



ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

### PARA ALÉM DO DIREITO: A JURIDICIDADE PLURAL NA CONTEMPORANEIDADE

Fernando de Cássia Meira Oliveira\*  
(UESB)

#### RESUMO

O presente artigo possui o escopo de indicar como a concepção pluralista do direito é a aceitação de modelos alternativos de composição de litígio são ferramentas essenciais para a efetivação dos Direitos Humanos, essencialmente o acesso à justiça. Inicialmente é feito um estudo acerca do fenômeno do pluralismo jurídico, apontando o seu caráter histórico e necessidade de compreensão desse cenário pluralista como forma de efetivação dos Direitos. Seguidamente se aponta uma saída com vistas à uma nova percepção do direito como instrumento básico para garantir o acesso à justiça e à eficácia dos direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito, Pluralismo, Contemporaneidade.

#### INTRODUÇÃO

Notadamente os Direitos Humanos se apresentam resguardados por uma gama de outros direitos que lhes dão sustentação e efetividade. Em razão desta simbiose permanente entre os direitos humanos e os direitos de outras categorias, há uma constante confusão entre a sua distinção e sua qualificação quando da sua análise e aplicabilidade prática.

---

\* Graduado em Direito pela UESB, Pós-Graduando em Direitos Humanos e Democracia pela UESB.



ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

Não cumpre a este estudo a distinção destas categorias, mas a compreensão da forma em que se dá esta sustentação entre os direitos, propugnando por saídas que permitam uma efetivação concreta dos direitos humanos.

Nesse passo, o que se nota no cenário jurídico contemporâneo, é uma importante valoração e preocupação com a questão do acesso à justiça, protegido e garantido constitucionalmente, como um dos expoentes dos direitos humanos. Cumpre salientar, desde logo, que este acesso à justiça, embora garantido de maneira formal, deve, em verdade, ocorrer de forma concreta, cabal e com eficácia. Não basta que o indivíduo saiba da existência de seu direito e da existência de um estado-juiz que possa socorrê-lo. É preciso fornecer instrumentos outros capazes de garantir a efetividade deste direito, mormente nos casos em que a prestação jurisdicional é demorada, cara e dificultosa.

Não se pretende aqui aprofundar na concepção de justiça, em seu caráter filosófico, para, então, estudar o seu acesso. Apreende-se apenas à noção de justiça não apenas como prestação jurisdicional do estado, mas como forma de garantia, exercício e eficácia de direitos.

É possível perceber que o forte apego normativista ainda é marcante na cultura jurídica brasileira. Não obstante, o que se vê na prática é uma grande rede de direitos estabelecidos, algumas vezes reconhecidos, mas raramente efetivados social e axiologicamente.

O caráter plural da cultura brasileira permite reforçar a idéia de que há um grande conjunto de direito que precisam, de fato, serem protegidos e reconhecidos. O que não se pode aceitar, no entanto, é que a forma de satisfação, garantia ou exercício destes direitos se dê de uma única e exclusiva forma, qual seja pelos braços do Estado.

---

Surgem, então, formas alternativas de composição de litígios provenientes do conflito entre tais direitos, como forma de garantir a sua eficácia, bem como sua aceitação social e axiologicamente válida.

O escopo do presente artigo é justamente apresentar como o apego à concepção normativista, a produção-consumo de leis dificultam o acesso à justiça e a garantia dos direitos humanos. Tal análise perpassa, ainda, pela compreensão do cenário pluralista da contemporaneidade, apontando uma nova dimensão para o direito, por meio de soluções alternativas de conflitos, bem como a compreensão da existência de direitos para aquém do estado.

### **O pluralismo jurídico no contexto contemporâneo**

De forma diversa do que faz crer a teoria jurídico-política liberal, sociologicamente falando, as sociedades contemporâneas (pós-modernas) são juridicamente plurais (EHRlich apud LOPES, 1997). Há nestas sociedades não apenas um, mas inúmeros sistemas jurídicos. Na hipótese em que apenas um destes sistemas pudesse ser reconhecido oficialmente como tal – direito estatal, oficial – atingiria fluentemente a forma como os demais sistemas atuam na sociedade. Contudo, isso não impediria que tal operação tivesse espaço, convivendo na sociedade vários sistemas jurídicos informais ao lado do oficial.

