

# Legitimidade do direito e Estado: duas perspectivas contemporâneas\*

## Law's legitimacy and State: two contemporary perspectives

*Felipe Dutra Asensi\*\**

### RESUMO

Habermas, em múltiplos aspectos, se refere criticamente ao paradigma liberal-contratualista, pois, ao inserir no campo do direito o elemento da democracia, Habermas retira o caráter privatista da produção de direitos e o substitui por um critério procedimental que não se aplica somente aos indivíduos isoladamente, mas à própria sociedade por meio da ação estatal. Por essa razão, o título de seu principal livro sobre o assunto — em alemão, *Faktizität und Geltung* — marca a distinção entre a dimensão factual e a dimensão normativa dos direitos. Outra crítica ao contratualismo também emergiu no campo das ciências sociais do século XX, que é a perspectiva do pluralismo jurídico, que tem se inclinado para a assunção do seguinte pressuposto: existem outras fontes legítimas de produção de direito que

---

\* Artigo recebido em fevereiro de 2011 e aprovado em março de 2011.

\*\* Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e cientista social pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre e doutorando em sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Aperfeiçoamento em direitos fundamentais e globalização pela Universidad Complutense de Madrid (UCM). Visiting researcher da Universidade de Coimbra (UC). Membro efetivo da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Coordenador da Pós-Graduação online em Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

não necessariamente se confundem com o direito estatal, tampouco são emanadas de um órgão estatal. Nesta linha, o pluralismo jurídico assume que normas não estatais podem interferir no processo de produção de normas estatais, assim como podem não resguardar quaisquer relações com elas. As divergências com Habermas no tocante à legitimidade do direito são evidentes. Este artigo tem por objetivo discutir a dimensão da legitimidade do direito a partir da perspectiva teórica de Habermas e do pluralismo jurídico. Pretende-se, portanto, organizar a análise a partir de dois eixos analíticos: a) a relação entre direito e mundo da vida; b) a proeminência do Estado como definidor do direito e sua contraposição à ideia de pluralismo jurídico. Espera-se, com isso, refletir sobre os elementos que possivelmente constituem a legitimidade do direito, assim como demonstrar seus limites e possibilidades de aplicação e reflexão na sociedade brasileira.

#### PALAVRAS-CHAVE

Pluralismo jurídico — mundo da vida — legitimidade do direito

#### ABSTRACT

Habermas, in multiple aspects, refers critically to the liberal-contractualist paradigm, because, when inserting in the rights' field the democracy element, Habermas rejects the privatist character of the production of rights and substitutes it for a procedural criterion that does not only is applied to the individuals separately, but to the proper society by the state action. So, the heading of his main book on the subject — in German, *Faktizität und Geltung* — marks the distinction between the factual dimension and the normative dimension of rights. One another critic to contractualism also emerged in the field of social sciences on twentieth century XX, which is the legal pluralism perspective, that has been tending to the assumption of the following premise: other legitimate sources of rights production exist that not necessarily are confused with the state law, neither are emanated of a state agency. In this line, legal pluralism assumes that non-state norms can intervene on the process of production of state norms, as well as it cannot have any relations with these. The divergences with Habermas about the legitimacy of law are evident. This article has as objective to argue the dimension of rights legitimacy from the theoretical perspective of Habermas and of legal pluralism. It is intended, therefore, to organize the analy-

sis from two analytical axes: a) the relation between law and lifeworld; b) the State importance as defining rights and its contraposition to the idea of legal pluralism. One expects, with this, to reflect on the elements that possibly constitute the legitimacy of law, as well as demonstrating its limits and possibilities of application and reflection in the Brazilian society.

## KEYWORDS

Legal pluralism — lifeworld — legitimacy of law

## 1. Introdução

Historicamente, a expressão *pacta sunt servanda* se consolidou no campo do direito como um paradigma, tanto do ponto de vista dos profissionais do direito, quanto da própria filosofia jurídica moderna. Originariamente formulada no direito romano, trata-se de uma locução latina que significa a obrigatoriedade do cumprimento das cláusulas contratuais. Os contratos devem ser cumpridos na medida em que os *pactos constituem lei entre as partes*. Tal perspectiva de *lei* constituída *a partir e pelas partes* consagrou-se no campo do direito ao longo do tempo englobando duas características específicas: a) a admissão de que toda norma jurídica é *post facto*, cabe dizer, é fruto da deliberação de uma comunidade de atores que, em última instância, serão os destinatários desta mesma norma; b) a admissão de que, uma vez que as normas jurídicas são constituídas por sujeitos privados, sua incidência ocorre na seara dos conflitos privados, de modo que conflitos entre indivíduos e Estado não se regeriam pela norma jurídica propriamente dita, mas sim pelo direito de resistência. Em outras palavras, diante de um possível conflito entre sociedade civil e Estado, a reflexão sobre o direito de resistência é premente, uma vez que “durante mais de quatro séculos foi considerado um dos direitos centrais dentro do direito”<sup>1</sup> e, no constitucionalismo contemporâneo, encontra-se ausente na pauta de discussão.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> GARGARELLA, R. El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. In: GARGARELLA, R. (Org.). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Míño e Dávila, 2005. p. 15. Todas as citações em idioma estrangeiro foram traduzidas pelo próprio autor.

<sup>2</sup> Gargarella é enfático ao afirmar que, na atualidade, o direito de resistência encontra-se ignorado pelos constitucionalistas. O autor enumera diversos autores que, ao longo da história, refletiram sobre o tema, a exemplo de John Locke (1963).

O *contratualismo* — conforme se convencionou chamar principalmente a partir do século XVII — aprofunda a temática da formulação da norma jurídica ao introduzir o elemento da natureza do homem em seu interior. Em suas mais diversas vertentes, os autores contratualistas<sup>3</sup> buscam realizar uma reflexão sobre a justificação do exercício do poder político não somente sob a perspectiva de um contrato, mas, fundamentalmente, na própria relação que se estabelece na interface natureza-indivíduo-Estado. A discussão sobre a legitimidade do direito, nesta perspectiva, enseja o próprio reconhecimento de sua eficácia social enquanto norma jurídica exterior aos indivíduos, mas que é, em certa medida, obrigatória e construída *a priori* por eles como *leis entre partes*.

O projeto de Habermas visa justamente problematizar esses pressupostos tanto do ponto de vista da relação entre sociedade e poder político, quanto da relação entre direito e democracia. É possível, desta forma, delinear o projeto habermasiano em duas partes, não com o intuito de demonstrá-las de forma estanque e não interpenetráveis, mas sim com o objetivo didático de organizar a discussão a respeito da legitimidade do direito. A primeira parte se relaciona à teoria discursiva do direito e da democracia, na qual “Habermas descreve uma ‘reconstrução’ do ‘autoentendimento normativo das ordens legais modernas’”,<sup>4</sup> de modo que o direito legítimo e a democracia sejam apresentados como copressupostos, ou seja, num sentido normativo, não existiria direito legítimo sem democracia, tampouco o inverso. A teoria do discurso de Habermas, ao adotar a perspectiva pós-metafísica da filosofia da linguagem, primeiramente desenvolve uma discussão sobre o reconhecimento do “sistema de direitos” que serve de fundamento de legitimidade da ordem legal para, então, refletir sobre os princípios do Estado constitucional que seriam necessários para assegurar tais direitos. A segunda parte do projeto de Habermas visa articular a teoria do discurso num modelo de sociedades complexas. O autor tem dois propósitos: primeiramente, “ele quer examinar se a teoria do discurso desenvolvida a partir de uma ‘reconstrução’ normativa tem algum aporte nas condições sociais existentes factualmente”;<sup>5</sup> e, além disso, elaborar

---

<sup>3</sup> Entre os autores, podemos destacar Grotius, Puffendorf, Hobbes, Locke e Rousseau.

<sup>4</sup> BAXTER, H. Habermas's discourse theory of law and democracy. *Buffalo Law Review*, n. 50, p. 214, 2002.

<sup>5</sup> *Ibid.*

sua teoria do direito e da democracia “a partir de conceitos sócio-teóricos permite a ele aprofundar e tornar mais concreta a sua teoria normativa”.<sup>6</sup>

Nesta linha, a proposta de Habermas, em múltiplos aspectos, se refere criticamente ao paradigma liberal do direito e problematiza — mesmo que não diretamente — o corolário de que o *pacto faz lei entre as partes* no sentido atribuído comumente pelos contratualistas. Ao inserir no campo do direito o elemento da democracia, Habermas retira o caráter privatista da produção de direitos e o substitui por um critério procedimental que não se aplica somente aos indivíduos isoladamente, mas à própria sociedade por meio da ação estatal. Por essa razão, o título de seu principal livro sobre o assunto — em alemão, *Faktizität und Geltung* — marca a distinção entre a dimensão factual e a dimensão normativa dos direitos. Compreende-se sua facticidade como “a positividade, a certeza e a previsibilidade do direito, suas conexões institucionais e seu aparelho coercitivo”,<sup>7</sup> ao passo que sua validade é entendida como a “legitimidade (ideal) do direito e sua aceitabilidade racional”,<sup>8</sup> uma vez que, “porque a modernidade compreende ela própria em oposição à tradição, ela procura um fundamento para ela própria, ou seja, a razão”.<sup>9</sup> De fato, Habermas considera ambas as dimensões essenciais, assim como a tensão que se estabelece entre elas, ao passo que, num cenário intelectual contratualista, a questão da validade é sobrevalorizada em detrimento de uma reflexão mais esmiuçada sobre a facticidade.

A dimensão do Estado ganha relevo neste cenário. Situando-se como *locus* privilegiado da produção do direito legítimo, o Estado figura na teoria habermasiana como elemento central na sua manutenção. O próprio termo *Rechtsstaat* — traduzido da versão original — associa “direito” e “Estado”, que, numa conexão interna, representa a relação entre norma e poder político.<sup>10</sup> O autor parte do pressuposto de que, “nas sociedades organizadas estatalmente, se forma uma necessidade de legitimação que, por razões estruturais, não poderia ocorrer nas sociedades primitivas”,<sup>11</sup> ganhando relevo, num primeiro momento, a relação entre direito e práxis comunicativa dos cidadãos e, num

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid., p. 234.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> HABERMAS, J. Conceptions of modernity. In: \_\_\_\_\_. *The postnational constellation*. Cambridge: MIT Press, 2001. p. 132.

<sup>10</sup> Baxter, *Habermas's discourse...*, op. cit., p. 253.

