



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**A CRISE DO DIREITO MODERNO E A CONCRETIZAÇÃO
ALTERNATIVA DA DIGNIDADE HUMANA**

DANILO JUNIOR DE OLIVEIRA

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia

JACAREZINHO (PR) – 2008



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

A CRISE DO DIREITO MODERNO E A CONCRETIZAÇÃO ALTERNATIVA DA DIGNIDADE HUMANA

DANILO JUNIOR DE OLIVEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia

JACAREZINHO (PR) – 2008

O 48 o Oliveira, Danilo Junior de.

A crise do direito moderno e a concretização alternativa da dignidade humana / Danilo Junior de Oliveira. Jacarezinho (PR), 2008.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2008.

1. Direito. 2. Dignidade humana I. Título.

CDU 34:342.4

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

Dedico este trabalho aos meus pais: João e Antônia.

AGRADECIMENTOS

Deus-amor, por me inquietar; daí investigar o humano em sua dignidade.

Minha família, pela atitude de aceitar e sorrir tudo o que me faça feliz.

Meus amados amigos; estes souberam entender com doçura a minha ausência nos últimos meses; sobretudo as *'meninas lá de casa'*. Quanto aos amigos, não os cito nominalmente, não por serem muitos, mas por falta de necessidade visto que, eles também se realizam na concretização deste trabalho.

Alguns foram importantes na produção deste texto, assim dedico agradecimento especial ao Gu, Mércia, Schin e Lucas. Também destaco a serenidade e o carinho da amiga Natalina.

Professores e companheiros do mestrado: agradeço pela imensurável contribuição na minha formação humana.

Aos movimentos sociais, especialmente o estudantil e o cultural, que me injetaram boa dose de *indignação* diante da realidade.

Pontuo também a importância da CAPES pelo trabalho desenvolvido no incentivo à pesquisa.

E de maneira especial, rendo agradecimentos e declaro minha admiração ao incansável defensor do *Direito com cheiro do povo*, meu querido orientador, Dr. Gilberto Giacoia.

“Nós devemos ser a mudança que queremos ver no mundo.”
Mahatma Gandhi

“Deve o pão da justiça,
ser preparado pelo povo.
Bastante, saudável, diário”
Bertolt Brecht

RESUMO

Investiga a crise do paradigma jurídico moderno e a sua ineficácia na concretização do princípio da dignidade humana. Problematiza a contradição entre dignidade humana na lei formal e a realidade concreta. Busca encontrar os elementos centrais do Direito vigente que causam a inércia jurídica perante a falta de concretização dos direitos fundamentais, produtores da dignidade da vida humana. Estabelece o monismo jurídico, o positivismo normativo e a racionalização formal como os elementos centrais da visão dogmatista do Direito. Aponta o monismo jurídico, com a exclusividade estatal de criar e aplicar o Direito, como elemento que reduz as possibilidades de concretização dos direitos fundamentais. Liga a visão científica do Direito, fundamentada no positivismo normativo e na racionalização formal, com o distanciamento tomado pelo universo jurídico das reais necessidades humanas, dos valores e das realidades sociais. Pauta a prevalência exclusiva do Direito do colonizador brasileiro em relação às experiências de organização costumeira e comunitária dos nativos e dos quilombos de resistência. Aponta, para além dos elementos jurídicos, o neoliberalismo e a economia globalizada como fatores desestimulantes ao objetivo constitucional de realizar a dignidade humana. Denuncia o comprometimento ideológico do Direito posto com a classe dominante, contradiz desta maneira, a neutralidade jurídica. Lança o individualismo liberal e o predomínio do capital como objetivos orientadores da prática jurídica dominante. Apresenta os efeitos nocivos deste conjunto de elementos do dogmatismo jurídico, dos sistemas econômico e político, nos países periféricos do capitalismo, mais especificamente no Brasil. Nota como o principal destes efeitos a exclusão de grande parte da população dos direitos que possibilitariam o desenvolvimento de suas vidas com dignidade. Estabelece o sentimento de exclusão dos oprimidos como ponto inicial de um processo de libertação; com o reconhecimento do outro excluído, conjuga a formação dos sujeitos coletivos de concretização e de criação de direitos. Apresenta o Direito Alternativo como proposta de realização da dignidade humana. Demonstra os mecanismos de ação do Direito Alternativo na concretização dos direitos fundamentais e na criação de novos direitos, por meio do Pluralismo Jurídico.

Palavras-chave: Dignidade humana – Direito moderno – sujeitos coletivos – Direito Alternativo – Pluralismo Jurídico

ABSTRACT

It investigates the debility of modern juridical paradigm and its inefficiency in the accomplishment of human dignity principle. It analyzes the contradiction between human dignity in the formal law and the reality itself. It quests for the main elements of modern Law which cause juridical inactivity before the lack of basic rights accomplishment, which are providers of human life dignity. It establishes the juridical monism, normative positivism, and the formal rationalization as the main elements from the Law dogmatic view. It points the juridical monism with the state exclusivity of creating and applying the Law as an element which reduces possibilities of basic rights accomplishment. It links the Law scientific view, based on the normative positivism and on the formal rationalization, with the distance the juridical universe has kept from the real human needs, from values, and social realities. It mentions the exclusive prevalence of Brazilian colonists' Law related to the natives' public and habitual organization experience, and the "quilombos of resistance". It also points out, beyond the juridical elements, the neoliberalism and the globalized economy as discouraging factors to the constitutional goal of accomplishing the human dignity. It denounces the ideological commitment of Law placed with dominant social class, contradicting, this way, the juridical neutrality. It introduces the liberal individualism and predominance of the capital as guiding goals in the dominant juridical practice. It presents the hurtful effects of this set of elements from juridical dogmatism, economical and political systems, in the peripheral countries of capitalism, mainly in Brazil. It is noticed as the main of these effects, the seclusion of great part of the population from the rights which make the dignified development of their lives possible. It establishes the feeling of exclusion of the oppressed ones as the beginning of a release process; as the other excluded is noticed, it conjugates the formation the collective people, accomplishment and creation of rights. It shows the alternative Law as a proposal of human dignity accomplishment. It displays the action mechanisms of alternative Law in the accomplishment of the basic rights, and in the creation of new rights through juridical pluralism.

Key words: human dignity – modern Law – collective people - Alternative Law - Juridical Pluralism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	14
1 O DIREITO MODERNO: DOGMATISMO JURÍDICO. ANÁLISE DE ALGUNS ELEMENTOS.....	14
1.1 Monismo jurídico estatal	15
1.2 Concepção Científica e Positivista – O Direito é o Direito Positivo.....	24
1.3 Racionalização, a eficiência técnica e os riscos da burocratização; uma leitura de Weber	35
CAPÍTULO II	46
2 UM FORMATO JURÍDICO IMPOSTO AO BRASIL	46
2.1 A prevalência do Direito do Colonizador	50
2.2 Práticas jurídicas costumeiras das comunidades nativas e dos Quilombos de resistência. O Pluralismo Jurídico no Brasil colonial	53
2.3 Liberalismo Econômico e regime de escravidão: uma contradição brasileira	59
CAPÍTULO III	65
3 A INEFICÁCIA DO DIREITO MODERNO NA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	65
3.1 Direito Moderno: um paradigma em crise	70
3.1.1 Conflitos coletivos: a concentração de terras e a miséria no campo	75
3.1.2 A demarcação das terras indígenas: compromisso constitucional do Estado	82
3.2 A Economia Globalizada e o Neoliberalismo como contra-estímulos à realização da dignidade humana.....	86
3.3 Crise do sistema representativo – Democracia liberal	95

CAPÍTULO IV	102
4 CONCRETIZAÇÃO ALTERNATIVA E PLURAL DA DIGNIDADE HUMANA – A POSSIBILIDADE DE “OUTROS DIREITOS”	102
4.1. Movimento do Direito Alternativo: concretização alternativa dos direitos fundamentais – explicitações do princípio da dignidade humana	106
4.2 O Alternativo no interior do Instituído – Positivismo de Combate (instituído negado) e Uso Alternativo do Direito (instituído relido)	111
4.3 Pluralismo Jurídico. Os novos sujeitos e a satisfação de suas necessidades. O Alternativo no âmbito do Direito Insurgente; instituindo novo(s) direito(s)	115
CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS.....	136

INTRODUÇÃO

No dia 10 de dezembro de 2008, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* – dos direitos humanos –, completará 60 anos. Neste grande momento da história, a dignidade humana ocupou papel de destaque, sendo consagrada pela Declaração Universal da ONU, como vetor central de todo o documento que reconheceu a dignidade inerente a todos os membros da família humana.

A *Constituição Cidadã* completará, em 5 de outubro deste ano, duas décadas de promulgação. A Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, reveste a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

O poeta Thiago de Mello, por decreto irrevogável, estabeleceu, no artigo VII dos *Estatutos do Homem*, o reinado permanente da justiça e da clareza, em que a alegria seria uma bandeira generosa na alma do povo. O reinado permanente da justiça e da alegria não encontra sentido sem a plena garantia da vida humana com dignidade.

A essencialidade da dignidade humana permeia o coração e a alma, não só dos poetas, mas também da humanidade, de um modo geral. Para além do sentimento comum da necessidade de garantir a preservação da vida humana com dignidade, o Direito posicionou-se densamente no referido propósito, indicando na hierarquia máxima do ordenamento o valioso conceito: vida digna para todos.

Com isso, a Ciência Jurídica consagrou formalmente esse elemento de reflexão filosófica, religiosa, humanista e social. A *vida humana em abundância* foi articulada por meio da dinâmica evolucionar dos direitos fundamentais. O princípio da dignidade humana tem no aspecto formal saldos positivos; lamentável, entretanto, ter que restringir esse saldo positivo, passível de comemoração pelas datas acima citadas, apenas ao aspecto referido, pois são avanços encontrados, praticamente, apenas no *papel*. Obviamente que as conquistas formais revestem-se de grande importância; em um Estado Democrático de Direito, o ideal apontado no *papel* deve orientar a prática concreta das instituições e dos indivíduos.

O princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe o reconhecimento, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, envolvendo os valores desdobrados em todas as dimensões de construção histórico-cultural e

político-jurídica desses direitos. Os direitos fundamentais são as possibilidades de existência, sem as quais a dignidade humana não se realiza; não acontece; não existe. Em contrapartida, todos aqueles direitos elementares devem ser interpretados com foco na realização da dignidade da vida humana.

Mesmo partindo de um consenso a respeito da centralidade ocupada formalmente pelo princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico e político, não se pode reconhecer a existência concreta desse princípio na vida de milhares de brasileiros, que vivem excluídos, quase totalmente de seus direitos, visto que, no Brasil, grande parte da população não consegue ter concretizados os direitos mais básicos, ou seja, aqueles ligados a sua própria sobrevivência, tais como: alimentação, trabalho, saúde, moradia, apenas para citar alguns.

O que leva a desenvolver o presente trabalho, pautado na crise do Direito vigente na concretização da dignidade humana, é, exatamente, o grande distanciamento entre intenção jurídica formal e realidade concreta da justiça na vida das pessoas. O abismo existente entre *forma* e *praxis* motiva as investigações deste texto. O reconhecimento formal de uma *dignidade* inerente ao ser humano não foi suficiente para assegurar seu exercício concreto na vida de muitos, que vivem na exclusão. Não se tem meios materiais que tornem efetivos muitos dos direitos voltados para a realização do princípio basilar do sistema jurídico-político.

No afã de buscar as motivações e causas dessa incongruência, serão analisados elementos da formação do modelo jurídico vigente – e dominante – no país e alguns pontos específicos dos sistemas político e econômico. A intenção é a de localizar a incompatibilidade desse conjunto paradigmático com o propósito de realização plena da dignidade humana para todos.

O primeiro capítulo trata de alguns elementos fundamentais do paradigma jurídico vigente. O capítulo é pautado no objetivo de analisar a essência do Direito Moderno europeu, transplantado para o Brasil durante a colonização. Procura investigar o formato jurídico imposto para a realidade brasileira. Busca os processos que construíram o dominante dogmatismo no Direito, tais como, monismo jurídico, Positivismo normativo e racionalismo formal legalista.

No segundo capítulo a missão é direcionada para a pormenorização do formato jurídico do colonizador: burocrático, patrimonialista e conservador. A posição contra-reformista portuguesa também introduz elementos na fórmula do modelo jurídico alienígena que se impõe com a colonização.

Não houve dialética para desenvolver um Direito próprio. Na ausência de um processo de construção social, o Direito nasce sem identidade com as necessidades dos habitantes do território. Também é analisada a situação de Pluralismo Jurídico no Brasil colonial, em que no mesmo território, no mesmo espaço temporal, conviveu o Direito do colonizador, as práticas costumeiras dos índios e dos escravos. Nesta perspectiva é observada a prevalência ou mesmo exclusividade dos elementos jurídicos do colonizador nas influências para a construção de um modelo pátrio.

A perspectiva marxista é adotada nas análises deste trabalho no sentido de perceber o Direito como instrumento de dominação dos interesses e dos privilégios da classe social dominante, porém, de maneira dialética o trabalho abre outras possibilidades, como a sociologia compreensiva de Max Weber, que constata a racionalização na construção do Direito e do Capitalismo modernos num viés cultural. Ou seja, o trabalho não é dogmaticamente marxista, visto que, também aponta outros horizontes e não deixa de pontuar os equívocos e os extremismos de uma visão puramente economicista e classista do Direito, que negue sua autonomia ou faça previsão do seu fim.

No terceiro capítulo o formato jurídico vigente será analisado com base no seu potencial em proteger e promover a dignidade da pessoa humana, por meio da concretização dos direitos fundamentais. Trata-se na verdade de relacionar os elementos formadores da ideologia jurídica dominante, analisadas nos capítulos anteriores, com a profunda crise de concretização dos direitos, sentida essencialmente pelos marginalizados. A sociedade excludente é apresentada como resultado: do formalismo legalista encontrado no senso comum dos juristas; da racionalidade econômica, voltada para a lógica do capital e do lucro e; do pensamento individualista liberal.

A crise do Direito Moderno é constatada pela situação de intenso conflito social presente na realidade dos países periféricos do Capitalismo Globalizado. Milhares de pessoas não têm acesso aos direitos básicos de subsistência, o que lhes retira a dignidade, teoricamente inerente a sua natureza. Ao mesmo no propósito de garantir a dignidade humana é inegável a crise que se encontra o Direito posto, com efeitos perversos e presentemente injustos.

O modelo econômico é analisado na sua potencialidade de contra-estímulo aos Estados periféricos em realizar os direitos fundamentais assegurados

constitucionalmente. A depredação da soberania e autodeterminação destes países diante do avanço da Globalização Econômica soma-se ao pensamento jurídico dominante para especificar a fórmula da ineficácia do princípio da dignidade humana.

A falta de envolvimento do Direito com os grandes problemas da desigualdade social demonstra a necessidade de um novo modelo, estabelecido em outra racionalidade. A teoria crítica é o campo de possibilidades para a análise de um *novo Direito*. De maneira mais específica, são levantadas no último capítulo do trabalho algumas investigações da teoria e das ferramentas práticas do Direito Alternativo. O sentido é o de encontrar elementos diferenciados dos elementos ora dominantes, projetados na busca de efetividade dos direitos fundamentais, que dinamizem a dignidade humana.

Assim, o Positivismo de Combate, o Uso Alternativo do Direito e o Pluralismo Jurídico são pontuados como propostas alternativas, de ampliação e de radicalização do objetivo constitucional de promover a dignidade em todas as vidas humanas.

As propostas buscam ampliar o entendimento e estabelecer outras leituras jurídicas, com visões mais comprometidas e engajadas com a mudança da realidade social que o Direito regula e domina. Não existe intenção de chegar a soluções ou conclusões definidas ou acabadas, o texto busca, modestamente, fomentar o debate crítico, entendendo que, a construção de um Direito comprometido e militante com a causa da dignidade humana precisa ser democrática, aberta, plural e contínua.

1 O DIREITO MODERNO: DOGMATISMO JURÍDICO. ANÁLISE DE ALGUNS ELEMENTOS

A dignidade humana representa um forte ícone axiológico, sendo valor direcionador das concepções jusfilosóficas de uma maneira geral. Além disso, reveste-se da máxima superioridade hierárquica no ordenamento jurídico, visto que fundamenta o Estado democrático e orienta as declarações universais de direitos. Porém, mesmo assim, a dignidade humana possui eficácia prática muito limitada, sobretudo na periferia do sistema capitalista, no qual grande parte da população não tem concretizados os direitos básicos que lhe assegurem uma vida com dignidade.

Este trabalho busca investigar as raízes desta contradição entre plano formal e realidade concreta. O Direito, na forma, consagra densamente o princípio da dignidade humana, mas, na prática, escamoteia tal princípio relegando-o um papel coadjuvante, visto que não faz parte da realidade da ordem social concreta. O caminho escolhido para analisar a contradição referida é o de buscar suas causas na formação e na estrutura do modelo jurídico vigente, composto basicamente pelos elementos do paradigma europeu de Direito Moderno.

Para alcançar o objetivo proposto, o presente capítulo tem a missão de delinear alguns elementos fundamentais capazes de localizar a essência do Direito Moderno europeu, formato jurídico que foi transplantado para o Brasil durante a colonização. Com a finalidade de compreender o Direito imposto para a realidade brasileira, é necessário percorrer um conjunto de processos que, em montantes parciais, construíram um dogmatismo jurídico, termo utilizado no sentido de apego indiscriminado a uma ordem de dogmas. “A dogmática não se confunde com o dogmatismo [...]. Aquela poderá situar-se no âmbito de uma sociedade aberta, democrática e plural, enquanto este não foge do apego indiscriminado ao dogma”¹. Então, para estabelecer a base dessa concepção do Direito, ou seja, concepção dogmatista, hegemônica, será efetuada a análise de alguns de seus elementos.

Neste primeiro momento, serão focadas, como objeto de análise, algumas características do modelo jurídico vigente. Esse formato foi construído no contexto europeu para a sua realidade, porém, foi trazido ao Brasil pelos colonizadores.

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 194.

Importa frisar que a intenção deste capítulo não é a de fazer um recorte que esgote os elementos fundantes do Direito Moderno; muito menos a de apresentar um roteiro completo dos acontecimentos históricos ou dos pensamentos que acompanharam a sua evolução. Na exposição dos dados pesquisados, a intenção é apenas a de orientar, dentro de um contexto evolutivo, a crítica que este trabalho tende a desenvolver ao formato jurídico que se impõe. Formato jurídico com status hegemônico, que está a serviço de um modo de produção, deixando o Direito afastado das necessidades da realidade social e dos valores buscados por ela. O intuito da análise de alguns fundamentos do Direito Moderno é o de contextualização, para então, focar criticamente a eficácia deste instrumento na proteção e realização da dignidade humana.

Neste sentido, serão analisados no presente capítulo os seguintes pressupostos jurídicos modernos: a) monismo jurídico; b) positivismo normativo e c) racionalização formal; elementos que integram o suporte ideológico e material do predominante dogmatismo jurídico.

1.1 O Monismo jurídico estatal

O formato jurídico moderno tem como contexto histórico de sua construção alguns elementos importantes, dentre eles: o declínio do regime feudal; a transição em direção ao modo de produção capitalista; e, ainda, a ascensão da classe social que detinha os meios de produção: a burguesia proprietária; “o que ocorria foi o enriquecimento de muitos burgueses – habitantes dos burgos existentes nas cercanias dos castelos medievais, e que se dedicavam ao comércio e a exploração da propriedade”².

Muitas características da organização medieval revelam seu caráter plural e corporativo, como aponta Antônio Carlos Wolkmer – “o pluralismo político medieval se dá mediante a infinita multiplicidade de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos, entidades

² COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 345.

intermediárias, estamentos, organizações e corporações de ofício”.³

Mesmo reconhecendo uma pluralidade mais ampla da organização medieval, tem-se que ater ao aspecto jurídico, no estreito objetivo de comparar a pluralidade jurídica medieval com o surgimento do monismo no Direito Moderno. O termo *monismo jurídico* é aqui empregado no sentido de exclusividade do aparato burocrático estatal na criação do Direito.

Antes do processo de transição do feudalismo para o capitalismo e da ascensão burguesa, a base jurídica na Europa Medieval, como revela Walter Vieira do Nascimento, “se desenvolveu com apoio nos direitos germânico, canônico e romano”. Essa diversidade jurídica é operada, principalmente, pela influência da Igreja nos diversos setores, exercida espiritual e materialmente na sociedade, influência que, conseqüentemente legitimou o Direito Canônico. Deduz-se para além do Direito Romano e do Direito Canônico, também o convívio plural com o Direito dos invasores germânicos, “tendo ainda os chamados povos bárbaros, imposto suas normas ao lado das normas romanas”.⁴

Essa pluralidade de bases jurídicas do período medieval pode ter análise ainda mais extensa, visto o *princípio da territorialidade das leis*, em que cada feudo dispunha de um Direito próprio, baseado nos costumes locais. Dessa maneira os feudos eram submetidos também a uma lei local, ditada pelos senhores feudais.

Torna-se necessário, para não cair no equívoco de apontar nesta pluralidade um viés comunitário-libertário, reconhecer que a pluralidade jurídica medieval regulava a prática “de um sistema jurídico múltiplo e consuetudinário, embasado na hierarquia de privilégios e nas regalias nobiliárquicas”. O pluralismo jurídico existente não tinha o escopo de legitimar as múltiplas necessidades humanas, a legitimidade das necessidades não direcionava o Direito; na verdade, os privilégios e a desigualdade eram os fundamentos medievais do formato jurídico plural. Como afirma Wolkmer:

[...] trata-se de um direito que, por reconhecer a desigualdade e os interesses estamentais, define-se como estatuto jurídico não-abrangente, pois é produzido para legitimar a especificidade de uma hierarquia social

³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 23.

⁴ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do Direito*. 13 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 135.

claramente estabelecida nas distinções entre clero, nobreza e camponesinato.⁵

A burguesia, antes classe social intermediária entre a nobreza e camponeses, emergia com êxito no processo de transição em direção ao capitalismo liberal, por deter os meios de produção em suas mãos. Na perspectiva de assegurar as transformações que configuraram vantagens para os burgueses, vai-se delineando um modelo jurídico centralizado em um Estado de estruturas fortes e soberanas: é a figura do Estado Nacional Soberano.

A soberania do Estado é fundamental para o monismo jurídico, visto que o poder de dizer e aplicar o Direito seria exclusivamente estatal, sendo o Estado “poder soberano máximo, controlado e regulado pelo Direito”⁶.

Dois princípios, a unicidade e a estatalidade, completam-se e fundamentam o processo de estruturação do monismo jurídico estatal. O Direito como ideologia deve ser estudado “com acompanhamento das circunstâncias históricas que levaram a essa compreensão do direito, consubstanciada em dois princípios fundamentais, o princípio da unicidade e o da estatalidade do direito”⁷.

O monismo jurídico, na sua diretriz máxima de exclusividade estatal na produção e aplicação do Direito, é um dos elementos fundantes da cultura jurídica produzida na Europa ao longo dos séculos XVII e XVIII, e que vai afirmar-se, e ter sua crise, nos séculos XIX e XX. A evolução do monismo, “que se define no século XVIII e se consolida no século XIX”, é esquematizada por Wolkmer em quatro fases, que indicam a sua formação, sistematização, apogeu e crise.⁸ Importa, neste momento da análise, reconhecer como esse sistema foi formado e sistematizado.

Em um primeiro momento, com o declínio do feudalismo, antes da completa ascensão burguesa, “entre os séculos XVI e XVII, os soberanos absolutistas não só procuram fundamentar o exercício de sua irrestrita dominação [...] como, subordinam as fontes de produção jurídica à vontade daquele que detém o poder político”, nesse momento já pode ser constatada a idéia de Direito reduzido

⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 24.

⁶ *Ibid.*, p. 42.

⁷ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 344.

⁸ WOLKMER, op. cit., p. 43.

ao detentor do poder.⁹ Recorrendo a recepção do Direito Romano, os príncipes fundamentam as grandes monarquias administrativas, que centralizaram o poder de julgar.

No plano de sustentação filosófica desse primeiro desenho do monismo, Norberto Bobbio aponta o pensamento de Thomas Hobbes, “teórico do poder absoluto e fundador da primeira teoria do Estado Moderno”, como partida para a convergência do poder do soberano com a exclusividade de produzir e aplicar o Direito, Hobbes sustenta “o poder exclusivo do soberano de pôr o direito, visto que isso é indispensável para assegurar o poder absoluto do Estado.”¹⁰

Nessas condições o processo de formação do monismo jurídico é ligado ao declínio feudal e aos interesses absolutistas da monarquia fortalecida; o Direito era reduzido ao poder do soberano.

A segunda fase, a de sistematização do monismo, é projetada na ascensão da classe burguesa, “no contexto do período que vai da Revolução Francesa até o final das principais codificações do século XIX.”¹¹

O Direito Estatal não será mais reflexo da vontade exclusiva de soberanos absolutistas, mas produto da rearticulação das novas condições advindas do Capitalismo concorrencial, da crescente produção industrial, da ascensão social da classe burguesa enriquecida e do liberalismo econômico, condições essas movidas pela lei do mercado, com a mínima intervenção estatal possível¹²

A distinção mais importante dessa segunda fase é a forte construção filosófica e política de um Estado-Nação, no qual o soberano seria o povo. A figura do príncipe não mais concentrava a soberania da criação do Direito. A Revolução Francesa vai legitimar a estrutura centralizadora e burocrática do Estado-Nação como sujeito-detentor exclusivo da criação e aplicação do Direito, no intuito de implementar a vontade geral da Nação.

O Direito centralizado numa estrutura burocrática era fundamentalmente vantajoso para a burguesia na busca de proteção ao capitalismo,

⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 43.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 34.

¹¹ WOLKMER, op. cit., p. 45.

¹² Ibid., p. 45.

que substituía o sistema de produção feudal. Então, pela necessidade de livre expansão do comércio capitalista, “a antiga estrutura descentralizada de produção jurídica é sucedida pela consolidação mais genérica, sistemática e unitária de um Direito Mercantil”¹³.

A expansão comercial era muito dificultada na realidade plural dos organismos de solução de conflitos e das diversas possibilidades normativas do período medieval. Mas, já se pode encontrar nesse conjunto normativo, caótico e assistemático, a *lex mercatoria*, na realidade, primeira manifestação do Direito burguês.¹⁴

O reconhecimento do Direito escrito do Estado como único legítimo, era potencialmente favorável para dar segurança e liberdade às novas necessidades comerciais da burguesia, como à realidade de novos mercados. O formato jurídico que se emoldura é potencial em ocultar o seu comprometimento com os interesses econômicos da burguesia enriquecida.

O monismo jurídico, portanto, estrutura uma nova ordem econômica, assegurando à burguesia que somente o estado soberano poderia estabelecer as regras comerciais, no sentido de oposição aos entraves para sua livre expansão.

O Direito Moderno, com suas estruturas formalistas e suas regras técnicas, dissimula as contradições sociais e as condições materiais concretas. A tentativa era a de tornar menos evidente as vantagens de uma classe social e a realidade desigual das condições concretas. Para atingir esse objetivo são fundamentais os caracteres da norma jurídica moderna: generalidade, abstratidade, coercitividade e impessoalidade; que mais adiante serão objetos de uma sucinta análise. Por enquanto basta notar que esses caracteres permitem a formação de uma igualdade abstrata.

O contrato é elemento fundamental para o Capitalismo; é a celebração de duas “vontades”, de dois sujeitos *iguais*. A função primordial da forma jurídica acaba por se tornar a mediação dos “vínculos entre dois agentes econômicos que se põem em contato no mercado”; assim, “a relação jurídica e as suas conseqüências têm um papel fundamental na organização da Economia

¹³WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p.24.

¹⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 346.

Capitalista, que é exatamente o de permitir e estimular a circulação de mercadorias.”

15

Jesus Antonio De La Torre Rangel analisa que “ao estabelecer uma norma igual e um igual tratamento para uns e outros, o Direito Positivo Capitalista, em nome da igualdade abstrata de todos os homens, consagra, na realidade, as desigualdades concretas” e ainda, Michel Miaille afirma que “o Direito racional da Revolução Francesa é o direito do homem egoísta, da sociedade burguesa fechada sobre os seus interesses. Esquecendo-se os homens concretos, ele (o Direito) limita-se a proclamar princípios que não tem, exceto para a burguesia, qualquer espécie de realidade.”¹⁶

A construção formal de uma igualdade entre as pessoas é um conceito criado pelo Direito burguês: a necessidade de circulação de produtos e riquezas requeria uma igualdade de tratamento entre vendedores e compradores, a desigualdade deveria ser encoberta, diferentemente da realidade feudal, pois nessa a desigualdade era elemento fundante do sistema e tal realidade social não era escondida. Já no Moderno Direito burguês, “a igualdade jurídica é a contrapartida lógica e necessária da desigualdade econômica”.¹⁷

O mundo real, com suas desigualdades palpáveis, parece não refletir no mundo jurídico que trata com igualdade as partes de um contrato, apelando para a abstração da *liberdade contratual*, ou do *acordo entre as partes*, como se essa liberdade realmente existisse, como possibilidade de escolha para as classes menos favorecidas. O Direito Moderno “é uma racionalização ideológica, que tem por finalidade alcançar objetivos concretos perseguidos pela burguesia.”¹⁸

A sistematização do monismo jurídico, de exclusividade estatal, opera-se então, com a ascensão da classe burguesa que, a partir da Revolução Francesa, vai criando essa sistemática – já aqui com a concepção política liberal – até o processo das primeiras codificações do século XIX.

Neste ponto, fica muito claro o entendimento do Direito utilizado como instrumento de poder, para assegurar algumas transformações e manter o

¹⁵ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do Direito e o Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. IX.

¹⁶ apud WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 43-47.

¹⁷ PASUKANIS, op. cit., p. X.

¹⁸ Ibid., p. XVII.

status quo de alguns benefícios. Como afirma Plauto Faraco de Azevedo, à classe burguesa “coube o mérito, não pequeno, de haver sido a primeira a compreender, inteiramente, o valor político do direito e a grande força de coesão que é capaz de proporcionar ao poder político”.¹⁹. Nesse sentido é que se pode reconhecer o formato Moderno do Direito como Direito-burguês.

Assim, as transformações no Direito representam o entendimento, pela burguesia, do potencial do jurídico para sustentar e sistematizar os seus interesses, e é neste sentido que ganha força o monismo jurídico:

No Antigo Regime, o Príncipe jamais teve a pretensão de monopolizar a elaboração do direito, mesmo quando, a partir do século XVI, se revela progressivamente mais como legislador. Havia, então, um substancial pluralismo jurídico no Direito Privado (em particular no Direito Civil), que era, em boa parte, produzido por sujeitos privados, tendo matriz consuetudinária [...] Compreendendo a importância do direito, o detentor do poder político ‘atribuiu-se a sua produção, estabelecendo um rígido monopólio sobre ela’, compelindo a experiência jurídica a coincidir com o Estado, ancilosando-a.²⁰

O princípio da unicidade aponta para a idéia de que todo o Direito está em uma estrutura normativa única, e o princípio da estatalidade legitima exclusivamente o Estado para criar, interpretar e aplicar o Direito. Esses dois princípios concebem juntos um dos traços mais marcantes do paradigma Moderno – e vigente – do Direito, que é o monismo jurídico estatal. No mesmo sentido, Luiz Fernando Coelho afirma:

Trata-se da concepção dogmática do direito, calcada em dois pressupostos fundamentais: a exclusão, como não-jurídicas, das ordens normativas que não possam ser compreendidas como direito positivo, e a atribuição ao Estado do monopólio dos procedimentos de elaboração e aplicação das leis²¹

Apresentados os princípios da unicidade e da estatalidade do Direito, neste ponto do trabalho, torna-se importante perceber a notoriedade de determinadas características da norma jurídica, tais como: generalidade, abstratidade, coercitividade e impessoalidade.

A generalidade indica que a lei jurídica do Estado tem validade

¹⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 13.

²⁰ *Ibid.*, p. 13.

²¹ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 344.

abrangente, vinculando um número de pessoas que estejam em igual situação jurídica.

A generalidade é definida exatamente em convergência ao modelo único de normas, princípio da unicidade. O único sistema jurídico válido, o estatal, dá esse caráter geral para as normas, pois elas valem para todos. Em oposição àquela situação de pluralidade de leis e diversidade de destinatários que coexistia no Direito Medieval, as leis no paradigma Moderno são gerais.

As leis são gerais, mas a ordem jurídica é concebida no intuito de proclamar a vontade individual; a retórica liberal traz uma aptidão meramente individual aos direitos; valem para todos, ao menos teoricamente, mas individualmente.

A característica abstrata da lei introduz a idéia de que o Direito tende a alcançar o maior número possível de acontecimentos e de ações, já que não tem condições de esgotar o universo dinâmico das ações humanas e sociais; a lei é indeterminada. “O Direito moderno liberal-individualista se assenta numa abstração que oculta as condições sociais concretas”²². Neste ponto, a tentativa do paradigma Moderno é a de criar direitos abstratos, como a igualdade formal, em que a igualdade é suposta entre os homens e este ponto de partida não leva em conta, para efeitos jurídicos, a realidade desigual do plano concreto.

A ascensão da burguesia acompanha uma ampla desigualdade social. Os burgueses tiveram o apoio do proletariado na luta contra o absolutismo e, mais adiante, a burguesia “revolucionária” tornou-se classe hegemônica. Para a realidade dos proletários, isso representou apenas uma mudança de viés, pois a exploração da dignidade humana continuou. Os direitos, gerais, abstratos e impessoais criam uma igualdade formal na sociedade e, em muitos casos, maquiagem as grotescas desigualdades. Nesse sentido, importa a crítica de Luiz Fernando Coelho:

Mas o proletariado, que auxiliara a burguesia na luta pela conquista do poder político, luta que julgara ser sua, acha-se marginalizado sob o peso de um sistema econômico que o oprime e de uma democracia meramente

²² WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 25.

formal, apoiada no imaginário social que substituiria os velhos mitos do feudalismo.²³

A característica da impessoalidade “refere-se à situação de neutralidade diante da particularidade individual, pois a aplicação da norma tem a pretensão de estender-se [...] de modo aleatório e não particularizado”²⁴. Esta caracterização da norma moderna persiste como se a neutralidade pretendida não perdesse seu sentido, com a clara e evidente opção de favorecimento de classe, operada pelo direito burguês.

