

DO MONISMO AO PLURALISMO JURÍDICO: AS VARIÇÕES DA JURISDIÇÃO NO TOCANTE ÀS FONTES DE DIREITO EM SUA TEMPORALIDADE

FROM MONISM TO LEGAL PLURALISM: VARIATIONS OF JURISDICTION AS TO SOURCES OF LAW IN ITS TEMPORALITY

Alexandre Coutinho Pagliarini¹

Professor Titular dos Cursos de Mestrado e Graduação em Direito
(UNINTER, Curitiba/PR, Brasil)

Tatiana Wagner Lauand de Paula Sirena²

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná
(UFPR, Curitiba/PR, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; teoria do direito; história do direito.

RESUMO: Na tentativa de libertar-se de Portugal, o Estado brasileiro, após a independência, intentou ordenar as próprias instituições políticas e jurídicas. Houve uma gradual – embora lenta – produção legislativa, passando pela criação de faculdades de direito e pelo surgimento de órgãos estatais adequados ao padrão de separação dos poderes vigente na Constituição de 1824. O constitucionalismo foi um progresso e um avanço do Estado liberal moderno, que chegou ao século XIX com o propósito de reforçar a

noção de uma Constituição escrita, formal e protetora de direitos básicos. A consolidação do Estado constitucional derrubou a ideia de legalidade como fundamento estanque, automático e completo e definiu princípios constitucionais materiais de justiça e de direitos fundamentais, os quais passaram a atuar enquanto guias de toda a compreensão do ordenamento jurídico. E essa noção de incapacidade do monismo jurídico estatal para solucionar os problemas coletivos de dimensão social é justamente uma das causas da ordem jurídica plural. Assim, partindo-se desse cenário, e

¹ Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. *E-mail:* alexandrecoutinhopagliarini@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1618544193350080>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-5257-2359>.

² Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Professora Titular dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da ABDCONST e da FAE Business School e de Graduação em Direito da Universidade Tuiuti do Paraná. *E-mail:* tatianalauand@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0466838672122568>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-5693-9189>.

esquadrinhando-se a hipótese ora posta, o objetivo deste trabalho é exatamente o de investigar o contexto do pluralismo jurídico, a partir da análise das fontes de direito na contemporaneidade. Ao final, espera-se demonstrar como o monismo jurídico estatal perdeu a capacidade de sanar os problemas coletivos de dimensão social, especialmente diante da elevada carga de complexidade presente na sociedade hodierna.

ABSTRACT: *In an attempt to free itself from Portugal, Brazil, after independence, tried to organize its own political and legal institutions. There was a gradual – and slow – legislative production, going through the creation of Faculties of Law and the emergence of state bodies suited to the separation of powers in the Constitution of 1824. Constitutionalism was a progress and an advance of the Modern Liberal State, which arrived in the 19th century with the purpose of reinforcing the notion of a written, formal and protective Constitution of basic rights. The consolidation of the Constitutional State overturned the idea of legality as an immutable, automatic and complete foundation and defined material constitutional principles of justice and fundamental rights, which began to act as guides for the entire understanding of the legal system. This notion of the inability of state legal monism to solve collective problems of a social dimension is precisely one of the causes of the plural legal order. Thus, starting from this scenario, scrutinizing the hypothesis put forward, the objective of this work is to investigate the context of legal pluralism, from the analysis of the sources of law today. In the end, it is expected to demonstrate how state legal monism has lost the ability to solve collective problems of a social dimension, especially in the face of the high complexity present in today's social relations.*

PALAVRAS-CHAVE: monismo jurídico; pluralismo jurídico; fontes de direito.

KEYWORDS: *legal monism; legal pluralism. sources of law.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O monismo jurídico da modernidade e as codificações no Brasil; 2 Estado constitucional; 3 Noções de pluralismo jurídico e a complexidade social; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The legal monism of modernity and codifications in Brazil; 2 Constitutional state; 3 Notions of legal pluralism and social complexity; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Após a Independência, o Estado brasileiro procurou ordenar as próprias instituições políticas e jurídicas, tentando desvincular-se de Portugal. Houve então uma progressiva – embora lenta

– produção legislativa, passando pela criação de faculdades de direito e pelo surgimento de órgãos estatais adequados ao padrão de separação dos poderes vigente na Constituição de 1824. As evidências doutrinárias sobre esse esforço do Brasil de identificar a lei formal como expressão soberana da razão e a ciência do direito como domínio da segurança e da justiça, seguindo a lógica moderna europeia, durante o século XIX, sobretudo a partir da sua segunda metade, serão compiladas e contempladas.

Na sequência, o constitucionalismo representou um progresso e um avanço do Estado liberal moderno, que chegou ao século XIX com o propósito de reforçar a noção de uma Constituição escrita, formal e protetora de direitos básicos. A Constituição expressava conquistas históricas e, especialmente, os direitos e as liberdades individuais, alcançados ao longo de muitos anos pelos regimes liberais pós-revolucionários, em oposição aos poderes ilimitados de qualquer natureza. A consolidação do Estado constitucional, por isso, derrubou a ideia de legalidade como fundamento estanque, automático e completo, porquanto submeteu a lei às normas constitucionais, inclusive quando de sua interpretação. E, mais ainda, definiu princípios constitucionais materiais de justiça e de direitos fundamentais, os quais passaram a atuar enquanto guias de toda a compreensão do ordenamento jurídico.

É justamente essa noção de incapacidade do monismo jurídico estatal para solucionar os problemas coletivos de dimensão social – ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas da sociedade complexa – que será abordada ao final desse artigo. De forma minuciosa, serão trazidas conceituações de pluralismo jurídico, além do desenvolvimento da ideia de complexidade social como uma das causas da ordem jurídica plural.

Para o fim de se alcançar o objetivo deste estudo – que está, exatamente, na investigação do pluralismo jurídico instaurado no ordenamento pátrio, a partir do reconhecimento da insuficiência do monismo estatal para responder à complexidade social hodierna –, apresentam-se três partes bem segmentadas: em um primeiro momento, são delineados os limites e as particularidades do monismo jurídico, reconhecendo – na experiência brasileira moderna – no Estado a fonte genuína do direito, refutando-se qualquer outra. Na sequência, abordar-se-ão as peculiaridades do Estado constitucional, traduzindo uma mudança paradigmaticamente na passagem de um ente liberal e ausente para um Estado social, de garantia dos direitos individuais. Esse contexto serve,

também, de transição para o cerne deste estudo, situado na terceira parte, que contempla, de maneira objetiva, as vicissitudes do pluralismo jurídico.

