

PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL

Rogério Machado Mello Filho

Advogado em Recife/PE e Professor do Curso de Direito da Faculdade dos Guararapes/PE.

1. INTRODUÇÃO: DO MONISMO AO PLURALISMO JURÍDICO

O advento do Código Civil francês de 1804, dentre outros, como o Código Penal de 1810, proporcionou uma ampla mudança no tocante às formas de manifestação do Direito. O surgimento destes Códigos fez emergir àquela época um súbito processo de positivação, sob o basilar argumento da segurança jurídica. O culto à lei restou cada vez mais evidente, sobretudo quando das primeiras manifestações da Escola da Exegese. Apesar destas distorções, o Código Napoleônico consolidou uma nova visão do Direito e, por conseguinte, de Estado, qual seja, o Estado Moderno.

Esta nova concepção de Estado deixa para trás toda uma cultura fragmentária herdada do sistema feudal. Miguel Reale bem elucida esta passagem ao afirmar que “No período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial. Havia um direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outras pelo Direito Estatal.”¹

¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996, 17ª ed., p. 412.

A modernidade trouxe consigo uma nova bandeira, o chamado monismo jurídico, isto é, num determinado espaço geopolítico só pode haver uma ordem jurídica. A noção de soberania estatal ganha força e se consolida. Cada Estado é soberano e apenas a ordem jurídica por este estabelecida tem validade. Versando sobre este contexto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina que “a soberania, antes uma relação externa entre o senhor e o súdito, toma agora a forma de um exercício interno de comando e de organização.”²

Havia a intenção de que a lei estatal fosse o reflexo fiel dos anseios da população. Só que muitas vezes isto não ocorria (como não ocorre até hoje). Também não poderia ter sido diferente na medida em que a positivação, de fato, se deu para assegurar os direitos (ou privilégios) da sociedade burguesa dominante. Com isso, algumas reações ao monismo jurídico foram surgindo, sendo uma das mais incisivas a realizada pela Escola do Direito Livre de Hermann Kantorowicz, sobretudo em 1906, com a publicação da obra “A luta pela ciência do Direito”.

No Brasil, estas posturas críticas tomaram fôlego diante dos anos de repressão vividos na ditadura. Alguns sociólogos e estudiosos do Direito, também influenciados pela literatura estrangeira, passaram a escrever e a defender o chamado pluralismo jurídico, isto é, a possibilidade da coexistência de ordens jurídicas num mesmo espaço geopolítico. Quem primeiro trabalhou empiricamente no Brasil a noção de pluralismo jurídico foi o sociólogo português Boaventura de Souza Santos, evidenciando o chamado “direito de Pasárgada”³.

Após estas considerações propedêuticas, analisaremos alguns aspectos relevantes acerca do pluralismo jurídico e, sobretudo, sua expressão no Brasil.

2. PLURALISMO JURÍDICO CULTURAL E SOCIOLÓGICO

Como já restou evidenciado acima, o conceito de monismo jurídico reside na afirmação de que num mesmo espaço geopolítico

² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994, 2ª ed., p. 178.

³ SANTOS, Boaventura de Souza. “Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada”. <http://www.dhnet.org.br>. Jan./03, p. 01.

não pode haver mais de uma ordem jurídica. Tomando como base este conceito, a doutrina adota diversas formas para caracterizar o pluralismo jurídico. Entendo que o critério utilizado pelo sociólogo Luciano Oliveira é o que mais esclarece o fenômeno pluralista, qual seja o da existência de um pluralismo jurídico cultural e de um pluralismo jurídico sociológico.

Este critério é pertinente ao evidenciar que o pluralismo jurídico pode existir não apenas em razão da concomitância de um direito estatal e um outro não-estatal que *surge posteriormente* como reação àquele. Veja-se, por exemplo, o caso das populações indígenas. O novo direito dos colonizadores, que se tornou oficial por imposição, tinha muitas vezes que conviver com os resquícios do “direito” nativo. Esta realidade reflete o chamado pluralismo jurídico cultural e, neste contexto, Luciano Oliveira elucida que “A mais conhecida é a situação do colonialismo do século XIX, onde havia necessariamente a coexistência, num mesmo espaço arbitrariamente unificado como colônia, do direito do estado colonizador e dos direitos tradicionais”⁴.

A perspectiva pluralista sociológica, por sua vez, é a da convivência entre o direito oficial e direitos não-oficiais que emergem contrariando o exclusivismo estatal. Neste sentido, Marcelo Neves esclarece que “O pluralismo jurídico surge exatamente como contestação da pretensão exclusivista do Estado. Constrói-se a concepção da concomitância de ordens jurídicas no mesmo tempo-espaço e, a partir daí, nega-se a pretensão de “onipotência” do Estado”⁵.