O Direito Positivo é tornado obrigatório em virtude do poder coercitivo do Estado; a coercitividade também se apresenta como característica fundamental. A *violência física legítima*, para utilizar o termo weberiano, centralizada no Estado, garante a reprodução necessária das relações sociais derivadas da organização do trabalho, e da ordem econômica como um todo.

O Direito produzido pelo Estado tem como garantia de sua imposição a coerção. “O próprio conceito de coercitividade, aludindo à possibilidade de o Estado usar a violência para coibir o inadimplemento, atual ou potencial, das obrigações definidas na norma [...] passa a integrá-la como um de seus caracteres essenciais.”²⁵ Desta maneira, o Direito estatal seria o único legítimo por ter a exclusividade do poder de coerção, poder este que assegura o sistema jurídico, ao mesmo passo que a coerção é legitimada pelo Direito. Para Kelsen “as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana”²⁶ e ainda:

Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coação, isto é, a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como consequência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.²⁷

Com o fim do Pluralismo Medieval, cuja desigualdade das classes era absorvida em seu Direito, surge a igualdade formal do Direito Moderno, que, na

²³ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 348.

²⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 27.

²⁵ COELHO, op. cit., p. 235.

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 36.

²⁷ *Ibid.*, p. 37.

prática, serve de camuflagem para a desigualdade material, real e latente na sociedade.

[...] decorreu que as normas de conduta socialmente exigíveis [...] fosse as da classe social que se afirmava como dominante – a burguesia – ; e que se integrasse naquele contexto triádico: as normas do Estado voltadas para a manutenção de relações econômicas de tipo capitalista, centradas na propriedade privada e destinadas a reproduzir a ordem social que a burguesia consolidara.²⁸

Assim, a construção de um Direito único, produzido pelo Estado vai proporcionando também uma rede de privilégios obtidos por uma classe social específica, a burguesia, ao mesmo passo que não se empenha na realização da dignidade humana das classes não-proprietárias. Não se pode olvidar desse histórico de privilégio burguês, quando se avalia o entendimento monista do Direito.

1.2 Concepção Científica e Positivista – O Direito é o Direito Positivo

Além do monismo jurídico, é fundamental para o entendimento da concepção moderna, que envolve o modelo vigente, analisar alguns pressupostos do positivismo jurídico normativo.

O positivismo jurídico, juntamente com o monismo jurídico e o racionalismo formal, é a filosofia que orienta o discurso hegemônico ao condicionamento do Direito à idéia exclusiva de lei. No senso comum do universo jurídico, a racionalidade é reconhecidamente: legal-formal.

A Filosofia Positivista de Auguste Comte acaba por influenciar o universo do Direito, com características tão dominantes, a ponto de só se reconhecer como Direito o próprio Direito Positivo, ou seja, a lei estatal. O positivismo filosófico, o científico e o jurídico não se confundem, porém possuem elementos comuns que os definem. Neste sentido Dimitri Dimoulis:

É inegável que os partidários do PJ (positivismo jurídico) foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe na tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas

²⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 195-196.

jurídicas pelo legislador político. Mas isso não significa que os partidários do PJ aceitem todas as idéias historicamente designadas como positivistas. Isso seria impossível em razão da multiplicidade das abordagens positivistas tanto no direito como em âmbito científico e/ou filosófico.²⁹

A idéia neste tópico não é a de analisar a filosofia positivista em si, nem ao menos fazer um mapeamento das diversas manifestações histórico-filosóficas do positivismo jurídico, nas suas diversas radiações na Europa e em todo mundo. A intenção aqui é a de tão-somente estabelecer como as características gerais do Positivismo Jurídico transformaram-se hegemonicamente em significado puro do Direito. “Apesar de o positivismo ter tido a França como seu ambiente histórico natural, constituindo-se desde logo em ideologia da burguesia vitoriosa da revolução de 1789, ele espalhou-se por toda a Europa oitocentista”³⁰.

Como exposto, no período medieval, o direito plural era obra da sociedade e dos seus costumes; no Estado Moderno, esse ente tem a monopolização da produção jurídica.

Para compor a fórmula ideológica, além do monismo estatal, tem-se que acrescentar a idéia de Direito reduzido à lei, e ainda a racionalização formal/científica do Direito.

O racionalismo iluminista, na construção de uma notável Filosofia Política, exerceu grande influência na concepção positivista do Direito. A elaboração racional e a busca das leis ideais com base nos fatos demonstráveis aproximam racionalismo e Direito.

A concepção jurídica reprodutora da ordem social consolidada pela burguesia foi fundamentada na elaboração filosófica iluminista, sendo consumada com o positivismo normativo. O positivismo sob influência dos ideais racionais vai moldar uma dogmática jurídica com pretensão de cientificidade.³¹

A organização científica positivista buscava descobrir as leis ideais do universo social. Por meio da racionalização, de fatos demonstráveis as leis são elaboradas e recebem o peso de dogmas. O paradigma da razão vai influenciar o Direito fundamentalmente com o processo de codificação. Esse foi o processo de positivação dos direitos, significando, a partir de então, um ordenamento racional da

²⁹ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 66.

³⁰ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 196.

³¹ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 196.

sociedade, posto pelo soberano, enaltecendo dessa forma, o significado da lei como fonte exclusiva, ou pelo menos prioritária do Direito.

Notam-se, portanto, duas esferas diferentes, porém concomitantes e, sobretudo, comunicantes. A primeira é a positivação do Direito, entendida como “uma certa via ou caminho, o caminho da positivação, em direção à positividade”. E o positivismo, que seria “o modo de viver o direito e de concebê-lo identificando-o, apenas, com o direito positivo, ou seja, com o direito sancionado-positivado pelo Estado”.³²

Saindo do paradigma teológico, a transição é operada em direção ao modelo da razão científica. Sobre o tema expõe Boaventura de Souza Santos:

No início do século XIX, a ciência moderna tinha já sido convertida numa instância moral suprema, para além do bem e do mal. Segundo Saint-Simon, a crise moral que grassava na Europa desde a Reforma, e a conseqüente separação entre os poderes secular e religioso, só podia ser resolvida por uma nova religião. Essa religião era a ciência.³³

A ciência moderna vai se pautar por “um conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas, com vista a prever o comportamento futuro dos fenômenos”³⁴; nesse sentido a idéia é norteadada pela crença na ordem e na estabilidade do mundo.

A intenção científica é a apreensão e dominação da natureza, dos seus fenômenos e leis, pelo homem. Assim, buscando o rigor calculável e quantificável da matemática é que se dará o perfil desta investigação. O importante seria o aspecto objetivo da quantidade, a possibilidade de calculabilidade e a redução da complexidade. Nesse conjunto de elementos, a ciência moderna está revestida de objetividade e de neutralidade.

O determinismo mecanicista, como racionalidade das ciências naturais, para dominar a natureza a serviço do homem, foi, gradativamente, também sendo utilizado para estabelecer as relações sociais. Assim, a compreensão científica estende-se como método para o conhecimento do Direito. “Tal como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da

³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 108.

³³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a Política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 51.

³⁴ Ibid., p. 63.

sociedade. No plano social, portanto, esse horizonte cognitivo era o mais adequado aos interesses da burguesia ascendente que começava a dominar a sociedade³⁵.” A visão científica da sociedade vai ter no Direito, formado nessa altura pela ascensão da burguesia e pela consolidação positivista, um potente instrumento de segurança. “A gestão científica da sociedade teve de ser protegida contra eventuais oposições através da integração normativa e da força coercitiva fornecida pelo direito”³⁶.

O método racional das ciências naturais tendente a conhecer as leis da natureza para poder controlá-la seria transportado também para o Direito, no intuito de controlar e transformar a sociedade, por meio das leis emanadas do Estado; assim vai se formando a construção de uma ciência jurídica. “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais.”³⁷ Assim o Direito, como ciência, nasce para ser objetivo e neutro, como são as ciências quantificáveis.

O positivismo vai sistematizar uma ciência jurídica:

Pode-se estabelecer que, a partir do momento em que o conjunto das leis vigentes nas sociedades constituídas pela dominação burguesa se afirma como sistema científico, como resultado do pensamento positivista dominante, passa-se a atribuir-lhe o caráter dogmático que veio a ser prevalente.³⁸

Nota-se aqui a grande expressão do processo de codificação do Direito, que, na realidade, vai ser uma maneira de colocar os ideais racionalistas em prática. “A idéia de codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII”³⁹; com a Revolução Francesa é que se tem estrutura política para as codificações, porém sua estrutura ideológica está enraizada no racionalismo iluminista.

O Código de Napoleão tem destaque histórico nesse processo, pela ampla influência que exerceu nas legislações modernas, visto que os códigos de

³⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a Política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 64-65.

³⁶ *Ibid.*, p. 52.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

³⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 208.

³⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 63.

muitos países foram feitos com base no modelo napoleônico.

Podemos dizer que são duas as codificações que tiveram uma influência fundamental no desenvolvimento de nossa cultura jurídica: a justiniana e a napoleônica. [...] Somente com a legislação napoleônica temos um código propriamente dito, tal como entendemos hoje, isto é, um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas.⁴⁰

Com a codificação do Direito, a idéia de que esta ciência tem como fonte exclusiva a lei, fica ainda mais sedimentada. Então, o racionalismo vai estabelecer o mesmo tipo de conhecimento científico que objetivava dominar a natureza como um bem a serviço do homem, para o controle social por meio das leis produzidas pelo Estado.

Como o homem pode controlar a natureza através do conhecimento das suas leis, assim ele pode transformar a sociedade através da renovação das leis que a regem; mas para que isso seja possível, para que o direito possa modificar as estruturas sociais, é mister que seja posto conscientemente, segundo uma finalidade racional; é mister, portanto, que seja posto através da lei.⁴¹

Com uma pretensa isenção ético-axiológica e grande distanciamento das realidades sociais, o positivismo vai direcionar o rumo do universo jurídico, no sentido da pureza do Direito, como ciência. O positivismo jurídico não admite, no campo de investigação da ciência jurídica, critérios ideológicos ou axiológicos, sob o argumento de que falseariam respectivamente a neutralidade e a cientificidade do Direito.

Essa ciência, no entendimento positivista, teria como objeto unicamente o fenômeno legal do Direito, ou seja, apenas a lei deveria ser considerada nesta modalidade do conhecimento; assim os valores e os fatos concretos da vida social não seriam objetos da ciência do Direito, mas sim de outras áreas, talvez da Política, da Filosofia ou Sociologia.

A centralização torna a análise jurídica um processo lógico-formal. Assim, a legalidade é reconhecida como fronteira entre o jurídico e o não jurídico, “não havendo mais direito do que o direito estatal, a Metodologia Jurídica torna-se acentuadamente lógico-dedutiva. Concentra-se a atenção nos elementos conceituais

⁴⁰ Ibid., p. 63-64.

⁴¹ Ibid., p. 119.

ou lógico-formais do direito.”⁴²

O Positivismo Jurídico, envolto ao legalismo formal, tem como objetivo o conhecimento e a prática do Direito apartado dos valores éticos e das realidades sociais, produzindo um verdadeiro tecnicismo jurídico. O Direito é investido da característica científica da objetividade.

Com o legalismo jurídico a forma torna-se pressuposto de validade para as normas; o direito positivo seria, então, analisado na sua formalidade e não no seu conteúdo, como potencial em realizar a justiça. Nelson Saldanha explica que “ao entronizar a forma como critério de validade das normas, apaga-se a distinção que sempre foi essencial entre legalidade e legitimidade”⁴³.

Luiz Fernando Coelho assim, expõe a questão:

A razão de ser do positivismo era a preocupação com a realidade, entendida como tudo o que estivesse ao alcance da razão, mas evidenciado através da experiência ou da demonstração analítica. Nesse sentido, o positivismo desprezou a metafísica [...] Aplicada ao direito, essa atitude levou os juristas a considerá-lo um fato da experiência e, bem assim, a abstrair da pesquisa científica tudo o que não pudesse ser considerado real.

⁴⁴

Como a característica fundamental da ciência moderna é a avaloratividade dos elementos, o Direito-ciência é legitimado por uma legalidade formal. O maior expoente deste pensamento foi Hans Kelsen, com o intuito de purificar o Direito, com sua teoria, de todas as questões que escapassem da ciência normativa, que comportassem algum juízo subjetivo de valor.

A realidade social concreta e os valores não estariam no plano da ciência normativa, que somente investiga as normas postas na perspectiva hipotética do *dever ser*. Ou seja, para ele, as normas jurídicas enunciam um dever-ser: *quando A é, B deve ser*. Pelo princípio da imputação a norma jurídica tem o condão de ligar determinada conduta a uma determinada conseqüência, mesmo que hipoteticamente, visto que não compete ao jurista avaliar o distanciamento entre o caráter formal das legislações e a aplicação real das suas disposições. “A Kelsen só

⁴² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 14.

⁴³ apud AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 15.

⁴⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 210-211.

importa a validade normativa, não a sua eficácia. Sua preocupação é de dar ao Direito um tratamento puramente formal, não lhe interessando considerações sobre justiça ou legitimidade materiais”. A sua teoria radicalmente não abrange “nada que ultrapasse os limites estritamente formais do ordenamento jurídico posto”.⁴⁵

Kelsen, logo no início da Teoria Pura do Direito expõe o sentido da pureza de sua teoria:

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito.⁴⁶

Aqui reside outro ponto da questão. Para a legitimidade da norma não interessa o resultado prático, não é relevante o mundo como ele idealmente deveria ser, como justo, mas sim o ordenamento como ele é.

A ciência só comporta os juízos de fato, comprováveis pela realidade das coisas. Não têm relevância para a ciência os juízos de valor sobre os objetos de investigação, pelo fato de serem subjetivos e não objetivos. Norberto Bobbio faz a seguinte distinção dos juízos de fato e juízos de valor:

[...] juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação ; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas.⁴⁷

Partindo apenas dos juízos de fato, o Direito é tido como ordem, como um ordenamento racional. A verificação de validade de uma norma jurídica é realizada por meio do procedimento formal. Com estes elementos a teoria kelseniana do ordenamento jurídico, que “surge entre o fim do século XVIII e o início do século XIX”,⁴⁸ consagra uma das manifestações mais fortes do positivismo

⁴⁵ BARROSO, Pécio Henrique. Os conceitos de Direito e Estado em Max Weber e Hans Kelsen: contribuição para repensar a racionalidade jurídica. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 173.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 198.

jurídico. Este ordenamento, para esta teoria, teria como elementos a unidade, a coerência e a completude⁴⁹.

Pela teoria do ordenamento jurídico, o fundamento de uma norma jurídica decorre de uma outra norma jurídica superior, visto que são escalonadas em uma hierarquia até chegar ao seu topo, no qual estaria uma norma fundamental, que serviria de fundamento a todas as outras: sistema lógico-formal. “Com a teoria da norma fundamental, fecha o sistema jurídico seu ideal de completude lógica, sem necessidade de introduzir outros elementos que não sejam puramente normativos.”

⁵⁰ Uma lógica formal interna ao sistema jurídico é o que fundamenta o Direito Moderno. O Direito Legalista formal tem em *si* seu próprio fundamento.

A norma fundamental tem realidade hipotética; ela serve para sustentar o sistema ou ordenamento jurídico com a pretensão de completude. A validade desta norma fundamental não decorre do fato da sua existência, mas sim da lógica que atribui ao ordenamento – como único, coerente e completo – imaginado pelo positivismo jurídico, embasado na teoria kelseniana da norma fundamental.

Sobre a teoria do ordenamento jurídico e sobre o conceito de norma fundamental hipotética:

Para completar o sistema, dar-lhe coerência e para encerrar a escala de hierarquia, suscita Kelsen a existência hipoteticamente presumida de uma norma constitucional logicamente anterior, cuja existência real, veracidade ou verificabilidade são irrelevantes, pois à semelhança da hipótese matemática, é considerada válida apenas com o fito de demonstração das relações que dela decorrem. [...] denominada norma fundamental, ou constituição hipotética primeira, cuja validade não decorre de uma Constituição ou norma anterior, uma vez que possui validade própria, pressuposta por hipótese.⁵¹

Com o Direito vinculado exclusivamente à legitimidade formal, o Estado legítimo, com base na sua norma fundamental, produziria sempre um direito legítimo, independentemente de seu conteúdo. “O conteúdo das normas jurídicas torna-se irrelevante, tendo elas sido regularmente elaboradas, em consonância com

⁴⁹ Ibid., p. 198.

⁵⁰ Ibid., p. 236.

⁵¹ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 235.

a norma fundamental⁵²". Para a ciência jurídica kelseniana importa a validade formal das normas.

Ocorre que, "quando a teoria da formação gradual do direito (*Stufenbautheorie*) expõe que, no interior de uma ordem jurídica, apenas o direito cria direito, é grande o risco de fazer o processo e a forma do direito prevalecer sobre o seu conteúdo substancial."⁵³

Kelsen confunde Estado e Direito, reduzindo este ao fenômeno legal, identifica legalidade e legitimidade e ainda reforça a exclusiva estatalidade do Direito, desta forma, o monismo kelseniano:

[...] identifica o Estado ao direito, ao reduzir epistemologicamente o objeto da ciência do direito às normas positivas. Para ele o dualismo direito-Estado carece de fundamento científico para que possa sustentar-se, pois o fato Estado é uma comunidade de homens, a qual apenas pode ser unitariamente concebida pelo pensamento científico como uma ordem normativa que regula a conduta mútua dos homens que pertencem a esta comunidade. Falar de uma comunidade constituída por uma ordem normativa é falar de uma ordem coercitiva: o direito. O direito a que se reduz o Estado é o direito positivo.⁵⁴

Depois do longo período fundamentado em valores supremos e crenças, o Direito passa pela racionalização, tornando-se puramente jurídico na modernidade. A ciência jurídica abstrai-se dos conteúdos e da análise valorativa das normas para encontrar a estrutura do Direito na sua forma pura. A cientificidade do Direito o torna uma ciência exclusivamente dogmática; "A própria palavra dogmática enfatiza o tipo de saber jurídico: um conhecimento das regras que, isoladas do contexto social onde estão localizadas [...], impõe-se à observância da comunidade simplesmente porque constituem a lei".⁵⁵

Um argumento encontrado em Kelsen para o afastamento do Direito com a Moral é o fato de que "quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta, isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e 'a' Moral."⁵⁶ O argumento tem o

⁵² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 16.

⁵³ GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 101.

⁵⁴ COELHO, op. cit., p. 366.

⁵⁵ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 213.

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 75-76.

sentido de que existem diversos, portanto, relativos sistemas morais, e não um valor moral absoluto.

Na história da humanidade, esse formalismo da legitimidade legal tem fortes conseqüências, visto que qualquer conteúdo, desde que tenha o sentido de uma norma válida pode ser considerado direito, independentemente de uma avaliação axiológica. “Onde melhor se torna visível, é quando Kelsen proclama, em 1934, que o direito da República Soviética, há de ser considerado, em todas suas partes componentes, tão expressivo de uma ordem jurídica quanto o da Itália fascista ou da França democrata capitalista”⁵⁷. Fica aqui bem demonstrado o excesso do purismo científico do Direito; para o positivismo jurídico “o fato [...] de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar como válida essa ordem coercitiva.”⁵⁸

Importa ressaltar que as conseqüências do raciocínio lógico-formal comprometem toda a compreensão e a eficácia do Direito. De tal forma que, no senso comum dos juristas:

[...] tem-se a impressão invertida de que o direito é legítimo porque se reveste daquelas formas, as quais, elaboradas indutivamente a partir da observação do direito positivo, são apriorizadas pela ideologia e passam a constituir princípio de legitimação do direito estatal⁵⁹

Além do distanciamento com os valores, o Direito positivista também se afasta das realidades sociais e, nesse aspecto, não reconhece o Direito como resultado da evolução histórico-cultural da humanidade. Fundamentalmente, no campo dos direitos humanos, embasado no entendimento de direitos conquistados pelas lutas e necessidades sociais, pode-se perceber o caráter histórico-cultural do Direito.

No Positivismo, existe um distanciamento entre a forma jurídica e o elemento vivo, que é a sociedade que, na realidade, é a diretriz evolutiva do Direito; “o formalismo extremo da escola normativista [...] se dissipa em artifícios metodológicos e lógico-formais estéreis, ao glorificar seu total afastamento da

⁵⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.16.

⁵⁸ KELSEN, op. cit., p. 55.

⁵⁹ COELHO, op. cit., p. 414.

realidade.”⁶⁰

Acompanhando o desenvolvimento da consciência popular, a sociedade vai evoluindo de maneira tal, que as normas jurídicas também acompanham esta caminhada, o que fica muito claro no caso dos direitos humanos. Dentro dessa perspectiva, o Direito não pode ser visto como uma forma estática, como obstáculo às necessárias transformações materiais da sociedade. O Direito:

[...] também deve ser visto no fluxo histórico como resultantes das lutas sociais e do aperfeiçoamento da consciência moral, e não idealizados nas constituições e nos códigos, para que não perca sua conexão com a realidade social, onde se há de afirmar a sua efetividade.⁶¹

Quanto ao distanciamento do universo jurídico dos juízos de valores, a idéia parece contraditória, pois sendo o Direito fruto da interpretação do jurista, é justamente um juízo de valor a ferramenta a ser utilizada para que, no caso concreto, diante da multiplicidade de significados da lei abstrata, o intérprete possa eleger uma, quiçá a mais justa.

Kelsen não nega a necessidade de um posicionamento ou de uma escolha, “mesmo uma ordem por mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre uma pluralidade de determinações a fazer”. No interior dos limites de uma moldura de um quadro, que seriam os limites legais, o interprete vai estabelecer uma decisão. Mas para Kelsen “a questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a correta, não é um problema da Teoria do Direito, mas de política jurídica.”⁶²

A racionalidade formal positivista, ao lado do monismo jurídico estatal estabelece o tom para o entendimento e aplicação modernos do Direito. Ele tem na sua própria essência, a sua legitimidade. “Não é o jurista nem os sujeitos das relações jurídicas que são racionais, mas o próprio direito, em suas expressões normativas, ordenamentais e decisórias é que é dotado de uma racionalidade imanente”.⁶³

⁶⁰ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do Direito e o Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 37.

⁶¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 23.

⁶² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18.

⁶³ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 450.

Com efeito, o resultado da separação, no campo da ética, entre o que pertence a moral e o que pertence ao direito, respectivamente teve duplo resultado: por um lado, revestiu o direito de um tecnicismo e aparência de cientificidade/racionalidade aptos a estabelecer a superioridade das normas jurídicas sobre as morais e as sociais mais difusas; e por outro, legitimou o processo de ocupação de todos os espaços normativos possíveis, pela forma de controle social engendrada no seio da classe dominante, forma essa que passou a configurar o direito único.⁶⁴

O processo de positivação dos direitos pelo Estado representa a própria identificação do universo jurídico com a lei estatal – em essência objetiva e neutra –, sem dúvidas é esse o maior efeito do positivismo jurídico: reduzir todo o fenômeno jurídico à lei estatal; “a positividade da Dogmática Jurídica, resultante de dados e padrões de controle hierarquizados, imunizados de proposições e juízos axiológicos, reduz o Direito à ordem vigente.”⁶⁵

1.3 Racionalização, a eficiência técnica e os riscos da burocratização; uma leitura de Weber

A análise crítica, ora efetuada, dos elementos fundantes do moderno Direito europeu, de uma maneira dialética, capta elementos da perspectiva marxista, ou seja, o Direito visto como instrumento impulsionador da sociedade burguesa-capitalista, que surge em decorrência do desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais surgidas com o modo de produção capitalista; em suma, seria o Direito como instrumento da manutenção da classe dominante.⁶⁶ A forma jurídica como instrumento de satisfação das necessidades do capitalismo burguês.

Os interesses da burguesia capitalista são entendidos pelo marxismo como fatores centrais da formação e estruturação do Estado e Direito modernos. Para dar maior previsibilidade e objetividade às relações do modo de produção capitalista, seria necessário estruturar o Direito em um viés formalmente racional e burocrático (além de exclusivamente estatal). Dessa maneira, “o Direito – e seus conceitos basilares – é uma racionalização ideológica, que tem por finalidade

⁶⁴ Ibid., p. 413-414.

⁶⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p.55.

⁶⁶ PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do Direito e o Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. VII.

alcançar objetivos concretos perseguidos pela burguesia.”⁶⁷ Sobre marxismo e Direito importa a apresentação da obra de Pasukanis realizada por Paulo Bessa:

As análises que Marx fez sobre o Direito não foram sistemáticas, uma vez que ele jamais se dedicou especificamente a enfrentar o problema jurídico. O Direito para Marx é objeto de análise na medida em que os seus institutos servem para organizar e reproduzir o Modo de Produção Capitalista.⁶⁸

Seria antagônico, numa proposta de análise crítica do Direito Moderno, apenas reproduzir uma suposta teoria jurídica marxista, ainda mais com os resultados das práticas históricas, de um tipo determinista de socialismo, sem observar as limitações decorrentes de uma crítica puramente econômica para o universo do Direito. Seria dogmatismo não pontuar, neste momento, por exemplo, a previsão comunista dos Estados Revolucionários, das sociedades burocráticas ditatoriais de dissolver o Direito, bem como o Estado, após o período autoritário de transição, denominado ditadura do proletariado. É fundamental notar, que, no referido período de transição, também careceram de realidade prática, direitos ligados à dignidade humana, essencialmente os da liberdade.

Tarso Genro, aponta deficiências ancoradas nos pressupostos do marxismo dominante nas sociedades do Leste. São tais pressupostos:

[...] a estreiteza com que é abordada a relação entre classe e Direito, que resulta na busca frenética da identificação obrigatória das instituições e formas jurídicas, das categorias do Direito e da norma jurídica, com o *interesse de classe*; a sacralização da classe operária como classe messiânica, para propor uma nova ordem social universal sem conflitos de interesses, classe, portanto, dotada, da razão universal atual e da negação do Direito no futuro; a identificação do Direito com o Estado, numa espécie de kelsianismo de esquerda, que por seu turno, produz uma abordagem puramente lógico-formal do Direito (ou o seu inverso, puramente especulativa, em torno do mito da sociedade sem Direito)⁶⁹

Para uma análise da racionalização formal do Direito é inevitável a busca por um enfoque que considere mais elementos; fatores multicausais – que são encontrados em Max Weber. No contexto da sociologia compreensiva de Weber, são as construções típico-ideais que permitirão observar e compreender os fatos sociais. Para determinar uma conduta, que pode transitar entre *convenção*,

⁶⁷ Ibid., p. XVI.

⁶⁸ Ibid., p. IX, X.

⁶⁹ GENRO, Tarso Fernando. *Direito e marxismo*. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (coord.). Lições de Direito alternativo 2. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992. p. 12.

atendendo princípios éticos ou religiosos, *direito, usos e costumes*. Para tanto, eis as construções weberianas:

Ação é definida como a conduta humana a que o sujeito ou os sujeitos dêem um sentido subjetivo, ou seja, a intenção visada ao agir. A ação social é aquela que conforme a seu sentido está referida à conduta de outros e cujo desenvolvimento está determinado por essa orientação. Por sua vez, o conceito de relação social [...] refere-se a uma conduta plural que, pelo sentido que encerra, apresenta-se como reciprocamente referida, orientando-se por essa reciprocidade. O que Weber chama de máximas são representações verbais do sentido subjetivo permanente que constitui uma relação social, segundo as quais os partícipes orientam suas ações e baseiam suas expectativas das condutas dos demais (sempre em termo médio ou aproximado). Culminando, ordem é o conteúdo de sentido da relação social – por conteúdo de sentido deve se entender a máxima da ação que ordena, diz ou recomenda algo (o que tradicionalmente chama-se de norma ou proposição).⁷⁰

Essa reflexão weberiana tem grande amparo teórico na obra de artigos organizados por Edmundo Lima de Arruda Jr., “Max Weber – Direito e Modernidade”. Sobre Marx e Weber, expõe o organizador da obra:

Marx e Weber podem fornecer subsídios para uma sociologia do direito alternativa à oficial, sistêmica e de base conservadora. Marx, pela crítica radical à sociedade capitalista, que bem demonstrou como cientista, e pela crença na possibilidade de transformação social, construindo-se caminhos para a emancipação humana da opressão, que motivou a sua ação política como militante comunista. Weber, pelo realismo quanto aos paradoxos da modernidade, posta a tendência à racionalização crescente com perdas de liberdade.⁷¹

Um enfoque mais amplo, não diz respeito à exclusão dos fatores econômicos – determinismo econômico marxista – no processo de racionalização constatado por Weber, mas considerando esta questão, sua análise vai além, envolvendo o processo de secularização, na racionalização do mundo moderno e industrial. A secularização e o desenvolvimento capitalista são analisados pelo autor pontuando que a nova conduta religiosa tem afinidades com os propósitos do lucro sistemático e racional.

Marx resta o clássico que nos permite, de forma radical, depreender a incompatibilidade entre capitalismo e democracia, real e concreta. Weber,

⁷⁰ BARROSO, Pécio Henrique. Os conceitos de Direito e Estado em Max Weber e Hans Kelsen: contribuição para repensar a racionalidade jurídica. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 175.

⁷¹ ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 67.

por sua vez não negando a importância da 'infraestrutura econômica', e há passagens de sua obra nas quais indica quando esse nível é determinante, nega a explicação monocausal em termos sociológicos, indicando as bases de sua sociologia compreensiva, em termos multicausais.⁷²

Weber analisa o papel do protestantismo, mais especificamente do calvinismo, no estabelecimento do dever profissional, como devoção e vocação e da aquisição de bens, como orientação ética burguesa. Nasce um pensamento religioso novo, contrário à concepção católico-cristã medieval, sustentada até então, no despreendimento dos bens materiais terrenos. "O protestantismo valoriza o trabalho profissional como meio de salvação do homem". "No luteranismo o termo vocação passa a significar algo praticamente sinônimo de profissão" e "contrariamente ao católico, o calvinista valoriza particularmente o trabalho e o espírito trabalhador, não condenando o mundo em sua totalidade, mas apenas o gozo e o prazer". Weber aponta que "o calvinista considera que somente através do trabalho e da profissão rendem-se honras e glórias a Deus"⁷³ e ainda nesse sentido:

Na orientação do próprio Weber, realizada no final da sua análise sobre o papel empregado pelo fator religioso no espírito do capitalismo, encontra-se uma diretriz de distanciamento em relação a qualquer leitura monocausal. Mesmo sendo a análise relacionada ao racional capitalismo burguês, pode-se analogamente observar a questão para a racionalização do mundo como um todo:

O homem moderno, mesmo com a melhor das vontades, costuma ser incapaz de atribuir às idéias religiosas a importância que merecem em relação à cultura e ao caráter nacional. Mas não é meu intuito substituir uma interpretação causal materialística unilateral por uma outra interpretação espiritual, igualmente unilateral, da cultura e da história. Ambas são viáveis, mas, se qualquer delas não for adotada como introdução, mas sim como conclusão, de muito pouco serve no interesse da verdade histórica.⁷⁴

Na realidade, Weber constatou o caminho da sociedade moderna ocidental para um processo de *desencantamento do mundo*. A orientação metafísica e religiosa da vida estava sendo substituída pela *razão*. E numa visão resignada, com um pessimismo peculiar, Weber vai analisar esse processo de burocratização do mundo e da vida, como fato inevitável na modernidade, que recusa o antigo

⁷² ARRUDA JR, op.cit., p. 53.

⁷³ CATANI, Afrânio Mendes. O que é Capitalismo? São Paulo: Editora Brasiliense, 1996. p. 14-15.

⁷⁴ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do Capitalismo*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 136.

fundamento em deuses, magias ou profetas.

O autor atenta ao fato de que a condução do Estado Moderno burguês para uma racionalidade formal e instrumental poderia prejudicar a liberdade humana, no sentido weberiano, de que a burocratização da vida tenderia estabelecer a sociedade em uma *gaiola de aço*, na qual não cabem justificações éticas nem religiosas, apenas racionais. Aqui se encontra a chave do pessimismo de Weber, pois a racionalização é tida como destino inevitável da sociedade que, por um lado torna o mundo mais previsível e organizado, porém, de outro, coloca a liberdade em xeque. “O fato de Weber afirmar o direito racional-formal como instrumento regulador das relações humanas numa época de racionalização, não implica uma adesão valorativa a esse tipo de racionalidade jurídica”.⁷⁵

A racionalização formal do Direito vem separar a racionalidade jurídica da Ética, por meio do princípio da neutralidade axiológica no conhecimento das ciências sociais, tendo como maior fundamento a necessidade de objetividade e previsibilidade no conhecimento.

Para Boaventura de Souza Santos, mesmo posições antipositivistas moderadas, como a de Max Weber, no entender de que as ciências sociais são naturalmente subjetivas, diferentes das ciências naturais que podem ser descritas pelas suas características exteriores e objetivas, faz do autor mais subsidiário do modelo das ciências naturais do que parece.⁷⁶

É preciso, entretanto, observar a distinção de Weber sobre uma racionalidade voltada para os valores da racionalidade proposta para a realização de fins, “a emissão de qualquer juízo sobre a validade de tais valores só pode ser assunto de fé e não de razão empírica⁷⁷”.

Distingue Weber entre a atividade racional em relação a valores e em relação a fins. A primeira, que pode ser considerada uma racionalidade absoluta, desenvolve-se em nome de uma convicção, eis que se refere a valores, os quais são em si irracionais. A segunda, que envolve uma

⁷⁵ ARGÜELLO, Katie. O mundo perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na sociologia jurídica de Max Weber. ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p.92.

