

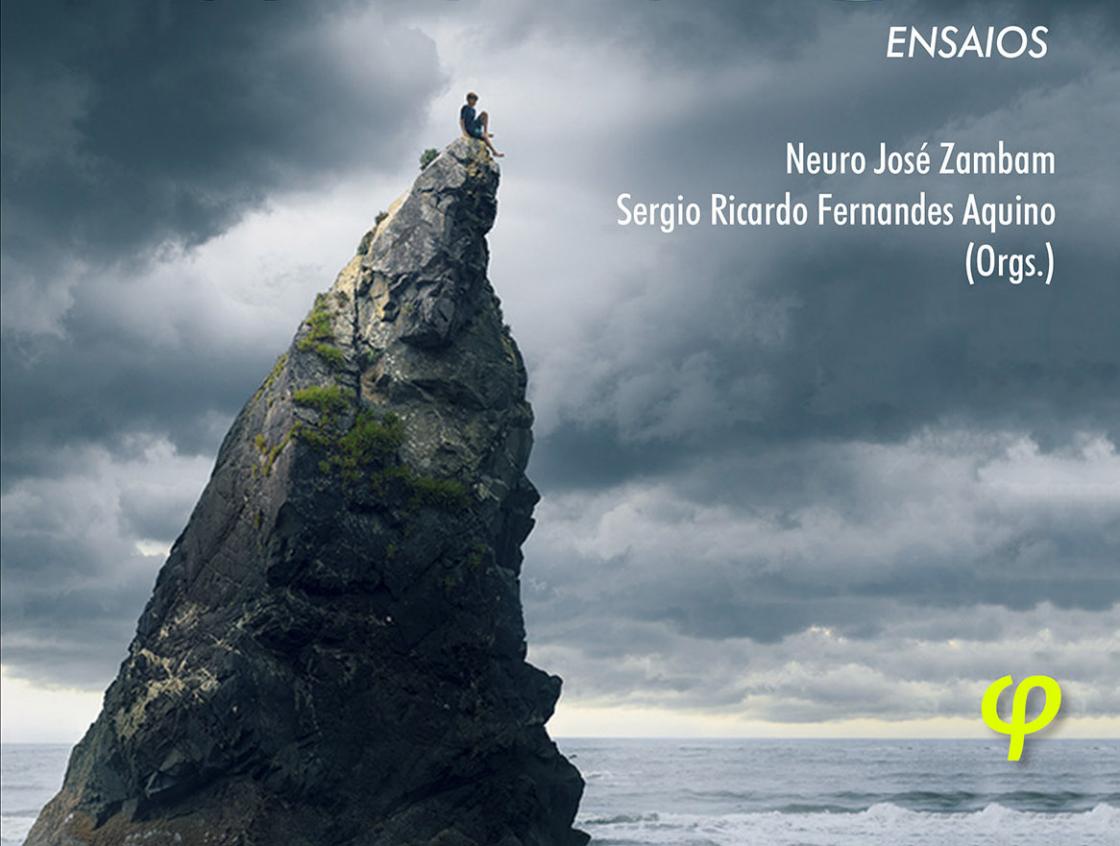
COLEÇÃO JUSTIÇA, DEMOCRACIA E SUSTENTABILIDADE - VOL III

PLURALISMO JURÍDICO DIREITO DAS CULTURAS



ENSAIOS

Neuro José Zambam
Sergio Ricardo Fernandes Aquino
(Orgs.)



Este livro que se apresenta ao leitor e leitora é fruto do intenso debate em torno das convergências e divergências entre Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo. Nas atuais sociedades democráticas, a exigência do reconhecimento das diferentes culturas e o modo como se oportuniza o esclarecimento deste nosso vínculo comum de humanidade torna esse estudo atual para a configuração dos estilos de convivência suscitados como próprios do século XXI. Além desse quesito, trata-se, ainda, de integração entre várias áreas do conhecimento envolvendo alunos da iniciação científica, professores da graduação e do mestrado e experiências vividas no meio social. O leitor ou leitora encontrará, ainda, um conjunto de 6 (seis) temas representativos do amplo espectro das relações contemporâneas às quais a Ciência Jurídica deverá contemplar de forma propositiva e atrativa. As relações entre as culturas e destas com o poder, o multiculturalismo analisado a partir da América Latina, a democracia representativa, o acesso ao direito e as políticas de mediação, a segurança jurídica e a tópica jurídica demonstram esse mosaico sócio-político-jurídico, o qual nem sempre a Norma Jurídica tem capacidade de identificar, compreender e proteger. Os diversos capítulos desta obra não podem ser considerados como simples trabalho intelectual, realizado dentro das salas de aula do mencionado Programa de Mestrado em Direito. A rica variedade de temas – sejam jurídicos ou não – revela a preocupação e inquietação dos pesquisadores na medida em se que compreende o ir e vir entre teoria e práxis como fenômeno complexo. Não se trata de se realizar um elogio para a dimensão abstrata ou prática do conhecimento, mas de se identificar e se constatar essa necessidade plural, multicultural para a manutenção da paz global.



fi editora *fi*
www.editorafi.org

**PLURALISMO JURÍDICO &
DIREITO DAS CULTURAS:
*ENSAIOS***



COMITÊ EDITORIAL

Prof^ª. Dr^ª. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Morais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Prof^ª. Dr^ª. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof^ª. Dr^ª. Leilane Serratine Grubba

Prof^ª. Dr^ª. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Prof^ª. Dr^ª. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof. Dr. Mher Arshakyan

Coleção

Justiça, Democracia e Sustentabilidade
VOL III

**PLURALISMO JURÍDICO &
DIREITO DAS CULTURAS:
ENSAIOS**

Neuro José Zambam
Sergio Ricardo Fernandes Aquino
(Orgs.)

φ editora fi

Diagramação e capa: Lucas Fontella Margoni

Arte de capa: Logan Zillmer

A regra ortográfica usada foi prerrogativa dos autores.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0

https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Coleção Justiça, democracia e sustentabilidade - VOL III

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes. (Orgs.)

Pluralismo jurídico e direito das culturas: ensaios. [recurso eletrônico] / Neuro José Zambam; Sergio Ricardo Fernandes Aquino (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016.

158 p.

ISBN - 978-85-5696-084-9

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Política-Filosofia e Teoria. 2. Direito. 3. Cultura 4. Ética. I. Título.

CDD-172

Índices para catálogo sistemático:

1. Filosofia política 172

SUMÁRIO

ARTE(S), CULTURA(S), PODER(ES)

Introdução Conceitual Pósdisciplinar a um Debate Juspolítico Multiculturalista

Paulo Ferreira da Cunha . 15

AS VOZES DO SUL: PERSPECTIVAS MULTICULTURAIS PELO PLURALISMO JURÍDICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Giulia Signor . 38

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

O PLURALISMO JURÍDICO E O ACESSO AO DIREITO: A função do juiz e do mediador no caminho para democratizar a justiça

Tháise Nara Graziottin Costa . 70

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: O consenso é possível?

Eduardo Mattos Cullmann . 96

Neuro José Zambam

SEGURANÇA JURÍDICA EM TEMPOS DE PLURALISMO JURÍDICO

Luciano de Araujo Migliavacca . 120

Luthyana Demarchi de Oliveira

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA TÓPICA JURÍDICA

Janine Taís Homem Echevarria Borba . 141

Neuro José Zambam

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional – IMED -, com área de concentração em Direito, Democracia e Sustentabilidade está organizado com pesquisas em diferentes áreas que visam o aprofundamento de temas os quais interessam ao pesquisador com o objetivo de auxiliar o debate jurídico, na integração entre Graduação e Pós-Graduação, bem como o diálogo junto aos acontecimentos e demandas da comunidade e da pesquisa jurídica.

Este livro que se apresenta ao leitor e leitora é fruto do intenso debate em torno das convergências e divergências entre Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo. Nas atuais sociedades democráticas, a exigência do reconhecimento das diferentes culturas e o modo como se oportuniza o esclarecimento deste nosso vínculo comum de humanidade torna esse estudo atual para a configuração dos estilos de convivência suscitados como próprios do século XXI. Além desse quesito, trata-se, ainda, de integração entre várias áreas do conhecimento envolvendo alunos da iniciação científica, professores da graduação e do mestrado e experiências vividas no meio social.

O leitor ou leitora encontrará, ainda, um conjunto de 6 (seis) temas representativos do amplo espectro das relações contemporâneas às quais a Ciência Jurídica deverá contemplar de forma propositiva e atrativa. As relações entre as culturas e destas com o poder, o multiculturalismo analisado a *partis* da América Latina, a democracia representativa, o acesso ao direito e as políticas de mediação, a segurança jurídica e a tópica jurídica demonstram esse mosaico sócio-político-jurídico, o qual nem sempre a Norma Jurídica tem capacidade de identificar, compreender e proteger.

Os diversos capítulos desta obra não podem ser considerados como simples trabalho intelectual, realizado

dentro das salas de aula do mencionado Programa de Mestrado em Direito. A rica variedade de temas – sejam jurídicos ou não – revela a preocupação e inquietação dos pesquisadores na medida em se que compreende o ir e vir entre teoria e práxis como fenômeno complexo. Não se trata de se realizar um elogio para a dimensão abstrata ou prática do conhecimento, mas de se identificar e se constatar essa necessidade plural, multicultural para a manutenção da paz global.

Logo no início do livro, o leitor ou leitora se depara com o texto do Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha acerca da importância multicultural sobre as Artes, os Poderes e a Cultura na compreensão do Direito. Nesse momento, o citado autor – Professor da Universidade do Porto – enfatiza a natureza jurídica e posdisciplinar do tema proposto, bem como o seu esclarecimento somente se desvela a partir desse mosaico de culturas e povos em todo o território terrestre.

No segundo texto, de autoria do Professor Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino e da estudante de Direito Giulia Signor, estudou-se a importância das vozes marginalizadas e esquecidas na América Latina, especialmente sob o seu aspecto multicultural. Essa dimensão, conforme propõe os autores, inicia-se um novo tempo jurídico – de Pluralismo Jurídico - no mencionado continente, pois as diferentes lutas sociais, políticas, econômicas, culturais ocorridas nos últimos vinte anos serão as matrizes de elaboração do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

O terceiro texto enfatiza as funções do magistrado e do mediador como caminhos para se viabilizar uma justiça mais humanista e participativa a partir do reconhecimento do Pluralismo Jurídico. Para a Professora Thaíse Nara Graziottin Costa, quando o exercício da jurisdição ocorre junto à dimensão da mediação, com seus próprios atores, percebem-se condições de empoderamento, de

responsabilidade daqueles que participam desses espaços de resolução dos conflitos.

Eduardo Mattos Culmann e o Professor Neuro José Zambam, no quarto texto desta obra, indagam se é possível, dentro das democracias representativas, haver consenso quanto à manutenção das estabilidades sociais e políticas para as sociedades nacionais. Nesse caso, os autores insistem que a inexistência dos debates para se consolidar um ordenamento sócio-político-jurídico sinaliza a ausência do “cidadão presente” a fim de contribuir ao desenvolvimento estável das relações humanas e institucionais. Por esse motivo, ambos os pesquisadores destacam: “[...] O fato de eleger seus representantes, exige, como consequência, o acompanhamento e interação permanente com o seu líder. O Brasil e os brasileiros precisam evoluir para a concretização desse objetivo. A construção dessa dinâmica é fundamental para a dinâmica da democracia e a validade dos consensos”.

No quinto texto, apresentado pelos Professores Luciano de Araujo Migliavaca e Luthyana Demarchi de Oliveira, observa-se se é possível elaborar a segurança jurídica nesses tempos de Pluralismo Jurídico. Segundo os autores, “Dentro de um contexto de globalização, onde os limites territoriais, em termos de soberania, desaparecem surge o questionamento acerca da prevalência da soberania do Estado em face de um crescente pluralismo jurídico. A segurança jurídica decorrente do grau de estabilidade e confiabilidade das normas encontra obstáculo pela incorporação de direitos decorrentes do pluralismo jurídico”. Por esse motivo, sugerem: “[...] a segurança jurídica não pode ser concebida apenas por um de seus elementos ou um de seus instrumentos realizadores (coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido), mas, sim como um conceito complexo e multifacetado. Dessa forma, a segurança jurídica encontra-se como subprincípio

concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”.

No último texto, Janine Taís Homem Echevarria Borba e o Professor Neuro José Zambam, trazem esclarecimentos acerca de um tema de necessário debate para o Direito, especialmente quanto à *lege ferenda* e *setentia ferenda*: a importância da Tópica Jurídica. Num mundo cada vez mais pluralista, é necessário saber identificar quais são os lugares de formulação do Direito e a resolução dos conflitos. Nesse caso, os autores indicam que “[...] O termo *topos* está ligado a um instrumental argumentativo que permite a solução de problemas e a contraposição de teses, desde que essas premissas que fundamentam o instrumental sejam dotadas de credibilidade e expressem aceitação. Os *topoi*, enquanto ponto de vista que gozam de aceitação generalizada, podem contribuir, crítico-dialeticamente, para a resolução verdadeira dos mais variados tipos de problemas que decorrem da complexidade da vida humana em sociedade, [...]”. Ao final, ambos estabelecem importante ponto de convergência entre Pluralismo e Tópica: “[...] assim como a Tópica o Pluralismo pugna por uma nova forma de se reconhecer o Direito, e para que este possa regular as demandas que lhe são postas não só a partir de normatizações positivadas, mas também encontrar senda no Direito construído em diferentes pontos da sociedade e reconhecê-lo como legítimo”.

Os encontros de pesquisa realizados quinzenalmente obedecem a metodologia de preparação prévia de textos de autores com amplo reconhecimento, contribuição dos professores e alunos. Os limites próprios de iniciação científica não impedem a investigação e o aprofundamento com rigor e exigências acadêmicas, mas, ao contrário, estimulam docentes e discentes quanto às responsabilidades acadêmicas na produção de novos saberes a fim de se compreender a abrangência das relações

humanas e institucionais.

A repercussão social ocorre especialmente por meio da integração com outros grupos de pesquisa e, especialmente, na realização de dois *workshops* semestrais com participação dos grupos e outros da sociedade. Por exemplo, agentes de pastoral, grupos de promoção humana, estudantes de outras áreas, entre outros.

Esses encontros (*workshops*) são realizados, também, com a presença de Professores convidados de outros Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, seja no âmbito nacional ou internacional, no caso se pode citar a presença do Professor Doutor Daniel Cenci (PPGD-UNIJUÍ), Professor Doutor Fernando Estenssoro (USACH-Chile), Professora Doutora Maria Chiara (*Università degli studi di Perugia* - Itália), Professor Doutor Gladstone Leonel da Silva Júnior (PPGDH- UnB), entre outros participantes.

Os temas que se dispõe a seguir são parte desse esforço de integração, ampliação, diálogo e produção do conhecimento feito de forma participativa, democrática, tolerante e com ampla preocupação com a ampliação dos horizontes de cada um, ou seja, percebendo a necessidade de superar continuamente o senso comum acadêmico e pedagógico. Entende-se que é nossa responsabilidade evidenciar as exigências contemporâneas e integrara as áreas do conhecimento a fim de contribuir com o debate plural e a construção da justiça social em todos os territórios, cuja presença humana demanda o seu permanente aperfeiçoamento para a paz e união entre os povos.

A todos, é nosso desejo que tenham uma leitura prazerosa na qual estimule novas ideias, novas utopias – especialmente as concretas -, cujo tempo de maturação evidencie, mais e mais, a necessidade de reconhecimento desse mosaico sócio-político-jurídico-cultural a fim de determinar a importância dos espaços democráticos aos

debates daquilo que constituem a lógica comum para uma vida digna, fraterna, ética e justa.

Os organizadores

ARTE(S), CULTURA(S), PODER(ES) ***Introdução Conceitual Pósdisciplinar a*** ***um Debate Juspolítico Multiculturalista***

*Paulo Ferreira da Cunha*¹

“O homem, ‘em vez de entrar em contacto com as coisas em si mesmas é sempre colocado em um ‘colóquio consigo mesmo’; ele é a tal ponto envolvido por formas linguísticas, por imagens artísticas, por símbolos míticos, por ritos religiosos, que não é mais capaz de ver ou reconhecer quem quer que seja a não ser através da interpretação destes meios artificiais”.

Gillo Dorfles²

I. *Arte e Cultura, Problema Multicultural*

Para um tema pluralista e já nem sequer interdisciplinar (o que seria para alguns já uma heresia) mas verdadeiramente pósdisciplinar³ como é o convocado pelas relações (ainda que só conceituais) entre arte, direito e

¹ Catedrático de Direito. Prof. Titular da Fadisp (bols. da Funadesp). Prof. da UAM (*Laureate International Universities*). Fundador do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Membro do Comité *ad hoc* para a Corte Constitucional Internacional.

² DORFLES, Gillo. *Il Divenire delle Arti*. Turim: Einaudi, 1959 e 1967. Trad. port. de Eduardo Brandão. *O Devir das Artes*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 24.

³ MAYOS SOLSONA, Gonçal. *Empoderamiento y Desarrollo Humano. Actuar Local y pensar Postdisciplinarmente*. In *Postdisciplinariedad y Desarrollo Humano. Entre Pensamiento y Política*. Ed. de Yanko Moyano Díaz ; Saulo de Oliveira Pinto Coelho ; Gonçal Mayos Solsona. Barcelona : Red, 2014.

poder (e, naturalmente, norma e Direito) convocaremos algumas aportações naturalmente pouco comuns nos estudos clássicos (ou melhor, tradicionais) da ciência jurídica. Sempre preferimos, aliás, à “ciência” a Arte jurídica e a Cultura jurídica⁴. Será entendendo também o Direito como arte e como cultura (além de poder, norma, discurso, etc.) que procederemos neste artigo meramente introdutório.

Fala-se hoje em dia com bastante frequência em Arte e em Cultura⁵. Mas isso pouco quer dizer. Tal não implica necessariamente boas notícias para elas. Numa sociedade de espetáculo⁶ (e vozeria) e não de verdadeira e significativa comunicação⁷ (e ela implica predisposição multicultural e diálogo entre culturas e civilizações), é evidente que falar-se muito em algo não quer dizer que se valorize essa coisa, nem sequer que, evocando um significante, se esteja verdadeiramente a sequer alcançar ao de leve o respetivo significado. Pelo contrário, os significados estão estilhaçados, confusos e usados frequentemente *pro domo*. Outra tendência que também se observa no nosso tempo é deixar de falar e valorizar a Cultura e a Arte. Ambos os vetores (poluição e apagamento) contribuem para o apoucamento ou corrupção de um e outro dos “tópicos” (tratemo-los assim, mais inocuamente).

⁴ Cf., em geral, o nosso livro *Filosofia do Direito*. 2.^a ed.. Coimbra: Almedina, 2013.

⁵ Há mesmo até quem considere, embora com exagero nos padrões de comparação, que a palavra Arte “vem impregnada de *glamour* e elevados propósitos”. GARDNER, James. *Culture or Trash?* Trad. port. de Fausto Wolff. *Cultura ou Lixo?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996, p. 14.

⁶ DEBORD, Guy. *La société du spectacle*. Paris: Gallimard, 1992.

⁷ LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade da Comunicação*. trad. port. com selecção e apresentação de João Pissarra. Lisboa: Vega, 1992.

Não é privativo de Cultura e de Arte este fenómeno. Se uma realidade qualquer tiver uma dimensão ideológica, ou então tradução em valores monetários, podemos estar quase certos de que a sua corrupção será muito provável. Há Midas ao contrário que poluem tudo aquilo em que tocam...

Ora uma das ideologias nem sempre apercebidas é, evidentemente, a ideologia de cultura, o etnocentrismo. Ela determina (conjuntamente com o cronocentrismo⁸: que também é preconceito cultural, no tempo) boa parte dos juízos sobre “qualidade” artística e cultural, e mesmo a liminar decisão sobre se o artefacto ou atividade A ou B é ou não arte ou cultura.

Cultura e Arte não estão de modo algum imunes a aproveitamentos, para a conquista dos espíritos, a subordinação das vontades ou o simples lucro. Ainda recentemente, num editorial da conceituada revista *Beaux Arts Magazine*, Fabrice Bousteau afirmava, vendo o lado positivo da questão, louvando-se em dados de auditoria financeira da Ernst & Young:

*“L’économie de la culture et de la création est un moteur majeur de l’économie mondiale: elle représente 3% du PIB et près de 30 millions d’emplois”*⁹.

Isto quererá talvez significar que pode haver pessoas completamente filistinas de algum modo envolvidas (por snobismo, por exemplo?) no circuito ou no mercado da arte? Ou mesmo mais latamente no que poderíamos chamar o mundo da arte e da cultura, ou

⁸ Sobre o preconceito pró-antigo em historiadores de arte e arqueólogos, logo uma referência inicial de HAUSER, Arnold. *The Social History of Art*. trad. ingl. de Stanley Godman. Nova Iorque: Vintage Books, 1957, p. 3.

⁹ BOUSTEAU, Fabrice. *L’art, c’est bon pour l’économie*. In “Beaux Arts Magazine”. N.º 380, fevereiro de 2016, p. 3.

somente mesmo da cultura? Recordemos o que sobre o “filisteu” diz Shopenhauer:

“Philister (burguês, merceeiro, filisteu), é precisamente a pessoa que em função da medida estreita e estritamente suficiente das suas forças intelectuais não tem necessidades espirituais [...]”¹⁰.

Sendo a arte e a cultura algumas das primeiras, certamente. Suspendamos o juízo, porque não é esse o nosso escopo de pesquisa, de momento.

Apesar de muitos dos que se interessam terem a evidente sensação de descaso e marginalização de ambos os “fenómenos” (chamemos-lhes assim), certo é que se fala frequentemente de Arte e de Cultura. Por vezes para, metaforicamente ou não, *puxar pela pistola...*

Mas de que estamos verdadeiramente a falar? O que se entende por uma e por outra é bem diverso: depende muito, como é bem sabido, do socioleto e do ideoleto em que cada falante discorre (ou repete o que terá ouvido). Depende da sua cultura, da sua circunstância cultural. Uma tópica das representações comuns hoje em dia sobre o assunto talvez nos remetesse para lugares comuns tão diferentes entre si como: belo, bonito, sublime, interessante, inteligente, inovador, inusitado, chocante, bem feito, perfeito tecnicamente (ou nem tanto)? Mas todos estes tópicos são muito ocidentais. A própria ideia de Arte o parece ser.

Há de qualquer forma algo de especial na obra de arte, se nos decidirmos confinar à nossa circunstância cultural geral, mas mesmo aí entra em ação uma nova malha, não civilizacional (digamos, por comodidade), mas

¹⁰ Tradução nossa a partir da edição SCHOPENHAUER, Arthur. *Aphorismes sur la sagesse de la vie*. Trad. fr. de J. A. Cautacuzène, ver. e corrig. por Richard Roos, 3.^a ed.. Paris: PUF, 1989, p. 28.

cultural (digamos, por comodidade ainda). Maurice Blanchot considera-a como “a única coisa que possui soberania, autonomia”¹¹. Parece que mesmo Walter Benjamin (embora num contexto específico) é sensível a esse caráter único da obra de arte, desde logo por contraposição à fabricação, reprodução, cópia em série. E com um argumento até muito interessante (que pode não ser esteticista, mas perguntamo-nos de que tipo seja): “Even the most perfect reproduction of a work of art is lacking in one element: its presence in time and space, its unique existence at the place where it happens to be”¹².

Mas voltemos a Blanchot. Essa autonomia ou soberania será independente das culturas? Estamos em crer que sim. Mas em termos hábeis. Só encontrará esse sublime numa cultura outra aquela que dele seja de alguma forma “cúmplice”. E as culturas que não conhecem o conceito de “sublime”, ou quiçá mesmo de “belo”? Tal nos remete para um problema bem complexo, mas de que não se pode fugir: Não será o multiculturalismo uma *démarche* especificamente ocidental para lidar com a diversidade cultural de uma forma menos etnocêntrica, “imperialista”? É realmente possível uma universalização? Não será por essa *démarche* ocidental e ocidentalizando-se (ainda que de forma menos preconceituosa que o tradicional) que os mais cosmopolitas não ocidentais mostram o seu não-preconceito e a sua universalidade? O mesmo, aliás, parece

¹¹ *Apud* LADEIRA, António. *Sentido e Soberania em Poesia Toda de Herberto Helder*. In *Os Sentidos e o Sentido, Homenageando Jacinto do Prado Coelho*. Org. de Ana Haterly; Silvina Rodrigues Lopes. Lisboa: Cosmos, 1997, p. 397.

¹² BENJAMIN, Walter. *Schriften*. Francoforte-sobre-o-Meno: Suhrkamp, 1955. Trad. ingl. de Harry Zohn. *Illuminations, with an Introduction by Hannah Arendt*. Nova ed., Londres: Fontana Press, 1992, p. 214.

ocorrer com o Direito¹³, e os próprios Direitos Humanos: que são obras ocidentais, embora apropriáveis por todos. Portanto, com vocação universalizante.

II. *Da Cultura e das Culturas*

Sobre o que seja Cultura ainda há não muitas décadas a ideia mais geral (nos nossos ambientes mais familiares) seria certamente a conjunto de conhecimentos, ao menos básicos, mas panorâmicos, enciclopédicos, sobre as coisas tidas por essenciais. Conhecimentos de variadas ciências e letras, ou seja, saberes, *epistemai* diversas e sobretudo fundantes, não pormenores técnicos em demasia. Ou seja, seria já aquilo a que depois se chamou “cultura geral”, com alguma redundância (cultura sem mais adjetivos seria por natureza geral), e que se encontraria quicá na Europa um pouco mais elaborado e requintado que os simples “basics” para que depois se apelou dever retornar-se (*back to the basics*). Uma pessoa culta tinha conhecimentos alargados sobre muita coisa, e por via disso saberia orientar-se na vida, acrescentando ao saber (e certamente por causa dele) algum juízo, critério, ponderação. Aliás, para alguns, o interesse de tanto conhecimento, do ponto de vista utilitário seria ainda a crença que essa ilustração e informação levariam a um lastro de moderação e equilíbrio, contribuiriam para a formação do caráter e nomeadamente para o esclarecimento da liderança. E embora essas ilusões se hajam em geral desfeito muito, temos que concordar que um chefe culto não é a mesma coisa que um chefe inculto quanto às suas qualidades e quanto ao seu modo de mandar.

¹³ SINHA, Surya Prakash. "Why has not been possible to define Law", in *Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie*. 1989, LXXV, Heft 1, 1. Quartal, Stuttgart, Steiner, p. 1 ss.

De há uns tempos a esta parte, porém, a noção de cultura entre alguns mais novos parece ainda ter, eventualmente, este lastro de sentido em pano de fundo, mas estar mesclada com outros conceitos, como os de animação (passou a haver “animadores culturais” com respetivos cursos, e até, se bem nos recordamos, pelouros municipais com esse nome ou similar), comunicação, e coisas diversas como património, turismo, e eventos em geral, em que por vezes se mesclam vetores que relevariam antes da Arte ou quiçá do Desporto e outros.

O conceito tenderá certamente a não encontrar um recorte tão claro como o anterior, e a confundir-se em alguns casos com eventos, atitudes, ou estilos de vida ou de ocupação do tempo... A ligação entre cultura e lazer não deixa de ser também importante. E um seu afastamento da Educação não será elemento a desprezar. Neste aspeto, embora certamente noutra registo, note-se que, em Portugal, os Ministérios da Educação deixaram de ser da Educação e Cultura. A Cultura enquanto departamento ministerial teve várias vicissitudes, voltando a ser recentemente de novo Ministério autónomo. Contudo, aguarda-se ainda um estudo comparativo do conceito de cultura ao longo dos tempos e dos governos, que naturalmente não é, nem constitucionalmente poderia ser, uma versão oficial do que se entenda por cultura... Seria natural se se chegasse à conclusão que existe uma *décalage* entre a noção difusa (ou pré-compreensão) de Cultura entre as jovens gerações e a que tem sido assumida pelos dirigentes culturais aos diferentes níveis.

Esta discussão pouco sentido faz se nos lembrarmos que o próprio grande educador António Sérgio, e mesmo em ambiente europeu (que mais Europeu poderia haver?), precisamente falando de cultura, considerava que os Gregos antigos eram um povo culto, mas não tanto pelas realizações concretas das Artes, das Letras e das Ciências, mas certamente por uma intuição,

uma predisposição crítica e opinativa (e dialética) que se manifesta, em Atenas, na Cidadania. Esperamos estar a interpretar bem o passo do autor de *Democracia*. É essa ideia de cultura, *mutatis mutandis*, solidária de uma perspetiva mais lata, que se encontra obviamente muito bem traçada neste interessante passo de Lygia Fagundes Telles:

“Nas minhas andanças, fui parar n África e lá conversei com aqueles homens da UNESCO, os bons, não os burocratas. Um deles me disse: ‘cada vez que morre um velho africano é uma biblioteca que se incendeia¹⁴’.