Tudo isso é posto a partir do exame acurado do que há de mais avançado na doutrina especializada. Neste particular, adotar-se-ão, exemplificativamente, como referenciais elementares, as figuras de Paulo Grossi, Sérgio Said Staut Jr., António Carlos Wolkmer, Michel Villey e – com especial destaque – António Manuel Hespanha. E tudo para que se possa promover um percurso crítico, que saia da partida do monismo jurídico estatal e alcance a chegada do complexo ambiente do pluralismo jurídico imperante no contexto brasileiro.

1 O MONISMO JURÍDICO DA MODERNIDADE E AS CODIFICAÇÕES NO BRASIL

O traço típico da estatalidade moderna está na relação entre soberania, representação e decisão política³. O soberano é a expressão representativa da vontade dos sujeitos: “A soberania encontrou na lei a sua primeira expressão. A lei é expressão da vontade e a medida do justo e do injusto: é a vontade soberana legiferante a condição necessária e suficiente da ordem”⁴. O direito é reduzido a instrumento de controle social, tornando-se um método sagaz (ato de vontade, ato de império, ato de comando): uma criação do titular da soberania⁵.

A partir da consolidação de parte significativa dos Estados europeus modernos, o direito – em um encadeamento histórico lento e difuso nos países de *civil law*⁶ – passou a ser compreendido pela “opinião mais corrente, embora não única”⁷, como fruto da atividade legislativa do poder soberano⁸.

³ COSTA, P. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 158.

⁴ *Ibid.*, p. 84.

⁵ GROSSI, P. *O direito entre poder e ordenamento*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 100.

⁶ FONSECA, R. M. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2001. p. 30.

⁷ HESPANHA, A. M. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional? *Iusgentium*, v. 12, n. 6, p. 08, 2015.

⁸ STAUT JÚNIOR, S. S. *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 82.

Pressupondo a associação espontânea de indivíduos iguais com interesses comuns, a ordem da sociedade tinha que ser resultado da soma de vontades individuais soberanamente livres e autônomas⁹. Eventuais particularidades pessoais foram categorizadas em padrões para que houvesse propósitos gerais.

O individualismo tornou-se o elemento principal da ideologia moderna, a eleger o homem como centro autônomo de decisões econômicas políticas e racionais: a lei significava recurso da razão, feita pelo homem e para o homem¹⁰.

O direito, conforme explica Michel Villey, era uma organização do indivíduo racional e baseada em regulamentos e padrões explícitos; por isso, poderia ser exposto apenas pelo legislador representante do interesse geral¹¹. No Estado de Direito, o soberano deveria ser obedecido em função da conformidade de seus atos com o mandamento legal: o caráter geral da lei garantia tanto a liberdade quanto a igualdade¹².

Esse processo de “absolutismo jurídico”¹³ reduziu a ordem jurídica à simplicidade, com lógica pronta e generalizada: “Um direito muito preocupado com a redução da complexidade, com grande tendência à abstração e simplificação”¹⁴. Irrelevante o conteúdo, o direito era universal porque decorria de validade formal e expressava uma vontade impessoal e neutra a garantir uma *ordem* única, que coincidia com o território nacional, uniforme, sem variações na área geográfica onde estava inserido. Numa ordem estável e duradoura, não se concebiam a multiplicidade, a divisão interna e o pluralismo social dos grupos, pois toda autoridade estaria concentrada no Estado unitário e soberano¹⁵.

⁹ WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 39.

¹⁰ VILLEY, M. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 172.

¹¹ *Ibid.*, p. 177.

¹² COELHO, L. F. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 499.

¹³ GROSSI, P. *Absolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1988.

¹⁴ STAUT JÚNIOR, S. S. *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 83.

¹⁵ WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 42.

As relações jurídicas passaram a se basear inteiramente na figura do Estado, garantidor da ordem e da segurança da população, e único instituidor das normas de direito a serem seguidas pelo corpo político e social¹⁶.

Afastando como não jurídicas quaisquer outras formas alternativas de normatividade social, o princípio da unicidade se revelou ligado ao princípio da estatalidade: o direito era somente aquele do Estado soberano, que detinha o monopólio de sua criação, interpretação e aplicação, bem como o monopólio da segurança organizada¹⁷.

O Estado seria, neste aspecto, a organização encarregada de manter a ordem por intermédio do direito; as leis estatais seriam propostas a toda a coletividade por legisladores ideologicamente neutros. A legitimidade confundir-se-ia com a racionalidade, pois era preciso que o direito, além de uno e estatal, fosse racional¹⁸.

A identificação das práticas, usos e costumes como fontes de direito, a utilização de outras fontes normativas além da lei estatal e a possibilidade de criação e desenvolvimento do direito mediante a atividade interpretativa eram vistas como um retorno ao Antigo Regime, à desordem¹⁹.

Assim, a ótica moderna foi revelada pela onipotência do legislador e pelo monismo estatal a confundir legitimidade e legalidade. Ao juiz, com postura acrítica e passiva, competia apenas a exegese, a explicação, a clarificação da lei, sem discuti-la²⁰. No plano do conhecimento, significava a simples reprodução de saberes e a manutenção dos institutos jurídicos²¹: “O formalismo legalista, ou seja, o direito construído como dimensão formal fundada não sobre fatos,

¹⁶ GROSSI, P. *O direito entre poder e ordenamento*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 103.

¹⁷ COELHO, L. F. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 410.

¹⁸ VILLEY, M. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 179.

¹⁹ STAUT JÚNIOR, S. S. *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 85.

²⁰ HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 402.

²¹ COELHO, L. F. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 499.

mas sobre a lei como apropriadora e intérprete única dos fatos, transformou o terreno jurídico em um recinto fechado”²².

A função jurisdicional era, ao mesmo tempo, pronta, segura e uniforme, fiel executora da vontade do legislador soberano²³: “Aos juízes não competia o poder de estabelecer o direito (poder legislativo), mas apenas o de o aplicar (poder judicial) [...] quanto à integração das lacunas, a prudência devia ser ainda maior, devendo o jurista tentar encontrar para o caso concreto uma solução que pudesse ter sido a do legislador histórico se o tivesse previsto”²⁴. Como explica Sergio Staut, durante a modernidade ocidental europeia, o direito cada vez mais converteu-se em um “produto da vontade do legislador, uma manifestação do poder político, perdendo paulatinamente com isso a sua dimensão plural e social”²⁵.

A ordem jurídica do Estado pretendeu, pois, o monopólio da definição de todo o direito, tendo quaisquer outras fontes jurídicas uma legitimidade apenas derivada, ou seja, decorrente de uma determinação estatal²⁶.