⁷⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a Política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 67.

⁷⁷ ARGÜELLO, Katie. O mundo perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na sociologia jurídica de Max Weber. ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p.81.

racionalidade relativa, é que procura os meios adequados à consecução de um objetivo, isto é, refere-se a uma racionalidade de meios.⁷⁸

Dentro dessa perspectiva, para estabelecer quais são os fins, bem como valorar o grau de justiça desses fins, não se utilizaria uma razão propriamente dita, mas sim os juízos subjetivos de valores, que por estas características devem ser distanciados da ciência, immanentemente objetiva.

A defesa de Weber está no sentido da racionalidade dos meios para alcançar os fins; o uso da razão seria para estabelecer os métodos, a técnica e a burocracia adequados, dentro do entendimento jurídico como ciência. “A atividade científica apenas ajuda o homem de ação a compreender o que foi feito e aquilo que é possível fazer; não pode estabelecer, portanto, o que se deve fazer. A escolha de determinada ação, como um fim determinado, pertence ao domínio da crença e das convicções.”⁷⁹. Nesse entendimento, “o objetivo da máxima calculabilidade, em vista da qual a moderna ordem social é racionalizada, deixa de ser um fim e torna-se, na realidade, um meio para atingir os objetivos materiais almejados.”⁸⁰

Nesse ponto, é salutar fazer uma outra distinção weberiana entre ética de convicção e ética da responsabilidade. A primeira, seria aquela fundada nos valores que envolvem os objetivos a serem atingidos, sem uma preocupação com as condições práticas, necessárias para se chegar até os objetivos, sendo indiferente com as conseqüências da ação. Para Weber, apesar de advertir que o político precisa da responsabilidade e da previsão, a ação deste está na ética da convicção. Já a ética da responsabilidade preocupa-se com a coerência, com o cálculo entre meios e fins, a racionalização dos meios empregados para atingir determinado fim; aqui se encontra a ação do cientista. Nas palavras de Weber:

Sem embargo, oposição profunda há entre a atitude de quem se resigna às máximas da ética da convicção – diríamos em linguagem religiosa, ‘O cristão cumpre seu dever e, quanto aos resultados da ação, confia em Deus’ – e a atitude de quem se orienta pela ética da responsabilidade, que diz ‘Devemos responder pelas previsíveis conseqüências de nossos atos.’⁸¹

Ao analisar a política como vocação, Weber conclui que a ética da

⁷⁸ COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 452.

⁷⁹ ARGÜELLO, op. cit., p.82.

⁸⁰ Ibid., p.86.

⁸¹ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 114.

convicção, cujo objetivo é buscar somente os resultados, pode desencadear abusos e paixões, enquanto uma ética metódica dos fatos, procedida imparcialmente, poderá produzir frutos. A ética da responsabilidade responde pelas conseqüências dos atos, “ao passo que qualquer outro método acarretará, para a nação que o empregue, conseqüências que, provavelmente, exijam anos para deixar de manifestar-se.”

Falando da ética da convicção, Weber afirma que o bem nem sempre produz o bem e por isso, um nobre objetivo não pode justificar os meios para atingi-lo, ou seja, os meios devem ser racionalizados:

[...] o partidário da ética da convicção torna-se, bruscamente, um profeta milenarista, e que os mesmos indivíduos que, alguns minutos antes, haviam pregado a doutrina do ‘amor oposto à violência’ fazem, pouco tempo depois, apelo a essa mesma força – à força última que levará a destruição de toda a violência - , à semelhança dos chefes militares alemães que, por ocasião de cada ofensiva, proclamavam: é a última, a que nos conduzirá a vitória e nos trará paz.⁸²

Completa o raciocínio observando que: “a bem da verdade, se existe um problema de que a ética absoluta não se ocupa, esse é o problema das conseqüências”. E mais adiante, afirma que o problema da justificação dos meios pelo fim coloca em xeque a ética da convicção, pois, “nenhuma ética pode dizer-nos em que momento e em que medida um objetivo moralmente bom justifica os meios e as conseqüências moralmente perigosos.”⁸³ Porém, nas conclusões do tema, Weber não deixa de assinalar que, na verdade, “a ética da convicção e a ética da responsabilidade não se contrapõem, mas se complementam e, juntas, formam o homem autêntico⁸⁴”.

A defesa de Weber orienta-se para uma ética da responsabilidade capaz de assegurar e prever os atos, com os *meios* racionalizados. Isso não significa, necessariamente, como bem demonstra o conceito de *homem autêntico*, o qual combina convicção e responsabilidade uma negação aos valores, na construção de uma teoria pura, como quer Kelsen, mas impõe distinguir os campos da ciência racional-formal e da ética dos valores, os campos dos meios e o do fim. Weber dá autonomia própria aos diversos sistemas de valores surgidos em

⁸² Ibid., p. 116.

⁸³ WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 114.

⁸⁴ Ibid., p. 123.

decorrência do processo de desmistificação.

Kelsen vê o Direito, apenas, no aparato estatal; a legitimidade formal abarca somente as leis do Estado, qualquer outra fonte normativa ou ética estaria fora do campo jurídico de investigação. Weber, indo além, apresenta os tipos ideais de Direito:

a) o direito irracional e material, fundamentado em puros valores emocionais, sentimentos; b) o direito irracional e formal, cujas normas e julgamentos são baseados em revelações num oráculo; c) o direito racional e material, em que as normas estão contidas num livro sagrado (o Corão, por exemplo), ou acompanham a vontade política de um conquistador ou ainda conforme uma ideologia, e, d) o direito racional formal, em que a lei e o julgamento são fundamentados em conceitos abstratos, criados pelo pensamento jurídico.⁸⁵

Os tipos ideais de direito formam o sentido de *dominação* em Weber, sentido este, ligado à probabilidade de uma ordem encontrar obediência fundamentada em alguns motivos básicos, como a tradição, pela crença em valores internalizados através das gerações – *dominação tradicional* –, o carisma de um grande líder ou conquistador – *dominação carismática* –, e a lei – *dominação racional*.⁸⁶ Weber, apenas, relata o processo de racionalização do Ocidente e do seu Direito; a burocratização do Estado Moderno funciona como mediador entre dominantes e dominados, na perspectiva da *dominação racional-legal*. Esse relato do processo histórico de racionalização feito por ele, de modo algum, representa uma defesa de um monismo jurídico centralizado nas mãos do Estado burocrático. Pode-se entender, portanto, que o sociólogo estudado relata e amplia, enquanto o jurista (Kelsen) defende e restringe. Kelsen não busca nenhum processo histórico, apenas aceita a ordem já dada e estabelecida.

A racionalização do Direito apresenta-se como condição de vantagem ao desenvolvimento do capitalismo, isto pela previsibilidade dada pela razão científica, além da racionalidade de meios para atingir fins. Esse fator faz com que o racionalismo formal também esteja comprometido com os interesses da ordem econômica burguesa, com o modo de produção capitalista. Como já foi observado,

⁸⁵ BARROSO, Pécio Henrique. Os conceitos de Direito e Estado em Max Weber e Hans Kelsen: contribuição para repensar a racionalidade jurídica. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 177.

⁸⁶ BARROSO, Pécio Henrique. Os conceitos de Direito e Estado em Max Weber e Hans Kelsen: contribuição para repensar a racionalidade jurídica. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 178.

isso também ocorreu com o monismo jurídico. Neste sentido:

[...] tanto na esfera econômica como na jurídica, a maximização da racionalidade formal interessa aos grupos economicamente dominantes em detrimento dos grupos desfavorecidos, que reivindicam, com suas lutas libertárias, a redução do âmbito da racionalidade formal, quando esta se torna um obstáculo à realização de seus interesses materiais.⁸⁷

Para assegurar os interesses da burguesia capitalista, os elementos centrais do Direito Moderno são muito salutares. Um sistema jurídico único, envolto na razão formal, centrado nas mãos do Estado, seria uma composição de elementos necessária para o bom desenvolvimento das práticas comerciais capitalistas.

A obra de Weber busca expor diversos fatores e etapas que contribuíram para racionalizar o Direito Moderno, na realidade, a vida moderna. O capitalismo, da Europa Ocidental e da América do Norte, com desenvolvimento atrelado ao alvorecer do próprio racionalismo, é exposto por Weber em *“A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”*:

Poderia então parecer que o desenvolvimento do espírito do capitalismo seria mais bem compreendido como sendo parte do desenvolvimento do racionalismo como um todo, e poderia ser deduzido das posições fundamentais do sobre os problemas básicos da vida.[...] O conceito de espírito do capitalismo é usado aqui no sentido específico de espírito do capitalismo moderno. O capitalismo existiu na China, na Índia, na Babilônia, no mundo clássico e na Idade Média. Mas em todos esses casos [...] o ethos particular faltou. 88

São objetos de foco na racionalização do Direito em Weber a constatação de que a racionalização foi possível somente a partir de um distanciamento do pensamento mágico e, por conseguinte, de uma racionalização ética da imagem do mundo⁸⁹.

O pensamento mágico era a interpretação metafísica, fundada no potencial poder religioso da Igreja, antes do domínio da razão, ou da Reforma que enfraqueceu a centralidade religiosa. Assim ocorre um distanciamento, diferenciando

⁸⁷ ARGÜELLO, Katie. O mundo perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na sociologia jurídica de Max Weber. ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 87.

⁸⁸ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do Capitalismo*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 48-65.

⁸⁹ ARGÜELLO, Katie. O mundo perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na sociologia jurídica de Max Weber. ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p.92.

preceitos religiosos ou éticos dos racionais e científicos.

A ética racional da imagem do mundo leva a vê-lo ganhando eficiência; a eficácia técnica da burocracia seria superior a qualquer outro modo de organização, por meio da rapidez, continuidade, precisão, impessoalidade e da técnica para alcançar com otimização os fins; apesar disso, Weber nota a problemática da “liberdade posta em risco diante da excessiva burocratização”.⁹⁰

A previsibilidade do Direito, por meio da racionalidade *calculável* apresenta-se como estratégia necessária para o desenvolvimento econômico tendo como foco de benefício a classe que detinha os meios de produção, ou seja, a burguesia.

Assim, embasado num conjunto de leis abstratas, o racionalismo carrega de formalidade e de burocracia o Estado Moderno e o seu Direito. Resultando no distanciamento do Direito com o universo da ética, dos valores. Ainda mais com a contrapartida da razão formalista, dando-lha eficiência técnica.

Vale ainda ressaltar:

[...] o que interessa a Weber como sociólogo é exatamente analisar essa racionalização crescente das diversas atividades humanas, colocando-as em correlação umas com as outras, procurando compreender as conseqüências dessa racionalização nos comportamentos dos homens [...]. Na esfera jurídica, por exemplo, ele evidencia que a racionalização técnica excessiva criou um abismo entre a lógica interna do sistema jurídico e os seus destinatários.⁹¹

Weber reconhece que a calculabilidade racional-formal no Direito do Estado traz fomento ao capitalismo, atendendo, com isso os interesses burgueses. Ele constata “a idéia de dever que o indivíduo tem no sentido de aumentar o próprio capital, assumido como um fim em si mesmo”⁹², como um *ethos* próprio.

Na verdade, a racionalização da sociedade moderna, com a burocratização do Estado e do seu Direito, seriam constatações de Weber; são constatações feitas por meio das circunstâncias da realidade, pela análise do fenômeno histórico. Porém, ele não formula, a partir dessas constatações, uma

⁹⁰ Ibid., p.86

⁹¹ ARGÜELLO, Katie. O mundo perfeito: nem possível, nem desejável. Ética e racionalidade na sociologia jurídica de Max Weber. ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p.95.

⁹² WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do Capitalismo*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002. p. 48.

superação, um novo ou uma libertação; daí a resignação da análise weberiana. Mas isso não significa que ele defendia o aparato burocrático, no sentido do Direito exclusivamente estatal, por exemplo. Por estudar a racionalização do Direito como fenômeno histórico, ele não se torna partidário do dogmatismo positivista.

Weber admitia a influência dos valores na pesquisa científica “na escolha do objeto, na direção da investigação, no que é ou não é importante, na formação dos conceitos e, acima de tudo, na problemática” [...] “contudo, tais valores não poderiam de maneira alguma influir nas respostas, que devem ser axiologicamente neutras – os pressupostos são subjetivos, mas os resultados devem ser objetivos.”⁹³

O filósofo constata o processo de racionalização do mundo e, mesmo reconhecendo as vantagens da eficiência técnica, sempre pontua seus riscos e incoerências, como por exemplo, o risco para a liberdade e os benefícios para o capital e para a burguesia.

Enfim, a questão trata de uma distinção metodológica de meios e fins, de separar os campos definidos da ciência, da política, da ética, da religião e do Direito.

⁹³ BARROSO, Pécio Henrique. Artigo Os conceitos de Direito e Estado em Max Weber e Hans Kelsen: contribuição para repensar a racionalidade jurídica. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p. 188.

2 UM FORMATO JURÍDICO IMPOSTO AO BRASIL

Os elementos investigados no primeiro capítulo formam a base de sustentação do Direito Moderno europeu. Neste capítulo, busca-se pormenorizar o formato jurídico imposto ao Brasil com a colonização. O monismo jurídico, a racionalidade formal e os ideais positivistas não integraram o universo jurídico em uma mesma tomada; cada elemento foi incorporado dentro de contextos específicos de cada realidade.

Neste capítulo, será especificado o formato jurídico do colonizador do Brasil, a sua chegada e o choque cultural promovido por sua imposição, visto que os nativos da terra brasileira já possuíam formas tradicionais de organização social, mas, mesmo assim, tiveram seus costumes, crenças e práticas incorporadas por um modelo jurídico-social alienígena. Vê-se, neste período da colonização, uma específica situação de Pluralismo Jurídico, tendo em vista a existência simultânea do Direito imposto pelo colonizador e uma forma de organização comunitária.

O colonizador português traz ao Brasil uma cultura jurídica de origem romano-germânica e de cunho marcadamente colonial-patrimonialista.

Em síntese, Portugal teria vivenciado uma monarquia patrimonial: o rei como senhor de toda a riqueza territorial, do comércio e empreendimentos, cercado por 'servidores' que a ele se prendiam por uma relação de acentuada dependência. O estamento formava-se, para utilizar a tipologia weberiana, por 'recrutamento extrapatrimonial', reconhecidamente aí presentes o 'favoritismo' e o 'clientelismo', expressões já incorporadas à vida de nossas instituições políticas.⁹⁴

Atualmente, o dogmatismo envolve o Direito brasileiro, com suas manifestações positivo-rationais, mas isso é fruto de uma formulação evolutiva, no sentido de que novos elementos foram sendo incorporados, e durante todo o processo de colonização até os dias atuais, o Direito molda-se para atender os intentos da classe dominante.

O período colonial foi notadamente marcado pela exploração. O Brasil, tido simplesmente como fonte de riquezas, não recebeu um projeto de desenvolvimento como nação, sendo apenas fonte dos interesses mercantilistas,

⁹⁴ KOZIMA, José Wanderley. *Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil* In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 354.

com benéficos exclusivos para Portugal. Como ressalta Cláudio Valentim Cristiani, “Pelos portugueses colonizadores, o Brasil nunca foi visto como uma verdadeira nação, mas sim como uma empresa temporária, uma aventura, em que o enriquecimento rápido, o triunfo e o sucesso eram os objetivos principais”⁹⁵

Nesse contexto, todo o processo de exploração do Brasil pela Metrópole estava ligado aos interesses da Coroa e dos grandes proprietários de terra; assim se instaura o domínio da instituição colonizadora sobre todas as comunidades locais. Sendo o poder desde o início constituído para o benefício de poucos, essa será a regra tradicional do histórico do poder brasileiro.

No início da colonização, criou-se o sistema das capitanias hereditárias, o qual não surtiu o efeito esperado por Portugal:

O regime de donatarias fracassou por uma série de razões: falta de recursos e desinteresse dos donatários, hostilidade dos indígenas, carência de apoio material da Coroa, distância da metrópole. Além disso, a excessiva descentralização administrativa desse regime não trazia resultados satisfatórios para a Coroa portuguesa.⁹⁶

Nesse sistema, cada donatário deveria fundar as povoações, nomear os funcionários, exercer a administração e a *justiça* na sua capitania, concedida pelo rei. Com poder para administrar, competindo-lhe ainda os papéis de legislador e de juiz, o donatário tinha uma autêntica posição de senhor feudal.

A experiência das 15 capitanias hereditárias entregues aos capitães-donatários, que as possuíam em nome da Coroa (verdadeira proprietária), ensejou uma forma peculiar de administração, com o exercício pelos donatários de funções típicas do Estado [...] Tudo, certamente em nome D’El Rei, como convém ao patrimonialismo. [...] a historiografia associa a este fato histórico, dentre outras distorções, a origem dos vastos latifúndios e da administração privada da justiça”.⁹⁷

Como o sistema não alcançou os objetivos esperados pela Metrópole, a administração da Colônia foi, de certa maneira, centralizada por meio da nomeação de um governador-geral. “Foi buscando a centralização político-administrativa da colônia que D. João III criou, em 1548, o Governo-Geral, cuja sede

⁹⁵ CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 332.

⁹⁶ DOMINGUES, Joelza Ester; FIUSA, Layla Paranhos Leite. *História: o Brasil em foco*. São Paulo: FTD, 1996. p. 37-38.

⁹⁷ KOZIMA, José Wanderley. *Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil* In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 356.

foi a capitania da Bahia de Todos os Santos.”⁹⁸

Depois desse período, os poderes dos donatários foram drasticamente reduzidos. Com a questão da justiça, inicia-se o processo de profissionalização, visto que a Coroa tratou de enviar à Colônia um corpo burocratizado de agentes públicos. “Os magistrados partiam de Portugal a fim de ocuparem os postos no Poder Judiciário local. Burocratas que eram, tinham por finalidade representar os interesses da Metrópole e não as aspirações locais.”⁹⁹

Desde logo, as elites locais, proprietários de terras, já instalados na Colônia, aproximaram-se dos operadores jurídicos burocratas. Dessa aliança, entre a aristocracia portuguesa e as elites agrárias locais, surgem as trocas de favores e clientelismos e, principalmente, a formatação de um direito reservado para atender aos interesses dessas classes, e não estruturado para atender a toda a coletividade; dessa forma, foram automaticamente excluídos do *rol* de sujeitos de direitos os índios e os negros.

A aliança do poder aristocrático da Coroa com as elites agrárias locais permitiu construir um modelo de Estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos de segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção.¹⁰⁰

O Direito brasileiro não se desenvolveu na dialética social das conquistas, dos anseios populares, das necessidades do todo, mas surgiu com o recebimento de um modelo alienígena que veio junto com a colonização, não foi um processo de construção social, foi uma realidade jurídica imposta à Colônia pela Metrópole. Como aponta Nicos Poulantzas:

A condição de colonizados fez com que tudo surgisse de forma imposta e não construída no dia-a-dia das relações sociais, no embate sadio e construtivo das posições e pensamentos divergentes, enfim, do jogo de forças entre os diversos segmentos formadores do conjunto social.¹⁰¹

Na realidade, as linhas gerais para a análise do Direito introduzido

⁹⁸ DOMINGUES, Joelza Ester; FIUSA, Layla Paranhos Leite. *História: o Brasil em foco*. São Paulo: FTD, 1996. p. 38.

⁹⁹ CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 342.

¹⁰⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 40.

¹⁰¹ POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o Socialismo*. 3 ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 148.

no Brasil pelo colonizador ibérico devem observar algumas particularidades em relação ao Direito Moderno, de maneira geral. O direito posto ao Brasil foi o de formato monista, positivista e racional-formal, porém, importa ponderar as peculiaridades da Ibero-América em relação a Anglo-América.

Outro ponto de extrema importância que também será mérito de pesquisa deste capítulo é a experiência de organização social e jurídica existente antes da chegada dos colonizadores, analisando, neste ponto, uma espécie de Direito comunitário dos índios, que concebia confusamente, sem muita clareza de distinção o direito e o divino. Outra organização social, que não se regeu dentro do direito do colonizador foram os quilombos de resistência. Ocorre que, dentro da racionalidade formal da Modernidade, a cultura do colonizador branco era muito mais evoluída.

Mesmo com a rica influência cultural recebida dos índios e dos negros na formação da sociedade brasileira, o Direito recebeu praticamente, influências exclusivas do colonizador europeu, ignorando outras organizações comunitárias ou outras necessidades humanas, anteriores ou concomitantes com o processo de colonização e exploração do Brasil.

O patrimonialismo presentemente foi uma das mais nítidas características do período colonial brasileiro e ainda hoje, direciona um direito que prioriza a proteção da propriedade privada em detrimento das necessidades humanas coletivas que buscam a dignidade; soma-se a essa fórmula o regime escravocrata e a mentalidade conservadora. Todo esse rol característico do passado colonial teve o poder de marcar a fogo o universo jurídico brasileiro, tal como se conhece hoje. Sobre a cultura privatista no Brasil:

[...] de fato, sua filosofia tem reproduzido até hoje, de um lado, os princípios do individualismo burguês advindos da moderna cultura jurídica européia; de outro, o legado colonial de práticas institucionais burocrático-patrimonialistas que apenas têm favorecido a garantia e a proteção de bens patrimoniais, deixando de contemplar e resolver os conflitos sociais de massa.¹⁰²

O Liberalismo, como filosofia burguesa de visão do mundo, impregnou o Direito Moderno europeu e, conseqüentemente, influenciou o sentido

¹⁰² WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 125.

do direito brasileiro. Porém, o ideário liberal do Brasil, com sede de independência em relação ao colonizador, não tinha somente os traços do individualismo e das liberdades, como no desenho clássico, mas se contradizia na mistura de elementos como a escravidão e a necessidade de manutenção do *status quo* interno da colônia.

A proposta deste capítulo, portanto, é a análise de como o Moderno Direito europeu impôs-se ao Brasil, bem como as peculiaridades do direito ibérico-colonizador, e ainda as influências do passado colonial e do Liberalismo *à brasileira*, no formato jurídico ora vigente na sociedade.

2.1 A prevalência do Direito do Colonizador

Mesmo depois de traçar elementos do Direito Moderno europeu importado e desenvolvido no Brasil, tais como monismo estatal, positivismo e racionalidade formal são necessárias algumas considerações sobre a especificidade da modernidade ibérica.

Certamente, é na origem mercantilista, absolutista e contra-reformista da formação social portuguesa que se podem buscar, ainda que remotamente, os primeiros fatores geradores de uma tradição político-jurídico burocrática, individualista, erudita e legalista.¹⁰³

O período de transição para a modernidade européia, analisado no primeiro capítulo, pontua a ascensão da burguesia, o desenvolvimento do capitalismo, a visão científica do mundo, rompendo com o anterior e totalizante fundamento religioso nas diversas esferas da vida. A “explosão capitalista-científica originalmente alimentada, quando não ‘determinada’, por imperativos morais e religiosos, adquiriu impulso próprio”.¹⁰⁴

Duas revoluções, a religiosa e a científica, demarcam as posições européias de visão de mundo. Tanto uma como a outra fundam seus pilares em um maior racionalismo e, notadamente no campo científico, afastam-se de fundamentos

¹⁰³ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 143.

¹⁰⁴ MORSE, Richard McGee. *O espelho de Próspero: cultura e idéias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, 27.

místicos; porém a recepção desta modernidade racional não é a mesma em toda a realidade europeia. Nessa diferença de posturas, “os ingleses compraram o pacote moderno, convertendo-se, talvez, nos mais ‘modernos’ dos europeus [...] já os ibéricos foram mais cautelosos.”¹⁰⁵

Dentro do contexto das revoluções científica e religiosa, o espírito renascentista e a reforma protestante deram roupagem científica e técnica ao Direito.

As premissas protestantes para afirmar a crença e fundamentar o conhecimento tiveram uma série de conseqüências para a teoria política em aspectos como os acordos por consenso, o individualismo dos direitos naturais, uma regra de direito comum em lugar do decreto prerrogativo, uma mudança da legitimação do Estado do terreno da ética para o da eficiência e, finalmente, um cálculo utilitário do bem-estar social que substituiria a lei natural e inclusive transcenderia a lógica da consciência.¹⁰⁶

Ocorre que, a opção ibérica ainda tendia a uma (re) construção da cosmologia cristã com possibilidade de demonstrabilidade, mantendo as posições da fé; no esforço escolástico, com adoção do tomismo, tende a opção ibérica, compatibilizar a fé tradicional com a razão moderna, integrar a lógica na crença.

O ideal da Contra-Reforma orienta a opção ibérica diante da modernidade científica, pontuando, no campo da ciência e do Direito, a Moral e a Religião, opositoras originárias do conhecimento racional-científico puro. Isto distancia a posição portuguesa das bandeiras das reformas religiosa e científica britânicas, por exemplo. Essas decisões feitas pela Ibéria e pela Inglaterra, depois do fim da Idade Média, são presentemente decisivas para os seus reinos transatlânticos.¹⁰⁷

Ao tempo da colonização, o conservadorismo e o patrimonialismo ainda eram fortes bandeiras da filosofia do colonizador português. “Herda-se, dessa feita, uma estrutura feudal-mercantil embasada em raízes senhoriais que reproduziam toda uma ideologia da Contra-Reforma.”¹⁰⁸

Mesmo não tendo dividido claramente a Europa em duas, a Reforma

¹⁰⁵ MORSE, Richard McGee. *O espelho de próspero: cultura e idéias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 28-29.

¹⁰⁶ Ibid., p. 48.

¹⁰⁷ Ibid., p. 34.

¹⁰⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 42.

Protestante e a racionalização da ciência alteram em alto grau o desenvolvimento comparativo de duas realidades distintas. Richard Morse aponta que a realidade ibérica:

[...] permaneceu quase intocada pela Reforma protestante ou pelo Renascimento em sua forma italiana; não teve uma revolução científica que possa ser citada, nem um equivalente de Hobbes ou Locke, nenhum surto de individualismo político, nenhuma teoria de contrato social, nenhuma revolução industrial.¹⁰⁹

A posição contra-reformista mantém Portugal no sentido da obediência à Igreja e ao Rei, que mesmo com o seu desempenho na expansão marítima, não tem o mesmo potencial de eficiente enriquecimento por meio do sistema capitalista.

A incapacidade política da elite lusitana acaba favorecendo maior articulação do Estado e empurrando Portugal para uma posição secundária no rol do desenvolvimento econômico europeu. Apesar de ter tido um papel importante durante a expansão marítima e ao longo da conquista, os Estados ibéricos acabaram absorvendo e implementando a filosofia da Contra-Reforma, distintamente daqueles países, como Holanda, Inglaterra e Alemanha, em que o ideário da Reforma Protestante acabou impondo-se.¹¹⁰

É diferente a posição de Portugal diante de toda a inovação renascentista, da modernidade científica, das novas práticas capitalistas, e ainda diante da reforma religiosa, ficando Portugal com o ideal da Contra-Reforma e de certa distância em relação a tantas “modernidades”.

No período da colonização brasileira, o que foi trazido “tratava-se de uma cultura senhorial, escolástica, jesuítica, católica, absolutista, autoritária, obscurantista e acrítica.”¹¹¹ Esses elementos são fundamentais para analisar que modelo cultural foi trazido pela Metrópole no período da colonização do Brasil e, conseqüentemente localizar qual formato jurídico veio com esse modelo cultural.

Alberto Venâncio Filho afirma que “a cultura portuguesa nos séculos XVI e XVII e na primeira metade do século XVIII conservar-se-ia impermeável às transformações que se processavam no continente europeu após o Renascimento,

¹⁰⁹ MORSE, Richard McGee. *O espelho de próspero: cultura e idéias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 37.

¹¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 42.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 43.

com a expansão dos estudos científicos e a disseminação do método experimental.”¹¹²

É viável, porém, evitar o radicalismo de afirmar que a Ibéria, ao furtar-se às grandes revoluções, ficou distante de todas as tendências vindas de todas as partes da Europa, muito menos afirmar um desenvolvimento profundamente estancado nessa região européia.¹¹³

Portugal [...] tinha contatos eruditos com a Europa desde meados do século XV e, no XVI, gozou de uma limitada primavera humanista. Mas o campo que oferecia para a especulação moral e filosófica era mais restrito. A maior homogeneidade do país, sua consolidação mais antiga, a monarquia mais centralizada e as aventuras ‘civilizadoras’ menos ambiciosas no ultramar combinavam-se para limitar os horizontes efetivos da atividade intelectual.
¹¹⁴

O eixo da reforma científica especificamente “corta o da revolução religiosa”. O cientificismo e “sua busca de certeza objetiva os levou (os cientistas) a desafiar qualquer monopólio de interpretação eclesiástica, fosse a dos católicos, fosse a dos protestantes, à medida que estes foram desenvolvendo seus próprios ‘establishments’”.¹¹⁵

2.2 Práticas jurídicas costumeiras das comunidades nativas e dos Quilombos de resistência. O Pluralismo Jurídico no Brasil colonial

A prática costumeira da organização social dos índios e a resistência quilombola aos imperativos do Direito do colonizador indicam costumes sócio-jurídicos anteriores e concomitantes com a imposição do colonizador. Torna-se imperioso observar as noções dadas por Enrique Dussel sobre o aspecto *eurocêntrico*, a idéia desenvolvimentista e emancipadora da modernidade e, sua relação com o *descobrimento* da América, que promoveu o *encobrimento do outro*, dos índios.

¹¹² apud. WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 44.

¹¹³ MORSE, Richard McGee. *O espelho de próspero: cultura e idéias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 37-40.

¹¹⁴ Ibid., p. 43.

¹¹⁵ Ibid., p. 50.

É preciso notar a crueldade da invasão e a desconsideração da alteridade, de reconhecimento do outro, o que se passou em relação às imposições físicas, espirituais e culturais do colonizador aos índios que cá já estavam. A idéia de superioridade européia em relação a qualquer *outro*, teve conseqüências marcantes na colonização, refletidas até a atualidade. Essa superioridade européia chegou ao extremo de estabelecer ao portador do *grau de desenvolvimento do espírito mundial* um direito absoluto:

Diante de cujo povo todo outro-povo não tem direito'. É a melhor definição de 'eurocentrismo' mas também da própria sacralização do poder imperial do Norte e do Centro sobre o Sul, a Periferia, o antigo mundo colonial e dependente.¹¹⁶

Dussel alerta para uma primeira incoerência. "A experiência não só do 'descobrimento', mas especialmente da 'conquista' será essencial na constituição do 'ego' moderno, mas não só como subjetividade 'centro' e 'fim' da história."¹¹⁷ Para Dussel, posições teóricas européias e norte-americanas, sobre a modernidade, não revelam a importância desempenhada, no 'ego' europeu, pela descoberta da América, para encerrar a Idade Média e entronizar a Modernidade. E também contesta a versão de que a Modernidade tem berço apenas no Norte da Europa, "se a Espanha está fora da modernidade, muito mais a América Latina. Nossa hipótese, pelo contrário, é que a América Latina, desde 1492 é um momento constitutivo da Modernidade, e a Espanha e Portugal como seu momento constitutivo". É a alteridade essencial da Modernidade.¹¹⁸

Como Colombo achava ter descoberto o caminho pelo Ocidente para a Ásia, "no imaginário daqueles europeus renascentistas", nas terras descobertas estava o *ser asiático*: "uma invenção que só existiu no imaginário, na fantasia estética e contemplativa dos grandes navegantes do Mediterrâneo"¹¹⁹. E para Enrique Dussel, "é o modo como 'desapareceu' o Outro, o 'índio', não foi descoberto como Outro, mas como o 'si-mesmo' já conhecido (o asiático) e só re-

¹¹⁶ DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 22.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 23.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 32.

conhecido (negado então como Outro): ‘em-coberto’.”¹²⁰

O europeu reveste-se quase de divindade para colonizar a vida cotidiana do índio. Com sua superioridade, domina e explora, mediante violência, o *outro* primitivo, rústico, inferior que, em uma visão eurocêntrica da história, seriam os índios.

Sobre o efeito daquela ‘colonização’ do mundo da vida se construiu a América Latina posterior: uma raça mestiça, uma cultura sincrética, híbrida, um Estado colonial, uma economia capitalista (primeiro mercantilista depois industrial) dependente e periférica desde seu início, desde a origem da Modernidade. [...] A Europa tornou as outras culturas, mundos, pessoas em ob-jeto: lançado (-jacere) diante (ob-) de seus olhos. O ‘coberto’ foi ‘descoberto’: ego cogito cogitarum, europeizado, mas imediatamente ‘em-coberto’ como Outro. O outro constituído como o Si-mesmo.¹²¹

No período colonial, não foi realizada a construção dialética de um Direito, com a contemplação das experiências jurídicas próprias dos povos indígenas. O formato jurídico do colonizador, do Direito da racionalidade *superior*, foi imposto para a realidade colonial em um verdadeiro transplante do burocrático Direito português para a Colônia.

Em nome de um maior avanço cultural dos colonizadores, que não enxergavam viés jurídico nenhum nas práticas costumeiras do direito ágrafo dos índios, foi constituído o Direito pátrio, praticamente com base exclusiva na imposição do modelo do homem branco português. “O direito dos colonizadores brancos imperou de forma centralizadora e totalizante.”¹²²

Condições peculiares de cada etnia não foram respeitadas, sob o predomínio de uma única cultura considerada jurídica. Além da característica costumeira das relações sociais indígenas, elas também transitavam nos campos da moral e da religião, porém esse fator não pode negar a juridicidade dessas relações dos índios, visto que essa confusão entre direito, religião e moral era fator comum das três realidades jurídicas coloniais – a ibérica, a indígena e a negra.

Nas três esferas jurídicas encontramos a mesma relação indissociável entre o direito, a moral social e a religião. Das Ordenações portuguesas às

¹²⁰ DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 32.

¹²¹ Ibid., p. 36.