<sup>11</sup> HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad, de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1987. p. 265.

segundo momento, a relação entre produção de norma e Estado. O argumento habermasiano, portanto, admite que, embora o Estado seja a forma por meio da qual o direito se impõe, é preciso um elemento procedimental que o legitime enquanto norma social, que seria a soberania popular. De fato, o autor “atrela a produção de um direito legítimo, assim como a juridificação positiva dos direitos que podem ser justificados no discurso, ao princípio da soberania popular tal como reconstruído nos termos da teoria do discurso”,<sup>12</sup> de modo que as instituições jurídicas sirvam “como um meio através do qual a sociedade e o Estado podem se comunicar”, pois “permitem que os sistemas jurídico e social autorreferenciais mantenham-se abertos aos impulsos do mundo da vida, que é o seu ambiente”.<sup>13</sup> Por isso, Habermas sustenta que o ponto de partida para pensar a interface entre o mundo da vida e o direito é trabalhar, numa perspectiva comunicativa, a questão dos “processos de formação de consenso que são ameaçados por uma tensão explosiva entre facticidade e validade”.<sup>14</sup> Tais conflitos, cumpre ressaltar, se desenvolvem no mundo da vida, porém se manifestam enquanto direito somente no âmbito do Estado, que é dotado de poder administrativo para fazer valer o direito, assim como de poder político para canalizar consensos emergentes do cotidiano dos atores em suas práticas sociais.

Outra crítica ao contratualismo também emergiu no campo das ciências sociais do século XX: a perspectiva do pluralismo jurídico. De início, deve-se dizer que não existe uma teoria única que englobe toda a perspectiva pluralista. De fato, há uma variedade de autores que buscam pensar o tema da pluralidade das sociedades contemporâneas a seu modo, tais como a ideia de *pluralismo democrático* de Dahl<sup>15</sup> e a de *pluralismo jurídico* de Santos.<sup>16</sup> Tal perspectiva, no âmbito do direito, tem se inclinado para a assunção do seguinte pressuposto: existem outras fontes legítimas de produção de direito que não necessariamente se confundem com o direito estatal, tampouco são emanadas de um órgão estatal. Nesta linha, o pluralismo jurídico assume que normas não estatais podem interferir no processo de produção de normas estatais,

---

<sup>12</sup> MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: on Jürgen Habermas's reconstruction of the system of rights. *Cardoso Law Review*, n. 4-5, v. 17, p. 833, 1996.

<sup>13</sup> HOWARD, D. Law and political culture. *Cardoso Law Review*, n. 4-5, v. 17, p. 1410, 1996.

<sup>14</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 21.

<sup>15</sup> DAHL, R.A. *Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs. control*. New Haven/London: Yale University Press, 1982.

<sup>16</sup> SANTOS, B. de S. *Law against law: legal reasoning in Pasargada Llaw*. Cuernavaca (México): Cidoc, 1974.

assim como podem não resguardar quaisquer relações com elas. Trata-se de uma perspectiva central para a antropologia jurídica dos anos 1960 e 1970, pois “questiona as assunções básicas da teoria política e da jurisprudência liberais, especialmente no que diz respeito à congruência entre o território, o Estado e o direito”.<sup>17</sup> Ao problematizarem a associação clássica construída no liberalismo do século XVII entre lei-território-Estado, as teorias pluralistas inauguram um cenário em que nem toda lei que é produzida no interior de um território específico é emanada do Estado, questionando a “centralidade do direito elaborado pelo Estado e a sua exigência de exclusividade no ordenamento normativo da vida social”.<sup>18</sup> As divergências com Habermas no tocante à legitimidade do direito são evidentes.

Santos, um dos principais pesquisadores do tema, sintetiza o argumento de forma esclarecedora em seu estudo sobre as tensões entre sociedade civil e Estado, consolidando a perspectiva jurídico-pluralista. O autor é contundente na crítica às teorias que ignoram a dimensão societária da produção de direitos que não necessariamente passa pelo crivo do Estado. Ao admitir que a “‘reemergência da sociedade civil’ tem um núcleo que se traduz na reafirmação dos valores do autogoverno, da expansão da subjetividade, do comunitarismo e da organização autônoma dos interesses e dos modos de vida”,<sup>19</sup> Santos sustenta que “esse núcleo tende a ser omitido no discurso dominante ou apenas subscrito na medida em que corresponde às exigências do novo autoritarismo”.<sup>20</sup> Dahl, discutindo em outra dimensão, evidencia a tensão que se estabelece no interior desta relação entre Estado e sociedade a partir do debate entre autonomia e controle. Segundo o autor, o problema da “democracia pluralista, ou do pluralismo democrático (eu também uso estes termos interligados), é apenas um aspecto de um dilema geral na vida política: autonomia ou controle? Ou para perguntar uma questão mais simples: quanta

---

<sup>17</sup> RANDERIA, S. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania referenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 467.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> SANTOS, B. de S. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999. p. 124.

<sup>20</sup> *Ibid.* Para uma análise aprofundada do tema sob o ponto de vista epistemológico, ver também SANTOS, B. de S. (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: “um discurso sobre as ciências” revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004.

autonomia e quanto controle?”<sup>21</sup>, estabelecendo pontos de tensão em relação à perspectiva comunicativa habermasiana.

Este artigo tem por objetivo justamente discutir a dimensão da legitimidade do direito a partir da perspectiva teórica de Habermas e do pluralismo jurídico. Pretende-se, portanto, organizar a análise a partir de dois eixos analíticos: a) a relação entre direito e mundo da vida; b) a proeminência do Estado como definidor do direito e sua contraposição à ideia de pluralismo jurídico. Espera-se, com isso, refletir sobre os elementos que possivelmente constituem a legitimidade do direito, assim como demonstrar seus limites e possibilidades de aplicação e reflexão na sociedade brasileira.

## 2. Habermas e o direito

### A. O mundo da vida e o pluralismo das sociedades contemporâneas

Habermas é um autor denso e detalhista. Suas reflexões sobre direito e democracia são realizadas tendo como referencial um complexo arcabouço teórico prévio com o objetivo de, simultaneamente, verificar as possibilidades de pensar sua produção acadêmica no campo do direito e, também, reler sua obra de modo a incrementar arranjos argumentativos e analíticos para articular a relação entre direito e democracia. Assim, o livro *Faktizität und Geltung* não tem a pretensão de ser uma continuidade pura e mecânica da obra de Habermas, mas, de certa forma, visa uma rediscussão e releitura de temas aos quais o autor já havia se dedicado ao longo de sua trajetória, tais como esfera pública, sociedade civil, ação comunicativa e mundo da vida. Este último — o mundo da vida — recebeu especial destaque do autor tanto na sua teoria da ação comunicativa, quanto na própria discussão sobre esfera pública e sociedade civil, estimulando um amplo debate e servindo como referencial relevante para a discussão de *Faktizität und Geltung*.

De fato, Habermas não é avesso aos incrementos e melhorias que sua teoria pode receber com o tempo, tampouco se recusa a trazer à tona contribuições de outros autores. Ao discutir o *mundo da vida*, ou seja, formas de sociabilidade calcadas em práticas emergentes no cotidiano dos atores, o autor

---

<sup>21</sup> Dahl, Dilemmas of pluralist democracy, op. cit., p. 1.

reconhece que não pode desconsiderar dois elementos: a relação com a ação comunicativa e a discussão prévia com Parsons.

O estudo sociológico de Parsons sobre o direito recebeu uma nova roupagem a partir da década de 1990 do século XX com a análise de Habermas. Se antes Parsons era associado muito mais a uma perspectiva funcionalista do direito e, por isso, enfaticamente analítica, com Habermas ganha relevo a dimensão normativa de sua teoria, que admite o direito como instrumento de integração e, nesta linha, um intensificador da solidariedade social, razão pela qual Habermas sustenta que, para Parsons, “a moralidade e o direito representam redes de segurança para as performances integradoras de todas as ordens institucionais”.<sup>22</sup> Considerando isso, a teoria dos sistemas de Parsons busca, em grande medida, pensar de forma articulada três sistemas: o sistema de personalidade, cujo “esquema de significado é a internalização de significado relevante pela personalidade, e o padrão de valor é a racionalidade de ação do tipo meios-fins”;<sup>23</sup> o sistema cultural, cujo “esquema de significado é moldado pelas bases constitutivas de significado da condição humana, e o padrão de valor é a plenitude de significado da ação num quadro cultural de referência”;<sup>24</sup> e, por fim, o sistema social, cujo “esquema de significado relevante é a institucionalização do significado nos sistemas sociais, e o padrão de valor é a unidade de significado das entidades dos agentes sociais”.<sup>25</sup> Parsons confere ao sistema cultural um *locus* privilegiado em relação aos outros sistemas e estabelece uma associação entre eles ao recorrer aos conceitos de *institucionalização* e de *internalização*.<sup>26</sup> Na perspectiva parsoniana, os sistemas de cultura têm suas próprias formas e problemas de integração que não são redutíveis àqueles dos sistemas da personalidade e o social. Por isso, a tradição cultural é “um objeto de orientação e, como um elemento de orientação da ação, ela tem

---

<sup>22</sup> Habermas, *Between facts and norms*, op. cit., p. 73-74.

<sup>23</sup> MUNCH, R. A teoria parsoniana hoje: a busca de uma nova síntese. In: GIDDENS, A.; TURNER, J. *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999. p. 186.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.* Cumpre ressaltar, conforme observado pelo próprio Parsons, que “embora seja importante o fechamento lógico no plano teórico, empiricamente os sistemas sociais são concebidos como sistemas abertos, engajados em processos complicados de intercâmbio com sistemas do ambiente” (PARSONS, T. An outline of the social system. In: \_\_\_\_\_ et al. (Org.). *Theories of society: foundations of modern sociological theory*. New York: Free Press of Glencoe, 1965. p. 36). Neste sentido, é possível tratar os sistemas em termos de interpenetração dos mesmos entre si.

