

AS BASES SOCIAIS DO DIREITO E DO ESTADO NO CENÁRIO PLURALISTA LATINO-AMERICANO

*Renata Ovenhausen Albernaz**

*Ariston Azevedo***

Resumo: As delimitações dos sistemas políticos e jurídicos modernos, e suas correlatas noções de nacionalidade, soberania e cidadania (enquanto critérios do alcance subjetivo de seu poder), outrora supostamente precisas, sofrem profundos abalos fáticos e questionamentos teóricos na atualidade, diante da eclosão de uma multiplicidade de formas sociais distintas no bojo de um mesmo estado nacional e de suas várias manifestações específicas de organização política e jurídica. No cenário latino-americano, esta emergência, aliás, destaca-se, justamente, pelo fato de que ela se manifesta nas margens da sociedade nacional – lá onde o direito estatal não tem efetividade ou as políticas públicas não às alcançam. Em assim sendo, o problema deste ensaio é refletir sobre as novas possibilidades de categoriais teóricas delimitativas do alcance do poder do Estado e de seu direito, sintetizando e classificando ideias que estão começando a ser ventiladas como alternativas neste cenário de pluralização social. A hipótese é que tal cenário exige novos critérios de identificação da *unidade social jurígena* (ou unidade capaz de ser geradora de um direito próprio) e que isto implica uma delimitação e uma re colocação do Estado e de seu direito. Para isto, tal estudo revisitou teorias clássicas de delimitação de unidades sociais política e jurídicas e confrontou-as com propostas contemporâneas do pluralismo jurídico que trabalham esta mesma questão na atualidade. Como resultados foram encontradas soluções que vão desde uma flexibilização (ou a extensão em um continuum - de mais a menos) das categorias clássicas de *organização e autonomia*, até soluções descritivas-classificadoras de novos tipos sociais geradores de juridicidade.

Palavras-chave: Pluralismo Social, Unidade Social Geradora de Direito, Limites e Funções do Estado, Pluralismo Jurídico.

* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora da Universidade Federal de Pelotas – UFPEL. E-mail: renata_albernaz@terra.com.br

** Doutor em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: ariston_azevedo@terra.com.br

1 – Introdução

Algo que merece atenção quando se propõe um repensar o Estado e o direito na atualidade, como o exige o momento de ampliação democrática e de abertura multicultural hoje vivenciado, refere-se à determinação dos limites, em termos de alcance subjetivo, daquilo que se tem ou que se virá a ter como sendo o poder político e jurídico neste cenário. As delimitações dos sistemas políticos e jurídicos modernos, e suas correlatas noções de nacionalidade e cidadania (enquanto critérios deste alcance subjetivo), outrora supostamente precisas, sofrem profundos abalos fáticos e questionamentos teóricos na atualidade, diante da eclosão de uma multiplicidade de formas sociais distintas no bojo de um mesmo estado nacional e de suas várias manifestações de organizações políticas e jurídicas. Algo que se agrava no cenário latino-americano quando se atenta para o fato de que estas formas sociais empreendem esforços para sair da condição de marginalidade e de invisibilidade, a qual foram historicamente lançadas, a fim de integrar, de maneira igualitária, a cena jurídica e política dos seus países, sem que isto seja feito à custa da supressão de sua diversidade cultural e autonomia social. De tal modo que oportuno se torna um refletir sobre as categoriais delimitativas do alcance do poder do Estado e de seu direito, até então predominantes, e sobre as que estão começando a ser ventiladas como alternativas neste cenário de pluralização social, cultural, jurídica e política tão aventado por propostas pluralistas e multiculturalistas.

O problema deste ensaio, assim, é refletir sobre as novas possibilidades de categoriais teóricas delimitativas do alcance do poder do Estado e de seu direito, sintetizando e classificando ideias que estão começando a ser ventiladas como alternativas neste cenário de pluralização social. A hipótese é que tal cenário exige novos critérios de identificação da *unidade social jurídica* (ou

unidade capaz de ser geradora de um direito próprio) e que isto implica uma delimitação e uma recolocação do Estado e de seu direito. Para isto, tal estudo revisitou teorias clássicas de delimitação de unidades sociais política e jurídicas e confrontou-as com propostas contemporâneas que trabalham esta mesma questão na atualidade.

Dentre estas propostas contemporâneas que têm se atentado a trabalhar com esta revisão na delimitação do poder do Estado e do direito positivo dele decorrente, tendo por base a constatação e a defesa da pluralidade social, cultural, organizacional e comunitária contemporânea, está o Pluralismo Jurídico. O Pluralismo Jurídico adveio antes de uma situação de fato do que de uma construção teórica, e está intimamente correlacionado com a emergência (ou re-emergência) social de experiências concretas e autônomas de política e de juridicidade que se constata na auto-organização de grupos étnicos, de minorias, de comunidades tradicionais, de grupos marginalizados e de movimentos sociais, empreendidas para acomodar suas sociabilidades, anseios ou interesses, estes não acolhidos no bojo do Estado e do direito nacional. O núcleo para o qual converge esta abordagem, afirma Wolkmer (2001, p. 183), é o da negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de juridicidade e de poder social, e a concordância da proeminência de fundamentos ético-sociológicos sobre tecnoformais nestas fontes. Incluem-se no Pluralismo Jurídico desde autores das primeiras décadas do século XX, entre eles jusfilósofos europeus como Otto von Gierke, Maurice Hauriou, Santi Romano e Giorgio Del Vecchio, sociólogos do direito, como Eugen Ehrlich e Georges Gurvitch, antropólogos das décadas de 1940 a 1960, como Bronislaw Malinowski, juristas europeus e norte americanos como Leopold Pospisil, Sally Falk Moore, John Griffiths, John Gilissen, Sally Engle Merry, nos tempos recentes, destacam-se autores como Boaventura de Sousa Santos, Norbert Rouland, André-Jean Arnaud, Gunther Teubner, e, na América

Latina, pensadores como Antonio Carlos Wolkmer, José Geraldo de Sousa Jr., Oscar Correias, Jesús Antonio de la Torre Rangel, Edgar Ardila Amaya entre outros.