¹²² CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 332.

normas consuetudinárias supostamente 'primitivas' das comunidades indígenas, as regras jurídicas fluíam de uma concepção integradora da moral e da religião 'oficiais'.¹²³

O Direito da elite agrária e de interesse da Coroa não era o que contemplava a maioria da população como sujeitos de direitos. As necessidades humanas de índios e negros receberam descaso e da mesma forma, foram massacrados os costumes e práticas sócio-jurídicas informais dos nativos, em benefício exclusivo do projeto expansionista português.

Os intentos das elites locais aliadas à Coroa fundamentam a imposição de um formato jurídico cuja intenção não era a de atender as necessidades primordiais da maioria dos seres humanos que viviam no Brasil colonial. É o Direito como poder de legitimação dos interesses da classe dominante.

Porém, os traços reais de uma tradição subjacente de práticas jurídicas informais não-oficiais podem ser encontrados nas remotas comunidades de índios e negros no Brasil colonial são encontrados elementos costumeiros dos índios e de resistência dos negros, estas comunidades não eram regidas pela racionalidade do Direito português, viviam sobre suas próprias regras.

Mas, a existência de um Direito nativo que, antes da chegada dos colonizadores, servia de referência social e que, depois, foi esmagado por uma cultura alienígena, pondera já no período quinhentista colonial, uma experiência de Pluralismo Jurídico, ainda que o europeu afirmasse o monismo como princípio jurídico fundamental. "As comunidades indígenas não aculturadas tinham seus usos e costumes jurídicos, que atualmente constituem a área de estudo do 'direito dos povos sem escrita'."¹²⁴

Sobre essa situação de Pluralismo Jurídico, Wolkmer aponta que:

Sob tal prisma é essencial o resgate histórico de um pluralismo jurídico comunitário, localizado e propagado através das ações legais associativas no interior dos antigos quilombos de negros e nas reduções indígenas sob a orientação jesuítica, constituindo-se nas formas primárias e autênticas de um Direito insurgente, eficaz, não-estatal.¹²⁵

¹²³ WEHLING, Arno; WHELING, Maria José. *Direito e justiça, no Brasil colonial: o Tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751 – 1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 13.

¹²⁴ Ibid., p. 47.

¹²⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 39.

Nesse período, a sociedade colonial teve, na sua formação, a presença dos latifundiários; e no cultivo da terra, a melhor e mais lucrativa mão-de-obra: a escrava. “O Brasil tinha como fontes econômicas, no início da colonização, a exploração dos metais preciosos e o extrativismo do pau-brasil. Em seguida, iniciou-se o cultivo de terras agriculturáveis. Foi, assim, essencialmente agrícola, refletindo a economia da MetrÓpole.”¹²⁶

Após uma frustrada tentativa de escravizar os índios para a execução do trabalho – provavelmente por não entenderem o sentido de acumulação; a idéia do trabalho gerador da propriedade privada não tem relação com as culturas indígenas¹²⁷ – eles foram tidos pelos portugueses, como preguiçosos, não sendo bons para o trabalho; dessa forma, não estavam dentro dos padrões europeus, muito menos estavam aptos a colaborar com o maior objetivo dos colonizadores: acumular riqueza com o trabalho escravo.

A saída foi a utilização dos negros para o trabalho. O trabalho, tido como algo aviltante, considerado uma atividade para os seres inferiores, encontra na figura do negro o melhor objeto para esse fim, objeto em sentido literal, pois os escravos eram adquiridos como mercadoria. “Nunca na história humana, em tal número e de tal maneira coisificados como mercadorias, foram tratados membros de nenhuma raça. Outra glória da modernidade!”¹²⁸

Dessa maneira, nasce mais um campo de exploração: o tráfico negreiro. “Desde o século XVII, a elite dominante e seus letrados serviu buscaram justificar, sob o aspecto religioso, moral e jurídico, um projeto cristão-colonialista, colocando em relevo a legitimidade da escravidão e a fundamentação de normas que institucionalizassem o controle.”¹²⁹

Praticamente nessa relação de cunho feudal, consistia a formação social colonial: de um lado, os grandes proprietários de terras, de outro, índios e negros. Sobre a exploração dos escravos, expõe Wolkmer:

¹²⁶ CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 333.

¹²⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 74.

¹²⁸ DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 163.

¹²⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, 55.

Para a exploração mais lucrativa dos latifúndios, a alternativa escrava era a que melhor serviria ao sistema porque, se fossem importados homens livres, estes poderiam tornar-se donos de um pedaço das terras devolutas que existiam em abundância; além disso, aos traficantes era lucrativo trocar “negros” por produtos tropicais que comercializavam na Europa.¹³⁰

A resistência negra ao regime escravocrata foi uma resposta para a opressão, que nega a alteridade do outro, nega o outro como sujeito de direitos. Diante da realidade de injustiça, os negros visualizam, por meio da resistência à ordem imposta pelo colonizador branco, um mecanismo de libertação, um caminho de emancipação. A maior expressão da resistência são os Quilombos. Sobre os quilombos:

Tal forma de organização político-econômica que teve em Palmares o melhor exemplo de organização, florescimento e resistência, enquanto regime comunitário, manteve-se com base na agricultura e na criação de animais de subsistência. Assim, os negros de Palmares, tornando-se auto-suficientes, e criando formas de defesa e sobrevivência ao escravismo colonial, desenvolveram práticas de convivência respaldadas no igualitarismo e na participação comunitária, dirimindo possíveis procedimentos causadores de atritos e confrontos sociais.¹³¹

Aqui se pode vislumbrar uma outra prática jurídica comunitária que se subtraía à ordem do colonizador, a dos quilombos, as comunidades negras da resistência. Mesmo com o plano colonial da centralidade do Direito, cuja fonte exclusiva deveria ser o Estado colonizador, é possível perceber que esse monismo não encontrava total respaldo no plano da realidade colonial, na qual conviviam o Direito imposto pelo colonizador, o Direito costumeiro dos índios – em comunidades isoladas ou de contato intermitente com os brancos – e a experiência comunitária dos negros – os quilombolas, com resquícios das práticas jurídicas de suas comunidades de origem¹³².

Mesmo não sendo reconhecidos pelo Estado colonizador, ou melhor, mesmo com o massacre cultural, até nas suas práticas jurídicas, esses dois espaços alternativos de juridicidade já são perceptíveis no Brasil colonial. “Se considerarmos as populações e as áreas onde era precária ou inexistente a ordem estatal portuguesa, constataremos que ‘o país legal’ efetivamente controlava parcela restrita

¹³⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 39.

¹³¹ *Ibid.*, p. 56.

¹³² WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça, no Brasil colonial: o Tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751 – 1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22.

do 'país real'.”¹³³

As diversas práticas jurídicas, num mesmo território, caracterizam um Pluralismo Jurídico; mas a dominação dos índios e negros pelos portugueses os colocava numa posição de objetos, de coisas, não sendo reconhecidos como sujeitos de direitos, muito menos seriam reconhecidas pelos brancos as suas práticas costumeiras e comunitárias de organização social e de resolução de conflitos. “O estabelecimento da lei espanhola e portuguesa, das instituições jurídicas e da burocracia judiciária, bem como a dominação dos povos indígenas, deixaram aparentemente claro não haver espaço para outras práticas jurídicas que não as dos conquistadores.”¹³⁴

2.3 Liberalismo Econômico e regime de escravidão: uma contradição brasileira

O Liberalismo vem ao encontro dos interesses de liberdade política da burguesia, de diminuição dos poderes do príncipe, de decadência do absolutismo feudal. A expressão máxima do Liberalismo é o individualismo, principalmente na esfera da liberdade econômica. O Liberalismo tem, no político e no econômico, suas esferas predominantes – “diferenciados sabidamente pela teoria política italiana com os termos liberalismo para o primeiro e liberismo para o segundo.”¹³⁵

O duplo processo de formação do estado liberal pode ser descrito, de um lado, como emancipação do poder político do poder religioso (estado laico) e, de outro, como emancipação do poder econômico do poder político (estado de livre mercado). Através do primeiro processo de emancipação, o estado deixa de ser o braço secular da igreja; através do segundo, torna-se o braço secular da burguesia mercantil e empresarial.¹³⁶

A doutrina liberal geral não está ligada apenas à idéia de liberdade econômica, embora seja econômico seu maior suporte, ao lado do Liberalismo

¹³³ WEHLING, Arno; WHELING, Maria José. *Direito e justiça, no Brasil colonial: o Tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751 – 1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

¹³⁴ Ibid., p. 19.

¹³⁵ SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 651.

¹³⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 115.

político. A questão ligada ao fim do absolutismo monárquico configura a liberdade individual, em todas as esferas da vida, uma nova visão da realidade, com primazia na manifestação da liberdade individualista. O individualismo liberal coloca todas as questões da realidade econômica, jurídica, religiosa, política, social, com foco no indivíduo, na sua subjetividade, e não na sua interatividade com a coletividade, a ética liberal não articula suas ações e objetivos no interesse social coletivo.

A doutrina global do liberalismo, em grande parte cultivada por segmentos da burguesia em ascensão contra o absolutismo monárquico, não só reproduziu as novas condições materiais de produção da riqueza e as novas relações sociais direcionadas pelas necessidades de mercado, como, sobretudo, tornou-se a expressão de uma liberdade integral presente em diferentes níveis da realidade, desde o ético até o social, o econômico e o , político.¹³⁷

Na esfera econômica, as características gerais do Liberalismo estão ligadas às condições que abrangem a propriedade privada, a economia de mercado, a ausência ou minimização do controle estatal, a livre empresa e a iniciativa privada. O proprietário figura como ator principal de todos estes conceitos, e a liberdade, dentro dessa perspectiva, está assegurada fundamentalmente aos proprietários.

Acontece que, no início, o Liberalismo assumiu uma forma revolucionária, marcada pela 'liberdade, igualdade e fraternidade', que favorecia tanto os interesses individuais da burguesia enriquecida quanto os de seus aliados economicamente menos favorecidos. Mais tarde, contudo, quando o Capitalismo começa a passar à fase industrial, a burguesia (a elite burguesa), assumindo o poder político e consolidando seu controle econômico, começa a aplicar na prática somente os aspectos da teoria liberal que mais lhe interessam, denegando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo.¹³⁸

Os resultados dessa doutrina são perceptíveis no mundo jurídico em idéias, como, consentimento individual, representação política, divisão dos poderes, descentralização administrativa, soberania popular, direitos e garantias individuais, supremacia constitucional e Estado de Direito.¹³⁹

Tendo presente essas asserções genéricas, melhor se pode compreender as ambigüidades e os limites do liberalismo brasileiro, porquanto, desde os

¹³⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 74.

¹³⁸ Id. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 33.

¹³⁹ WOLKMER, op. cit., p. 74-75.

primórdios de sua adaptação e incorporação, teve de conviver com uma estrutura político-administrativa conservadora, e com uma dominação econômica escravista das elites agrárias.¹⁴⁰

O ideário liberal surge com o intuito de controlar o poder, demarcar o poder absoluto, por meio de abstrações jurídicas. Mas a direção tomada pela diminuição do poder, de negar o poder absoluto, estabelecia, predominantemente, um *não agir*, um *não interferir* do Estado na liberdade dos indivíduos (proprietários); “o liberalismo é como teoria econômica, fator da economia de mercado; como teoria política, é fator do estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do estado mínimo, isto é, reduzido ao mínimo necessário.”¹⁴¹

Importa ressaltar a opinião de Bobbio, nas assertivas:

[...] a passagem do estado liberal para o estado social é assinalada pela passagem de um direito com função predominantemente protetora-repressiva para um direito cada vez sempre mais promocional. Isto porém não quer dizer que em algum lugar tenha existido um estado limitado apenas a impedir, sem estender sua ação também para a promoção de comportamentos úteis à convivência ou tão-somente à sobrevivência. [...] Quando os titulares dos direitos políticos eram apenas os proprietários, era natural que a maior solicitação dirigida ao poder político fosse a de proteger a liberdade da propriedade e dos contratos. A partir do momento em que os direitos políticos foram estendidos aos que nada têm e aos analfabetos, tornou-se igualmente natural que aos governantes, que acima de tudo se proclamavam e num certo sentido eram representantes do povo, passassem a ser pedidos trabalhos, medidas previdenciárias para os impossibilitados de trabalhar, escolas gratuitas e – por quê não? – casas populares, tratamentos médicos, etc.¹⁴²

A igualdade material entre as pessoas apenas mereceu um cuidado jurídico, mais tarde, com os direitos sociais, fomentados pela ideologia socialista, que percebeu ser insuficiente uma liberdade individual em relação ao poder, e uma igualdade jurídica formal entre as pessoas. Os não-proprietários figuravam no foco principal do ideário socialista, sobretudo na esfera das necessidades dos trabalhadores. O individualismo em excesso, gerado pelo Liberalismo, deparou-se com uma grande desigualdade material concreta entre proprietários e trabalhadores. Aos trabalhadores a “liberdade” formal só configurava uma opção: vender, como mercadoria, sua força de trabalho.

¹⁴⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 75

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 114.

¹⁴² *Ibid.*, p. 112, 123.

A situação era de tal ordem que os próprios Estados europeus, através de seus governos, percebendo seu caráter insustentável até mesmo para a sobrevivência física dos trabalhadores, passam a elaborar normas jurídicas de tipo assistencial, geralmente isoladas, tendo por finalidade proteger os menores de idade e diminuir a jornada de trabalho. Teve papel importante, nesta conscientização, a crítica socialista, à qual o marxismo viria a denominar socialismo utópico.¹⁴³

A crise do Estado Liberal e a passagem ao Estado Social serão temas analisados com maior destaque e cautela no terceiro capítulo deste trabalho.

Neste momento da reflexão importa afirmar que, no Brasil, o problema inicial do Liberalismo não era apenas o individualismo exacerbado, o problema era até maior. O Liberalismo *à brasileira*, não surge na intenção da liberdade em todas as esferas, nem de uma revolução burguesa contra os excessos absolutos do poder, mas nasce no bojo de uma estrutura conservadora, patrimonialista e escravocrata.

O ideal liberal no Brasil tem aspectos peculiares em relação à teoria revolucionária burguesa de maneira geral. Nota-se clara distinção entre o Liberalismo europeu e o brasileiro. O primeiro como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes, detentores dos meios de produção e forjada na luta contra os privilégios da nobreza. É a luta burguesa contra o absolutismo no poder. Enquanto o “Liberalismo brasileiro é canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo liberal”. Basta atentar para o fato de liberdade e escravidão conviverem na mesma bandeira ideológica. A liberdade, valor maior do Liberalismo tem um ponto de contradição no Brasil escravocrata. “A escravidão desfazia e desmentia as diretrizes de liberdade e de direitos fundamentais”.¹⁴⁴ Claro que as revoluções liberais burguesas, como a francesa por exemplo, foram recheadas de contradições, mas a contradição do Liberalismo brasileiro era gritante.

Com efeito, a lógica do liberalismo econômico, desde Adam Smith, funda-se na mão-de-obra assalariada. A escravidão moderna incorporada à experiência colonial marcou a nossa formação social, influenciando significativamente na consolidação do caráter brasileiro. É, portanto,

¹⁴³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 81.

¹⁴⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 76-78.

indiscutivelmente, uma das chaves mais importantes para a compreensão do ethos brasileiro.¹⁴⁵

Nesse sentido, dois fatos são relevantes na análise do Liberalismo no Brasil: a escravidão e a Independência. Como ressalta Wolkmer, a Independência tem possivelmente, efeitos diversos na população:

Para a população mestiça, negra, marginalizada e despossuída, o liberalismo, simbolizado na Independência do país, significava a abolição dos preconceitos de cor, bem como a efetivação da igualdade econômica e a transformação da ordem social. Já para os estratos sociais que participam diretamente do movimento de 1822, o liberalismo representava instrumento de luta visando à eliminação dos vínculos coloniais. Tais grupos, objetivando manter intactos seus interesses e as relações de dominação interna, não chegaram a reformar a estrutura de produção nem a estrutura da sociedade.¹⁴⁶

No processo de Independência “as forças uniam-se todas em prol da separação, mas por detrás da histórica aliança destacam-se dois grupos característicos”.¹⁴⁷ São destacadamente os dois grupos apontados por Paulo Mercadante:

O primeiro, aspirando à mudança de nossas relações internas de produção, juntamente com o fortalecimento das conquistas, já feitas por ocasião da abertura dos portos. [...] Eram pela abolição do tráfico de escravos, e do próprio instituto da escravatura. [...] Tinham suas origens nos movimentos populares já sucedidos no país, da Inconfidência Mineira à revolução de Pernambuco, congregando radicais de todos os matizes, ferventes partidários do enciclopedismo. [...] Já o segundo grupo infesto ao primeiro pugnava apenas pela consolidação das novas relações externas de produção, advindas do derrocamento do pacto colonial. Tinha como programa dotar o país de uma superestrutura adequada aos escopos do mercado exterior. Representava a corrente dos senhores rurais, em sua maioria, de Minas e São Paulo, cujos líderes defendiam a Monarquia Parlamentar, inspirando-se em idéias de Bentham. (São revolucionários pela metade, digamos assim, pois se apegavam apenas ao liberalismo econômico, bafejado pelos ares de um constitucionalismo engenhoso que pudesse aceitar a estrutura econômica escravista).¹⁴⁸

¹⁴⁵ KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 356.

¹⁴⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 76.

¹⁴⁷ MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 67.

¹⁴⁸ MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 67.

Hegemonicamente, encontra-se, em todo o processo, o poder senhorial e a classe mercantil urbana que projetam o Liberalismo Econômico na Independência do Brasil, no intuito de promover a liberdade de comerciar; porém ao mesmo tempo, quer este grupo dominante manter o *status quo* das relações internas, conservando, sobretudo, a escravidão. Daí o mais contraditório programa de liberdade: Liberalismo Econômico e manutenção do regime de escravidão.

Essa “união” de forças dos radicais, moderados e reacionários foi um processo montado com vistas na Independência. Os radicais precisaram fazer concessões no sentido de focar o objetivo da separação, porém, seu plano de solucionar o problema servil não poderia entrar nessa pauta inicial de união de forças. Como resultado “é dúplice econômica e mentalmente”:

[...] vive numa fazenda de escravos de látigo em punho, enquanto se empolga pelas idéias liberais correntes nos países europeus já libertos do feudalismo; revolucionário, quando analisa as suas relações de produção com o mercado externo, e conservador, quando reage a quaisquer idéias de abolição. Seu caminho é necessariamente o compromisso entre a escravatura e o liberalismo econômico.¹⁴⁹

A liberdade clamada, no encontro brasileiro com a teoria liberal, parece ter apenas extensão ao comércio e relações externas, sem afetar o modo de produzir e distribuir internamente as riquezas do país. Diferentemente do Liberalismo europeu e norte-americano que, por meio das revoluções burguesas davam forte ímpeto para as mudanças, mesmo que a liberdade aclamada pelas revoluções também não fossem para todos; a realidade brasileira foi bem mais escancarada, no seu grito de liberdade sem revolução. Podendo assim conciliar, contraditoriamente, escravidão e Liberalismo.

O Direito foi profundamente influenciado pela doutrina liberal, visto que seu formato está pautado na linha *individualista*. Neste ponto, encontra-se mais um elemento para somar àquela forma elaborada no primeiro capítulo deste trabalho, o formato jurídico Moderno teria, então, as seguintes características fundantes: a) monista; b) positivista; c) racional-formal e d) liberal-individualista.

¹⁴⁹ Ibid., p. 69.

3 A INEFICÁCIA DO DIREITO MODERNO NA CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Tendo analisado os componentes fundamentais do Direito dominante, por meio da sua formação na modernidade e a da sua imposição ao Brasil, cabe, neste capítulo, analisar a ineficácia desse instrumento de poder na realização das necessidades humanas na periferia capitalista.

O vetor de análise será o potencial do Direito, a sua eficácia em proteger e promover a dignidade da pessoa humana, sendo que esta somente se efetiva com a realização plena dos direitos fundamentais. A concretização dos direitos consagrados como fundamentais serve de medida para analisar a eficácia da dignidade humana. Assim, “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.”¹⁵⁰ Ingo Wolfgang Sarlet expõe um conceito multidimensional da dignidade humana sem alocá-la em uma fórmula vazia meramente retórica:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e de deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁵¹

Torna-se imperioso assinalar a relação daqueles elementos – monismo, Positivismo, racionalidade formal e Liberalismo individual – com a ineficácia desempenhada pelo aparato burocrático estatal na proteção dos direitos fundamentais que possibilitam a fruição da vida com dignidade, consagrados pelo Direito Positivo, especialmente na Constituição de 1988. E ainda a restrição deste formato jurídico na afirmação e proteção de novos direitos humanos, de maneira peculiar os direitos coletivos, que nascem no bojo do conflito social e da desigualdade material, características predominantes da sociedade brasileira.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 87.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 62.

Desta forma, as missões envolvidas no presente capítulo são: afirmar os elementos fundantes do Direito Moderno como incompatíveis com a defesa da dignidade humana; analisar a ordem jurídica na perspectiva da lógica do capital e da economia globalizada e ainda a observação da crise do paradigma liberal-individualista, na manifestação da democracia representativa.

Um Direito nascido para despontar a segurança dos interesses da burguesia e que percorreu no Brasil, desde a sua transposição até a formatação de um “Direito pátrio”, o intento de beneficiar os interesses da propriedade privada e aplicar a rigorosa seletividade penal. Um Direito que, no senso comum dominante, protege os bens dos ricos, por meio do aspecto civil, e pune a falta de oportunidades dos pobres na esfera penal, como denunciam os adeptos do Direito alternativo. Neste sentido, o depoimento de Lédio Rosa de Andrade:

É curioso, mas os legalistas defendem e interpretam de forma extensiva as leis repressivas (Código Penal) e as protetoras de Direitos privados (Códigos Civil e Comercial), ao mesmo tempo que negam, não aplicam ou interpretam restritivamente as leis em vigor com conteúdo social ou as que estabelecem direitos coletivos (Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código do Consumidor). Isto gera uma grande dessintonia entre o discurso jurídico hegemônico e a realidade socioeconômica do país.
152

Pode-se, ainda, reafirmar o poder político instrumentalizado pelo Direito, a identificação de sua origem com relações específicas de dominação,¹⁵³ como observado no primeiro capítulo deste trabalho.

Analisando o conjunto paradigmático do Direito Moderno herdado pelo Brasil, percebe-se o quanto tal modelo não atende às necessidades humanas; a insatisfação está clara na sociedade conflituosa. Vive-se uma profunda crise de produção, interpretação e aplicação da justiça e, de maneira mais ampla, uma crescente falta de legitimidade atinge o Estado como um todo.

Quando se faz uma análise mais demorada das origens, dos princípios e implementações de nosso Direito Estatal – quase sempre identificado com a

¹⁵² ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo?*. 2 ed. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 20.

¹⁵³ FARIA, José Eduardo. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araújo. (org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 60.

estrutura de poder e desvinculado das práticas sociais comunitárias – compreende-se com mais facilidade as raízes de seu exaurimento.¹⁵⁴

A opção ideológica deste Direito, ora vigente, está no sentido de afirmar e garantir a racionalidade da acumulação; a lógica do capital. Muitas das garantias constitucionais como função social da propriedade, a função social do salário mínimo, enfim, os direitos sociais num todo, não ocupam o foco da prática jurídica dominante com a mesma intensidade e furor como são executadas as obrigações contratuais da propriedade e a perseguição penal de classes já marcadas pela violência da polícia estatal. A prática jurídica é uma tomada de posição ideológica, por mais que isso contrarie os preceitos científico-rationais que insistem em abordar o Direito como neutro e imparcial.

A posição de *não tomar partido* representa, com clareza, tomar partido em defesa do Direito posto e da classe dominante que dele se beneficia, pois, quando não se questiona criticamente a prática jurídica hegemônica, contribui-se para a sua manutenção e revigoração, portanto, quando a crítica é omitida, para entender e aplicar o Direito com “neutralidade”, o *status quo* é fortificado e, isso representa uma tomada de posição ideológica de apoio ao continuísmo.

O presente capítulo pretende expor a evidente crise do Direito, tendo como maior fundamento a realidade de vida da grande massa de brasileiros que ainda carecem da garantia dos direitos mais básicos como os de subsistência.

. Em um país em que apenas uma minoria tem assegurada a concretização dos seus direitos com plenitude e abundância, como representa o pão na poesia brechtiniana, em que o pão da justiça deve ser “bastante, saudável, diário”¹⁵⁵, a desigualdade social parece ser tutelada pelo Direito.

Na realidade, grande parte da população ainda necessita da garantia e proteção de direitos básicos de sobrevivência, como: alimentação, educação, trabalho, saúde, acesso à cultura que não seja de dominação, enfim, essa parcela da sociedade ainda aguarda o cumprimento da ampla dignidade humana assegurada formalmente pela Constituição Federal de 1988.

O Direito que deveria lutar pela realização prática das conquistas

¹⁵⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997, 80.

¹⁵⁵ BRECHT, Bertolt. O Pão do Povo. In: REDE NACIONAL DE ADVOGADOS POPULARES. *Advocacia popular: caderno especial*. São Paulo, 2005, p. 7.

históricas da evolução da sua sociedade, da sua consciência coletiva e da evolução progressista da sua legislação, acaba por se render a uma leitura monista, formalista, burocrática, individualista e excludente da realidade social e jurídica. A cultura jurídica vigente foi construída por elementos que transformaram o Direito num instrumento impotente na esfera da realização da justiça material e da dignidade humana.

Além da formação teórica como um todo, existe, também, a atuação prática de cada jurista em particular, de cada professor de Direito, cada juiz, promotor, advogado, enfim, de cada operário da justiça que, na sua grande maioria, absorve, sem um viés crítico, a totalidade da cultura jurídica dominante. Esta cultura só está posta por ser dominante, por ter domínio na imensa maioria das práticas jurídicas cotidianas, ou seja, ela só persiste por ser majoritária. É o que Luiz Alberto Warat chama de *senso comum teórico dos juristas*; um referencial teórico do Direito que acaba por instruir as ações práticas, discursos e crenças. “A expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito.”¹⁵⁶

[...] os juristas contam, com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável (até o momento) da história do poder.¹⁵⁷

Importante ressaltar, neste ponto, que uma análise conjuntural da realidade jurídica não pode se olvidar de abranger uma visão dialética que mantenha o diálogo com questões: econômica, política, histórica e cultural. O Direito não responderá por toda a crise de sentido dos tempos atuais, até mesmo porque o próprio estudo jurídico necessita de uma compreensão do todo; seu conhecimento e reflexão não podem ser apartados de um método complexo, de uma leitura complexa da realidade. Aqui é pontuado o pensamento complexo, de complementar o conhecimento que separa com outro que une, esta concepção tem grande

¹⁵⁶ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p.13.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 15.

destaque na obra de Edgar Morin, o autor afirma que “complexus significa originariamente o que se tece junto”. O conhecimento complexo busca distinguir e fazer as ligações entre as diferentes áreas do conhecimento e não separar; como faz a compartimentada ciência moderna, que prefere a separação em vez de praticar a ligação. Esta cultura disciplinar fechada em si mesma torna cada vez mais difícil a colocação dos conhecimentos num contexto geral. O pensamento complexo passa de uma visão linear para uma visão circular.¹⁵⁸

Neste sentido, de interdisciplinaridade e de pensamento complexo, este capítulo também analisará temas políticos e econômicos, como a crise da democracia representativa, na verdade, de maneira mais geral, a crise do paradigma liberal-individualista e, ainda a situação do Direito diante da Globalização e predomínio do capital. Para além do Direito, o próprio Estado – político e econômico – e a sociedade liberal-individualista estão em crise e em um processo de transição; a própria idéia do *global* choca-se com as necessidades do *local*, fundamentalmente na realidade periférica do sistema.

Em decorrência da ineficácia na proteção da dignidade humana, a análise deste capítulo não ficará somente no campo jurídico, nos moldes formais, mas envolverá também a tarefa político-econômica na questão dos efeitos perversos causados pela supremacia do capital, Globalização econômica e política neoliberal como um todo. A Globalização da economia amarra suas forças na proteção do mercado e o Neoliberalismo desenvolve-se na epistemologia do individualismo.

Em casos de países periféricos, como o Brasil, perde-se autonomia do Estado, em nome de uma ordem internacional injusta; reprime-se a diversidade cultural e dá-se aos direitos humanos, já consagrados pelo Direito Positivo como fundamentais, o caráter meramente programático, além de negar a construção de novos direitos pelos corpos sociais, pelos movimentos sociais ou pelas minorias.

Os direitos fundamentais da pessoa humana, como normas constitucionais, garantidas pela lei, assumidos nos acordos internacionais, recebem um verdadeiro contra-estímulo de um Estado-nação periférico, sem autonomia e dependente.

O paradigma jurídico do monismo estatal, positivismo normativista e

¹⁵⁸ MORIN, Edgar. Da necessidade de um pensamento complexo. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (orgs). *Para navegar no século XXI*. 2 ed. Porto Alegre: Sulina/Edipucrs, 2000. p.20-31.

racionalismo formal são genuinamente incompatíveis com a realização plena da dignidade humana; a situação é ainda mais grave em relação ao direito das minorias, que, em muitos casos, ainda carecem de uma fundamentação legal mais objetiva para sua concretização. A constatação é óbvia e multiplica a sua realidade na mesma proporção em que os bolsões da pobreza. “Trata-se da falência de uma ordem jurídica herdada do século XVIII, por demais ritualizada, dogmática e desatualizada, que, em suas raízes, nunca traduziu as verdadeiras condições e intentos do todo social.”¹⁵⁹

3.1 Direito Moderno: um paradigma em crise

As tensões e conflitos da sociedade atual não são compatíveis de resolução por meio do conjunto paradigmático do Direito Moderno, com seus estreitos limites, que tem uma epistemologia “voltada ao estudo do direito sem construir sobre eles juízos de valor, a partir de um conhecimento ideologicamente neutro e desvinculado de toda a preocupação de caráter econômico, político, sociológico e antropológico”.¹⁶⁰

A visão setORIZADA e compartimentada do problema, aliada ao distanciamento jurídico dos valores e realidades concretas da vida social, acaba por distanciar o Direito do seu povo. A pureza do jurídico, sustentado na legalidade racional-formal, deixa fora do campo da investigação jurídica elementos fundamentais para a compreensão do problema da ineficácia, tais como a economia, a política, a ética, a cultura, enfim, o objeto da Ciência Jurídica está estrito somente a lei estatal.

A racionalização do Direito como ciência retirou da esfera do conhecimento e prática jurídicos o envolvimento com questões que, na realidade, compõem a gênese de todo o entendimento social. Uma valoração acerca do conteúdo e dos resultados materiais da estrutura jurídica, vigente na sociedade, é

¹⁵⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p.80.

¹⁶⁰ FARIA, José Eduardo. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araújo. (org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 40.

fundamental para o exercício de uma prática que almeje concretizar a dignidade humana. Para alcançar esse objetivo não se pode deixar de ter uma abordagem complexa e interdisciplinar do Direito.

Afinal, por dar a seus problemas epistemológicos um tratamento eminentemente formal e lógico, a dogmática tem-se julgado eximida de discutir os fundamentos e as origens sócio-econômicas, políticas e culturais dos modelos e instrumentos que utiliza, aceitando uma rígida divisão do trabalho intelectual que relega esse tipo de questão ao campo das ciências empíricas.¹⁶¹

A dinâmica da vida social, na completude de seus processos, não está envolvida dialeticamente ao Direito dogmático. Novas e permanentes tensões e conflitos surgem na teia social, bem como, novos problemas são apresentados ao mundo jurídico, por meio de novas necessidades humanas. O Direito não concretiza as garantias consagradas positivamente, muito menos tem abertura democrática para criar e concretizar novos direitos. Como já exposto, nem mesmo princípios como a função social da propriedade, constitucionalmente consagrado, têm um teor de eficácia significativo para resolver os problemas fundiários do país.

A disfuncionalidade desse modelo jurídico, ora vigente, encontra suas causas reveladoras, no dogmatismo estático das suas práticas que não acompanham a evolução social, não tendo dialética com as práticas e necessidades do povo. O modelo jurídico vigente tem eficácia limitada no seio da predominância individualista dos direitos consagrados, mesmo com os direitos coletivos da CF de 1988, que ainda carecem de eficácia. O Direito não se envolve com os grandes problemas da desigualdade social; permanece escondido por detrás da sua pretensão científica neutra, que não aceita os juízos de valor, camuflando a ideologia do acúmulo e de serviço do capital, por meio da falaciosa imunidade e imparcialidade ideológica e valorativa.

[...] o conhecimento, a produção e o discurso jurídico reinantes no Brasil, normalmente calcados na lógica da racionalidade técnico-formal e nos pressupostos dogmáticos do cientificismo positivista, não respondem mais com eficácia às reivindicações e às necessidades da etapa de

¹⁶¹ FARIA, José Eduardo. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. LYRA, Doreodó Araújo. (org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 49.

desenvolvimento sócio-econômico e dos parâmetros de evolução das instituições políticas da sociedade periférica brasileira.¹⁶²

Os direitos fundamentais da pessoa humana, de natureza individual ou coletiva, formalizados na Constituição Federal de 1988 carecem de base material para a sua concretização na vida cotidiana. Essas garantias escondem-se em “normas formais sem base material, de instrumentos legais da natureza dispositiva e de recursos retóricos como ‘bem comum’, ‘fim social’, ‘ordem pública’, etc.”¹⁶³

A afirmação dos direitos é impulsionada historicamente; basta pensar na luta liberal por liberdade civil e política afirmada contra o absolutismo e na exigência, em outro momento histórico, dos direitos econômicos, sociais e culturais, na luta socialista. Contudo, a negação de efetividade aos direitos conquistados historicamente tem uma ligação íntima com a exclusividade estatal de criar e concretizar esses direitos. Essa exclusividade limita muito o impacto democratizador dos direitos, que na realidade nascem das lutas históricas.