<sup>26</sup> Exemplo da importância conferida à cultura, entre outros, é o seguinte trecho: “primeiro, a cultura é transmitida, ela constitui a herança ou a tradição social; segundo, ela é aprendida, ela não é uma manifestação particular da constituição genética humana; terceiro, ela é compartilhada. A cultura é, portanto, de um lado o produto e, de outro lado, o determinante dos sistemas de interação social humana” (PARSONS, T. *The social system*. Toronto: Collier-Macmillan, 1968. p. 15).

que estar articulada conceitualmente e empiricamente com as personalidades e os sistemas sociais”.<sup>27</sup> Porém, “a cultura, apesar de existir como um corpo de artefatos e como um sistema de símbolos, não é organizada nela própria como um sistema de ação”.<sup>28</sup> A ação, no esquema parsoniano, é situada no âmbito da personalidade e, mais enfaticamente, no âmbito social; porém em ambos os casos é orientada por padrões culturais internalizados ou institucionalizados. O sistema de personalidade consiste em um “sistema organizado da orientação e motivação da ação de um ator individual”,<sup>29</sup> ao passo que o sistema social é composto por relações de indivíduos, mas se apresenta como um “sistema que é organizado ao redor de problemas inerentes ou emergentes da interação social da pluralidade de atores individuais mais do que ao redor dos problemas que emergem em conexão com a integração das ações de um ator individual”.<sup>30</sup>

Em Habermas, é possível notar a mesma distinção entre cultura, sociedade e personalidade, observando-se um diálogo direto com a teoria dos sistemas parsoniana acima esboçada, principalmente no tocante à discussão sobre a teoria da ação comunicativa e, conseqüentemente, sobre o mundo da vida. Habermas, inclusive, organiza didaticamente a discussão numa forma similar a Parsons, ao delinear que entende: a) por *cultura*, “o acervo de saber em que os participantes na comunicação se abastecem de interpretações para entenderem algo no mundo”;<sup>31</sup> (Habermas, 1987: 196); b) por *sociedade*, “as ordens legítimas através das quais os participantes da interação regulam seus pertencimentos a grupos sociais, assegurando com eles a solidariedade”;<sup>32</sup> c) e, por *personalidade*, “os atributos que convertem um sujeito em capaz de linguagem e de ação, isto é, que o capacitam a tomar parte de processos de entendimento e afirmar neles sua própria identidade”.<sup>33</sup> Como desdobramento desta concepção, o campo semântico dos conteúdos simbólicos, o espaço social e o tempo histórico constituem as *dimensões* que as ações comunicativas compreendem no cotidiano dos atores em suas práticas sociais — o mundo

<sup>27</sup> PARSONS, T. et al. Some fundamental categories of the theory of action: a general statement. In: \_\_\_\_\_; SHILS, E.A. (Org.) *Toward a general theory of action*. New York: Harper & Row Publishers, 1962. p. 7.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Habermas, *Teoria de la acción comunicativa*, op. cit., p. 196.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*

da vida. Por outro lado, Habermas é cuidadoso ao evitar que sua teoria seja interpretada como uma continuação de Parsons:

O conceito provisório de sociedade que proponho difere radicalmente do de Parsons em um aspecto. O Parsons maduro redefine os componentes estruturais do mundo da vida, ou seja, a cultura, a personalidade e a sociedade, transformando-os em sistemas de ação que constituem relações de uns com os outros. Deste modo, o conceito de mundo da vida obtido da perspectiva conceitual da teoria da ação é subsumido sim, mas por Parsons a partir de categorias próprias da teoria dos sistemas: os componentes estruturais do mundo da vida, como teremos ocasião de ver mais detidamente, se transformam em subsistemas de um 'sistema geral de ação' no qual, com o 'sistema comportamental', é integrado também o substrato físico do mundo da vida. Pelo contrário, com a minha proposta objetivo dar razão à diferença metodológica entre a perspectiva interna e a externa que essas estratégias conceituais comportam.<sup>34</sup>

Mas em que consiste essa diferenciação entre uma perspectiva interna e externa? Quais são os atributos de uma e outra perspectiva? Habermas estaria atribuindo a Parsons um reducionismo teórico? Quais as alternativas analíticas propostas? De fato, Habermas faz referência à teoria de Parsons; porém, ao passo que Parsons situa a cultura, a personalidade e a sociedade em termos sistêmicos, Habermas confere primazia ao *mundo da vida* como *locus* de manifestação empírica destas dimensões. Por outro lado, isso não quer dizer que Habermas desconsidere a relação entre sistemas e mundo da vida, uma vez que o autor parte do objetivo de articular justamente a relação que se estabelece entre a perspectiva externa (dos sistemas) e interna (do mundo da vida), e esta serve como ponto de partida para se pensar os fenômenos sociais, mas não se fechando em si mesma. Por isso, o próprio Habermas, ao discutir a ideia de *integração sistêmica*, afirma optar por uma estratégia conceitual que apresenta a sociedade segundo o modelo de um sistema autorregulado, que vincula "a análise à perspectiva externa do observador e nos põe ante ao problema de interpretar o conceito de sistema em termos que possam ser aplicados aos contextos de ação".<sup>35</sup> Deste modo, sistemas e mundo da vida não são

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 215-216.

<sup>35</sup> Ibid., p. 214.

pensados isoladamente, uma vez que se busca justamente refletir sobre a relação entre tais sistemas e os contextos de ação que lhes são correspondentes, razão pela qual Habermas sustenta que “o mundo da vida é o subsistema que define a consistência (Bestand) do sistema social em seu conjunto”.<sup>36</sup>

Ao caracterizar o mundo da vida como o *locus* privilegiado das práticas sociais, a *démarche* argumentativa de Habermas muda seu foco: não mais se detém na relação entre o mundo da vida e os sistemas, mas visa estabelecer uma abordagem acerca do pluralismo que se encontra no interior das práticas que se desenvolvem no cotidiano dos atores sociais. Como pressuposto analítico, Habermas admite que, “após a virada linguística, a concepção mentalista de razão de sujeito-centrado foi substituída pelo conceito descentralizado de razão situada, configurando o cenário de uma crítica pós-clássica da modernidade”,<sup>37</sup> de modo a constituir um ambiente propício à pluralidade de formas e relações societárias. Na medida em que a razão é situada, as formas societárias não são mais vistas, neste modelo teórico, como universais ou uniformes, uma vez que é preciso considerá-las inseridas na dinâmica do espaço-tempo do atores sociais. Neste sentido, a razão comunicativa que se estabelece entre esses atores também é relacionada aos contextos de diferentes formas de vida, de modo que

cada mundo da vida provê aos seus membros uma bagagem cultural comum de conhecimento, padrões de socialização, valores e normas. O mundo da vida pode ser pensado como uma força estimulante das condições da ação comunicativa, por cuja mediação, por sua vez, o mundo da vida deve ser reproduzido. Mas as estruturas simbólicas do mundo da vida preservam uma relação com a ação comunicativa, na qual os atores em seu cotidiano das práticas interagem enquanto eles evidenciam critérios de validade e respondem a eles com um ‘sim’ ou ‘não’.<sup>38</sup>

Nesta concepção, o mundo da vida se configura não somente como um espaço convergente de pluralidades, mas também como um verdadeiro referencial normativo de critérios de validade para a ação. A pluralidade habermasiana é uma pluralidade convergente, que tende à unidade, e não uma pluralidade em certa medida endógena e pulverizada que, por uma série de

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>37</sup> *Idem.* Conceptions of modernity, *op. cit.*, p. 149.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 152.

fatores, não é passível de uniformidade da mesma forma que *azeite e água não se tornam um só*. O pressuposto é que a ordem das coisas encontrada no próprio mundo, ou que foi projetada pelo sujeito, ou que surgiu a partir do processo autoformativo do espírito “não mais é vista como racional; ao invés, o que é visto como racional é resolver problemas de forma bem-sucedida por meio de posturas procedimentalmente ajustáveis à realidade”.<sup>39</sup> O procedimento, nesta linha, permite o trajeto rumo à unidade destas pluralidades endogenamente constituídas a partir das práticas sociais que se desenvolvem em diferentes mundos da vida, o que confere um caráter consideravelmente dinâmico às transformações sociais, já que envolve um processo circular “entre o mundo da vida enquanto fonte por meio da qual a ação comunicativa surge, e o mundo da vida enquanto produto dessa ação; nesse processo”.<sup>40</sup> Ou seja,

As sociedades modernas testemunham uma variedade crescente de grupos e subculturas, cada uma tendo suas próprias tradições, valores e visões de mundo distintos. Como resultado, mais e mais conflitos devem ser inseridos na busca de acordos explícitos numa seara de diversos problemas contestáveis, sob condições nas quais a base compartilhada para alcançar tal acordo tem diminuído. Áreas da vida em que a facticidade e a validade foram uma vez fundidas passam por um escrutínio crítico crescente — a facticidade e a validade crescentemente se separam — desencadeando um processo de racionalização societária.<sup>41</sup>

Mais precisamente, a pluralidade que se configurou com a perspectiva de uma *razão situada*, que admite “a desintegração das visões de mundo metafísicas e religiosas, no nível dos sistemas culturais sob os diversos aspectos da validade”,<sup>42</sup> pode agora ser *aggiornada* somente no contexto experiencial das práticas do mundo da vida por meio de ações comunicativas delineadas por procedimentos racionalmente estabelecidos. Trata-se de uma perspectiva que, em múltiplos aspectos, enfatiza a possibilidade de alcance de um consenso,

---

<sup>39</sup> Idem. Themes in postmetaphysical thinking. In: \_\_\_\_\_. *Postmetaphysical thinking*. Cambridge: MIT Press, 1992. p. 35.

<sup>40</sup> Ibid., p. 43.

<sup>41</sup> REHG, W. Translator’s introduction. In: HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1999. p. 17-18.

<sup>42</sup> Habermas, Themes in postmetaphysical thinking, op. cit., p. 51.

mesmo diante de situações claras de dissenso e diferença, graças a procedimentos que estejam *embebidos* de contextos de ação comunicativa.

Seja na dimensão analítica, seja na dimensão normativa, esta convergência da pluralidade rumo a uma unidade comunicativa no âmbito do mundo da vida recebeu críticas dos contemporâneos de Habermas, tais como McCarthy,<sup>43</sup> Rosenfeld e Arato<sup>44</sup> e Teubner<sup>45</sup> (1988). McCarthy e Teubner se concentram, em certa medida, em críticas similares. O argumento reside no seguinte: de um lado, Habermas insistentemente voltaria suas reflexões ao pluralismo, à diferença e ao conflito de orientações de valores característicos do mundo da vida. Porém, “ele usualmente escreve no singular sobre ‘a’ forma de vida, autoentendimento e identidade coletiva de uma comunidade jurídica-política, e ele consistentemente sustenta o discurso ético-político como objetivando o consenso nesses problemas”.<sup>46</sup> A crítica reside justamente na (im)possibilidade de se chegar a uma unidade comunicativa a partir de uma pluralidade de atores que estão inseridos em mundos da vida distintos e, por isso, vivenciam suas práticas sociais no cotidiano de formas distintas e com orientações de valores variadas. Nesta linha, a insistência de Habermas na razão prática e no poder comunicativo faria com que ele optasse pelo oposto: pela unidade, e não pela diferença; pela integração da pluralidade discursiva, e não por sua fragmentação. Por isso, a ideia de pluralidade discursiva “cria um desafio muito mais dramático para a teoria de Habermas que reside em última instância na razão discursiva e não contém a diferenciação social ou a diversidade linguística”.<sup>47</sup> Teubner, por isso, sustenta que, “após a mudança para a pluridiscursividade, o sucesso da teoria de Habermas agora depende de uma solução plausível para a colisão de discursos”,<sup>48</sup> ou seja, de discursos não disponíveis, *a priori*, para o alcance de um consenso.