Muitas vezes, pela própria visibilidade das formas de opressão que o inspira enquanto contra-resposta a elas, o Pluralismo Jurídico Latino Americano tende a uma versão *independente*, afirmando o sentido comunitário de vida humana associada, a fragmentação do Direito em múltiplas ordens jurídicas igualmente dispostas, sejam elas oficiais e não oficiais, e defendendo uma outra ética de articulação desses vários direitos que não a ética que permeia o ideário liberal e capitalista. Além disso, no impulso de dar visibilidade aos *novos direitos*¹, oriundos destes grupos étnicos e/ou marginalizados, proliferaram inúmeros estudos empíricos em um *Pluralismo Jurídico Descritivo*, mais comprometido com a vida cotidiana e prática dos grupos sociais concretos, do que com elaborações teóricas racionais/ideais. Destacam-se nas denúncias, propostas e teorias pluralistas latino-americanas, a afirmação e a consolidação do poder político e jurídico dos Movimentos Sociais, envolvendo, ainda, discussões paralelas e correlatas sobre uma nova *Cultura Política Democrática* e sobre uma *Nova Cidadania*, necessárias para romper os vieses autoritários e monopolistas que sustentam o sistema político e jurídico de países latino-americanos por longos séculos.

Em termos da configuração do direito e da política, a perspectiva *Independente* do Pluralismo Jurídico Latino-Americano induz a uma reconstituição radical dessas instituições, em termos substantivos e formais, em vista das verdadeiras autonomias que reconhece aos grupos, o que instiga a uma redução e a uma transformação ideológica de suas abrangências materiais;

¹ Na denominação “novos direitos” Wolkmer (2001. p. 166) atenta para “a afirmação e materialização de necessidades individuais (pessoais) ou coletivas (sociais) que emergem informalmente em toda e qualquer organização social, não estando necessariamente previstas ou contidas na legislação estatal positiva”.

forma-se, assim, um *Estado e um Direito Positivo delimitados* em face de outras esferas políticas e normativas não estatais a eles paralelas, ou *intermediadores* nas fronteiras entre as várias ordens jurídicas, muitas vezes em conflito, já que intercomunicáveis. É, assim, o Pluralismo Jurídico Latino-Americano uma abordagem comprometida com os grupos subalternos e marginalizados de suas sociedades, no intento de enaltecer a autonomia e a força transformativa desses grupos nas lutas por uma vida digna e por acesso à justiça e aos direitos.

A busca por categorias que abarquem estas novas unidade sociais criadoras de direito e de política própria acabou considerando essa corrente pluralista como base, apesar de visitar alguns outros autores que também podem oferecer subsídios teóricos importantes para a compreensão da realidade social latino-americana atual e para a redefinição dos limites e funções do Estado e do Direito Estatal que ela exige.

2 – Indícios de pluralização social e jurídica

A pluralização societária latino-americana é um fato de múltiplas causas e razões.

Por um lado, historicamente, um movimento de descentralização das experiências de juridicidade em comunidades marginais, assevera Garcia (2002), começou a ganhar corpo a partir da década de 70, quando países latino-americanos estavam sob o jugo de regimes autoritários, aparecendo, inicialmente, na forma de determinados serviços legais que conotavam um verdadeiro direito alternativo à juridicidade estatal, e que tinham como propósito contribuir para a ativa participação das comunidades na solução de seus conflitos, por meio de estratégias e mecanismos que fortalecessem sua organização e o desenho de uma nova ordem jurídica. Nos anos 80, informa Amaya (2002), com a redemocratização desses Estados, estas experiências

passaram a ser reconhecidas, havendo uma certa tendência de “desregulação”, “descentralização” e de “informalização” na criação de normas e na solução de conflitos, graças a uma maior permissividade do Estado a diversos cenários e atores de regulação jurídica (um pluralismo jurídico). No continuar desse processo, a partir da década de 1990, esta descentralização ingressou no próprio estado. Neste sentido, Wolkmer (2001) atenta para as práticas que emergiram como alternativas, seja no bojo do próprio sistema oficial e de jurisdição – tais como são as convenções coletivas de trabalho, as ações propostas por sujeitos coletivos, as instituições da arbitragem, da mediação, da conciliação e dos juizados especiais – seja de modo informal e paralelo ao Estado, mas reconhecido por ele – como os mecanismos não-institucionais de negociação, de mediação e de conciliação, os juízos arbitrais, uma maior extensão e fragmentação de comitês ou conselhos populares de justiça, os tribunais de bairros e de vizinhança, a justiça distrital e juntas estatais itinerantes.

Mas, além desse processo de abertura estatal, este movimento de redemocratização e de descentralização da administração, da justiça e do direito na América Latina também decorreu da luta e do empenho de grupos culturais (com destaque aos grupos indígenas), de comunidades marginalizadas e de movimentos sociais pelo reconhecimento da autonomia de suas decisões, de seus direitos e de sua identidade cultural e coletiva. Pode-se, neste ensejo, mencionar várias experiências construídas por esses grupos e que já estão sendo reconhecidas, tanto pelo Estado como internacionalmente. Entre outras, de cunho mais administrativo, como os conselhos gestores e o orçamento participativo, já bastante discutidas, destaca-se, aqui, as experiências da *Justiça Comunitária*, a conquista do *Direito Coletivo de Povos Indígenas* e os *Novos Direitos* advindos dos movimentos sociais.