No campo da sociologia jurídica, depara-se com uma notável corrente que ampara esta tese. É a cognominada "juridicidade policêntrica" (SABADELL, 2000). Os partidários desta corrente adotam uma percepção sociológica do Direito, bem mais ampla do que o conceito do positivismo jurídico, que aproxima o direito com o Estado, como vistos nos tópicos antecedentes.

A grande maioria dos adeptos do positivismo jurídico defende também que não há fundamentalmente uma relação entre o direito, a moral e a justiça, pois entendem que a idéia de justiça e de moral são relativas, alteráveis no tempo e sem



ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

força política para se fazer respeitar contra a vontade de quem cria as normas jurídicas.

Conforme Sabadell (2000), a opção do conceito sociológico do direito foi proclamada pelo sociólogo do direito francês Jean Carbonner, na forma de um teorema: “o direito é maior do que as fontes formais de direito”. Dessa forma, na perspectiva sociológica do pluralismo jurídico, o direito não se depara unicamente nas fontes oficiais do direito estatal, mas é estimado como revelação da eficácia de um sistema de regras que podem ser notadas na prática social e na consciência dos indivíduos.

Boaventura de Sousa Santos (1997) afirma que, embora o direito estatal seja o modo de juridicidade predominante, ele convive na sociedade com distintos modos de juridicidade, outros direitos que, com ele, se articulam de modos variados. Tal agrupamento de articulações e interpelações entre várias formas de produção de direito compõe para o jurista a formação jurídica.

Com o intuito de se construir uma concepção dos reflexos da pós-modernidade no direito, o professor Erik Jayme (2003) indica determinadas linhas e modelos de pensamento básico, apontando que:

O Direito faz parte da cultura geral. Tem raízes profundas na tradição, mas, também sofre influências pelo desenvolvimento de nossa sociedade e da comunidade internacional. Dessa maneira, o nosso direito atual é em certa medida, reprodução de nossa cultura contemporânea, quer dizer da cultura pós-moderna. (JAYME, 2003, p. 59.)

Segundo o autor, “o ponto de encontro entre a cultura pós-moderna e o direito está nos valores que têm em comum” (JAYME, 2003, p. 60).

Para esta percepção, enfatiza quatro elementos, quais sejam: o pluralismo (Pluralismus), a comunicação (kommunikation), a narração (Narration),



ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

considerando o quarto como a retomada dos sentimentos (le retour des sentiments) e a valorização dos direitos humanos.

O primeiro ponto não trata somente do pluralismo de formas, mas também de caminhos de vida, de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos a serem protegidos (JAYME, 2003).

O segundo ponto vincula-se à comunicação que rompe fronteiras como valor supremo do mundo pós-moderno. A comunicação conexas à valorização radical do tempo, do direito como utensílio de comunicação, como valorização do passar do tempo nas relações humanas, valorização do duradouro e do efêmero, do esfriar momentos de ações para garantir o abrigo dos mais fracos e dos grupos que a lei quer resguardar. Por outro lado, não são exclusivamente os meios tecnológicos que admitem a permuta veloz de informações e imagens, mas também a pretensão de comunicação dessas pessoas, emergindo esse desejo emerge um valor comum (JAYME, 2003).

O terceiro valor é a narração, considerada como conseqüência do pulso de comunicação e de informação que penetra a filosofia do direito e as próprias normas legais. Existiria um novo procedimento para elaboração de normas legais, não normas comuns de regulação de condutas, mas normas que descrevem seus objetivos, seus princípios, seus desígnios, externalizando também os objetivos do legislador no microssistema, de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas (JAYME, 2003).

Por fim, o último e o quarto valor a que Jayme (2003) faz referência é o retorno dos sentimentos (retour dês sentiments), algumas vezes descritos em um sentido pejorativo, como resgate de um novo irracionalismo. Seria o regresso de uma certa "emocionalidade" no discurso jurídico: são elementos de caráter sociais, ideológicos e externos ao sistema que iniciam a inclusão da argumentação e das

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

decisões jurídicas, instituindo forte insegurança e imprevisibilidade quanto à solução a ser encontrada.

Afirma o autor que tal idéia pode ser constatada em relação à identidade cultural, que pode acarretar conflitos culturais, fundamentados em um sentimento forte de defesa de sua própria identidade cultural, de sua religião e de todas as outras expressões do individualismo, tão evidentes na modernidade líquida (JAYME, 2003).