Rosenfeld, discutindo em outro nível, também realiza uma reflexão crítica sobre a temática da pluralidade em face do procedimentalismo ao introduzir na discussão a perspectiva do *pluralismo compreensivo*. O argumento é que, diante da pluralidade de atores e formas de ver o mundo, seria preciso uma

<sup>43</sup> MCCARTHY, T.A. *The critical theory of Jurgen Habermas*. Cambridge: MIT Press, 1979.

<sup>44</sup> ROSENFELD, M.; ARATO, A. *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998.

<sup>45</sup> TEUBNER, G. *Autopoietic law: a new approach to law and society*. New York: W. Gruyter, 1988.

<sup>46</sup> MCCARTHY, T.A. Legitimacy and diversity: dialectical reflections on analytical distinctions. *Cardoso Law Review*, n. 4-5, v. 17, p. 1099, 1996.

<sup>47</sup> TEUBNER, G. De collisione discursuum: communicative rationalities in law, morality and politics. *Cardoso Law Review*, n. 4-5, v. 17, p. 904, 1996.

<sup>48</sup> *Ibid.*

justiça que, baseada em procedimentos racionalmente válidos, promovesse por meio de critérios de decisão algum grau de igualdade a tais diferenças. Principalmente em contextos em que não ocorre a interação face a face dos indivíduos, o alcance de consensos a partir de procedimentos torna-se cada vez mais complexo e dificultoso. Neste sentido, a justiça procedimental se torna extremamente importante e promove uma tendência à igualdade. “A igualdade genuína, entretanto, requer que sejam consideradas as diferenças relevantes assim como as similaridades relevantes. Deste modo, a justiça procedimental parece sobre-enfatizar as similaridades, e subenfatizar as diferenças”.<sup>49</sup> Rosenfeld, portanto, traz a preocupação de, diante de contextos de ausência de ação comunicativa em virtude da inexistência de interações face a face, como é possível um alcance discursivo da justiça a partir de procedimentos? Mais precisamente, o autor argumenta que, uma vez que o pluralismo implica uma falta de acordo no tocante às normas substantivas, ele pareceria o aliado mais promissor da justiça procedimental pura. Deste modo, “idealmente, o procedimentalismo deveria salvar o pluralismo do embaraço de ter que escolher entre as várias concepções de bem em competição. Entretanto, o pluralismo e a justiça procedimental pura são em última instância incompatíveis”,<sup>50</sup> pois esta implica certo reducionismo diante da realidade social.<sup>51</sup> Este é o ponto de partida para se discutir a legitimidade do direito na interface entre a esfera pública e o Estado.<sup>52</sup>

### *B. A legitimidade do direito: entre a esfera pública e o Estado*

A discussão sobre a legitimidade do direito em Habermas também nos remete a alguns pressupostos presentes em sua teoria, sendo decisiva a compreensão da relação entre esfera pública e Estado na construção desta legitimidade. Indiretamente, esta discussão nos permite raciocinar uma possível saída que Habermas visualizou a respeito dos impasses demonstrados na

---

<sup>49</sup> ROSENFELD, M. Can rights, democracy and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralist paradigm of law. *Cardoso Law Review*, n. 4-5, v. 17, p. 798, 1996.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 821.

<sup>51</sup> Rosenfeld, intensificando a crítica, sustenta que “o paradigma procedimental de Habermas em última instância falha em gerar uma justiça procedimental pura e é insuficiente em fornecer uma resolução de conflito compreensiva entre democracia e justiça” (*Ibid.*, p. 793)

<sup>52</sup> Para maiores reflexões sobre pluralismo e justiça, ver CITTADINO, G. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

seção anterior a respeito, principalmente, da tensão que se estabelece entre pluralismo e consenso. Como foi visto, a crítica principal ao modelo habermasiano se concentrou na sobrevalorização de uma unidade em detrimento de uma maior atenção aos dissensos, produzindo relevantes consequências teóricas para a análise do mundo do direito (e da justiça). A principal indagação que se chega ao final da seção é justamente a seguinte: em que medida se constrói um direito legítimo que considere a pluralidade, sendo os canais de produção de normas convergentes no sentido de uma unidade? Habermas não foi negligente em pensar um caminho.

Primeiramente, é preciso realizar uma reflexão a respeito da esfera pública na teoria habermasiana. O autor estabelece como requisito fundamental para o alcance de consensos no mundo da vida o compartilhamento por parte dos atores sociais de valores e critérios de validade comuns. A sua teoria parte do princípio de que “a formação linguística de um consenso, por meio do qual as interações unam o tempo e o espaço, permanece dependente de posições autônomas de ‘sim’ ou ‘não’ que os participantes em comunicação tomam em relação a critérios de validade criticáveis”.<sup>53</sup> Portanto, a chave argumentativa não é que a pluralidade leva à anomia ou à ausência de padrões comuns; pelo contrário, Habermas sustenta que, diante de um pluralismo nas sociedades contemporâneas, cada vez mais se procura justamente identificar aspectos em comum aos indivíduos (critérios de validade) que se desenvolvam como parâmetros ético-políticos. Mais propriamente, “na medida em que as identidades coletivas podem se desenvolver somente numa consciência pública descentrada, fragmentada, frágil, dinâmica e disforme, os discursos ético-políticos que alcançam profundidade se tornaram tanto possíveis quanto inevitáveis”.<sup>54</sup> Todos agem coletivamente porque vivenciam a ação comunicativa em seu cotidiano, e agir coletivamente significa estabelecer critérios de validade comuns que estejam preenchidos por conteúdos discursivos de ordem ético-política. Nesta linha, a pluralidade habermasiana enseja a *necessidade* de associação entre os indivíduos com o fulcro de estabelecer critérios de conduta no mundo da vida em certa medida padronizados, servindo-se como referenciais aos atores em suas ações.

A noção de esfera pública ganha relevo justamente no momento de *vocalização* desta diversidade e de *constituição* de uma identidade coletiva a partir

---

<sup>53</sup> Habermas, *Themes in postmetaphysical thinking*, op. cit., p. 43.

<sup>54</sup> Habermas, *Between facts and norms*, op. cit., p. 97.

de critérios comuns. Neste sentido, a “audiência pública possui a autoridade final, porque ela é constitutiva da estrutura interna e da reprodução da esfera pública, o único lugar onde os atores podem aparecer. Não pode haver esfera pública sem um público”,<sup>55</sup> de modo que “os problemas vocalizados na esfera pública primeiro se tornam visíveis quando são espelhados nas experiências de vida pessoais”.<sup>56</sup> Por isso, a esfera pública tem o potencial de reunir, simultaneamente, a cultura, a sociedade e a personalidade, construindo um núcleo relevante de vocalização de opiniões, demandas e clamores por parte da sociedade civil. No caso das sociedades complexas, a esfera pública ainda consiste numa “estrutura intermediária entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e dos sistemas funcionais, de outro”.<sup>57</sup>

Além disso, outro elemento deve ser considerado na teoria do discurso de Habermas: a relação entre direito e democracia da perspectiva do Estado. O Estado tem centralidade na argumentação habermasiana sobre o direito, principalmente porque o autor visa fundar as premissas da democracia primariamente nos próprios princípios do sistema constitucional alicerçados num sistema de direitos. O argumento é explícito no sentido de enfatizar que há uma relação necessária entre direito e Estado, de modo que não seria possível pensar a produção e aplicação de normas jurídicas sem um poder administrativo correspondente que, em virtude de sua legitimidade, tenha a possibilidade de efetivar o direito. De fato, “porque os direitos requerem o Estado político, e o Estado requer o direito para a sua legitimidade, nós vemos uma conexão interna ente o direito e a política no Estado”,<sup>58</sup> ou seja, se observa um “poder político ‘já pressuposto’ no meio do direito, um poder para o qual a formulação e a aplicação do direito devem seu caráter vinculante”.<sup>59</sup> O direito legitima o Estado por meio de princípios jurídicos, ao passo que o Estado legitima o direito por meio de procedimentos de produção, de modo que: a) toda produção de direito englobe, implicitamente, a presença de um Estado; b) e que toda atuação do Estado esteja respaldada por um ordenamento jurídico legítimo.<sup>60</sup> Por isso, o direito e o poder político são

---

<sup>55</sup> Ibid., p. 364.

<sup>56</sup> Ibid., p. 365.

<sup>57</sup> Ibid., p. 373.

<sup>58</sup> MARSH, J.L. *Unjust legality: a critique of Habermas's philosophy of law*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2001. p. 56.

<sup>59</sup> Habermas, *Between facts and norms*, op. cit., p. 132.

<sup>60</sup> Interessante, nesse sentido, é a assertiva de Maus: “A forma legal é igualmente indispensável na concepção de Habermas, apesar das justificações teórico-discursivas não serem dadas por ela. Sem a forma do direito, nem o código legal nem o princípio da democracia poderia se formar”. (Maus, *Liberties and popular sovereignty*, op. cit., p. 847)

complementares do ponto de vista sistêmico, pois o direito “autoriza alguns exercícios de poder e desautoriza outros e, além disso, provê procedimentos e formas que definem vários poderes governamentais e competências para se formar”,<sup>61</sup> ao passo que o “o poder governamental, enquanto isso, provê um acervo de sanções que torna o direito socialmente efetivo”.<sup>62</sup> Nestes termos, o poder político-administrativo do Estado não é externamente justaposto ao direito, mas é pressuposto pelo direito e estabelecido na forma do direito. Em decorrência disto, “não é a forma legal como tal que legitima o exercício do poder estatal, mas somente a ligação com o direito legitimamente constituído, que é racionalmente aceito por todos os cidadãos num processo discursivo de formação de opinião e vontade”.<sup>63</sup>

Por outro lado, Habermas sofisticava o argumento ao admitir que a conexão interna entre direito e Estado não é suficiente. O fato de o Estado possuir o poder político-administrativo para aplicar o direito legítimo alicerçado em princípios constitucionais não basta se tal direito estiver fechado ao exercício e presença do poder comunicativo. O cuidado de Habermas é justamente em delimitar que “o aparato estatal possui o monopólio do poder e violência (*Gewaltmonopol*), mas ninguém pode efetivamente possuir o poder comunicativo”,<sup>64</sup> ganhando relevo o debate sobre os canais de legitimidade criados na esfera pública por meio da *vocalização* de demandas e *constituição* de espaços de sociabilidade.