As multiplicidades das relações sociais, a diversidade da cultura e das práticas cotidianas, ficam fora do universo do Direito, visto que, com o monismo jurídico, direito é, na prática, exclusivamente a lei imposta pelo Estado. Outras formas de organização social para a satisfação das necessidades humanas não foram pontuadas, e isso, como já foi assinalado, ocorreu desde o processo de colonização – exploração – do Brasil.

Constata-se que em momentos distintos de sua evolução – Colônia, Império e República – a cultura jurídica nacional foi sempre marcada pela ampla supremacia do oficialismo estatal sobre as diversas formas de pluralidade de fontes normativas que já existiam, até mesmo, antes do longo processo de colonização e da incorporação do Direito da Metrópole.¹⁶⁴

O formato jurídico monista estatal reduziu o Direito à ordem vigente. Esse formato não consegue acompanhar inteiramente as mudanças societárias, as freqüentes demandas de direitos gerados por necessidades humanas fundamentais

¹⁶² WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. p. 140.

¹⁶³ FARIA, José Eduardo. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araújo. (org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 44.

¹⁶⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 74-75.

e a emergência de novos tipos de conflito de massa.¹⁶⁵

A pretensão abstrata e geral do Direito, para valer *erga omnes*, dificulta a definição do jurídico ao lado da dialética social que, na diversidade da sociedade de massas e de suas lutas para satisfazer suas necessidades de sobrevivência, não busca somente os direitos e os entendimentos consagrados, nem se restringe ao campo jurídico pré-determinado pelo senso comum dos juristas. Nesta perspectiva, “se há diferentes padrões de organização da vida social, todos variando conforme o grau de articulação dos modos de produção com as formas de dominação, a Ciência do Direito tem de ser referida a processos históricos concretos.”¹⁶⁶

O Direito Moderno, cuja pretensão era equacionar os conflitos sociais, com previsibilidade, certeza e segurança, não tem eficácia diante da multiplicidade de conflitos coletivos, das novas modalidades de (des) regulação do capitalismo globalizado e perante as necessidades fundamentais das massas de um país periférico, como o Brasil.

A condição de miséria vivenciada pelos marginalizados nos grandes centros urbanos e a desigualdade patente na questão fundiária no campo demonstram que, de fato, esse formato jurídico não funciona. Ao menos, não funciona para concretizar a dignidade humana que é missão fundamental do Estado brasileiro, escopo formalmente principal da sociedade.

O profundo esgotamento do paradigma jurídico vigente tem incontáveis testemunhas que sentem tudo na pele, como as do desemprego, da ignorância, da fome, da humilhação, enfim, testemunhas vivas da coisificação da pessoa humana encontram-se por todos os cantos do país. Basta ler um jornal, olhar pelo vidro do carro ou mesmo abrir a janela dos castelos para enxergar a disfuncionalidade da ordem jurídica injusta – também econômica, política e social – que deveria erradicar a pobreza e a marginalização, promovendo a dignidade humana. Esta missão estatal de promover a dignidade passa a ser do Direito, no exato momento em que a modernidade reduziu o Direito ao Estado.

Toda a desigualdade social da realidade brasileira está representada

¹⁶⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 93.

¹⁶⁶ FARIA, José Eduardo. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araújo. (org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 50

e compreendida na singela e, ao mesmo tempo, amarga imagem do menino que clama por solidariedade no semáforo ou na porta de um supermercado, ou, ainda, na inconsolável dor da mãe que perde seu filho para a doença na fila do atendimento público de saúde.

Porém, nesta análise crítica do paradigma jurídico Moderno e de seu esgotamento, serão postas como exemplo da situação conflituosa da sociedade brasileira duas questões. A primeira realidade a ser analisada é a questão fundiária, a dos conflitos agrários e a segunda diz respeito às demarcações das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas. A intenção é tornar clara, por meio desses exemplos, a necessidade de um novo paradigma – plural e não monista – de realização da dignidade humana. Essas duas situações são meramente exemplificativas, pois, diante da imensidade de situações concretas, muitas outras poderiam estar neste trabalho representando a agonia social brasileira e a ineficácia do Direito vigente.

Mais do que simplesmente atestarem a incapacidade do Estado e do seu Direito em solucionar os conflitos sociais, têm estes dois exemplos o potencial de encaminhar novas propostas que viabilizem a realização dos direitos humanos; esse é um dos motivos que interferiu na escolha. Por meio de ações plurais, ou seja, não estatais, direitos vêm sendo realizados, por obra de comunidades organizadas ou movimentos sociais, no sentido de promover a dignidade humana. A essa temática, porém, bem como a outras propostas plurais de concretização de direitos, será dedicado o último capítulo deste trabalho de crítica ao Direito posto.

Desta maneira, a seguir serão demonstrados esses dois casos reais de desencontros e controvérsias do sistema jurídico vigente. Atenta-se para o fato de que a intenção é apenas de trabalhar esses casos como exemplos, no estrito limite das necessidades deste trabalho, sem aprofundamento das questões, apresentando sobre tais temáticas apenas o suficiente para a compreensão dessas duas situações de ineficácia do Direito estatal.

3.1.1 Conflitos coletivos: a concentração de terras e a miséria no campo

O Direito vigente não cumpre seu papel de equacionar os conflitos sociais, realidades eloqüentes que resultam da brutal desigualdade material brasileira. Neste contexto, ganha destaque a questão dos conflitos que envolvem a propriedade da terra, uma das questões mais controvertidas da sociedade periférica brasileira. Neste sentido:

[...] ainda que seja crescente na Sociedade Brasileira a confluência de conflitos de natureza essencial (saúde, saneamento básico, transporte etc.), de teor trabalhista, ecológico e de consumo, nenhum alcança o grau de extensão, intensidade e violência dos conflitos coletivos do campo e dos centros urbanos, relativamente à propriedade de terra.¹⁶⁷

A concentração de terras no Brasil atinge índices alarmantes. De um lado, grandes extensões territoriais – concentradas –, sem produção, e de outro, a violenta realidade daqueles que não têm fonte de subsistência, sem acesso à terra, nem à oportunidade de sobrevivência e de trabalho que ela gera, resultando esse processo na proliferação da miséria social, em um dos mais extensos territórios do planeta, impedindo o desenvolvimento de grande parte do seu povo. O Atlas Fundiário do INCRA (1996) indica que:

[...] os latifúndios, que representam 2,8% dos imóveis, ocupam 56,7% da área total, enquanto os minifúndios, que representam 62,2% dos imóveis ocupam 7,9% da área total. Os altos índices de concentração fundiária guardam relação intrínseca com a forma como se dá a utilização de terras no Brasil. É muito comum que a maior parte das grandes propriedades cultive apenas uma pequena parcela de sua área, mascarando a realidade do não-aproveitamento da maior parte das terras concentradas nos latifúndios. O Atlas Fundiário registra o desperdício das terras: são 185 milhões de hectares – 40% da área aproveitável – que têm proprietários, mas que não são aproveitados produtivamente; quase toda esta terra apropriada sob a forma de latifúndios.¹⁶⁸

Em grande parte, o problema está intimamente ligado ao modo como o Estado encara esta questão. Mesmo com a visão dos direitos coletivos dada

¹⁶⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 94.

¹⁶⁸ MOLINA, Mônica Castagna. A legitimidade do conflito: onde nasce o novo Direito. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p. 31.

pela constituição vigente, na prática jurídica e política, a questão ainda tem contornos meramente individuais, quando, na verdade, diante do apelo social representado pelas ocupações coletivas, o problema urge por um amplo processo coletivo de Reforma Agrária. Saliente-se, por oportuno, que, para uma reforma eficaz, são necessários ainda, além da terra, incentivos agrícolas e de produção, acesso a educação e a saúde, dentre outros.

O Direito Positivo estatal não consegue assegurar a resolução dos conflitos/tensões coletivos derivados da questão fundiária, como demonstra o choque, que, muitas vezes, acaba em violência e até mortes, entre movimento sem-terra, latifundiários e polícia do Estado.

Os conflitos que se sucedem no campo não mudaram apenas de velocidade, alteraram sua natureza. Não se encontram mais em cena antigos atores em conflitos individuais ou pequenas guerras familiares que contrapunham fazendeiros e grileiros de terra de um lado; posseiros, populações indígenas e pequenos produtores de outro. Há conflitos coletivos envolvendo milhares de homens, mulheres e crianças. Estes conflitos são consequência de um problema não enfrentado até hoje pela sociedade: os absurdos níveis de concentração da propriedade da terra vigentes no Brasil e as distorções no acesso ao trabalho que ela gera.¹⁶⁹

Tem-se, aqui, o cuidado de ressaltar que os processos de desapropriação devem resguardar o direito de indenização do proprietário, além da exclusão, para fins da Reforma Agrária, das propriedades que efetivamente respondam aos requisitos constitucionais necessários para a configuração do atendimento ao princípio da função social da propriedade (I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores)¹⁷⁰.

Porém, essa reserva não impediria, por si só, a resolução do problema, porquanto grande parte da terra concentrada não produz, conforme o Atlas Fundiário do INCRA mencionado na nota de citação n. 170; ou não atende à

¹⁶⁹ MOLINA, Mônica Castagna. A legitimidade do conflito: onde nasce o novo Direito. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p. 30.

¹⁷⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. In: Código Civil e Constituição Federal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74.

totalidade dos requisitos constitucionais da função social da propriedade. Em muitos casos, o grande proprietário não cumpre o requisito constitucional, sendo sua tática fundamentada no aguardo de boas oportunidades imobiliárias, tornando um potente instrumento de produção e fecunda arma contra a pobreza em mero mecanismo de especulação. Não se pode esquecer que o uso racional e adequado da terra é um dos requisitos constitucionais para a configuração e atendimento da função social da propriedade.

Nem mesmo para um partidário do ideário positivista admite-se a distância do Direito com a situação do conflito fundiário, dado que a norma fundamental brasileira prevê a desapropriação por interesse social; quer dizer que, mesmo em um entendimento legalista, é função do Estado cumprir o programa constitucional da política agrícola e fundiária e ainda a Reforma Agrária.

Na realidade, o império da lógica formal e neutra do Direito permite ao universo jurídico a construção de sua ação distante das reais necessidades da população. A abstração dos conceitos, tais como produtividade, uso racional, utilização adequada, aliada a ausência de regulamentações atualizadas e claras como os índices de aferição da produtividade de uma propriedade rural, transformam-se em escudos para os conservadores que travam uma luta contra avanços concretos da Reforma Agrária. A pretensa neutralidade do Direito, afastado de todas as questões que não configuram a pauta do senso comum dos juristas, alimenta a profunda desigualdade brasileira.

A missão envolve o Executivo, o Legislativo e, fundamentalmente o Judiciário. Em relação ao legislativo e ao executivo é fundamental analisar “a influência da bancada ruralista diante dos órgãos políticos responsáveis pela desapropriação de terras. [...] a bancada ruralista exerce influência nas questões governamentais que envolvem política agrária, fundiária e Reforma Agrária”¹⁷¹. Por meio da neutralidade positivista, o Poder Judiciário “veio a cair na armadilha das instâncias dominantes, funcionando com freqüência, como mecanismo de controle social, de produção, reprodução e defesa de uma ordem jurídica mais consagrada

¹⁷¹ SIQUEIRA, Cecília Pessoa Guerra de; HIRAYAMA, Viviane Vinaud. Ocupação: modo de realizar a promessa constitucional de Reforma Agrária. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p. 294.

de desigualdades do que de liberdades.”¹⁷²

O mito da neutralidade, pelo qual o Poder Judiciário não deveria ter qualquer envolvimento político, provocou, na verdade, seu alheamento do sofrimento do povo, sua indiferença em relação aos conflitos e seu descomprometimento com as injustiças sociais. Tanto melhor julgaria a Justiça quanto mais se guardasse das paixões e das emoções. Vale dizer, da vida real, como ela é. Assim, condenados a viver numa torre de marfim, o Poder Judiciário perdeu a sensibilidade, e com uma venda nos olhos deixou de enxergar a realidade.¹⁷³

No Brasil, porém, a necessidade humana não permitiu que os sujeitos coletivos aguardassem a tomada de posição dos poderes políticos e jurídicos constituídos. O Estado, por meio das garantias constitucionais, que orientam valorativamente a sociedade, consagra formalmente axiomas, tais como, liberdade, igualdade, função social da terra e da propriedade, dentre outros. E os movimentos sociais, mesmo sem o aval estatal em suas ações, têm lutado e revelado resultados materiais, com natureza de direitos reais, destes valores, que, na lei, tem meras representações formais; são os movimentos concretizando direitos. “Declarando o direito à igualdade, a sociedade pode instituir formas de reivindicação para criá-lo como direito real. A sociedade democrática institui direitos pela abertura do campo social à criação de direitos reais, à ampliação de direitos existentes e à criação de novos direitos.”¹⁷⁴ É o entendimento de Marilena Chauí:

As idéias de igualdade e liberdade como direitos civis dos cidadãos vão muito além de sua regulamentação jurídica formal. Significam que os cidadãos são sujeitos de direitos e que onde não existam tais direitos, nem estejam garantidos, tem-se o direito de lutar por eles e exigí-los. É este o cerne da democracia.¹⁷⁵

Dentro deste entendimento, encontra-se, desde o início da década de 80, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. “Os sucessos do MST são muito impressionantes, particularmente se considerarmos que foram obtidos apesar da hostilidade de autoridades irritadas com o movimento, que põe a luta pela

¹⁷² MACHADO, Marcelo Lavèner. Justiça para o campo. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p.257.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 257.

¹⁷⁴ CHAUI, Marilena. A Sociedade democrática. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p. 336.

¹⁷⁵ *ibid.*, p. 334.

terra à frente dos rigores da lei.”¹⁷⁶

O MST tem conseguido grande parte de seus objetivos. Contava, em 2003, com cerca de 1 milhão de membros e conquistou perto de cinco milhões de hectares (50 mil quilômetros quadrados) de terra. Aproximadamente 160 mil crianças estudam nas escolas do movimento. Apesar de os assentamentos representarem uma pequena fração das terras agriculturáveis do Brasil, trata-se de um sucesso impressionante para um movimento surgido há somente 20 anos.¹⁷⁷

A construção ideológica do movimento é ampla no sentido que, sua bandeira não é hasteada somente no imediato objetivo do acesso à terra e à oportunidade de vida e trabalho dela decorrentes, objetivo principal, mas não o único, pois vai além, envolvendo a luta por reformas sociais e econômicas mais profundas, capazes de eliminar a exclusão e a desigualdade, geradas pela racionalidade do capital. Nas palavras de João Pedro Stédile, “A nossa luta é para derrubar três cercas, a do latifúndio, a da ignorância e a do capital.”¹⁷⁸

No plano estratégico do movimento, na sua metodologia, a principal ação é a *ocupação de terras*. “Para o MST, o ato de ocupar a terra – que eles chamam de ‘cortar o arame’ – é a pedra de toque do movimento. É o batismo de fogo para o militante, uma parte essencial da sua identidade”¹⁷⁹. Encarando o ato mais liricamente, poetiza Pedro Tierra: “Quando o alicate morde o fio e o arame estala como a corda de um violino e a cerca vem abaixo, os sem-terra perdem a inocência.”¹⁸⁰

O sentido é aquele já observado: na ausência do Estado na concretização, na transformação em direito real, das formais promessas constitucionais, no regime democrático a própria sociedade pode criar seus mecanismos de pressão sobre o governo e de concretização dos direitos meramente formais.

O Direito ao trabalho, à dignidade humana, o cumprimento da função social da propriedade, são elementos já legalizados, positivados, mas a ocupação

¹⁷⁶ BRANFORD Sue, ROCHA Jan. *Rompendo a cerca: a história do MST*. São Paulo: Casa Amarela, 2004. p. 18.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 18.

¹⁷⁸ apud, BRANFORD Sue, ROCHA Jan. *Rompendo a cerca: a história do MST*. São Paulo: Casa Amarela, 2004. p. 101.

¹⁷⁹ BRANFORD Sue, *op. cit.*, p. 99.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 99.

da propriedade privada é uma forma pluralista de realizar o Direito, de concretizar a abstração. “Esta fundamentação encerra a compreensão da ação coletiva de ocupações de terra, movimentação histórica de trabalhadores buscando direito à vida, liberdade e igualdade, garantidos na Constituição Federal.”¹⁸¹

A ocupação da terra é uma das formas plurais, infra-estatais de realizar direitos, diante da ineficácia do Estado. Com a ocupação, o MST bate de frente com a forma de realizar direitos do *establishment*, do direito posto. Com a ação, os sem-terra tornam-se sujeitos da sua própria história. Daí, o caráter de Pluralismo Jurídico das ocupações, em relação à prática comum do monismo jurídico, que estabelece formas exclusivamente postas pelo Estado, como legitimadoras e realizadoras dos direitos.

A ocupação é um dos principais meios utilizados pelo MST como forma de pressão para se realizar a promessa constitucional de Reforma Agrária. O governo possui os deveres jurídico e político de realizar e cumprir a ordem da Constituição. Na medida em que não a realiza, devido à própria omissão constitucional do Poder Executivo, os segmentos sociais legitimam-se para fazer determinadas ocupações.¹⁸²

O aspecto libertário das ocupações não é aceito pelo senso comum dos juristas, sendo poucas as exceções. A prática do universo jurídico, para com esta manifestação plural de conquista de direitos reais, ainda é, em muitos casos, no sentido da criminalização destas ações materializadas em ocupações, legitimadas face à inércia estatal na questão agrária, bem como na realização dos direitos humanos, de forma geral. É um verdadeiro conflito/tensão entre Direito oficial, estatal, dogmatista e Direito comunitário, práxis plural, coletiva e libertária – Direito alternativo, ao qual será dedicado o último capítulo do presente trabalho.

O direito de propriedade, o poder econômico e o político, o prestígio social, de um lado, contra a posse, a ocupação, a pobreza e a exclusão social, do outro, compõem uma lide desigual. A dificuldade de se obter a apuração da responsabilidade penal contra quem comete crime contra posseiro ou

¹⁸¹ MOLINA, Mônica Castagna. A legitimidade do conflito: onde nasce o novo Direito. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p. 36.

¹⁸² SIQUEIRA, Cecília Pessoa Guerra de; HIRAYAMA, Viviane Vinaud. Ocupação: modo de realizar a promessa constitucional de Reforma Agrária. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p.293.

lideranças dos trabalhadores rurais é tão presente quanto é ágil a concessão e a execução de liminares em favor de latifundiários para desocupação de fazendas.¹⁸³

Na extremidade do conflito, estão os casos de respostas violentas por parte dos latifundiários e do próprio aparato policial do Estado. Na medida em que o movimento cresceu, a resposta latifundiária de pressão ao Estado, também se intensificou.

Um exemplo, que mancha de sangue a história do Brasil, é o massacre de Eldorado dos Carajás, Estado do Pará. Depois de muitos conflitos, negociações, acordos e retrocessos, o MST, no dia 16 de abril de 1996, montou com suas famílias um bloqueio na estrada conhecida como curva do S, num ponto de distância aproximada de 9 quilômetros de Eldorado. Interromperam completamente o tráfego e exigiam alimentos e ônibus para serem levados para Belém; a ação vinha de encontro à miséria e ausência estatal na solução daquele grande conflito.

Por volta das 16 horas, 68 policiais militares chegaram a Marabá. Os sem-terra foram cercados. Parece haver poucas dúvidas de que a Polícia Militar pretendia, desde o início, usar de considerável violência para desalojar os camponeses da estrada. Não há nenhuma outra explicação para o fato de, antes de chegarem à rodovia, o coronel Pantoja haver dito às tropas para removerem os distintivos de identificação. Marisa Romão, jornalista que trabalhava para uma subsidiária local da Rede Globo e cobria o evento, estava convencida de que a violência fora premeditada. Antes do tiroteio começar, alarmara-se com o modo pelo qual os sem-terra haviam sido encurralados e dirigira-se ao coronel Pantoja para reivindicar a evacuação pacífica das famílias; ele disse-lhe para retirar-se imediatamente da área: 'Não posso garantir sua vida'. 'Apesar de que a violência, claramente, fugira ao controle, a pretensão deles, desde o início, era dar uma lição ao MST, da qual jamais se esqueceria', disse ela.¹⁸⁴

O resultado desse conflito foi uma covarde e inescrupulosa execução sumária por parte da polícia, num saldo superior a 19 mortos, todos do movimento, 13 eram líderes locais do MST, e nenhum ferido, pois a polícia matara a sangue frio, todos os feridos que não conseguiram, em virtude dos ferimentos, se locomover e sair da estrada; na realidade, os feridos foram posteriormente

¹⁸³ MACHADO, Marcelo Lavèner. Justiça para o campo. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p. 257.

¹⁸⁴ BRANFORD Sue, ROCHA Jan. *Rompendo a cerca: a história do MST*. São Paulo: Casa Amarela, 2004. p. 188-189.

executados.¹⁸⁵ Nesse conflito, com própria visão do inferno, a propriedade privada saiu vitoriosa em relação à vida de dezenas de seres humanos covardemente executados.

3.1.2 A demarcação das terras indígenas: compromisso constitucional do Estado

Conforme a análise feita no segundo capítulo deste trabalho, as práticas sociais comunitárias de organização e de solução de conflitos não foram aceitas cientificamente como práticas jurídicas, nem reconhecidas pela “superioridade evolucionária europeia”. Os indígenas demonstram a ampla diversidade cultural brasileira:

[...] mais de duzentos povos diferentes e mais de 170 línguas faladas é suficiente para abrir uma reflexão sociojurídica sobre os encontros e desencontros do Estado Nacional, soberania, cidadania e relações internacionais, inclusive as conseqüências da globalização nessas parcelas do mundo que insistem em ser locais.¹⁸⁶

Entretanto, no caso dos índios, o problema não ocorreu somente na época da Colonização, o problema persistiu, visto que para seus conceitos culturais, não raras vezes, são alienígenas a *idéia branca* de Estado, Sociedade, Direito e lógica capitalista. A idéia de Estado nacional, e seu direito individualista, negou a todos esses agrupamentos humanos qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais, cristalizados na propriedade.

A idéia em relação aos índios, na maior parte da história, sempre foi de integração social à comunidade branca, ou seja, integrar os índios na sociedade, no sentido de marcá-los com os contornos culturais dos brancos. No extremo desse entendimento, eles deixam de ser índios; isso esmaga seus liames culturais mais genuínos.

A idéia de direitos exclusivamente individuais, em muito tempo,

¹⁸⁵ BRANFORD Sue, ROCHA Jan. *Rompendo a cerca: a história do MST*. São Paulo: Casa Amarela, 2004, 185-196.

¹⁸⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 92.

excluiu a característica coletiva indígena. “Portanto, aos índios sobrou como direito a possibilidade de integração como indivíduo, como cidadão ou, juridicamente falando, como sujeito individual de direitos. Se ganhava direitos individuais, perdia o direito de ser povo. De uma maneira geral, os direitos dos povos indígenas, por serem coletivos, foram omitidos das legislações escritas.”¹⁸⁷

A construção da Constituição de 1988¹⁸⁸ abre espaço abrangente, reconhecendo aos índios, os direitos coletivos de organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e, além disso, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Com a Constituição, o Estado assume, ainda, o compromisso de demarcar essas terras, bem como protegê-las e ainda fazer respeitar todos os seus bens.

Altera-se, ao menos teoricamente, a forma de entender o universo indígena, pois, antes, “os índios eram entendidos como povos em transição a serem integrados na sociedade nacional, perdendo a condição de povos para se tornarem ‘cidadãos’.”¹⁸⁹

Após 1988, são direitos que têm como sujeitos toda a população indígena, na totalidade cultural; não são relações jurídicas tradicionais que envolvem, individualmente, com fulcro exclusivo na propriedade excludente. É a abertura para o reconhecimento de um Brasil multicultural e pluriétnico. “A quebra do paradigma individualista está constitucionalizada e, sua efetivação é a questão apresentada às comunidades, aos movimentos e aos grupos locais.”¹⁹⁰

Ocorre que, mesmo com o reconhecimento constitucional formal de tais direitos coletivos, a realidade da efetivação ainda é pequena e modesta. O ideário liberal da propriedade privada individual ainda é predominante no senso comum jurídico, o que direciona o conflito na dicotomia: coletividade das populações tradicionais e proprietários individuais.

Depois de 1988, o que era mera reivindicação do movimento

¹⁸⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 78-90.

¹⁸⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil 1988*. In: Código Civil e Constituição Federal. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.120.

¹⁸⁹ NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): luta contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 131.

¹⁹⁰ SOUZA FILHO, op. cit., p. 95.

indígena passa a ser a luta por direitos positivamente reconhecidos, pela busca de um desenvolvimento próprio, direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, vinculado a um território. Isso fez com que o movimento indígena, o popular de maneira geral, ganhasse mais uma nova e importante dimensão, a jurídica. Não obstante, o principal ainda está por fazer, inverter a lógica estatal do capital, para uma lógica dos povos.¹⁹¹

Como *processos contra-hegemônicos de Globalização*, a articulação do movimento indígena está orientada na perspectiva de concretizar os direitos formalmente garantidos pela lei. Os grupos diretamente interessados na realização desses direitos, diante da pouca efetividade do Estado, como um todo, busca práticas comunitárias para a satisfação das suas necessidades, que ora são direitos, no termo formal do Direito Moderno. Em suma, são as lutas pelo reconhecimento oficial das terras indígenas com a retomada destas áreas por seus grupos étnicos.

“Não há dúvidas de que as organizações indígenas são instâncias políticas constituídas a partir de uma lógica, de uma razão, de um ordenamento, de uma funcionalidade e de uma estruturação não-índigenas, externas ao(s) universo(s) indígena(s).”¹⁹² Todavia, as organizações indígenas são pontos extremamente importantes para a articulação dessa etnia na construção concreta do direito de construir um futuro e um desenvolvimento próprios, com seu território reconhecidamente demarcado, e com o respeito de toda a sociedade às mais diversas manifestações da cultura indígena, tornando-se, assim, protagonistas da sua própria história.

Uma ação interessante, do ponto de vista da metodologia pluralista de concretização de direitos, versa sobre a demarcação dos territórios. O procedimento burocrático estatal de demarcação, como a quase totalidade dos aparatos do Direito Moderno, com exceção dos que asseguram a propriedade, é lento e não conta com vontade política, trazendo a ineficácia para a conquista assegurada aos índios, numa verdadeira inoperância do Estado na realização do Direito.

¹⁹¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 101-106.

¹⁹² NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): luta contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 123.

Imbuídos da necessidade de ver demarcadas e de garantir suas terras, diante da inércia estatal, algumas experiências revelam os próprios índios demarcando suas terras, com ou sem a presença do Estado; estas demarcações mesmo não tendo validade formal, têm resultado prático-material na vida das comunidades, como demarcações territoriais de fato. O pioneirismo das ações foi dos índios kulinhas:

Uma das primeiras iniciativas neste sentido foi desencadeada pelos índios Kulina da região do alto rio Purus, no Estado do Acre, na fronteira entre o Brasil e o Peru, que realizaram a demarcação física de sua terra abrindo picadas na mata e fixando improvisados marcos e placas de madeira construídos por eles próprios. [...] Embora o Estado não reconhecesse aquele procedimento Kulina como uma 'demarcação' legal, na perspectiva dos índios a sua iniciativa constituiu-se numa 'demarcação' de fato, definindo como 'terra indígena' as terras que histórica e miticamente identificam como suas.¹⁹³

Mais adiante, por efeito de um convênio entre o Estado e os índios, foi reconhecida formalmente a demarcação realizada pela população Kulina. Mas, o que se objetiva ressaltar com a ação dos kulinhas é a pluralidade na metodologia de resolução do conflito, em relação ao procedimento formal monista estatal. As terras, antes da demarcação, eram freqüentemente invadidas por madeireiros; o fundamento dessa autodemarcação está na legitimidade da necessidade desse povo e não na formalidade estatal – legalidade. A fundamentação está na necessidade dessa ação, da autodemarcação territorial, perante a ausência do Estado no cumprimento de sua obrigação constitucional. Esse ato político é muito mais abrangente do que parece:

A autodemarcação é muito mais do que os índios assumirem a ausência do Estado; é o caminho mais seguro para um povo indígena estabelecer as bases para o seu fortalecimento étnico; é o começo do processo de reorientação das relações interétnicas; um passo em direção a um 'processo de construção social por parte dos habitantes de um território que os impulsiona a buscar soluções para os seus problemas e necessidades a partir de um autodiagnóstico da sua própria realidade'.¹⁹⁴

¹⁹³ NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): luta contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 133.

¹⁹⁴ Fundación Gaia Amazonas, apud. NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): luta contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 137.

Importa frisar que, para a cultura indígena, a territorialidade, bem como sua demarcação, não tem o mero significado econômico-capitalista de propriedade, mas, sim, o de emancipação; a terra, nessa cultura, é muito mais transcendental do que simples meio de produção, representa habitat.

Cansados de aguardar uma solução que nunca chegava, em setembro de 2001, os próprios índios deni, deram início à demarcação de suas terras nos moldes da autodemarcação Kulina.

[...] a autodemarcação irradiou rapidamente por todo o país, fazendo hoje parte da agenda política de todos os povos indígenas.¹⁹⁵

A autodemarcação é um belo exemplo de luta por realização de direitos, que envolve igualdade e diferença, da importância da igualdade e do respeito à diferença, neste país que gira em torno da diversidade; este é o Brasil: pluricultural e pluriétnico.

3.2 A Economia Globalizada e o Neoliberalismo como contra-estímulos à realização da dignidade humana

No segundo capítulo, foi analisado o encontro brasileiro com os ideais liberais oriundos das revoluções burguesas. Não se pode deixar de notar as conquistas liberais. Em oposição ao absolutismo, houve certamente um salto de qualidade oferecido por conquistas individuais do Liberalismo nas esferas da liberdade formal: política, de pensamento, de religião, de exercício profissional etc.

Porém, os efeitos negativos do paradigma do individualismo e do Liberalismo Econômico na geração das desigualdades materiais trazem à tona resultados desastrosos, sentidos na pele por muitos que vivem na periferia do sistema capitalista.

A mera constituição do Estado Liberal em oposição ao superado Estado Absolutista e a instalação de alguns dos direitos individuais fundamentais foram grandes avanços para a liberdade, porém a desigualdade ainda era um grande problema social. Os avanços não configuraram mudanças suficientes para a

¹⁹⁵ NEVES, Lino João de Oliveira. Olhos mágicos do Sul (do Sul): luta contra-hegemônicas dos povos indígenas no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 137

conquista de uma *democracia concreta*. Institui-se apenas uma *democracia formal*.

Desde a Revolução Francesa de 1789, essa democracia declara os direitos universais do homem e do cidadão, mas a sociedade está estruturada de tal maneira que tais direitos não podem existir concretamente para a maioria da população. A democracia é formal, não é concreta.¹⁹⁶

O individualismo exacerbado do Liberalismo puro gerou alarmantes desigualdades sociais, estando, de um lado, uma minoria detentora dos meios de produção, ou seja, das propriedades agrícolas e industriais, e de outro, uma vasta maioria espoliada pela excessiva carga horária de trabalho, péssimas condições no exercício deste e insuficiente remuneração para manter uma vida digna.

Aquele modelo ambicionado pela sociedade “revolucionária” burguesa-iluminista, tido como perfeito e único solucionador dos problemas vividos: o Liberalismo, com o passar do tempo, acumulou desajustes sistêmicos. A grande depressão econômica desestabiliza a ordem liberal, principalmente no período compreendido entre as duas guerras mundiais.

O Liberalismo Econômico, com uma economia de livre mercado, revela seu colapso com a crise econômica européia e norte-americana. A crise da economia, o alarmante índice de desempregados e a conflituosidade social resultante das desigualdades são elementos centrais dos desajustes do período.

Neste contexto de crise econômica manifesta com sérios desdobramentos políticos e sociais, o Estado liberal, a fim de conjurar o perigo que lhe ameaçava a mesma existência, vai pouco a pouco se transformando, mediante a progressiva intervenção na economia, até tornar-se Estado Social ou *Welfare State*, cujos contornos vão ganhando maior nitidez a partir da Segunda Guerra Mundial.¹⁹⁷

Diante da vultosa crise liberal, notadamente na exploração dos trabalhadores, no período do capitalismo industrial, surgem as reivindicações sociais. O Estado que era restrito a abstenções, para respeitar as liberdades individuais, começa, dentro da realidade européia, a manifestar ações positivas, no sentido de superar a crise econômica e social: é a chegada do Estado do Bem-Estar

¹⁹⁶ CHAUÍ, Marilena. A Sociedade democrática. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p.333 .

¹⁹⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 91.

Social com os direitos sociais, econômicos e culturais.

A maior parte dos Estados convivia com alto grau de desajustamento após a revolução industrial do século XIX, com o desnivelamento de classes e a miséria crescente em ritmo de progressão geométrica, tornando-se insustentável no começo do século XX.

Alternativas já vinham sendo criadas a esse sistema opressor, gerador de grave crise econômica com desemprego maciço, desde a revolução de Paris, em 1848, quando se estabeleceram compromissos entre os empregadores e as associações do movimento obreiro francês. A tendência de considerar o direito ao trabalho com dignidade ao lado de investidas em direitos sociais do trabalhador como direitos fundamentais começou, nesse período, a se implementar. No mesmo ano, em 1848, também foi lançado o Manifesto Comunista, alimento ideológico elaborado por Marx e Engels, síntese do pensamento marxista. O movimento operário na luta por igualdade e emancipação começa a se articular. A crítica marxista ao sistema vigente e a pressão operária por direitos sociais geraram graves temores no mundo ocidental liberal.