As experiências de justiça comunitária (que incluem justiça indígena, campesina, de grupos nativos e de associações de bairro) são um direito alternativo para a solução de conflitos, em face da jurisdição estatal, nas quais se destacam aspectos como a organização comunitária, a criação e aplicação de sistemas normativos próprios e a informalização, ou formalização apenas básica, nos mecanismos de solução dos litígios. Geralmente desenvolvidas por líderes ou autoridades nessas comunidades marginalizadas e grupos étnicos isolados, tais experiências envolvem, em sua maioria, formas típicas de jurisprudência, com um forte apelo aos valores comuns (justo local) e aos recursos comunicativos (consensual e conciliatório). Seu modelo tem sido implementado em países como a Colômbia, o Peru, a Bolívia, o Chile e o Brasil, entre outros, sendo uma experiência de organicidade social que tem se multiplicado no cenário latino-americano ao longo dos anos. O problema do reconhecimento dessas experiências de justiça comunitária pelo Estado, no entanto, adverte Amaya (2007, p. 85), é que ele tem sido feito de maneira controlada, ou seja, *“el Estado regula los alcances de la capacidad de gestión que tiene la comunidad sobre si misma”*, e neste controle a estrutura estatal acaba se apropriando das estruturas comunitárias, maculando-as em suas identidades e autonomia. Desta maneira, não é vã, mas sim preocupante, a denúncia de que tais sistemas de justiça comunitária têm se convertido em uma forma de acesso precária aos sistemas de solução de conflitos estatais.

No reconhecimento do direito coletivo dos povos indígenas pode-se constatar alguns avanços. Em termos nacionais, houve, nos últimos anos, a promulgação de algumas constituições pluriculturais Latino-Americanas, como foram as Constituições Federais da Nicarágua (1987), do Brasil (1988), da Colômbia (1991), do México (1992), do Paraguai (1992), do Peru (1993) e da Bolívia (1995), essas que, em maior ou menor grau, reconheceram a autonomia política e, em alguns casos, a autonomia jurídica de grupos étnicos que não se

ajustavam, perfeitamente, aos elementos do Estado e do Direito Nacional. Porém, em termos do reconhecimento oficial destas coletividades, o que se verifica, ainda, é que o Estado não as tem como uma verdadeira fonte de ordem política, jurídica e administrativa, mas apenas como uma fonte relativa e complementar. Em termos do Brasil, por exemplo, e no que se refere ao reconhecimento da pluralidade cultural vigente neste país, D'Adesky (2001, p. 89) adverte que o pluriculturalismo que foi assumido por nossa carta constitucional de 1988 não tem ainda o compromisso de atribuir igual valor à diversidade cultural, assumindo um perfil de definir a cultura majoritária e as minorias culturais. No âmbito internacional, também, sempre se sustentou com reservas tal autonomia política e jurídica destes grupos étnicos, pois, segundo Rouland, Pierré-Caps e Poumarède (2004, p. 457), apesar das importantes soluções, em termos de autodeterminação desses povos, trazidas pela *Convenção 169 - Concernente aos Povos Indígenas e Tribais nos Países Independentes*, da OIT, de 1991, manteve-se a dicção de que os direitos coletivos dos grupos indígenas devem retroceder quando afrontem direitos humanos e fundamentais estatais, e que, para serem reconhecidos tais direitos, é necessário um ato anterior dos próprios grupos em declararem os costumes e tradições que querem fazer reconhecer e respeitar. Em setembro de 2007, porém, foi aprovada na Assembleia Geral da ONU, a *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, que trouxe, em matéria específica dos direitos coletivos desses povos indígenas, algumas orientações que apontam para a tendência a um Pluralismo Político e Jurídico em seu benefício. Primeiro, porque os indígenas foram considerados como “povos” e também como “nações indígenas” (art. 9º) (algo inédito, até então), e não como grupos ou denominação similar que os colocava em posição inferior às nações estatais. Em segundo lugar, porque o direito à autodeterminação foi expresso (art. 3º) e garantido em termos de: (1) auto-governo nas questões relacionadas com seus

assuntos internos e locais e nos meios para financiar suas funções autônomas (art. 4º); (2) reforço das instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais destes grupos (art. 5º), sem, no entanto, os manter em estado de isolamento em relação aos direitos e instituições nacionais; e ainda (3) direito à territorialidade indígena (arts. 7º e 10) e à participação nos processos de demarcação de suas terras.

Além dessas experiências de justiça comunitária e do reconhecimento do direito costumeiro ou insurgente de povos indígenas, não se pode deixar de fazer um destaque, no cenário desse impulso de Pluralização Social e Jurídica Latino-Americana, à importância dos *Novos Movimentos Sociais*. Aliás, a noção “novos movimentos sociais”, no Brasil, afirma Paoli (1995, p. 27), serviu para representar os movimentos coletivos surgidos (ou reinventados) nas décadas de 70 e 80 – grupos de operários que fizeram greves de maneira independente de seus sindicatos, movimentos populares urbanos (grupos de moradores de bairros desprivilegiados e desatendidos em políticas e ações públicas), movimento de mulheres, movimento negro, movimentos sociais do campo, movimento dos povos indígenas – e que envolviam atores sociais organizados, mas que não se referenciavam às estruturas políticas institucionais de poder e representação – tais como os partidos – nem aos atores ‘clássicos’ do sistema político – como os grupos de interesses e as classes sociais. Segundo Scherer-Warren (1993, p. 60), as lutas travadas por esses movimentos eram em prol da: (...) redefinição da cidadania (num sentido mais pleno: econômico, político e social), a deslegitimação de decisões tomadas autoritariamente pelo Estado, o fortalecimento das relações comunitárias em seu sentido político, a forma de agir pela resistência ativa não violenta, a tentativa de democratização das práticas cotidianas e a busca de autonomias relativas.