Se realizarmos um esforço reflexivo, é possível sustentar que a relação Estado/direito atua como um elemento fundamental na tensão anteriormente analisada entre a pluralidade das sociedades contemporâneas e a formação de consensos. Como foi visto, a crítica feita a Habermas reside justamente na (im)possibilidade de se chegar a uma unidade comunicativa a partir de uma pluralidade de atores que estão inseridos em mundos da vida distintos e, por isso, vivenciam suas práticas sociais no cotidiano de formas distintas e com orientações de valores distintos. Ao introduzir o Estado nesta relação, Habermas fornece subsídios para se pensar em mecanismos de estabilização de comportamentos por meio de uma autoridade vinculante, que, indiretamente, constrói critérios de validade comuns calcados nos princípios jurídicos e no sistema de direitos. Com efeito, “enquanto instituições arcaicas fundadas

---

<sup>61</sup> Rehg, Translator's introduction, op. cit., p. 28.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Marsh, *Unjust legality*, op. cit., p. 57.

<sup>64</sup> Maus, *Liberties and popular sovereignty*, op. cit., p. 874.

em visões de mundo fixadas em orientações de valores por meio de padrões de comunicação rígidos, o direito moderno permite que as convicções sejam substituídas por sanções no sentido do cumprimento de regras”.<sup>65</sup> Portanto, mais precisamente, como é possível caracterizar um direito legítimo nos termos habermasianos?

Baxter oferece um raciocínio relevante sobre o tema. Segundo o autor, o direito legítimo, na visão de Habermas, é “tanto o resultado da produção democrática de direito quanto o mecanismo que define as estruturas do comando e obediência oficiais que Habermas chama de ‘poder administrativo’”<sup>66</sup> Assim, o direito seria o mecanismo de efetivação e regulação do que Habermas denomina como *conversão do poder comunicativo em poder administrativo*, ou seja, entre o poder que emerge das dinâmicas societárias e o poder estatal. Calhoun, por sua vez, observa uma relação de tensão na tríade esfera pública/Estado/mercado. O autor ressalta que

A importância da esfera pública reside em seu potencial como um modo de integração social. O discurso público (o que Habermas mais tarde e mais amplamente chama de ação comunicativa) é o modo possível de coordenação da vida humana, assim como são o poder estatal e as economias de mercado. Mas o dinheiro e o poder são modos não discursivos de coordenação, tal como a teoria posterior de Habermas demonstra; eles não oferecem aberturas intrínsecas à identificação da razão e da vontade, e eles sofrem as tendências rumo à dominação e à reificação. O Estado e a economia são então tópicos cruciais rivais da esfera pública democrática.<sup>67</sup>

Calhoun, portanto, situa a teoria de Habermas como uma teoria claramente ousada, na medida em que constrói um arranjo político-administrativo-econômico-comunicativo em que cada dimensão da realidade social seja, ela própria, a manifestação de processos discursivos de construção de legitimidade. Talvez, a maior contribuição de Calhoun seja conferir destaque ao próprio lugar ocupado pela esfera pública como um componente essencial na produção do direito, tendo em vista que somente ela teria poder comunicati-

---

<sup>65</sup> Habermas, *Between facts and norms*, op. cit., p. 37.

<sup>66</sup> Baxter, *Habermas's discourse theory of law and democracy*, op. cit., p. 262.

<sup>67</sup> CALHOUN, C.J. Introduction: Habermas and the public sphere. In: \_\_\_\_\_. *Habermas and the public sphere*. Cambridge/London: MIT Press, 1992. p. 6.

vo para influir nesta produção por meio de procedimentos discursivos. Howard, por sua vez, busca refletir sobre a legitimidade do direito em Habermas resgatando a conversão do poder comunicativo em administrativo. Segundo sua concepção,

Em primeira instância, o direito terá que reconfigurar o centro ausente tomando o papel político-administrativo. Nesse sentido, o *sistema* político assume a responsabilidade do funcionamento da sociedade como um todo. Os indivíduos, cujas interações crescentemente complexas e diferenciadas ele regula, podem agora relacionar-se a ele como se ele desse sentido às suas ações e interações. Mas eles também se relacionam com o sistema político estrategicamente tirando vantagem de sua forma universal de modo a reduzir a complexidade de suas decisões individuais. Aqui é onde um segundo parâmetro entra. O direito não é um fato que é imposto pela força; ele precisa ser entendido para ser legítimo. Para ser legítimo, o direito tem de estar baseado no consentimento que, nas condições da modernidade, significa que ele tem uma validade racional ou normativa. Aqui é onde o poder comunicativo entra. Esses dois parâmetros não são separados entre si assim como dois corpos de um rei; mas eles não estão fundidos imutavelmente; o Direito não sucumbe quando novos direitos são legislados tampouco o Reino quando morre o rei. A questão é a sua relação legítima.<sup>68</sup>

O autor introduz um elemento essencial na compreensão da legitimidade do direito em Habermas: o entendimento dos que detêm o poder comunicativo, ou seja, dos componentes da esfera pública. De fato, o direito é visto como legítimo não somente porque participa da transformação de um poder comunicativo para um poder administrativo, tampouco porque recebe um aparato político-administrativo para seu cumprimento. É preciso que os componentes desta esfera pública tenham, de forma racional, o entendimento e compreensão da sua produção enquanto direito. Assim, “o direito é um instrumento coercitivo. Mas a condição para a possibilidade de sua implementação coercitiva é válida. Para o direito ser válido deve derivar sua legitimidade daqueles para os quais é aplicado”.<sup>69</sup> A discussão, então, retorna à esfera pública e busca

---

<sup>68</sup> Howard, *Law and political culture*, op. cit., p. 1405.

<sup>69</sup> RASMUSSEN, D.M. Jurisprudence and validity. *Cardoso Law Review*, n. 4-5, v. 17, p. 1068, 1996.

refletir justamente sobre o percurso da transformação do poder comunicativo em poder administrativo, e o meio através do qual ocorre esta conversão é o *procedimento*.<sup>70</sup> Diversos autores<sup>71</sup> têm se ocupado desta temática, rediscutindo e problematizando a perspectiva habermasiana. O cerne do argumento de Habermas consiste no seguinte: as normas jurídicas, em virtude de não terem como fundamento de validade o ponto de vista moral, têm um caráter artificial, razão pela qual o “princípio da democracia tem de não somente estabelecer um procedimento de produção de direito legítimo, mas também conduzir a produção do próprio meio jurídico”.<sup>72</sup> Mas a produção de direitos pela via de procedimentos não é trivial, e Habermas está atento a isso. Com efeito, a legitimidade do direito só é alcançada nestes termos quando se consideram as “qualificações dos cidadãos para procedimentos juridicamente institucionalizados de formação discursiva de opinião e vontade”.<sup>73</sup> Além disso, semelhantemente à argumentação de Tocqueville,<sup>74</sup> seria preciso que os cidadãos se engajassem no processo de tornar garantias formais efetivamente exercidas em seu cotidiano; não se trataria mais de se *ter* o direito, mas de *exercê-lo*. Em sua análise sobre a democracia na América, Tocqueville afirma:

Os homens que habitam os países democráticos, se não têm nem superiores, nem inferiores, nem sócios habituais e necessários, recolhem-se de bom grado para si mesmos e se consideram isolados. Tive a ocasião de demonstrar isso amplamente na abordagem do individualismo.

---

<sup>70</sup> Para uma análise mais aprofundada desta conversão e da construção de procedimentos, é relevante a análise de Maus. Em seu estudo sobre Habermas, sustenta que “o direito recebe seu sentido normativo pleno não por si, nem por sua forma, nem por um conteúdo moral *a priori*, mas pelo procedimento de produção do direito que clama por legitimidade” (Maus, *Liberties and popular sovereignty*, op. cit., p. 836)

<sup>71</sup> Exemplo desta discussão é a de Lenoble. O argumento é que “O direito só é legítimo na medida em que seu desenvolvimento e elaboração resultam de uma participação igual de todos os cidadãos na discussão pública que leva a sua adoção pela política. O que segue de um compromisso de aplicar a democracia ao direito e à política é o princípio da discussão como uma precondição para a racionalidade de qualquer discussão objetivando chegar a um consenso sobre normas. Como preço de sua legitimidade, o direito moderno tem de assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Essa é uma consequência do direito de participação no debate público sobre a justificação de normas, e dos princípios da liberdade e da igualdade que são os correlatos necessários ao direito fundamental de participação pública” (LENOBLE, J. *Law and undecidability: a new vision of the proceduralization of law*. *Cardoso Law Review*, n. 4-5, v. 17, p. 942, 1996).

<sup>72</sup> Habermas, *Between facts and norms*, op. cit., p. 111.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>74</sup> Para um aprofundamento da temática sobre Tocqueville e o campo jurídico, ver ASENSI, F.D. *Derecho y democracia en America: pensando en el jurista Tocqueville*. *Revista Via Iuris*, v. 5, 2008.

Portanto é sempre com esforço que estes homens se retiram de seus afazeres particulares para se ocupar dos afazeres públicos; sua tendência natural é a de deixá-los a cargo do único representante visível e permanente dos interesses coletivos, que é o Estado.<sup>75</sup>

O alerta de Tocqueville consiste no perigo de as pessoas se voltarem tanto para seu foro privado que acabam não dando importância às questões de natureza pública, conferindo, por consequência, ampla arbitrariedade e possibilidade de ação ao Estado. De fato, o individualismo não afasta os indivíduos da esfera pública, “mas limita e distorce seu entendimento sobre ela. Se a ação humana é sempre a expressão espontânea de afeição ou o cálculo racional do próprio interesse, então quando a primeira falha apenas a segunda resta”.<sup>76</sup> Essencialmente, a preocupação é que o individualismo ocasione um descaso pela esfera pública a ponto de as pessoas se desinteressarem pelos assuntos da coletividade, o que ocasiona “uma crescente indiferença cívica que constitui o caldo de cultura da emergência de um novo tipo de despotismo”.<sup>77</sup> Em argumento semelhante, Habermas sustenta que o direito é legítimo “somente se cidadãos engajados saírem do papel de sujeitos jurídicos privados e tomarem a perspectiva de participantes que estão engajados no processo de alcance de entendimento sobre as regras de sua vida em comum”.<sup>78</sup> Portanto, a *esfera pública* — espaço de vocalização participativa de demandas — não se confunde com o *público*, e o esforço normativo da teoria habermasiana consiste justamente em aproximar ao máximo ambas as dimensões. Diante desse hiato na participação e deliberação, Habermas recebeu algumas críticas, destacando-se, principalmente, a perspectiva de Luhmann.

Este autor resgata a locução latina *Quod omnes tangit, omnibus tractari et approbari debet* como ponto de partida da discussão. Trata-se de uma expressão originária do direito romano que tem relação com “a circunstância de uma pluralidade de guardiões legais da mesma divisão”.<sup>79</sup> Literalmente, a expressão significa que *todos aqueles afetados deveriam ser ouvidos e concorda-*

<sup>75</sup> TOCQUEVILLE, A. de. A democracia na América. In: WEFFORT, F.C. *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2003. v. 2.