Sobre o papel desempenhado pela organização operária na ampliação dos direitos fundamentais da pessoa humana, os quais passam a contemplar além das liberdades civis e políticas, também os direitos sociais do trabalhador, é salutar a posição de Boaventura de Souza Santos:

[...] por meio de sindicatos e partidos operários, a classe operária teve papel central na configuração deste compromisso também conhecido como social-democrático, para dar conta de que as transformações socializantes do capitalismo do período (capitalismo organizado) foram obtidas à custa da transformação socialista da sociedade, reivindicada no início deste segundo período do capitalismo como a grande meta do movimento operário. Reside nisto a integração social e política do operariado no capitalismo, lento processo de desradicalização das reivindicações operárias, em grande medida obtido pela crescente participação das organizações operárias na concertação social.¹⁹⁸

Para conter possíveis avanços das novas idéias socialistas, surge o Estado social – "*Welfare State*" ou Estado providência. A regulação da ordem econômica mostrou-se como solução, tornando o Estado também um agente

¹⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma nova teoria da democracia. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p. 79.

econômico, com o dever de interferir na economia para distribuir a riqueza por meio de políticas sociais e amenizar a crise. A diretriz era uma forte interferência estatal na economia, sem desarticular as conquistas já consagradas da liberdade. Porém, “a experiência do *Welfare State* não se pôde concluir nem na Europa nem na América do Norte e muito menos no Terceiro Mundo, em que se encontram grande parte dos países da Ásia, África, América Central e do Sul.”¹⁹⁹ Na realidade, países periféricos como o Brasil, quase não puderam sentir efeitos do Estado Providência, ausência notada principalmente no seio da vasta camada de espoliados.

O Liberalismo ressurgiu eliminando, despoticamente, o Estado Social e requerendo mais uma vez a liberdade para o capital, uma *neo* liberdade, objetivo que seria maculado com a continuidade da interferência do Estado na economia. O Estado não poderia continuar a aumentar de tamanho para atender às demandas sociais do povo; isso seria prejudicial à plena liberdade do capital.

A crise na rentabilidade do capital diante da relação produtividade-salários, acaba por revelar, nos países centrais, uma disfuncionalidade do capitalismo organizado. Na década de 60, “o processo histórico do desenvolvimento da cidadania social sofre uma transformação marcada pela crise do Estado-Providência. [...] assenta-se, basicamente, na crise do regime de acumulação consolidado no pós-guerra, o regime fordista”: esse regime de acumulação “caracteriza-se por uma organização taylorista da produção (total separação entre concepção e execução no processo de trabalho)”.²⁰⁰

Com a crise do Liberalismo Econômico e Político, enfrentada fundamentalmente com o desemprego europeu e com a crise capitalista de 1929 – quebra da Bolsa de Nova Iorque –, outras possibilidades ecoaram. “Três modelos alternativos todos antiliberais, em distintos graus e formas, surgiram a partir da crise hegemônica produzida pelos efeitos da crise disputando o espaço deixado livre pelo Liberalismo: o Socialismo soviético, o Fascismo e o keynesianismo.”²⁰¹ Com a

¹⁹⁹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 92.

²⁰⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma nova teoria da democracia. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p.79.

²⁰¹ SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 651.

derrocada de todas essas possibilidades, nas décadas seguintes, o Liberalismo reaparece e retoma a hegemonia; é o Neoliberalismo. O Liberalismo velho sobreviveu “em meio à adversidade das crises internas e sucessivas do capitalismo e em face do avanço do socialismo real [...] reunindo forças e trabalhando na sombra, até, como fênix, ressurgir das próprias cinzas, como Neoliberalismo”.²⁰²

A intenção, nesta parte do trabalho, não é a de estabelecer uma referência sistemática, com especificidades históricas, nem definir os ciclos, sobre o Neoliberalismo ou sobre o a Globalização econômica, mas tão somente, o de enquadrar e relacionar as características necessárias desses fenômenos com a falta de concretização da dignidade humana no Brasil.

O Neoliberalismo vem de contra-estímulo à plena concretização das políticas sociais, conquistadas juridicamente, e formalmente com o Estado Social, para promover a liberdade e a igualdade, garantindo o respeito à dignidade humana de todos. A idéia liberal de *desregulamentação* estatal da economia, que deve seguir por si só seu destino sem interferência estatal, é ponto de pauta número um, na agenda do Neoliberalismo.

O maior obstáculo para o desempenho do Estado Social na realização das garantias formais é o ideário neoliberal. Ideologia que, hegemonicamente, vem ditando as regras para a diminuição do Estado, ou seja, das políticas públicas, conquistadas, historicamente, pela sociedade. Têm-se os direitos conquistados formalmente, porém, são vazios de realidade, pois, estão em uma escala inferior na ordem de prioridades do Neoliberalismo, sendo o aspecto econômico, apartado do social, a ordem primeira. A meta é conter os orçamentos do Estado, conter seus gastos com políticas sociais.

A situação do direito de igualdade e de liberdade é também muito frágil nos dias atuais, porque o modo de produção capitalista passa por uma mudança profunda para resolver a recessão mundial. Essa mudança, conhecida com o nome de neoliberalismo, implicou o abandono da política do Estado do Bem-Estar Social (políticas de garantia dos direitos sociais) e retorno à idéia

²⁰² AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99.

liberal de autocontrole da economia pelo mercado capitalista, afastando a interferência do Estado no planejamento econômico.²⁰³

O Neoliberalismo envolve profundamente o universo jurídico; representa forte fator de causa para a ineficácia do modelo jurídico Moderno – liberal-individualista – na realização dos direitos fundamentais da pessoa humana e o (des) respeito à sua dignidade, principalmente nas periferias do sistema econômico, visto que para a realização plena da dignidade, as políticas sociais por parte do Estado são fundamentais.

Em relação ao Estado Providência (Social), “contra a realização deste imperativo de introdução de maior fraternidade ou solidariedade, na teoria e prática do direito, veio a levantar-se a ideologia neoliberal, pretendendo decretar, autoritariamente, o fim do Estado Social.”²⁰⁴

José Eduardo Faria analisa que a Globalização econômica está substituindo a política pelo mercado como instância privilegiada de regulação social. A economia vem sendo bem menos determinada pelos Estados e, cada vez mais, condicionada por conglomerados transnacionais sem compromisso com o ambiente em que atuam, e é justamente esse o ponto que mais interessa na análise que ora fazemos: a perda da autonomia do Estado.²⁰⁵

A transnacionalização econômica, ao mesmo passo que derruba fronteiras, estabelece novas relações envolvendo organismos multilaterais, conglomerados multinacionais, bancos comerciais, fundos de investimento; que passam a ter poder de decisão nas metas políticas de um Estado, por meio de pressões aos poderes soberanos.

Por tornar os capitais financeiros muitas vezes imunes à fiscalização governamental, fragmentar as atividades produtivas em distintas nações, regiões e continentes e reduzir as sociedades a meros conjuntos de grupos e mercados em rede, o fenômeno esvazia parte dos instrumentos de controle dos atores nacionais. À medida que o processo decisório foi transnacionalizado, decisões políticas tornaram-se condicionadas por equilíbrios macroeconômicos [...] ao gerar formas de poder novas, autônomas, desterritorializadas e diferenciadas, a transnacionalização dos mercados debilitou o caráter essencial da soberania, fundado na presunção

²⁰³ CHAÚÍ, Marilena. *A Sociedade democrática*. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p.337.

²⁰⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 96.

²⁰⁵ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

superiorem no recognoscens, e pôs em xeque a centralidade e a exclusividade das estruturas jurídicos-políticas do Estado-nação.²⁰⁶

A razão econômica está superando o próprio poder estatal, sobretudo, quando um Estado-nação, principalmente um periférico, busca recursos para gestão pública de alguma estrutura econômica global, a exemplo do Fundo Monetário Internacional ou do Banco Mundial, pois, “para que recursos sejam liberados e repassados [...] são necessárias cartas de intenções, acordo de metas”, que são compromissos efetuados entre as estruturas econômicas e os Estados que abrem mão da sua soberania e de muitas de suas pautas sociais; “dentre as promessas indispensáveis figuram o equilíbrio orçamentário mediante corte de subsídios, combate a inflação, para o que se entende indispensável o congelamento de salários e privatizações de bens públicos”.²⁰⁷

A “globalização econômica, alardeada como a última das virtudes da modernidade”²⁰⁸ não se impressiona se, neste país periférico, tantos morrem de fome, ou se, naquele, a maioria não tem trabalho ou estudo. Com o ganho de autonomia do mercado financeiro, como racionalidade mundial, perderam espaço as questões políticas e jurídicas da dignidade humana, visto que os poderes estatais têm a sua autonomia reduzida.

Essa soberania compulsoriamente partilhada, sob pena de ficar à margem da economia globalizada, obriga o Estado-nação a rever sua política legislativa, a reformular a estrutura do direito positivo e a redimensionar a jurisdição das instituições judiciais amplas [...], implementadas paralelamente à produção da ruptura dos monopólios públicos.²⁰⁹

O princípio da soberania nacional, consagrado no primeiro inciso do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, assegura autonomia nacional em questões da ordem econômica. Mas, a densidade desse princípio constitucional não foi forte o bastante para impedir uma série de ações do Neoliberalismo, no sentido de diminuir o tamanho do Estado, entregando patrimônio e funções estatais à

²⁰⁶ FARIA, José Eduardo. O futuro dos direitos humanos após a globalização. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p.369.

²⁰⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 107

²⁰⁸ Ibid., p. 106.

²⁰⁹ FARIA, op. cit., p.373.

iniciativa privada; em muitos casos, a poderosas corporações estrangeiras, privatizando assim, muitos pólos de direção da economia brasileira. Com a hegemonia ideológica e política adquirida pelo Neoliberalismo no mundo, o projeto fica cada vez mais acentuado. No Brasil, as evidências ficam gritantes a partir da década de 90²¹⁰.

Sobre os mecanismos utilizados pelo Neoliberalismo, orienta Marilena Chauí que “o abandono das políticas sociais chama-se privatização. O do planejamento econômico, desregulação. Ambas significam: o capital é racional e pode, por si mesmo, resolver os problemas econômicos e sociais”.²¹¹

Na década de 90, no intuito de reformas da “governabilidade” e para positivar o Neoliberalismo no ordenamento jurídico, foram realizadas emendas na Constituição Federal de 1988, como as quebras dos monopólios estatais. Então, partindo da emenda constitucional 5, que extinguiu o monopólio estatal da exploração e distribuição dos serviços de gás canalizado, foi uma verdadeira avalanche de ações do governo nesse sentido, que através de emendas à Constituição foi perdendo parte da soberania brasileira.

A emenda 6 ampliou o tratamento favorecido das empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte para quaisquer empresas de pequeno porte, sendo de capital nacional ou estrangeiro, sem diferença.

A abertura da riqueza nacional foi feita aos capitais externos. Com a emenda constitucional 8, foi a vez das telefonias. Além destes exemplos, existem muitos outros na história deste período, que tecem as ações da ideologia neoliberal no domínio do governo brasileiro, sobre a emenda 8, ressalta Paulo Bonavides que “não fugia do espírito que move o constituinte da reforma: o da remoção de todos os ingredientes nacionalistas da Lei Magna”.²¹² Em uma forte análise crítica expõe o autor que:

Todas essas emendas constitucionalizaram a dependência do País, um crime que jamais a ditadura militar de 1964 ousou perpetrar, pois os seus generais-presidentes – faça-lhes justiça - eram quase todos nacionalistas.

²¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 661-662.

²¹¹ CHAÚÍ, Marilena. A Sociedade democrática. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p.337.

²¹² BONAVIDES, op. cit., p. 661.

Aceito e aplaudido por algumas elites como o determinismo do fim do século XX, o neoliberalismo arvora a ideologia de sujeição, para coroar, como uma fatalidade, a abdicação, nos mercados globais, da independência econômica do país.²¹³

A dependência econômica brasileira fez com que a justiça da igualdade e o desenvolvimento social ficassem condicionados aos interesses internacionais. E um desenvolvimento econômico nessas condições nem sempre é sinal de justiça social, pois, o sistema capitalista é potente em lucrar, porém impotente para distribuir o lucro. O que ocorre é a restrição de direitos sociais e o Estado vai sendo cada vez mais enfraquecido:

Uma das facetas mais conhecidas desse processo de redefinição da soberania do Estado-nação é a fragilização de sua autoridade, o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia de seu aparato burocrático [...] Entre outras pretensões, eles (os setores vinculados ao sistema capitalista transnacional) reivindicam a eliminação dos entraves que bloqueiam a abertura comercial, a desregulamentação dos mercados, a adoção de programas de desestatização, a 'flexibilização' da legislação trabalhista e a implementação de outros projetos de 'deslegalização' e 'desconstitucionalização'.²¹⁴

A realidade prática dos direitos fundamentais, que congregam a dignidade humana, diante de todo o exposto, perde muito, principalmente com a fragilidade da soberania do estado nacional na ordem da economia internacional. No livre jogo das forças econômicas, um país como o Brasil, que mal sentiu os efeitos do *Welfare State*, vê os desastrosos resultados da pífia eficácia dos direitos sociais consagrados constitucionalmente. “O liberalismo econômico, ao promover as relações mercantis, desconhece, por definição, os direitos.”²¹⁵

Os direitos humanos e “seus valores básicos, tais como liberdades públicas, igualdade substantiva e afirmação dos interesses pós-materiais, colidem com os imperativos categóricos da transnacionalização dos mercados e da interconexão do sistema financeiro”, entre os “quais se destacam eficácia, produtividade, competitividade e liberdade de circulação de capitais.” E nessa disputa “os valores do mercado global são mais fortes que a força política interna de

²¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 662.

²¹⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 25-26.

²¹⁵ SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 654.

implementar direitos”.²¹⁶

O discurso que pretenda separar o joio do trigo tem de ser comprometido com a dignidade do homem, dando ao mercado o que não é possível retirar-lhe, desde que lhe sejam postos limites indispensáveis, para que, no seu funcionamento, não sejam tragados os direitos sociais, garantia da humana sobrevivência ao abrigo da necessidade. Não se podendo eliminar o mercado, tampouco pode admitir-se que, em seu nome, o interesse de poucos prevaleça sobre as razoáveis expectativas e garantias da maioria.
²¹⁷

A constatação é a de que o Neoliberalismo e a Globalização Econômica funcionam nos países periféricos do sistema global como preponderantes fatores de desestímulo da tarefa estatal constitucional de concretizar o princípio da dignidade humana.

3.3 Crise do sistema representativo – Democracia liberal

Em oposição ao regime absolutista, foi moldada a bandeira liberal, resultando no formato do Estado Moderno, que desenvolveu, no decorrer do tempo, a democracia moderna como seu aparato burocrático de organização política por excelência. Bobbio expõe a democracia, imbuída de procedimentalismo: “entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.”²¹⁸

O liberalismo foi sendo consolidado conforme foram sendo constituídas formas republicanas e parlamentares de organização do poder político e foi

²¹⁶ FARIA, José Eduardo. O futuro dos direitos humanos após a globalização. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p.375.

²¹⁷ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 128.

²¹⁸ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 18.

sendo estendido o processo de mercantilização capitalista, tendo a revolução francesa e a Declaração dos Direitos do Homem a legitimá-lo.²¹⁹

No estrito objetivo deste tópico, a análise envolverá apenas o foco da crise de um dos pontos centrais da democracia liberal que é a representação e não se estenderá a investigar a evolução da democracia e os seus pensadores (liberais) e teóricos do contratualismo.

A democracia ocupou papel de destaque no debate político do século XX, porém depois de vencidos os embates a favor do modelo democrático liberal, passa-se para a reprodução geral de uma concepção hegemônica da democracia. Ocorreu o debate, na segunda metade do século XX, sobre a tensão entre capitalismo e democracia, no sentido de que a democracia estendia os direitos sociais, como queria a social democracia, ou seja, aparece o sentido distributivo da democracia. Quando a todos é estendido o direito ao voto, proprietários e não proprietários, as demandas sociais são ampliadas, não mais se restringindo à proteção da propriedade privada. “Daí que, no âmbito desse debate, se discutem modelos de democracia alternativos ao modelo liberal: a democracia participativa, a democracia popular nos países da Europa de Leste, a democracia desenvolvimentista dos países recém-chegados à independência”.²²⁰

A democracia liberal naturalizou-se na maioria dos países, porém “resistiram alguns [...] caracterizados como antidemocráticos, porque antiliberais”. “Uns – como a China, Cuba e Coréia do Norte –, tachados de não democráticos pela ausência do pluralismo no sentido liberal da palavra; outros – como Irã, Iraque e Líbia –, tachados de fundamentalistas por não serem Estados ricos, por não separarem religião e política.”²²¹ A democracia consolidada hegemonicamente, que “propõe ao resto do mundo o modelo de democracia liberal-representativa vigente nas sociedades do hemisfério norte”²²², amplia a liberdade individual em relação ao detentor do poder, é a concepção individualista (a sociedade como soma das

²¹⁹ SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 651.

²²⁰ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar os cânones democráticos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 39.

²²¹ SADER, op. cit., p. 652.

²²² SANTOS, op. cit., p. 43.

vontades individuais), porém abraça uma forma limitada de democracia, visto que se restringe ao ato de escolha de líderes, que são incumbidos de tomar as decisões, em nome do bem comum, na sua forma utilitarista, que é o produto da soma dos bens individuais.

Como adverte Bobbio, as sociedades democráticas são pluralistas. Daí é possível estabelecer, já no início desta análise sobre democracia liberal-representativa, uma incoerência, “a doutrina democrática tinha imaginado um Estado sem corpos intermediários”, ou seja, contemplando a relação do Estado com o indivíduo soberano, ocorre que “os grupos e não os indivíduos são protagonistas da vida política numa sociedade democrática”, a atuação democrática da soberania popular revelou-se nos partidos, nos sindicatos, de uma maneira geral, em organizações coletivas e não na ação e vontade individuais.²²³

Mas o ponto central desta análise deve ser, sem dúvidas, a identificação/simplificação da democracia com o processo eleitoral, ou seja, é o ato de resumir a democracia na sua forma representativa eleitoral. Isso ocorre em um verdadeiro processo de passagem de uma discussão ampla sobre as regras do jogo democrático à identificação da democracia com o processo eleitoral. É a chamada democracia de baixa intensidade.

[...] a redução do procedimentalismo a um processo de eleições de elites parece um postulado *ad hoc* da teoria hegemônica da democracia, postulado esse incapaz de dar uma solução convincente para duas questões principais: a questão de saber se as eleições esgotam os procedimentos de autorização por parte dos cidadãos e a questão de saber se os procedimentos de representação esgotam a questão da representação da diferença.²²⁴

A democracia representativa²²⁵ está centrada na autorização, procedimento racional-burocrático que, por meio das eleições e do princípio da maioria, regem os regimes democráticos. Já foi analisado, no último tópico do primeiro capítulo deste trabalho, o processo de racionalização do mundo moderno, na óptica de Max Weber. Como visto, o pessimismo weberiano aponta a

²²³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 23.

²²⁴ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar os cânones democráticos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 46.

²²⁵ BOBBIO, op. cit., p. 24.

racionalização, ou burocratização, como inevitável para o capitalismo e para o Estado Moderno. A democracia representativa está intimamente ligada à organização burocrática. Weber entende que a burocracia complexa e especializada poderia gerar problemas para a democracia, visto que criava uma tensão entre soberania crescente, no caso do controle dos governos pelos governados, e soberania decrescente, no caso o controle dos governados pela burocracia.

A democracia moderna, nascida como democracia representativa em contraposição à democracia dos antigos, deveria ser caracterizada pela representação política, isto é, por uma forma de representação na qual o representante, sendo chamado a perseguir os interesses da nação, não pode estar sujeito a um mandato vinculado. [...] Jamais um princípio foi tão desconsiderado que o da representação política. Mas numa sociedade composta de grupos relativamente autônomos que lutam pela sua supremacia, para fazer valer os próprios interesses contra outros grupos, uma tal norma, um tal princípio, podem de fato encontrar realização?²²⁶

Para a teoria liberal a representação, por meio da autorização seria o procedimento burocrático capaz de resolver as democracias de grande escala, os quais não poderiam se dar na forma direta das antigas cidades-estados, que sem o uso da autorização para a representação, permitia que cada cidadão articulasse diretamente as decisões políticas.

Um outro aspecto para reflexão é que a democracia representativa-liberal, na perspectiva da vontade eleita pela maioria, exclui, muitas das vezes, as necessidades das minorias, das multiplicidades identitárias, ainda mais em um país de rede cultural tão complexa como o Brasil. Enfim, a regra da maioria não garante a expressão e representação das minorias. Mesmo que a representação tenha a virtude de constituir algumas das posições da sociedade e de seu pensamento, não alcança todos os seus níveis culturais.

“A representação envolve pelo menos três dimensões: a da autorização, a da identidade e a da prestação de contas”²²⁷. Porém, assiste-se na prática democrática: à apatia popular na autorização, nos temas políticos de uma maneira geral; à distância de realidades e interesses entre representantes e representados, tornando a identidade entre uns e outros um fato praticamente

²²⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 24.

²²⁷ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar os cânones democráticos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 49.

impossível; e a uma realidade de corrupção generalizada que torna a prestação de contas política, tarefa pouco costumeira no cotidiano brasileiro.

A participação política, apenas com o voto que legitima a representação, por meio da autorização, é interferência muito pequena, para não dizer silenciosa e irrisória, incapaz de uma eficaz atuação social. Mesmo quando houver identidade com o representante e quando for possível uma adequada prestação de contas, a representação pura, sem um enfoque democrático mais participativo, parece não ser capaz de revelar os intentos verdadeiros de uma sociedade, muitas das necessidades e demandas sociais não têm força, diante do poder hegemônico, de chegar aos meios burocráticos de tomada de decisões.

O pior é que nem mesmo a autorização para a representação reveste-se da legitimidade necessária. Nem mesmo essa modesta participação política é plenamente livre e consciente, pois, diversos vícios atingem o direito à informação, elemento fundamental para a tomada de posição política. O instrumento utilizado pela maioria dos cidadãos brasileiros, para decidir sobre a sua *autorização* para representação, mediante o voto, que são os veículos de comunicação de massa, estão comprometidos com os interesses econômicos e políticos particulares. “Na sociedade capitalista, os meios de comunicação são empresas privadas e, portanto, pertencem ao espaço privado dos interesses de mercado”²²⁸; o caráter público da democracia perde muito nesse desencontro de objetivos, entre interesses privados – econômicos – dos meios de comunicação e interesses sociais, genuinamente públicos.

A dominação da mídia na formação da opinião pública tem peso decisório nos resultados dos pleitos eleitorais. Mas o comprometimento dos veículos de comunicação com determinados grupos políticos, para a garantia da satisfação dos seus interesses econômicos, dificulta a plena realização do direito de todos de ter acesso pleno à informação. Esse direito não pode conter vícios, e sua garantia só é plena quando a informação é responsável, verdadeira, ética e plural, no sentido de contemplar amplos pontos de vista. E “a formação da opinião pública é feita cada vez mais pela ação dos grandes meios de comunicação, que cada vez mais são

²²⁸ CHAUI, Marilena. Carta aberta da filósofa, 21 set 2005. Disponível em: <<http://www.pt.org.br/site/noticias/noticias>>. Acesso em: 12 jan 2008.

condicionados por critérios comerciais de busca de audiência e de publicidade.”²²⁹

A pluralidade de versões fica comprometida com a presente realidade da concentração dos meios de comunicação social, que reproduzem apenas alguns pontos de vista, esmagando a pluralidade. É fundamental a garantia da pluralidade de versões, comportando os mais variados pontos de vista e ideologias; princípio básico da própria democracia liberal. Enfim, a comunicação social urge por um processo de democratização.

Torna-se evidente a necessidade de uma mídia livre, ética e plural. Uma mídia comprometida com a verdade e com a pluralidade de versões, com a educação e com a cultura nacional. Assim, o direito à informação seria devidamente respeitado e, em conseqüência, a decisão do voto seria fundamentada com maior clareza e liberdade por parte daqueles que *delegam*, por meio da representação, o governo da sociedade.

Um outro dado relevante é a apatia das pessoas em relação aos temas políticos e a sua desmobilização. O individualismo exacerbado, certamente, prioriza a busca imediata pelos interesses individuais, em detrimento das questões sociais da nação. Porém, o elemento que mais carrega a apatia política é a corrupção, infiltrada em todas as esferas do poder. A corrupção, que marca a história política brasileira – não sendo, portanto, fenômeno exclusivo dos governos do início século XXI – é marco de desilusão para a população, que perdeu o reflexo de identidade com aqueles que representam os interesses da coletividade.

A população não se sente representada, não vê articulação para a realização dos direitos consagrados constitucionalmente, e nesta somatória, vai perdendo interesse pelo aspecto político. “A representação democrática perdeu o contato com os anseios e as necessidades da população representada e fez-se refém dos interesses corporativos poderosos.”²³⁰

A realidade, presentemente, está em um processo de deterioração do sistema político, “com perda de legitimidade dos governos, dos legislativos e da Justiça, enfraquecimento das organizações sociais, desmoralização das ideologias e

²²⁹ SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 653.

²³⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma nova teoria da democracia. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002. p.80.

dos partidos, desinteresse eleitoral, ausência quase total de debates políticos relevantes”.²³¹

Tantos vícios, tais como, dominação da mídia, corrupção generalizada do Estado, apatia política na sociedade, além da insuficiência democrática na participação política meramente representativa, vão tecendo caminhos obscuros na trajetória da democracia liberal.

A política torna-se uma atividade particular, exercida por profissionais, que constituem uma elite política, responsável pelo gerenciamento da sociedade através do Estado – este cada vez mais considerado como empresa. Renovam-se assim as teorias das elites, reificando a política e isolando-a das relações sociais.²³²

A realização da dignidade humana fica comprometida com a crise da democracia representativa, visto que não apenas o Direito, mas todas as instituições públicas devem buscar a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana. Com toda a situação viciada e dramática exposta nas linhas acima, os aparatos públicos para realizar *direitos*, ficam frágeis. O Direito Moderno com seus limites lógico-positivos, racional-formais e individual-liberais esgota-se diante de tantas demandas sociais e de tão poucas possibilidades estatais de realizá-las.

²³¹ SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 653.

²³² *Ibid.*, p. 658.

4 CONCRETIZAÇÃO ALTERNATIVA E PLURAL DA DIGNIDADE HUMANA – A POSSIBILIDADE DE “OUTROS DIREITOS”

A realização concreta dos direitos que envolvem a dignidade humana ocupa o centro das reflexões deste trabalho. E neste viés, de realização dos direitos humanos – dos fundamentais, já positivados, bem como dos que ainda reclamam positividade – foram analisados até aqui os elementos do Direito Moderno; a imposição desse formato jurídico para o Brasil; e ainda o papel (desestimulante) empenhado pelo capitalismo globalizado e pelo Neoliberalismo político nesta temática.

O paradigma jurídico Moderno, monista estatal, racional-positivista e liberal-individualista conflita com o objetivo de concretizar direitos. A concretização das necessidades humanas criaria a possibilidade de realização plena do almejado objetivo constitucional: dignidade da pessoa humana.

O modelo jurídico construído para dar guarida ao sistema econômico e ao triunfo do individualismo liberal não guarda identidade com objetivos constitucionais reconhecidos como fundamentais; muito menos, “esse Direito” abre espaço democrático para a criação de novos direitos.

Três pontos têm destaque na análise efetuada: a) o modelo jurídico Moderno surge no intuito de criar condições de desenvolvimento para o capitalismo burguês e, desde então, segue a meta de reproduzir o interesse e as relações do mercado; b) a pureza científica, com pretensa neutralidade, em que foi emoldurado o conhecimento do Direito significa um distanciamento deste com os valores e com as realidades sociais concretas; c) o Positivismo Dogmatista, a Globalização Capitalista e a política Neoliberal são fatores preponderantemente desestimulantes na realização da dignidade humana. Estes pontos, ao oferecerem uma leitura crítica do Direito Moderno, demonstram qual é o entendimento no *imaginário jurídico dominante* no Brasil atual. Um aparato burocrático, centrado no Estado; com a racionalidade voltada para a forma; atuação apartada dos anseios do povo excluído e ainda comprometido com os interesses classistas (dominantes) e com a lógica do mercado.

O Direito, como instrumento ideológico de satisfação dos interesses da classe dominante, revela-se em uma dada objetividade histórica, portanto a

dominação no Direito, não significa ausência de sua autonomia relativa. Ele persegue os interesses do capital, no específico momento histórico em que a ação política e a racionalidade social estão direcionadas para esse fim.

O instrumento jurídico estrutura o Estado e fundamenta tanto o aspecto econômico como o político. O Direito pode estar a serviço da classe dominante, porém tem relativa autonomia ontológica em relação à economia e as relações de classes. O Direito não é puro, mas é historicamente real, concreto. A especificidade nota-se com clareza no plano político do Estado, espaço em que “a utilização do universo jurídico é indispensável [...] não há Estado sem juridicidade.”²³³

Entendendo de outra forma, o caminho seria de uma leitura economicista ou voluntarista, aquela tratando o Direito como ilusão para ocultar a realidade econômica e esta última esgotando o Direito na expressão dos interesses da classe dominante, ambas negando qualquer autonomia relativa à realidade histórica jurídica. O que não é o propósito, nem a posição deste trabalho.

O voluntarismo é o resultado das investigações da escola soviética dos anos 30 [...] o jurídico reduziu-se à mera expressão da vontade das classes dominantes [...] Isto revela uma politização extremada do jurídico [...] Negligencia-se tanto o papel econômico quanto o próprio papel da instância jurídica [...] Já o economicismo demonstra o jurídico de outro modo [...] manifesta-se como uma teorização supervalorizada do econômico como fonte de explicação dos fenômenos sociais. O direito aparecerá como simples epifenômeno [...] um efeito ilusório e fantasmagórico servindo apenas para ocultar a realidade concreta. [...] a teoria do direito transforma-se numa teoria da economia jurídica. Fica olvidada a especificidade da instância jurídica sob o capitalismo.²³⁴

O Direito não se limita a uma criação ilusória, apesar de sustentar hegemonicamente a igualdade formal, em detrimento da sua realização material; em outros termos, mesmo projetando na sua práxis a desigualdade material.

Com isso, não se vislumbra, neste trabalho, fazer anúncios de possibilidades alternativas e plurais que busquem o *fim* do Direito estatal, por ser instrumento ineficaz de realizar os direitos ligados à dignidade humana. Neste capítulo, serão expostas algumas formas plurais e alternativas de realização da dignidade humana, que, ampliando a democracia, manifestem possibilidades,

²³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 157.

²³⁴ *Ibid.*, p. 141-143.

explorando soluções no interior do próprio aparato legal-estatal e também possibilidades que extrapolem os limites estatais. Mas não se objetiva, de nenhuma maneira, negar o Estado, nem mesmo negar a necessidade do Direito Positivo na construção emancipatória.

Trata-se de alterar a ordem das prioridades entre instrumento técnico e valores a serem concretizados; o Direito Moderno prioriza aquele em detrimento destes. Uma proposta consistente na busca da realização dos direitos não nega a forma técnica, porém condiciona o aspecto formal ao material – a realização da dignidade humana vem antes da forma –, ficando o aparato burocrático como instrumento para concretizar os valores historicamente conquistados.

Ao longo do presente capítulo, serão feitos apontamentos com o escopo de democratizar a criação e a aplicação do Direito; abertura esta motivada, neste trabalho, pela ineficácia do modelo vigente, tema demonstrado no terceiro capítulo, mas que pode ser percebido no panorama da desigualdade social brasileira, um regime de exclusão para milhares de pessoas. Com este sentido foram pontuados, de maneira meramente ilustrativa dois exemplos: a falta de ação estatal na questão dos conflitos agrários e nos conflitos de demarcação de terras indígenas.

Este capítulo pretende observar que o Direito não se resume ao formato hegemônico, ao modo corrente no universo dominante da teoria e prática jurídicas. Este é apenas o direito instituído, que também poderá ser utilizado em um processo de libertação, mas, para além dele, existe o direito insurgente das práticas plurais. Nos dois exemplos citados no parágrafo anterior, também vislumbram algumas destas práticas plurais, que se tornam necessárias diante da inércia estatal. São elas: a ocupação de terras improdutivas pelos movimentos sociais e a (auto) demarcação das terras indígenas.

Afirmam-se outras faces possíveis do Direito com base nas inúmeras frentes críticas de conhecer e aplicar o fenômeno jurídico. Urge a busca de alternativas diante da crise do modelo jurídico Moderno e mais amplamente, da crise do Estado como um todo, a exemplo da crise da democracia representativa já tratada neste trabalho.

A prática plural e alternativa do Direito, em diversas manifestações, como por exemplo, o método da Sociologia Dialética ou na Filosofia com fulcro na

libertação; são visões que persistem mesmo à margem da posição jurídica dominante, entendimentos do Direito como instrumento de emancipação dos excluídos, que tem, na concretização da justiça, seu verdadeiro objeto teórico e o fomento de sua práxis.

O dogmatismo jurídico apenas representa o que existe de hegemônico. “Outros direitos”, visões alternativas em relação ao modelo posto, são realidades, não apenas nas teorias críticas, mas também na realidade jurídica concreta, por meio da ação de verdadeiros militantes que percebem o Direito como instrumento de emancipação dos excluídos.

A expressão *outros direitos*, assume neste contexto, propositalmente, um duplo sentido, sendo o primeiro deles este já exposto, ou seja, outras maneiras de conceber, estudar e aplicar o Direito, como instrumento de libertação, alternativos ao instrumento posto, que é o de alienação. Uma segunda acepção refere-se aos novos direitos, como novas necessidades humanas, ainda não positivadas ou reconhecidas pelo direito estatal, mas que já são clamadas, no seio social, como necessidades humanas. São diferentes das garantias humanas constitucionalizadas e não realizadas, pois os “novos” ou outros direitos seriam aqueles que ainda não têm, nem mesmo, o reconhecimento formal.