Finalmente, o revival dos direitos Humanos, como novos e exclusivos valores seguros a utilizar neste cenário em que há um caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis gerais ultrapassadas, e da busca de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Nesse panorama, os direitos humanos seriam, então, as novas normas fundamentais (JAYME, 2003).

Como aparece acima, Jayme destaca o pluralismo como uma das representações básicas da contemporaneidade, considerando a percepção da diversidade de formas de vida e a negação de uma pretensão universal à maneira própria de ser. Conforme o autor, na linguagem do direito, o pluralismo significa ter à disposição diversas alternativas, escolhas, possibilidades (JAYME, 2003). Este fenômeno que caracteriza o mundo contemporâneo transforma, em certo aspecto, o Direito contemporâneo.

Dessa forma, nas sociedades atuais, o pluralismo se apresenta também na multiplicidade de fontes jurídicas a regulamentar os conflitos sociais. É o que acontece em sociedades multiculturais, com consideração de outras instâncias de produção e regulação de conflitos por meio de formas distintas das emanadas do Direito estatal.

Segundo Erik Jayme (2003), a civilização pós-moderna é marcada também por um pluralismo de estilos de valores ignorados anteriormente, bem como pela



ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

idéia de que a diferença gera, sobretudo, o direito ao respeito da identidade cultural, conforme descreve Koslowski:

a proteção da identidade cultural das minorias é apenas um aspecto da maneira pós-moderna de ver, onde cada indivíduo pode pretender um direito a ser diferente (*droit à la difference*). (KOSLOWSKI apud JAYME, 2003, p. 109).

Caminhando por esta leitura, Boaventura de Sousa Santos (2003) nota que a pluralidade de ordens jurídicas existentes na sociedade contemporânea é mais complexa do que a de outros tempos. Fora a assimilação das ordens jurídicas locais e infra-estatais coexistindo de diferentes formas com o Direito oficial, estão a surgir ordens jurídicas supranacionais que atuam de múltiplas formas nas anteriores.

Não há referência a um direito internacional público consagrado, mas a de imperativos jurídicos arquitetados pelos Estados hegemônicos, por agências financeiras multilaterais ou por poderosos atores transnacionais, tais como as Empresas multinacionais, especialmente, no campo econômico, sobretudo dos países periféricos e semiperiféricos do sistema mundial.

Nessa esteira, Wolkmer (1994) afirma que o pluralismo jurídico surgiu como um ensaio com intuito de redescobrir um novo referencial teórico que abarque a pós-modernidade na contemporaneidade.

Os alicerces de uma fundamentação, tanto das ciências humanas quanto da teoria geral do direito, não mais conseguem acompanhar as constantes e profundas transformações sociais e econômicas porque passam as sociedades capitalistas modernas (WOLKMER, 1994, p. 156).

Na concepção de Wolkmer, repensar o tema do pluralismo nada mais é do que o anseio de buscar um outro caminho ou um outro referencial epistemológico



ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

que atenda a pós-modernidade. Nesse sentido, é necessário repensar o papel do Estado moderno como possuidor exclusivo da produção de normas jurídicas em face de uma nova organização social que se forma a cada dia. Inversamente ao que propõe a concepção unitária, homogênea e centralizadora designada de "monismo jurídico", a teoria do pluralismo jurídico traz esta perspectiva epistemológica, tão necessária na conjuntura atual.

Neste contexto de emergência de novas tendências culturais e de transformações no cenário político e social característico da pós-modernidade, surge a idéia de um direito mais plural e vinculado às questões sociais.

### CONCLUSÕES

Como reafirmado outrora, o normativismo e o apego ao modelo tradicional justificou-se no século XIX, atualmente não se justifica mais. Essa ótica não corresponde à totalidade do universo jurídico. Nessa direção, Eros Roberto Grau aduz que:

o tempo que vivemos denuncia uma tendência bem marcada à desestruturação do direito. O direito, em suas duas faces – enquanto direito formal e enquanto direito moderno –, se desmancha no ar. [...] Paralelamente à demanda da sociedade por um direito que recupere padrões éticos, a emergência de direitos alternativos é incontestável. (GRAU, 2002, p. 107).

