realidade multicultural, porque comporta o elemento humano para o qual se busca um Estado, um Direito e uma Sociedade ideal, igualitária e plural, em que todos possam conviver de acordo com o complexo leque de suas aspirações, tais como familiares, étnicas, culturais, econômicas, dentre outras, cabendo a ela buscar harmonia no convívio entre os diferentes indivíduos e grupos e também entre os diferentes interesses.

Assim, tanto o Estado, como a sociedade e o Direito assumem papéis diante das realidades sociais conflituosas e dos paradigmas que devem ser ultrapassados, principalmente os jurídicos, papel este que deve ser ativo para todos.

A caminhada para o abandono dos paradigmas da sociedade moderna, individualista e capitalista rumo aos princípios gerais do pluralismo jurídico que primam pela coletividade e pelos direitos coletivos não será fácil, sendo evidente os confrontos culturais, étnicos e sociais decorrentes das necessidades da coletividade em contraposição a tais paradigmas.

Tal reconhecimento ao pluralismo jurídico vai na contramão das perspectivas da modernidade, que prima pelo individualismo e pela previsão de bases jurídicas consolidadas e emanadas pelo Estado, nada obstante, mesmo sem o reconhecimento pelo Estado, da vigência de outras normas jurídicas produzindo Direito, além das suas, o pluralismo é vivo. Desta forma, há de se observar que o reconhecimento pelo Estado, do pluralismo jurídico, não é condição para sua

existência e materialidade, os quais estão presentes, mesmo não admitido pelo Estado, tal como se demonstrou no percurso desta pesquisa.

Contudo, a história mostra que a sociedades sempre se desenvolveu com base em confrontes, restando torcer para que os próximos debates que permeiam tais realidades ocorram com base no diálogo, que primem pela perspectiva voltada ao pluralismo jurídico e ao socioambientalismo.

O pluralismo jurídico é uma realidade inegável e desponta como um marco jurídico da atualidade, e trará avanços à sociedade de um modo geral, principalmente pelo fato de importar maiores condições de dignidade humana e democracia social à coletividade, ao reconhecer o direito aos desiguais.

O Estado já vem delineando seu papel frente ao socioambientalismo, por meio do reconhecimento de valores e direitos socioambientais, o que faz por legislações e políticas públicas voltadas a esta finalidade, contudo, estas iniciativas ainda são insuficientes a efetivação dos interesses socioambientais, fato agravado pelo apego ao positivista e monista estatal.

Com isto, exige-se a construção de um sólido regime jurídico que garanta os direitos coletivos e também o reconhecimento de manifestações jurídicas não estatais, os quais possam garantir com eficiência a proteção dos interesses coletivos e da diversidade cultural.

Nesta perspectiva, o socioambientalismo atende de modo mais satisfatório aos interesses da sociedade multicultural, na qual o pluralismo jurídico é uma realidade do Direito e do Estado no séc. XXI, porque integra as preocupações sociais, da diversidade cultural e do ambientalismo de modo holístico, o que traz eficiência, além de garantir soluções mais democráticas, justas e igualitárias, que garanta tanto os direitos individuais como os coletivos, além de promovê-los.

Assim, o pluralismo jurídico enquanto ordem normativa inerente a determinada sociedade, representa uma manifestação jurídico-social legítima, que pode ser associada a uma visão socioambientalista, a qual converge questões sociais e ambientais, para que soluções adequadas sejam conseguidas frente à sociedade multicultural e assim, obtendo maior representatividade destas duas manifestações sociais.

Diante de tudo que foi exposto do pluralismo jurídico é verificado que em nível teórico e prático, ele representa uma alternativa, ou seja, é uma busca efetiva

de saídas e opções concretas ao Direito vigente. Com ele, assume-se a possibilidade de se realiza o possível para a concretização da justiça social e para a possibilidade da realização, a médio prazo, uma nova sociedade.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Juan Fernando Lopez. **Justicia y Estado Autonomico**. Madrid: Civitas, 1994.

ALMEIDA, Fernando Barcellos. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

ALONSO, Margarita Flórez. **Proteção do Conhecimento Tradicional?** Tradução de Manuel Del Pino. In: *Semear Outras Soluções: os caminhos da Biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Boaventura de Souza Santos (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo: Anti-Semitismo, Imperialismo, Totalitarismo**. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARNAUD, André-Jean. **O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de filosofia do direito e do Estado**. Tradução: Patrice Charles. Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NOGUEIRA, Ataliba. **O Estado E o Meio e o Não Fim**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

BANCAL, Jean. **Pluralismo e Autogestão**. Tradução Plínio Augusto Coelho. Brasília: Novos Tempos, 1984.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**, 1ª ed. 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

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

BECKER, Bertha K.; EGLER, Cláudio A. G. **Brasil: uma Potência Regional na Economia-Mundo**. 3ª ed. Bertrand: Rio de Janeiro, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992. *Curso de Direito Constitucional*, 21 ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **A Teoria das Formas de Governo.** Tradução: Sérgio Bath, 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília 1992.