Há nos conhecimentos desses africanos velhos muito de cultura material e imaterial, de conhecimentos correlatos da cultura ocidental, mas há também (sublinhemos essa dimensão, independentemente das classificações) uma dimensão de sabedoria. Basta pensar na própria linguagem e na Língua, nos provérbios, nas lendas, nos mitos, etc. Quem ler um Mia Couto entende o que é, para a África, esse manancial imenso de Cultura, e entrevê a correspondente Arte.

III. *Da Arte e das Artes*

Continuemos em ambiente ocidental, por agora. Enquanto o ideal de pessoa culta poderia ser, há umas décadas ainda, um ideal partilhado pelas classes médias e baixas com aspirações de ascensão social, e parte do pacote demofílico das classes mais altas, já o seu entendimento sobre a relação com a arte não seria da mesma índole. Talvez nos tempos mais recentes o artista tenha até ganho maior aceitação social, certamente pelos ares mais

¹⁴ FAGUNDES TELLES, Lygia. *A Disciplina do Amor. Fragmentos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 20.

tolerantes em geral da sociedade em relação a certos comportamentos, em que se enquadrarão os estereótipos de marginalidade do artista típico, músico ou artista plástico sobretudo.

Continuará a não se considerar um ideal para os filhos que se tornem artistas (salvo evidentemente famílias mais ligadas ou apreciadoras da arte, e mesmo certamente nem todas), mas a proscrição não será certamente a regra. Ser artista, contudo, é algo que ainda de uma maneira geral anda ligado à ideia de vocação, de “ter habilitado, jeito ou talento” para aquela arte.

Evidentemente que parece que a proliferação de modalidades e hibridações artísticas também terá contribuído para uma diluição hodierna do artístico. As Belas Artes e as Belas Letras, a Música, Ópera, Bailado, etc., além de artes mais “sérias” e mais imediatamente tidas como úteis, como a Arquitetura, estão longe de esgotar as hipóteses. Sucede, *mutatis mutandis*, com a Arte o que vimos ocorrer mais contemporaneamente com a Cultura: ao ponto de se poder confundir também com movimento, exposição, socialização em torno um *quid* que, no limite, pouco mais seria que pretexto material (ou quiçá nem isso). Essa modificação de percepção e entendimento em ambiente ocidental será que pode ser lida como uma involuntária aproximação de uma perspectiva menos ocidental? Pode ser um filão hipotético-teórico a explorar, mas não cremos dever forçar as coisas. Pode haver alguma remota coincidência, mas até que ponto valorizá-la?

Contudo, da mesma forma que ainda resistem, pelo menos em certos setores, os mais clássicos conceitos de cultura numa perspectiva social (sociológica), também no plano da Arte há ainda muitas velhas ideias que têm curso em certos círculos...

IV. *Dimensões Artísticas: Da Antropo-sociológica à Vanguardista*

Os sentidos das expressões Cultura e Arte na *vox populi* (mesmo da *vox populi culta*) são naturalmente muito diferentes dos sentidos mais específicos e especializados.

Num domínio mais antropo-sociológico (que leva água ao moinho multiculturalista, as mais das vezes, embora possa haver leituras ao contrário, mas cremos que completamente ultrapassadas) há uma linha bastante vasta de autores que contrapõem, antes de tudo o mais, Cultura a Natureza. E por essa *magna divisio* passa muito da determinação do significado de uma e outra. Assim, aquela seria o conjunto de artefactos humanos (em sentido latíssimo), coisas criadas pelo Homem, enquanto esta não passaria de dados não trabalhados latamente “físicos” do *estar-aí*: nos domínios que classificamos como astronómicos, geológicos, mineralógicos, químicos, biológicos, etc.. Evidentemente que neste sentido seria Cultura tanto a chamada “cultura material”, de aspetos “elementares” de quotidiano, economia, etc., como aquela a que alguns, em dada época (hoje fora de moda) chamaram “alta cultura”. Ora esta “alta cultura” de antanho tem pontes muito imediatas com a Arte.

Também a Arte anda no domínio teórico muito atravessada por divergências e polémicas. Se uma tradicional visão elitista a fazia domínio de um complexo e inefável conceito de Belo, numa perspetiva estetizante, da chamada “arte pela arte”¹⁵, já depois se foi crivando de críticas esta conceção, ao ponto de haver manifestações que

¹⁵ Parece que o mote *l'art pour l'art* terá surgido a lume pela primeira vez nos inícios da década de 30 do séc. XIX, embora o conceito já se encontrasse de algum modo presente no *De l'Allemagne* de Mme. De Stael (1813), nas lições na Sorbonne entre 1816 e 1818, de Victor Cousin, publicadas em 1836, ou no Prefácio ao seu conto *Mademoiselle de Maupin*, de Théophile Gautier. Cf. MORGAN, Hilary. “Art for Art’s Sake”. in *The Dictionary of Art*. Ed. Por Jane Turner, Londres / Nova Iorque: Macmillan / Grove’s Dictionaries, 1996, p. 530

se foram assumindo como Arte, mas que apostaram em alguma forma de vazio (exposição sem nada para expor, com as portas mesmo cerradas; concerto em silêncio; filme sem imagens), ou até no assumidamente horrível, feio, produzindo, por exemplo, quadro “insuscetível que alguém tolerasse tê-lo, por feio em excesso, numa parede sua”, para glosar as palavras de um autor.

Assim, a Arte se aproxima do testemunho antropológico e social, acabando por ser traço cultural em sentido lato e não, como a princípio desejariam alguns que fosse, manifestação de alta cultura. Quicá a mais elaborada dessas manifestações. Num interessante artigo de uma enciclopédia especializada, Richard Wollheim refere-se ao relativismo dos antropólogos em torno destas questões, nomeadamente afirmando:

“[...] Anthropologists have mostly taken refuge in a form of relativism, according to which the activities that flourish in any particular society can be classified as, for example, religion, law or art only by reference to the aims, functions and structure of that society”¹⁶.

Ao considerarmos como Arte, por exemplo, a artefactos de tribos que não possuem conceito para tal, nem palavra, que obviamente não conhecem mercado de arte, ignoram os críticos de arte e os seus historiadores, e ainda, claro está, as exposições e os museus, estamos a dar lugar a manifestações da cultura material (pelo menos...) sem muitas vezes fazer intervir qualquer conceito de ordem de valores estética. Não é o belo que ali conta, poderá ser até em alguns casos o horrível ou feio do exótico (em padrões a ele exógenos). Mas é, de qualquer modo, o original, o característico (visto também por olhos de fora).

¹⁶ WOLHEIM, Richard. “Art”, in *The Dictionary of Art*. cit., p. 505.

Contudo, parece que, a par deste caráter mais assético de Arte, como vimos mais próximo de cultura *tout court* ou *lato sensu*, ainda persiste, ao menos socialmente em muitas camadas do público, e talvez latentemente em alguns críticos, um *fumus* de sensibilidade ao valor ou comoção estética. Será que há uma volta a galope de uma ideia inata ou pelo menos muito ancestral de Belo? Será o Belo uma autêntica estrutura fundante, antropológica, do nosso imaginário coletivo, um verdadeiro arquétipo?

A verdade é que, apesar do gosto por vezes muito *kitsch* de vastas massas, ou de uma preferência pelo simplesmente monumental, fotogénico ou “bonitinho”, ou melódico, proporcional (depende dos cortes de cada arte...), há também uma rejeição do ilegível, do simplesmente obtuso ou esdrúxulo, do que produza um excessivo efeito de estranhamento¹⁷. O público é, em geral, conservador. E se não se encontrar eivado (temporariamente, porque esse tipo de situações são, por natureza, passageiras) de um certo snobismo¹⁸ de modas, também pode reagir negativamente às manifestações ditas artísticas (ou culturais) que já alguém chamou do “bluff”. Com efeito, assim foi vilipendiado em grande periódico inglês um escultor de *ready made* ou aparentado no dia seguinte à abertura da sua exposição. Recordamos pessoalmente muito bem essa acusação na imprensa de então. E é apenas um caso impressionante entre muitos.

Talvez fosse útil chegar-se a um apartar das águas em Arte, para bem de uma certa paz e ordem na Cultura (agora no sentido de formação, educação geral, etc.). De um lado, está o acervo de testemunhos civilizacionais (de

¹⁷ Sobre “estranhamentos do efeito de estranhamento”, cf. JAMESON, Fredric. *Brecht and method*. trad. e notas de Maria Silvia Betti. *Brecht e a Questão do Método*. São Paulo: Cosac Naify, 2013, p. 57 ss..

¹⁸ Cf., *v.g.*, DE CLINCHAMPS, Ph. Du Puy de. *Le Snobisme*. Paris: PUF, 1964.

povos diversos, de civilizações e culturas diferentes). De outro, o clássico e o que, sendo dos nossos tempos, segue a linha e os cânones clássicos. De outro ainda, o inovador (esperamos que com qualidade, porque sem qualidade será ainda Arte? Ou estaremos ainda a ser estetizantes mesmo sem falar ou requerer estética?), assumidamente em rutura.

Se no domínio do artístico etnológico ou sociológico a questão talvez se não coloque, no demais sim: será que poderá ser considerado arte o puro mau gosto (salvo o mau gosto dos pioneiros da Arte Moderna *latissimo sensu*: mas a novidade acabou...)? Será que, depois de toda a água que já passou sob as pontes, ainda se admirará, de forma pasmada, o puro mau gosto apenas para *épater le bourgeois*? Ou para agradar à *ménagère de quarante ans*¹⁹, mais ano menos ano, para recordar o livro de Bernard Pivot sobre critérios de audiências televisivas?

Seria necessário que novas vanguardas se libertassem dos velhos gritos do Ipiranga de independências e ruturas que já se deram, e que hoje já não chocam ninguém. Apontar novos caminhos não pode ser trilhar sulcos de há muito fossilizados. O mais patético em arte e em cultura é a velharia que se reivindica do último grito...

V. *Pluralidade de Culturas*

Para além do mapa de culturas no *mapa mundi*, se nos ativermos mesmo ao simples mapa de cada Estado, identificamos vários tipos bem diversos de cultura, hoje em dia. Talvez além de culturas com cunho de ancestralidade e etnicidade patentes (como diferença: o outro, o segregado, o marginal, o exótico, etc., conforme as lunetas de cada um) não fosse também errado colocar no âmbito da

¹⁹ PIVOT, Bernard. *Remontrance à la ménagère de moins de 50 ans*. Paris: Plon, 1998.

necessidade de diversidade cultural as raízes mais evidentes (quantas vezes negadas ou esquecidas por óbvias, ou por outras razões mais complexas em que podem andar vários tipos de complexo), e ainda vários estratos da “cultura corrente”, não apercebida como multicultural. Mas que num certo sentido o é. Um país que tenha muitas minorias e muitas raízes étnicas e nacionais, etc., apercebe-se melhor dessa variedade, mas esquece que há ainda, por vezes dentro de cada “tradição” (chamemos-lhe assim, por facilidade de expressão) uma variedade multicultural a não olvidar.

Cada cultura em si, como muitas outras formas concretas de cultura (estamos a pensar, desde logo, nos tipos históricos de governo, por exemplo, e na sua classificação em Aristóteles) pode, desde logo, assumir uma forma pura e uma forma corrupta.

A Alta cultura, tem como forma corrupta a *sabichice*, a erudição da *petite histoire* e dos *fait divers*.

A Cultura Popular tem como forma corrupta o folclorismo brejeiro ou o nativismo não isentos de aproveitamento comercial.

A Cultura média, ou geral, do *Honnête Homme* (que vimos em tempos desenvolvida por José Augusto Seabra) tem como forma corrupta o culto dos livros que se vendem quase a peso como suplemento de alguma coisa, ou das enciclopédias que já foram impingidas de porta em porta (hoje as Enciclopédias estão em baixa, a Informatização quase as matou)... Ou os repetitivos enlatados televisivos.

A Cultura de vanguarda, quase não a vemos no estado puro. No estado corrupto pulula, em produtos altamente dependentes do comércio e do snobismo, para gáudio da classe média superior que tem dinheiro para gastar, tempo para esbanjar em eventos de encontro entre os da casta, e paredes e estantes para alojar o que compra a peso de oiro, e ao mais pesado tributo ainda de hipocrisia.

Para algumas culturas a transposição do que acabamos de dizer é simples, para outras é mais complicada. Quanto mais próximas do “modelo ocidental” (chamemos-lhe assim), mais certamente se reconhecerá numa cultura esta estratificação, com problemas próprios de cada subcultura.

VI. *Desafios Políticos às Artes e às Culturas*

Felizmente, o simples esteticismo parece ultrapassado em muitos círculos culturais e artísticos. Não é que uma certa dose de esteticismo não possa ter o seu encanto, o seu lugar... E não possa ser até, num certo sentido, uma compreensível reação ao desprezo e até às invetivas de alguns contra conceitos e valores estéticos que têm por ultrapassados, nocivos e / ou ideológicos, como a ordem, a harmonia, o “gosto” e a beleza em Arte.

Mas a subordinação total da vida (ainda que apenas da vida cultural ou artística) à forma, e da forma a um conceito de Belo, normalmente totalmente ideal e sobretudo não partilhado socialmente (elitista) tem muito que se lhe possa criticar. Sobretudo quando há uma função social óbvia da arte, que, como tudo – e por exemplo o Direito – é tanto mais política (e mais eficaz a longo prazo e em profundidade nos espíritos) quanto nega a política²⁰ e pretende ficar sossegada, colhendo flores numa qualquer Arcádia, como alguns poemas de Ricardo Reis²¹...

Obviamente que para alguns a arte militante é também um alvo a abater, ou um paradigma a desprezar, porque ainda se preocupa com a mensagem mais fanérica,

²⁰ Para o Direito, classicamente, v. CARVALHO, Orlando de. *Para uma Teoria Geral da Relação Jurídica Civil. I. A Teoria Geral da Relação Jurídica. Seu Sentido e Limites*. 2.^a ed. atualizada, Coimbra: Centelha, 1981.

²¹ Comentámos algumas dessas passagens no nosso *Desvendar o Direito*. Lisboa: Quid Juris, 2014.

mais explícita, com mais legibilidade. E mesmo com um sentido para a Arte (coisa de que muitos vanguardistas prescindiram). O niilismo (*hoc sensu*) em Arte basta-se, em muitos casos, com as críticas dos críticos, o acorrer de um público muito heteróclito (de fãs, mais ou menos fieis, espantado, ou perplexo), e (desejavelmente, com probabilidade, e em não raros casos, ao que se pressupõe) com a rentabilidade da atividade ou com o impacto da mesma.

Parece-nos ilustrativo que dois artigos no já citado número de *Beaux Arts Magazine* nos alertem, um numa chave mais geral, outra mais concreta, para esse complicado diálogo com o Poder, em que o Direito nem sempre é óbvio mediador...

A propósito do livro de Pascal Quignard, *Mourir de penser*²², François Cusset recorda exemplos clássicos, mas também um muito atual:

*“[...] demandez a Giordano Bruno, philosophe que l’Église envoya au bûcher, à Antonio Gramsci, penseur marxiste qui passa onze années de sa vie en prison, ou à Khaled Assad, archéologue décapité l’na dernier par Daech sur le site de Palmyre qu’il dirigea longtemps, ce qu’ils en pensent. Ou alors jusqu’à Socrate, qui n’a pas bu la cigue par goût du suicide*²³”.

Há realmente muitos exemplos, muitos testemunhos de quem tenha ganho e continue ganhando a palma do martírio por causa do pensamento e da arte (que são ambos cultura). E esses artistas ou amigos da arte, esses pensadores ou amigos do pensamento, ou estudiosos de uma e outra coisa sacrificados pelo seu labor, pela sua

²² QUIGNARD. *Mourir de penser (Dernier Royaume, vol. IX)*. Paris: Folio, 2016?

²³ CUSSET, François. *Qui a chau au Q.I.* in “Beaux Arts Magazine”, n.º 380, fevereiro 2016, p. 38.

maneira de viver impregnada do seu trabalho, por ele animada, são evidentemente o contrário do “artista” ou do “culto” meramente diletantes. E talvez mais ainda do *snob* nessas áreas, e não apenas o *snob* “consumidor” ou “coleccionador”, mas do *snob* produtor, artista ou filósofo. E essa atitude bem foi apontada por Kant²⁴ e dissecada depois (e em suas variantes) por Derrida²⁵.

Mais concreto e empenhado politicamente ainda é o artigo de Nicolas Bourriaud, que citamos, e de que mantivemos as referências, sem obviamente a elas dar aprovação ou desaprovação pessoal e ideológica (não é aqui o nosso fito). Elidir algum aspeto da citação seguinte (que é feita apenas com fins ilustrativos) privaria os leitores da cabal compreensão do envolvimento da crítica na atualidade. Não há, pois, como não apresentar o documento ao menos numa passagem significativa como esta. Prevenimos que as palavras são fortes e não têm nada a ver com o isolamento fora do tempo e lugar praticados pelos esteticismos narcísicos:

*“Les reactionnaires de tout poil, de Marion Maréchal-Le Pen aux Frères musumans, s’acharment à pétrifier la création dans une définition du beau qu’ils voudraient universelle. À cela, c’est un art vivant et en prise avec le monde qu’il faut opposer. Après le temps des avant-gardes du XXe siècle, voici celui des arrières-gardes du XXIe, dont nous sommes bien obligés de poursuivre l’ébouriffante saga”*²⁶.

²⁴ KANT, Emmanuel. *D’un ton grand seigneur adopté naguère en philosophie*, trad. fr. de L. Guillermit. Paris: Vrin, 1982.

²⁵ DERRIDA, Jacques. *De um tom apocalíptico adoptado há pouco em Filosofia*. Ed. Port. com trad. e posfácio de Carlos Leone. Lisboa: Veja, 1997.

²⁶ BOURRIAUD, Nicolas. *Contre les idéologies zombies*. In “Beaux Arts Magazine”, n.º 380, fevereiro 2016, p. 44.

Trata-se, portanto, de proclamar a liberdade e a abertura da Arte, do seu conceito e da sua ação frente afinal a um dogmatismo com pretensões estetizantes. Ou seja, enquanto para muitos clássicos estetizantes a arte pela arte com vista ao Belo se deveria fechar às solicitações políticas, sociais e afins (“Vai dizer-lhes que não!” ecoa sempre como a resposta de José Régio), já os extremistas políticos (com ou sem conotação religiosa fundamentalista – e curiosamente aqui se pode remeter para uma angústia multiculturalista...) na sua deriva totalitária, gostariam também de decretar sobre os valores estéticos: dizer o que é e o que não é arte. Historicamente, com critérios uns de beleza (ou pretensa beleza) e outros de utilidade social, religiosa, ou afim. Repare-se que não é apenas o *mainstream* civilizacional euroamericano a ditar um etnocentrismo: há uma luta cultural dentro e fora dessa antigamente muito qualificada como “Civilização Ocidental”. Desde logo, fundamentalistas internos e externos.

Além do mais, mesmo em ambiente pluralista e democrático (mas em democracias crepusculares²⁷, é certo...), há desvios profundos neste âmbito. Derivados de má compreensão da realidade. O autor prossegue:

“Les politique publiques, gonflées par une rhétorique de la ‘démocratisation de l’art’ dont on a peine a voir la finalité, tout comme les démarches privées qui réduisent l’oeuvre d’art à un objet de luxe, semblent occulter l’essentiel, à savoir le rôle de l’art vivant dans une société”²⁸.

VII. *Conclusão inconclusa*

A questão conceitual (tanto como as sociais e políticas) da Arte e da Cultura, das Artes e das Culturas, só

²⁷ Cf. o nosso livro *Direitos Fundamentais e Crise*, em preparação.

²⁸ BOURRIAUD. Op. Loc. Cit..

tem a ganhar em ser analisada a uma luz multiculturalista. Mas note-se que há várias luzes multiculturalistas (é a lógica inerente á sua natureza pluralista...), e não uma apenas. O multiculturalismo é múltiplo já. O enclausuramento de umas e outras em perspetivas simplesmente euroamericanas tradicionais ou “ocidentais” *hoc sensu* não levou senão a uma elitização e a um empobrecimento conceitual. E na verdade de há muito se encontra ultrapassada essa perspetiva.

Contudo, alguns aspetos devem ser levados em conta nesse reequacionar dos conceitos de Artes e Culturas.

Um dos aspetos prende-se, evidentemente, com uma necessária compreensão das realidades em vasto contexto de um mosaico de povos e culturas, legados diversos. Mas tanto ao nível histórico como num entendimento sincrónico, tanto no plano internacional como nacional. Dentro de cada País há variedades de cultura e mesmo dentro da mesma suposta cultura (e muitas vezes de supostamente monolítica forma de cultura) há, pelo menos, o que poderíamos chamar “estratos”... Por vezes esses estratos são muito divergentes em certos aspetos. Uma anedota sem muita graça mas sabe-se lá se com alguma verdade, nos tempos da Guerra Fria dizia que no Além (não se sabe também se inferno se paraíso) os então líderes dos EUA e da URSS (Kissinger e Brejnev era uma dupla muito referida, mas poderiam ser outros) prefeririam estar juntos que ter de conviver com os seus fanáticos sequazes, gente miúda, inculta e fanática, tanto do capitalismo como do comunismo. Também um refinado alto expoente de uma cultura do continente A, B, C... pode quiçá compreender e apreciar a alta cultura e a mais requintada arte de outro, e desdenhar eventualmente de produções culturais do seu próprio país. E a recíproca será também verdadeira: os consumidores de cultura enlatada de culturas diferentes podem quiçá ter algo de solidário. Embora reconheçamos que aqui o que mais os liga é uma cultura cosmopolita consumista, decalcada em padrões

ocidentais ou ocidentalizados. Um alienado cidadão inculto da euroamérica dificilmente entenderia produtos genuínos de uma cultura castiça genuína da África ou da Ásia. Seria interessante averiguar se e em que medida à aculturação desses produtos cosmopolitas pelo mundo fora conseguem resistir mesmo raízes étnicas extraeuropeias. E em que medida se criam mesclas interessantes... De qualquer forma, o cidadão da massa, alienado (muito pouco cidadão, realmente) normalmente é uma vítima de todos esses aparelhos ideológicos, do *marketing* aos meios mediáticos, que são uma forma dirigida e especializada de *marketing*. Na medida em que seja menos alienado (a alienação certamente a todos toca, sendo apenas uma questão de grau de dependência), esse cidadão poderá melhor compreender e integrar o outro e a sua arte e a sua cultura. Mesmo o medianamente formado cidadão está carregado de preconceitos contra certos grupos... A um ponto que quase se chega a descrever da natureza humana...

Outro aspeto a ter em consideração é o da dimensão polémica e agónica do diálogo cultural. Há grupos dentro de culturas, ou que de algum modo as apresentam apenas como bandeiras, que naturalmente usam esse vetor da vida como arma. E a cultura não é pequena arma ideológica, aparelho ideológico (veja-se Gramsci²⁹ e Althusser³⁰, desde logo).

Corre-se o risco, por vezes, de para enfatizar o valor de culturas historicamente menos bem tratadas (pelo

²⁹ GRAMSCI, Antonio. *Escritos Políticos*. trad. port., Lisboa: Seara Nova, 1976-1977, 4 vols. Idem. *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo stato moderno*. Turim: Einaudi, 1949. Idem. *Cahiers de prison*. Paris : Gallimard, 1978. CAVALCANTI, Pedro / PICCONE, Paolo (org. antolog.). *Um outro marxismo: Antonio Gramsci*. Lisboa: Arcádia, 1976, BENOIST Alain de, et alii. *Pour un 'gramscisme de droite'*. Paris : Le Labyrinthe, 1982.

³⁰ V. o clássico: ALTHUSSER, Louis. *Idéologie et appareils idéologiques d'Etat*. La Pensée, trad. port. de Joaquim José de Moura Ramos. *Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado*. Lisboa: Presença, 1974.

menos em alguns períodos e por alguns: porque há muita diversidade de situações e altos e baixos em certos casos), esquecerem-se outras que, nem por serem ligadas a grupos dominantes ou antigos grupos dominantes (como grupos colonialistas ou imperialistas), terão sido ou estarão sendo particularmente bem tratadas. Com o risco de, em muitos casos, se perder boa parte do vínculo identitário essencial de uma comunidade.

Imagine-se o que ocorreria se nos EUA se decidisse proscrever estudar história, arte, cultura e literatura inglesas, para promover, entretanto, as de origem africana, eslava, hispânica, italiana ou ameríndia? Ou, mais fortemente ainda, que apenas se estudasse a ameríndia, dado todas as outras serem afinal de importação (não são realmente “nativas” do continente)? Que seria da Língua e da Cultura nos EUA se se rompesse esse vínculo? Nem tudo se perderia, claro. Mas era romper um cordão umbilical, uma raiz essencial, sem o que não se compreende o que se passou depois. Nem tudo, mas muito. E se à conta dessa exacerbação do solipsismo (ou preferência por outros legados) se proibissem ou dificultassem os intercâmbios culturais com o Reino Unido, se asfixiassem as bolsas para esse País? Obviamente que isso é apenas ficção...

Não resistimos, porém, a ficcionar para Portugal. E se persistisse, ao cabo de tantos séculos, um complexo antileonês (dado que o país saiu, no século XII, desse reino), e com a sucessão de Estados (e alguma experiência traumática, com pontos altos no séc. XIII e XVI-XVII), passasse a complexo antiespanhol? Evidentemente, sendo a língua diversa, e havendo já tantos séculos de um protagonismo português independente, o resultado seria menos grave que o ficcionado exemplo americano. Mas mesmo assim seria antes de mais um absurdo, e uma perda e empobrecimento muito considerável. Outra tolice muito grande seria culpar os espanhóis ou os leoneses pelos

vícios, erros, ou pelo próprio *ethos* nacional³¹. E contudo, há quem em Portugal culpe os árabes por algumas ineficiências, burocracias ou afins da administração ou da política nacionais.

Creemos ser preciso o maior cuidado com políticas públicas (e privadas, mas as públicas são normalmente mais graves) de índole cultural que, com base numa perspectiva com atinências à questão trans-, inter-, ou multicultural, procurem fazer apressada e militante engenharia social. Com o risco de virarem uns grupos contra outros, de criarem novos conflitos ou de reavivarem alguns que poderiam estar a caminho de ser sanados, ou ainda de estabelecerem novas desigualdades. E outra dificuldade é uma desenraizada, plastificada, cosmopolita (no pior sentido, não no Kantiano) política globalizadora do desenvolvimento pelo desenvolvimento, que, como dizia Mia Couto, “nega identidade dos povos”³². Não se pode ter um pluralista multiculturalismo se todos forem formatados pelo mesmo rolo compressor, normalmente ao serviço de critérios simplesmente quantitativos e financeiros.

Dito isto, é evidente que países de si multiculturais são diferentes. Cada situação é uma situação. Como

³¹ PEREIRA MARQUES, Fernando. *Sobre as Causas do Atraso Nacional*. Lisboa: Coisas de Ler, 2010. E o nosso livro *Lusofílias. Identidade Portuguesa e Relações Internacionais*. Porto: Caixotim, 2005 e os nossos artigos *Identidades, Etnocentrismos e Romance Histórico – Encontros e Desencontros no Brasil Nascente e nas Raízes de Portugal*, in “Videtur”, n.º 25, 2004: <http://www.hottopos.com/videtur25/pfc.htm>. E *Repensar Portugal - diálogos sobre identidade e atraso*. “International Studies on Law and Education”, vol. 9, pp.5 - 12, 2011. <http://www.hottopos.com/isle9/05-12PFC.pdf> (consultado em 18 de maio de 2016).

³² "Ideia de desenvolvimento nega identidade dos povos, afirma Mia Couto" - cf. http://www.ecodesenvolvimento.org/posts/2014/a-ideia-de-desenvolvimento-nega-a-identidade-dos?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook#ixzz2zR1mOjpTO. (consultado em 18 de maio de 2016).

sempre, o grande auxiliar é o Bom Senso. Não o senso comum sempre mais ou menos alienado. Mas o bom senso, que está informado pela luz do sentido crítico. Infelizmente, a falta de educação, instrução, civismo e cultura, as paixões ideológicas exacerbadas (piores ainda se misturadas com interesses pessoais ou aspirações agigantadas decorrentes de uma má interpretação do verdadeiro interesse), e outros fatores dificultam muito que venha à tona a limpidez de um pensamento claro.