Tais lutas têm erigido os movimentos sociais como importantes atores coletivos que empreendem um Pluralismo Social e Jurídico latino-americano

de forte teor emancipatório e democrático e negam um direito e um Estado monista, elitista e descomprometido com os grupos populares. No empenho de se contrapor às inúmeras formas de injustiça e de desigualdade sustentadas nas ausências de direitos ou da ação estatal, tais movimentos têm engendrado, basicamente, dois modelos de reformulação do Estado e do Direito: 1) O primeiro envolve um esforço de *Democratização e de Pluralização do Estado Central*, propondo a configuração de: a) um Estado e um direito mais democrático e, assim, mais complexo e poroso aos pleitos das várias segmentações sociais; b) um Estado e um Direito como instituições que reconheçam e que articulem as diferenças culturais e sociais; ou ainda, c) um Estado e um Direito Militantes, ou seja, comprometidos com as conjunturas sociais e aliados às forças progressistas e emancipatórias necessárias para fazer frente ao poderes monopolistas estabelecidos e aos movimentos hegemônicos do capital globalizado. Em todas essas situações, sua exigência *sine qua non* seria uma mais ampla e efetiva participação política na elaboração dos direitos e a garantia de mecanismos eficientes de amplo acesso à justiça; 2) O segundo modelo é o da *Descentralização* ou mesmo, a *Redução do Estado*², no sentido de que, assumindo sua identidade, autonomia e auto-organização, tais movimentos resolvem se empenhar, em termos fáticos, na construção de formas organizativas e regulativas próprias e para-estatais (quando não contra-estatais), compondo *Direitos Comunitários* a fim de regular a sua convivência concreta e diuturna e de dirimir os seus conflitos.

3 – Indícios em novas bases sociais do direito e do estado

² Redução do Estado, aqui, não se refere ao sentido liberal desta, mas ao sentido de delimitação, a fim de evitar que o poder estatal invada e viole autonomias sociais e culturais e se perpetre sobre elas. Algo análogo, em relação ao Estado, ao que propôs Ramos (1981) em sua proposta de delimitação de sistemas sociais.

Na atualidade da pluralidade social e jurídica iniciada no item anterior, em se considerando que nem toda diferenciação social expressa o Pluralismo Jurídico, e que, mesmo diante de uma verdadeira pluralidade de formas sociais, pode haver aquelas que não engendram formas políticas e jurídicas autônomas, o pluralismo traz à baila o problema de quais seriam esses novos formatos sociais ou coletividades que estariam pondo em xeque, com sua autonomia política e jurídica, o modelo de nação soberana sobre o qual se sustenta e se delimita o poder do Estado e do seu Direito. Rouland, Pierré-Caps e Poumarède (2004, p. 457), neste sentido, chegam a afirmar que a “determinação sociológica de um grupo humano e sua qualificação jurídica são dois processos de natureza diferentes”, pois enquanto o primeiro encontra seu fundamento em alguns dados empíricos, o outro impende o reconhecimento positivo desses dados e a atribuição, ou reconhecimento, de algumas competências a estes grupos, em termos de sua viabilidade jurídica, estas que, por sua existência, imporiam um limite ao poder do Estado e à vigência de seu direito positivo. A questão a que se coloca neste item, portanto, é a de quais seriam essas competências.

Uma das discussões acerca disso se refere à necessidade, ou não, de que, para uma forma associativa humana ser reconhecida como capaz de se dirigir juridicamente, deveria ela alcançar um *certo grau de estabilização, institucionalização ou organização social*. A questão divide os estudiosos, afetos ou não ao Pluralismo Jurídico.

Não se pode deixar de observar que nos primeiros estudos de sociologia que refletiam sobre questões elementares ou originárias de juridicidade, o aspecto de organização pareceu ser uma dessas capacidades necessárias para que uma forma associativa humana chegasse a compor ou viesse a precisar de um direito. Neste sentido, Durkheim (1966, pp. 105-107) defendia que “a vida social, em qualquer parte onde exista de maneira durável,

tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a organizar-se, e o Direito não é outra coisa senão esta organização mesma, no que tenha de mais estável e precisa”; e advertia: “se, pois, há tipos de solidariedade social que os *mores* bastam a manifestar, eles são certamente muito secundários; ao contrário, o Direito reproduz todos os que são essenciais, e estes são os únicos que temos necessidade de conhecer”. Roscoe Pound (apud Santos: 1988, p. 71), por sua vez, entendendo que o direito é “o controle social através da aplicação sistemática da força da sociedade politicamente organizada”, pressupunha que as sociedades nas quais esse grau de organização ainda não houvesse sido consolidado não teriam capacidade de gerar direito. No rumo desta discussão, também estava Pitirin Sorokin (1968, pp. 103-107), segundo o qual os processos de interação encontrados no universo social podem ser de tipo “inorganizado”, “organizado” ou “desorganizado”, sendo que o que conferiria o caráter de organização a estes processos de interação seria, justamente, a existência de normas jurídicas que “definiriam, com precisão, todas as ações e reações relevantes dos indivíduos interagentes, em suas relações recíprocas, com os estranhos e com o mundo em geral”, sendo tais normas “efetivas, obrigatórias, e, se necessário for, impostas pela força na conduta das pessoas interagentes” (p. 107). Em assim sendo, continua o autor, percebe-se que grande parte dos grupos sociais que ainda não alcançaram este grau de organização permaneceria na forma inorganizada ou desorganizada, e seriam amorfos à formação do direito. Nesses grupos inorganizados e desorganizados, os direitos, obrigações, posses, funções, papéis, *status* social e posição de seus membros seriam indeterminados e indefinidos, seja em aspectos gerais ou específicos, o mesmo podendo ser dito das categorias que constituem as formas de conduta e as relações lícitas, recomendadas e proibidas; o conjunto de relações e valores sociais que permeariam esses grupos inorganizados seria confuso e vago, não podendo ser distinguido aquele que dirige e os que são