Esse paradigma jurídico monista – direito identificado com a lei – foi o modelo normativo dominante até o século XX nos países industriais avançados (Europa Ocidental)²⁷.

Especificamente no Brasil, o século XIX (mais a segunda metade dele) representou o momento de transição: a lei escrita foi se confirmando, aos poucos (não de modo automático e simplório), como fonte formal principal do direito, esvaziando, ainda que não por completo, a relevância das demais fontes²⁸.

²² GROSSI, P. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 40, p. 6-25, 2004, p. 14.

²³ HESPANHA, A. M. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 57.

²⁴ HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 402.

²⁵ STAUT JÚNIOR, S. S. *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 83.

²⁶ HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 400.

²⁷ *Ibid.*, p. 82.

²⁸ FONSECA, R. M. Estados, Poderes e jurisdições: modelos de análise e a experiência brasileira. In: SOUZA, A. P. de (coord.). *Estado, poder e jurisdição*. Rio de Janeiro: GZ, 2015. p. 25.

Contrariamente ao ocorrido em alguns países da América espanhola, no Brasil não ingressaram, de modo abrupto e dominante, as pretensões de codificação e, por isso, não houve ruptura total e imediata com a realidade jurídica firmada nos tempos anteriores à independência²⁹.

A continental extensão territorial brasileira e o hábito herdado de Portugal no sentido de transferir toda a autoridade aos donatários das terras cedidas durante a colonização acabaram por fortalecer o poder local e por dificultar a implementação do processo – que seria ordinariamente modernizante – de unificação do poder em torno da figura do novo imperador, do novo Estado³⁰. As poderosas elites agrárias não concordavam em abandonar suas posturas e práticas conservadoras em relação à escravidão, ao patriarcalismo e à grande propriedade para consagrar valores liberais de liberdade e igualdade em um sistema jurídico universal e ordenado: “Não foi muito fácil para parcelas significativas das elites rurais nacionais, presas a tradições e a valores de uma sociedade agrária intensamente desigual e conservadora, a aceitação de um conjunto normativo modernizador do universo jurídico pátrio”³¹.

Embora se tenha produzido a Constituição Imperial em 1824, o Código Criminal em 1830, o Código Comercial e a Lei de Terras em 1850, a codificação civil tardou até 1916. E isso obrigou que as relações privadas fossem regulamentadas por legislação esparsa, pelas ainda leis portuguesas (especialmente pelas Ordenações Filipinas, não completamente revogadas e ainda presentes na jurisprudência) e pelos costumes e usos, herdados do período anterior e interessantes aos grandes proprietários rurais³².

A mais, não havia uma cultura jurídica nos anos iniciais após a independência do Brasil³³. Até então, “Portugal possuía como diretriz a proibição da instalação de cursos jurídicos na colônia, pois um dos maiores

²⁹ FONSECA, R. M. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 44, p. 61-76, 2006, p. 62.

³⁰ FONSECA, R. M. Estados, poderes e jurisdições: modelos de análise e a experiência brasileira. In: SOUZA, A. P. de (coord.). *Estado, poder e jurisdição*. Rio de Janeiro: GZ, 2015. p. 24.

³¹ STAUT JÚNIOR, S. S. *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 121.

³² *Ibid.*, p. 119.

³³ FONSECA, R. M. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 44, p. 61-76, p. 70, 2006.

vínculos de dependência que lhe restava era a obrigatoriedade de estudos da elite na metrópole, forçando uma parcial imposição ideológica – que se converteria em política, segundo os interesses do Reino – aos jovens acadêmicos³⁴. A instalação dos primeiros cursos jurídicos no Brasil somente se deu em 1827 nas cidades de São Paulo e Olinda, com o objetivo de formar a administração do país que se consolidava e, por consequência, fortalecer cada vez mais a separação da antiga metrópole³⁵.

A articulação política com o fim de solidificar o Estado-nação brasileiro, desvinculado de Portugal, teve como fortes agentes os magistrados que, pela jurisprudência, contribuíram na elaboração de regras oficiais e, gradativamente, separaram a função de julgar da tarefa de governar e legislar. A criação de órgãos judiciais (juízes e tribunais) independentes representou a estruturação do estamento burocrático em conformidade com a separação de poderes prevista na Constituição de 1824³⁶.

Foi um período de transição, durante o qual os padrões jurídicos pré-modernos e os modernos se contrapuseram e conviveram, num complexo sistema de variabilidade: por vezes, aplicava-se um direito inculto, plural, alheio à noção de norma oficial, regido pelos costumes, pelas forças sociais atuantes e pelas decisões judiciais, como já acontecia no modelo anterior do antigo regime. Outras tantas, valia um direito baseado na progressiva produção legislativa, na cultura agora letrada, na vontade de firmar um Estado moderno com parâmetros liberais e com órgãos institucionais organizados, separados e adequados à Constituição vigente³⁷.

Antonio Carlos Wolkmer aduz, inclusive, que os anos do século XIX após a separação da colônia em 1822 não trouxeram mudanças reais ou interrupções completas das influências da estrutura jurídica portuguesa. Pelo contrário,

³⁴ SOUZA, A. P. de. *Direito público e modernização jurídica: elementos para compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX*. 1º jul. 2010. 208 folhas. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 85, 2010.

³⁵ STAUT JÚNIOR, S. S. *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 120.

³⁶ SOUZA, A. P. de. *Direito público e modernização jurídica: elementos para compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX*. 1º jul. 2010. 208 folhas. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 61, 2010.

³⁷ FONSECA, R. M. Estados, poderes e jurisdições: modelos de análise e a experiência brasileira. In: SOUZA, A. P. de (coord.). *Estado, poder e jurisdição*. Rio de Janeiro: GZ, 2015. p. 25.

promoveu-se somente uma “reestruturação”, mediante a incorporação e “adaptação” de princípios do ideário econômico capitalista, da doutrina do liberalismo individualista e da filosofia positivista: “Por certo, para responder às necessidades locais, compatibilizavam-se as velhas estruturas agrárias e elitistas com o surto eclético e com as adesões às novas correntes europeias”³⁸.

Houve no Brasil, portanto, uma tentativa de identificar o direito com a lei formal e escrita, nos moldes da noção moderna liberal de monismo jurídico: redução da juridicidade à legalidade estatal, ligação indissolúvel do direito ao poder político, imposição aos juristas da tarefa única de exegeta, por meio de um processo lógico de subsunção de um fato concreto a uma norma abstrata (operação direta e automática de silogismo).

2 ESTADO CONSTITUCIONAL

Imersa no sistema jurídico monista, a supremacia da Constituição, como norma fundamental do Estado que assegura os direitos e liberdades dos indivíduos, foi se propagando no decorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais dos Estados modernos³⁹.