AS VOZES DO SUL: PERSPECTIVAS MULTICULTURAIS PELO PLURALISMO JURÍDICO E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Giulia Signor

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino²

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Membro do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Membro do Grupo de Pesquisa Pluralismo Jurídico e Multiculturalismo. Bolsista voluntária de iniciação científica do projeto “Dicionário da Sustentabilidade”. Currículo Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8012466A1> – E-mail: giulia.signor@yahoo.com.br

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado – em Direito da Faculdade Meridional – IMED. Pesquisador da Faculdade Meridional. Membro do Grupo de Estudos Interdisciplinares em Ciências Humanas, Contingência e Técnica na linha de pesquisa Norma, Sustentabilidade e Cidadania da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Ética, Cidadania e Sustentabilidade no Programa de Mestrado em Direito (PPGD) da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Direitos Culturais e Pluralismo Jurídico da Faculdade Meridional - IMED. Membro do Grupo de Pesquisa sobre Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos da Faculdade Meridional - IMED. Vice-líder no Centro Brasileiro de pesquisa sobre a teoria da Justiça de Amartya Sen. Membro da Associação Brasileira de Ensino de Direito - ABEDi. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Empresarial e Sustentabilidade, do Instituto Blumenauense de Ensino Superior. Passo Fundo. RS. Brasil. Currículo

“Me detuve en el Perú y subí hasta las ruinas de Macchu Picchu. Ascendimos a caballo. Por entonces no había carretera. Desde lo alto vi las antiguas construcciones de piedra rodeadas por las altísimas cumbres de los Andes verdes. Desde la ciudadela carcomida y roída por el paso de los siglos se despeñaban torrentes. Masas de neblina blanca se levantaban desde el río Wilcamayo. Me sentí infinitamente pequeño en el centro de aquel ombligo de piedra; ombligo de un mundo deshabitado, orgulloso y eminente, al que de algún modo yo pertenecía. Sentí que mis propias manos habían trabajado allí en alguna etapa lejana, cavando surcos, alisando peñascos. Me sentí chileno, peruano, americano. Había encontrado en aquellas alturas difíciles, entre aquellas ruinas gloriosas y dispersas, una profesión de fe para la continuación de mi canto³”.

INTRODUÇÃO

A história da América Latina demonstra as profundas desigualdades vivenciadas pelos seus povos. As vozes que habitam esse continente tiveram poucas oportunidades de se expressarem ou terem espaços próprios para expressar as suas necessidades, as suas ideias, os seus saberes. Pouco a pouco, o desenvolvimento dessas regiões ocorreu sob a marca da exploração, da oligarquia, da eliminação cultural. Não é possível que ocorra qualquer manifestação de autonomia, de aperfeiçoamento civilizacional a partir do signo colonial.

No entanto, o que se observa, não obstante as dificuldades ainda persistam, é que as vozes esquecidas e silentes, tornam-se, mais e mais, audíveis. Aos poucos, as

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1318707397090296> -
E-mail: sergiorfaquino@gmail.com

E-

³ NERUDA, Pablo. **Confieso que he vivido**: memórias. p. 75. Disponível em: <http://www.librodot.com>. Acesso em 13 de jun. de 2016.

identidades e identificações latino-americanas retomam as suas características sócio-histórico-culturais a fim de demonstrar, no século XXI, como é possível constituir a integração desses povos e trazer diversas e diferentes contribuições para uma vida humana razoável.

Duas categorias podem ser citadas como vetores da descolonização dos saberes do sul: Socialidade e Multiculturalismo. A primeira expressa uma diferença significativa, especialmente no âmbito da Sociologia Clássica, com outra expressão, qual seja, a Sociabilidade. A dimensão da Socialidade⁴ revela o viver e conviver como um *theatrum mundi*, em outros termos, a flexibilidade dos vários *papéis* e *figurinos* permite a elaboração serena de uma *fala sensata*, capaz de reunir as virtudes humanas latino-americanas e produzir horizontes desejáveis para se disseminar e articular a Dignidade Humana.

No âmbito do Multiculturalismo, por outro lado, exercita-se, de modo permanente, o reconhecimento necessário acerca da importância (ontológica) de cada saber, de cada *cosmovisão*⁵, desde as sociedades industriais às

⁴ “[...] a pessoa (*persona*) representa *papéis*, tanto em sua atividade profissional quanto no seio das diversas tribos que participa. Mudando o seu figurino, ela vai, de acordo com os seus gostos (sexuais, culturais, religiosos, amicais), assumir o seu lugar, a cada dia, nas diversas peças do *theatrum mundi*”. MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 138.

⁵ “*Todas las culturas tienen una forma de ver, sentir percibir y proyectar el mundo, al conjunto de estas formas se conoce como Cosmovisión o Visión Cósmica. Los abuelos y abuelas de los pueblos ancestrales, hicieron florecer la cultura de la vida inspirados en la expresión del multiverso, donde todo está conectado, interrelacionado, nada está fuera, sino por el contrario “todo es parte de...”;* la armonía y equilibrio de **uno** y del **todo** es importante para la comunidad. Es así que en gran parte de los pueblos de la región andina de Colombia, Ecuador, Bolivia, Perú, Chile y Argentina, y en los pueblos ancestrales (primeras Naciones) de Norteamérica pervive la Cosmovisión Ancestral o Visión Cósmica, que es una forma de comprender, de percibir el mundo y expresarse en las relaciones de vida. Existen muchas naciones y culturas en el Abya Yala, cada una de ellas con sus

comunidades indígenas. Essa proximidade tira o véu de uma perspectiva mais relativa sobre a categoria estudada. Pode-se afirmar que cada povo tem a sua marca cultural, as suas tradições. No entanto, a sua autonomia, a sua identidade⁶ não pode servir como parâmetro de imobilidade ao desenvolvimento social ou, ainda, permitir o retrocesso. Aquelas práticas nas quais degradam o humano e/ou o não humano jamais podem ser a justificativa para classificar algo como “cultura”, nem, tampouco, ser apreciadas como fenômeno a permitir a melhoria da democracia. Nenhuma expressão cultural é imutável e absoluta dentro as linhas do tempo⁷.

propias identidades, pero con una esencia común: el paradigma comunitario basado en la vida en armonía y el equilibrio con el entorno”. HUANACUNI MAMANI, Fernando. **Buen vivir/ Vivir bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas**. Peru: CAO, 2010, p. 27.

⁶ “[...] a descoberta da minha identidade não significa que eu me dedique a ela sozinho, mas sim que eu a negocie, em parte, abertamente, em parte, interiormente, com os outros. É por isso que o desenvolvimento de um ideal de identidade gerada interiormente atribui uma nova importância ao reconhecimento. A minha própria identidade depende, decisivamente, das minhas reacções dialógicas com os outros”. TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 54.

⁷ “[...] creio que *coerência* é, enfim, o termo correto e que lança ponte [...]: o que descubro no pensamento de alhures ou daqui é sempre ‘coerente’, uma vez que resistindo efetivamente em conjuntos e justificando-se. Assim, com efeito, a *inteligência* é esse recurso comum, sempre em desenvolvimento, bem como indefinidamente partilhável, de apreender coerências e comunicar-se através delas. Heráclito já dizia: ‘Comum a todos é o pensar’, *phronein*. O que estabeleceu como princípio que não existe nada, de qualquer cultura que seja, que não seja em princípio inteligível - é este efetivamente, mais uma vez, o único transcendental que reconheço: não em função das categorias dadas, em nome de uma razão pré-formada, mas como exigência que forma horizonte e jamais se detém (e correspondendo, a esse título, ao universal). Isso, portanto, sem resíduo. De maneira absoluta. Ainda que os esforços dos antropólogos nunca sejam plenamente recompensados;

Por esse motivo, a conjugação Socialidade e Multiculturalismo expressa a importância da vida latino-americana, da emergência plural das vozes do sul, as quais enaltecem essa convivência entre Homem e Natureza. Na perspectiva jurídica, ambas categorias sinalizam a Sensibilidade Jurídica destas terras a partir do Pluralismo Jurídico como vetor de elaboração das Constituições Latino-Americanas. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano apresenta, numa dimensão ética, a presença das vozes marginalizadas e, numa dimensão normativa, rememora os desafios e adversidades no exercício e reinvidicação de novos direitos os quais retratam o rico mosaico cultural, cujo alcance já transborda as fronteiras da soberania nacional.

A partir desses argumentos, o critério metodológico utilizado para a investigação de abordagem e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Dedutivo⁸, cuja premissa maior é a existência do Multiculturalismo e a premissa menor se manifesta pela aplicação dessa condição por meio do Pluralismo Jurídico e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. A coleta e tratamento dos dados será feito por meio do Método Cartesiano⁹. A técnica utilizada nesse estudo será a Pesquisa

ainda mesmo que eu mesmo nunca tenha certeza de ter conseguido ler o suficiente...". JULLIEN, François. **O diálogo entre as culturas: do universalismo ao multiculturalismo**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 175/176.

⁸ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 213.

⁹ “[...] base lógico-comportamental proposta por Descartes, [...], e que pode ser sintetizada em quatro regras: 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. p. 212.

Bibliográfica¹⁰ e Documental, a Categoria¹¹ e o Conceito Operacional¹².

O problema de pesquisa formulado para este estudo pode ser descrito pela seguinte indagação: Qual a importância do Multiculturalismo na América Latina o qual permite a manifestação Pluralismo Jurídico como condição de elaboração do Novo Constitucionalismo Latino-Americano?

A hipótese para essa pergunta demonstra, inicialmente, que é preciso observar qual o entendimento cultural sobre a perspectiva multicultural no referido continente, o qual não se assemelha a outros modelos como é o caso europeu ou norte-americano. Aos poucos, as vozes antes silentes, diante de um cenário histórico de exploração desmedida e desprezo pelos seus saberes ancestrais, se expressam pela sua pluralidade e diversidade na perspectiva jurídica. Essa difusão de conhecimentos, essa conversação polifônica denota como a dimensão constitucional não pode – nem deve - se isolar nos seus limites soberanos, mas se amplia pelo *transconstitucionalismo*¹³.

¹⁰ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 215.

¹¹ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 205.

¹² “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos da ideia exposta”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 205.

¹³ “O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversação’ constitucional é

O Objetivo Geral deste estudo é investigar como as vozes multiculturais do sul foram institucionalmente reconhecidas a partir do Pluralismo Jurídico e do Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

Os Objetivos Específicos são: a) Esclarecer a importância do Multiculturalismo; b) Identificar o desenvolvimento do Pluralismo Jurídico a partir da Socialidade; c) Avaliar a necessária integração – e cooperação – entre os latino-americanos por meio do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, não obstante as suas absolutas diferenças no exercício da liberdade e tolerância¹⁴.

indispensável”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 129.

¹⁴ “A Tolerância torna visíveis os limites de nossas certezas e acolhe essa diferença que está além das fronteiras perceptivas do ‘Eu’. Essa postura é inexistente por aquele que pratica o seu contrário – a intolerância²⁷ –, porque a ausência desse terreno fértil, de se acolher a diferença humana alheia, impõe um *modus vivendi* sem liberdades, sem proximidade. É a negação da condição (e natureza) humana. Tolerar exige, sob esse argumento, o Perdão, pois, como salienta Voltaire, é o fundamento que se manifesta a partir do reconhecimento no qual se comunga nossas fragilidades, nossos erros. Ao se admitir essa condição, intrassubjetiva e intersubjetiva, resta a indagação: Por que não perdoar? Percebe-se nessa ação uma aposta de regeneração, ao contrário da intolerância, que dissemina atitudes destrutivas. O improvável se corporifica e resiste, manifesta-se contra a violência, a crueldade, as imposições culturais arbitrárias e regenera as relações humanas tornando-as mais amistosas e sadias. Esse é o vínculo de Responsabilidade na qual se constitui historicamente por meio do ‘estar junto’, e se torna o sedimento que amplia o exercício habitual da Tolerância”. ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Tolerância: reflexões filosóficas, políticas e jurídicas para o século XXI. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 142, n. 137, p. 374, março de 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/389/323>. Acesso em 19 de jul. de 2016.

1 SOB O HORIZONTE DA ESPERANÇA: A FORÇA DO CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DA IDENTIDADE DAS *TERRAS DO SUL*

A partir do final da década de 1980, começa-se a perceber um giro constitucional significativo na América Latina. As intensas e diferentes formas de exploração e submissão – seja ideológica ou política, de caráter interno ou externo – que não favoreceram o pleno desenvolvimento das nações deste continente aos poucos cede espaço para se assegurar vida qualitativa, liberdade como pressuposto básico às reivindicações históricas, bem como o exercício de direitos e deveres, igualdade e justiça como fontes de equilíbrio para as sadias relações cotidianas entre as pessoas e solidariedade como o fundamento social e institucional do esclarecimento acerca da experiência sobre a Dignidade Humana¹⁵.

Todos esses fatores, no entanto, não podem ser compreendidos como satisfeitos, não obstante haja expressa previsão legal a fim de se exigir o seu cumprimento. A exclusão social, os cenários de intensa pobreza, a persistência histórica de dominação pelas oligarquias, as ausências de serviços públicos capazes de contribuir para a mitigação dessas dificuldades, entre outros fatores, demonstram como a América Latina não superou as desigualdades, a exploração e a eliminação – humana e não humana – as quais desenharam os contornos sociais e políticos deste continente.

¹⁵ “[...] A dignidade humana é o nosso produto maior, não somente como vida, mas como razão de viver. A dignidade não se confunde, tampouco, com uma ânsia de santidade ou uma conquista de honrarias: ela é, essencialmente, uma posição de respeito do homem para consigo mesmo em defesa da qualidade moral que representa”. LONGO, Adão. **O direito de ser humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 175.

No horizonte de tanta violência, surgem algumas esperanças sensatas¹⁶, as quais renovam as forças necessárias para se apostar em outros vetores de desenvolvimento humano capazes de resgatar essa difícil tarefa de, mesmo numa perspectiva regional, ocorrer: humanizar a humanidade¹⁷. Se existe uma palavra apropriada para que as indignações¹⁸ se transformem em vias positivas no intuito de se expressar vida digna para todos, para que haja, de modo duradouro, uma convivência eticizada e estetizada¹⁹ entre os diferentes povos latino-americanos, é a Utopia²⁰.

¹⁶ As “esperanças sensatas” devem ser capazes de responder a três indagações: “[...] temos diante de nós razões de esperança? Há razões que podem nos poupar do desespero? Que fazem com que continuemos no caminho?”. ROSSI, Paolo. **Esperanças**. Tradução de Cristina Sarteschi. São Paulo: Editora da UNESP, 2013, p. 85.

¹⁷ HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 42.

¹⁸ “A indignação não é um ímpeto de raiva ou desespero, nem um impulso oportunista ou egoísta, mas um reconhecimento natural de nossa condição humana. É o primeiro passo e necessário para nos alcançarmos por inteiro”. LONGO, Adão. **O direito de ser humano**. p. 175.

¹⁹ “[...] O que chamamos de estetização da convivência é fenômeno que só se torna sensível, ou seja, algo que só pode tornar-se perceptível como atributo de beleza, quando, ao invés da tentativa amoral de justificar-se pelo delírio de uma ideologia qualquer, se fundamente naquilo que o homem consegue deixar de mais sublime na sua passagem por este Planeta, que é o seu consciente procedimento ético”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994, p. 63.

²⁰ “Podemos dizer que utopia é também ideologia em ação, pois ela não restringe a decodificar possibilidades para então alcançar-se ao plano das abstrações. Em verdade, ela surge da consciência de que não basta identificar desacertos e desvios daquilo que convencionamos ser a linha reta do viver. Assim, não é suficiente criticar falhas e aparentes iniquidades no comportamento das pessoas e das instituições, pois

Nesse caso, a força transformadora da Utopia²¹ é o que favorece as necessárias mudanças latino-americanas no sentido de se proporcionar, mais e mais, não apenas o reconhecimento de suas culturas, seus saberes ancestrais, as suas tecnologias, mas a integração de diferentes povos em torno dessa identidade e identificação comum latino-americana, a qual já se expressa, pelo menos, no cenário externo – como é o caso da União de Nações Sul-Americanas – UNASUL – e, no cenário interno, pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

A experiência constitucional, como se observa a partir da dimensão histórica em várias nações, representa, no seu significado sensato, o registro das mais importantes conquistas humanas para se identificar quais as formas de privações impedem as pessoas de conviverem, de terem vida com qualidade, de terem acesso a serviços indispensáveis para o aperfeiçoamento dos espaços democráticos e dialogais, de reconhecerem a importância de suas raízes históricas e culturais para estimular novas perspectivas éticas, nossas possibilidade de transformação dessas culturas a fim de estabelecer uma paz cada vez mais duradoura. Eis o desafio das bases materiais²² do Novo

aquelas sempre existiram, embora recrudescam em determinados períodos históricos. No pensamento utópico só se justificam tais posturas e tais juízos se eles tiverem o condão de ser o ponto de partida para procedimentos mais favoráveis para que o futuro não seja tão só maquiagem do passado e do presente”. MELO, Osvaldo Ferreira de. O papel da política jurídica na construção normativa da pós-modernidade. *In*: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 88.

²¹ “As utopias, unindo inteligência e emoção, razão e sentimento, funcionam como projetos sociais de transformação e mudança, melhor dizendo, como projeção da sociedade que deve ser”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. p. 55.

²² “[...] Es interesante señalar que – quizás a la inversa de lo que constituye nuestra realidad actual – los ‘padres fundadores’ del

Constitucionalismo Latino-Americano, o qual funda-se pela descolonização dos saberes do sul, ou seja, reivindica como pressuposto desse cenário um giro decolonial²³.

O leitor ou leitora, ao verificar essas primeira linhas, imagina como o Novo Constitucionalismo Latino-Americano²⁴ surge como horizonte de esperança no sentido

constitucionalismo regional dedicaron mucho tiempo y energía a estas cuestiones, reflexionando no solo en torno de la Constitución (qué incluir, qué cambiar), sino también acerca de las condiciones materiales necesarias para que esta prosperara. Sin duda alguna, sintieron en estas discusiones en esta raíz de la pesada herencia impuesta por el pasado colonial”. GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz, 2014, p. 91.

²³ “[...] *el giro des-colonial se trata pues, de una revolución en la forma en que variados sujetos colonizados percibían su realidad y sus posibilidades tras la caída de Europa en la Segunda Guerra Mundial. Ya las bases del giro des-colonial estaban planteadas de antemano, en el trabajo de intelectuales racializados, en tradiciones orales, en historias, canciones, etc., pero, gracias a eventos históricos particulares, se globaliza a mitad del siglo veinte. De ahí en adelante puede decirse que se planteó un giro, ya no solo al nivel de la actitud de sujetos o de comunidades específicas, sino al nivel del pensamiento mundial. El tema de la descolonización adquirió vigencia para distintos grupos que ahora se veían más seriamente entre sí, en vez de buscar en Europa las claves únicas para elaborar su futuro*”. TORRES, Nelson Madonado. La descolonización y el giro des-colonial. **Revista Comentario Internacional**, Ecuador, n. 7, 2006/2007, p. 76.

Disponível em:
<http://revistas.uasb.edu.ec/index.php/comentario/article/view/130/138>. Acesso em 04 de agosto de 2016.

²⁴ “[...] *el nuevo constitucionalismo va más allá y entiende que, para que tenga efectiva vigencia el Estado constitucional no basta con la mera comprobación de que se ha seguido el adecuado procedimiento constituyente y que se han generado mecanismos que garantizan la efectividad y normatividad de la Constitución. Defiende que el contenido de la Constitución debe ser coherente con su fundamentación democrática, es decir que debe generar mecanismos para la directa participación política de la ciudadanía, debe garantizar la totalidad de los derechos fundamentales incluidos los sociales y económicos, debe establecer procedimientos de control de constitucionalidade que puedan ser activados por la ciudadanía y debe generar reglas limitativas del poder político, pero también de los poderes sociales,*

de que todo esse cenário de desigualdade, exclusão, misérias (humanas, sociais e institucionais) possa desaparecer a partir do momento no qual esse fenômeno jurídico expresse não apenas uma vontade legal, como desdobramento, ainda, dos próprios Direitos Humanos, mas, principalmente, na medida em que se verifica seus principais – e complexos – desafios. Por esse motivo, a atitude de esperança latino-americana, fonte de suas principais transformações, não é caracterizada como passiva/pessimista, porém, sim, ativa/realista²⁵ na medida em que a experiência da sua “invisibilidade” – epistêmica, ideológica e cultural – é a força na qual põe as ações como vetor de integração e alteração dessas realidades que

económicos o culturales que, producto de la Historia, también limitan el fundamento democrático de la vida social y los derechos y libertades de la ciudadanía. Pues bien, ese nuevo constitucionalismo teórico ha encontrado su plasmación, con algunas dificultades, en los recientes procesos constituyentes latinoamericanos llevados a cabo en Venezuela, Bolivia y Ecuador. Al menos, en cuanto a la fundamentación de la Constitución. Está por ver si también se consigue llevar a la práctica todo lo diseñado en esos textos constitucionales con respecto a su efectividad y normatividad. Aunque comienzan a percibirse distorsiones importantes que pueden volver a frustrar un intento de recuperación integral de una teoría democrática de la Constitución. Estos procesos con sus productos, las nuevas constituciones de América Latina, conforman el contenido del conocido como nuevo constitucionalismo latinoamericano”. VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. **Política, Justicia y Constitución**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012, p. 163/164.

²⁵ “[...] Partimos, então, do reconhecimento de nossa capacidade humana de fazer e desfazer os mundos que nos são dados. Com isso, assumimos uma visão estritamente ‘real’ da realidade, pois somos conscientes das quebras, fissuras e porosidades do mundo em que vivemos. Logo, realista significa saber onde estamos e propor caminhos para onde ir. Ser realista exige, portanto, apostar na construção de condições materiais que permitam uma vida digna de ser vivida”. HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 61/62.

exploram, oprimem e negam às pessoas o seu “direito à existência”. A esperança na qual surge com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano é vetor de resistência contra aquilo que desumaniza.

Esse fenômeno jurídico mencionado se traduz como o oposto da tradição liberal europeia e norte-americana – especialmente na perspectiva da Cidadania²⁶ - porque questiona a validade e eficácia desses modelos nas terras do sul. Trata-se do resgate daqueles que, mesmo sob a proteção da legalidade²⁷, eram destituídos de vozes²⁸ para

²⁶ “[...] A cidadania liberal, advinda da influência do jusnaturalismo racionalista e da positivação dos direitos de liberdade desde as revoluções burguesas, irá evoluir para uma cidadania de cunho social, desde a transição do Estado liberal ao Estado social, com base nas reivindicações dos trabalhadores. [...] No antigo regime não podemos falar de cidadania nem de direitos, sim de deveres, de obediência do súdito aos privilégios dos estamentos superiores. A situação dos trabalhadores do século XIX termina sendo uma situação de extrema desigualdade com relação ao burguês e ao Estado liberal de Direito, com o advento do sufrágio censitário, que tinha como característica a divisão da cidadania em duas: em primeiro lugar, a chamada cidadania ativa – direito de sufrágio relegado somente ao burguês proprietário – e, em segundo lugar, a cidadania passiva – que era exercida pelos menos favorecidos economicamente, os trabalhadores – e a não existência das normas reguladoras das relações de trabalho e demais direitos sociais, como a saúde e educação; assim, a impossibilidade de participação política leva os trabalhadores a ficarem relegados a uma cidadania de segunda classe; a cidadania passiva de nada servia”. GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e a questão da Sustentabilidade: reflexões sobre Direito à Saúde e a questão da qualidade da água para consumo humano. **Revista FSA**, Teresina, v. 10, n. 4, art. 8, p. 136, Out./Dez. 2013. Disponível em:

em: <http://www4.fsnet.com.br/revista/index.php/fsa/article/view/313>. Acesso em 03 de jun. de 2016.

²⁷ “[...] *la ilegalidad comenzó a ganar terreno simplemente porque se estableció un cerco legal demasiado estrecho, y no porque la ciudadanía esté más ansiosa por desafiar la legalidad. En la actualidad, incluso los más inocentes gestos de desafío resultan traducidos como graves, directas [...]; una situación semejante nos exige repensar y poner bajo cuestión la totalidad del derecho como lo conocemos*”.

exercitar e reivindicar direitos. A colonialidade do poder²⁹ na América Latina não permitiu encontrar – nem reconhecer – a sua “razão interna”³⁰ nos seus cantos, nas suas tradições, no seu cotidiano, no seu imaginário, no seu pensamento acadêmico. Sem esse pressuposto, não é possível cogitar a viabilidade das esperanças, dos devires

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución:** dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). p. 342.

²⁸ “[...] *muchas de las protestas [...] – típicamente, los cortes de ruta, el incendio de neumáticos, la producción de escándalos en las plazas públicas – aluden a la desesperada necesidad de algunos grupos por colocar en la escena pública sus cuestionamientos, demandas, conflictos que de otro modo resultarían simplemente ignorados. Así, la demanda por una ‘voz’ – una voz que pueda expresar la existencia de violaciones gravísimas de derecho – pasa a ocupar un lugar central en el conflicto social regional*”. GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución:** dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). p. 342.

²⁹ “[...] a colonialidade do poder estabelecida sobre a ideia de raça deve ser admitida como um fator básico na questão nacional e do Estado-nação. O problema é, contudo, que na América Latina a perspectiva eurocêntrica foi adotada pelos grupos dominantes como própria e levou-os a impor o modelo europeu de formação do Estado-nação para estruturas de poder organizadas em torno de relações coloniais. Assim, ainda nos encontramos hoje num labirinto em que o Minotauro é sempre visível, mas sem nenhuma Ariadne para mostrar-nos a ansiada saída”. QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber:** eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 125.

³⁰ “[...] Trata-se de algo que permanece ou, melhor, preexiste no coração de todo homem antes de qualquer construção intelectual. É propriamente isto que chamarei ‘razão interna’ de todas as coisas. Razão esta que é tanto uma constante, de certo modo uma estrutura antropológica, quanto, ao mesmo tempo, só se atualiza, se realiza, neste ou naquele momento particular. Para dizer o mesmo em outras palavras, trata-se de uma racionalidade de fundo que se exprime em pequenas razões momentâneas”. MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível.** Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2008, p. 58.

sociais e constitucionais os quais nascem da efervescência silenciosa dos anseios de cada povo, de cada comunidade, conforme as suas identidades e identificações.

Por esse motivo, ao se resgatar a voz dos “esquecidos”, dos “marginalizados” latino-americanos, a força histórica de seu Constitucionalismo ganha vigor, especialmente no século XXI. Nesse momento, e especialmente devido à presença da União de Nações Sul-Americanas – UNASUL – o desenho constitucional deste continente sinaliza a importância da integração entre tantas e diferentes comunidades e povos. Dentre as principais características, verifica-se que a principal tonalidade na composição desta aquarela é a indígena. As práticas e sabedorias ancestrais – como é o caso do *Buen Vivir*³¹ - já não pertencem mais a uma dimensão regional, mas, aos poucos, se torna vetor de integração transconstitucional³².

³¹ “[...] el ‘**paradigma comunitario de la cultura de la vida para vivir bien**’, sustentado en una forma de vivir reflejada en una práctica cotidiana de respeto, armonía y equilibrio con todo lo que existe, comprendiendo que en la vida todo está interconectado, es interdependiente y está interrelacionado. Los pueblos indígenas originarios están trayendo algo nuevo (para el mundo moderno) a las mesas de discusión, sobre cómo la humanidad debe vivir de ahora en adelante, ya que el mercado mundial, el crecimiento económico, el corporativismo, el capitalismo y el consumismo, que son producto de un paradigma occidental, son en diverso grado las causas profundas de la grave crisis social, económica y política. Ante estas condiciones, desde las diferentes comunidades de los pueblos originarios de Abya Yala, decimos que, en realidad, se trata de una crisis de vida. HUANACUNI MAMANI, Fernando. **Buen vivir/ Vivir bien: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas**. p. 6. Grifos originais da obra em estudo.

³² “O que caracteriza o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas é, portanto, ser um constitucionalismo relativo a (soluções de) problemas jurídico-constitucionais que se apresentam simultaneamente a diversas ordens. Quando questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos submetem-se ao tratamento jurídico concreto, perpassando ordens jurídicas diversas, a ‘conversa’ constitucional é indispensável”. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. p. 129.