<sup>76</sup> BELLAH, R.N. The quest for the self: individualism, morality and politics. In: MASUGI, K. *Interpreting Tocqueville's democracy in America*. Savage: Rowman & Littlefield, 1991. p. 343.

<sup>77</sup> JASMIN, M. *Alexis de Tocqueville: a historiografia como ciência da política*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2005. p. 37.

<sup>78</sup> Habermas, Themes in postmetaphysical thinking, op. cit., p. 461)

<sup>79</sup> LUHMANN, N. Quod omnes tangit: remarks on Jurgen Habermas's legal theory. *Cardoso Law Review*, n. 4-5, v. 17, p. 883, 1996.

*rem*, ou seja, em termos da teoria do discurso, todos os destinatários de uma determinada norma — que é artificial, por definição — devem ser ouvidos e, por meio de procedimentos democráticos de formação de vontade e opinião, concordarem sobre tal norma, atribuindo-lhe legitimidade.

Nossa questão é, então, como a fórmula da participação engloba todos aqueles envolvidos? Como, a despeito de tudo, sua plausibilidade pode ser preservada? Certamente não na via praticável porque o envolvimento se torna decisão, então o envolvimento não pode ser identificado como discurso. Mesmo que esse argumento não se aplicasse, todos aqueles envolvidos não necessariamente aceitariam um convite ao discurso. Obrigá-los a fazer isso contraditaria os princípios considerados da teoria do discurso.<sup>80</sup>

O dilema da participação é, nesta concepção, o ponto crítico da teoria habermasiana sobre a legitimidade do direito. Uma vez que os cidadãos decidam se abster de participar e, por isso, de construir conjuntamente o direito, como é possível a constituição de uma legitimidade a partir de uma *esfera pública* que não comporta todos os *públicos*? Uma primeira aproximação com as teorias que consideram o pluralismo jurídico poderia propor uma superação ou, ao menos, uma justificativa a este dilema. A tensão passa a operar não somente na legitimidade do direito, mas na própria legitimidade do Estado.

### 3. A temática do pluralismo jurídico

#### A. A perspectiva pluralista e o campo do direito

É possível sustentar que a temática do pluralismo jurídico tem seus fundamentos epistemológicos e metodológicos em momentos distintos do pensamento social e jurídico nacional e internacional. Apesar de se solidificar enquanto perspectiva teórica principalmente a partir das décadas de 1960 e 1970 do século XX, não é incongruente observar algumas vertentes analíticas do direito que, principalmente pela via sociológica, o situam numa perspectiva pluralista. As reflexões contemporâneas no campo da sociologia do direito têm se voltado —

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 884.

principalmente a partir da década de 1970 com os estudos de Santos<sup>81</sup> e Nonet e Selznick<sup>82</sup> — para a relação que se estabelece entre norma e realidade social. Tais estudos inauguram de forma sistematizada as reflexões sobre a efetividade das normas no mundo da *práxis*. Neste sentido, a necessidade de extrapolar a “letra da lei” nasceu da própria inserção no campo do direito de outras ciências (sociologia, antropologia, ciência política etc.), as quais propunham uma reflexão sobre o direito de forma transdisciplinar, crítica, problematizante, histórica e não dogmática, desencadeando um processo de *estranhamento* das instituições jurídicas por meio de uma reflexão científica.<sup>83</sup>

Referindo-se à terminologia inaugurada pelo jurista norte-americano O.W. Holmes, é possível afirmar que os estudos sociológicos sobre o direito partem da constatação do hiato existente entre o direito dos livros (*law in books*) e o direito em ação (*law in action*). É o descompasso entre o direito escrito e a prática concreta dos atores sociais que possibilita a inserção da sociologia no campo do direito através da análise da efetividade da norma jurídica. Portanto, num primeiro momento, a sociologia busca analisar e esmiuçar problemas com relação à efetividade da norma estatal no seio social com vistas a responder à seguinte pergunta: em que medida as normas jurídicas recebem adesão dos atores em seu cotidiano? Posteriormente, com o incremento da pluralidade de fontes normativas não estatais e com a constatação de diversos problemas referentes ao acesso à justiça, temos uma sociologia que se preocupa não somente com a efetividade da *norma produzida*, mas também com a *norma em produção*. Esta compreensão não mais é baseada na adesão pura e simples dos atores à norma estatal, mas também nas condições de produção de normas estatais e não estatais, que recebem influência direta de relações de poder.<sup>84</sup> Neste sentido, a sociologia passa a não somente se preocupar com a

---

<sup>81</sup> Santos, *Law against law*, op. cit.

<sup>82</sup> NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and society in transition: toward a responsive law*. New York: Octagon Books, 1978.

<sup>83</sup> Para maiores reflexões acerca da inserção de outras ciências no campo do direito, ver ASENSI, F.D. Uma breve leitura sobre o ensino da sociologia jurídica no Brasil através das análises de José Eduardo Faria, Celso Campilongo e Eliane Juqueira. *Boletim Jurídico*, Uberaba, v. 172, 2006; e FRAGALE FILHO, R.; ASENSI, F.D.; RASKOVISCH, S.P.G. Pensando o ensino do direito através de uma pesquisa: contribuições sob a perspectiva da sociologia jurídica. In: XVI ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONPEDI, 2007, Campos. Anais... 2007.

<sup>84</sup> Pode-se considerar como um dos precursores deste enfoque sociológico das condições de produção do conhecimento jurídico o sociólogo francês Michel Foucault (FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999). Sobre a articulação entre Foucault e o campo do direito, ver ASENSI, F.D. Direito e sociologia segundo o pensamento de Michel Foucault. *Boletim Jurídico*, Uberaba, v. 170, 2006.

efetividade da norma em particular (reflexão *post hoc*), mas também com os próprios contextos de produção da norma estatal (reflexão *ante hoc*) e de produção de normas não estatais (reflexão *ad hoc*).

A reflexão *ad hoc*, nesta linha, muda o foco para a relação que se estabelece entre a produção endógena de direitos a partir das práticas sociais e as comunidades específicas sobre as quais incidem tais normas, que se configuram fundamentalmente não estatais. A perspectiva pluralista — já observando uma contraposição relevante à teoria habermasiana — sustenta a emergência de outros centros produtores de direito legítimo na sociedade moderna, revelando a complexidade das relações sociais. Além disso, admite que as questões jurídicas não são questões descoladas da sociedade e, portanto, encontram-se amplamente relacionadas ao seio social, não necessariamente guardando relação com o Estado. Alguns autores tratam empiricamente desta temática, cabendo, aqui, o exemplo de Neder, segundo a qual “o direito não deve ser simplesmente confundido com o Estado e/ou a ideologia dominante. Situado no interior das contradições sociais, espelha a estrutura social existente. Nem todo Direito é, portanto, Direito Estatal”.<sup>85</sup> Bobbio, por sua vez, na ocasião em que procurou definir o termo *pluralismo*, sustentou que se trata de uma concepção “que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de eliminar, o centro do poder dominante”.<sup>86</sup>

Neste sentido, a noção de pluralismo jurídico traz consigo: a) a ideia de que são os fatores sociais que incidem na produção jurídica através de relações de poder; b) o campo da produção jurídica envolve o embate e o conflito, o que pode levar a contradições dentro de um mesmo ordenamento. Neste sentido, o pluralismo jurídico preconiza que o Estado seja apenas mais um centro de produção de direitos, existindo esferas não estatais que produzem um direito legítimo e concorrente ao direito estatal, diferentemente de Habermas, para o qual todo direito que é legítimo emana do Estado de forma procedimental. Por outro lado, tratar de pluralismo envolve o reconhecimento de que não é homogênea esta perspectiva teórica, variando de acordo com os autores e as sociedades nas quais estão inseridos. Por isto, o objetivo não é desvendar “a” perspectiva pluralista existente, mas tão somente de eviden-

---

<sup>85</sup> NEDER, G. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

<sup>86</sup> BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Brasília: Editora UnB, 2004.

ciar algumas perspectivas pluralistas que tensionem o projeto habermasiano, principalmente no tocante ao direito.

### *B. Os pluralismos jurídicos*

Um dos principais pesquisadores do tema do pluralismo e, em especial, do pluralismo jurídico, é Belley. O autor realiza um estudo não somente do percurso histórico da perspectiva jurídico-pluralista, mas também busca identificar os pressupostos sociológicos e jurídicos que lhe conferem fundamento. O primeiro debate travado por Belley consiste justamente no ponto de apoio da teoria habermasiana: a relação entre Estado e direito. O autor observa que, ao longo do tempo, o Estado progressivamente se tornou o centro da realidade social, de modo que a concepção do direito proposta pelos juristas se impôs no campo das reflexões sobre o direito. Assim, o autor sustenta que a “estatização do direito foi também uma estatização da concepção de direito dentro do universo intelectual”,<sup>87</sup> uma vez que toda e qualquer norma foi associada à figura estatal no tocante a sua legitimidade. Por outro lado, também se observa simultaneamente uma progressiva atenção dada aos momentos de produção de direito não estatal, partindo do princípio de que a perspectiva estatizante e a pluralista são concomitantes: “a história do pluralismo jurídico desde o início do século atual [XX] é inseparável da história do direito estatal”.<sup>88</sup> Neste sentido, seriam três as teses fundamentais que foram historicamente associadas à ideia de pluralismo jurídico: 1) o Estado não teria o monopólio do direito; 2) o direito não seria de uma abordagem racional aberta; 3) o fundamento do direito não seria a liberdade individual, mas a solidariedade social. O autor observa que a noção de pluralismo jurídico “não tinha nada de essencial que não fosse a primeira dessas teses. Mas ela foi integrada a uma teoria sociológica que se preocupava não somente com o fenômeno da estatização do direito, mas também dos problemas de racionalização e socialização do direito”.<sup>89</sup> Além disso, conforme foi explicitado, o debate sobre o conteúdo

---

<sup>87</sup> BELLEY, J.G. *L'état et la régulation juridique des sociétés globales: pour une problématique du pluralisme juridique*. *Sociologie et sociétés*, v. 18, n. 1, p. 12, 1986.

<sup>88</sup> *Ibid.* Reforçando o argumento, Belley observa: “Elaborado em grande medida em oposição direta a essa concepção dogmática, a teoria sociológica do direito se baseia em três atitudes complementares: o antiestatalismo, o antiformalismo e o anti-individualismo. Às pretensões favoráveis à soberania jurídica do Estado, ela opõe a ideia de pluralismo jurídico” (p. 13).