A Constituição moderna, como explica Vera Karam de Chueri, teria a função de impor “limites aos poderes do soberano, agora reduzido à categoria de órgão do Estado e regido pela lei. Também impor limites ao poder soberano do povo, na medida em que o Estado constitucional *é um* Estado de poderes limitados”⁴⁰.

O constitucionalismo foi, assim, um progresso e um avanço do Estado liberal moderno, que chegou ao século XIX com o propósito de reforçar a noção de uma Constituição escrita, formal e protetora de direitos básicos. A Constituição expressava conquistas históricas e, especialmente, os direitos e liberdades do sujeito, alcançados ao longo do século XIX pelos regimes liberais

³⁸ WOLKMER, A. C. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina*. Anais. IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDConst., 2011. pp. 143-155. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/Antoniowolkmer.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2022.

³⁹ BERCOVICI, G. Constitution and politics: a difficult relationship. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-6445200-4000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24 mar. 2022.

⁴⁰ CHUEIRI, V. K. de; GODOY, M. G. *Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/09.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

pós-revolucionários, em oposição aos poderes ilimitados de qualquer natureza. Os parâmetros e as extensões da atuação do poder estavam, enfim, definidos⁴¹.

Todavia, o papel liberal das Constituições – com função primordial de limitação e organização do poder – deixou de ser o bastante no século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial.

Os princípios e os objetivos que sedimentaram o estatuto epistemológico da legalidade ocidental, no tocante às fontes de direito – ideologia liberal-individualista e Estado soberano garantidor de certeza e segurança⁴² – começaram a não mais responder, de modo eficaz, às novas exigências político-econômicas. Da mesma maneira, não atendiam mais ao aumento de conflitos entre grupos e classes sociais e ao surgimento de complexas contradições culturais e materiais de vida da sociedade no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial⁴³.

Notou-se que a vontade do povo era exprimida pelo partido que se espelhava, por sua vez, na autoridade totalitária do guia supremo, do *Fuhrer*⁴⁴. Os mecanismos eleitorais perderam sentido a partir do momento em que o povo se tornou uma unidade racial homogênea⁴⁵. A legitimidade advinha da unidade de sangue da comunidade, e não do individualismo liberal e democrático, como se idealizava. Nessa conjuntura, o atributo insuperável da representação moderna oitocentista – o dualismo entre representados e representantes – foi substituído pela celebração da identidade. A representação passou a estar justamente na autoridade política absoluta, que se ligava ao povo pela relação identitária: o *Fuhrer* representava o povo por *ser* o povo⁴⁶.

⁴¹ BERCOVICI, G. Constitution and politics: a difficult relationship. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002-&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24 mar. 2022.

⁴² HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 401.

⁴³ HESPANHA, A. M. *Pluralismo jurídico e direito democrático: prospectivas do direito no séc. XXI*. 2016, e-book, p. 53.

⁴⁴ HESPANHA, A. M. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional? *Iusgentium*, v. 12, n. 6, p. 22, 2015.

⁴⁵ COSTA, P. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 200.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 201.

Assim, o colapso desses comandos extremos, no clima histórico do segundo pós-guerra, permitiu a emergência de um constitucionalismo, de governo compromissado com os direitos fundamentais que deveriam ser tutelados por um Estado democrático-constitucional, que não poderia descurar da soberania popular⁴⁷.

O campo constitucional precisava ser ampliado para incluir toda a sociedade, não só o Estado; para englobar os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização⁴⁸. Até o final do século XIX e começo do século XX, as Constituições europeias e latino-americanas eram tipicamente liberais e restringiam-se à limitação do poder e às garantias mínimas de direitos individuais, sem compromisso com a democracia. A Constituição estava explicitamente posta como forma, mas não havia engajamento com realidade e necessidade sociais⁴⁹.

A noção da Constituição como totalidade, revelando um caráter dinâmico entre Estado e sociedade (não somente estático manifestado na instauração – poder constituinte originário), traria efetivação à ordem constitucional por meio de uma política constitucional social duradoura, sem se reduzir unicamente à normatividade.

As Constituições agora sociais – ou programáticas – do pós-guerra deveriam incluir, a partir de suas regulamentações jurídicas, políticas e sociais (ou seja, a partir da sua conexão com a realidade social), o Estado constitucional democrático. O sentido, os objetivos, os princípios políticos e a ideologia que conformam a Constituição, a realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação deveriam ser ponderados⁵⁰.

Essencialmente com o fim dos regimes totalitários na Europa, portanto, o direito exclusivo posto pelo Poder Legislativo, imposto de maneira geral e

⁴⁷ Ibid., p. 241.

⁴⁸ FIORAVANTI, M. *Costituzionalismo: percorsi dela storia e tendenze attuali*. Roma: Laterza, 2009. p. 144.

⁴⁹ GEDIEL, J. A. P. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 174-183, 2014, p. 178.

⁵⁰ FERCOVICI, G. Constitution and politics: a difficult relationship. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002-&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24 mar. 2022.

abstrata, começou a ser insuficiente às ideias de democracia e de direitos dos sujeitos, que iam ganhando força⁵¹.

As atrocidades vivenciadas no período da guerra, quando os comandos totalitários estavam formalmente em conformidade com o Estado de Direito, revelaram a ineficiência de uma teoria do direito puramente formal. O foco central do ordenamento jurídico deveria voltar-se ao sujeito, e não à lei oficial, conduzindo a democracia e os direitos à rejeição do totalitarismo⁵².

Então, a valorização da pessoa e a compreensão da multiplicidade existente na comunidade surgiram em oposição à irrelevância das vontades particulares e a massificação da sociedade (celebração da identidade dos regimes totalitários)⁵³.

Além dessas vertentes alusivas à política, o oferecimento dos serviços materiais do Estado e a prestação jurídica eram deficientes⁵⁴.

A falência da ordem jurídica herdada do século XIX (liberal-burguesa, dogmatizada em abstrações normativas acerca de um sujeito de Direito ou de um Estado de Direito, com lógica individualista e racionalidade formal) dá-se, segundo Antonio Carlos Wolkmer, exatamente por não ter conseguido acompanhar o ritmo crescente de novas formas de reivindicações e transformações aceleradas da sociedade⁵⁵. A justiça do direito deixou de ser relacionada à simplicidade de aplicação instantânea, invariável e homogênea da lei, fundamentada sobre o sujeito único de direito, abstrato e geral⁵⁶.

O Estado constitucional preservou a construção teórica formal quanto ao sistema escalonado de normas e superioridade da Constituição, mas também tencionou garantir o resguardo de alguns direitos substanciais, aos

⁵¹ COSTA, P. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 255.