dirigidos e os direitos e os deveres de cada um, bem como não seria possível ter nitidez da verdadeira forma das relações sociais entre os membros.

A defesa de que a juridicidade é um fenômeno exclusivo de grupos organizados, no entanto, não é compartilhada por uma outra importante corrente de autores do Pluralismo Jurídico. Em seus estudos na Ilha Trobriand, pequeno arquipélago no noroeste de Nova Guiné, Malinowski (2003, pp. 20-82), por exemplo, constatou a existência de uma real normatividade jurídica em sociedades não organizadas por um Estado. Este antropólogo polonês partia de uma definição de lei jurídica atrelada à idéia de *controle social*, e afirmava que haveria lei em todas as sociedades humanas onde houvesse este controle social a determinar as obrigações de uma pessoa e os direitos correlatos da outra. Com essa idéia, Malinowski se opunha a todo formalismo jurídico de até então, segundo o qual só seriam jurídicas as experiências sociais marcadas por determinado formato (formato de lei, provenientes do estado e corporificadas em organizações específicas). Assim, para o autor, a lei jurídica incluiria todas as regras de juízo e de ação seguidas rigorosamente como obrigatórias em cada grupo, pois, segundo dizia ele (apud Santos: 1988, p. 65)

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

Do mesmo modo, advogando a experiência jurídica como um direito espontâneo, vivo e dinâmico, estavam os estudos de Ehrlich e Gurvitch. O primeiro, com sua “teoria do direito vivo”, entendia que o direito era, acima de

tudo, uma questão de controle social, sendo, portanto suscetível de ser encontrado em todos os tipos de associação humana. Gurvitch, por sua vez, em *La Déclaration des Droits Sociaux*, sustentava que cada grupo, independentemente de seu tamanho ou complexidade, teria a capacidade de produzir sua própria ordem jurídica autônoma para regular sua vida interna, haja vista ele considerar que a comunidade e o direito nasciam juntos, sendo inseparáveis. Partindo de uma noção ampla de fatos normativos – ou os fatos sociais que apreendem valores positivos e têm autoridade em si mesmos, pois recebem o respeito espontâneo dos membros da comunidade, produzindo, assim, as condições mínimas de justiça – Gurvitch destacava que a produção jurídica teria sim um limite – ela só poderia existir a partir de *formas de sociabilidade ativas*, ou seja, daquelas caracterizadas por haver uma obra comum a levar à cabo e por prevalecer, nas relações sociais, as volições ativas e racionais sobre as afetivas. Haveria, assim, um direito social, ou seja, independente de organizações para criá-lo e operá-lo, e tal direito estaria fundado na confiança compartilhada pelos membros, no esforço comum e na ajuda mútua, pois, para Gurvitch, interpreta Moraes (1997, p. 53):

É preciso dar-se conta que o direito é, também, uma ordem de colaboração positiva, de sustentação, uma ordem de paz, de união, de trabalho em comum, de serviço social, tanto quanto uma ordem de guerra, de separação disjuntiva, de reparação. É preciso aprender a distinguir o direito da moral, sem os desvincular completamente, como o faz o individualismo, o qual opõe injustamente a esfera exterior que deve representar o direito à esfera unicamente interior que deve encarnar a moral.

Além da questão organizativa, as discussões sobre a capacidade para uma unidade social ser geradora de direito também refletem sobre o aspecto da “*autonomia*”, ou “*semi-autonomia*” desta em relação a outras unidades sociais maiores. Historicamente, na perspectiva moderna, o sentido de autonomia que

importava enquanto fator a partir do qual se geraria estatalidade e juridicidade era o político, de tal modo que somente *sociedades politicamente organizadas* seriam consideradas como *soberanas* e, assim, como constituintes originárias de um Estado e de um direito próprio. As discussões pluralistas ampliaram este sentido restrito de autonomia jurídica que atrelava a geração de direito com a soberania (absoluta), para incluir em seu sentido as diversas expressões de *auto-regulação nas unidades sociais* (seja essa regulação sobre a totalidade da ordem social ou apenas sobre alguns aspectos específicos desta). Deste modo, nesta amplitude, o conceito de autonomia jurídica ganhou uma flexibilidade que possibilitou vislumbrá-la, não como uma situação exclusivista – como era a idéia binária e mutuamente excludente de soberania *versus* submissão – mas como um *continuum* de “n” situações que se estende desde a autonomia absoluta (que coincide com a soberania) a uma dependência absoluta (situação na qual não haveria a geração de qualquer normatividade própria), envolvendo, entre esses dois extremos, infinitos pontos nos quais se localizariam situações de *semi-autonomia* (onde há expressões jurídicas próprias, mesmo que não totalizantes). Nestas discussões acerca da questão da autonomia jurídica, encontra-se um dos grandes marcos do Pluralismo Jurídico, que é o trabalho da antropóloga Sally Falk Moore (1973), o qual foi o resultado de uma pesquisa empírica, realizada entre os anos de 1968-1969, onde a autora comparou as produções normativas legais ou ilegais de dois grupos bem distintos: um povoamento tradicional de Chagga de Monte Kilimanjaro, em Tanzânia, África, e um grupo de uma pequena indústria do setor de vestuário feminino, em Nova York.