O Estado Moderno puxou para si a pretensão de ordenar exaustivamente a sociedade e de dirimir todo e qualquer conflito intersubjetivo. Ocorre que, empiricamente, torna-se cada vez mais evidente que a atividade estatal muitas vezes não contempla as necessidades sociais. O pluralismo jurídico, diante desta crise do Estado, surge como uma alternativa.

⁴ OLIVEIRA, Luciano. "Pluralismo jurídico e direito alternativo no Brasil. Notas para um balanço". (artigo ainda não publicado)

⁵ NEVES, Marcelo. "Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina". **Anuário do Mestrado em Direito da UFPE**. Recife: n. 06, 1993, p. 314.

Ainda no tocante ao pluralismo jurídico sociológico, Marcelo Neves salienta que “A discussão temática dirige-se em torno da pluralidade de “fontes” de produção social do Direito, que seriam bem mais amplas do que o poder do Estado. Desenvolve-se, assim, um antilegalismo contrário à pretensão exclusivista do direito positivo estatal. Pretende-se reconhecer a autonomia de outras esferas jurídicas em face do Estado”, e continua: “Afirma-se, igualmente, a existência de outras *esferas de juridicidade* que se distinguem nitidamente da estatal. Não se nega a capacidade de auto-reprodução consistente do Direito positivo estatal. A sua identidade e autonomia operacional é pressuposta. Não se discute, portanto, se existe a positividade e, especificamente, a legalidade. Ao contrário, critica-se o legalismo juridicizante do Estado, na medida em que não responde adequadamente às expectativas da sociedade. As “formas jurídicas alternativas” surgiriam exatamente como reação a problemas de heterorreferência ou adequação do Direito positivo estatal, em decorrência do excesso de legalismo juridificante.”⁶ (grifo nosso)

3. A AUTONOMIA DAS ESFERAS DE JURIDICIDADE COMO REQUISITO DO PLURALISMO

Como restou patente acima, para que se possa falar em pluralismo jurídico, faz-se necessário, na expressão de Marcelo Neves, que as *esferas de juridicidade* sejam dotadas de autonomia. Sem este requisito as esferas se mesclariam a ponto de perderem sua identidade e, conseqüentemente, não haveria que se falar na existência de um pluralismo jurídico, mas sim na de uma *miscelânea social*⁷, como veremos *a posteriori*. Diante disto, surge a problemática acerca da autonomia do direito positivo estatal.

3.1. Da Teoria Biológica à Autopoiese Luhmanniana

A autonomia do Direito estatal encontra respaldo na teoria da autopoiese⁸. Primeiramente desenvolvida pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, esta teoria tinha como ob-

⁶ NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico...*, p. 317/318.

⁷ NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico...*, p. 320.

⁸ A expressão autopoiese deriva do grego *autós* (por si mesmo) e *poiesis* (produção, criação)

jetivo responder a questionamentos neurofisiológicos sobre a auto-organização e a auto-produção dos sistemas vivos.

A teoria da autopoiese foi transportada para as ciências sociais por intermédio do sociólogo Niklas Luhmann, que desenvolveu a chamada teoria dos sistemas sociais autopoéticos. Para ele, o Direito seria autônomo na medida em que se autoproduzia e se auto-organizava sob a observância de um código-diferença lícito/ilícito. Neste sentido, Luhmann afirma que “A autonomia do sistema não é, então, nada mais do que operar conforme o próprio código.”⁹

A autonomia do Direito resta caracterizada na medida em que ele se relaciona com outras esferas sociais sem que os interesses e conceitos destas últimas integrem automaticamente o universo jurídico. Nesta ordem de idéias, Marcelo Neves bem elucida que “o sistema jurídico pode assimilar, de acordo com seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores. A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas, ela depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico”¹⁰. Em outras palavras, a autonomia do Direito existe em razão deste ser, segundo Luhmann, “normativamente fechado, mas cognitivamente aberto”.

Délton Winter de Carvalho, de forma análoga, afirma que “O Direito mantém uma interdependência com a sociedade, entretanto, devido ao seu poder de autoprodução aquele é autônomo em relação a esta. A interação de todos os componentes do sistema jurídico – processos, identidade, estrutura, atos jurídicos, normas jurídicas – apresentam-se em uma articulação hipercíclica, possibilitando seu fechamento operativo por causa de sua auto-manutenção (autoreferência, auto-organização, autoprodução)”¹¹.

⁹ LUHMANN, Niklas. *Apud* NEVES, Marcelo. "Da autopoiese à alopoiese do Direito". **Anuário do Mestrado em Direito da UFPE**. Recife: n. 02, 1992, p. 283.

¹⁰ NEVES, Marcelo. *Da autopoiese...*, p. 282.