O Novo Constitucionalismo Latino-Americano, sob essas premissas, não admite tão somente uma perspectiva monista, concentrada, das tomadas de decisão e desenvolvimento de atividades realizadas exclusivamente pelo Estado. Ao contrário, a partir de um cenário *pluralista*³³, com diferentes fontes de elaboração do Direito – o qual, sob esse ângulo, não se exaure pela dimensão legislativa estatal – verifica-se, mais e mais, a necessidade de uma *conversação multicultural* para se expressar quais condições se tornam indispensáveis para garantir a estabilidade social, seja, por um lado, pela participação das funções de Estado, seja, por outro, pela autonomia das comunidades que, em sintonia com princípios éticos e jurídicos, consigam, igualmente, encontrar meios de se aperfeiçoarem e resolverem os seus conflitos.

A partir desses argumentos, a via constitucional latino-americana já não é semelhante aos modelos europeus ou norte-americanos, mas sinaliza o registro de suas identidades e identificações, de seus anseios para solucionar as suas profundas desigualdades sociais as quais persistem historicamente. O surgimento do Pluralismo Jurídico como crítica ao Monismo Jurídico e orientação ao desenvolvimento do plano constitucional torna viável a composição desse novo cenário na América Latina que assegura a participação, a presença, a “voz” daqueles que,

³³ Nesse momento, é interessante trazer a advertência de Hespanha: “[...] Enquanto as concepções pluralistas não cultivarem um ecumenismo que lhes permita reconhecer, sem discriminação, todas as formas de manifestação autônoma de direito e de dar a todas elas a mesma capacidade de se exprimirem na comunidade jurídica, a garantia do um *pluralismo verdadeiramente pluralista* não está realizada. E, por isso, não estão garantidas nem a legitimidade, nem a justeza das soluções jurídicas que decorrem de um diálogo, que deveria ser igualitário, entre os vários ordenamentos jurídicos”. HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópico do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007, p. 65/66.

por muito tempo, foram marginalizados na elaboração de tempos mais “civilizados”.

2 PLURALISMO JURÍDICO E(M) CONTRAPONTO COM O MONISMO JURÍDICO

A ideia do Pluralismo Jurídico não é uma invenção do pensamento moderno. Na Idade Média, percebia-se com o Pluralismo Feudal diferentes tipos de Direito³⁴ (canônico, real, urbano, da plebe), todos eles reconhecidos e válidos. Diferentemente da sociedade moderna, que visa interesses particulares, o Direito Medieval valorizava os fenômenos coletivos e reconhecia a desigualdade de interesse para assegurar a autonomia de cada fenômeno como expressão do Direito. A relação entre essa pluralidade se apresentava na dicotomia de complementariedade *versus* exclusividade e contrariedade.

É a partir do aparecimento da indústria e a consolidação do comércio que o Pluralismo Feudal teve seu fim. No intuito de representar as ideias da nova sociedade burguesa, houve a unificação do poder, da lei e do Direito, caracterizando o modelo atual de Estado e Direito: o Monismo Jurídico. Nessa linha de pensamento, o aquele é o único criador legítimo da lei e essas leis são legítimas pelo fato de seguirem os procedimentos estabelecidos para a sua elaboração. Nas palavras de Hespanha, “ [...] assim, o direito do Estado era todo o direito ou, pelo menos, dispunha de forma absoluta, sobre o que era direito. Isso

³⁴ Para fins deste estudo, essa categoria deve ser entendida como o “[...] conjunto de normas que o Estado torna incondicionais e coercitivas, capaz de regular as relações sociais e econômicas com vistas à paz social e à aplicação da justiça”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de direito político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 36.

porque o Estado era tido como sendo a única entidade com legitimidade para dizer o direito³⁵”.

Na perspectiva monista, não é possível admitir a existência de outros poderes capazes de promover a organização social. Somente o Estado, por meio de sua atividade legislativa e judiciária, regula as relações sociais e aplica a legislação aos casos nos quais demandam respostas para a sua pacífica resolução.

É possível concordar com Carvalho quando se observa que “[...] o monismo funda-se na tese da autossuficiência do ordenamento jurídico: o direito legitima-se por si mesmo, independentemente de referências a valores morais ou políticos e dos limites e insuficiências empíricas das instituições estatais³⁶”. Majoritariamente, as normas jurídicas não exprimem a realidade social, muito menos são acessíveis para a população que está à margem da Sociedade³⁷.

A ideia de que o Estado é o único ente legítimo para se criar as leis expressa a garantia certos interesses de um setor econômico. Percebe-se como a classe burguesa influencia a produção normativa, como, por exemplo, o

35 HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume 2013, p.18

36 CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. **Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.15

37 “A sociedade, enquanto fenômeno humano, decorre da associação de homens, da vida em comum, fundada na mesma origem, nos mesmos usos, costumes, valores, cultura e história. Constitui-se sociedade no e pelo fluxo das necessidades e potencialidades da vida humana; o que implica tanto a experiência da solidariedade, do cuidado, quanto da oposição, da conflitividade. Organização e caos são pólos complementares de um mesmo movimento – dialético – que dá dinamismo à vida da sociedade”. DIAS, Maria da Graça dos Santos. Sociedade. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, (RS): Editora da UNISINOS, 2010, p. 187.

Código Penal Brasileiro a partir de suas penas mais severas para crimes referentes a propriedade privada do que aqueles que agem contra a vida. De acordo com Wolkmer:

A lei projeta-se como o limite de um espaço privilegiado, onde se materializa o controle, a defesa dos interesses privados e os acordos entre os segmentos econômicos. Ocorre que, ao criar as leis, o Estado obriga-se, formalmente, diante da sociedade, a aplicar e a resguardar tais preceituações sob a égide do falso discurso da neutralidade. Ao respeitar pretensamente certos direitos dos indivíduos proprietários e ao limitar-se à sua própria legislação, o Estado moderno oficializa uma de suas retóricas mais aclamadas: o ‘Estado de Direito’³⁸.

Em contraponto com o vigente Monismo Jurídico, o Pluralismo Jurídico surge como forma de denunciar a ineficiência das instituições estatais que não são capazes de responder às demandas sociais de maneira que o Direito estatal se torne inacessível àqueles que compõe as margens da Sociedade. Não se pode acreditar que o “contrato social” abrange os interesses de toda a Sociedade e que as normas coercitivas do Estado são legítimas somente pelo fato de advirem do Estado, sem que contemple a todos e promova a igualdade.

Todos os dias, surgem, de modo organizado, mais e mais diferentes grupos culturais, com suas pautas de reivindicações, de valores para estabelecer, naquele território, condições de se estimular, de se desenvolver capacidades para que a comunidade tenha aptidão para, dentro de seus limites sociais e jurídicos, resolver seus conflitos. Nem sempre a prescrição normativa abstrata tem

38 WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2015, p.49.

capacidade de reconhecer as diferenças culturais e trazer uma resposta satisfatória aos seus anseios de segurança e preservação³⁹.

O Pluralismo se caracteriza como uma alternativa de emancipação daqueles diferentes grupos humano, geralmente minoritários, que não são protegidos, nem reconhecidos, pelo Direito Positivo. Trata-se de um cenário no qual representa as necessidades das classes esquecidas, das vozes marginalizadas pelo Monismo Jurídico. Por esse motivo, o Direito que se autorregula e emerge dentro das comunidades tem como objetivo a sua autopreservação quando a Norma Jurídica estatal não se faz presente no seu dia a dia. De acordo com a definição de Wolkmer:

[...] a formulação teórica e analítica do “pluralismo” designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si⁴⁰.

³⁹ “O Pluralismo Jurídico, aliado à concepção do Multiculturalismo, demonstra a necessidade de se reconhecer, especialmente ao Direito, as práticas, as culturas e os locais que, pelos seus consensos ou dissensos, promovem novos sentidos para o aperfeiçoamento da convivência, o esclarecimento sobre o exercício da Liberdade e Igualdade diante de violências como a miséria, a fome, o encobrimento do Outro (ou a sua eliminação) por não pertencer a um determinado status político, cultural ou econômico, o cerceamento abusivo de liberdades por entidades estatais, entre outros fenômenos”. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. Elogio à diversidade: globalização, pluralismo jurídico e direito das culturas. **Revista Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 1, p. 60. Disponível em: « <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/3914/2996>». Acesso em 19 de agosto de 2016.

⁴⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. p.185.

A partir desses argumentos, Santos, em 1973, retomou a tradição do Pluralismo Jurídico e analisou uma comunidade no Rio de Janeiro, a qual denominou Pasárgada. O mencionado autor demonstrou que há um conflito com o direito oficial porque os moradores criaram mecanismos para resolução de conflitos, uma vez que o fato de serem “ilegais” no seu local de moradia fazia com que o acesso aos serviços dos órgãos estatais de promoção de justiça se tornassem inviáveis.

Nessa linha de pensamento, denominou-se como “Direito de Pasárgada” um direito não oficial, mas que era reconhecido pela comunidade, com uma linguagem mais próxima da realidade a qual vivem e mais acessível, cujo modelo de promoção de justiça é a mediação. Em sua obra “O Direito dos Oprimidos”, Santos afirma que “[...] o direito de Pasárgada tende a apresentar um espaço retórico mais amplo que o do direito estatal⁴¹”.

Verifica-se que o Direito deve ser compreendido e elaborado por meio de consenso comunitário e que englobe as diversas manifestações de vontade social de modo que seja promovida uma legitimidade maior e conseqüentemente, um melhor exercício da democracia. Nas palavras de Hespanha, “[...] se observarmos fielmente a pluralidade de direitos em vigor numa comunidade, possamos legitimar todos esses direitos do ponto de vista democrático, ou seja, afirmar que todos eles decorrem de uma vontade generalizada dos destinatários⁴²”.

O Pluralismo Jurídico, no contexto da América Latina, se apresenta como uma forma de uma visão jurídica mais democrática, uma vez que a forma de desenvolvimento capitalista visa a dominação de países

41 SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Direito dos Oprimidos**. São Paulo: Editora Cortez, 2015, p. 34.

42 HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. p.118.

menos desenvolvidos a fim de obtenção de seus recursos e acentua a desigualdade nesses territórios. Segundo Rubio, “[...] provoca uma crise de legitimidade e de funcionamento da justiça baseada na supremacia e a exclusividade estatista de Direitos e nos valores do individualismo liberal⁴³”.

Tendo em vista que a América Latina é composta com uma enorme variedade de a culturas nativas, destacando principalmente as indígenas, a presença do Pluralismo Jurídico é expressiva. O Novo Constitucionalismo Latino Americano engloba em suas novas constituições este pluralismo – social, cultural, institucional -, e reconhece as diversas manifestações do Direito, legitimando-as em parte, como a Cultura Quéchua que, na prática do *Buen Vivir* e *PachaMama*, traz uma nova visão pluralista para a concepção do Estado.

3 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO COMO EXPRESSÃO VIVA DO PLURALISMO JURÍDICO

O Novo Constitucionalismo Latino Americano é marcado por uma perspectiva participativa e pluralista, com o seu auge na Constituição da Venezuela de 1999 e, em um segundo momento, conta com as Constituições da Bolívia e Equador. A primeira fase do ciclo do Novo Constitucionalismo Latino Americano é caracterizada pela Constituição Brasileira de 1988 compondo um constitucionalismo multicultural. A segunda fase é referente a Constituição da Venezuela acima citada e traz um constitucionalismo pluricultural. Na terceira e última fase se encontram as Constituições da Bolívia e do Equador e é

43 RUBIO, David Sánchez. Pluralismo jurídico e emancipação social. In: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. **Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade.** São Paulo: Saraiva, 2010, p.54-55.

chamado de constitucionalismo plurinacional. A partir disso, Cademartori e Costa afirmam:

Para o novo constitucionalismo o conteúdo da Constituição deve ser coerente com a sua fundamentação democrática, isto é, deve gerar mecanismos para a direta participação política da cidadania, gerando regras que limitem os poderes políticos, sociais, econômicos e culturais, de modo a enfatizar o fundamento democrático da vida social e os direitos e liberdades da cidadania. Este novo constitucionalismo além de pretender garantir um real controle sobre o poder por parte dos cidadãos busca solucionar o problema da desigualdade social⁴⁴.

Desse modo, a partir da incorporação das diversas culturas presentes no território latino-americano nas constituições, também como as mudanças que garantiram a participação política direta dos cidadãos, podemos identificar uma busca para compor um cenário mais democrático. Assim, o reconhecimento das diversas comunidades indígenas e suas manifestações culturais, visam romper com as heranças colonialistas e valorizar as culturas milenares desses países. Trata-se de uma emancipação e uma nova visão que se afasta do modo individualista e liberal das constituições e instaura um novo modelo com uma visão multicultural, caracterizando um novo Estado de Direito.

O nascimento do Novo Constitucionalismo Latino Americano foi no momento pós ditatorial dos países. Surge de uma necessidade dos países da América Latina e foi

44 CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.8, n.1, 1o quadrimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em 13 de jun. de 2016.

fomentado pelos movimentos cívicos, sendo assim, os processos constitucionais contam com a participação popular. A constituição pioneira neste processo do Novo Constitucionalismo foi a Constituição da Colômbia de 1991 a qual surgiu por meio de um plebiscito organizado por estudantes em meio de um grande conflito político no país. Vale ressaltar que, como sendo uma constituição que surgiu da necessidade e da reivindicação popular, a Assembleia Constituinte foi composta por representantes das mais diferentes áreas da sociedade, sendo indígenas, estudantes ou diferentes partidos políticos. Segundo Dalmau e Pastor:

Podríamos referirnos largamente a las características materiales de la Constitución colombiana que la diferencian ampliamente del constitucionalismo anterior, no sólo colombiano — particularmente falto de reflexiones globales— sino latinoamericano. Algunas de estas características son la inclusión, en aquel momento innovadora, de mecanismos de democracia participativa— que han sido mejorados y ampliados en textos constitucionales latinoamericanos posteriores—, la mejora en el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales o la compleja regulación del papel del Estado en la economía⁴⁵.

Após as mudanças constitucionais na Colômbia, o próximo país a aderir o novo modelo constitucional foi a Venezuela, com a Constituição de 1999. Ao garantir que as alterações no texto constitucional só poderiam ser feitas a partir do consentimento popular a Constituição venezuelana reforça a ideia de soberania popular, criando assim um marco no Novo Constitucionalismo Latino

45 DALMAU, Rubén Martínéz; PASTOR, Roberto Viciano. Los procesos constituyentes latino americanos y el nuevo paradigma constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, México, n. 25, 2010, p.18.

Americano. Nas palavras de Dalmau e Pastor, a Constituição acima citada “[...] consolidó un avance democrático en el país y en la región. La vigencia de los derechos sociales, los cambios institucionales planteados, la nueva configuración de los partidos políticos, la inclusión de mecanismos de democracia participativa [...]”⁴⁶.

As constituições mais recentes que se destacam pela inserção do pluralismo jurídico em seus textos são as da Bolívia e Equador. Na Constituição do Equador de 2008 podemos encontrar expressamente em seu artigo 57 o reconhecimento do direito indígena e a garantia de seu livre exercício, porém obedecendo os direitos constitucionais.

*Art. 57. -Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...)9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes*⁴⁷.

Seguindo os mesmos padrões da Constituição do Equador, a Constituição Boliviana de 2009 prevê um Estado Plurinacional o qual é composto por 36 etnias

46 DALMAU, Rubén Martínéz; PASTOR, Roberto Viciano. Los procesos constituyentes latino americanos y el nuevo paradigma constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.** p. 20.

47 EQUADOR, Constituição 2008. **Constitucion de la Republica del Ecuador 2008.** Disponível em <http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf> . Acesso em 19 maio, 2016

reconhecidas como nações. Além disso, essa Constituição conta com a existência da Justiça Indígena Campesina. Segundo Holliday:

[...] o Tribunal Constitucional Plurinacional, em decisão inédita, trouxe um novo entendimento quanto à dimensão da atuação dessa justiça ancestral, hoje reconhecida pelo Estado. O Tribunal, ao decidir uma questão de competência, utilizou como critérios informações culturais e antropológicas, com base em estudos realizados pela Unidade de Descolonização do Tribunal Constitucional Plurinacional, que, por meio de nota técnica, demonstra a origem étnica e formação cultural da população. Além de dirimir conflito de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Indígena Campesina por critérios culturais antropológicos, estabeleceu a coexistência de bases jurídicas distintas, de cada nação indígena e a ordinária, onde não há hierarquia entre elas, para em conjunto formar um modelo de jurisdição multifacetado que respeita a formação histórica de cada povo e ao mesmo tempo estabelece limites, tendo em vista os direitos humanos, tratados internacionais e garantias constitucionais⁴⁸.

Naturalmente, as comunidades à margem do Direito Estatal, destacando-se aqui as sociedades indígenas, firmam um direito autônomo a fim de possibilitar a garantia de seus direitos. Nesse sentido se reafirma que o Estado não é o único meio garantidor de justiça, tampouco é o único capaz de produzir o Direito. A concepção de Direito formada pelas comunidades indígenas não é aceita pelo

48 HOLLIDAY, Paulo Alberto Calmon. A identidade étnica, o pluralismo jurídico e os fundamentos para uma jurisdição indígena diferenciada no Brasil. **Revista Derecho y Cambio Social**. Lima, Perú, n. 41, 2015, p. 12.

sistema monista, pois o Novo Constitucionalismo Latino Americano rompe com o monismo jurídico por meio do reconhecimento do Direito Indígena.

O Novo Constitucionalismo Latino Americano instaura um novo modelo constitucional, rompendo com as concepções monistas e legitimando as formas de expressão do direito nas diversas culturas. Além disso, como citado nas Constituições da Venezuela e Colômbia, este novo modelo constitucional se torna mais democrático no momento em que conta com a participação política direta da população fazendo com que a pluralidade de direitos seja ouvida e tenha espaço para sua livre manifestação e conseqüentemente, uma maior representatividade no Direito Estatal.

CONCLUSÃO

O Pluralismo Jurídico evidencia o cenário multicultural da América Latina. Não é possível que tantas vozes sejam ignoradas, especialmente pelo Direito no seu sentido normativo. A persistência do Monismo Jurídico em detrimento ao Pluralismo demonstra como são plurais as fontes de expressão do Direito. Nenhuma pode ser esquecida ou marginalizada. Em cada local, a Socialidade se manifesta em *diferentes papéis e figurinos*.

A concentração da resolução de conflitos pelo Estado-nação ou a organização e os limites sociais postos pela lei não devem retirar a autonomia coletiva no enfrentamento de suas dificuldades. Sob igual critério, nem sempre a norma jurídica cumprirá seus objetivos de proteção quando não reconhece as particularidades da vida cotidiana que se manifesta silenciosamente.

Quando o Novo Constitucionalismo Latino-Americano resgata as identidades e identificações deste continente e assegura condições para que todas as vozes, a sinfonia cultural das terras do sul estejam presentes na

determinação de direitos e deveres, conforme as principais manifestações culturais - seja da cidade ou do campo -, percebe-se a revitalização civilizatória para a necessária e desejada integração entre os povos latino-americanos.

Não obstante o exercício permanente da Socialidade estimule uma *conversação multicultural constitucional*, deve-se alertar para que todas as pessoas, por meio de sua participação, criem espaços e mecanismos a fim de preservar e elaborar os sentidos da democracia. A ausência dessa condição ou a persistência da eliminação, marginalização, opressão, bem como o silêncio das vozes do sul, importa no retrocesso civilizatório, cujo horizonte ético e estético, determinado com tanto esforço sócio-histórico-cultural, será tão somente uma vaga lembrança de uma época na qual as utopias cheias de esperança jamais se tornaram “de carne e osso”.

O desafio de uma integração multicultural não é tarefa simples, nem imediata. A sua viabilidade, como se visualiza pela dimensão histórica, começa, aos poucos, se materializar. No entanto, a sua fragilidade perante forças e interesses diversos dos democráticos ou republicanos pode favorecer a amplitude e disseminação dos mesmos vetores que constituíram uma “identidade às avessas” na América Latina.

Por esse motivo, a hipótese desta pesquisa confirma-se ao se demonstrar como o Pluralismo Jurídico, exercitado pela Socialidade e o Multiculturalismo, permitiram ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano a revitalização, o reconhecimento das vozes antes silentes no território meridional. O exercício e a reivindicação desses direitos, de um lado, a identificação de outros nos quais expressem, fortemente, a Dignidade Humana, de outro, indica uma tarefa árdua que aguarda todos os povos latino-americano no século XXI. É preciso, nesse momento, de uma paciência e esperança fervorosa, bem como de uma indignação lúcida para se evitar a repetição

daquilo no qual motivou as misérias humanas, sociais e institucionais deste continente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; ZAMBAM, Neuro José. Elogio à diversidade: globalização, pluralismo jurídico e direito das culturas. **Revista Universitas Jus**, Brasília, v. 27, n. 1. Disponível em: «<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/jus/article/view/3914/2996>». Acesso em 19 de agosto de 2016.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O novo constitucionalismo latino-americano: uma discussão tipológica. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.8, n.1, 1o quadrimestre de 2013. Disponível em: «www.univali.br/direitoepolitica». Acesso em 13 de jun. de 2016.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do Pluralismo Jurídico no Brasil. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. **Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALMAU, Rubén Martínéz; PASTOR, Roberto Viciano. Los procesos constituyentes latino americanos y el nuevo paradigma constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, México, n. 25, 2010.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. Sociedade. *In*: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de filosofia política**. São Leopoldo, (RS): Editora da UNISINOS, 2010.

ERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia *et al.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e a questão da Sustentabilidade: reflexões sobre Direito à Saúde e a questão da qualidade da água para consumo humano. **Revista FSA**, Teresina, v. 10, n. 4, art. 8, Out./Dez. 2013. Disponível em: «<http://www4.fsnet.com.br/revista/index.php/fsa/articulo/view/313>». Acesso em 03 de jun. de 2016.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz, 2014.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópico do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume 2013.

HOLLIDAY, Paulo Alberto Calmon. A identidade étnica, o pluralismo jurídico e os fundamentos para uma jurisdição indígena diferenciada no Brasil. **Revista Derecho y Cambio Social**. Lima, Perú, n. 41, 2015.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. **Buen vivir/ Vivir bien**: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Peru: CAO, 2010.

ICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rúben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando. **Política, Justicia y Constitución**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

JULLIEN, François. **O diálogo entre as culturas**: do universalismo ao multiculturalismo. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

LONGO, Adão. **O direito de ser humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Tradução de Albert Christophe Migueis Stuckenbruck. 4. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2008.

MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de direito político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira de. O papel da política jurídica na construção normativa da pós-modernidade. *In*: DIAS, Maria da Graça dos Santos; MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Motta da. **Política jurídica e pós-modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

NERUDA, Pablo. **Confieso que he vivido: memórias**. Disponível em: <http://www.librodot.com>. Acesso em 13 de jun. de 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**

– perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

RUBIO, David Sánchez. Pluralismo jurídico e emancipação social. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. **Pluralismo Jurídico**: Os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Direito dos Oprimidos**. São Paulo: Editora Cortez, 2015.

TAYLOR, Charles. A política do reconhecimento. *In*: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TORRES, Nelson Madonado. La descolonización y el giro descolonial. **Revista Comentario Internacional**, Equador, n. 7, 2006/2007. Disponível em: <http://revistas.uasb.edu.ec/index.php/comentario/article/view/130/138>. Acesso em 04 de agosto de 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Tolerância: reflexões filosóficas, políticas e jurídicas para o século XXI. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 142, n. 137, março de 2015. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/389/323>. Acesso em 19 de jul. de 2016.

O PLURALISMO JURÍDICO E O ACESSO AO DIREITO: A função do juiz e do mediador no caminho para democratizar a justiça

Tháise Nara Graziottin Costa

INTRODUÇÃO

Este ensaio pretende debater a pluralidade jurídica e os obstáculos para o acesso à justiça, bem como a função do juiz e do mediador frente a emancipação do sujeito na resolução de seus conflitos. A Jurisdição é conceituada como dizer o direito, pela voz do juiz e sua interpretação da lei ordinária, já a mediação de conflitos é o parâmetro emancipatório e participativo do cidadão na gestão de seus próprios conflitos. Nessa compreensão o Poder Judiciário precisa garantir maior participação da sociedade como forma de democratização do acesso à justiça.

Na contemporaneidade, segundo o artigo 5º XXXV da Constituição Federal de 1988 aponta que “ninguém pode ser excluído do acesso a justiça”,² assim apresenta-se

¹ Doutoranda da Faculdade Estácio de Sá do Rio de Janeiro, Estágio Doutoral na Universidade de Coimbra – Portugal com bolsa CAPES 2014-2015, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Advogada, Mediadora Judicial e Professora de Direito Civil, Sucessões, Mediação e Justiça Restaurativa e Prática Jurídica IV(Mediação) da IMED - Faculdade Meridional de Passo Fundo, thaisecosta@imed.edu.br.

² BRASIL, Código 4 em 1 Saraiva: Civil, Comercial; Processo Civil e Cosntituição Federal, 2014, p. 16.

como atividade de monopólio estatal, exercida pelos juízes³ e esgotada pela sentença, em uma função declaratória, impositiva, ineficaz e lenta, apenas conferindo um direito formal ao cidadão, que é o direito de ação.⁴ Diante deste panorama instala-se o que alguns autores denominam de crise jurisdicional. Assim, analisar-se o modelo de Jurisdição tradicional, apresenta-se a mediação de conflitos como uma oportunidade de construção da cidadania participativa, onde o diálogo é a ferramenta capaz de assegurar a participação voluntária dos envolvidos na resolução pacífica dos seus conflitos. O mediador aparece como elo facilitador do diálogo, aquele que realiza a inter-relação entre as partes.

No debate sobre o a pluralidade jurídica existente na sociedade moderna, diversificada e com diferentes interesses por isso questiona-se: Como a mediação poderá contribuir para o sujeito chegar a emancipação social? Quais as diferenças do processo tradicional e da mediação para a vida do cidadão?

Apresentar a troca de lente da justiça⁵ e a necessidade da dependência do poder instituído, o judiciário para resolução dos conflitos, é uma prerrogativa essencial na contemporaneidade, ao mesmo tempo complexa e dinâmica que deverá ser efetivada com o auxílio de todos que trabalham para a pacificação de conflitos e se preocupam com uma justiça participativa e emancipatória.

³ Segundo art. 1º do CPC “a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece.” (2014, p.523)

⁴ Ainda, o art. 3º do CPC considera que “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade” (Idem p. 523), assim para propor ação é necessário ainda provar que o direito é próprio, pois ninguém irá pleitear, em nome próprio, direito alheio.

⁵ Livro de Howald Zehr sobre Justiça Restaurativa onde menciona que não podemos tratar o conflito com as mesmas lentes com que ele foi feito.

1 A PLURALIDADE JURÍDICA E OS OBSTÁCULOS DE ACESSO À JUSTIÇA

Partindo do pressuposto que pluralismo jurídico adveio da expressão latina *pluralis* (multiplicidade de elementos ou formas de ação: contraponto ao uno, ao centralismo) *juridicus* que quer dizer (relacionado ao Direito, ao legal e ao jurídico), Wolkmer explica “ainda que seu conteúdo tenha sido registrado pela escola holandesa do jurista Van Vollenhovem, quem examinou o Direito Costumeiro dos grupos autóctones na Indonésia, foi J.S. Furnivall quem, em 1939, utilizou a expressão pela primeira vez, ao descrever, de forma específica, o pluralismo na economia de sociedades submetidas ao expansionismo europeu.”⁶ O pluralismo por sua amplitude conceitual pode estar ligado a inúmeras fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, como também enquanto “multiplicidade dos possíveis provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade de culturas.”⁷

Sabe-se também que o pluralismo se contrapõe ao individualismo e o estatismo, assim reconhecer como princípios da doutrina (sua autonomia, descentralização, diversidade e tolerância), podendo apresentar-se em diversas matrizes conservadores, liberais, radicais, corporativistas, institucional, democratas e socialista, desta

⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro/ São Leopoldo, (RS): Renovar/UNISINOS, 2009, p.637.

⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. p.637

forma nesse panorama aberto e ímpar, desta forma o seu principal núcleo é “[...] a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todos o Direito⁸”.

No entendimento de Wolkmer, o Pluralismo Jurídico representa “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sociopolítico interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais⁹”.

No cenário do direito informal das favelas do Rio de Janeiro que, em 1.970, Boaventura de Souza Santos realiza suas pesquisas na população carente e marginalizadas que buscam resolver os conflitos frequentes por meio de práticas legais autogestoras, distintas das formais e convencionais do Estado, pois o direito informal era entendido “[...] um corpo de procedimentos regulados e de padrões normativos, considerados justificáveis num dado grupo social, que contribui para a criação e prevenção de litígios, e para a sua resolução através de um discurso argumentativo, articulado com a ameaça de força¹⁰” assim, o reconhecimento da pluralidade de ordem jurídica refletem a vários modos de produção de poder, interligados, mas estruturalmente autônomos, que nas sociedades capitalistas podem ser oficial ou o não-oficial o autor denomina de “espaços estruturais” e classifica em seis, ou seja: o doméstico, de produção, da comunidade, da cidadania e mundial.