⁵² *Ibid.*, p. 261.

⁵³ HESPANHA, A. M. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional? *Iusgentium*, v. 12, n. 6, p. 21, 2015.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁵ WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 90.

⁵⁶ FIORAVANTI, M. *Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado constitucional* (texto apresentado no VI Congresso Brasileiro de História do Direito, Brasília, setembro de 2013, trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luis Henrique Krassuski Fortes).

quais não se poderia mais renunciar. O constitucionalismo introduziu, em posição de preeminência, as normas de princípio (especialmente em matéria de direitos relacionados à democracia), os direitos fundamentais, as técnicas de interpretação e o controle de constitucionalidade⁵⁷.

Nesse momento, revelou-se a importância da atividade jurisdicional, em busca da concretização efetiva dos compromissos desta nova fase do constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial. Voltado ao alcance desse propósito, era fundamental um Poder Judiciário com independência e autoridade para se impor em uma situação de conflito. Os direitos individuais não poderiam mais ser violados – nem mesmo pelo Estado –, e a jurisdição serviria como forte defensora da Constituição⁵⁸.

Não mais resolveria um Poder Judiciário – sobretudo tribunais constitucionais – sujeito às pressões das majorias e inerte em relação à eficácia normativa da Constituição:

Não se tratava de substituir o direito maioritário por um direito contramaioritário, mas de forçar as majorias a serem refletidas e inclusivas, tomando em devida conta todos os interesses em presença, mesmo os das minorias políticas, e ponderando-os equilibradamente, com o recurso a pautas de valores mais complexas do que as das majorias parlamentares ou do senso comum.⁵⁹

A consolidação do Estado constitucional derrubou a ideia de legalidade como fundamento estanque, automático e completo e submeteu a lei às normas constitucionais, inclusive quando de sua interpretação. E, mais ainda, definiu princípios constitucionais materiais de justiça e direitos fundamentais, os quais passaram a dever guiar toda a compreensão do ordenamento jurídico.

⁵⁷ CHUEIRI, V. K. de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, R. M. (org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 161.

⁵⁸ FIORAVANTI, M. *Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado constitucional* (texto apresentado no VI Congresso Brasileiro de História do Direito, Brasília, setembro de 2013, trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luis Henrique Krassuski Fortes).

⁵⁹ HESPANHA, A. M. *Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no séc. XXI*, p. 18, 2016, e-book.

Enfim, na tentativa de equilibrar o governo do povo ao respeito e à eficácia da Constituição, o ordenamento jurídico conferiu ao Poder Judiciário a tarefa de guardião, como seu intérprete máximo. Os juízes – inclusive os do sistema da *civil law* – foram dotados de capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano, em favor da defesa e da garantia da Constituição efetiva para todos.

3 NOÇÕES DE PLURALISMO JURÍDICO E A COMPLEXIDADE SOCIAL

Como trazido nos parágrafos anteriores, o monismo jurídico estatal tornou-se, no final do século XX, incapaz de solucionar os problemas coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas da sociedade complexa⁶⁰.

As reivindicações de ordem política e econômica, a multiplicação de choques entre grupos e classes sociais, o surgimento de profundas contradições culturais e materiais de vida da sociedade no período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial não foram contidos pela ideologia liberal-individualista e pelo Estado de Direito, soberano garantidor de certeza e segurança. Aos poucos, esses elementos se revelaram, portanto, ineficazes e insuficientes⁶¹.

Na sociedade imersa nas diferenças, não se pode imaginar que um povo (se é que é possível definir povo no mundo globalizado exatamente como questiona HESPANHA⁶²) possa ter *uma* vontade, e não muitas e inconstantes aspirações, dependendo de cada grupo e necessidade (de gênero, de idade, de região, de cultura, de estrato social, de religião, de interesses). Da ideia de uma sociedade constituída por indivíduos iguais e indiferenciados, passou-se para a noção de uma sociedade integrada por pessoas marcadas pela diversidade e por grupos portadores de diferenças⁶³.

⁶⁰ HESPANHA, A. M. *Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do direito no séc. XXI*, p. 75, 2016, e-book.

⁶¹ HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 401.

⁶² HESPANHA, A. M. *Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do direito no séc. XXI*, p. 19, 2016, e-book.

⁶³ *Ibid.*, p. 63.

A busca por um direito “autêntico”⁶⁴ sai da unidade legislativa estatal e alcança outros centros autônomos de produção de normas: organização da vida corrente (famílias, comunidades e associações); relações internacionais e órgãos de caráter internacional, como a ONU e a Corte de Justiça de Haia (Tribunal Internacional); práticas estabelecidas nos negócios, nas empresas multinacionais e nas empresas cuja administração é entregue a colegiados eleitos; doutrina; jurisprudência; costumes; movimentos sociais; tribunais e autoridades administrativas; serviços públicos descentralizados; sindicatos; sistemas religiosos que abrangem questões relacionadas à família, às sucessões, às obrigações e ao consumo; o direito indígena não escrito; sistemas normativos impostos pelo narcotráfico em territórios latino-americanos de extensão não desprezível; internet; tribunais desportivos; regras consideradas corretas por determinado ramo de atividade profissional (com ou sem conselhos de classes); regulação da concorrência; normas de direito supraestatais (estabelecidas ou não por tratados internacionais); contratos, pactos antenupciais, cláusulas de arbitragem, acordos tácitos ou decorrentes de rotinas; boas práticas relativas ao meio ambiente; cláusulas gerais e princípios como dignidade humana, liberdade, honra, família⁶⁵.

Essas novas formas de organização jurídica surgem além do Estado ou mesmo contra o Estado. Os fenômenos da globalização e as forças privadas, sobretudo potências econômicas, começam a produzir direito. Grupos de minorias começam a não mais se identificar com o direito estatal hegemônico⁶⁶.

A lei concebida como norma impessoal, geral, abstrata e igual para todos aniquila a complexidade e a diversidade da sociedade e não enfrenta o confronto do tempo com as necessidades reais da coletividade: “A representação popular – representação de poucos, de pouquíssimos – resolve-se em uma arrogante ficção”⁶⁷.

⁶⁴ Ibid., p. 18.

⁶⁵ HESPANHA, A. M. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009; WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001; CORREAS, Ó. *Alternatividade e direito: o direito alternativo diante da teoria do direito*. *InSURgência: Revista de Direitos e Movimentos*, v. 1, n. 1, p. 105-120, 2015; COELHO, L. F. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁶⁶ COELHO, L. F. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 421.