Buscam-se, então, formas de realizar a dignidade humana dentro do aparato estatal e formas plurais de juridicidade que extrapolam a exclusividade estatal. O estrito objetivo é o de constatar outras possibilidades, localizadas na proposta do Direito Alternativo, mas não criar novo dogmatismo que lance análises como verdades. Da mesma forma, o texto não tem pretensão de encaminhar elementos que componham sistematicamente nova epistemologia para conhecer o Direito, ou fórmulas plenas de eficácia para os direitos humanos.

A idéia é apenas lançar elementos potenciais para a construção de uma base teórica e prática com vistas à concretização da dignidade humana. O intuito é o de ampliar o debate democrático, extrapolando a esfera formalista; quer-se demonstrar a possibilidade de outros horizontes, extra-hegemônicos, para a experiência jurídica.

Em um primeiro momento, buscam-se formas de ampliar a concretização dos direitos já instituídos, uma luta no interior dos cânones do Direito posto e, seqüencialmente, o foco será direcionado à juridicidade emergente das práticas comunitárias de realização das necessidades humanas, são formas

assentadas no agir comunitário e não no institucional, portanto fora do campo do Direito estatal.

4.1 Movimento do Direito Alternativo: concretização alternativa dos direitos fundamentais – explicitações do princípio da dignidade humana

O Direito Alternativo busca elementos para um conhecimento jurídico, epistemologicamente, vinculado à prática social e seus justos resultados. Embora não tenha caráter homogêneo, a práxis contra-hegemônica é o ponto central do movimento de via libertária, com rumos para construir um outro Direito.

No que tange ao paradigma burguês-moderno, a ação do Direito Alternativo é de verdadeira desconstrução e desmistificação, visto que os elementos centrais do paradigma dominante são negados – pureza de objeto, neutralidade, objetividade, individualismo, racionalidade legalista-formalista, dogmatismo – bem como, combatidos. Ampliando a análise, questiona-se a racionalidade econômica e política direcionando a crítica ao capitalismo globalizado, e ao Liberalismo individualista. Esse feixe de elementos é sincronizado nas leituras emancipatórias do papel do Direito na sociedade.

Nota-se, aqui, uma incompatibilidade com o modelo científico puro que afasta do Direito tudo o que lhe é alheio. No entendimento positivista, as questões axiológicas e fáticas não podem compor o objeto científico do Direito, por ser este essencialmente objetivo e formal, sendo entendido, exclusivamente, no âmbito do ordenamento normativo, ou seja: o objeto é somente a lei. “A tentativa de recuperar o político para o Direito é a proposta epistêmica mais interessante, embora ambiciosa, do pensamento crítico voltado para o *jus*.”²³⁵ Nesse âmbito, a ação é a de integrar ao formalismo instrumental o contexto histórico-conflitivo, oxigenando o objeto da epistemologia jurídica, fazendo o Direito, ao menos, manter um diálogo interdisciplinar com o todo da realidade complexa.

O diferencial da teoria crítica em relação à tradicional, é que “a Teoria Crítica tem como ponto fundamental mostrar *como as coisas realmente são* –

²³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 165.

objetivo de uma *teoria* –, porém *a partir* da perspectiva de *como deveriam ser*.”²³⁶

A crítica vem ao encontro da crise da epistemologia positivista tradicional. O Direito Alternativo vai além, envolvendo uma opção pelos pobres, pelos espoliados, pelo *bloco social dos oprimidos*²³⁷, reconhecendo-os como sujeitos, e maneja um combate pela sua emancipação, por meio da realização dos direitos conquistados historicamente e pela luta por novos direitos. A realização da dignidade humana torna-se filtro para validar, ou não, os elementos no plano jurídico.

Um conceito auxiliará muito na tarefa de compreender a ação teórica e prática da construção de um outro Direito. É o conceito de jurista orgânico:

Orgânico, portanto, é aquele jurista comprometido com a mudança social, que faz do seu labor uma luta constante em prol de transformações estruturais no seio da sociedade, buscando alterar as relações de poder nela existentes, com o escopo de combater a miséria, promover a liberdade e a igualdade material, fortalecendo uma possível democracia real.²³⁸

As metas almejadas são bem claras, como também são claros os elementos alvos de desconstrução. A preocupação está priorizada no plano da realização das abstrações, porém um diferenciado modo de conhecer o Direito, fundamenta a ação de luta pelo novo. Contudo, o Direito Alternativo não é constituído de um acervo teórico unívoco e dogmaticamente sistematizado ou homogêneo, o que, por si só, não impede uma análise dos pontos de convergência dos juristas e demais estudiosos do movimento, com o objetivo de caracterizar as principais bandeiras.

A Teoria Crítica do Direito comunica-se com o movimento do Direito Alternativo, na identificação do movimento com as construções da teoria crítica, porém, como alerta Celso Ludwig, o Direito alternativo “não se confunde, ou então, não se reduz a ela.”²³⁹ E acrescenta que:

No Brasil, os chamados alternativismos históricos, desde o ‘direito achado na rua’ até o movimento do ‘direito alternativo’, revelam no fundo uma implicação político-jurídica dos postulados da Teoria Crítica do Direito, e

²³⁶ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 192.

²³⁷ *Ibid.*, p 214.

²³⁸ ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo?*. 2 ed. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 56.

²³⁹ LUDWIG, op. cit., p. 204.

para ela convergem, quando necessitam de um modelo epistêmico e axiológico alternativo em relação à dogmática tradicional.²⁴⁰

Entretanto, desloca a intenção deste trabalho fazer uma revisão ou uma evolução da ampla e rica teoria crítica que, dialeticamente, comunica-se com o tema deste capítulo que especificamente é o Direito Alternativo. A proposta específica aqui é a de revisar o conjunto paradigmático do movimento brasileiro do Direito Alternativo.

Na construção histórica do movimento, pode-se dizer que o movimento italiano do Uso Alternativo do Direito foi o inspirador do Direito Alternativo, mas o movimento brasileiro, de periferia do sistema capitalista tem contextos e elementos bem próprios.

Na Itália, na década de 60, foi criado o movimento da Magistratura Democrática – responsável pela formação do Uso Alternativo do Direito –, composta por magistrados que “criticavam o positivismo jurídico, em especial, a idéia de apoliticidade e neutralidade do Poder Judiciário [...] Esse grupo de magistrados agitou toda a sociedade italiana, não só pela postura ideológica, mas também por sua prática”, no objetivo da libertação dos trabalhadores, pretendiam uma radical troca de bloco histórico.²⁴¹

Porém, uma visão mais radical de transformar a sociedade por meio do Direito foi característica que sobreviveu apenas no início do movimento, pois, quando da fundação do Uso Alternativo do Direito, o objetivo era transformar a ação de julgar em um instrumento, para garantir as conquistas populares.

Em que pese a grande contribuição da Magistratura Democrática italiana, que depois se tornou o movimento do Uso Alternativo do Direito, “a maioria dos juristas críticos espanhóis e brasileiros vê o Uso Alternativo do Direito como um movimento só de interpretação crítica”²⁴², no sentido de ater-se a uma interpretação libertária do Direito Positivo, posição bem menos radical que a inicial, nascida com o movimento.

Na realidade brasileira, antes de observar a criação do movimento

²⁴⁰ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 205.

²⁴¹ ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo?*. 2 ed. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 40-43.

²⁴² *Ibid.*, p. 44.

do Direito Alternativo, deve ser analisado um período anterior. Com a ditadura militar, concretizada com o golpe de Estado de 1964, houve um sufocamento de reivindicações dos direitos coletivos e individuais, uma extensa proibição de organização social e, ainda, diante da realidade da ditadura militar, a dominação do discurso da necessária neutralidade do Poder Judiciário. Com o fim da ditadura, em 1985, ampliam-se os movimentos sociais e outras organizações no intuito de lutar por direitos, levando ao Judiciário uma vasta demanda com foco na justiça.

[...] a sociedade civil começou a organizar-se e a trazer ao Poder Judiciário reivindicações não resolvidas pelos outros Poderes; todas, até então, consideradas políticas, econômicas ou sociais, não jurídicas. São exemplos, as questões da terra (ocupações políticas), dos salários (grandes conflitos coletivos e greves) – sistema econômico e, inclusive pedidos de indenizações por mortes ocasionadas pelo regime anterior (política).²⁴³

Diante dessa situação, ocorre uma verdadeira oportunidade de tomada de posição por parte dos magistrados, que poderiam continuar na leitura legalista do fenômeno jurídico de neutralidade política e axiológica ou entender que a população politizou o Judiciário, transformando as lides jurídicas de demandas interindividuais em conflitos coletivos e classistas, transformando sua atuação jurídica em alternativa e progressista.

Do processo de identificação, diante da necessidade de problematizar a Ciência Jurídica e alterar sua prática, magistrados do Rio Grande do Sul “concatenaram-se na defesa de temas comuns, como a reforma agrária, a democratização do Poder Judiciário, o acesso à Justiça, a distribuição de renda”.²⁴⁴

Depois desse percurso prévio, em fins da década de 80, tem início o Direito Alternativo Brasileiro, com mais precisão em 1990. Além dos juízes, abarcou e abarca até hoje, profissionais de todas as áreas de atuação jurídicas, como advogados, promotores, professores e estudantes de Direito. A expansão do movimento foi muito grande ganhando vigor, até a atualidade, em múltiplos espaços do conhecimento e da aplicação do Direito.

O episódio histórico responsável pelo surgimento do Direito Alternativo ocorreu no dia 25 de outubro de 1990, quando o Jornal da Tarde, de São Paulo, veiculou um artigo redigido pelo jornalista Luiz Maklouf, com a

²⁴³ ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo?*. 2 ed. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 24.

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 21.

manchete 'JUÍZES GAÚCHOS COLOCAM DIREITO ACIMA DA LEI'. Essa reportagem teve o objetivo de desmoralizar o grupo de magistrados do Rio Grande do Sul, que, até aquela data, reuniam-se para discutir a Ciência Jurídica sob uma visão crítica e debater formas alternativas de aplicação do Direito positivado, buscando alcançar fins sociais [...] o efeito desejado pelo órgão de imprensa acabou invertido, pois não houve ridicularização ou desmoralização; ao contrário, a publicação acabou servindo como um grande veículo de propaganda.²⁴⁵

Cumpra-se atentar para o fato de que, além do movimento analisado, posições libertárias, individuais e coletivas, como o movimento dos Juizes para a Democracia de São Paulo, foram estratégicas e louváveis tomadas de posição diante da necessidade de repensar o Direito.

Muitas influências críticas projetaram-se na história brasileira: é o caso da Teoria Dialética do Direito de Roberto Lyra Filho, que “procurou superar o positivismo (e mesmo o idealismo) instituindo nova ontologia jurídica, segundo a qual o jurídico se identifica com a quota alcançada, historicamente, de liberdade conscientizada [...] para ele, a única essência (conteúdo) do direito é a libertação”.²⁴⁶ Suas reflexões procuraram atentar para uma visão do Direito que:

[...] (i) o liberasse da camisa de força legal, desvinculando-o, portanto, o mais possível, do estado; (ii) que superasse o dualismo direito positivo – direito natural, integrando-os em suas faces aproveitáveis no processo dialético do direito, e (iii) repensassem a justiça, integrando-a, também, como realidade, ao devenir jurídico, encontrando aí, precisamente, o critério de avaliação dos seus elementos válidos²⁴⁷

Roberto Lyra Filho era “consciente do crescente esgotamento das soluções normativas de inspiração liberal e de caráter formalista face à crescente complexidade sócio-econômica do seu meio ambiente”.²⁴⁸ O seu humanismo dialético e a atividade de docência que exerceu, principalmente na Universidade de Brasília, embasaram o projeto *O Direito Achado na Rua*, “que se insere na conjuntura de luta social e de crítica teórica, como pensamento alternativo,

²⁴⁵ ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo?*. 2 ed. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 26.

²⁴⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 192.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 168.

²⁴⁸ FARIA, José Eduardo. Paradigma Jurídico e Senso Comum: Para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araújo (org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 39.

heterodoxo e não-conformista”²⁴⁹. Certamente que a influência exercida pela dialética humanista, da qual Lyra Filho foi o maior expoente, é patente em qualquer movimento crítico do direito dominante, fortalecendo também o próprio movimento do Direito Alternativo.

4.2 O Alternativo no interior do Instituído – Positivismo de Combate (o instituído negado) e Uso Alternativo do Direito (o instituído relido)

A opção pelos pobres, a crítica ao Positivismo dogmático, o combate a racionalidade voltada para o capital e para o individualismo, o reconhecimento da alteridade do *outro*, a realização da justiça e dos direitos historicamente conquistados, a luta pela democracia concreta são elementos gerais de condução teórica e prática do movimento do Direito Alternativo.

Porém, é necessário fazer uma divisão metodológica para situar corretamente duas linhas distintas da atuação jurídica libertária no âmbito do Direito Alternativo. A primeira diz respeito ao desenvolvimento de uma práxis libertadora no interior do próprio Direito estatal e a segunda, utiliza mecanismos extra-estatais, é o Pluralismo Jurídico. No presente tópico, será investigada apenas a primeira linha. Utilizar-se da própria dogmática com intenção de realizar os direitos progressistas já conquistados formalmente. Por isso vale lembrar que o objeto de desconstrução refere-se ao dogmatismo do Direito vigente, com apelo irrestrito aos dogmas do formalismo técnico e da cientificidade neutra; não se refuta o Direito em si, ou a dogmática em si, que podem ser utilizados como instrumentos de emancipação, sendo que, principalmente a Constituição Federal de 1988 tem alta potencialidade para tal.

Ao denunciar o Direito posto como ideológico e parcial, a práxis alternativa problematiza a formação moderna, enquanto estrutura ideológica voltada para atender os interesses da classe dominante, sendo essa uma atividade que representa a destruição dos mitos e dos dogmas sustentadores da ideologia jurídica hegemônica. “Quebra” o paradigma dominante da neutralidade ideológica no campo

²⁴⁹ SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao Direito*. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. p. 7.

do Direito, afirmando o dever de “abandonar qualquer postura de neutralidade, assumindo, abertamente, um compromisso ético com as classes menos favorecidas”²⁵⁰. E neste tom, busca mecanismos para concretizar as leis já existentes que favoreçam a emancipação dos excluídos, dos espoliados.

O primeiro modo de atuação alternativa pode se utilizar de dois mecanismos: o Positivismo de Combate e o Uso Alternativo do Direito, ou, como prefere Edmundo Lima de Arruda Jr ²⁵¹, o plano do Instituído sonegado e do Instituído relido. O intuito é o de promover, na prática, os direitos garantidores da dignidade humana, proclamados na lei estatal. Trata-se de realizar o direito posto: “parece paradoxal, mas cumprir a Lei, em nosso país, torna-se um processo revolucionário” ²⁵², executar o direito vigente, realizando, sobretudo os direitos sociais, significa atuar alternativamente, em relação à postura da prática jurídica dominante diante das conquistas sociais. Ocorre que as leis advindas das reivindicações populares “simplesmente não são cumpridas ou, quando são, sofrem violenta interpretação restritiva”²⁵³.

O *Positivismo de Combate* – instituído negado – é positivismo no sentido de concretizar o direito positivo, que promova a dignidade e combata a injustiça. Esta ação alternativa busca fundamento, principalmente, nos princípios constitucionais. Alguns exemplos do Direito Positivo vigente que alimentam esse *Positivismo Alternativo* são os direitos individuais e coletivos da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, enfim, legislações com grande potencial para a concretização dos direitos relacionados à dignidade humana. A prática alternativa, neste pólo, é a de materializar os direitos formais, por meio da práxis jurídica – pedidos, ações, sentenças judiciais.

Estabelece na esfera do Positivismo de Combate cumprir o que está formalizado pelo Direito Positivo, visto que a dignidade humana é valorizada na legislação brasileira. Ocorre que os anseios populares já positivados sofrem duras

²⁵⁰ ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo?* 2 ed. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 57.

²⁵¹ ARRUDA JR, Edmundo Lima de. Direito Alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de. *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992. p. 174-175.

²⁵² ANDRADE, Lédio Rosa de. Processo Social Alternativo. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de. *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992. p. 83.

²⁵³ ANDRADE, op.cit., p. 59.

restrições na prática jurídica cotidiana dominante. O Positivismo de Combate, ao contestar a inércia de aplicabilidade, busca combater, também, a desigualdade social e a ineficácia material das formalidades conquistadas pela luta histórica.

O *Uso Alternativo do Direito* – instituído relido – está ligado fundamentalmente à interpretação deste, atuando na esfera do processo hermenêutico. Aqui é preciso negar mais uma falácia do Direito Moderno, já pontuada no primeiro capítulo: a idéia de unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico, pois a abstração e a generalidade como características das normas jurídicas fazem subsistir contradições, vagezas e ambigüidades no ordenamento. O Direito não é completo e não pode resolver, com as palavras da lei, toda a complexidade dos conflitos sociais; é preciso interpretar a lei, pois é somente dessa interpretação que nasce o verdadeiro Direito. “Os textos legais são meros instrumentos simbólicos, polissêmicos [...] necessitam dos intérpretes para dizer seu significado.”²⁵⁴

Diante das contradições, como a existência de duas normas vigentes, aplicáveis a uma mesma situação fática – como, por exemplo, o direito de propriedade e a função social da propriedade –, ou diante de uma norma imprecisa quanto ao seu significado, que permita mais de uma leitura dos seus signos, deve o intérprete optar pela interpretação mais voltada para a realização da dignidade humana; deve preferir a leitura que estenda direitos, ou que represente emancipação dos mais pobres. Em muitos casos, ao fazer uma leitura da lei que favoreça os mais pobres, o intérprete alternativista coloca de ponta cabeça a intenção burguesa do Direito.

Trata-se, no uso alternativo, de interpretar extensivamente a lei de cunho popular, ou seja, concretizar os anseios populares, por meio de uma interpretação extensiva dos direitos dos pobres, predominantemente direitos sociais e econômicos, “e uma interpretação restritiva das leis que privilegiam as classes mais favorecidas”²⁵⁵. O inverso da prática dominante é o que propaga o uso alternativo. É utilizar o Direito criado pela classe dominante em benefício das classes espoliadas, ou seja, em benefício da maioria da sociedade.

Não se trata de paternalismo com os pobres. Nem se trata apenas

²⁵⁴ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Processo Social Alternativo*. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de. *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992. p. 85.

²⁵⁵ Id. *O que é Direito Alternativo?*. 2 ed. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 60.

de mudar o beneficiário histórico do Direito, de classe dominante para a dominada, mas sim de realizar uma interpretação crítica do Direito Positivo dogmático que assegure a dignidade humana *para todos*, e não exclusivamente para uma minoria. E é óbvio que a classe que mais necessita da realização destes direitos são os pobres. Mas não se objetiva escalar apenas uma classe social em detrimento das outras, como fez o direito burguês ao excluir os pobres e os trabalhadores, mas priorizar o significado da dignidade humana na interpretação da lei, dando sentido popular às leis elitistas.

A práxis jurídica alternativa (Direito Alternativo em sentido amplo) configura um espaço de luta motivado pela injustiça histórica real, a partir de uma antropologia ética (tendo na exterioridade a categoria fonte, abstrata em geral), e não como opção de um discurso e práticas 'amigas', paternalistas e assistencialistas, ou de sentimentos de mera comiserção.²⁵⁶

Outro ponto importante é que o uso alternativo do Direito não decide contra a lei, mas interpreta a lei com base nos anseios populares concretos. No intuito de modificar a interpretação que tem a lei no senso comum dos juristas, no intuito de trazer ao universo jurídico as necessidades humanas dos mais necessitados (da maioria), não se está agindo contra a lei, mas sim contrariamente a interpretações que beneficiam apenas uma minoria. Não se está a lutar contra a dogmática, o Direito em si, mas sim contra o dogmatismo, contra os dogmas consagrados como verdades plenas pela prática jurídica dominante.

Direito Alternativo é um direito de liberdade, de respeito à vontade popular, ou melhor, a própria vontade da sociedade, sem donos, sem renomados conhecedores, sem manipulação do saber [...] jamais um retorno ao jusnaturalismo, longe de ser um neopositivismo, tem sua legitimidade na própria sociedade, autora do processo.²⁵⁷

Como afirma Miguel Pressburger, esses dois modos de atuação, o Positivismo de Combate e o Uso Alternativo do Direito, consistem em “explorar os limites da ideologia jurídica dominante a fim de verificar o quanto pode ser realizado dentro desses limites”²⁵⁸.

²⁵⁶ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p 217.

²⁵⁷ ANDRADE, Lédio Rosa de. Processo Social Alternativo. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de. *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992. p. 92.

²⁵⁸ PRESSBURGER, Miguel. Direitos humanos e serviços legais alternativos. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de. *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992. p. 60.

Não será possível uma completa transformação social apenas dentro do Direito instituído – nem mesmo somente por meio do Direito –, mas uma boa parte do processo de mudança da realidade pode operar com uma prática alternativa dentro dos cânones da dogmática dominante que, como analisado, compreende o fenômeno jurídico dentro dos limites: monista estatal, racional-positivista e liberal-individualista.

4.3 Pluralismo Jurídico. Os novos sujeitos e a satisfação de suas necessidades. O Alternativo no âmbito do Direito Insurgente; instituindo novo(s) direito(s)

Como analisado, muitas formas de realizar a dignidade humana podem operar no interior do Direito Positivo estatal. Todos os mecanismos que envolvam a luta por concretização dos direitos e congreguem a priorização da dignidade humana, no plano do direito instituído, representam um *atuar jurídico alternativo* em relação à prática dominante do paradigma Moderno do Direito, dirigida pelo processo de priorização e Globalização do capital.

Porém, o Direito Alternativo vai além. Existe uma outra forma de ação, o Pluralismo Jurídico, que seria o Direito alternativo propriamente dito. Com direção na realização das necessidades humanas, o Pluralismo Jurídico configura-se como multiplicidade de práticas jurídicas inseridas num mesmo espaço geográfico, social e político. Algumas práticas são criadas para preencher as lacunas ou inércias do Direito estatal, outras, para corrigir injustiças, podendo estas práticas jurídicas, estar ou não em confronto com as normas do Estado e com seus aparatos de coação.

O Pluralismo Jurídico defende a construção de um novo paradigma jurídico; o termo *paradigma* é utilizado, neste ponto, no sentido dado por Thomas Kuhn, ou seja, paradigma é “aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”.²⁵⁹ Esse novo paradigma jurídico é estruturado de forma que contemple, para além da criação e aplicação do Direito pelo Estado, um Direito Insurgente

²⁵⁹ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 219.

sinalizado nos *atores coletivos*, tendo em diversos espaços comunitários verdadeiros focos de produção de juridicidade. Neste novo paradigma, “trata-se de extrair a constituição da normatividade não mais e apenas das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional estatal”.²⁶⁰

Reveste-se de muita importância salientar que se fala de um Pluralismo Jurídico específico, ligado ao Direito Alternativo, movimento orientado para a satisfação das necessidades humanas justas, ou seja, movido pela libertação dos excluídos, sendo, portanto genuinamente progressista, apresenta-se neste tópico exclusivamente o Pluralismo Jurídico comunitário participativo.

É feita essa ressalva, pois, para além do objeto em análise existem outras concepções do Pluralismo como orienta Luiz Fernando Coelho. Anteriormente a configuração do Pluralismo como paradigma de libertação, a heterogeneidade das fontes produtoras do Direito e a negação da exclusividade do Estado soberano nesta função, foram objetos de estudo do Pluralismo Jurídico tradicional ou sistêmico, como por exemplo, nas concepções da Escola do Direito Livre. O autor localiza o pensamento de Ehrlich e Kantorowicz na Escola Livre do Direito; Georges Gurvitch e Lévy-Brühl que foram os difusores do Pluralismo Jurídico na França; a obra do italiano Santi Romano e ainda as posições de Miranda Rosa. Todos esses agrupados, resguardadas as diferenças e originalidades de cada um, no estudo do Pluralismo Jurídico tradicional.²⁶¹

Estas concepções aproximam-se do Direito Alternativo apenas na constatação de que existem grupos que criam materialmente suas próprias regras à revelia do Estado, de que existem diversos ordenamentos em convivência, harmônica ou não, numa mesma sociedade espacial e temporal.

Outra possibilidade pluralista, que também não é objeto de defesa deste trabalho é o *Pluralismo Jurídico transnacional*, uma espécie de pluralismo supra-estatal. Esta vertente já foi analisada no tópico 3.2 deste trabalho. Refere-se ao ganho de autonomia de regulamentação do mercado financeiro internacional e da diminuição do espaço do político do jurídico em decisões que envolvem toda a coletividade, as decisões acabam por serem mais influenciadas pelas necessidades

²⁶⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 107.

²⁶¹ COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro: transmodernidade, Direito, utopia*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007, 116-123.

do mercado mundial do que pelas reais necessidades humanas do povo.

É a transnacionalização dos processos decisórios, que para países periféricos do sistema capitalista gera a flexibilização da soberania nacional, principalmente nas esferas jurídica e política. É a “emergência de novos centros de poder e decisão não cooptados pelo Direito Positivo, mas, pelo contrário, este é que tende a ser absorvido pela juridicidade dimanada desses centros”, que representam fontes de “produção normativa paralela ao Estado, que tem o efeito de transmutá-lo em empresa, atribuir a grandes organizações empresariais mundiais o *status* de autêntico Estado”.²⁶²

Retornando ao foco específico de análise, o Pluralismo Jurídico comunitário participativo, tem maior notoriedade na pesquisa do tema o nome do professor Antônio Carlos Wolkmer, que esclarece que as fontes de produção jurídica – quando voltadas para a diversidade, fragmentação social, descentralização normativa, participação coletiva popular-comunitária e tolerância –, emergem dos corpos sociais intermediários, que são aqueles localizados entre o Estado e o indivíduo, nas diversas formas do agir comunitário, mas, de maneira privilegiada no âmbito dos movimentos sociais.

O “Direito” desses movimentos sociais surge da soma de diversos fatores, mas destaca-se a ineficácia do Estado perante a diversidade dos conflitos e das necessidades humanas individuais e coletivas. Também é fator determinante a crise dos mecanismos moderno-democráticos de participação como a desgastada representação política. Os movimentos sociais latino-americanos centram suas reivindicações nos desajustes da distribuição capitalista; “o desenvolvimento das forças produtivas e o aprofundamento da divisão social do trabalho acabam provocando novas e sempre crescentes necessidades por parte da população, necessidades que não conseguem ser equacionadas pelo poder público.”²⁶³

Importa, neste ponto da reflexão, enfim, sistematizar os pilares trabalhados no Pluralismo Jurídico progressista. Wolkmer sistematiza as condições básicas do Pluralismo Jurídico, dividindo-as em fundamentos de efetividade material compreendendo a emergência dos novos sujeitos e a satisfação das necessidades

²⁶² COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro: transmodernidade, Direito, utopia*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007, 131.

²⁶³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997, 111 - 113.

humanas fundamentais e, fundamentos de efetividade formal, compreendendo a reordenação do espaço público mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa; desenvolvimento da ética concreta da alteridade e construção de processos que conduzam a uma racionalidade emancipatória.²⁶⁴ Vale expor cada um desses fundamentos.

Cumprir contextualizar que esse ator coletivo, novo sujeito coletivo ou movimentos sociais, representa o vetor de legitimidade no paradigma jurídico do Pluralismo. Esse conceito emerge em contraposição à negação do sujeito como portador de direitos e, mesmo contra o anúncio forjado da morte do sujeito, neste sentido:

Em face do discurso da fragmentação pós-moderna dos sujeitos, da redução do ser a um mero participante-consumidor do mercado globalizado (sem Estado mediador) e participante-navegador do mundo virtual, forja-se uma concepção da morte do sujeito, com aplicação universal, tentando caracterizar a atual existência humana universal como sendo a do consumidor apolítico individualista e desencantado pós-moderno.²⁶⁵

Enrique Dussel localiza como ponto de partida, o *sujeito concreto*, contextualizado em determinado lugar e tempo. Esse sujeito, como ser real, encontra-se nas vítimas da exclusão ou naqueles que, com elas, se solidarizam.

Na vítima, dominada pelo sistema ou excluída, a subjetividade humana concreta, empírica, viva, se revela, aparece como 'interpelação' em última instância: é o sujeito que já-não-pode-viver e grita de dor. É a interpelação daquele que exclama 'Tenho fome! Dêem-me de comer, por favor!' É a vulnerabilidade da corporalidade sofredora – que o 'ego-alma' não pode captar em sua subjetividade imaterial ou imortal – feita ferida aberta última não cicatrizável. A não resposta a esta interpelação é morte para a vítima: é para ela deixar de ser sujeito em seu sentido radical – sem metáfora possível –: morrer.²⁶⁶

A negação da realização das necessidades humanas fundamentais, a não-satisfação das suas carências revela *sujeitos de não-direitos*. A conscientização dessa negação de direitos, essa autêntica noção de ausência de

²⁶⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 207.

²⁶⁵ ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti de. Subjetividade do outro, processos de libertação e construção de direitos no contexto latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 218.

²⁶⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da Globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 529.

direitos pode fazer com que o sujeito tome consciência da sua marginalização e exclusão no processo social, o que o impulsiona a uma tomada de posição para a superação da condição de oprimido. E o “direito aparece aqui como um fator articulador que internaliza a passagem da necessidade à reivindicação”.²⁶⁷

A conscientização do oprimido é um processo em que “o ser humano constrói a si mesmo e permite surgir uma subjetividade de sujeito em conscientização, gritando contra a opressão.”²⁶⁸ O processo envolve a construção de uma subjetividade marcada pela libertação; a emancipação nasce da luta por direitos. Entretanto, essa construção subjetiva do *ser* do sujeito, como tomada de consciência, também incorpora o reconhecimento da exterioridade do *outro* como sujeito de direitos; ele se reconhece e reconhece o *outro*, e a partir da libertação como processo coletivo é construído o verdadeiro *sujeito coletivo de direitos*, e o que era singular passa a ser comunitário.

Com corporalidade sentida e subjetividade negada, esse sujeito pode atualizar sua constitutiva intersubjetividade originária em uma rede comunitária solidária e consciente, organizativa ou até institucional. Surge assim, não apenas o sujeito concreto, mas uma comunidade organizada por diferentes agentes coletivos, novos movimentos sociais ou movimentos políticos.²⁶⁹

Os movimentos sociais, os sujeitos sócio-históricos ou ainda a *comunidade de vítimas*, formam-se da conscientização das subjetividades e das relações intersubjetivas entre elas, que se revelam e constituem-se a partir de uma “certa comunidade de vida, desde uma comunhão lingüística, desde uma certa memória coletiva de gestas de libertação, desde necessidades e modos de consumo semelhantes, desde uma cultura com alguma tradição, desde projetos históricos concretos aos que aspira em esperança solidária”.²⁷⁰

São as necessidades humanas fundamentais desse *sujeito coletivo*

²⁶⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 146.

²⁶⁸ ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti de. Subjetividade do outro, processos de libertação e construção de direitos no contexto latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 220.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 218.

²⁷⁰ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da Globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 531.

que revelam os direitos, pois, na perspectiva do Pluralismo Jurídico, eles nascem dessas necessidades concretas e não da lei. E é esse o programa-base do Pluralismo progressista, transformar necessidades humanas, legalizadas formalmente pelo Estado ou não, em direitos concretos.

Evidente que nem toda necessidade emanada de um povo organizado é legítima no tocante à realização de necessidades ou direitos que contribuam para a construção da dignidade humana, da justiça, da liberdade ou da emancipação. As organizações criminosas são exemplos de movimentos que, apesar de geralmente também pertencerem ao grupo dos marginalizados e oprimidos da sociedade, não emergem dessa conscientização, e não lutam por sua emancipação, muito menos pela libertação do *outro* como sujeito de direitos. “Parece, no entanto, que não se pode pensar que o bloco social *dos oprimidos* é o bem em si, a verdade em si, a justiça em si. Porém a sua *exterioridade* é exigência de *bem, de verdade e de justiça*.”²⁷¹

Certamente que o medo de separar o joio do trigo não pode significar uma barreira intransponível para a aceitação da proposta paradigmática do Pluralismo Jurídico, visto que a exigência de legitimidade dos grupos organizados e das suas reivindicações, como processos que conduzam a libertação, é critério bem definido para a distinção entre direito plural comunitário justo e o direito plural de dominação.

Outro ponto relevante, é que o rompimento exercido pelos movimentos comunitários de libertação não é necessariamente com o Estado, mas sim com a racionalidade político-jurídica da exclusividade estatal de geração e (não)concretização de direitos, rompe-se, na verdade, com o monismo político-jurídico e não com o Estado ou com o Direito em si. Abre-se o campo político para a democracia participativa e o campo jurídico para a resolução comunitária de conflitos, além de estabelecer novos mecanismos de realização das necessidades humanas.

É uma abertura para a diversidade e não uma negação do Estado; a negação se dá em relação a sua exclusividade. O rompimento epistemológico do pluralismo jurídico estabelece um conhecimento com outros fundamentos e “começa por negar que o Estado seja o centro único de poder político, através de sua

²⁷¹ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 218.

normatividade e complexidade institucional, e a fonte de origem – e exclusiva – da produção do Direito. O fundamento da juridicidade está em outra parte”.²⁷²

Já foi objeto de análise, neste texto, a crise do sistema político representativo – crise da legitimidade estatal –, desde o distanciamento entre representantes e representados até a dominação da mídia na escolha dos representantes. A representação insere-se no entendimento institucional moderno que se assenta na racionalidade instrumental, na legalidade formal e na representação política.²⁷³ No Pluralismo, além do vigor de uma democracia participativa, o fundamento do Direito é deslocado da legalidade tecno-formal para a legitimidade concreta das necessidades humanas. O critério do jurídico passa da legalidade formalista para a legitimidade das necessidades.

Essa nova legitimidade ligada às condições reais da vida cotidiana organizada é “gerada a partir de valores, objetivos e interesses do todo comunitário, e incorporado através da mobilização, participação e representação dos movimentos sociais [...] tendo caráter espontâneo, dinâmico, flexível e circunstancial”.²⁷⁴ E neste aspecto, trata-se de um alargamento das fontes de produção jurídica para as múltiplas organizações sociais, classistas e interclassistas, compostas por sujeitos coletivos conscientes da insuficiência das fontes tradicionais estatais.