Nesse sentido Santos define formas de direitos numa concepção ampla “que admite que este abarca o

⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 639

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. p. 639.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 269.

conjunto de procedimentos estáveis e padrões normativos que orientam e servem de base para a emergência e resolução de conflitos no seio de determinado grupo social, sem que necessariamente se conforme com as disposições centradas no direito estatal¹¹.

Ainda, Santos apresenta uma tabela que identifica o “espaço da cidadania instituição que rege é o Estado, a dinâmica de desenvolvimento é a maximização da lealdade, a forma de poder é a dominação, a forma de direito o territorial estatal ,bem como a epistemologia é o nacionalismo educacional e cultural, assim podemos constatar que a cultura jurídica, a pirâmide da litigiosidade e o acesso à justiça estão interligados e dependem dos fatores sociais, políticos e econômicos de cada país”¹²

Nesse viés de entendimento, além da cultura jurídica litigiosa outorgada ao Estado e a dificuldade de acesso dos cidadãos de acender aos tribunais para obter deles uma resolução dos litígios, encontram-se vários outros obstáculos como os econômicos, sociais e culturais., já como afirma Machado e Santos, “os obstáculos sociais e culturais são mais difíceis de identificar e analisar, mas referem-se , essencialmente ao que podemos designar como a distância dos cidadão em relação à justiça. Isso articula-se com a configuração de cidadania, pelo que cidadãos com menores recursos tendem a desconhecer mais os seus direitos ou a mostrarem uma maior tendência para a resignação¹³”. Acredita-se que a escolha do acesso à justiça deve sempre ser dos litigantes, como bem afirma Pedroso:

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. p.136.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. p.254.

¹³ MACHADO, Helena; SANTOS, Filipe. **Direito, Justiça e Média: Tópicos de Sociologia**. Porto: Afrontamento, 2011, p. 141.

O acesso à justiça deve ser entendido como o acesso à entidade (ou terceiro) que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do seu litígio e defesa dos seus direitos. Ora, esse terceiro tanto pode ser o tribunal como qualquer instância que cumpra essa finalidade. A questão fundamental é que a terceira parte escolhida pelo cidadão para resolver o seu litígio não lhe seja imposta, mesmo que subtilmente, pelas estruturas sociais, mas corresponda, pelo contrário, ao meio mais acessível, próximo, rápido e eficiente de tutela dos seus direitos. No entanto, a limitação do acesso aos tribunais judiciais poderá ser permitida para os “litígios de massa”, ou de “baixa intensidade” ou em que não há um verdadeiro conflito. Com fundamento no interesse público ou na repartição do ónus do risco social o Estado ou as empresas ou outras organizações devem assumir o custo/risco do seu direito naqueles litígios não ser tutelado judicialmente como contributo para que os tribunais sejam um serviço público de justiça de qualidade, cuja ratio seja, em primeiro lugar, a promoção e defesa dos direitos dos cidadãos.¹⁴

Assim, dos mecanismos de resolução de conflitos os tribunais são mais formais, especializados e menos acessíveis aos cidadãos, desta forma, as partes tendem a procurar resolver os litígios. Desta forma, esse é o caminho aberto ao novo, em sociedades plurais e multiculturais, de ingresso ao acesso à justiça por meios autônomos de resolução de conflitos pela negociação, conciliação ou mediação.

¹⁴ PEDROSO, João. **Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça**: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Centro de Estudos Sociais. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2012, p.38/39.

2 O TEMPO, A COMPLEXIDADE E A FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO NO MODELO TRADICIONAL

Os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação do Estado padecem de efetividade em decorrência dessa inevitável perda de soberania e autonomia dos Estados Nacionais, assim aparece a crise do Estado e do próprio direito.

A inadequação estatal se apresenta devido à complexidade das relações sociais, nas quais o homem, passando a ser compreendido a partir de seu contexto social, econômico e cultural. Desta forma, as mudanças devem ocorrer a partir do paradigma e do contexto social em que vive.

Problematizar a jurisdição (crise x jurisconstrução) é reconhecer como ela se apresenta no momento atual para avaliar quais os padrões merecem ser mantidos e ter condições de revelar aqueles que devem ser revistos, limites e possibilidades a seguir através de políticas públicas estatais de acesso justiça à população, assim, como afirma Morais “consciente dessa realidade lançamos mão do debate que relaciona tempo, direito e sociedade na busca de uma construção que tenha por base o consenso dos litigantes, na busca de outras respostas: a “jurisconstrução¹⁵”.

O modelo de jurisdição que se entende por uma atividade substantiva do juiz, cujo objeto é a eliminação de conflito pela resolução da lide e a função da coisa julgada, em uma atividade plenamente vinculada à lei. Porém, o formalismo exacerbado, o positivismo, o legalismo e a inflexibilidade do processo nos reporta para a necessidade

¹⁵ MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e arbitragem:** alternativa à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 80.

de inovação e mudanças de paradigma no campo do direito processual.

Compreende-se que, diante da complexidade que se apresenta a jurisdição estatal, da transformação e crise do Estado, assumindo a função central de regulação social, os mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação do Estado padecem de efetividade em decorrência dessa inevitável perda de soberania e autonomia dos Estados Nacionais.

Streck (2003) entende que a crise do Direito ainda não foi descoberta como crise, já que o paradigma liberal-individualista-normativista não morreu e o modelo forjado a partir do Estado Democrático de Direito, entendido este como *plus* normativo¹⁶ em relação aos paradigmas do Estado Liberal e Estado Social, ainda não nasceu¹⁷. A partir dessa afirmação, percebe-se que o Estado está em crise e suas anomalias são tantas que está sendo questionado a todo instante. Neste sentido afirmam Trindade e Moraes:

Nesse contexto, parece inevitável discutir o papel do Poder Judiciário e os seus limites de atuação num paradigma democrático. Isto porque, se os

¹⁶ Segundo STRECK, às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promovedora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter no seu interior as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro. STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. **Revista Ajuris**. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, 2003, p. 205.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 18.

demais poderes constituídos teriam a sua legitimidade derivada dos tradicionais dogmas da soberania e da democracia representativa, o Judiciário inscrever-se-ia na tradição de um poder contramajoritário, ao qual compete a garantia dos direitos individuais. Ou seja, o Judiciário teria a experiência de proteger o cidadão da atuação invasiva do Estado, e não de estipular os meios próprios à realização de um modelo prestacional¹⁸.

A noção de jurisdição repousa não apenas no escopo jurídico. Ela é complexa e engloba uma efetividade ampla. Para Cappelletti, “[...] o direito, não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (normas gerais e especiais): mais é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários do serviço processual¹⁹”.

Já o direito de acesso à justiça atualmente é considerado um direito social básico, mas a efetividade desse direito é um tanto vaga e muito complexa. Entendemos que o direito ao acesso à Justiça não pode se limitar ao direito de acessar o judiciário. Possui uma abrangência maior, ou seja, uma ordem jurídica justa, que deve ser estendida a maior quantidade de pessoas possível.

As soluções buscadas para a problemática do acesso à Justiça nos países ocidentais foram denominadas de “onda renovatórias” do direito. Nesse sentido, a “primeira onda consistiu na assistência judiciária aos menos

¹⁸ TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ensaio sobre a Crítica Hermenêutica do Direito- Reflexões sobre o pensamento jurídico de Lenio Streck. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RHJ**, ano 9, n. 9/10, jan/dez 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.110.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GRATH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p.88.

favorecidos²⁰”. O segundo movimento foi a representação dos interesses difusos, transformando o processo civil em proteção aos novos direitos, pois o processo limitava-se a interesses individuais entre as partes. A terceira onda renovatória trouxe um novo paradigma de acesso à justiça, pois segundo Cappelletti e Garth encoraja uma ampla variedade de reformas:

[...] incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juizes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismo privados ou informais de solução de litígios²¹.

O fundamento político das vias conciliatórias consiste na sua função social, que, sabemos, não é alcançada pela sentença. Já o fundamento político aparece com a participação popular na administração da Justiça, afastando o autoritarismo do Estado e, assim, a política pública que contempla métodos consensuais de solução de conflitos.

Ademais, a função jurisdicional do Juiz carrega consigo o simbólico das amarras da justiça que já está preestabelecido pelo Direito, por seu ofício, quando sentencia, percebe-se que o martelo e da decisão afirmará uma posição de ganhador e perdedor entre as partes. Nessa linha de pensamento, Fagundez expõe que “ O processo traz em si o germe de sua destruição. Ele nasce para que se dê o fim, no futuro, da relação processual. O litígio é a doença, e o processo, o remédio. Será? Ou será que os

²⁰ AMARAL, Marcia Terezinha Gomes. **O direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2009, p. 51/52.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GRATH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p.71.

processos não perpetuam os conflitos?²²”. Resta sempre esta questão, pois o processo se limita ao conflito posto em causa pelos seus intérpretes (advogados) desta forma sabemos que podem amenizar ou provocar novos conflitos com suas retóricas de rancor e dor, buscando ganhar a causa.

Ainda, afirma Spengler que o processo se distancia das partes, pois cria uma relação artificial, conteúdo técnico, burocrático e formalista, perdendo sua conotação participativa, e assim “[...] a linguagem do juiz, traduzida no processo, é aquele de quem deve decidir quando o conflito não pode ser sanado de outro modo²³”, portanto, a diferença do processo e da medição de conflitos para as partes é “[...] que, enquanto no processo as partes reagem conforme o papel que lhes foi determinado pelo código ritual do judiciário, no curso da mediação elas participam de uma experiência relacional que as torna como protagonistas diretos, e não representados por um advogado”

Falar em tempo é algo difícil, várias teorias tentam explicar o tempo no Direito, iniciamos com a noção que o tempo está ligado à forma de sociedade e ao contexto social em que forma esta sociedade, no entendimento de Rocha, p. 800 “ O tempo é contextual (espacial) . Neste início de século XXI, surge uma nova forma de sociedade, que se pode chamar, conforme autores, de globalizada, pós-moderna, modernidade-reflexiva, modernidade líquida, que tem como uma característica fundante a dissolução da

²² FAGUNDEZ, Paulo Roney Avila. **O Direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTR, 2003, p. 52.

²³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição: reflexos na prestação jurisdicional do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

noção de tempo/espaço de Kant/Newton, e da estrutura tradicional de regulação social.”²⁴

No sentido que não existe tempo fora da história, afirma François Ost, em seu livro *O tempo do direito* (1989) estabelece que o tempo é construído pela sociedade, por isso não existe o tempo em si, já para Rocha o tempo existe quatro momentos no direito, ou seja:

[...] 1) a memória – o direito é a memória da sociedade (...)² o perdão – o Direito necessita do perdão. O perdão não quer dizer simplesmente esquecer implica selecionar o que se vai esquecer. 3) a promessa. A promessa é uma tentativa de ligar-se com o futuro. [...] 3) o questionamento- é o momento mais importante da reprodução do Tempo no Direito, porque o questionamento não significa o rompimento com as promessas, porque se for um rompimento com as promessas nós negamos o novo. Mas ao mesmo tempo, o questionamento também não pode ser um rompimento completo com a memória, sem passado não temos história, e ficaríamos também num espaço vazio. O questionamento tem que possuir a capacidade de ligar o tempo e o Direito com a memória, com e perdão e com a promessa²⁵.

Acredita-se que a escolha da forma de resolução dos conflitos deve ser autônoma aos cidadãos, desta forma enquanto o processo busca a verdade, investiga e impõe uma decisão que nas palavras de Spengler “produz/reproduz a violência. A verdade não pode ser imposta por uma decisão, tampouco pode ser descoberta

²⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição:** reflexos na prestação jurisdicional do Estado. p. 66.

²⁵ ROCHA, Leonel Severo da. Tempo. *In:* BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro/ São Leopoldo, (RS): Renovar/UNISINOS, 2009, p. 801/802.

pela violência²⁶”. Então, se dialogarmos e recuperarmos a história os fatos falam por si e buscam sua resolução no futuro pelos questionamentos, pelo perdão e pela promessa de algo novo, melhor e diferente. Sabemos que isso não iremos encontrar nas decisões judiciais, impositivas e normatizadas perante a ministério da massificada jurisprudência.

Falar em tempo da jurisdição, sabemos que somente quem detém essa resposta é o Juiz e os advogados da causa, pois eles quem movimentam o processo. Ainda, o juiz pode fixar tempo para cumprimento da decisão sob pena de multa, pode haver a demora do processo, em que as partes podem vir a falecer antes da decisão final, ou até mesmo, a decisão final pode ser cumprida em inventário, pois isso só depende do império da prestação jurisdicional realizada pelo Juiz. Então, pergunta-se: Será que o conflito é resolvido pela sentença? Houve tratamento do conflito com a sentença? As partes (autor e réu) ficaram satisfeitas?

Estas questões são difíceis de responder porém , no entendimento de Spengler pode se diferenciar o tempo da jurisdição e o tempo da mediação:

O primeiro é um tempo dilatado, que se detém na espera sempre de um outro juiz, que faz parte da lógica paradoxal da dupla ligação que deseja sempre a palavra definitiva, mas que permanece na espera de controles posteriores. É o tempo da necessidade, uma vez que , na realidade , já aconteceu tudo, tornando-se prioridade , nesse momento, evitar o por. Já na mediação se trabalha com a necessidade de encontrar um outro tempo, já que a temporalidade conflitiva precisa do exercício da prudência e de paciência nos quais não se decide o

²⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição:** reflexos na prestação jurisdicional do Estado. p. 68/69.

tempo do alto, mas das possibilidade de dois conflitantes de encontrar um tempo diferenciado²⁷.

Pensar em outra forma de jurisdição, não necessariamente pela interferência estatal é uma nova forma de entender o direito, mas o desafio torna-se maior quando um método não adversarial é apresentado, no qual o resultado do conflito não é o ganha e perde dos processos tradicionais. Este método apresenta-se para resolver o conflito de forma integral e não apenas a (pretensão x resistência) da lide processual. É buscar pela conciliação e pela mediação de conflitos uma forma de autocomposição que direcione os cidadãos ao consenso. O indivíduo pode exercer a escolha de um mediador e alcançar um elo de diálogo, um auxílio para temporalizar uma decisão por consenso, tratando o conflito como algo normal do cotidiano, promovendo uma mudança no trato social do indivíduo e em sua amplitude frente o mundo e suas dificuldades.

3 A FUNÇÃO DO MEDIADOR E O TEMPO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os modelos tradicionais de jurisdição e formas heterocompositivas como processo e a arbitragem devem coexistir com um sistema autocompositivos que busquem práticas adequadas de resolução de disputas pela conciliação, negociação e mediação, visto que, além de ser mais adequada a certos conflitos de relações continuadas, estamos em vias de entrar em vigor pela lei 13.105, em março de 2016. O normativo legal determina no art. 3º, § 2º que “O Estado promoverá, sempre que possível a solução consensual dos conflitos”, bem como estabelece no §3º “A

²⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição:** reflexos na prestação jurisdicional do Estado. p.71.

conciliação e a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores público e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, assim tornando bem clara a posição das normas de direito processo civil, direcionando a todos os envolvidos na justiça a composição dos litígios²⁸”.

Para tanto estudar o significado da mediação na origem da terminologia é extremamente importante, a expressão vem do latim *mediatione* com significado de intercessão, intermédio, intervenção. É derivado do verbo latino *mediare*, mediar ou intervir.

Na mediação, o mediador dialoga, escuta e participa como ente facilitador da linguagem entre as partes, ao contrário do que ocorre com o Juiz que detém o poder de julgamento, de sentenciar e fazer cumprir tal decisão pela ação coercitiva. Para Vezzulla, a mediação constitui-se em técnica não-adversarial de resolução de conflitos em que um profissional devidamente preparado auxilia as partes a encontrarem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo, em que ambas ganham. Nos estudos realizados por Warat a mediação deve ser entendida como um novo paradigma de aprender a viver e assim afirma:

A mediação, enquanto um novo e grande paradigma, como pedagogia que ajuda a aprender a viver, é um novo paradigma, específico, da produção de Direito (agora entendido como pedagogia que ajuda aprender a viver e não mais como lei que pune o que considera conflitivo²⁹).

²⁸ ABREU FILHO, 2015,p.3 .

²⁹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 54.

O conflito possibilita o crescimento dos sujeitos, e a mediação objetiva transformar o conflito, trabalhar as questões que envolvem paixões e inserir o tema diferenças e semelhanças com a meta de alcançar o diálogo, o consenso, o entendimento saudável.

A mediação de conflitos é um prolongamento e aperfeiçoamento do processo de negociação, que envolve a interferência de uma aceitável terceira pessoa, que aceita pelas partes, conduzirá o diálogo responsável e não autoritário. Desta maneira, a mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a colaboração do interventor, se sua função for ajudá-los a lidar com suas diferenças e resolvê-las.

No entendimento de Warat, a mediação e a negociação são dois institutos autocompositivos diferentes, “a mediação difere da negociação direta por ser, precisamente, uma autocomposição assistida...”; já na negociação existe a interferência direta de terceira pessoa propondo e negociando o conflito, já a mediação “é um trabalho de reconstrução simbólica imaginária e sensível, como outro do conflito; de produção como o outro das diferenças que nos permitam superar as divergências e forma identidades culturais³⁰”.

A mediação de conflito propõe propiciar uma autonomia ao indivíduo, “a terapia do reencontro é uma ajuda para deixar de ser carreirista, é uma forma de encontrar-se com o outro, abrindo-se a outra realidade. Não estamos no mundo para ganhar de ninguém”³¹

Num cenário de transformações significativas, a mediação de conflitos surge como uma proposta que apresenta a possibilidade de superar o litígio, respeitando as

³⁰ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: O ofício do mediador. p. 57.

³¹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: O ofício do mediador. p. 47

individualidades e reduzindo os danos afetivos e emocionais. Assim, nas últimas décadas, emergiram em todo mundo programas de solução de disputas e conflitos. Tais programas são utilizados em vários contextos, como empresas, famílias, escolas e comunidades.

Busca-se, então alcançar o desenvolvimento de mudanças nas pessoas, ao descobrir suas próprias habilidades, potencialidades, responsabilidades e o reconhecimento do outro como parte do conflito. O objetivo consiste em modificar a relação entre as partes, não importando se chegam ou não a um acordo. Não está centrado apenas no tratamento e na resolução do conflito, mas sim na transformação relacional.

A autocomposição de conflitos por meio da mediação assume características diferentes da jurisdição tradicional, tais como: voluntariedade, confidencialidade, flexibilidade e participação ativa, na decisão, desta forma não se admite fixar tempo para realizar a mediação. Então, resta-nos as perguntas: Qual será o tempo da mediação? Quem decide qual será o tempo necessário para uma boa mediação? De que modo agir, existe um modelo de mediação correto?

Spengler explica as dificuldades de estabelecer tempo na mediação, visto que a mediação trabalha com o novo paradigma no qual o conflito está intimamente ligado aos eventos comunicativos, então não poderemos estabelecer um tempo para as partes estabelecer o fluxo da comunicação positiva. Nesse sentido afirma:

À mediação não cabe efetuar cortes temporais ou buscar verdades “reais” e única. Desenvolve seu papel no sentido tão somente de pôr em contato os conflitantes, facilitando a comunicação direta entre eles sem , necessariamente (ainda que possível) , a intervenção de terceiros (como os advogados) no tratamento do conflito. Por conseguinte, a mediação trabalha com um novo paradigma no

qual os conflitos são entendidos como acontecimentos que fazem parte de eventos comunicativos e, como tal, tratável se restabelecida mantida a comunicação. Essa comunicação se define, então, mediante procedimentos verbais e não-verbais de fluxo constante que permite conhecer, reconhecer e estimula forma de operar através das quais as partes possam criar, manter, negociar, mediar e transformar suas realidade sociais³².

Assim, cabe destacar que, independente da escolha do acesso à justiça, se optarmos pelo processo, arbitragem ou pela mediação, concorda-se com o posicionamento de Santos, quando afirma “Mas é evidente que, do ponto de vista de uma revolução democrática de justiça, não basta a rapidez. É necessária, acima de tudo, uma justiça cidadã³³”. Para que se concretize essa participação democrática temos que percebê-la no “sentido alternativo e emancipatório, a democracia não é simples, e unicamente um método político, um sistema de governo ou apenas uma realidade estática. É um processo inacabado, aberto, dinâmico, contraditório, multidimensional e de longa duração que consiste em transformar relações desiguais de poder em relações de autoridade partilhada em todos os âmbitos da vida³⁴”.

No sentido de abertura e participação do indivíduo no acesso à justiça, considera-se coerente é a proposição de

³² SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição:** reflexos na prestação jurisdicional do Estado. p.72/73.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** p.45.

³⁴ AGUILÓ, Antoni. Democracia. *In:* SANTOS, Ana Cristina; MARTINS, Bruno Sena; DIAS, João Paulo; RODRIGUES, João; GOMES, Margarida (orgs.). **Dicionário das Crises e das Alternativas.** Coimbra: Almedina, 2012, p.72.

Pedroso que aponta para a mudança do sistema de justiça, realizando o que ele denomina de um “Sistema integrado de Justiça” no qual afirma que:

O novo sistema integrado de resolução de litígios, tem como consequência a assunção e reconhecimento pelo Estado duma política pública de justiça, que inclui os tribunais judiciais e o denominado “pluralismo jurídico e judicial”, ou seja, que reconhece também aos meios não judiciais legitimidade para dirimir litígios. A informalização da justiça e a desjudicialização, incluindo todo o movimento ADR, constituem, assim, caminhos da reforma da administração da justiça desde que defendam a igualdade das partes e promovam o acesso ao direito. Só deste modo esta multiplicidade de processos pode tornar a justiça mais democrática³⁵.

Ainda, acredita-se que a revolução democrática da justiça, exige uma questão mais complexa, que se crie uma nova cultura de consulta jurídica, a que busque o diálogo e o entendimento e não o litígio, que os entes públicos e particulares (Universidades , Ministério Público, Juízes, Advogados, Defensoria públicas entre outros) se unam e em prol de um sistema integrado que vise a resolução e o tratamento do conflito por meios autônomos de resolução de conflitos em busca da pacificação social e aderência de todos.

³⁵ PEDROSO, João. **Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça**: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Centro de Estudos Sociais. p.39.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça como o mais básico dos direitos humanos, não está sendo contemplado no Brasil, seja pela sua ineficácia, inefetividade, complexidade ou insuficiência de recursos materiais e humanos do Poder Judiciário, desta forma faz-se necessário que os cidadãos escolha qual será aporta do Poder Judiciário que ele deseja para resolução de seus conflitos. Esta escolha, quando realizada pelo cidadão, apresenta-se como a alternativa de acesso à justiça mais adequado, pois o cidadão participa ativamente, ou seja, escolhe a forma de intérprete da justiça, (o juiz ou o mediador) para resolução de seus conflitos e assim traduz os anseios de uma sociedade multicultural, complexa e pluralista.

Diante do panorama tradicional que o Estado-juiz, pela prerrogativa constitucional que possui, não poderá deixar de jurisdicionar sobre lesão ou ameaça de direito (art. 5º, no inciso XXXV) levada ao seu conhecimento, bem como garantir a postulação dos direitos a todos os indivíduos e o direito de acesso à Justiça, porém tal direito não tem sido sinônimo de prestação jurisdicional efetiva, visto que as demandas judiciais são morosas e as sentenças muitas vezes somente refletem a legalidade e não o direito clamado entre as partes.

Entende-se que a jurisdição está ligada a crise em que passa o Estado Democrático do Direito, destacada em três categorias: a primeira diz respeito a crise estrutural onde sabemos que o judiciário está com carente de infraestrutura, de pessoal, de equipamentos e custos desnecessários devido o alongamento das demandas; a segunda é pragmática que diz respeito ao formalismo exacerbado utilizado nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização de processos e sua lentidão pelo acúmulo de demandas; terceira, mais difícil, é subjetiva ou tecnológica, é

a dificuldade dos profissionais do direito de lidar com novas realidades dos conflitos contemporâneos.

Outros questionamentos que se faz diante as novas realidades, pergunta-se: Qual será a melhor forma de resolver os conflitos ? Será pela sentença imposta? Qual deve ser o tempo da função jurisdicional? Será que este tempo atende a expectativas da sociedade em que vivem? Será que a jurisdição tradicional transforma o sujeito em entes emancipados para resolução dos próprios conflitos ou escravos do Estado? Será que pode existir um sistema integrado de resolução de conflitos com uma justiça participativa e cidadã?

Acredita-se que, com a implementação da lei nº 13.105/2016 e as formas autônomas de resolução de conflitos como a conciliação, negociação e a mediação, o cidadão poderá optar por aquela que acreditar ser a mais eficaz para o sua questão, bem como a melhor maneira de resolvê-la, sem estabelecer o tempo, mas certo que sairá satisfeito com a justiça, pois irá arrumar e tratar a desordem que faz o conflito em suas vidas. Ainda, terá a condição de olhar para o futuro e reorganizar seu diálogo com a vida, assim encontrando um espaço para redefinir situações e tomar a decisão democrática e consciente do seu cumprimento, conduzindo-o para uma emancipação participativa e o empoderamento de seus direitos na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILO, Antoni. Democracia. *In*: SANTOS, Ana Cristina; MARTINS, Bruno Sena; DIAS, João Paulo; RODRIGUES, João; GOMES, Margarida (orgs.). **Dicionário das Crises e das Alternativas**. Coimbra: Almedina, 2012.

AMARAL, Marcia Terezinha Gomes. **O direito de Acesso à Justiça e a Mediação**. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2009.

- AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PNUD, 2012.
- BARBOSA, Á. A. Mediação familiar: Instrumento para a reforma do judiciário. *In*: Ferreira, V. R. T. (Org.). **Psicologia Aplicada ao Direito**. Passo Fundo: IMED, 2004.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das desigualdades regionais. *In*: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional**: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUSH, R. A. B. & Folger, J. P. **The Dilemmas of Mediation Practice**: A Study of Ethical. Washington: NIDR, 1992.
- BUCHER-MALUSCHKE, J. S. N. F.. Revisitando questões sobre lei, transgressão e família em suas interações com a psicologia, a psicanálise, o direito e a interdisciplinaridade possível. **Revista Psicologia - Teoria e Pesquisa**, Brasília, v. 23, 2007. Disponível em: «<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v23nspe/16.pdf>» Acesso em 23 de set. de 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro; GRATH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- FAGUNDEZ, Paulo Roney Avila. **O Direito e a hipercomplexidade**. São Paulo: LTR, 2003.
- GAGLIETTI, Mauro; WILANI, Sheila M. U; COSTA, Thaise Nara Graziottin. A Mediação de Conflitos diante da dissolução da sociedade conjugal: pressuposto da teoria do

discurso de Habermas. *In: Direito Contemporâneo em Pauta*. Passo Fundo: Passografic, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Pluralismo Jurídico e o Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

MACHADO, Helena; SANTOS, Filipe. **Direito, Justiça e Média**: Tópicos de Sociologia. Porto: Afrontamento, 2011.

MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e arbitragem**: alternativa à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, F. G.; Cruz, R. M.; Bartillotti, C. B.. Competências profissionais do mediador familiar: método e instrumento de avaliação. *In: S. L. R. Rovinski e M. Cruz (Org.). Psicologia Jurídica*: perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor, 2009.

PEDROSO, João. **Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça**: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Centro de Estudos Sociais. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2012.

ROCHA, Leonel Severo da. Tempo. *In: BARRETO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro/ São Leopoldo, (RS): Renovar/UNISINOS, 2009.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SALES, L. M. M. **A família e os conflitos familiares**: a mediação como alternativa. Fortaleza: Pensar, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** conta o desperdício da experiência. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, direito e constituição:** reflexos na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Quinze anos de Constituição: análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. **Revista Ajuris.** Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 92, ano XXX, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A influência do Sistema Presidencialista no ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal Brasileiro: Quem deve efetivar os direito fundamenta e um uma democracia? *In:* ALEXY, Robert Alexy; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg e; HAHN, Paulo Hahn (orgs.). **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais:** um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba, (SC): UNOESC, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica. *In:* BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro/ São Leopoldo, (RS): Renovar/UNISINOS, 2009.

SUARES, M. **Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas.** Buenos Aires: Paidós, 1997.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ensaio sobre a Crítica Hermenêutica do Direito- Reflexões sobre o pensamento jurídico de Lenio Streck. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RHJ**, ano 9, n. 9/10, jan/dez 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Garantismo versus neocosntitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em tέρrea brasilis. *In*: TRINDADE, André Karam; STRECK, Lênio Luiz; FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucioanlismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VEZZULLA, J. C. Mediação de conflitos vai trazer mais independência. **Gazeta das Caldas**, 2006.