Partindo do estudo de Malinowski, que houvera constatado a juridicidade em grupos selvagens, e assim “autônomos” (independentes), Moore investigou a hipóteses de que, em sociedades complexas, haveria também campos sociais geradores de uma juridicidade própria, apesar destes

serem “semi-autônomos” (interdependentes), ou seja, sofrerem certa interferência da sociedade maior na qual estavam incluídos. Nestes campos sociais semi-autônomos (*semi-autonomous social fields*) haveria a geração de normas, costumes e símbolos próprios, estes que seriam eficazes na capacidade de induzir comportamentos, mesmo coativamente, por meio de instrumentos e sanções considerados legítimos por aqueles a quem se aplicavam; e eles seriam identificados, não por suas organizações (pois eles podem se apresentar como organizações ou não), mas por sua *característica processual de gerar regras e impor submissão a elas*. Nos termos de Moore (1973, p. 720):

The approach proposed here is that the small field observable to an anthropologist be chosen and studied in terms of its semi-autonomy – the fact that it can generate rules and customs and symbols internally, but that it is also vulnerable to rules and decisions and other forces emanating from the larger world by which it is surrounded. The semi-autonomous social field has rule-making capacities, and the means to induce or coerce compliance; but it is simultaneously set in a large social matrix which can, and does, affect and invade it, sometimes at the invitation of persons inside it, sometimes at its own instance. The analytic problem of fields of autonomy exists in tribal society, but it is an even more central analytic issue in the social anthropology of complex societies. All the nation-states of the world, new and old, are complex societies in that sense. The analytic problem is ubiquitous.

Assim, apesar do Estado instituir para si o monopólio do exercício da força física para coagir o cumprimento de suas normas, outros meios de indução de conduta existiriam e seriam praticados em campos sociais de ação, estes que, inclusive, seriam os filtros dessas normas estatais, haja vista Moore (1973, p. 721) ter constatado que

(...) the inspection of semi-autonomous social fields strongly suggests that the various processes that make internally generated rules effective are often also the

immediate forces that dictate the mode of compliance or noncompliance to state-made legal rules.

Isto viria a demonstrar que é um mito a idéia de que a mudança legislativa produz, por si só, mudanças no comportamento: as relações de poder estabelecidas firmemente e por um longo tempo não são fáceis de mudar com um simples ato de modificação legal, principalmente em grupos mais tradicionais. Portanto, conclui a autora (1973, p.743), as áreas de semi-autonomia e auto-regulação são importantes focos de análise não só do que acontece dentro do campo social em que ela opera, mas também do caminho segundo os quais esses campos sociais se conectam com a ordem social mais ampla.

Para além dessas discussões abstratas acerca das idéias de organização e de autonomia como capacidades das unidades sociais para gerar juridicidade, outra vertente de estudo localiza os focos de geração direito por meio de *constatações empíricas* ou por *identificações contingenciais*. Aqui se encontra boa parte das pesquisas do Pluralismo Jurídico Latino-Americano, e também correntes sociológicas pós-colonialistas, jurídicas ou não, que se empenham no esforço de dar voz e reconhecer a força emancipatória e os direitos de grupos historicamente oprimidos e dominados.

Wolkmer (2001, p. 122), neste empenho, apesar de reconhecer a juridicidade advinda de vários grupos, associações e comunidades, enfatiza, dentre esses grupos, e na contingência de sociedades periféricas e desiguais latino-americanas, a importância da ação jurígena dos *novos movimentos sociais*. Importância que se dá não só porque tais sujeitos coletivos, de base popular, têm empreendido uma luta contra a condição que, historicamente, legou considerável parcela da população de sociedades do capitalismo periférico a se ver tolhida de seus direitos ou da efetividade deles, como também porque tal empreendimento se faz em uma mobilização consciente na qual esses sujeitos

afirmam sua autonomia e identidade. Além disso, tais movimentos sociais têm como cerne de sua existência a busca pela satisfação de um “sistema de necessidades” que eles evocam como *direito*, expondo, assim, os limites seletivos da licitude/ilicitude do sistema jurídico estatal. De modo semelhante, Souza Jr. (1991, pp. 131-142) pugna para que se reconheça nos movimentos sociais a figura de um “*sujeito coletivo de direito*” (em alternativa à exclusividade do “sujeito individual de direito” moderno), pois sua emergência decorre da percepção de uma carência social entendida como negação de direitos, e, assim, como uma injustiça social a ser reparada, e não simplesmente tida pela sociedade como uma fatalidade do cotidiano para suas vítimas.

Além desses posicionamentos que destacam o papel jurígeno dos movimentos sociais, algo que parece consenso ao Pluralismo Jurídico Latino-Americano é que é preciso se atentar, na atualidade, para a formação de um “direito insurgente”³ ou o “direito dos oprimidos”, sussurrado nas vozes de grupos secundários que, não encontrando nas regras jurídicas normais a possibilidade de exercer a sua atividade e de desempenhar o papel que a si mesmos atribuíram, modificam, consciente ou inconscientemente, as normas do direito comum mediante prescrições paralegais ou até francamente ilegais (Levy-Bruhl. 1997, p. 29).