Esse autor assevera que o direito se revela de diferentes formas e o operador jurídico não descreve o direito, mas a sua forma de vê-lo. Assim, ele aponta:

Posso, exemplificativamente, descrevê-lo como sistema de normas que regula – para assegurá-la – a preservação das condições de existência do homem em sociedade. Mas, de outra parte, posso





ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

descrevê-lo, exemplificativamente também, desde uma perspectiva crítica, introduzindo, então, a velha questão, do expositor e do censor (crítico) do direito, daquele que explica o direito, tal como o entende, e daquele que indica o que crê deva ser o direito – a separação entre o que é e o que deve ser o direito (Bentham). Afirmaremos, então, que necessitamos mais de censores, críticos do direito, do que de meros expositores dele – no que também a afirmação de que os juristas em regra se limitam a interpretar o direito de diferentes maneiras, mas o que importa é transformá-lo. (GRAU, 2002, p. 18).

É na intenção dessa alteração dos Direitos Humanos que se assinala sua valoratividade, sua não limitação à lei, sua interpretação muito além de puramente mecanicista, e a ausência de um ordenamento perfeito em cujas partes triangulam certos de sua equidistância.

Grau (2002) observa outros pontos do positivismo que são incongruentes. A confiança na ausência de lacunas no direito é, na compreensão do autor, antagônica à realidade do sistema jurídico, em que diversas vezes se depara com a necessidade de utilização dos princípios – que não possuem caráter de norma jurídica para os positivistas – para resolver o caso concreto.

Luiz Fernando Coelho (1991), ao contrário do entendimento da doutrina positivista-normativista de que as lacunas não estão no direito, mas na lei, indica que o que existe em verdade são lacunas “político jurídicas”, que vinculam a direitos dos grupos dominados, os quais continuam na perspectiva de serem atendidos, sendo tais fatores facilmente perceptíveis quando se trata da efetivação dos Direitos Humanos

Outra incongruência do positivismo, abordada por Grau, ocorre quando a legalidade preenche o lugar da legitimidade do direito. Entretanto, as leis podem ou não ser investidas de legitimidade. A lei que não acata as condutas do social é ilegítima. Tal subsunção da legitimidade na legalidade não merece prosperar, tendo em vista que a norma jurídica apenas é legítima “quando existir



ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normalizado.” (GRAU, 2002, p. 86).

Luiz Fernando Coelho também ressalta a necessidade de negar a errônea imediação entre a legalidade do direito estatal com a legitimidade segundo a concepção dogmática do direito, o que ofende diretamente as características essências dos Direitos Humanos. Arduamente efetua sua crítica:

a alienação, ao produzir a inconsciência dos cidadãos quanto às suas reais condições de existência, é exigência necessária para a legitimidade da ordem jurídica numa sociedade dividida em classes sociais” (COELHO, 1991, p. 384)

Esse autor afirma que o positivismo é o espaço em que a compreensão dogmática do direito se reflete, a fim de garantir controle de seus enunciados e as condições de legitimidade do monopólio da violência pelo Estado. Em sua compreensão, a dogmática se baseia no monismo, na estatalidade e na racionalidade para sustentar sua premissa de que o direito é a lei, e seu estudo científico se faz a partir da lei, abandonando a indagação histórica interdisciplinar, bem como a indagação metafísica. Dessa forma, afirma Coelho (1991, p. 252): “monismo, estatalidade e racionalidade, eis o tripé ideológico em que se apóia a dogmática jurídica, e que converge para o princípio da legitimidade do direito”. Essa percepção monista deve, então, ser rompida para que se alcance, em última análise, um direito mais justo e próximo dos atores, como forma essencial de se efetivar os Direitos Humanos.

O monismo apreende como existente um só direito, qual seja o da identidade estatal. Coelho aponta para o fato de que o monismo se esclarece ideologicamente, uma vez que

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

o Estado moderno é construção da classe dominante no mundo ocidental, organizado burocraticamente para servir seus próprios interesses de proprietários e, sendo assim, as normas de conduta, elaboradas e garantidas através dessa organização, deveriam impor-se a todos os grupos microssociais, absorvendo as normas de outra gênese e, valendo como o único direito, o direito em si. (COELHO, 1991, p. 263).

Nesse cenário, em contraposição ao monismo jurídico, a teoria crítica abraça o pluralismo, segundo o qual todo grupo de alguma coerência está habilitado a organizar normas, ainda que eventualmente sejam mais que regulamentos, consistindo em verdadeiras normas jurídicas.