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

_____. **Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política.** Tradução Marco Aurélio Nogueira. 5ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A Opacidade do Direito.** Tradução de Edílson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da Identidade.** Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000.

CASTRO, Celso A. P. de. **Sociologia Aplicada ao Direito.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas.** 9ª ed. São Paulo: Cortez, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito.** 1ª ed. Curitiba: Livros HDL, 1987.

CORREAS, Óscar. **Introdução à Sociologia Jurídica.** Porto Alegre: Crítica jurídica, 1996.

CRISPIM, Luiz Augusto. **Estudos Preliminares de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CUPANI, Alberto. **A Crítica do Positivismo e o Futuro da Filosofia.** Florianópolis: Editora da UFSC, 1985.

DAHRENDORFF, Ralf. **O Conflito Social Moderno: um ensaio sobre a política da liberdade.** Tradução de Renato Aguiar e Marco Antonio Esteves da Rocha. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; São Paulo: Edusp, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, (1985).

EHRLINCH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Brasília: Cadernos da UNB, 1986.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 13ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

FÉDER, João. **Estado Sem Poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERNANDES, Luis. **As Armadilhas da Globalização. In: Globalização. Neoliberalismo, Privatizações: quem decide este jogo?**. Org. CARRION, Raul K. M. e VIZENTINI, Paulo G. F. 2ª ed. Porto Alegre: Ed. Universidades/UFRGS, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania do Mundo Moderno**. Tradução de Carlo Coccioli e Marcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Ricardo Franklin. **Afro-descendente: Identidade em Construção**. Rio de Janeiro: Pallas, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Tradução: Roberto machado. 17ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.

GIDDENS, Anthony. **A Constituição da Sociedade**. Tradução de Álvaro Cabral. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos Sociais e Educação**. 4º ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2001.

_____. **Teoria dos Movimentos Sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos**. 2º ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

GROSSI, Paulo. **Primeira Lição sobre Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GURVITCH, Georges. **Tratado de Sociologia**. Tradução de Maria C. Equibar e Alice M. Vacca. Buenos Aires: Kapelusz, V. 1, 1962.

HART, L. A. Hebert. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian. 2001.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. Tradução: Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 9ª ed. São Paulo: Loyola, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta Pelo Direito**. Tradução: João de Vasconcelos. 23ª ed. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito**. Tradução: Edson Bini. 3ª ed. São Paulo: ícone, 2005.

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

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOEKEMA, André J. **Hacia um Pluralismo Formal de Tipo Iguatário**. In: Otro Derecho. Pluralismo Jurídico e Alyternatividad Judicial. Bogotá: Colômbia: ILSA, 2000.

LESBAUPIN, Ivo; STEIL, Carlos; BOFF, Clodovis. **Para Entender a Conjuntura** Janeiro: Vozes, 1996.

LÉVY-BRUHL, Henry. **Sociologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

LIMA, Jayme Benvenuto (org.). **Manual de Direitos Humanos Internacionais**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

LOPES, Helena Theodoro; SIQUEIRA, José Jorge e NASCIMENTO, Beatriz. **Negro e Cultura Negra no Brasil**. Rio de Janeiro: UNIBRADE/UNESCO, 1987.

LYOTARD, Jean-François. **O Pós-Moderno**. Tradução de Ricardo Correia Barbosa. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1986.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

MALISKA, Marco Augusto. 2000. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade**. Curitiba: Juruá, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARX, Karl. **Manifesto Comunista**. Chicago: Charles H. Kerr, 1940.

_____. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Livro 1. O Processo de Produção do Capital. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. 12ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, V 1, 1988.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELLO, Osvaldo Ferreira de; WARAT, Luis Alberto. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1994.

MELO, Raissa de Lima. **Pluralismo Jurídico: para além da visão monista**. Campina Grande: EDUEP, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENEZES, Anderson de. **Teoria Geral do Estado**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NERY JR, Nelson. **Código Civil Comentado**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Estampa, 1994.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

MONTEIRO, João Paulo, *et al.* **Filosofia Política**. Porto Alegre: LePM Editores, V 2. 1985.

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

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

MOURA, Clóvis. **Rebeliões na Senzala, Quilombos, Insurreições, Guerrilhas**. São Paulo: Ciências Humanas, 1981.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1999.

NASCIMENTO, José do (Coord.). **Os Direitos Humanos e sua Articulação Prática com os Sistemas sociais**. Campo Grande: Ed. UCDB, 2001.