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 14.

do que define *pluralismo* não é pacífico, fazendo mais sentido tratá-lo em termos de *pluralismos*.

Os primeiros enfoques sobre o tema do pluralismo no campo do direito foram realizados por alguns autores europeus, principalmente de inspiração germânica, tais como Ehrlich (ênfase na ideia de direito vivo), Gurvitch (ênfase na ideia durkheimiana de solidariedade social) e Weber (ênfase na ideia de direito estatal pluralista). Ehrlich propõe uma distinção entre o *direito positivo*, presente na norma jurídica, e o *direito vivo*, fruto da dinâmica social. Este autor sustenta que “querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa”.<sup>90</sup> O direito, portanto, seria maior do que a norma, e é através de sua prática no cotidiano que se pode observá-lo como dinâmica social. O estudo do *direito vivo* permitiria extrapolar o raciocínio calçado na lei e no Estado, pois assume o direito como um fenômeno social. Ehrlich<sup>91</sup> sustenta que o *direito vivo* representa a ideia de que o direito é construído mediante a experiência concreta dos sujeitos. Por isso, na investigação do direito vivo “não se tornam supérfluos nem o método histórico, nem o etnológico”;<sup>92</sup> o direito está, portanto, intrinsecamente ligado à cultura e a seus processos históricos constitutivos, e, desta forma, profundamente relacionado às transformações sociais.<sup>93</sup> Na perspectiva de Gurvitch,<sup>94</sup> ganha relevo a ideia de solidariedade social, a coordenação coletiva de condutas no interior dos grupos sociais e a experiência coletiva de justiça, de modo que o direito se exprima fundamentalmente por uma experiência espontânea e intuitiva do sentimento de justiça. Ou seja, a racionalização desta “experiência jurídica sob a forma de regras abstratas e sua institucionalização nas superestruturas organizadas de tipo legislativo, judiciário ou repressivo, constitui apenas manifestações derivadas e superficiais da existência de uma ordem jurídica”.<sup>95</sup> Weber,<sup>96</sup> por sua vez, não compartilha desta perspectiva que autonomiza a produção de direitos em relação ao Estado, porém insere no seio do Estado

<sup>90</sup> EHRlich, E. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J. (Org.). *Sociologia e direito*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980. p. 110.

<sup>91</sup> Idem. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: Editora UnB, 1986.

<sup>92</sup> Idem, O estudo do direito vivo, op. cit., p. 114.

<sup>93</sup> Para aprofundar o tema do direito vivo na sociedade brasileira, ver MACHADO, F.R. de S.; ASENSI, F.D. Sociedad civil e instituciones jurídicas: pensando el derecho a la salud como un derecho vivo. *Revista Via Iuris*, v. 4, 2008.

<sup>94</sup> GURVITCH, G. *Tratado de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

<sup>95</sup> Belley, L'état et la régulation juridique des sociétés globales, op. cit., p. 14.

<sup>96</sup> WEBER, M. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora UnB, 1991.

também uma concepção pluralista, que será posteriormente rediscutida por outros autores, como Dahl. Na análise de Belley, o argumento de Weber é que “a estatização do direito não significa necessariamente o desaparecimento de todo pluralismo jurídico. Ela põe em evidência, com efeito, o desenvolvimento dos direitos especiais reconhecidos pelo Estado”.<sup>97</sup>

Em sentido similar ao de Weber, podemos identificar em Dahl uma versão pluralista que busca, em certa medida, pensar a articulação entre Estado e direito em sociedades complexas. O autor trabalha o tema a partir do que denominou de *pluralismo democrático* e *democracia pluralista*, no qual: a) o termo *democracia* “pode referir-se tanto a um ideal quanto a um tipo específico de regime atual. A democracia no sentido ideal é a condição necessária para a melhor ordem política. Ela não é uma condição suficiente”;<sup>98</sup> 4); b) e os termos *pluralismo* e *pluralista* “referem-se ao pluralismo organizacional, ou seja, à existência de uma pluralidade de organizações (subsistemas) relativamente autônomas (independentes) no domínio do Estado”.<sup>99</sup> Neste caso, a associação entre direito e Estado é fundamental, tal como Weber salientou, mas não impede que sejam incorporados nos processos de produção de direitos as pluralidades do mundo social contemporâneo. Ao tratar do tema da democracia pluralista, Dahl procura justamente demonstrar que um país só chega a tal patamar caso seja uma democracia no sentido de uma poliarquia e, simultaneamente, quando as organizações são relativamente autônomas, inaugurando o termo *pluralismo organizacional*. O autor sustenta que, “nos grandes sistemas políticos, as organizações independentes ajudam a prevenir a dominação e a criar um controle mútuo”,<sup>100</sup> sendo a principal alternativa ao controle mútuo no governo do Estado a hierarquia. Trata-se, então, de uma perspectiva pluralista que privilegia a produção de normas no interior do Estado por meio de organizações que abarquem tal pluralidade.

Talvez seja na perspectiva de Santos que o pluralismo tenha recebido sua versão mais aprimorada no campo do direito. A perspectiva de pluralismo jurídico em Santos parte do princípio de que existem outras fontes de produção de direito legítimo que não se confundem necessariamente com o direito estatal. Inclusive, o autor chega a definir as situações em que se configura o

<sup>97</sup> BELLEY, J.G. *L'état et la régulation juridique des sociétés globales*, op. cit., p. 17. Para uma análise que busca articular o pensamento de Weber e Habermas, ver SINTOMER, Y. *La démocratie impossible?: politique et modernité chez Weber et Habermas*. Paris: Éditions La Découverte, 1999.

<sup>98</sup> Dahl, *Dilemmas of pluralist democracy*, op. cit., p. 4.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 32.

pluralismo jurídico, quais sejam: “sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica”.<sup>101</sup> E tal pluralidade normativa pode receber diversos fundamentos, que variam desde o econômico e perpassam o racial, profissional, religioso etc. Além disso, “pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária”<sup>102</sup> ou, no caso de seu estudo sobre favelas no Brasil, pode ainda resultar “da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social — neste caso a habitação”.<sup>103</sup> Neste sentido, a pluralidade jurídica presente no interior de uma sociedade não é trivial, uma vez que é acompanhada de uma multiplicidade do ponto de vista de suas causas, cabendo às pesquisas empíricas desvendar os mecanismos de poder inerentes à produção desses direitos que não se confundem com o direito estatal. Nesta linha, Randeria corrobora a tese de Santos sobre o tema ao afirmar que

À medida que o governo é substituído por uma pluralidade de regimes de governo supra e infraestatais, com atores públicos e privados, há um direito descentralizado e microscópico que coexiste, de uma forma mais ou menos incômoda, com o direito monumental que anteriormente era monopólio dos Estados. O domínio do direito está sendo expandido no processo de inclusão de convenções, tratados, acordos bilaterais e multilaterais, bem como de protocolos com efeito jurídico, embora estes não possam ser entendidos como direito, no sentido estrito em que

---

<sup>101</sup> SANTOS, B. de S. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J. (Org.). *Sociologia e direito*. São Paulo: Pioneira, 1980. p. 87.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Ibid.* Ganha relevo a tese de doutorado de Santos defendida na Universidade de Yale sobre o pluralismo jurídico na favela, na década de 1970 do século XX. A pesquisa empírica foi desenvolvida na favela do Jacarezinho (que recebeu a denominação lúdica de *Pasárgada*), na cidade do Rio de Janeiro. Segundo Santos, “no caso específico de Pasárgada, pode detectar-se a vigência não oficial e precária de um direito interno e informal, gerido, entre outros, pela associação de moradores, e aplicável à prevenção e resolução de conflitos no seio da comunidade decorrentes de luta pela habitação. Este direito não oficial — o direito de Pasárgada como lhe poderei chamar — vigora em paralelo (ou em conflito) com o direito oficial brasileiro e é desta duplicidade jurídica que se alimenta estruturalmente a ordem jurídica de Pasárgada. Entre os dois direitos se estabelece uma relação de pluralismo jurídico extremamente complexa, que só uma análise muito minuciosa pode revelar. Muito em geral, pode dizer-se que não se trata de uma relação igualitária, já que o direito de Pasárgada é sempre e de múltiplas formas um direito dependente em relação ao direito oficial brasileiro. Recorrendo a uma categoria da econômica política, pode dizer-se que se trata de uma troca desigual de juridicidade que reflete e reproduz, a nível sócio-jurídico, as relações de desigualdade entre as classes cujos interesses se espelham num e noutra direito” (*Ibid.*, p. 88).

possuam uma base legislativa. Além disso, a linha divisória entre direito público e privado e entre direito e política está sendo reformulada, dada a produção de normas por parte de atores como sociedades de advogados, árbitros privados e ONGs. A criação do direito torna-se cada vez mais um processo contínuo, de origem tanto administrativa quanto legislativa, sendo as regras, regulamentos e prescrições produzidas a partir de uma diversidade de fontes locais e com fronteiras inconstantes.<sup>104</sup>

A diversidade, portanto, incide não somente na relação entre Estado e sociedade, mas também na própria distribuição de poder em ambas as dimensões, de modo que o processo de produção e legitimação de direitos se torne extremamente complexo, principalmente diante de uma pluralidade de atores que o compõem. A ideia de *clivagens segmentais*, inaurada por Eckstein<sup>105</sup> e desenvolvida por Lijphart, oferece um referencial relevante para se pensar esta complexidade. O argumento é que uma sociedade plural é uma sociedade dividida por *clivagens segmentais*, que podem ser de natureza religiosa, ideológica, linguística, regional, cultural, racial e étnica. Além disso, “os partidos políticos, grupos de interesse, meios de comunicação, escolas e associações voluntárias tendem a se organizarem ao longo das linhas dessas clivagens segmentais”,<sup>106</sup> ou seja, clivagens que se inserem no interior do processo de legitimação do direito e que tensionam a relação entre Estado e sociedade.

Entre outros autores que também apresentam pontos de conflito com a teoria habermasiana, é possível destacar Walzer. Este autor inaugura o termo *igualdade complexa* como uma tentativa de reformular o conceito uniformizante de igualdade para dar conta de uma forma mais diferenciada de sociedade, que pode significar uma mudança em seu próprio *ethos*. Na perspectiva do autor, o argumento da *igualdade complexa* começa pelo “entendimento — quero dizer, o nosso entendimento atual, concreto, positivo e particular — de vários bens [*goods*] sociais. E então ele nos move a uma discussão sobre a forma

<sup>104</sup> RANDERIA, S. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania referenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 468.

<sup>105</sup> ECKSTEIN, H. *Division and cohesion in democracy: a study of Norway*. Princeton: Princeton University Press, 1966.