Por fim, não se pode deixar de fazer referência neste quesito de identificar as unidades sociais geradoras de juridicidade no Pluralismo Jurídico a algumas *tentativas de especificar essas unidades sociais* contemporaneamente. E aqui se enquadra a importante classificação de novos espaços de juridicidade, no

³ Neste sentido, e afeto à idéia de *Direito Insurgente*, Pressburger (1990, p. 10) afirma que “por sua marginalização, amplos setores da população são incapacitados de exercerem minimamente a cidadania, sendo-lhes vedado ou obstaculizado o acesso à justiça. (...). No entanto, as comunidades urbanas e rurais à margem do Estado têm criado internamente normas de conduta que têm vigência e eficácia, tal como o direito estatal normatizado. Essas regras de conduta, verdadeiras normas consensuais, pois não são escritas, têm se demonstrado adequadas e eficientes: por melhor levar em conta as relações sociais vigente; por não serem discriminatórias dentro de uma sociedade pluri-racial e; por se basearem em padrões outros que não o de meramente assegurar a reprodução do modo de produção capitalista.”

bojo de sociedades do capitalismo atual, sugerida por Boaventura de Sousa Santos. Verificando que há três pluralidades básicas no conjunto desta sociedade (as pluralidades de ordens jurídicas, de formas de poder e de formas de conhecimento), este sociólogo do direito (2001, pp. 272-279) elabora o que ele chama de *mapa de estrutura-ação das sociedades capitalistas no sistema mundial*, algo que revelaria os espaços de estrutura-ação como algumas das mais relevantes unidades sociais demarcadas como “lugares de produção de domínio tópico” (estrutura) e espaço dos agentes criadores da realidade (ação). Tal mapa é estabelecido segundo duas principais coordenadas cartesianas – os “espaços estruturais”, no total de seis, e que incluem o “espaço doméstico”, o “espaço da produção”, o “espaço de mercado”, o “espaço da comunidade”, o “espaço da cidadania” e o “espaço mundial” – e as suas dimensões constitutivas – “unidade de prática social”, “instituições”, “dinâmica de desenvolvimento”, “forma de poder”, “forma de direito” e “forma epistemológica”. Há que se advertir que, para Santos, essas unidades sociais, e seus direitos, não são estanques ou isolados uns dos outros, pois a sua visão de *Interlegalidade* prima por ressaltar mais os seus contatos, do que as ordens em si e suas autonomias.

Percebe-se, assim que, de um extremo se passa a outro. Diluindo o critério que afirma serem as nações soberanas as geradoras exclusivas de juridicidade e de organização estatal, versões do Pluralismo Jurídico tendem a considerar que capacitações mínimas – em termos de organização, autonomia e reivindicação – já configurariam a presença de uma forma de juridicidade específica para determinada unidade social, inclusive ensejando a limitação da vigência do direito estatal em seu âmbito. Segundo observa Merry (1988, p. 871), esta tendência faz com que todas as sociedades tenham que ser vistas como Pluralistas, pois em qualquer uma há múltiplos grupos que preenchem requisitos assim tão mínimos para serem tidos como atores de juridicidade. De tamanha fragmentação impondo, em seus âmbitos, limites a ação do Estado e

do seu direito, estes chegariam a perder completamente o seu escopo. Se, não se pode mais aceitar, de modo absoluto, a premissa de que o “Estado é o instituidor do social”⁴, ou seja, o que produz, por conta de suas leis, a coesão de uma sociedade de indivíduos difusos gerada pela subordinação destes ao seu poder central e exclusivo, pois constatações empíricas reforçam a tese de que a coesão social é, antes de tudo, produto da própria associação humana espontânea, estas constatações, no entanto, devem sugerir um reposicionamento do Estado, e não, talvez, a sua total supressão.

4 – Considerações finais: e qual é esse reposicionamento do Estado e do Direito Estatal?

Respostas a esta pergunta ainda estão em fase de especulação e ensaio. Mas, como resultado da ampliação da capacidade identificatória de unidades sociais que o Pluralismo Jurídico e Social sugere, algumas proposituras de remodelagens do Estado e do Direito já podem ser destacadas. Entre elas está a que defende o Estado e o Direito sustentados no *Igualitarismo* e em um *Regime Político de Tolerância*, de Walzer (2003;1999); nesta proposta, o Estado e o Direito deveriam estar comprometidos não só a suprimir as causas da desigualdade, que não são, para o autor, as diferenças substanciais entre as pessoas, mas as diferenças de valorações dos bens sociais titulam a uns – detentores dos bens mais valorados – no poder de dominar os outros, como também de instituir uma organização social e política baseada em um ponto avançado das formas de tolerância. Há também propostas de uma *Política do Reconhecimento*, de Taylor (2001), na qual se pugna ampliar os limites do que se entende como bem comum, sobre o qual se justifica a ação do Estado e do Direito, no sentido de incluir neste não apenas o compromisso formal de tratar

⁴ Nesta crítica ver Wagner (1996).