NISBERT, Robert. **Os Filósofos Sociais**. Tradução de Yvette Vieira Pinto de Almeida. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

ORTIZ, Renato. **Mundialização e Cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

PALACIO, Germán. **Pluralismo Jurídico: El Desafío al Derecho Oficial**. Bogotá: IDEA/Universidad Nacional da Colombia, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PERROUX, François. **O capitalismo**. Tradução de Gerson de Souza, 2ª ed. São Paulo: Difusão Européia, 1970.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

POERNER, Arthur José. **Identidade Cultural na Era da Globalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renan, 2000.

PUCEIRO, Enrique Zueta. **Paradigma Dogmático y Ciência Del Derecho**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981.

RANGEL, Jesus de la Torre. **Sociologia Jurídica y Uso Alternativo del Derecho**. Aguascalientes: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997. Vol. I e II.

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

REDIN, Giuliana. **Direito à Autodeterminação dos Povos e Desenvolvimento: uma análise a partir das relações internacionais**. Passo Fundo: IMED, 2006.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa

Cruz: Edunisc, 2004.

RIBEIRO, Maria de Fátima (Coord.). **Direitos Internacionais Humanos: Estudo em Homenagem a Prof^a. Flávia Piovesan**. Curitiba: Juruá. 2004.

ROCHA, Sílvio Ferreira da. **Terceiro Setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977.

_____. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROSANVALLON, Pierre e FITOUSSI, Jean-Paul. **A Nova Era das Desigualdades**. Oeiras: Celta, 1997.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social e Discursos**. Tradução de G. D. H. Colle. Nova Iorque: Everyman's Library, 1950.

SÁ, Luis. **Introdução à Teoria do Estado**. Lisboa: Caminho, 1986.

SABATOVSKI, Emílio e FONTANA, Iara P. **Códigos: penal, processo penal, civil, processo civil, tributário, comercial, constituição federal, consumidor, consolidação das leis do trabalho, e estatuto da criança**. Curitiba: Juruá, 12^a ed., 2005.

SADER, Ruy. **Totalitarismo**. In: A Crise do Estado-nação. Adauto Novaes (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SALDANHA, Nelson. **Teoria do Direito e Crítica Histórica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SHERER-WARREN, Ilse. **Movimentos Sociais**. 2^a ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 1987.

_____. **Rede de Movimentos Sociais**. São Paulo: Edições Loyola, 1993.

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

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

SODRÉ, Muniz. **O Terreiro e a Cidade: A Forma Social Negro Brasileira**. Petrópolis: Vozes, 1988.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Multiculturalismo e Direitos Coletivos**. In: Souza Santos, Boaventura (org.). *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, pg. 71 - 109.

_____. **Os Direitos Invisíveis**. In: Oliveira, Francisco & Paoli, Maria Célia (org.). *Os Sentidos da Democracia: Política do Dissenso e Hegemonia Global*. São Paulo: Vozes/Fapesp, 2000, pg. 307-334.

_____. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Para uma Crítica da Eficácia do Direito**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

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

_____. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, V 4, 2006.

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

_____. **O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica.** Porto Alegre: Fabris, V 1, 1988.

_____. **Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade,** 4^a ed. São Paulo: Cortez. 1997.

_____. SOUZA SANTOS. **A globalização e as Ciências Sociais.** São Paulo: Cortez, 2002.

SOUTO, Claudio e FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e Direito.** Dão Paulo: Pioneira, 1999.

SWEEZY, Paul M.; DOBB, Maurice; TAKAHASHI, Kohachiro. H.; HILTON, Rodney e HILL, Christopher. **Do Feudalismo ao Capitalismo.** Tradução de Manuel Vitorio Dias Duarte. Lisboa: Dom Quixote, 1978.

TRÉVES, Renato. **Introdución a La Sociologia Del Derecho.** Madrid: Taurus, 1977.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno.** Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEFFORT, Francisco C. (Organizador). **Os Clássicos da Política: Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx.** 2^o V. São Paulo: Editora Ática, 10^a ed. 2002.

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

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

_____. **Elementos para uma Crítica do Estado.** Porto Alegre: Fabris, 1990.

_____. **Ideologia, Estado e Direito.** 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. 2ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

WOOD, Ellen Meiksins. **As Origens Agrárias do Capitalismo**. In: Revista "Crítica Marxista", n. 10, ano 2000. São Paulo: Boitempo, fls. 12-30.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS>.

<http://www.ibge.gov.br>.

<http://www.funai.gov.br>.

<http://unesdoc.unesco.org/images>.

<http://palmares.gov.br>

<http://www.planalto.gov.br>.

<http://www.cpisp.org.br>.

<http://www.pnud.org.br>

<http://sociologiajur.vilabol.uol.com.br>.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)