VEZZULLA, J. C. **Qué mediador soy yo?** Lisboa: La trama, 2007.

VEZZULLA, J. C. **Adolescente, Família, Escola e Lei:** a mediação de conflitos. Lisboa: Agora Comunicação, 2006.

ZIMERMAN, David E. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional: a crise do magistrado. **Themis: Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 131-143, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/18217>>. Acesso em: 1 set. 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo:** a mediação no direito. Buenos Aires: Almeida. 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** O ofício do mediador. Florianópolis: Boiteux. 2004.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses: *In:* PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. **Conciliação e Mediação:** Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. *In:* BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro/ São Leopoldo, (RS): Renovar/UNISINOS, 2009.

DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: *O consenso é possível?*

Eduardo Mattos Cullmann¹

Neuro José Zambam²

INTRODUÇÃO

A democracia representativa será analisada a partir das dificuldades para a construção de consensos que visem a estabilidade política, especificamente, a ausência de participação, o não acompanhamento dos eleitos, a falta de credibilidade das informações, entre outros. A democracia é uma das principais sementeiras do dinamismo social; em diferentes fóruns e por diferentes autores, foi reconhecida como uma das maiores conquistas da humanidade e está enraizada na cultura política-global.

O mundo carece de um ordenamento social e político pautado pelo dinamismo dos regimes democráticos que primam pela participação de todos. Outros regimes,

¹ Bacharel em Direito. Membro do grupo de estudos: Multiculturalismo e pluralismo jurídico. E-mail hmcullmann@hotmail.com.

² Pós-doutor em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Meridional - IMED – Mestrado. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Filosofia). Pesquisador da Faculdade Meridional. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade. Líder do Grupo de Estudo, Multiculturalismo e pluralismo jurídico. Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. E-mail: nzambam@imed.edu.br; neurojose@hotmail.com.

dominam o imaginário e a organização de muitos países. As lições dessa dinâmica foram destacadas por Bobbio:

A medida em que a democracia foi considerada como a melhor forma de governo, como a menos má, como a forma de governo mais adaptada às sociedades economicamente, civilmente e politicamente mais evoluídas, a teoria das formas de governo em seu uso prescritivo simplificou a tipologia tradicional e polarizou-se, como já afirmamos, em torno da dicotomia democracia-autocracia³.

A essência da democracia representativa no Estado Democrático de Direito é a participação da sociedade por meio de inúmeros recursos e instrumentos que aproximam o povo do controle e o poder da vida social. Os consensos sociais expressam a vontade do povo por meio de acordos políticos, possíveis em vista do bem de todos. A inexistência do debate público sobre questões que interessam à todos fomenta a superficialidade das deliberações e decisões, assim como, deixa a sociedade vulnerável à dicotomias e práticas políticas duvidosas.

A apresentação deste artigo está dividida em três partes, pois tem o objetivo de analisar as dificuldades da representação da população nas democracias atuais e, ao mesmo tempo, demonstrar a necessidade de consensos em vista da justiça social. A participação é a essência da democracia representativa e robustece o exercício do poder político, especificamente, pela representatividade.

Na primeira parte é dada prioridade a ideia de consensualidade na democracia representativa como uma necessidade para a justiça social, também, é avaliada a

³ BOBBIO, Norberto. 1909, **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**/ Norberto Bobbio; tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.158.

limitação da participação apenas em períodos eleitorais, ou seja, em períodos distantes um do outro.

Na segunda parte é destacada a compreensão de consenso e a sua capacidade de atender as demandas sociais, assim como, o seu poder de influenciar o agir político da população e a construção de soluções a partir do que se entende por Estado Democrático de Direito.

Na terceira parte destaca-se a importância do debate público, caracterizado como um exercício capaz de congregiar as diferenças numa democracia representativa. A ausência do debate implica o sentimento de impotência social.

O método utilizado para elaboração do artigo é o método investigativo bibliográfico, serão apresentadas convicções de autores e comentadores a fim de fundamentar e esclarecer os temas em questão.

1 O CONSENSO E A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

A democracia possui um caráter de guardião dos valores que sustentam e dinamizam o Estado Democrático de Direito, sendo, prioritariamente, o valor da pessoa como sujeito de direitos, a justiça, a igualdade, a participação, a liberdade de expressão, a alternância de poder e o equilíbrio dos poderes. Essas dimensões também fundamentam a construção do equilíbrio social. O ideal democrático, na visão de Rawls⁴, é composto por esse dinamismo, que visa congregiar de forma representativa e tolerante toda a pluralidade existente no interior da sociedade. A atuação do governo precisa equalizar os interesses que são divergentes a fim de garantir a estabilidade política, por isso os consensos são fundamentais⁵.

⁴ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000 p.179.

⁵“A unidade social baseia-se num consenso sobre a concepção política;

Os valores políticos construídos pela democracia integram a conduta moral da população formando a sua razão pública. Estes, evoluem conforme o dinamismo social e formatam a identidade de uma sociedade, ou seja, emanam do povo e estão a seu serviço. A democracia é reconhecida como a melhor forma de organizar uma sociedade, isto é, seus interesses, sua formação plural e suas instituições. Ela, embora com inúmeras deficiências, é apreciada por todos. A justificação da necessidade dos consensos está inserida nessa dinâmica onde o seu funcionamento não se restringe à eleições ou formas de representação. A sua essência exige a interação de diferentes elementos que forma a “racionalidade pública”, conforme esclarece Sen:

[...] A democracia, Rawls nos ensinou, tem de ser vista não apenas em termos de cédulas e votos - por mais importantes que sejam -, mas primariamente em termos de “racionalidade pública”, inclusive a oportunidade para discussão pública e também como participação interativa e encontro racional. A democracia deve incluir, invocando uma frase de John Stuart Mill, um “governo através da discussão.”⁶

A sociedade é formada por um pluralismo de

e a estabilidade é possível quando as doutrinas que constituem o consenso são aceitas pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade, e as exigências da justiça não conflitam gravemente com os interesses essenciais dos cidadãos, tais como formados e incentivados pelos arranjos sociais dessa sociedade”. SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução: Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 54.

⁶ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. p. 54.

concepções de mundo e práticas divergentes e às vezes antagônicas que formam a dinâmica de seu funcionamento. O domínio de interesses individuais ou de organizações demanda da população dos seus líderes a capacidade de construir acordos e formar projetos que beneficiem a todos. A mesma intensidade se interpõe em relação à normatização que visa a estabilidade e prevenção em relação à apropriação do Estado⁷. As influências e interesses, assim como, os mecanismos de atuação e articulação não podem impedir a conciliação ou o exercício do bem comum.

As formas de representação social visam a exposição e organização dos interesses internos e a construção de acordos em vista de metas coletivas. A Constituição Federal, no caso brasileiro, é a expressão da vontade de construir o consenso que garanta estabilidade e união nacional. Esclarece Zambam⁸ “O consenso constitucional está materializado na constituição de uma nação. O consenso constitucional não é profundo, pois não atinge a estrutura básica da sociedade; dirige-se, apenas, a determinados procedimentos políticos próprios de um governo democrático”.

A democracia representativa não dispensa a ação direta do cidadão, antes, para seu bom funcionamento e a sedimentação de seus valores, contempla a existência do “cidadão presente”, consagrado na condição de sujeito de direitos como tradicionalmente concebido. O fato de eleger

⁷ Recoloca-se fortemente em discussão o caráter pretensamente estável e homogêneo das pertencas e das solidariedades de grupo nas sociedades tradicionais. Impõe-se a ideia de que o pluralismo provavelmente foi sempre e em todos os lugares um traço maior de distinção e de identificação natural. POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade**: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras. Tradução Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Editora da UNESP, 2011, p. 30.

⁸ ZAMBAM, Neuro José. **Introdução à teoria da justiça de John Rawls**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.141

seus representantes, exige, como consequência, o acompanhamento e interação permanente com o seu líder. O Brasil e os brasileiros precisam evoluir para a concretização desse objetivo. A construção dessa dinâmica é fundamental para a dinâmica da democracia e a validade dos consensos.

As formas de representação configuram uma das marcas importantes da democracia, cuja qualidade está na capacidade da população bem escolher os seus representantes. A necessidade de acordos e consensos em meio às divergências, assim como, a consequente publicização das ações, decisões, opiniões e projetos exalta as qualidades do processo democrático e a legitimidade do processo de representação.

A estruturação a partir de uma dinâmica composta por representantes e representados, a democracia representativa é responsável pela expressão da vontade individual na pessoa dos seus porta-vozes. Os eleitos são os principais responsáveis pela implementação da vontade geral da sociedade. A democracia, nessa compreensão, é possível e necessária desde as pequenas organizações sociais, especificamente pelo seu caráter didático e pedagógico, para construir o bem de todos. A exemplar atuação de Nelson Mandela confirma essa necessidade quando retrata a sua formação familiar e inserção comunitária:

Todo mundo que queria falar podia fazê-lo. Era a democracia em sua forma mais pura. Podia até existir uma hierarquia de importância entre os que falavam, mas todos eram ouvidos, chefes e súditos, guerreiros e curandeiros, lojistas e agricultores, donos de terra e trabalhadores [...]. A fundação do autogoverno era de que todos os homens eram livres para expressar suas opiniões e iguais em valor

como cidadãos.⁹

A integração do indivíduo como um ser representativo é uma concepção moral e política que influencia o conjunto do ordenamento democrático, desde o momento em que este deixa de pensar apenas interesses individuais e seus objetivos florescem em favor dos interesses da coletividade. O comprometimento com a democracia é um exercício permanente e se solidifica na medida em que integra o conjunto da sociedade, sem negar ou excluir as individualidades. A liberdade de atuação compõe essa tensão entre a construção da identidade individual e a visão do bem comum.

O pensamento coletivo, expresso na capacidade de construir consenso de longo prazo ou em vista de soluções de problemas pontuais, refletem a maturidade dos cidadãos e dos seus líderes. O fato de conviver em sociedade, exige que questões sejam também pensadas para o social, não apenas para o indivíduo. O exercício permanente do debate público fomenta acordos e consensos sabendo do seu poder de esclarecimento.

A democracia representativa salienta que o poder emerge somente do povo e a ele pertence. No Brasil a Carta Magna de 1988 demonstrou essa característica garantindo, em seu preâmbulo, o Estado Democrático de Direito:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como

⁹ SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar:** a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. p.58.

valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte¹⁰.

O povo tem o poder definidor na democracia representativa e exerce a autonomia ao eleger os seus líderes ou representantes de acordo com as suas convicções a fim de que sejam capazes de construir os consensos sociais necessários para solucionar os seus problemas mais importantes. A atuação do indivíduo como participante das decisões de âmbito mais amplo, das associações, do governo, das instituições e demais espaços explicita os seus compromissos cidadãos e congrega metas e interesses sociais de forma organizada e com critérios de decisão amplamente reconhecidos. Por exemplo, o critério de maioria.

A participação no Estado Democrático de Direito tem como prerrogativa, tanto efetiva quanto simbólica, a afirmação de que o indivíduo está comprometido com a democratização social. Ou seja, o indivíduo torna-se cidadão e age em conjunto com a sociedade onde busca o consenso a partir da exposição da vontade e da sua atuação pública individual ou por meio de instrumentos válidos para todos.

O princípio da igualdade como referência básica da democracia existe para garantir e legitimar o debate público igual para todos. A liberdade não é ofuscada e a representação é uma forma de exercê-la com autonomia. O

¹⁰ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm acesso em: 15 de outubro de 2015.

equilíbrio, com idênticos pesos e medidas, não extingue as desigualdades, mas estabelece critério de integração que as equaliza ou ordena de forma justa. A igualdade linear nega a liberdade substantiva e o próprio valor da pessoa. Os consensos formam-se a partir do reconhecimento das diferenças e do combate às desigualdades que ameaçam a organização social segura.

Os princípios fundamentais do Estado Democrático, a participação efetiva dos cidadãos e a representação política pelo povo estão na base da justiça social. O sentimento de justiça conclui esse processo de participação ativa sedimentada pelas condições e disposições para a construção de acordos legítimos e, por isso, de conhecimento de todos. As decisões, nesse contexto de efervescência democrática, influenciam a equidade social e geram um expressivo sentimento de justiça.

2 OS CONSENSOS E A PRÁTICA DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

O consenso é o fruto do debate público e um o ideal almejado pelo conjunto dos líderes para que a sociedade possa estrutura as suas relações de forma tolerante e em vista de objetivos de longo prazo, congregados em torno de ideais com capacidade de unir pessoas com diferentes visões de mundo e projetos políticos. A efetivação dos consensos possibilita que a sociedade reinvente a sua organização considerando as suas necessidades.

O debate público é essencial porque tem o sentido de ser explicitador das diferenças sociais e da vontade da população. Esse ideal que se busca com o debate, deve alcançar o maior número possível de pessoas e dos projetos em questão, especificamente sobre temas essenciais como: a organização política, as opções sobre a economia, a

legislação direito e as principais diretrizes que garantam a estabilidade social.

A prática dos consensos é decisiva para a construção das condições de bem-estar social. A explicação pública incentiva a opção por aquelas situações mais delicadas e exigentes, especialmente quando envolve sofrimento de pessoas ou ameaça à sociedade. Os consensos não têm poder de contemplar toda a realidade, normalmente ele é superficial e precisa ser recomposto continuamente, o que exige capacidade política e disposição para a negociação. Os consensos são essenciais para evitar posturas de fanatismo e violência. As convicções políticas, especificamente neste contexto, precisam expressar a profissão de fé na democracia.

A expressão de um ideal de organização precisa, simultaneamente, contemplar as diferenças e divergências que caracterizam a dinâmica social, por isso, esclarece Zambam¹¹: “Numa sociedade democrática, a cooperação das pessoas gera uma estrutura básica fundamental, acompanhada por uma gama de instituições capazes de operacionalizar os princípios da justiça e de dar conta dos meios para a satisfação das necessidades dos seus membros”.

O poder de estruturar condições de igualdade equitativa precisa ser testado na prática cotidiana, onde são expostas as diferenças e se conhece a capacidade política dos líderes para construir acordos e, conforme o contexto, renunciar às próprias convicções em vista do bem comum. A sua elaboração precisa do tempo político necessário e as condições posteriores para garantir estabilidade. A sua aceitação no cotidiano social influencia diretamente sobre os a rotina e os interesses individuais e coletivos. A promulgação da Constituição Brasileira em 1988 é uma

¹¹ ZAMBAM, Neuro José. **Introdução à teoria da justiça de John Rawls**. p.145.

demonstração desse dinamismo e do poder dos consensos.

A efetivação de um consenso depende do sentimento de pertença à uma nação, grupo, instituição ou comunidade. As condições efetivas para a concretização de acordos válidos para todos dependem desse sentimento e da opção política pela coletividade, ao invés da afirmação exclusiva do pensamento individual. Nesse sentido vale destacar o valor da unidade em torno do exercício dos direitos, como ensina Todorov¹²: “[...] Fazem parte do povo todos os que nasceram sobre o mesmo solo, aos quais se acrescentam os que foram aceitos pelos primeiros. No seio de uma democracia, ao menos teoricamente, todos os cidadãos são iguais em direitos, todos os habitantes são iguais em dignidade”.

A sociedade, por sua própria constituição e organização, apresenta problemas de convivência, adaptação e capacidade de convivência. A pluralidade é vasta e pode impedir ações em vista da unidade. A predominância de alguns interesses individuais que divergem de forma frontal com o conjunto dos cidadãos, quando impedem a via dos consensos desestabilizam a democracia. A superação de ameaças dessa natureza ocorre por meio do debate público, pois com a exposição pública das convicções são criadas as condições para consensos estabilizadores fundamentais na sociedade. A discussão pública e permanente que marca o cotidiano das democracias é essencial para a construção, aceitação e concretização dos consensos. Nesse sentido:

A preocupação de construir uma relação social estável tem como objetivo garantir que o sistema de cooperação numa sociedade, também, seja estável.

¹² TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução: Joana Angélica de Avilla Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012 p.17.

Uma sociedade assim concebida é regulada por um senso público de justiça, segundo o qual as forças trabalham em favor de expectativas comuns. No decorrer do tempo, a tendência é a sua solidificação. Para tanto, os membros da sociedade devem ter um senso de justiça e um devotamento especial por aqueles que seriam prejudicados caso agissem contra os princípios estabelecidos¹³.

O direito das culturas revela de forma crescente a necessidade de valorizar e respeitar o pluralismo que forma a identidade social. As diferentes etnias e culturas se entrelaçam em um convívio social forma a própria cultura geral, que congrega as bagagens tradicionais que merecem respeito e proteção, assim como, precisa considerar as novas manifestações que são consequências dos contextos e da simbiose entre essa diversidade. A negação desse debate gera novas formas de fanatismo. As culturas, por meio dos seus líderes, precisam integrar o debate público e endossar os acordos que contemplam o bem de todos.

A participação de um indivíduo no âmbito social com sua identidade cultural, não ofusca ou exclui as suas convicções individuais, antes as integra e pode fortalecê-las em permanente debate e esclarecimento. A chegada de migrantes e imigrantes no seio das sociedades europeias, assim como no Brasil, do ponto de vista das culturas, não ameaça a estabilidade ou sua organização. Os povos indígenas, os descendentes dos imigrantes vindo no início do século XX, aqueles forçados por circunstâncias históricas, as populações urbanas e outros formam um verdadeiro mosaico de culturas que, quando orientados pela democracia, fomentam o pluralismo e a construção de acordos baseados na tolerância e na justiça social. A participação é um traço fundamental.

¹³ ZAMBAM, Neuro José. **Introdução à teoria da justiça de John Rawls**. p. 134.

A análise do contexto social contemporâneo evidencia o pluralismo como sua marca evidente, especificamente étnica e cultural. Os comitês de apoio, as ações de entre ajuda e a frequência sem exclusão nos espaços públicos é a representação simbólica de como acordos constitucionais e o debate público permanente geram consensos cotidianos e, possivelmente, duradouros.

O consenso no Estado Democrático de Direito é trazido como um ideal universal a partir de outros consensos. Rawls expôs esse dinamismo entre o ideal de um consenso coletivo e profundo e a necessidade de acordos com menos impacto para legitimar e fomentar ideais de maior repercussão¹⁴. O que afirma é a necessidade de, na Democracia Representativa, é a necessidade de as pessoas e os grupos, étnicos ou não, exercerem os seus direitos de manifestação, expressão e participação ativa. A expressão pública permite o conhecimento das necessidades, a exposição dos objetivos e a estruturação de consensos.

O enfoque a partir da formação cultural clama pela questão relacionada a saber se os consensos entre minorias ou entre grupos menores é mais fácil de ser construído e duradouro do que um consenso social mais amplo. A estabilidade social e, especificamente entre grupos, supõe e exercício do debate público, o conhecimento dos interesses e a negociação permanente. A atuação dos líderes é essencial nesse processo. O tema sobre a importância do debate público volta à baila nesse contexto uma vez que quanto mais amplo ou universal for o alcance dos temas e a participação dos cidadãos, maior será a legitimidade e as condições para a sua concretização.

A missão do representante político é ter a capacidade de congregar e aproximar os pontos em comum

¹⁴ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah Abreu de Azevedo. São Paulo: Atica, 2000, p. 179.

e efetuar o discurso em nome da coletividade que na sua atuação e na sua função depositam a sua confiança, seja por meio do voto, seja acordos de delegação.

As deficiências verificadas no Brasil podem ser consequência de dois aspectos. Primeiro, a contínua interrupção do processo político por golpes de Estado ou intervenções casuísticas. Segundo, porque o sistema democrático brasileiro é jovem. Eleita como sistema do país na Constituição Federal de 1988, a democracia traz consigo a necessidade de ser aplicada, aprimorada e adotada como a razão política dos cidadãos.

A avaliação do seu alcance e da sua vitalidade supõe uma análise quantitativa e qualitativa em vista da sua implementação. A análise qualitativa contempla o sentido da assídua e progressiva autoafirmação da democracia, sustentada pelos seus princípios, como a liberdade, a igualdade e a justiça. A análise quantitativa retrata, especificamente, a densa área demográfica que inclui um vasto território e a grande população composta por diversidade cultural que é acolhida pelo sistema político.

A implementação da democracia é um processo lento, que necessita da conscientização e da participação do cidadão como sujeito de direitos sujeitos e deveres, necessitando da ação em grupo, da representação política, da utilização de um ordenamento jurídico eficiente, entre outros instrumentos de caráter universal, tanto para os grupos mais numerosos quanto aos grupos com menor representatividade.

O direito de expressar livremente a sua cultura trouxe uma situação importante ao Estado Democrático de Direito, isto é, o fato de reconhecer a existência de uma universalidade de culturas. Muitos grupos mantêm suas identidades enraizadas e, apesar de muitas vezes diluir sua cultura no grande grupo social, mantêm as tradições e concepções indenitárias. As minorias podem ser exemplificadas por grupos étnicos como índios, ciganos,

estrangeiros etc. que representam aglomerados menores mas que precisam exercer de autoafirmação como um grupo social e, para isso, é fundamental representação a fim de que seus direitos sejam garantidos.

Os grupos se formam em meio ao Estado Democrático de Direito de acordo com a necessidade de existir. A necessidade de buscar direitos, gera a formação de grupos que precisam expor suas demandas ao debate público e garantir sua representatividade, para que os seus interesses integrem o imaginário e as preocupações da sociedade. Essa é a beleza da arquitetura de uma democracia, isto é, os grupos menores têm o direito de se expressar e se representar e estabelecem com os demais, mesmo aqueles com maior número ou condições de representatividade, as condições de igualdade equitativa.

A realidade do consenso social na democracia representativa é a incessante disputa de interesses internos e as influências externas que, quando desorganizados ou dominados pelo autointeresse, são prejudiciais à estabilidade do consenso. Por exemplo, os interesses da mídia relacionados à qualidade da informação e a inexistência do debate público que contemple a pluralidade. A compreensão dessa dificuldade exige a admissão do conflito como real e inegável em todas as sociedades e a necessidade de um consenso social estabilizador.

A incapacidade de perceber essas disputas acarreta as deficiências quanto à construção de consensos estabilizadores e a escolha de líderes com as capacidades necessárias de negociação ou exercício do poder. O esclarecimento das condições para o consenso e a representatividade de interesses denta o caminho da qualidade da democracia. A reflexão que conduz ao consenso premia a pluralidade e sanciona a unidade na diversidade. Nesse diapasão se pode afirmar: “Por isso, uma norma de direito (bem como uma sua concretização para um caso específico) é boa (i) se se baseia num

conhecimento de qualidade da situação a regular; (ii) se se funda em consensos informados e refletidos; (iii) se corresponde à satisfação de expectativas gerais e, por isso, é consensual e estabilizadora[...]"¹⁵

As influências externas, quando ausentes do debate público, atuam de forma sorrateira e impedem o esclarecimento do público. As consequências passam a influenciar o comportamento moral das pessoas e a adulteração das decisões. O processo eleitoral, do ponto de vista simbólico, representa esse contexto que impede a justiça social. O voto, que tem valor sagrado na democracia, é sabotado diretamente ou por força do processo de alienação imposto por forças que dominam o mercado, instituições, meios de comunicação e setores privilegiados do Estado.

O descaso social e a predominância de interesses individuais podem resultar em situações que impedem a evolução das condições de justiça social. Os consensos e líderes oriundos de processos viciados ou manipulados perdem a sua legitimidade moral e as condições de atuação como representantes.

A igualdade democrática que se pretende não é aritmética porque o pluralismo não pode ser negado e a densidade política de uma sociedade precisa conjugar e orientar o conjunto de interesses e metas individuais, de grupos e aquelas coletivas. Os consensos têm dificuldade de obter um caráter universal e estabilizador plenos. A qualidade das informações é essencial nesse processo porque permite a publicidade de informações relevantes e de interesse social. O vigor de uma democracia está na sua capacidade de construir acordos que visem o bem comum, sem excluir a atuação individual ou impedir a ampla participação de todos.

¹⁵ HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p.137.

A democracia representativa, como é caso da realidade brasileira, dominada por forças externas, interesses corporativos, ausência de qualidade da informação e do exercício do debate público passa a ser um exercício rotineiro exercido a cada quatro anos. A evolução que contemple a concretização dos consensos precisa corrigir as distorções apontadas e ampliar exaustivamente as condições para o debate público.

O conhecimento do funcionamento do Estado e da realidade fomenta a formação de valores, a valorização das conquistas e a escolha de padrões políticos cada vez mais aprimorados. O consenso Constitucional amplamente aceito pela sociedade brasileira será cada vez mais concretizado quanto maiores as condições para o esclarecimento público dos direitos e deveres inerentes à constituição e a ampliação dos espaços e instrumentos de participação política.

3 OS CONSENSOS, O DEBATE PÚBLICO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O debate público é um dos núcleos insubstituíveis do Estado Democrático de Direito e sua grandeza se mostra imensurável pelo seu alcance, pela capacidade de esclarecimento e gerar metas comuns em torno das quais se congrega expressiva parcela da população. A evolução social e o amadurecimento político são obtidos pela interação das diferenças, o exercício da argumentação, a exposição das convicções e a capacidade de decisão de cada cidadão. Os consensos abarcam as diferenças e impulsionam o crescimento político de todos, sejam pessoas, sejam instituições.

O sentimento que vigora atualmente em diversas democracias no mundo, especificamente no Brasil, é controverso e marcado pela impotência de pessoas e líderes. A atuação social mais vigorosa que contém

apresentação de propostas e disputas em vista da implantação de propostas consequentes de ampla discussão, não tem condições de entusiasmar o conjunto da sociedade por causa da perda de sentido dos valores e princípios que tradicionalmente fundamentaram a democracia e a corrupção em inúmeras áreas da vida pública e privada.

A condição de sujeito de direitos tão cara à democracia dá lugar a um cidadão desanimado e sem metas de longo prazo. A alienação política ameaça os fundamentos do estado democrático de direito e os consensos, em vez de serem públicos, são construídos à distância da arena onde a população atua.

Segundo Zambam¹⁶, a participação efetiva da população é uma forma de integração social e a garantia do não retrocesso político. Os valores morais e políticos precisam vigorar e integrar de forma progressiva a razão pública da democracia¹⁷. Os acordos de maior ou menor repercussão precisam ser justificados a partir dessa dinâmica de convenções.

A evolução social é acompanhada as mudanças que ocorrem no interior das sociedades, por isso, novos valores, novas instituições e formas de atuação, organização e

¹⁶ ZAMBAM, Neuro José. **Introdução à teoria da justiça de John Rawls**. p.149.

¹⁷ “A identidade de uma sociedade gerida pelas diretrizes consagradas pela tradição democrática está condensada na sua razão pública que, pelo seu enunciado, demanda a necessidade de adesão dos seus membros e o ordenamento das respectivas instituições sociais às suas diretrizes mais importantes. O fato do pluralismo e as dificuldades de conciliação demandam uma compreensão ampla de princípios e orientações para o ordenamento seguro. Na constituição está a essência das orientações e dos compromissos que uma comunidade aceita e a eles adere de tal forma que caracteriza o seu agir social, orienta as tomadas de decisão mais importantes e a eleição das prioridades da sua organização social”. ZAMBAM, Neuro José. **Introdução à teoria da justiça de John Rawls**. p.149.

formatação de acordos e consensos são necessários. O acesso universal às tecnologias da informação e o alcance com igual dimensão dos demais meios de comunicação social precisam oferecer às democracias contemporâneas ampla capacidade de atualização.

O consenso social, orientado pela razão pública democrática, é consequência do amplo debate público que compreende a exposição de interesses e propostas executáveis. O fortalecimento do estado democrático de direito necessita desse dinamismo marcado pelos conflitos e pelo exercício constante da negociação política. O debate público tem a característica de romper as falsas informações e preconceitos sobre determinados temas e prevenir outras ameaças à estabilidade democrática. Uma postura política com essas características evita que o consenso seja viciado e vinculado a orientações desconexas ou distantes dos valores sociais.

Os consensos devem ser o resultado da inserção da população, especificamente dos líderes, no espaço público destinado para debates da sociedade. A evolução política possibilita que as convicções obtenham alargado espaço de expressão e alcancem o consenso constitucional, conforme se pode sublinhar:

No caso de uma democracia constitucional, um dos seus fins mais importantes consiste em oferecer uma concepção política da justiça que não se contente com fornecer um fundamento à justificação das instituições políticas e sociais sobre o qual a opinião pública deva ficar de acordo, mas que contribui também para garantir a sua estabilidade de uma geração a outra¹⁸.