¹¹ CARVALHO, Délton Winter de. "O direito como um sistema social autopoético: auto-referência, circularidade e paradoxos da teoria e prática do direito". <http://www.ihj.org.br>. Jan./03, p. 07

3.2. A Alopoiese como Estrutura Deteriorante do Pluralismo Jurídico

O referido fechamento operativo possibilita que o Direito apenas incorpore do meio-ambiente aquilo que esteja em conformidade com o código binário lícito/ilícito. A partir do momento em que os interesses e conceitos das outras esferas sociais passarem a integrar a esfera jurídica de forma direta e sem obedecer ao supracitado código, a autonomia do Direito deixa de existir e, neste momento, não há mais que se falar em autopoiese, mas sim em alopoiese¹² do Direito.

Marcelo Neves afirma que “Só quando há uma assimetização externa ao nível da orientação normativa é que surge o problema da alopoiese como negação da auto-referência operacional do Direito”, e continua: “O respectivo sistema é determinado, então, por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente”¹³.

Verifica-se, assim, que numa estrutura alopoiética, onde a autonomia do Direito não mais existe, o pluralismo jurídico também resta prejudicado. As esferas sociais se interpenetram de forma livre, sem qualquer filtragem, o que inviabiliza em sua essência a possibilidade da caracterização do pluralismo jurídico.

4. A REALIDADE BRASILEIRA

O Direito brasileiro é notadamente deteriorado pelo fenômeno alopoiético. Nada mais comum na imprensa, por exemplo, do que a notícia de que um juiz fulano de tal será investigado por favorecer políticos ou empresários. Este nada mais é do que um exemplo de que a esfera jurídica passa a incorporar diretamente fatores de outras esferas sociais (interesses políticos e econômicos), sem qualquer tipo de filtragem operacional.

Diante disto, pode-se afirmar que, no Brasil, a existência do chamado pluralismo jurídico, na concepção adotada no presente trabalho, resta inviabilizada. Versando sobre os chamados “países periféricos” (que abarca o Brasil), Marcelo Neves afirma que “Observa-se

¹² A expressão alopoiese deriva do grego *alo* (por outro) e *poiesis* (produção, criação)

¹³ NEVES, Marcelo. *Da autopoiese...*, p. 287.

que os códigos e critérios do ter e do poder não apenas atuam como condições “infra-estruturais” ou meio-ambientais de reprodução do sistema jurídico. Antes eles atuam como injunções bloqueantes e destrutivas do processo de reprodução autônoma e de construção da identidade do(s) Direito(s). Daí resulta uma insuficiente desintração operacional das esferas econômica, política e jurídica, entre outras, de tal maneira que a situação não se apresenta simplesmente como *miscelânea jurídica*, mas primariamente como uma *miscelânea social* de códigos e critérios de conduta”¹⁴. Em outras palavras, as esferas sociais se mesclam e o pluralismo jurídico perde seu espaço para a *miscelânea social*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O DIREITO CORDIAL BRASILEIRO

O Direito brasileiro, como restou evidenciado, não reflete a teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann. Isto ocorre pelo fato de que sua autoprodução e auto-organização não se verificam mediante a observância de um código binário, estabelecido pela própria esfera jurídica. Empiricamente, constata-se que fatores de outras esferas sociais penetram o Direito de forma livre, sem qualquer critério seletivo.

O fechamento operativo, que resguardaria a autonomia do sistema jurídico, não funciona adequadamente. O universo jurídico passa a se mesclar com seu meio ambiente, acarretando, assim, a descaracterização de sua identidade. Resta patente, diante desta situação, a configuração de uma alopoiese jurídica, como supracitado. Vale ressaltar que isto não ocorre apenas no Brasil, mas sim em toda *modernidade periférica*¹⁵, como salienta Marcelo Neves.

Destarte, percebe-se que o que há no Direito brasileiro, na expressão de Sérgio Buarque de Holanda¹⁶, é um processo de *cordialidade*. Ao invés de os sistemas interagirem de forma autônoma e através de seus próprios critérios de filtragem, eles assimilam os fatores ambientais conforme a cultura da influência das famílias afortunadas, do poder, dos interesses econômicos, dentre outras estruturas deteriorantes.

¹⁴ NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico...*, p. 321.

¹⁵ NEVES, Marcelo. *Do pluralismo jurídico...*, p. 326.

¹⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: 1979, 13ª edição.

Entendemos, portanto, que podemos visualizar nossa realidade jurídica como a de um *Direito cordial*. Por fim, e para consolidar esta tese, amparo-me nas sempre esclarecedoras palavras de Marcelo Neves quando afirma que “é evidente que, no contexto da modernidade periférica latino-americana, não se pode falar em pluralismo jurídico no sentido pós-moderno, na medida em que falta não apenas encaideamento auto-referencial, mas também emalramento de comunicações jurídicas topicamente desenvolvidas. Trata-se da confusão de códigos jurídicos construídos e aplicados difusamente, como também do intrincamento destes com os códigos do poder, da economia, familiar, da amizade, como também daquilo que os alemães chamam de “boas relações”.