⁶⁷ GROSSI, P. *Primeira lição sobre direito*. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 85.

A norma estatal não é uma realidade autossuficiente; ao contrário, é incompleta e acabada. O aperfeiçoamento do direito somente poderá ser alcançado com a compreensão do texto para além da imobilização da escrita, “eliminando o risco mais deletério que o direito pode correr: a separação entre formas/normas jurídicas e o fluir da história, com a conseqüente aridez e esterilidade daquelas”⁶⁸.

Ademais, a mobilidade do mundo atual não permite que os processos legislativos estatais acompanhem o ritmo de mudança e da complexidade das sociedades, pelo que o Direito Legislado estaria, por vezes, obsoleto em relação aos estados das coisas e valores a regular⁶⁹. As leis estarão superadas pela vivacidade dos fatos no momento em que estiverem prontas e serão cada dia mais antiquadas⁷⁰.

A partir, pois, do final do século XX, uma nova dimensão político-social levou à compreensão de que a vontade da maioria não regula toda a diversidade da coletividade, nem regula de forma soberana e exclusiva⁷¹. A consequência para a teoria do direito foi o reconhecimento da pluralização das fontes de direito⁷², para além das leis do Estado, do poder político como monopolização da produção jurídica e da identificação do direito na lei entendido restritivamente como expressão da vontade do Poder Legislativo⁷³.

Sem a exclusiva chancela estatal, o direito pode manifestar-se de outros modos e representar as várias dimensões da realidade plural que é a sociedade. Dentro da perspectiva democrática atual, o legalismo estatal, portanto, não é considerado a origem única do direito, bem como a fonte de sua legitimação última.

⁶⁸ GROSSI, P. A identidade do jurista, hoje. In: *Doutorado Honoris causa a Paolo Grossi*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2011. p. 43.

⁶⁹ HESPANHA, A. M. *Pluralismo jurídico e direito democrático*: perspectivas do direito no séc. XXI, p. 25, 2016, e-book.

⁷⁰ GROSSI, P. *O direito entre poder e ordenamento*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 76.

⁷¹ WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 90.

⁷² WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 19.

⁷³ GROSSI, P. A identidade do jurista, hoje. In: *Doutorado Honoris causa a Paolo Grossi*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2011. p. 29.

A construção que possibilita esse exame prospectivo de fontes de direito é o pluralismo jurídico, noção que se opõe à teoria de exclusiva estatalidade na produção jurídica. Se na concepção monista somente um tipo de grupo social – o grupo político – detém o poder para criar e ditar normas jurídicas, para o pluralismo há múltiplas e heterogêneas fontes produtoras de direito, que surgem como manifestação espontânea e concreta das diferentes camadas sociais e dos diferentes agrupamentos humanos.

O pluralismo jurídico, segundo Luiz Fernando Coelho, “refere-se ao fato de que o direito se encontra inserido na sociedade, isto é, transcende os órgãos estatais. Ele se caracteriza pela coexistência de diversos sistemas jurídicos no mesmo espaço social. É tratado, portanto, como um problema de fontes, ao serem admitidas outras fontes, além do Estado, de positividade jurídica”⁷⁴.

Além do poder político, para o pluralismo, todo grupo de alguma consistência está habilitado a criar normas que podem adquirir o alcance de normas jurídicas. Essa produção plural não se limita somente ao espaço normativo infraestatal (no interior do território ou da nação abrangidos pela soberania do Estado): ordens normativas tendem a desenvolver-se à margem do direito do Estado e até prevalecer sobre ele⁷⁵.

Óscar Correias propõe designar como pluralismo jurídico a simultaneidade de normas que reclamam obediência dentro do Estado e que pertencem a sistemas jurídicos distintos⁷⁶: “Coexistência, em um mesmo território, de dois ou mais sistemas jurídicos; quer dizer, de normas que se organizam ao redor de diferentes regras de reconhecimento”⁷⁷.

Para compreensão do conceito, é preciso destacar que sistemas jurídicos são, de acordo com o autor argentino, todo conjunto de normas organizadoras da violência, que podem ser extraídas de discursos produzidos por juristas,

⁷⁴ COELHO, L. F. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 426.

⁷⁵ COELHO, L. F. *A transmodernidade do direito e as novas formas de juridicidade*. (Texto apresentado na Universidade Blas Pascal, Córdoba/Argentina, maio de 1999, e na 2ª Conferência dos Advogados do Estado do Paraná, Curitiba, agosto de 1999). Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/5198332>. Acesso em: 22 mar. 2022.

⁷⁶ CORREAS, Ó. Alternatividade e direito: o direito alternativo diante da teoria do direito. *In SURgência: Revista de Direitos e Movimentos*, v. 1, n. 1, p. 105, 2015.

⁷⁷ CORREAS, Ó. *Introdução à sociologia jurídica*. Tradução: Carlos Souza Coelho. Porto Alegre: Crítica Jurídica, 1996. p. 88.

designados por discursos anteriores, e das que estão organizadas por uma “norma fundante” eficaz, isto é, que conta com o reconhecimento suficiente para a permanência do mesmo grupo no poder. Isso significa que as normas de uma comunidade social constituem um sistema jurídico, ainda que não tenha sido produzido pelo estado dominante. Mais ainda: a comunidade social constitui um *estado*, só que dominado⁷⁸.

Partindo de estudos sociológicos, Boaventura de Sousa Santos identificou pluralismo jurídico na constituição por uma comunidade capitalista delimitada (pelo autor denominada Pasárgada⁷⁹) de um estatuto jurídico próprio, paralelo, em conflito com o direito estatal (pelos moradores denominado direito do asfalto), para a solução dos problemas internos e em razão da exclusão jurídica e social promovida pelo Estado⁸⁰. A relação entre esses ordenamentos identificados não é, para o autor português, igualitária, na medida em que o direito interno da comunidade é dependente do direito oficial.

O direito de Pasárgada recorre, frequentemente, ao direito estatal, ainda que somente a título argumentativo, com o objetivo de buscar legitimação, simular um ambiente de maior oficialidade ou alcançar coercitividade, pela ameaça de aplicação do direito do Estado, caso haja o descumprimento das regras de conduta estabelecidas pela comunidade⁸¹.

Não obstante a hegemonia do direito estatal, o autor português conclui existir pluralismo jurídico, manifestado no plano supranacional pelo direito internacional e no plano interno pelas diversas ordens jurídicas locais, a reger determinadas categorias de relações sociais. Desde o colapso da regulação moderna, vive-se uma época de transição paradigmática para um novo cenário, que deverá ser o da emancipação social⁸².

⁷⁸ Ibid., p. 89.