Coelho critica o monismo legal, pois defende que nem todo o direito está na lei, demonstrando que “as massas de trabalhadores, principalmente no terceiro mundo, à margem da lei de seus Estados, lutam no campo jurídico-político pela institucionalização de seus direitos de pessoa e de cidadão” (COELHO, 1991, p. 293).

No tocante à estatalidade, vale perceber que o monopólio do direito estatal está ligado ao princípio da plenitude, isto é, o Estado de direito depara com seus limites diante do próprio direito, mas não fora dele. É nesse ponto que se é possível compreender que há um direito fora do Estado e, conseqüentemente, formas de composição de conflitos para além do Estado.

O direito estatal é completo para o positivismo e, sem brechas, como já foi referido anteriormente. Coelho então afirma que o positivismo não possui condições de considerar a divisão em classes sociais, a desigualdade real, considerando que isso iria contra o princípio da plenitude, o qual tem como escopo “castrar as expectativas por um outro direito, por mais direito ou melhor direito” (COELHO, 1991, p. 338).

Outro ponto fundamental da dogmática positivista é a racionalidade. A vontade da lei é o espaço da preponderância impessoal e neutra, em que incide a



ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

noção de ordem, cuja revelação se dá racionalmente por meio de um sistema lógico-formal.

Nesse ponto Coelho elucida que:

Nada mais natural argumentar que as normas de conduta dimanadas do Estado devem ser observadas por se tratar de imposição não apenas de caráter político, mas em virtude de uma exigência básica de racionalidade (COELHO, 1991, p. 298).

Assim sendo, o direito uno e estatal é convertido em um fim, racional em si e uno para si mesmo. Coelho assenta que o princípio da racionalidade jurídica oferece três parâmetros: enquanto racionalidade normativa, enquanto racionalidade, enquanto ordenamento ou sistemática e enquanto racionalidade de cunho decisório. A primeira abarca a norma jurídica como racional em si; a segunda se refere ao complexo de normas que se arquitetam internamente de maneira racional, renunciando um sistema; a racionalidade de caráter decisório, ao seu turno, alude a imagem ideológica das decisões judiciais como racionais e, conseqüentemente, neutras frente às partes abrangidas na lide.

Nessa esteira, vislumbrando-se as premissas do positivismo jurídico, observa-se que essa doutrina apresenta falhas inadmissíveis na atualidade, donde surge a teoria crítica do direito como resposta às demandas sociais presentes.

Nota-se que o direito se transforma de acordo com a sociedade em que está inserido e que pode receber interpretações das mais diversas, do positivo formal à crítica. O que se busca nesse novo cenário é justamente o reconhecimento de direitos para além do estado, bem como a aceitação de formas de composição destes direitos em conflito que não sejam baseadas no modelo tradicional. Esse reconhecimento e essa aceitação indicam, sobretudo, uma forma de se efetivar o alcance do acesso à justiça.



ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

Ao que parece a subordinação irrefragável à lei, a confiança na neutralidade do direito, a subsunção da legitimidade à legalidade, a interpretação mecanicista-formal e a estima do dogmatismo não são mais os pilares do direito, e menos ainda dos Direitos Humanos, que se ambiciona pelos cidadãos e pelos juristas de concepção mais abrangente. O que se pretende invariavelmente são melhores condições de vida para a população, com saúde, moradia, alimentação, educação, segurança, trabalho e lazer.

Nesse passo, os Direitos Humanos podem, e mesmo devem, marchar junto com a política para que a sociedade ideal seja atingida diariamente por todos os seus setores.

Não se pode abreviar a aplicação do direito e tampouco a composição de litígios provenientes do exercício destes direitos, para a elaboração de leis em inadequação com os anseios sociais e crer que o direito está na lei e se há uma desarmonia, a sociedade é que está tortuosa. A lei tem de refletir aquilo que o social almeja para que seja legítima e, ainda assim, o direito não estará limitado na lei.

### REFERÊNCIAS

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v, 2, 2003.

SABADELL, Ana Luisa. **Manual de sociologia jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.



ISSN: 2175-5493

## IX COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO

5 a 7 de outubro de 2011

---

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 272, 1980.

\_\_\_\_\_. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. In: **ID. Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra; n. 30, jun./1990. Centro de Estudos Sociais.

\_\_\_\_\_. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

\_\_\_\_\_. **A globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994.