O fato do pluralismo que caracteriza as sociedades democráticas supõe a capacidade de exercer o diálogo e a

¹⁸ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. p. 246.

negociação em vista de acordos e consensos cada vez mais profundos e dinâmicos. O exercício da participação pública solidifica valores morais, princípios jurídicos e contribui eficazmente para o conhecimento da arquitetura jurídica. A convivência social estável e madura obtém respeito público e limites de atuação em vista do bem de todos.

A estruturação democrática depende da participação ativa da população, sendo a educação um elemento fundamental para que a sociedade tenha condições de se reinventar e reorganizar, mantendo sempre os valores e princípios da democracia. A educação visa o atual período, mas também as gerações futuras que precisam compreender o sentido dos eventos históricos e a responsabilidade de atualizar o sistema político, assim como, gerarem novas formas de consensos e acordos.

A proximidade da população e do espaço público precisa antecipar o sentimento de pertença às decisões tomadas pelos líderes, especificamente os governantes. A hierarquia na democracia não deve distanciar o cidadão de quem os governa, mas sim aumentar a proximidade por meio dos recursos disponíveis, especificamente os meios tecnológicos e de comunicação social e a transparência administrativa. As soluções de problemas imediatos precisam ser acompanhadas de ações de longo prazo.

O debate público é um exercício que deve ser usado permanentemente o exercício da democracia representativa, em vista da geração de líderes cada vez mais integrados, de fomentar a informação dos eventos que mobilizam os interesses sociais, o fortalecimento da participação e a valorização da própria representação.

O Estado Democrático de Direito permite, por meio da representação, a escuta dos diferentes grupos que compõem uma sociedade. O critério de maioria consagrado na tradição democrática não impede que as minorias expressem a sua vontade e sejam contempladas como sujeitos de direitos ativos.

As democracias precisam desenvolver com cada vez mais equidade meio de representação e construção de acordos universais que evitem a exclusão e fomentem a participação efetiva de todos. Os princípios de justiça democráticos, especialmente, a igualdade, liberdade e cooperação orientam esse dinamismo social. O papel do princípio é imprescindível, pois colabora para a formação de consensos universais e estabilizadores em meio às divergências próprias da democracia.

CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito cuja aceitação é uma das grandes conquistas da humanidade é formado pela diversidade de concepções de mundo, pela pluralidade de culturas e inúmeros interesses convergentes e por vezes divergentes. Esse dinamismo influencia, dificulta e, por vezes, impede a construção de acordos e consensos que buscam as condições de justiça social, acordos sobre temas específicos e a construção de políticas de longo prazo que influenciam a vida social.

A tensão entre minorias e maiorias gera o necessário tensionamento social e, se não for bem orientada, pode ter como consequência a imposição de interesse unilaterais ou mesmo a exclusão de pessoas e grupos. A integração e o desenvolvimento da capacidade de negociação política é mais vantajosa do que a disputa pela prevalência da interesses de uma parte sobre outra. Um amplo sistema de cooperação implica a presença ativa de todos. A ausência de uma ou mais partes empobrece a política e a democracia, tanto o debate público quanto as formas de representação. O império deve ser da pluralidade e não da vontade individual.

A exposição social da vontade e dos interesses por meio da ênfase ao debate público visa a conscientização dos cidadãos de forma progressiva como membros ativos

da sociedade e construir novas referências para o agir e a participação social. O ideal de atuação social de cada pessoa é a formação de uma coletividade participativa capaz de romper com o individualismo e a exclusão. A democracia ser representativa dever ser participativa e ter caráter estabilizador da democracia.

O amadurecimento político de cidadão ocorre quando, na condição de sujeito de direitos, perceber e exercer o seu papel social como sujeito ativo. O crescimento da sua atuação contribui para a evolução social, a construção de acordos e consensos, assim como, previne os retrocessos políticos. A atuação ativa aproxima o cidadão dos seus líderes, fomenta a integração social, gera novos líderes, aprimora os valores e incentiva a interação entre governantes e a população.

O debate público no estado democrático de direito é uma ferramenta saneadora, eficaz e criadora de consensos estabilizadores para o conjunto da sociedade. A argumentação pública e o diálogo social criam novos consensos sociais capazes de garantir o caráter estabilizador da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm acesso em: 15 de outubro de 2015.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e Emprego,** Notícias. Brasília: 2015. Disponível em: <http://www.mtps.gov.br/noticias-mte/1300-governo-brasileiro-garante-direitos-para-imigrantes-haitianos>

HESPANHA, Antônio Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

PIRES, ZAMBAM, Cecília Maria, Neuro José. O reconhecimento moral e a democracia. **Revista dos Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, (RS), v. 6, n. 3, 2014. Disponível em:
<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.63.03/4421>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

POUTIGNAT, Philippe. **Teorias da etnicidade**: seguido de grupos étnicos e suas fronteiras. Tradução Elcio Fernandes. 2. ed. São Paulo: Editora da UNESP, 2011.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Tradução Irene A. Paternot: seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução: Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. Tradução: Joana Angélica de Avilla Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ZAMBAM, Neuro José. A democracia contemporânea: entre a cruz e a espada. In. TRINDADE, André K.; ESPÍNDOLA, Ângela A. S.; BOFF, Saltete O. (ORGs.). **Direito democracia e sustentabilidade**. Anuário do Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* em Direito da Faculdade Meridional. Passo Fundo: IMED, 2014.

ZAMBAM, Neuro José. **Introdução à teoria da justiça de John Rawls**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2015.

SEGURANÇA JURÍDICA EM TEMPOS DE PLURALISMO JURÍDICO

*Luciano de Araujo Migliavacca**

*Luthyana Demarchi de Oliveira***

INTRODUÇÃO

Dentro de um contexto de globalização, onde os limites territoriais, em termos de soberania, desaparecem surge o questionamento acerca da prevalência da soberania do Estado em face de um crescente pluralismo jurídico. A segurança jurídica decorrente do grau de estabilidade e confiabilidade das normas encontra obstáculo pela incorporação de direitos decorrentes do pluralismo jurídico.

Busca-se, assim, estabelecer, ainda que de forma breve, os diversos caracteres da segurança jurídica como certeza, verdade, valor, direito fundamental, princípio, subprincípio, sobreprincípio, a fim de proceder a uma análise acerca do instituto na sua completude, para então estabelecer a relação com a noção de pluralismo jurídico, o qual, igualmente, assume uma variedade conceitual.

* Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - DINTER UNESA /IMED, em Direito Público e Evolução Social, vinculado à linha de pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Mestre em Direito - UNISC. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Tributário – UPF. Professor de Direito Processual Civil - IMED. Advogado. E-mail: lucmig@imed.edu.br.

** Mestre em Direito - UNISC. Pós-graduada *lato sensu* em Direito Civil - IMED. Pós-graduada *lato sensu* em Direitos Humanos - IFIBE. Professora de Direito - IMED. Mediadora Judicial. Advogada. E-mail: luthyana.oliveira@imed.edu.br

Para tanto, a pesquisa tem como método de abordagem o hipotético-dedutivo e técnica de pesquisa a revisão bibliográfica. Nesse contexto, analisa-se, assim, a relação entre a segurança jurídica e o pluralismo jurídico e a invocação de direitos, sobretudo fundamentais, dentro de um ordenamento jurídico com matizes plurais.

1 SEGURANÇA JURÍDICA: DEFINIÇÃO SOB UM ENFOQUE FILOSÓFICO-JURÍDICO

A segurança jurídica, apesar de representar tema de extrema relevância e fundante para o ordenamento jurídico, não encontra no ordenamento jurídico brasileiro uma definição explícita acerca dos seus caracteres de modo que se possa invocá-la de modo efetivo quando necessário.

Radbruch identifica a segurança jurídica, ao lado do bem comum e a justiça. Como um aspecto essencial do Direito, reconhecendo-a como valor que o direito deve seguir: “Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada”¹.

Nesse contexto, revela-se necessário, para uma crítica consistente em relação ao debate no tocante ao pluralismo jurídico, que se proceda a uma análise acerca da definição de segurança jurídica com um enfoque filosófico-jurídico, sendo questão fundamental tanto na Teoria quanto na Filosofia do Direito.

¹ RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos de filosofia do direito**. In: Filosofia do Direito. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974, p.417.

Cabe à doutrina o papel de definir “segurança jurídica”, o que, segundo Ávila², vem sendo feito de forma parcial e vaga, sem uma análise aprofundada de todas as suas faces, reduzindo o conceito a apenas alguns de seus elementos. Borges, ao corroborar essa ideia, destaca o problema conceitual acerca da segurança jurídica, o qual entende como de difícil solução considerando que o

[...] sistema constitucional é um elenco de garantias, direitos, prerrogativas relacionadas com a segurança jurídica, e o princípio da segurança jurídica permeia o sistema todo, informando as normas constitucionais que normalmente são indicadas pela doutrina como normas relativas à segurança jurídica. Pois bem: o grau de indeterminação da segurança jurídica é precisamente decorrente da sua generalidade. Quanto mais geral é o âmbito de validade das normas, princípios e normas, menos determinação conceitual elas têm. Seja onde for que se examine a Constituição Federal, ali onde parar a nossa análise, a nossa atenção, a nossa meditação, estará presente o princípio da segurança jurídica. Tudo é um sistema de garantias relacionado com a segurança jurídica³.

Reconhece-se, assim, uma variedade conceitual, inclusive no direito comparado, havendo inúmeras definições que pecam exatamente pela sua superficialidade ou a associação aos caracteres identificadores do instituto – apesar de não se confundir com os mesmos.

² ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012, p.73.

³ BORGES, Jorge Souto Maior. **A concorrência entre os sistemas tributários do ponto de vista da segurança jurídica e da proteção da confiança**. In: revista Internacional de Direito Tributário. p. 77-78. jul./dez 2005, p.75.

Cite-se, aqui, a referência feita por Mendes indicando a polêmica afirmando que representa grande desafio conciliar a “segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito” e “a possibilidade e necessidade de mudança”⁴. Apesar de suscitar tal importância, não estabelece um conceito de segurança jurídica, apenas abordando na sequência de sua obra os instrumentos de sua concretização: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Nesse ponto, tem-se que o cidadão deve nortear sua conduta a partir do conhecimento de elementos que conhece e os legitima através da figura do Estado. Canotilho⁵ ressalta que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida”, razão pela qual estabelece que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do estado de Direito. Prossegue o autor afirmando que

a segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos de actos dos poderes públicos⁶.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Tonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2012, p. 403.

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.257.

Dada a variedade na definição, pode a segurança jurídica ser abordada em seus diferentes aspectos como certeza, como verdade ou como valor como faz Souza⁷. Ou ainda, considerando ser a segurança jurídica multifacetada – possuindo poliédricas facetas, pode a mesma se manifestar “de acordo com o ponto de vista que se adote, como um princípio, um subprincípio, um sobreprincípio, um valor, uma regra concretizadora, um direito subjetivo reflexo ou um fato, além de ter uma dimensão estática e uma dimensão dinâmica”⁸.

No tocante à segurança jurídica como certeza, estabelece a relação em seu aspecto objetivo comparativamente à lei com fator objetivo visto que representa fato material concreto (lei escrita) consubstanciando-se a segurança em um a priori jurídico para os cidadãos, que confere a ideia de certeza subjetiva através da “confiança do cidadão nas leis, que lhe permitem agir eticamente, adotando condutas razoáveis e previsíveis, de que seu agir é ‘direito’ e não ‘torto’, de que suas atuações em sociedade não poderão sofrer sanções”⁹.

Certeza assume dois significados fundamentais: o primeiro diz respeito à “garantia objetiva racional, que um

⁷ SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.09.

⁸ LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. 2013. 243 f. Dissertação de Mestrado – **Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, UnB**, 2013. Disponível em:<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf>. Acesso em 20 out. 2013, p. 58.

⁹ SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.10.

conhecimento oferece de sua verdade, é o conhecimento pelo objeto, em que a garantia está ligada à segurança”¹⁰; o segundo é o de “segurança subjetiva da verdade de um conhecimento; quando o conhecimento se dá em nós e nos apropriamos de uma verdade, adquirimos uma Segurança subjetiva”. Conclui Souza que os dois conceitos – segurança e certeza – não se contradizem, mas se compenetraram¹¹. Reale reconhece a relação intrínseca e indissociável entre certeza e segurança:

[...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta”¹².

Distingue o referido autor, entretanto, o sentimento de segurança, o qual define como “o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias, e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais capazes de fazer

¹⁰ No inglês o termo adequado é *certainty*. SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.12.

¹¹ SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.12-13.

¹² REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.86

gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia”¹³.

Como certeza é um tema eminentemente filosófico, necessária uma incursão, ainda que breve, com viés filosófico acerca do tema, trazendo-se a lição de Kant, ao estruturar que "O conhecimento sistemático, a ciência dos objetos da experiência, fornece-nos um modelo de certeza; a filosofia crítica marca os limites do que podemos saber e a estimar razoavelmente o que nos é permitido esperar"¹⁴. Heidegger, por sua vez, relaciona a ideia de certeza com verdade, devendo haver a adequação correta entre juízo e coisa, sendo derivada do fenômeno de descobrimento do ser¹⁵.

Souza¹⁶ define certeza como a “adesão firme da mente a um enunciável evidente”, apontando o ponto de vista negativo de que a certeza exclui o medo de errar e do ponto positivo exclui a dúvida, classificando-a em diversos tipos: certeza necessária (que não sofre o influxo da vontade); certeza livre (corresponde ao influxo da vontade em auxílio da inteligência); certeza natural (quando se conhecem os motivos que excluem o medo de errar, situa-se no plano da espontaneidade intelectual); certeza científica (é o conhecimento explícito e distinto dos motivos e responde diretamente às dificuldades contrárias à certeza); certeza metafísica (tem por motivo a necessidade

¹³ REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p.86.

¹⁴ *Apud* SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.634.

¹⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009, p.289.

¹⁶ SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.30-39.

absoluta transcendental, superior a tudo, com exclusão de qualquer contraditório); certeza física (a determinação a algum modo de agir, advindo da natureza física das coisas segundo as leis físicas); certeza moral (tem como fundamento o modo humano de agir); e certeza jurídica (tem por motivo a necessidade que os homens tem de leis para se governarem, fundada nas inclinações primárias da natureza social do homem).

Outro aspecto indicativo da segurança jurídica encontra na verdade elemento definidor, tendo igualmente na Filosofia inúmeros conceitos, igualmente apontados por Souza: a) como correspondência ou relação (parafraçando Platão, “verdadeiro é o discurso que diz as coisas como são, falso o que diz como não são”); b) como revelação ou manifestação (se apresenta de duas formas; empírica, que se manifesta diretamente ao homem – é uma sensação, intuição ou fenômeno), e metafísica, que se revela por modos de conhecimentos especiais); c) conformidade a uma regra (aqui se tem a correspondência a uma regra ou a um conceito¹⁷); d) coerência (o contraditório não pode ser real, portanto a realidade ou a verdade é a coerência perfeita), e e) utilidade (uma proposição somente é verdadeira por sua efetiva utilidade)¹⁸.

Assume, também, a segurança jurídica o caráter de valor, tal como explicitado no Preâmbulo da Constituição

¹⁷ De acordo com Souza em análise à obra *Crítica da Razão Pura*, referente que em se tratando do conceito da conformidade, Kant foi o filósofo mais influente; tendo utilizado a noção de *conformidade* como *critério* da própria verdade. Não é definição da verdade, mas conceito da própria verdade, porque como nominalista sua definição é de correspondência. In: SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.43-53

¹⁸ SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.43-53.

Federal, compreendendo-a como a) valor meio, para garantir sua própria consistência como sistema normativo, para seus destinatários e operadores jurídicos; b) valor necessário, para a atuação dos valores que o ordenamento jurídico pretenda realizar, em maior ou menor grau; c) valor adjetivo, como a mais valia acerca da previsibilidade de outras normas ou demais valores¹⁹.

Como valor, tem a segurança jurídica previsão no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988²⁰ assim como no artigo 5º do referido diploma, sendo, ao lado da liberdade e da igualdade “fundamentos principais da Carta Constitucional”²¹. Denotam-se, aqui, dois caracteres em que se pode evidenciar a segurança jurídica: como valor e como direito fundamental.

Nesse ponto, Sarlet afirma que a ideia de segurança jurídica encontra-se arraigada na ideia de Estado de Direito de modo que nesse ponto a doutrina, sem maior controvérsia, “tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”²². A segurança jurídica como valor /

¹⁹ SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.73.

²⁰ "um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a Segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias"

²¹ SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.13.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos**

princípio resta igualmente identificada por Perez Luño, em referência à Constituição Espanhola:

*Nuestro sistema constitucional se hace eco de esa subjetivización de la seguridad jurídica. Por eso, tras consagrar su reconocimiento como valor (Preámbulo) y como principio informador del ordenamiento jurídico (art. 9.3), la consagra como um aspecto integrador, garantía de inmunidad, del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1). Asimismo, nuestra Ley de leyes invoca expresamente a la seguridad como fin específico del compromiso de tutela de los consumidores y usuarios, a través de procedimientos eficaces, que incumbe a los poderes públicos (art. 51.1)*²³.

Ressalta-se, ainda, a relevância do tema pela necessária vinculação com a ideia de Justiça:

O tema da Segurança Jurídica sempre foi objeto de estudo da doutrina, mas nos tempos de crise, a instabilidade das instituições e das relações humanas exige novas reflexões para encontrarmos fórmulas diretas de Justiça que restabeleça o equilíbrio social. Segurança e Justiça, à sua vez, são valores que se completam e se fundamentam reciprocamente: não há Justiça materialmente eficaz se não for "assegurado" aos cidadãos, concretamente, o direito de ser reconhecido a "cada

fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. P.319-370. In: Revista latino-Americana de Estudos Constitucionais. Número 6 – Julho/dezembro de 2005, p.325.

²³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Seguridad jurídica y sistema cautelar.** Doxa: Publicaciones periódicas, Alicante, n. 7, p.327-349, 1990. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79193887514803117754491/cuaderno7/doxa7_12.pdf>. Acesso em: 25 out. 2013, p.334.

um o que é seu", aquilo que, por ser justo, lhe compete²⁴.

A partir do que foi abordado, reconhece-se no conceito formulado por Ávila a contemplação dos itens relacionados anteriormente, tomando-se, por conseguinte como satisfatório para a compreensão da segurança jurídica:

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma 'norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro²⁵.

Tem-se, assim, que a segurança jurídica não pode ser concebida apenas por um de seus elementos ou um de seus instrumentos realizadores (coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido), mas, sim como um conceito complexo e multifacetado. Recorre-se, mais uma

²⁴ SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência**: um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ed. Ltr, 1996, p.14.

²⁵ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2012, p.628.

vez aqui, a ideia de Radbruch²⁶ – referida anteriormente – segundo a qual a segurança jurídica, apesar de fundante como elemento do Direito, não deve ser almejada acima de outros valores como bom senso e justiça.

2 O PLURALISMO JURÍDICO: APORTE CONTEXTUAL

Reiteradamente, o direito é concebido como o conjunto de normas advindas do Estado, como uma forma de regulação social. É o Estado, portanto, que legitimava o Direito. Nesse sentido, o Estado ditava as normas jurídicas, estipulando inclusive suas fontes (doutrina, jurisprudência, costumes, etc;) e, eventualmente, poderia aceitar outras fontes, que necessariamente, deveria ser reconhecida pelo ente estatal. Para Hespanha, “o direito do Estado era todo o direito ou, pelo menos, dispunha, de forma absoluta, sobre o que era direito. Isto porque o Estado era tido como sendo a única entidade com legitimidade para dizer o direito”²⁷.

No entanto, a partir do século XVIII, essa afirmação mudou, sendo que essa legitimidade dos Estados para impor normas passou a ser resultado da própria vontade dos cidadãos, expressa pelos órgãos estaduais que os representavam como o parlamento que fazia a lei e dizia o direito. Nesse sentido, o poder normativo de cada Estado era restrito à Nação que ele representava, fora do direito dos Estados-Nação apenas existia aquele que eles

²⁶ RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos de filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1974, p. 415-418.

²⁷ HESPANHA, António Manuel. **Irá a Legitimação Democrática do Direito desaparecer do Modelo do Estado Constitucional?**. *Iusgentium*, v.12, n.6 - jul/dez 2015. Disponível em: <

<http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/195/pdf>>. Acesso em 20 jan.2016, p.08.

estabelecessem uns com os outros, ou seja, o direito internacional²⁸. Para Wolkmer:

Frente ao aparecimento de novas formas de dominação, de colonialismo e de exclusão produzidas pela globalização e pelo neoliberalismo que afetaram substancialmente práticas sociais, formas de representação e de legitimação, impõe-se repensar a capacidade de resistência e de articulação da sociedade civil, o retorno dos sujeitos históricos e a produção da juridicidade a partir do viés criativo da pluralidade de fontes normativas. Certamente que a constituição de uma cultura jurídica pluralista e democrática, fundada nos valores do poder social compartilhado está necessariamente vinculada aos critérios de uma nova legitimidade. A força dessa eficácia passa, antes de tudo, pela capacidade de luta e de criação dos atores políticos envolvidos e pela satisfação de suas necessidades e reivindicações²⁹.

Assim, nos tempos atuais, o Estado não é mais o único produtor do direito, tendo a sociedade como fonte propulsora na produção de normas. Por isso, à unidade do Estado contrapõe-se a dispersão de centros de poder normativo; às Nações, distintas e isoladas, contrapõe-se a “sociedade global” de todas as nações, ultrapassando as fronteiras dos Estados; à unidade de cada um dos vários

²⁸ HESPANHA, António Manuel. **Irá a Legitimação Democrática do Direito desaparecer do Modelo do Estado Constitucional?**. *Iusgentium*, v.12, n.6 - jul/dez 2015. Disponível em: <

<http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/195/pdf>>. Acesso em 20 jan.2016, p.08.

²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos**. *Revista Seqüência*, no 104 54, p. 95-106, jul. 2007, p.95.

dos direitos, contrapõem-se direitos com diversos centros autônomos produtores de normas, desprovidos de coerência, sobrepostos, combinando normas de validade apenas local com outras que valem a um nível translocal, global³⁰.

Portanto, o direito, na pós-modernidade, é confuso e complexo. Ao mesmo tempo que permanece com suas fontes produtivas tradicionais, aceita outras formas de produção das normas. Vive-se, assim, uma transição de paradigma. Para Santos, o direito vive uma transição paradigmática que se caracteriza pelas contradições internas do paradigma dominante que não podem ser geridas por meio de mecanismos de gestão de conflitos – o direito moderno – e de ajustamento estrutural desenvolvidos pelo paradigma em questão. Nesse sentido, “a transição atual não é apenas (ou não tanto) uma transição entre modos de produção estreitamente definidos, mas entre formas de sociabilidade no sentido mais lato, incluindo as dimensões econômica, social, política e cultural”³¹

Nesse contexto, o pluralismo 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”³².

³⁰ HESPANHA, António Manuel. Irá a Legitimação Democrática do Direito desaparecer do Modelo do Estado Constitucional?. *Iusgentium*, v.12, n.6 - jul/dez 2015. Disponível em: <

<http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/195/pdf>>. Acesso em 20 jan.2016, p.08.

³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2001, p.168.

³² WOLKER, A. C. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito**. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p.171-172.

Para Wolkmer, o Pluralismo “engloba fenômenos espaciais e temporais com múltiplos campos de produção e de aplicação, os quais compreendem, além dos aportes filosóficos, sociológicos, políticos ou culturais, uma formulação teórica e prática de pluralidade no Direito”³³. Por isso, o Pluralismo demonstra que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o Direito, abrindo caminho para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, ou seja, “emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários”³⁴.

Para tanto, observa-se que o Pluralismo jurídico pode vir “desde cima”, significando o transnacional e o globalizado ou “desde abaixo”, das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais, apresentando, neste último aspecto a pluralidade e a emancipação. Segundo Hespanha “o pluralismo normativo é assim, um facto, antes mesmo de ser um ideal ou um perigo, ele já existe e já é reconhecido como o atual modelo de manifestação do Direito. Isto obriga a repensar tradicionais formas de identificar (ou circunscrever) o direito”³⁵. Nas palavras de Wolkmer:

³³ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. **Revista dos Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst.** - Curitiba: ABDConst, 2011. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf> . Acesso em 21 jan.2016, p.143.

³⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e Crítica do Constitucionalismo na América Latina. **Revista dos Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst.** p.143.

³⁵ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático.** São Paulo: Annablume, 2013, p.63.

Trata-se de extrair a constituição da normatividade não apenas mais e apenas das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia dos interesses do todo comunitário, num *locus* político, independente dos rituais formais de institucionalização³⁶.

Para Lyra Filho³⁷, o direito não serve como um fato dado à sociedade, algo já que está posto dogmaticamente. Para esta teoria, o “devido processo legal”, tão louvado pelo poder estatal, só deve ser respeitado e acatado na medida em que não se constitui num fim em si mesmo, servindo assim como barreira formal e material ao devido processo social. A dogmatização seria nociva, acabando por separar o direito da sociedade e transformando a regulação em um obstáculo à emancipação, fato que descaracteriza totalmente este, enquanto fenômeno social³⁸. De forma análoga seria a aplicação da segurança jurídica à luz do pluralismo.

Nesse sentido, se faz necessária a aproximação e integração das normas e princípios ao pluralismo, visualizando um novo Estado de Direito. Para tanto, essas normas devem reafirmar o Pluralismo como um dos

³⁶ WOLKER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p.129.

³⁷ LYRA FILHO, Roberto. “Normas Jurídicas e outras normas sociais”. In: SOUSA JR, José Geraldo de (org.) **O Direito Achado na Rua**: introdução Crítica ao Direito. 4. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993, p.59.

³⁸ LYRA FILHO, Roberto. “Normas Jurídicas e outras normas sociais”. In: SOUSA JR, José Geraldo de (org.) **O Direito Achado na Rua**: introdução Crítica ao Direito. p. 59.

princípios basilares, prevendo não só um modelo de Estado Pluridimensional, mas, sobretudo, como projeto para uma sociedade intercultural.

Nesse caso, observa-se que o Pluralismo não possui uma previsão legal expressa. No entanto, pelo Preâmbulo da Carta Constitucional de 1988, percebe-se estar ele dentre vários valores para sociedade, criando-o como fundamento não só para o ordenamento jurídico brasileiro, mas para toda a ordem social. Dessa forma, o Preâmbulo serve como ponto norteador de uma sociedade pluralista, caracterizando a garantia de respeito às culturas diversas, bem como aos sujeitos de direitos e a justiça.

Para tanto, Hespánha³⁹ reitera a preocupação em manter viva a legitimação democrática do direito que é explicada pelos princípios da legalidade e do primado (ou da função dirigente) da Constituição. Para o autor, “a centralidade da Constituição e das leis não é um fetiche da técnica jurídica, mas antes a tradução de um princípio jurídico crucial - o da centralidade da soberania do povo”⁴⁰.

Consequentemente, dentro de um contexto de pluralismo jurídico, estes princípios, seja do devido processo legal ou da segurança jurídica, têm que ser re-elaborados, de forma a abrangerem um direito que tem, não a estrutura de uma pirâmide cujo topo é a constituição e as leis, mas antes a estrutura de uma rede, em que constituição e leis ocupam posições não necessariamente hegemônicas em relação a fontes não estatais de direito. Por isso, a “re-elaboração do princípio da democraticidade do direito supõe um exame das várias fontes de direito, no sentido de saber se elas correspondem a constelações

³⁹ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. p. 121.

⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. p.121.

normativas recebidas na comunidade por via de consensos justos (fair, adequados) e suficientemente inclusivos”⁴¹.

Neste contexto de processos complexos e espaços fragmentados, necessária se faz a readaptação da tradição jurídica individual e patrimonialista para uma direção normativa de tipo pluralista, democrática e interdisciplinar. É a promoção de um espaço participativo e solidário, capaz de legitimar fontes alternativas de produção de paradigmas jurídicos como expressão direta da vida humana com dignidade.

CONCLUSÃO

Na pós-modernidade, o direito é confuso e complexo. Ao mesmo tempo que permanece com suas fontes produtivas tradicionais, aceita outras formas de produção das normas. Vive-se, assim, uma transição de paradigma. Observa-se que o Pluralismo jurídico pode vir “desde cima”, significando o transnacional e o globalizado ou “desde abaixo”, das práticas sociais emancipadoras e dos movimentos sociais, apresentando, neste último aspecto, a pluralidade e a emancipação.