As comunidades organizadas nos movimentos sociais estabelecem formas criativas de participar ativamente da administração da justiça local, bem como da vida política, com caracteres próprios das comunidades populares urbanas, indígenas, negras ou rurais. Nesse sentido, “os pobres, organizados em movimentos sociais, como novos sujeitos históricos, para defender seus direitos e organizar-se, não somente fazem uso do Direito objetivo que estabelece o Estado, mas também criam suas próprias normas, elaboram seu Direito objetivo”²⁷⁵, que pode contrariar ou conformar o aparato jurídico oficial do Estado.

Essa organização popular consciente sacode o mundo jurídico tradicional, pela provocação à justiça que fazem essas classes populares, com

²⁷² RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Pluralismo jurídico enquanto fundamentação para a autonomia indígena. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 312.

²⁷³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 129.

²⁷⁴ Ibid., p.138-142.

²⁷⁵ RANGEL, op. cit., p. 316.

idéias inovadoras, como a rede horizontal de relações sociais “distintas à da formação social em vigor, de dominantes e dominados”.²⁷⁶ “Constituídos histórica e culturalmente, esses sistemas estabelecidos à margem do poder oficial, demandam uma inclusão alavancadora ao modo de uma democracia participativa; sem pretensões de universalismo ético e político.”²⁷⁷

A legitimação desses *novos sujeitos* como construtores do Direito, por meio das necessidades humanas reais é a base central do Pluralismo Jurídico. A sociedade e a pessoa humana concreta geram na proposta pluralista, a produção jurídica. No contexto periférico brasileiro, os direitos reivindicados se relacionam com as satisfações das necessidades humanas básicas, de subsistência, de sobrevivência, tais como vida, comida, trabalho, saúde, educação, enfim, dignidade. Mas, para além desses direitos ligados às necessidades econômicas, necessitam de proteção jurídica efetiva os direitos das minorias, tais como os índios e os homossexuais. “As novas exigências, necessidades e conflitos em espaços sociais e políticos fragmentados, tensos e desiguais, envolvendo classes, grupos e coletividades importam na utilização de novos procedimentos, novas formas do agir comunicativo e do entendimento,”²⁷⁸ ou mesmo a positivação de novos direitos. O foco do Pluralismo é bem amplo, visto que “a função do direito, [...], é a de possibilitar o exercício efetivo dos direitos sonegados, bem como a incorporação de *novos direitos*.”²⁷⁹

Esses *novos direitos* podem até não serem exatamente *novos*, pois com a Constituição de 1988, e a conseqüente ampliação dos direitos e de suas modalidades coletivas, grande parte das reivindicações sociais foi positivada constitucionalmente, ou seja, muitas reivindicações e lutas por direitos foram incorporadas formalmente pelo Direito Positivo oficial. Porém, a dinâmica dos conflitos sociais, a ampla desigualdade material brasileira, a diversidade cultural, a

²⁷⁶ RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Pluralismo jurídico enquanto fundamentação para a autonomia indígena. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 317.

²⁷⁷ SOUZA, Thaisa de. Justiça comunitária: práticas de democracia participativa na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e Filosofia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 354.

²⁷⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 142.

²⁷⁹ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 222.

instabilidade dos grupos são elementos que sempre inovam no cotidiano as necessidades humanas, gerando uma construção dinâmica e sempre inacabada, que contempla o porvir de novas necessidades e, conseqüentemente, de novos direitos, como condições necessárias para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Além disso, grande parte dos direitos consagrados na Constituição não encontra efetividade concreta. Por meio dos mecanismos da legalidade estatal, muitos direitos não têm possibilidades de realização, por falta de regulamentação, falta de ânimo político, falta de estrutura estatal (material e estratégica) para realizar todos os direitos previstos; então, contra esses despropósitos, surgem os propósitos comunitários de realizar os direitos formalizados pelo Estado, por meio de mecanismos extra-estatais ou até mesmo *contra-legem*.

São ações que visam a realizar os direitos consagrados pelo Estado fora dos trâmites e desestímulos estatais, chegando muitas práticas comunitárias a chocar-se com a lei; porém no paradigma do Pluralismo Jurídico, a justiça concreta tem mais legitimidade que a lei formal. Quer-se dizer com este raciocínio que o Pluralismo Jurídico pode ser uma forma de criar novos direitos ou pode ser “apenas” uma forma alternativa – estranha ao procedimento burocrático legalista – de realizar direitos já existentes no papel, mas, risíveis ou inexistentes na prática. “Muitos dos direitos reivindicados, de dimensão formal e material, apresentam-se misturados, pois alguns ainda nem sequer foram consagrados concretamente, outros já foram admitidos oficialmente, mas sem efetividade prática.”²⁸⁰

Por este motivo, é defendida aqui a idéia de que o advento da Constituição de 1988, mesmo consagrando um generoso rol de direitos, não enterra a idéia do Pluralismo Jurídico, nem retira a importância da reflexão sobre essa temática, primeiro por não poder considerar, de maneira a-temporal e a-histórica a Constituição de 1988 como completa, perfeita e acabada na instituição de direitos com base nas necessidades humanas; “por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e recriação”²⁸¹; e, segundo, por considerar Pluralismo Jurídico também as formas alternativas de concretizar direitos formalmente “velhos” – já consagrados na lei –,

²⁸⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 149.

²⁸¹ *ibid.*, p. 145.

mas, “inéditos” na prática, são novos no campo da efetivação.

Para justificar este segundo argumento de defesa da atual pertinência de reflexões sobre o Pluralismo Jurídico, basta lembrar os dois exemplos trabalhados no terceiro capítulo deste texto: os exemplos das ocupações de terras pelos movimentos do campo e as auto-demarcações de terras pelos indígenas. Ambos direitos estão, de uma forma ou de outra, previstos na Constituição, mas não encontram concretização material pela via estatal.

O Direito ao trabalho (art. 6º); a dignidade humana (art. 1º, III); a função social da propriedade (art. 186); bem como, a desapropriação de imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, para fins de reforma agrária (art. 184) são elementos já formalizados na Constituição Federal de 1988. Mas a ocupação de propriedade privada, como mecanismo de pressão e de conscientização acerca de uma grande contradição brasileira – concentração de terras e miséria no campo – não é uma ação incentivada ou ritualizada no programa jurídico-legal do Estado. Este é um mecanismo alternativo de realização dos direitos acima mencionados; trata-se de um mecanismo pluralista utilizado em grande escala pelos movimentos brasileiros, como o movimento sem-terra e o sem-teto, no afã de realizar materialmente direitos já consagrados na forma. Tem o Estado duas opções: legitimar essa ação ou criminalizá-la.

Da mesma maneira, a Constituição Federal atribui ao Estado o dever de demarcar as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios (art. 231), para protegê-las da ação de grileiros, dos madeireiros, ou de qualquer outra ação que a desrespeite, porém o Estado, agindo com inércia, descaso ou lentidão nas demarcações, abriu espaço para a auto-demarcação, iniciada com a ação dos índios kulinas e seguidas por diversos grupos indígenas.

Algumas destas demarcações, como já analisado, até foram reconhecidas formalmente pelo Estado. Mas, o que se objetiva ressaltar com a ação dos kulinas é a pluralidade jurídica existente na metodologia de resolução do conflito, em relação ao procedimento formal, monista, estatal.

São meios plurais de realizar um direito formal, de dar vida concreta a um direito morto na alienada racionalidade formalista. A pré-existência formal de um direito pode não dar a ele o condão de direito totalmente *novo*, mas a prática comunitária que o realiza, sem o aparato estatal, seguramente institui uma nova forma de conquista materializada e neste sentido, é um *novo direito*, trata-se de

Pluralismo Jurídico.

Neste sentido, o pluralismo é entendido como a utilização de mecanismos alternativos de realização de direitos e não necessariamente como criação de direitos ainda não-positivados pelo Estado. Busca-se uma afirmação material destes direitos. Ainda que os chamados direitos 'novos' nem sempre sejam inteiramente 'novos', na verdade, por vezes, o 'novo' é o modo de obtenção de direitos que não passam mais pelas vias tradicionais – legislativa e judicial.²⁸²

O Pluralismo Jurídico progressista tem como condição de validade, além da legitimação de novos sujeitos e a satisfação de suas necessidades, a *abertura de um espaço democrático descentralizado e comunitário-participativo*. É um ponto inovador e que exige uma construção feita passo a passo, pois “as estruturas sociais periféricas, como a brasileira, estão contaminadas até as raízes por uma tradição político-cultural centralizadora, dependente e autoritária”.²⁸³

Este ponto trata exatamente de uma proposta para a crise da democracia representativa e dos seus vícios na realização da dignidade humana. Porém a proposta alternativa não está voltada necessariamente ao extermínio dos procedimentos e da própria cultura representativa, nem configura uma implementação radical da democracia direta nos moldes atenienses. Mas essa proposta alternativa está ligada à expansão da participação social no universo político e jurídico, por meio da democracia participativa.

A democracia participativa permite que o *sujeito concreto* – excluídos, espoliados, comunidades de vítimas – articulado pelos movimentos populares, possa participar das deliberações e da construção dos mecanismos político-jurídicos que estão diretamente ligados à possibilidade de realização dos direitos que compõem a dignidade humana. Isso se dá pela distribuição (democratização) dos espaços de voz para a comunidade, que está diretamente ligada aos conflitos e as carências materiais, permitindo, por meio da mobilização participativa, a articulação da satisfação das necessidades fundamentais e também o nascedouro de novos direitos. Reconhece-se o caráter limitador da democracia liberal e a urgência de sua expansão.

Boaventura de Souza Santos fala em *democratizar a democracia*,

²⁸² WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 151.

²⁸³ *ibid.*, p. 223.

para ampliar o cânone democrático. Trata-se de perceber criticamente as formas homogeneizadoras de organização da sociedade, reconhecendo a pluralidade humana e o papel central dos movimentos sociais no processo de recepção do multiculturalismo, que amplia a democracia representativa no sentido de inserir mecanismos de participação e de inclusão dos atores sociais excluídos. Esta visão envolve a articulação entre a representatividade e a participação popular-comunitária, em um processo de redefinição do significado cultural da democracia ou da gramática social vigente. Na realidade prática, significa legitimar novos arranjos participativos. Algumas decisões que eram prerrogativas exclusivas do poder representativo centralizado passam a ser construídas coletivamente com as novas formas de participação, em um processo de complementaridade de representação e participação. Amplia-se, dessa maneira, o cânone hegemônico da democracia liberal.²⁸⁴

Quando se fala em participação popular como um dos pontos construtivos do Pluralismo Jurídico, fica claro que a proposta não envolve apenas o Direito, mas também a Política, pois, a participação comunitária com objetivo de realizar as necessidades humanas vai além da construção de direitos pelos movimentos sociais, envolvendo também a participação do povo oprimido na esfera política, que tem potencial em realizar o princípio constitucional da dignidade humana, por meio das deliberações e concretizações das políticas públicas, sobretudo no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais. A prática de abertura democrática pode ser fomentada na afirmação de princípios tais como: “comunidade, políticas democráticas de base, participação e controle popular, gestão descentralizada, poder local e municipal e sistema de conselhos.”²⁸⁵

Algumas destas práticas já despontam como realidade no país, como a *política de conselhos*, poderoso instrumento de descentralização administrativa e foco de forte envolvimento das demandas reais da comunidade organizada, na construção das deliberações e das pautas públicas. Forma de oportunizar maior controle popular das ações dos governos. O orçamento participativo é uma das experiências que mais alcançou êxitos nesse conjunto de

²⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 65 - 75.

²⁸⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 223.

ações democratizantes da própria democracia, articulando a democracia representativa e a democracia participativa, tendo como elementos e objetivos a “distribuição mais justa de bens públicos e a negociação democrática do acesso a esses bens entre os próprios atores sociais.”²⁸⁶

A comunidade também deve participar da criação e aplicação dos direitos, por meio da democratização do acesso ao Judiciário – mais especificamente: participação comunitária na administração da Justiça estatal. Além das formas prévias ou extras ao Poder Judiciário para a resolução dos conflitos – tais como nas negociações, mediação, conciliação, arbitragem –; enfim, por meio da legitimação do Direito Comunitário, criado ou aplicado diretamente pelas vítimas, por aqueles que têm necessidades a serem realizadas, estando estas ou não, formalizadas pela lei do Estado.

Uma outra condição para a concretização do Pluralismo progressista é o que Wolkmer chama de *ética concreta da alteridade*. A direção valorativa apontada pela sociedade contemporânea, na ebulição da uma verdadeira crise ética, volta-se para uma “perda de identidade cultural, desumanização das relações sócio-políticas, individualismo irracional e egoísta, ausência de padrões comunitários e democráticos, senão ainda na constante ameaça de destruição da humanidade e de seu meio ambiente.”²⁸⁷

Uma prática libertadora é o fundamento chave para a ética proposta, de maneira que priorize a alteridade, a emancipação, a solidariedade, a fraternidade, enfim, que foque a justiça, invertendo os valores do individualismo capitalista. Uma ética de libertação capaz de permitir a cada sujeito histórico construir, na prática reivindicatória, a realização dos seus direitos, atingindo a sua dignidade como ser humano.

Passa-se da forma abstrata, consagrada pelo senso comum jurídico, para a forma concreta de realizar os direitos e necessidades coletivas; é a práxis concreta da alteridade. A alteridade busca o compromisso com a dignidade do *outro*; Dussel expõe a libertação como uma construção que respeite a historicidade concreta de cada *outro*.

²⁸⁶ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar os cânones democráticos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 66.

²⁸⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 234.

Buscar e respeitar a historicidade do *outro* envolve também a construção de paradigmas de justiça que estejam fundamentados na realidade brasileira de exclusão periférica capitalista. Formatos procedimentais alienígenas – centristas, europeus ou norte-americanos – nem sempre são eficazes para tratar dos problemas historicamente localizados e culturalmente contextualizados.

A responsabilidade pelo *outro* sofredor impõe atitudes de perceber e escutar as necessidades do outro, de maneira que a sabedoria comunitária possa também ser fundamento do Direito, impondo fim à exclusividade estatal e profissional (técnica) de dominar o mundo jurídico. O que vale mais é a realização concreta de direitos, mesmo que de maneira informal e não profissional; busca-se justiça por meio da realidade histórica e concreta de cada excluído.

Esta “nova ética” radica-se no *outro*, na carência dos excluídos. Não se está a buscar procedimentos formais e abstratos universais, mas, sim, meios plurais de recompor a sociedade conflituosa e oportunizar a realização da dignidade na vida de todos. Com a justiça comunitária, altera-se o sentido do paradigma jurídico vigente que, de modo totalitário, tem fórmulas genéricas para resolver os conflitos.

A denominação Justiça Comunitária evoca, por sua vez, outros sentidos e representações. O adjetivo ‘comunitário’ remete a uma determinada esfera de simbologias políticas, culturais, sociológicas e filosóficas. Mais que dos mecanismos – que podem ser diversos e sempre renovados – indagam-se fins, dos resultados de composição social que aportem elementos de estruturação individual e coletiva.²⁸⁸

O último elemento a ser analisado na perspectiva do Pluralismo é a *racionalidade emancipatória*. Já foi analisado no segundo capítulo deste trabalho o processo de racionalização no mundo moderno a partir do *desencantamento do mundo* constatado por Max Weber. A afirmação da razão instrumental para dar eficiência técnica e previsibilidade ao universo jurídico é ponto essencial para o desenvolvimento capitalista, porém como constatado por Weber, esse processo prejudica a liberdade humana, criando a *gaiola de aço*²⁸⁹. Além disso, a

²⁸⁸ SOUZA, Thaisa de. Justiça comunitária: práticas de democracia participativa na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e Filosofia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 350.

²⁸⁹ ARGÜELLO, Katie. O mundo perfeito: nem possível, nem desejável: ética e racionalidade na sociologia jurídica de Max Weber. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996, p. 86.

racionalização técnica-instrumental é sintomática com efeitos negativos de reificação e alienação da pessoa humana, conforme expõe o pensamento marxista de uma maneira geral:

[...] a sociedade burguesa e sua cultura iluminista, com sua técnica e ciência, produziram um 'desencantamento do mundo' que, em vez de conduzirem a liberdade e autonomia dos homens, favoreceram o domínio de uma razão instrumental opressora, totalitária e subjugadora da razão emancipatória.²⁹⁰

Wolkmer, acertadamente, opta por uma *racionalidade emancipatória*, de libertação, anti-hegemônica e revés da racionalidade formal. Ele fala de um novo processo de desencantamento do mundo que desmistifique a razão técnica-formal, no sentido de revelar a exclusão que esta desencadeia, visto que a técnica pura desconhece as necessidades e os sofrimentos humanos, está apartada das necessidades cotidianas e dinâmicas da comunidade.

Seria um processo de educação libertadora, conscientização dos indivíduos e grupos da sua situação de exclusão, de não-direitos e, ainda, de compromisso dos sujeitos com seu papel de *agente histórico de juridicidade*, de modo a construir mecanismos de criação de novos ou de realização dos direitos já consagrados, formalmente, pela lei do Estado, mas que não são concretizados.

²⁹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. 2 ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997. p. 247.

CONCLUSÃO

A direção apontada pela composição paradigmática do Direito vigente, por meio da ineficácia material das conquistas formais, não encontra caminhos para interromper o desenvolvimento da exclusão de direitos de grande parte da população; essa constatação pode ser desferida, quando se analisa a realidade concreta da dignidade humana, ao menos nas localidades periféricas do sistema econômico mundial. Pode-se concluir, ao longo desta análise, a incompatibilidade do idealismo individual, do racionalismo liberal e do formalismo positivista com o propósito de satisfação das necessidades cotidianas capazes de concretizar a vida humana com dignidade.

Um conjunto de processos alienantes e egoístas invadiu a formação teórica e prática do Direito Moderno desde seu início, daí sua maior incompatibilidade com a libertação e emancipação humana rumo à conquista de sua dignidade concreta, que significa a realização dos direitos formalizados ou não, necessários para desenvolver a almejada qualidade de vida para todos.

O monismo jurídico opõe-se à pluralidade de soluções e criações jurídicas que partam da sociedade, engessando no Estado a exclusividade de mobilizar a criação e de conjugar a concretização dos valores jurídicos necessários na conjuntura da sociedade desigual. O Estado, como articulador criativo único dos direitos, demonstrou, no decorrer da sua história – no contexto brasileiro, com intercalações de autoritarismo e democracia – um resultado não muito positivo, visto que grande parte da população não sentiu o resultado material esperado (concreto) das conquistas formais, como por exemplo, dos direitos sociais. Os benefícios conquistados pelo Direito estatal não conseguiram chegar a todos. Mesmo quando na forma manifestou-se um Direito humanitário, democrático e igualitário, como no texto constitucional, não se pode utilizar dos mesmos adjetivos, quando se analisa a materialidade concreta. A idéia fica clara, na análise dos conflitos e das necessidades concretas da vasta classe de excluídos e marginalizados.

Num raciocínio rigoroso, a idéia não chega nem mesmo a

representar uma incongruência no aspecto dos propósitos concretos, pois como analisado, a formação histórica do Direito estabeleceu compromissos com a classe dominante, e neste raciocínio, o Direito concreto cumpre, na atualidade, seus propósitos originários, sendo o principal deles a proteção à ordem econômica capitalista burguesa. A supremacia do aspecto econômico na regulação social, princípio base do Neoliberalismo, que encontra raízes no velho Liberalismo revolucionário burguês.

Nota-se a disparidade entre objetivos formais, profundamente pautados na igualdade e na justiça, com a realidade concreta, que maneja uma liberdade e uma igualdade fictícias, sobretudo após as Revoluções Burguesas, na busca da liberdade sem considerar a ampla desigualdade entre as pessoas e entre as classes. A sociedade burguês-liberal projetou todos como iguais, quando, na realidade, os desajustes sociais constroem um abismo de diferenças.

Entendendo a liberdade como o poder que cada sujeito detém de fazer suas escolhas, fica difícil encontrá-la na atual assimetria social, que não permite, diante da racionalidade jurídica, política e econômica, qualquer possibilidade de escolha a grande parte da população. Quem vive na exclusão, certamente não vive por escolha própria, salvo os desvios, que compõem uma ínfima parcela dos espoliados.

É óbvio que nem toda incoerência parte do compromisso originário do Direito Moderno com os intentos burgueses; mesmo quando existe a tentativa progressista dentro do atual paradigma os resultados não são os melhores, ou seja, a racionalidade que envolve o jurídico não permite que conquistas libertárias tenham a efetividade concreta almejada. O Direito Moderno, mesmo poluído pelos interesses classistas, poderia realizar a justiça se a racionalidade jurídico-política estivesse voltada concretamente para este fim. Não seria a mácula inicial da formação do Direito como um pecado original, pois mesmo com o compromisso do instrumento único e centralizado no Estado de ampliar a liberdade econômica, poderia a oportunidade de gozar dessa liberdade e de seus proveitos ser distribuída entre todos.

Também concorre neste contexto, o de buscar causas, a racionalidade científica e formalista do Direito. O efeito mor desta racionalidade está ajustado na pureza da ciência jurídica que, no ideário positivista normativo, somente vê Direito na norma formal criada pelo aparato burocrático estatal. Como expressa a

crítica: Kelsen confunde o Direito com o Estado. Neste ponto, ressaltou-se o distanciamento tomado pelo universo jurídico de tudo o que não estivesse na fórmula dogmatista do Positivismo, e assim, o Direito afasta-se dos problemas sociais cotidianos e dos valores reais almejados pelos grupos vivos da sociedade, pois, para ser científico, o Direito só poderia conhecer os dados objetivos; entretanto as necessidades cotidianas das pessoas são presentemente subjetivas.

A isenção axiológica fez com que a legalidade, ou seja, o cumprimento dos requisitos formais da norma equivalesse como critério de legitimidade, quando, na verdade, a legitimidade deveria ser analisada no enfoque da concretização material dos direitos; nesse sentido, norma legítima seria aquela que alcança a justiça no caso concreto.

Pretendendo neutralidade buscou-se afastar o Direito também de outros ramos do conhecimento, tal como a Política, e também da cultura popular, como as organizações populares, o que traz conseqüências graves para o campo da realização da dignidade humana, pois, uma leitura compartimentada em fragmentos; unidimensional, um viés fechado e estritamente jurídico, não pode enfrentar a complexa problemática da ineficácia dos direitos da pessoa humana ligados à sua dignidade.

A proposta para um conhecimento jurídico compromissado e militante na área dos direitos humanos deve ser complexa, contextualizada, aberta e crítica, que ligue diretamente o Direito à Política, Economia, Filosofia, Sociologia, História, Cultura, Artes, enfim, necessário torna-se a construção de um pensamento complexo que articule o saber num todo dialógico, sem barreiras e sem preconceitos.

Resta, então, articular a primeira conclusão: o Direito Moderno formado na Europa e imposto ao Brasil pelos processos de colonização – o originário, de invenção do Brasil – e o de neocolonização – de dependência em relação aos países centrais do Capitalismo Globalizado – compõe-se histórica, científica e materialmente de elementos incompatíveis com o objetivo maior da sociedade que é assegurar uma vida digna a toda população.

Desse modo, a primeira ação resultante da conclusão acima é a de desconstrução do ideário jurídico dominante, por meio da desmistificação da objetividade, racionalidade formal, visão cientificista, apoliticidade e avalorabilidade.

Na seqüência do raciocínio, surge a necessidade de buscar

alternativas que possam contribuir para a missão constitucional de garantir a dignidade a todos. E, neste pólo, estão as diversas formas de ação e de pensamento propostas pelo Movimento Brasileiro do Direito Alternativo.

Não se propõe o fim do Direito, muito menos o fim do Estado, foram apresentados alargamentos democráticos, na forma de ação jurídica; outras representações de juridicidade, no sentido de aplicar o Direito com foco na sua consequência concreta, na satisfação das necessidades humanas, ao invés de contemplar apenas sua legalidade formal. Interessa também, ao aplicar uma lei, que o seu resultado seja o da justiça, sem qual resultado padece a lei de legitimidade, mesmo que coroada com a legalidade. A legitimidade se dá pelo justo resultado concreto de uma interpretação e aplicação do Direito Positivo. É a eficácia social da norma.

Muitas formas de atuação alternativa propõem a temática, porém, foram focadas algumas, apenas para tatear a possibilidade real desse atuar engajado, desde a concretização da lei positiva já existente, por mecanismos oficiais ou alternativos, com foco nos direitos fundamentais da pessoa humana; até a aceitação das manifestações comunitárias de produção do Direito, não-oficializada, sem ritos e sem profissionalismos. Quais delas são possíveis, razoáveis, seguras, certeiras, garantidoras da ordem e do progresso?

Antes de qualquer análise, nota-se que utilizando as abstrações que basearam o conjunto paradigmático do Direito Moderno tem-se uma leitura limitativa, negativista e resignada da possibilidade de construção de um amplo processo de libertação, que obviamente não se limita ao Direito – envolve também mudança na racionalidade política e econômica –, mas confere ao jurídico um papel muito importante.

Expandir as possibilidades da legitimação jurídica é abrir-se ao novo, representa *um permitir* ao processo criativo da sociedade, para a realização concreta dos direitos humanos e não apenas para cumprir a norma formal, abstrata, fria e desengajada.

Diante da plasticidade social, as necessidades humanas vão-se renovando e a criação de novos direitos, ou novas formas de concretizar direitos já postos, surgem exatamente nos ambientes sociais, em que os direitos têm mais dificuldades de se realizar, localidades do mapa social que urgem por uma resposta à situação de privação de direitos. Por isso, os excluídos têm potencial avançado em

desenvolver as reivindicações e até em concretizar direitos já formalizados pelo Estado, por estarem inseridos diretamente na vida cotidiana dos conflitos e das privações.

Quando é possível a conscientização desses sujeitos coletivos – pelo processo de educação libertadora – podem se desenvolver mecanismos populares, diversos dos métodos jurídicos oficializados, como por exemplo, a ocupação de propriedade rural ou predial urbana, que não cumpra sua função social, ou seja, as ocupações são meios alternativos de buscar a concretização dos direitos sociais já consagrados formalmente, tais como: moradia, vida digna e trabalho.

Ou, ainda, podem os mecanismos populares reivindicar direitos ainda não consagrados oficialmente pela lei, sendo tendentes a produzir novos direitos, como a questão envolvendo gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. O reconhecimento e proteção legal dos direitos aos casais do mesmo sexo, por exemplo, já está sendo atendido em alguns casos pela justiça brasileira com base no princípio da igualdade, porém, ainda existe a necessidade de leis sobre o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo e sobre o teor criminal da discriminação ocorrida em virtude de orientação sexual.

Pode-se caminhar apenas no interior do Direito Positivo e ter uma atuação pautada no objetivo de concretizar a dignidade humana, e isso já é uma tomada de posição comprometida com o processo de libertação do povo excluído. Nesse ponto, envolve a preocupação do jurista em concretizar os direitos assegurados na Constituição Federal para toda a coletividade, agindo dentro da ordem estabelecida, esta mobilização pode ser resumida em um dos lemas da advocacia popular: *“Militância na cabeça, direitos humanos no coração e os pés no sistema”*.

O Pluralismo Jurídico progressista caminha um pouco além, visto que também busca utilizar as possibilidades legais de libertação, porém, quando a lei estatal é omissa ou quando, mesmo na existência de lei o caso concreto de injustiça persiste, opta-se pelo direito desenvolvido pela comunidade sofredora, desde que este produza resultado eficaz, justo e garantidor da realização da dignidade humana. Aqui se refere a um novo paradigma cultural de validade do Direito que reconhece o jurídico comunitário-participativo, produzido pela própria comunidade sofredora.

Esta segunda conclusão pode assim ser resumida: a tomada de

posição do jurista com a mudança da realidade, bem como o compromisso com os objetivos libertários exigem fundamentalmente a busca pela concretização dos direitos fundamentais, seja por meio dos mecanismos formalizados pelo Estado, seja por mecanismos alternativos. Privilegia-se aquele, porém, quando ineficaz, permite-se este.

O direito marginal, insurgente ou alternativo, objetiva ser incorporado ao direito oficial. Na verdade, o alternativo é alternativo em relação ao direito oficial no atual estágio, mas aspira a ocupar seu lugar, transformando-se, algum dia, em “Direito vigente ou oficial”. Por isso, mudança de paradigma, ou seja, deixar os velhos cânones do direito dogmatista para adentrar em um novo jurídico, que não seria mais chamado de alternativo, pois já seria oficial. Um novo Direito de ideário humanista, tendo como objetivo concreto número um: a concretização da dignidade humana.

Os mecanismos alternativos podem apresentar incoerências ou até mesmo apontar para desajustes em determinados casos, por isso a ética da alteridade deve ser o filtro dessas ações. A autocrítica do movimento deve estar sempre aguçada como deve ser sempre receptivo à crítica externa.

A busca de meios criativos e alternativos de dinamizar e democratizar os direitos no Brasil não está acabada, nem teoricamente, muito menos no plano da práxis. Nem poderia ser diferente diante da brutal desigualdade social brasileira, que ainda vive no velho paradigma. A injustiça e a desigualdade não são naturais; são aberrações que devem ser erradicadas e, enquanto existirem como realidade, cada militante do Direito deve contribuir de alguma forma, na teoria e na prática, para um melhor desenvolvimento das formas capazes de transformar a realidade.

As bases para um amplo processo de libertação estão em permanente desenvolvimento. A participação criativa e dinâmica do Direito neste processo não se esgota; talvez resida aí a mais bela conclusão: a legitimidade da ação diante de tanta desigualdade e injustiça; a indignação impulsiona a contribuir no processo de libertação, impulso este, que nada mais pode significar senão amor pelo humano, amor pela causa da dignidade da vida humana.

A esperança e a utopia estão vivas! E não é necessário, resignadamente, esperar, como faz o *Pedro pedreiro*, da música de Chico Buarque de Holanda; é permitido agir na construção do novo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Direito ao Direito*. Curitiba: JM, 2001.

_____. *Direito ao Direito II*. Tubarão: Studium, 2002.

_____. *O que é Direito Alternativo?* 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. Processo Social Alternativo. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de. *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti de. Subjetividade do outro, processos de libertação e construção de direitos no contexto latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ARGÜELLO, Katie. O mundo perfeito: nem possível, nem desejável: ética e racionalidade na sociologia jurídica de Max Weber. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org). *Lições de Direito Alternativo 1*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.

_____. (org.) *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

_____.(org) *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

_____.(org) *Gramsci: Estado, Direito e sociedade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1997.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Crítica á dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

BARROSO, Pêrsio Henrique. Os conceitos de Direito e Estado em Max Weber e Hans Kelsen: contribuição para repensar a racionalidade jurídica. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Max Weber: Direito e modernidade*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. *O Positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOFF, Leonardo. *A voz do arco-íris*. Brasília: Letraviva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANFORD, Sue; ROCHA, Jan. *Rompendo a cerca: a história do MST*. São Paulo: Casa Amarela, 2004.

CATANI, Afrânio Mendes. *O que é Capitalismo?* São Paulo: Editora Brasiliense, 1996.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CHAUÍ, Marilena. A Sociedade democrática. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Saudade do futuro: transmodernidade, Direito, utopia*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DOMINGUES, Joelza Ester; FIUSA, Layla Paranhos Leite. *História: o Brasil em foco*. São Paulo: FTD, 1996.

DUSSEL, Enrique. *1492: O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Ética da libertação: na idade da Globalização e da exclusão*. Petrópolis: Vozes, 2000.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. O futuro dos direitos humanos após a globalização. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002.

_____. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araújo. (org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

GENRO, Tarso Fernando. Direito e marxismo. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (coord.). *Lições de Direito alternativo 2*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAMSCI, Antonio. *Cartas do Cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

_____. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

LYRA, Doreodó Araújo. (org.). *Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO, Marcelo Lavèner. Justiça para o campo. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORIN, Edgar. Da necessidade de um pensamento complexo. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da. *Para navegar no século XXI*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina/Edipucrs, 2000.

_____. *O método 6: ética*. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MORSE, Richard McGee. *O espelho de Próspero: cultura e idéias nas Américas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

PAIM, Antônio. *História do Liberalismo brasileiro*. São Paulo: Mandarim, 1998.

_____. Os grandes ciclos do Liberalismo brasileiro. In: *Convivium*, v. 26, n. 1, jan/fev. 1987.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do Direito e o Marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PRESSBURGER, Miguel. Direitos humanos e serviços legais alternativos. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de. *Lições de Direito Alternativo 2*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. Pluralismo jurídico enquanto fundamentação para a autonomia indígena. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

REDE NACIONAL DE ADVOGADOS POPULARES. *Advocacia popular: caderno especial*. São Paulo, 2005.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

_____. (org) *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

RUSCHEINSKY, Aloísio. *Atores políticos e lutas sociais: movimentos sociais e partidos políticos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SADER, Eder. *Quando novos personagens entram em cena: experiências e lutas dos trabalhadores da grande São Paulo 1970-1980*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. V. 1. Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a Política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. (org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Para uma nova teoria da democracia. In: MOLINA, Mônica Castagna; SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de; TOURINHO NETO, Fernando da Costa (orgs.). *Introdução crítica ao Direito agrário*. Brasília: Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa oficial do Estado, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar os cânones democráticos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao Direito*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

SOUZA, Thaisa de. Justiça comunitária: práticas de democracia participativa na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direitos humanos e filosofia jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

TOURAINE, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Petrópolis: Vozes, 2006.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do Capitalismo*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

_____. *Ciência e política: duas vocações*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

WEHLING, Arno; WHELING, Maria José. *Direito e justiça, no Brasil colonial: o Tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751 – 1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito*. 2. ed. São Paulo, Alfa-Ômega, 1997.