⁷⁹ Boaventura de Sousa Santos realizou estudos empíricos, durante os anos 1970, numa comunidade do Rio de Janeiro – Pasárgada – e identificou a existência de um direito, diferente do estatal, resultado da organização social dos moradores. A Comunidade de Pasárgada originou-se a partir de ocupações em terrenos particulares e, por isso, é ilegal para o direito estatal brasileiro. In: SANTOS, B. de S. *O discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 14.

⁸⁰ SANTOS, B. de S. Nota sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA, J. G. (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. p. 42.

⁸¹ SANTOS, B. de S. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007; p. 170.

⁸² Ibid., p. 171.

Já Paolo Grossi, ao considerar que o referente do direito, depois dos fenômenos de globalização, não está mais no Estado, e sim na sociedade e além do Estado, entende que os “canais de escoamento” do direito são plurais e que, ao lado do “canal maior” do direito estatal, existem “canais privados”⁸³. Novas fontes com seus instrumentos, institutos, juízes privados (árbitros) passam a partilhar a juridicidade com a estrutura estatal (leis, oficiais de polícia, juízes)⁸⁴.

A ordem jurídica que se quer efetiva não pode mais se limitar à simplicidade e certeza do texto da norma, à vontade do legislador. Pelo contrário, deve ampliar-se na direção da expressividade da sociedade, além da porção exposta em função do direito oficial: “Efetividade mais do que validade, tem-se como resultado imediato o abandono do velho e inadequado monismo jurídico para uma abertura substancialmente pluralista, já que é unitário e compacto o reino do válido, heterogêneo, plural, complexo é, ao contrário, o reino do efetivo”⁸⁵.

O pluralismo jurídico refere-se, assim, a toda a juridicidade que vive no âmbito de um mesmo território político, a pluralidade de ordenamentos jurídicos: “A antiga tipicidade das fontes, que permitia às mesmas um atento controle por parte do poder político, cede lugar a uma pluralização, que se transforma em substancial atipicidade”⁸⁶. Os juristas com sua “capacidade ordenante”⁸⁷ devem, nesse cenário de pluralismo jurídico, assumir, com ênfase, o papel de mediadores “entre o pluralismo dos valores de uma sociedade e a surdez dos textos legislativos”⁸⁸.

Um conceito de pluralismo que atenda aos valores da diversidade e da emancipação sociais é sugerido por Antonio Carlos Wolkmer, para

⁸³ GROSSI, P. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 40, p. 15, 2004.

⁸⁴ GROSSI, P. *O direito entre poder e ordenamento*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 84.

⁸⁵ GROSSI, P. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 40, p. 15, 2004.

⁸⁶ GROSSI, P. *O direito entre poder e ordenamento*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 128.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 130.

⁸⁸ GROSSI, P. A identidade do jurista, hoje. In: *Doutorado Honoris causa a Paolo Grossi*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2011. p. 82.

quem os “movimentos sociais” (denominação dada a “sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de institucionalização, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais”⁸⁹) não reconhecem o aparato estatal como adequado para representar seus interesses, atender suas necessidades e solucionar suas demandas e conflitos de um modo que lhes pareça justo.

Tais agentes, por isso, fomentam uma composição social que inclua múltiplas organizações, uma nova estrutura institucional e uma autonomia relativa, especialmente perante o Estado. As fontes de direito, nesse cenário, escapam à exclusividade estatal para serem encontradas no âmbito das relações sociais, em suas essencialidades, em seu modo de produção de vida material e em seu registro cultural e valorativo⁹⁰.

A formulação teórica proposta por Wolkmer ao pluralismo jurídico designa “a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si”⁹¹. É de teor comunitário e participativo, identificado com uma outra forma de legalidade, comprometida com a emancipação social e oriunda dos valores e das práticas dos movimentos sociais que se contrapõem à globalização hegemônica. Esse novo projeto deriva, pois, das práticas sociais insurgentes, motivadas para a satisfação de necessidades essenciais.

Assim, os pressupostos para se pensar as fontes de direito devem ser os sujeitos coletivos, o sistema de necessidades humanas, a descentralização e participação política, a consolidação de uma ética de alteridade e a construção de uma racionalidade emancipatória⁹².

⁸⁹ WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 122.

⁹⁰ WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 143.

⁹¹ WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 171.

⁹² *Ibid.*, p. 233.

O pluralismo jurídico comunitário-participativo proposto perpassa, portanto, pela autonomia dos vários grupos sociais, independentemente do poder estatal; pelo deslocamento do centro decisório para esferas locais e fragmentárias; pela participação de todos os grupos – também os minoritários – no processo decisório; pelo privilégio que o poder local assume diante do poder central; pela rejeição da homogeneidade e formulação de uma ética de alteridade, comprometida com a dignidade do outro, em contraposição à cultura individualista moderna; pela criação de uma estrutura de convivência entre os vários grupos sociais onde se coloque em prática a moderação; e pela elaboração de uma racionalidade de caráter emancipatório, de caráter dialético e gerado no próprio cotidiano da vida social⁹³.

António Manuel Hespanha admite que o direito pode se revelar por outros meios, para além dos estaduais, em atenção a uma variedade e complexidade de planos de regulação que já existem (no plano fático) na sociedade⁹⁴.

Porém, as variadas fontes de direito não devem estar escalonadas em um formato de pirâmide, mas sim em uma estrutura similar a uma rede, na qual a constituição e as leis ocupem posições não necessariamente hegemônicas em relação às fontes não estatais: “O direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que entre eles exista um que determine a validade dos outros ou estabeleça a hierarquia entre eles”⁹⁵. É preciso, ainda, separar do pluralismo jurídico as normas que somente tenham vigência social, sem terem sido efetivamente recebidas na comunidade por via de consensos justos, adequados e suficientemente inclusivos⁹⁶.

CONCLUSÃO

Nos moldes da noção moderna liberal de monismo jurídico, existiu, no Brasil, uma tentativa de identificar o direito com a lei formal e escrita: restringimento da juridicidade à legalidade estatal, vínculo indissolúvel do direito ao poder político, imperativo aos juristas da tarefa única de exegeta, por

⁹³ Ibid., p. 175.

⁹⁴ HESPANHA, A. M. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 524.

⁹⁵ HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 550.

⁹⁶ HESPANHA, A. M. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional? *Iusgentium*, v. 12, n. 6, p. 07, 2015.

meio de um processo lógico de subsunção de um fato concreto a uma norma abstrata (operação direta e automática de silogismo).

Imersa no sistema jurídico monista, a primazia da Constituição, como norma fundamental do Estado que garante os direitos e as liberdades dos indivíduos, foi se propagando no decorrer do século XIX, com a consolidação dos regimes liberais dos Estados modernos.