Para tanto, o direito não serve como um fato dado à sociedade, algo já que está posto dogmaticamente, pois só deve ser respeitado e acatado na medida em que não se constitui num fim em si mesmo, servindo assim como barreira formal e material ao devido processo social. Nesse sentido, a dogmatização seria nociva, acabando por separar o direito da sociedade e transformando a regulação em um obstáculo à emancipação, fato que descaracteriza totalmente este, enquanto fenômeno social. De forma análoga seria a aplicação da segurança jurídica à luz do pluralismo.

⁴¹ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. p.138.

Tem-se, assim, que a segurança jurídica não pode ser concebida apenas por um de seus elementos ou um de seus instrumentos realizadores (coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido), mas, sim como um conceito complexo e multifacetado. Dessa forma, a segurança jurídica encontra-se como subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

Para tanto, esse Estado de Direito perpassa, necessariamente, pela re-elaboração do princípio da democraticidade do direito e de outros princípios a ele inerente, contemplando as várias fontes de direito e reiterando o fundamento de pluralismo, de justiça e de inclusão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BORGES, Jorge Souto Maior. **A concorrência entre os sistemas tributários do ponto de vista da segurança jurídica e da proteção da confiança**. In: revista Internacional de Direito Tributário. p. 77-78. jul./dez 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 4. Ed. Tradução: Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Irá a Legitimação Democrática do Direito desaparecer do Modelo do Estado Constitucional?**. Iusgentium, v.12, n.6 - jul/dez 2015. Disponível em: <
<http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/index.php>

/iusgentium/article/viewFile/195/pdf>. Acesso em 20 jan.2016

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito**. 2013. 243 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, UnB, 2013. Disponível em:<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf>. Acesso em 20 out. 2013.

LYRA FILHO, Roberto. “**Normas Jurídicas e outras normas sociais**”. In: SOUSA JR, José Geraldo de (org.) **O Direito Achado na Rua: Introdução Crítica ao Direito**. 4ª Ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Tonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2012, p.403.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Seguridad jurídica y sistema cautelar**. Doxa:

Publicaciones periódicas, Alicante, n. 7, p.327-349, 1990. Disponível em:<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79193887514803117754491/cuaderno7/doxa7_12.pdf> . Acesso em: 25 out. 2013.

RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos de filosofia do direito.**
In: Filosofia do Direito. Coimbra: Armênio Amado
Editor, 1974.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito.** 5. ed. São
Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:
contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez,
2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à
segurança jurídica: dignidade da pessoa humana,
direitos fundamentais e proibição de retrocesso social
no Direito Constitucional Brasileiro.** P.319-370. In:
Revista latino-Americana de Estudos Constitucionais.
Número 6 – Julho/dezembro de 2005.

SOUZA, Carlos Alberto Mota de. **Segurança jurídica e
jurisprudência, um enfoque filosófico-jurídico.** São
Paulo: Ed. Ltr, 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo, justiça e
legitimidade dos novos direitos.** Revista
Seqüência, no 104 54, p. 95-106, jul. 2007. p.95.

WOLKMER, A. C. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de
uma nova cultura do Direito.** São Paulo: Alfa Ômega,
2001.

INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA TÓPICA JURÍDICA

Janine Taís Homem Echevarria Borba¹
Neuro José Zambam²

1. INTRODUÇÃO

A Tópica Jurídica é o tema central deste artigo que se propõe a apresentar uma introdução ao estudo da Tópica. Tendo como objetivo principal apresentar aos leitores o que é a Tópica Jurídica, bem como responder alguns questionamentos como por exemplo qual é a origem da Tópica, quais os aspectos que os estudiosos levaram em consideração para buscarem na Tópica uma alternativa de interpretação para o Direito.

A introdução ao estudo da Tópica, não tem a pretensão de ser uma grande inovação, mas sim, busca situar o novel leitor nesta temática, o que significa dizer que

¹ Acadêmica do curso de Direito da Faculdade IMED e membro do grupo de estudos Multiculturalismo e pluralismo jurídico. E-mail: janinehomemborba@gmail.com

² Pós-doutor em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Doutor em Filosofia pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional – IMED – Mestrado. Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo/RS. Membro do Grupo de Trabalho, Ética e cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Pós-graduação em Filosofia). Pesquisador da Faculdade Meridional. Coordenador do Grupo de Pesquisa: Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade. Líder do Grupo de Pesquisa, Multiculturalismo e pluralismo jurídico. Líder do Centro Brasileiro de Pesquisa sobre a Teoria da Justiça de Amartya Sen: interfaces com direito, políticas de desenvolvimento e democracia. E-mail: neurojose@hotmail.com; nzambam@imed.edu.br.

o leitor não encontrará, neste momento, um confronto entre as diversas críticas que residem em torno da Tópica, buscar-se-á apresentar a proposta de jaz na Tópica.

O ponto de partida deste estudo, ou seja, os fundamentos teóricos se deram com base nos estudos do autor alemão Theodoro Viehwegh, sendo que este desenvolveu sua pesquisa a partir dos escritos do pensador Aristóteles mais precisamente os *Tópicos*, um dos livros que tratado chamado de *Órganon*.

A Tópica elaborada por Aristóteles será discutida inicialmente, logo na primeira parte, o que não significa, em nenhum momento, que o presente artigo pretende exaurir o conhecimento em torno da Tópica de Aristóteles, mas sim buscar-se-á uma introdução a esta teoria. O segundo assunto a ser discutido se refere a Tópica Jurídica propriamente dita, a temática será desenvolvida na perspectiva de Theodoro Viehwegh, com base na sua obra *Tópica e Jurisprudência*, destacando-se as questões mais pertinentes da Tópica Jurídica, bem como sua relação com o Pluralismo Jurídico na aplicação no âmbito jurídico.

A pesquisa tem como método de abordagem o crítico bibliográfico, com base no exame em livros e artigos. Buscar-se-á elaborar uma análise acerca da Tópica Jurídica e a sua possibilidade de aplicação no Direito como uma alternativa a interpretação usualmente praticada pelos operadores do Direito.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A TÓPICA EM ARISTÓTELES

A Tópica, propriamente dita, teve sua origem na Antiguidade, com os estudos de Aristóteles, na obra monumental intitulada de *Órganon*, o qual dedica oito livros para discorrer sobre a Tópica, estes livros compõe o tratado *Tópicos*. Embora a Tópica na concepção atual tenha

sido desenvolvida na antiguidade por Aristóteles, Nedel³ em seus estudos aponta que a Tópica tem suas raízes na antiguidade clássica pré-aristotélica, todavia foi o pensador estagirita quem lhe deu rigor teórico-sistemático e o devido aprofundamento filosófico⁴

Outro estudioso acerca da Tópica é o brasileiro Tércio Sampaio Jr. que em seus textos aponta que a tópica já existia antes do filósofo Aristóteles, uma vez que:

[...]o nome *tópica* vem de Aristóteles, mas o assunto já existia, e era um patrimônio intelectual da cultura mediterrânea antes dele, que apareceu em diferentes exercícios da retórica, com o nome de *euresis*, *inventio*, *ar inveniendi* etc. Como tal a tópica prevaleceu durante a Idade Média por meio das chamadas *artes liberales*, como parte essencial das três primeiras delas, que constituíam o *trivium* (Gramática, Retórica, Dialética), perdendo significado posteriormente, com a institucionalização e supremacia do *more geométrico* no conhecimento moderno.⁵

Aristóteles no início do Livro I esclarece que “o propósito deste tratado é descobrir um método que nos capacite a raciocinar, a partir de opiniões de aceitação

³ NEDEL, Antonio. **Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 204.

⁴ Conforme Nedel [...] se as raízes do raciocínio tópico-retórico já estavam presentes na antiguidade clássica pré-aristotélica, como um repositário mnemônico de técnicas utilizadas para efeito de oratória, sendo esta utilizada pelos sofistas na forma de clichês argumentativos, foi o estagirita quem pela primeira vez, lhe deu um tratamento de rigor teórico-sistemático e um aprofundamento filosófico.

⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 303.

geral”⁶, se traduz em um meio de buscar a solução para os casos concretos com base em opiniões geralmente aceitas, isto é, partindo do senso comum, desde que elas não seja contrária a opinião geral. Mendonça aponta que o Aristóteles estabeleceu quatro diferentes tipos de raciocínio, quais sejam:

o *demonstrativo* ou *apodítico* em que há uma relação dedutiva entre premissas, sendo verdadeira a premissa de que se parte; o *dialético*, exatamente aquele que parte de opiniões “geralmente aceitas” por todos ou pela maioria; o *erístico* ou *contencioso*, formado pelas opiniões tidas como geralmente aceitas, mas que efetivamente não o são, ou pelas opiniões sabidamente não aceitas de forma majoritária e, por fim, o *paralogístico* ou *falso raciocínio*, que parte de proposições que não são nem primeiras, nem verdadeiras e muito menos geralmente aceitas.⁷

Tendo como ponto de partida o pensamento fundado na solução de problemas foi que o pensador estagirita desenvolve a Tópica, esse termo, portanto tem origem na expressão grega *topos*, isto é, lugar comum. O termo *topos* está ligado a um instrumental argumentativo que permite a solução de problemas e a contraposição de teses, desde que essas premissas que fundamentam o

⁶ ARISTÓTELES. **Órganon: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofistas**. Traduzido por Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2ª ed., 2010, p. 347.

⁷ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 89.

instrumental sejam dotadas de credibilidade e expressem aceitação.⁸

Os *topoi*, enquanto ponto de vista que gozam de aceitação generalizada, podem contribuir, crítico-dialeticamente, para a resolução verdadeira dos mais variados tipos de problemas que decorrem da complexidade da vida humana em sociedade, o conjunto desses *topoi* formam os catálogos de *topoi* que passam a ser referência orientadora para a resolução de problemas.⁹ No tratado Tópicos, o pensador define os tipos de problemas como:

[...] *problemas do acidente* (Livro I e III), que são baseados em situações momentâneas, que podem sofrer alteração, sem alterar a essência de alguma coisa; *problemas do gênero* (Livro IV), que enfocam os elementos que fazem parte da essência da coisa, muito embora não sejam exclusivos dela, e que servem inclusive de referência para o agrupamento de coisas semelhantes; *problemas da propriedade* (Livro V), que retratam um predicado da coisa, que não indica a sua essência, mas a diferencia das demais; e *problemas da definição* (Livros VI e VII), que implicam a apresentação analítica dos traços fundamentais de alguma coisa por meio de uma frase. (MENDONÇA, 2003, p. 90-91)¹⁰

As soluções para esses problemas formam os catálogos de *topoi*, considerados um arcabouço de soluções consolidadas, que passa a servir de ponto de partida para a

⁸ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. Tópica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009, p. 826.

⁹ NEDEL, **Uma tópic jurídica: clareira para a emergência do Direito**, 2006, p. 210-211.

¹⁰ MENDONÇA, **A Tópica e os Supremo Tribunal Federal**, 2003, p. 90-91.

rresolução de problemas no futuro¹¹, de acordo com Mendonça a investigação de Aristóteles é desenvolvida a partir de “problemas e proposições”, sendo que os problemas são o ponto de partida dos raciocínios, enquanto que as proposições se formam com base nos argumentos utilizados na solução dos problemas.¹²

As proposições referidas podem ser compreendidas conforme o estudo de Nedel, qual seja,

Uma Proposição dialética identifica-se com a indagação que argumenta e questiona, em torno de alguma coisa admitida pela maioria, inclusive pelos filósofos e intelectuais mais eminentes, isto é, um ponto de vista que, defendido pelos filósofos não contrarie a opinião geral.¹³

O autor continua seu raciocínio destacando ainda que as proposições dialéticas são semelhantes àquelas geralmente aceitas, por outro lado, “a não existência prévia de opinião dominante sobre o assunto enseja a necessidade de confronto argumentativo para o estabelecimento das premissas que, lógico-dialeticamente consistirão a base que orientará a sua resolução”.¹⁴

Em Aristóteles, a Tópica encontra guarida em uma dimensão prática, uma vez que objetiva a solução dos problemas concretos.¹⁵ Desse modo a Tópica Jurídica tem

¹¹ MENDONÇA, A Tópica e o Supremo Tribunal Federal, 2003, p. 91.

¹² MENDONÇA, A Tópica e o Supremo Tribunal Federal, 2003, p.91.

¹³ NEDEL, Uma tópic jurídica: clareira para a emergência do Direito, 2006, p.208.

¹⁴ NEDEL, Uma tópic jurídica: clareira para a emergência do Direito, 2006, p.208.

¹⁵ NEDEL, Uma tópic jurídica: clareira para a emergência do Direito, 2006, p.208.

sua origem nos trabalhos desenvolvidos por Aristóteles, os quais ficaram ocultos por um período e somente no século XX é retomada, quando é redescoberta por Theodor Viehweg.

3. A TÓPICA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DE THEODOR VIEHWEG

O alemão Theodor Viehweg (1907-1988), nascido em Leipzig, foi filósofo do Direito, Professor Emérito da Universidade Gutenberg de Mainz, e além dessas atividades, também exerceu a atividade de juiz. Contudo ao final da II Guerra Mundial se encontrava desempregado. Com isso, estabeleceu-se em um pequeno povoado rural próximo de Munique, onde descobriu uma biblioteca intacta dando início nesse período a uma minuciosa pesquisa que ao final originou o livro *a Tópica e Jurisprudência*. O estudo dessa minuciosa pesquisa foi apresentado e publicado à Universidade de Munique em 1953¹⁶, obtendo o Título de livre-docente na referida universidade.

Viehweg foi um dos autores que após o período da II Guerra Mundial se dedicou na busca de novas formas de estudo do Direito, isto é, formas diferentes das concepções do positivismo jurídico do século XX e do normativismo Kelseniano¹⁷. A obra de Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, é considerada sua obra fundamental e um marco na história do pensamento jurídico, pois retoma o pensamento tópico da Antiguidade. A retomada do pensamento tópico representa uma nova forma de pensar para a Ciência

¹⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2011, p.457.

¹⁷ MENDONÇA, Paulo Roberto S. Theodor Viehweg. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário De Filosofia Do Direito**. Editora Unisinos. São Leopoldo: 2009, p. 841.

Jurídica¹⁸, uma vez que se encontrava restrita à análise do ordenamento jurídico e das relações existentes entre suas normas¹⁹.

O autor da *Tópica e Jurisprudência*, na realidade não fez nenhuma descoberta, na realidade Viehweg resgatou a Tópica de Aristóteles e propôs que ela é a forma adequada para o Direito ter êxito ao resolver suas questões, portanto propõe uma retomada do pensamento tópico no Direito, o qual foi perdido com a sistematização surgida na Era Moderna²⁰.

Nesta mesma senda, Roesler salienta, que

a novidade que aparece aqui é o resgate da tópica, peça modular da retórica antiga, que Viehweg busca em Aristóteles e em Cícero para pensar a estrutura da Jurisprudência e acompanhar seu desenvolvimento histórico desde os romanos até a civilística sua contemporânea. Esse instrumental legado pela cultura antiga, é atualizado pelas contribuições da lógica, de lingüística e da teoria da comunicação e dá fundamento ao seu trabalho tanto em *Topik und Jurisprudenz* quanto nos escritos posteriores²¹

Viehweg “estava buscando um modo de compreender e organizar o saber jurídico que respeitasse as

¹⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2011, p.457.

¹⁹ MENDONÇA, Paulo Roberto S. Theodor Viehweg. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário De Filosofia Do Direito**. Editora Unisinos. São Leopoldo: 2009, p. 841.

²⁰ MENDONÇA, Paulo Roberto S. Theodor Viehweg. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário De Filosofia Do Direito**. Editora Unisinos. São Leopoldo: 2009, p. 841.

²¹ ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: Tópica, Discurso, Racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 14-15.

suas especificidades e que partisse dos pressupostos que o seu resgate da tópica já colocara em evidência”²². Neste sentindo o autor alemão buscava um meio de relativizar a racionalidade em que o sistema jurídico estava mergulhado desde o início da modernidade.

A sistematização do Direito ocorrida na Era Moderna levou a um esquecimento da Tópica, de modo que se substituiu o estilo tópico por um pensamento racional, conforme Bustamante a tópica de Viehweg surge num momento em que a metodologia jurídica tradicional que concebia o raciocínio jurídico como verificação de uma verdade normativa pré-existente começa a entrar em crise²³. Segue o autor dizendo que no “período pós-guerra é marcado por um sentimento de insatisfação com todas as teses jurídicas que reduziam o papel do jurista prático à aplicação de um direito inteiramente moldado pelo legislador”²⁴.

Em meados dos anos 50, Theodoro Viehweg, retoma o pensamento tópico, e oferece ao Direito uma novo modo de pensar os problemas concretos.²⁵ Viehweg ao recuperar o estilo tópico “rompe com a racionalidade sistemática da modernidade, que procurou impor, lógico-metodologicamente, os princípios da dogmática metafísica instaurada por Descartes”²⁶, o autor entendendo que o Direito sofria limitação acerca de sua aplicabilidade, diante

²² ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: Tópica, Discurso, Racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p.50.

²³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. Em Pauta: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163 jul/set, 2004 p. 154.

²⁴ BUSTAMANTE, Tópica e argumentação jurídica, 2004, p.154.

²⁵ MENDONÇA, **Tópica**, 2009, p.826.

²⁶ NEDEL, **Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do Direito**, 2006, p. 221.

deste cenário resgata a Tópica, como uma alternativa à concepção do Direito Positivo, fazendo uma crítica ao positivismo pela sua incapacidade para lidar com as questões controvertidas, para as quais é simplesmente impossível uma perfeita demonstração mediante critérios rígidos e infalíveis²⁷.

Os autores, por outro lado, que atuam em defesa da Tópica são uníssono ao declararem que a Tópica não deve ser vista como uma reação contra o positivismo e as suas aspirações neokantianas²⁸, pois quando o juiz ao deparar-se com um caso concreto, cujo arcabouço jurídico disponível se mostre limitado para satisfazer o conflito, ele pode lançar mão da técnica da Tópica, pois nestes casos é necessário um raciocínio jurídico que busque nos próprios contornos do problema a base para a solução²⁹. Com isso, a tópica não nega a importância do direito positivo, entende o ordenamento jurídico como em constante construção na resolução dos problemas.

O estudo do Direito se traduz pela busca por soluções frente aos problemas que lhe são postos, as diferentes áreas do Direito possuem suas particularidades, e seus próprios regramentos. Por exemplo, na área penal, não pode haver uma condenação sem uma prévia tipificação legal sobre aquele fato, portanto a normatização é abstrata e com base no fato ocorrido é que se discutirá uma alteração legislativa para tipificar aquela conduta entendida como não condizente com o convívio na sociedade.

Diversos são os conflitos que ocorrem na sociedade e que por muitas vezes o arcabouço legal não dará conta de

²⁷ BUSTAMANTE, *Tópica e argumentação jurídica*, 2004, p. 154

²⁸ NEDEL, *Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do Direito*, 2006, p. 203.

²⁹ MENDONÇA, Paulo Roberto S. Theodor Viehweg. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário De Filosofia Do Direito*. Editora Unisinos. São Leopoldo: 2009, p. 841.

resolver o conflito. É com base nessa mobilidade que o Direito não pode ser definido como uma ciência puramente lógica, isto é, o direito na sua essência busca formas de “resolução de problemas práticos, sempre voltados para a materialização do justo em cada decisão concreta”, por isso que as “proposições metodológicas”, que tentam enquadrá-lo em uma definição lógica-sistemática-dedutiva tendem a fracassar.³⁰

A Tópica Jurídica para Viehweg, é uma técnica de pensamento problemático, na medida em que o intérprete se encontra diante de opções limitadas, a Tópica pode fornecer a ele indicações de como comportar-se em tais situações. Quando há mais de uma resposta para a questão proposta existe então, um problema e é com isso que os operadores do Direito se encontram cotidianamente, uma vez ajuizada a ação as partes querem que a sua verdade prevaleça sobre a da outra, e isso ocorre de ambos os lados.

Quando o operador do Direito incumbido de decidir se depara com esta celeuma é papel dele encontrar uma solução justa para o conflito, outrossim, ele possui na Tópica um meio de investigar os diversos ângulos do problema elegendo pontos de vistas, ou seja, os *topoi*, evidenciando assim, uma resolução do problema tendo como ponto de partida o caso concreto propriamente dito.

Viehweg aponta que a Tópica pretende oferecer orientações e recomendações sobre como se proceder em uma determinada situação quando não se quer ficar sem esperança, por isso o autor destaca que a Tópica é “uma técnica do pensar problematicamente”³¹. Para o autor o

³⁰ NEDEL, **Uma tópic jurídica**: clareira para a emergência do Direito, 2006, p. 204.

³¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Traduzido por: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 33-34.

problema concreto caracteriza de modo evidente a perspectiva da Tópica ou arte de criação, uma vez que não reduz o problema de forma simplista em busca de uma aplicação cega da lei, mas percorre um caminho cujo objetivo é a interpretação mais justa e favorável para a aplicação do Direito àquele caso concreto.

Nesse cenário de “esgotamento do modelo jurídico liberal-individualista, que não oferece respostas satisfatórias (eficazes) aos reclamos políticos-sociais de segurança e certeza”³², que a Tópica Jurídica ganha espaço para ser discutida. Anteriormente referimos que a retomada da Tópica se deu em um momento de crise do sistema positivista, isto significa que o pluralismo jurídico e a Tópica Jurídica ampliam o campo para discussões democráticas e possibilitam a construção de um Direito efetivo.

Hespanha, salienta que

[...]pluralismo jurídico a que nos referimos, antes de ser algo que surgiu nos nossos dias, por circunstâncias particulares dos tempos e das políticas, é antes algo de sempre, pois tem a ver com a maneira de ser dos próprios grupos humanos - a sua diversidade de maneiras de ver o mundo, as relações dele com os homens e as que os homens mantêm entre si [...]³³

A crítica realizada pelo pluralismo jurídico reside no fato de que as formas alternativas de que vigem na prática jurídica são ignoradas, nas palavras de Carvalho

³² WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. Ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001, p. XVI.

³³ HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013, p.13.

[...]tem-se que somente o direito estatal, a ciência positivista e a dominação (forma do poder estatal) são reconhecidos de modo oficial, respectivamente como as únicas e exclusivas formas de direito, saber e poder, sufocando um vasto campo social no qual vigem relações de poder, práticas jurídicas e conhecimentos alternativos.³⁴

Nesse sentir, a Tópica Jurídica e o Pluralismo Jurídico possuem aspectos convergentes uma vez que cada uma dessas categorias são marcadas pela “representação dogmática do positivismo jurídico que se manifesta através do de um rigoroso formalismo normativista”³⁵. O Pluralismo Jurídico favorece a um direito firmado por um Estado democrático, cuja participação seja de modo mais equilibrado, vem a ser um meio de corrigir as deficiências e pugna por uma distribuição de poder menos desigual, fora desse contexto, afirma Hespanha, o Estado exprime apenas os pontos de vista das elites políticas³⁶. No entanto, tanto a tópica, quanto o pluralismo jurídico ensejam a mitigação do monismo jurídico, mas não a sua extinção, pretende-se que as formas não estatais também sejam reconhecidas, uma vez que para o pluralismo jurídico o Estado não é a única fonte de todo o Direito³⁷. Nesse cenário a Tópica Jurídica encontra o seu caminho, para ser reconhecida como um instrumento alternativo para ser

³⁴ CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: **Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade**. WOLKMER, Antonio Carlos; Neto, Francisco Q. Veras; Lixa, Ivone M. São Paulo: Saraiva, 2010, p.23.

³⁵ WOLMER, Pluralismo Jurídico, 2001, p. 67.

³⁶ HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático, 2013, p. 23-24.

³⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009, p. 637.

utilizado pelos operadores do Direito, uma vez que este “é um fenómeno mutável nas suas fronteiras, plural nas suas fontes de criação ou de revelação, complexo na sua lógica interna, não consistente nem harmónico nos seus conteúdo, e, finalmente nada afeito a um saber que pretenda certezas e formulações seguras e não opináveis”³⁸.

O Pluralismo Jurídico, assim como a Tópica Jurídica, são fenómenos que sempre estiveram presente, contudo foram sendo esquecidas quando do surgimento da modernidade, nesse sentido

Durante os séculos CVII e XVII, primeiramente o absolutismo monárquico e, posteriormente, a burguesia revolucionária triunfante desencadearam o processo de racionalização do poder e de centralização burocrática que eliminaria a estrutura política corporativa e minimizaria as experiências de pluralismo legal e processual. De qualquer modo foi na França pós-revolucionária que ganhou força a orientação de incorporar os múltiplos sistemas normativos sob a base da igualdade de todos perante um Direito nacional uno e comum. Os reflexos da sociedade burguesa industrial, do individualismo liberal político-económico e dos rigores tecnoformalistas das correntes do centralismo jurídico estatal favoreceram, em meados do século XX, a forte reação dos pluralistas. Desse modo, como resposta ao normativismo estatal positivista, reaparece o pluralismo jurídico na preocupação de publicistas e jusfilósofos [...]³⁹

Com isso, percebe-se que assim como a Tópica o Pluralismo pugna por uma nova forma de se reconhecer o

³⁸ HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático, 2013, p.19.

³⁹ WOLKMER. Pluralismo Jurídico, 2009, p. 638.

Direito, e para que este possa regular as demandas que lhe são postas não só a partir de normatizações positivadas, mas também encontra senda no Direito construído em diferentes pontos da sociedade e reconhecê-lo como legítimo.

Para além de construções teóricas e estruturais no que tange a elaboração de um Estado plural, em que são consideradas válidas normas que não estão previstas no ordenamento jurídico, a Tópica, segundo a Teoria da Argumentação, pode contribuir na resolução dos conflitos de normas estabelecidas num complexo pluralista, ou seja, o estilo problemático utilizaria através de argumentos persuasivos os topoi visando a escolha de normas mais apropriadas para a resolução dos problemas postos⁴⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Tópica sistematizada por Aristóteles, ainda na antiguidade, tinha como objetivo a resolução de problemas concretos a partir de opiniões geralmente aceitas, para atingir sua finalidade, Aristóteles, desenvolvem sua teoria tipos de problemas, assim como os tipos de raciocínio. A investigação deste pensador se expande a partir de problemas e proposições, sendo esta a geradora de argumentos, este estilo permaneceu por todo o período medieval, sendo então, determinante para a construção do pensamento jurídico dos juristas romanos, todavia com o surgimento da racionalidade foi sendo relativizado até que desapareceu na Era Moderna.

Viehweg, por sua vez, por volta dos anos 50, na era moderna, resgata esta teoria e a transforma na Tópica Jurídica, propriamente dita, apresenta este estilo de pensamento alternativo em meio as interpretações

⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. Pluralismo jurídico e direito democrático, 2013, p. 128.

comumente conhecidas. O objeto de estudo da Tópica é o caso concreto, no qual busca a solução do conflito a partir de pontos de partida, sendo que a lei, ou a norma jurídica se torna apenas um ponto de partida, desse modo relativizando o positivismo jurídico.

O destaque desta redescoberta está em ampliar as possibilidades de interpretação. Através desta técnica problemática, é possível que se encontre uma solução fora dos estabelecidos pelas normas positivada pelo poder estatal. Por este motivo a tópica tende a ser bem recebida em um Estado plural, em que as normas jurídicas legítimas não estão a cargo apenas do Estado, mas reconhece que as soluções podem ser encontradas em outros locais em que o Estado não seja o único a ditar o Direito.

Neste contexto em que se observa um esgotamento das vias arguidas pelo positivismo jurídico, bem como pela falência do Estado como o único meio de regulação social, percebe-se a emergência de resgatar as novas possibilidades de interpretação da norma jurídica, de modo que se obtenha uma escolha mais adequada para a resolução do conflito posto.

O Pluralismo Jurídico, bem como a Tópica Jurídica são instrumentos valiosos a serem utilizados na construção desse novo paradigma de Direito, cujos objetivos permeiam a justiça. Todavia, a Tópica e o Pluralismo Jurídico não pretendem acabar com a legitimidade do Estado ao fazer o Direito, aspira que este reconheça que o Direito não é fruto exclusivo do Estado, legitimando assim, outras possibilidades de resolução de conflitos, possibilitando, dessa forma uma maior interação da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Órganon**: Categorias Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos,

Refutações sofisticas. Traduzido por Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2. ed., 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. Em Pauta: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 41, n. 163 jul/set, 2004 p. 154.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: **Pluralismo Jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade**. WOLKMER, Antonio Carlos; Neto, Francisco Q. Veras; Lixa, Ivone M. (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Tópica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009.

_____. Theodor Viehweg. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009.

NEDEL, Antonio. **Uma tópica jurídica: clareira para a emergência do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: Tópica, Discurso, Racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Traduzido por: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. Ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

_____, Pluralismo Jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (org.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo/RS: Editora Unisinos, 2009