as pessoas com igual respeito, sem qualquer identificação, para tanto, com algum ideal substantivo que defina e qualifique um modelo de vida boa (bem comum formal), mas também o compromisso de reconhecer aquelas coletividades que se sustentam em uma idéia de bem comum material. Além dessas, há propostas como as do *Pluralismo Jurídico Comunitário e Participativo* de Wolkmer (2001), que, evocando, ao mesmo tempo, as práticas cotidianas e autônomas de juridicidade, administração e solução de conflitos, independentes do Estado (um Pluralismo Comunitário) e a práticas institucionais estatais nessas funções, propõe a reconfiguração destas últimas no sentido da participação e controle social intensos em todas as esferas de decisão estatal. Também não se pode negar que, diante do caos que esta multiplicidade social sugere, também não faltam propostas para solucioná-la reformulando o Estado-Providência em *Estado Penal* e de *Tolerância Zero* (como denunciam, entre outros, Wacquant, 2001 e Andrade, 2003). A proposta aqui, para além desta remodelagem teórica sugerida por estes autores, é de que Estado poderia assumir, neste cenário de Pluralismo Social e Jurídico, uma função específica, necessária para facilitar a sustentabilidade concreta e prática de uma *Organização Jurídica Total Pluralista*: a função de organizar e iniciar a operação de um *Processo Delimitativo e Mediativo de Juridicidades*, enquanto um instrumento operatório ou procedimental necessário para trabalhar a mediação e a delimitação das várias formas sociais coexistentes, e de suas respectivas formas de juridicidade, na contingência de três naturezas de conflitos: (1) os conflitos entre diferentes unidades sociais quando de choques entre suas distintas composições de sociabilidade e formas de juridicidades; (2) os conflitos entre os indivíduos e suas unidades sociais, em resistências às suas composição de sociabilidade; (3) e o de indivíduos entre si, incluídos, cada qual, em unidades sociais diversas, ou partindo de localizações em composições de sociabilidade distintas. Esta é uma funcionalidade nova e

específica que passa a ser necessária no trato do *entre* dessas múltiplas juridicidades, suscitando, assim, um *Pluralismo Jurídico de Fronteira*, ou seja, aquele no qual a constatação da existência de diversas formas de sociabilidade e de juridicidade se dá na contingência, justamente, do encontro ou do afrontamento dessas entre si (ou, nas fronteiras), percebendo-se, apenas aí, a necessidade de estabelecer pontos (e não fronteiras contínuas e fixas) de acordo ou de delimitação entre as unidades sociais e jurídicas. Estes pontos de acordo e de delimitação, no entanto, seriam constituídos através de um processo comunicacional intenso e diatópico, no sentido de considerar e fazer comunicar todos os sistemas sociais e ordens jurídicas envolvidos. O Processo Mediativo e Delimitativo de Juridicidades seria, assim, o instrumento do qual se valeriam todas as unidades sociais de um determinado espaço para garantir a sua manutenção contra violações externas e as condições de comunicabilidade e interação de umas com as outras, sem que isto seja feito à custa da cessão ou da negação de suas particularidades, e sua iniciativa, na falta, ainda, de outra agência de igual escopo, poderia se dar no Estado, enquanto um *Estado Mediador*.

Referências Bibliográficas:

AMAYA, E. A. *Pluralismo Jurídico. Apuntes para el debate. El otro derecho. Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*. n. 26-27, abril/2002, pp. 49-62.

ANDRADE, V. R. P. de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima. Códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CLAVERO, B. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI, 1994.

D'ADESKY, J. *Pluralismo étnico e multiculturalismo. Racismos e anti-racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Palas Editora, 2001.

DURKHEIM, É. “O direito como símbolo visível da consciência coletiva”. In: MACHADO NETO, A. L. (org.). *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966.

GARCIA, R. “Aproximación a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en América Latina. El otro derecho”. In: *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*, n. 26-27, abril/2002, pp. 162-177.

MALINOWSKI, B. *Crime e Costume na Sociedade Selvagem*. São Paulo: IMESP Editora, 2003.

MERRY, S. E. “Legal Pluralism”. In: *Law and Society Review*. v. 22. n. 5. 1988. pp. 870-896.

MOORE, S. F. “Law and social change: tehe semi-autonomous social field as an appropriate subject of study”. In: *Law and Society Review*. Verão de 1973. pp. 719-746.

MORAIS, J. L. B. de. *A idéia de direito social. O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PAOLI, M. C. “Movimentos Sociais no Brasil: em busca de um estatuto político”. In: HELLMANN, M. *Movimentos sociais e democracia no Brasil*. “Sem a gente não tem jeito”. São Paulo: Marco Zero – ILDESFES LABOR, 1995. pp. 24-55.

PRESSBURGER, T. “Miguel. Direito Insurgente: O direito dos oprimidos”. In: *Seminários*, n. 14, Rio de Janeiro, 1990.

QUIJANO, A. “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”. In: LANDER, E. (org.). *A colonialidade do saber. Eurocentrismo e ciências sócias. Perspectivas Latino-Americanas*. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), 2005, pp. 227-278.

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

ROULAND, N. (org.); PIERRÉ-CAPS, S.; POUMARÈDE, J. *Direito das minorias e dos povos autóctones*. Tradução de Ane Lize Spaltemberg; Revisão técnica de Rúbia Maria Pereira. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004.

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

_____. O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SCHERER-WARREN, I. *Redes de Movimentos Sociais*. São Paulo: Loyola, 1993.

SOROKIN, P. A. *Sociedade, cultura e personalidade. Sua estrutura e dinâmica; sistema de sociologia geral*. Tradução: João Batista Coelho Aguiar e Leonel Vallandro. Porto Alegre: Editora Globo, 1968. v. 1 e 2.

SOUZA Jr., J. G. de. “Movimentos Sociais – emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito”. In: ARRUDA JR, E. L. de (org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

TAYLOR, C. *El multiculturalismo y “La política Del Reconocimiento”*. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WAGNER, P. “As crises da modernidade. A sociologia política no contexto histórico”. In: *RBCS*, n. 31, ano 11, junho de 1996, pp. 29-43.

WALZER, M. *Da tolerância*. Tradução Almiro Piseta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, A. C.; VERAS NETO, F. Q.; LIXA, I. M. *Pluralismo Jurídico. Os caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.