Entretanto, o monismo jurídico estatal perdeu, no final do século XX, a capacidade de solucionar os problemas coletivos de dimensão social, ou seja, os conflitos formados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas da sociedade complexa.

Ainda que haja diversos enfoques e recortes pluralistas que impedem uma sintetização de um único conceito, há pontos de convergência entre os autores acima mencionados: o pluralismo jurídico (i) é reflexo da extensão, da dinâmica e da complexidade da sociedade. Houve, por isso, o deslocamento do ponto de referência do direito do Estado para a sociedade; (ii) opõe-se, de maneira frontal, à universalização dos indivíduos, em prol do respeito e reconhecimento da pluralidade social e, por consequência, da regulação normativa que lhe seja própria; (iii) é reação ao domínio de grupos de pressão econômica, social ou cultural no processo político; (iv) percebe que apenas uma pequena parcela das inúmeras expectativas sociais (e não necessariamente as mais relevantes delas ou as mais abrangentes para todos os grupos sociais) encontra guarida no direito positivo estatal, em um processo de exclusão e marginalização.

Ao fim e ao cabo, parece salutar concluir que, em grande medida, o pluralismo jurídico é resultado de um incremento da complexificação das relações sociais. Aos poucos, em um movimento de “revolta dos fatos contra os códigos”⁹⁷, percebe-se a insuficiência das respostas apresentadas pelo ordenamento de origem estatal – que, cada vez mais, se posiciona distante da realidade social vigente, exatamente por estabelecer *standards* de conduta, de indivíduo, de família, entre outros, que não necessariamente se encaixam no emaranhado plural e diversificado construído pela sociedade.

⁹⁷ A expressão é uma referência parafraseada ao texto de Gaston Morin, que, já em 1945, alertava para o desgaste das grandes codificações e para a necessidade de uma revisão dos conceitos jurídicos básicos, como os contratos, a responsabilidade civil e a propriedade. Vide MORIN, G. *La revolte du droit contre le Code*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1945.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, G. Constitution and politics: a difficult relationship. *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 24 mar. 2022.

CHUEIRI, V. K. de; GODOY, M. G. *Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/09.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2022.

CHUEIRI, V. K. de; GODOY, M. G. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, R. M. (org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

COELHO, L. F. *A transmodernidade do direito e as novas formas de juridicidade*. (Texto apresentado na Universidade Blas Pascal, Córdoba/Argentina, maio de 1999, e na 2ª Conferência dos Advogados do Estado do Paraná, Curitiba, agosto de 1999). Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/5198332>. Acesso em: 22 mar. 2022.

COELHO, L. F. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CORREAS, Ó. Alternatividade e direito: o direito alternativo diante da teoria do direito. *InSURgência: Revista de Direitos e Movimentos*, v. 1, n. 1, 2015.

CORREAS, Ó. *Introdução à sociologia jurídica*. Tradução: Carlos Souza Coelho. Porto Alegre: Crítica Jurídica, 1996.

COSTA, P. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

FIORAVANTI, M. *Costituzionalismo: percorsi dela storia e tendenze attuali*. Roma: Laterza, 2009.

FIORAVANTI, M. *Legislação e jurisdição na Europa: a era do Estado constitucional* (texto apresentado no VI Congresso Brasileiro de História do Direito, Brasília, setembro de 2013, trad. Ricardo Marcelo Fonseca e Luis Henrique Krassuski Fortes).

FONSECA, R. M. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 44, p. 61-76, 2006.

FONSECA, R. M. Estados, poderes e jurisdições: modelos de análise e a experiência brasileira. In: SOUZA, A. P. de (coord.). *Estado, poder e jurisdição*. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

FONSECA, R. M. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2001.

FONSECA, R. M.; SEELAENDER, A. C. L. Prefácio. In: FONSECA, R. M.; SEELAENDER, A. C. L. (org.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

GEDIEL, J. A. P. A social-democracia e seus reflexos sobre o direito civil contemporâneo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 15, n. 15, p. 174-183, 2014.

GOUVÊA, M. de F. S. Poder político e administração na formação do Complexo Atlântico Português (1645-1808). In: FRAGOSO, J.; BICALHO, M. F.; GOUVÊA, M. de F. (org.). *O antigo regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI - XVIII)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GROSSI, P. A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 40, p. 6-25, 2004.

GROSSI, P. A identidade do jurista, hoje. In: *Doutorado Honoris causa a Paolo Grossi*. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2011.

GROSSI, P. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1988.

GROSSI, P. Globalização, direito, ciência jurídica. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009.

GROSSI, P. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROSSI, P. *O direito entre poder e ordenamento*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROSSI, P. *Primeira lição sobre direito*. Tradução: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HESPANHA, A. M. A Constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes. In: FRAGOSO, J.; BICALHO, M. F.; GOUVÊA, M. de F. (org.). *O antigo regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI - XVIII)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

HESPANHA, A. M. Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português. In: FRAGOSO, J.; GOUVÊA, M. de F. (org.). *Na trama das redes: política e negócios no império português (séculos XVI a XVIII)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, A. M. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do estado constitucional? *Iusgentium*, v. 12, n. 6, 2015.

HESPANHA, A. M. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, A. M. *Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do direito no séc. XXI*. 2016, e-book.

HESPANHA, A. M. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. In: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. XXXV, p. 68, 2006. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5188085>.

MORIN, G. *La revolte du droit contre le Code*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1945.

SANTOS, B. de S. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, D. de S. Nota sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUSA, J. G. (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993.

SANTOS, D. de S. *O discurso e o Poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

SOUZA, A. P. de. *Direito público e modernização jurídica: elementos para compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX*. 1º jul. 2010. 208 folhas. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 61, 2010.

STAUT JÚNIOR, S. S. Quem tem o poder de “dizer o direito”? In: CUNHA, J. S. Fagundes (coord.). *O Direito nos tribunais superiores*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

STAUT JÚNIOR, S. S. *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916*. Curitiba: Juruá, 2015.

VILLEY, M. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEHLING, A.; WEHLING, M. J. *Direito e justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WEHLING, M. J. A questão do direito no Brasil Colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais. In: NEDER, G. (org.). *História & Direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WOLKMER, A. C. *Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina*. Anais. IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDConst., pp. 143-155, 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/Antoniowolkmer.pdf>. Acesso em: 10 fev 2022.

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

Submissão em: 30.03.2022

Avaliado em: 13.05.2022 (Avaliador A)

Avaliado em: 17.05.2022 (Avaliador B)

Aceito em: 19.09.2022