<sup>106</sup> LIJPHART, A. *Democracy in plural societies: a comparative exploration*. New Haven/London: Yale University Press, 1977.

por meio da qual nós nos relacionamos uns aos outros com esses bens".<sup>107</sup> Há, portanto, uma compreensão pluralista em relação às visões de mundo e ao conteúdo do que é valorizado socialmente enquanto *bem*, o que, em princípio, afastaria possibilidades concretas de consenso. Porém, Walzer aponta uma possibilidade, aproximando-se do argumento de Habermas:

Onde os procedimentos democráticos sobreviveram, os limites aos abusos de poder usualmente permaneceram. A autoridade política democrática, é óbvio, não garante que a 'igualdade complexa' aconteça. As maiorias democráticas podem ser sustentadas por muitas formas de desigualdades, de muitas dimensões, mas menos facilmente quando tais desigualdades são proibidas de invadir (através da denúncia da riqueza e da violência) o próprio processo político. Nos moldes em que Walzer define a "igualdade complexa" procedimentalmente, como uma forma de negociação entre sistemas de valores em competição, então as garantias procedimentais de negociação (*grosso modo*, democracia) são suas condições necessárias, porém não suficientes. Se observam então fortes razões para dar prioridade, como Walzer o faz, à esfera da soberania democrática política.<sup>108</sup>

Portanto, o que se pode observar é uma pluralidade de concepções, teorias, hipóteses e pesquisas sobre o *pluralismo jurídico*, o que torna visivelmente complexa a possibilidade de qualquer redução semântico-conceitual do que significam estes termos. Porém, é possível indicar que as teorias, a seu modo, partem do princípio de que: a) é possível que a sociedade influa e produza direitos no interior do Estado; b) a relação entre Estado e sociedade é de tensão. Algumas teorias — mais radicais, tais como Santos — assumem a possibilidade de haver produção de direito legítimo, porque social, fora do âmbito estatal; ao passo que outras — mais moderadas, tais como Weber e Dahl — admitem que a pluralidade da vida social só recebe legitimidade do ponto de vista da produção de direitos quando incide no âmbito estatal. Neste sentido, as teorias que tratam de pluralismo jurídico nos termos propostos por Santos apresentam um potencial de contraposição à teoria de Habermas muito mais

---

<sup>107</sup> WALZER, M. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books Publishers, 1983. p. 18.

<sup>108</sup> RUSTIN, M. Equality in post-modern times. In: MILLER, D.; WALZER, M. *Pluralism, justice and equality*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 41.

visível, porque admitem o pressuposto de que nem todo direito legítimo é direito estatal.

#### 4. Considerações finais

Todo esforço de tensionar Habermas e as teorias do pluralismo jurídico envolve dois desafios: a) primeiramente, o de contextualizar os autores em seu tempo-espaço de modo a pensar suas teorias relacionadas às dinâmicas societárias específicas nas quais estão inseridos; b) e, em segundo lugar, o de admitir como pressuposto de discussão que não há somente uma versão para o tema do pluralismo. Visto isso, é possível indicar alguns pontos de tensão que se estabelecem no interior desta análise. O primeiro deles é a relação de legitimidade que se estabelece entre a produção de direitos, Estado e sociedade. De fato, Habermas propõe uma leitura que difere da concepção liberal do Estado como um guardião da sociedade econômica e da concepção republicana de uma comunidade ética institucionalizada no Estado. Por outro lado, a própria ideia de pluralismo jurídico já desmistifica a ideia de que os centros não estatais de poder também produzem direitos que recebem legitimidade de seus produtores. Logicamente, isso não quer dizer que, necessariamente, os titulares destes direitos construídos fora da esfera estatal não visem, posteriormente, que tais direitos não sejam inseridos no âmbito da norma estatal, ganhando relevo o que alguns autores chamam de *pluralismo no processo político-decisório*.<sup>109</sup> Assim, ao passo que o *pluralismo jurídico* significaria a emergência de outros centros de poder que realizam sua própria produção de direito, o *pluralismo no processo político-decisório* representaria outro movimento: a forma que estes centros procuram, através do embate e do conflito de ideias, inserir na norma estatal sua norma particular. Por isso, a produção de direito realizada fora do Estado retorna para seu âmbito. Este retorno ao Estado pode se dar diretamente (sendo um legislador, por exemplo) ou indiretamente (através de grupos de pressão).

Outro debate desta tensão é o hiato existente entre procedimentos democráticos e (des)qualificação dos cidadãos no âmbito da deliberação. Ao conferir

---

<sup>109</sup> Para uma distinção mais qualificada entre pluralismo jurídico e pluralismo no processo político-decisório, ver ASENSI, F.D. Entre o pluralismo no processo político-decisório e o pluralismo jurídico tradicional: uma análise dos frutos do direito social. *Revista Datavenia*, João Pessoa, v. 85, 2005.

primazia ao procedimento como fonte de legitimidade do direito, Habermas subenfatizou a questão da cultura política de participação dos titulares dos direitos nos procedimentos de produção de normas jurídicas. De fato, as diferenças culturais são fatores relevantes no preenchimento do conteúdo democrático do procedimento, uma vez que “quanto maior a esfera pública, maior a dificuldade de certos grupos em participar efetivamente do cenário em que não definiram e tampouco tiveram grande influência”.<sup>110</sup> Deste modo, as minorias têm dificuldades na deliberação, porque elas também sofrem desigualdades sociais constantes,<sup>111</sup> de modo que “desigualdades constantes podem levar a dificuldades na participação na deliberação pública, particularmente para aquelas visões de mundo minoritárias que precisam de reconhecimento público”.<sup>112</sup> A vertente pluralista, em princípio, confere enfoque especial justamente ao ponto de crítica a Habermas: a ênfase no dissenso.<sup>113</sup> Talvez, por isso, a tensão não seja somente do ponto de vista teórico, mas fundamentalmente empírico.

## Referências

ASENSI, F.D. Derecho y democracia en America: pensando en el jurista Tocqueville. *Revista Via Iuris*, v. 5, 2008.

\_\_\_\_\_. Direito e sociologia segundo o pensamento de Michel Foucault. *Boletim Jurídico*, Uberaba, v. 170, 2006.

\_\_\_\_\_. Entre o pluralismo no processo político-decisório e o pluralismo jurídico tradicional: uma análise dos frutos do direito social. *Revista Datavenia*, João Pessoa, v. 85, 2005.

---

<sup>110</sup> BOHMAN, J. *Public deliberation: pluralism, complexity, and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 105.

<sup>111</sup> Para ver exemplo de desafios de cultura política na participação de usuários no Sistema Único de Saúde, ver FRANÇA, A.M.; ASENSI, F.D.; PINHEIRO, R. Saúde como direito e a saúde como privilégio no âmbito dos usuários do SUS. In: REUNIÃO DE ANTROPOLOGIA DO MERCOSUL, VII, 2007, Porto Alegre. Anais... 2007; \_\_\_\_\_. Cultura jurídica e cultura política na efetivação do direito à saúde. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS EM SAÚDE, IV / CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE SAÚDE, XIV / CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE MEDICINA SOCIAL, X, 2007, Salvador. Anais... 2007.

<sup>112</sup> Bohman, *Public deliberation*, op. cit.

<sup>113</sup> Exemplo desta crítica, apesar de não filiada propriamente à perspectiva pluralista, é a análise de McCarthy: “A teoria do discurso de Jürgen Habermas tem sido repetidamente criticada por dar muita ênfase ao consenso e não suficiente ao conflito. Ele quer, ao que parece, defender uma versão teórico-discursiva da ‘vontade geral’ como a chave da democracia, qualquer que seja o custo”. (McCarthy, *Legitimacy and diversity*, op. cit., p. 1083).

\_\_\_\_\_. Uma breve leitura sobre o ensino da sociologia jurídica no Brasil através das análises de José Eduardo Faria, Celso Campilongo e Eliane Juqueira. *Boletim Jurídico*, Uberaba, v. 172, 2006.

BAXTER, H. Habermas's discourse theory of law and democracy. *Buffalo Law Review*, n. 50, p. 205-340, 2002.

BELLAH, R.N. The quest for the self: individualism, morality and politics. In: MASUGI, K. *Interpreting Tocqueville's democracy in America*. Savage: Rowman & Littlefield, 1991.

BELLEY, J.G. L'état et la régulation juridique des sociétés globales: pour une problématique du pluralismo juridique. *Sociologie et sociétés*, v. 18, n. 1, p. 11-32, 1986.

BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. São Paulo: Editora UnB, 2004.

BOHMAN, J. *Public deliberation: pluralism, complexity, and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

CALHOUN, C.J. Introduction: Habermas and the public sphere. In: \_\_\_\_\_. *Habermas and the public sphere*. Cambridge/London: MIT Press, 1992.

CITTADINO, G. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

DAHL, R.A. *Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs. control*. New Haven/London: Yale University Press, 1982.

ECKSTEIN, H. *Division and cohesion in democracy: a study of Norway*. Princeton: Princeton University Press, 1966.

EHRlich, E. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J. (Org.). *Sociologia e direito*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da sociologia do direito*. Brasília: UnB, 1986.

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.

FRAGALE FILHO, R.; ASENSI, F.D.; RASKOVISCH, S.P.G. Pensando o ensino do direito através de uma pesquisa: contribuições sob a perspectiva da sociologia jurídica. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONPEDI, XVI, 2007, Campos. *Anais...* 2007.

FRANÇA, A.M.; ASENSI, F.D.; PINHEIRO, R. Saúde como direito e a saúde como privilégio no âmbito dos usuários do SUS. In: REUNIÃO DE ANTROPOLOGIA DO MERCOSUL, VII, 2007, Porto Alegre. *Anais...* 2007.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Cultura jurídica e cultura política na efetivação do direito à saúde. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS EM SAÚDE, IV / CONGRESSO DA ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS DE SAÚDE, XIV / CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE MEDICINA SOCIAL, X, 2007, Salvador. *Anais...* 2007.

GARGARELLA, R. El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. In: \_\_\_\_\_. (Org.). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávila, 2005.

GURVITCH, G. *Tratado de sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 1977.

HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1999.

\_\_\_\_\_. Conceptions of modernity. In: \_\_\_\_\_. *The postnational constellation*. Cambridge: MIT Press, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Madrid: Taurus, 1987.

\_\_\_\_\_. Themes in postmetaphysical thinking. In: \_\_\_\_\_. *Postmetaphysical thinking*. Cambridge: MIT Press, 1992.

HOWARD, D. Law and political culture. *Cardoso Law Review*, v. 17, n. 4-5, p. 1391-1431, 1996.

JASMIN, M. *Alexis de Tocqueville: a historiografia como ciência da política*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2005.

LENOBLE, J. Law and undecidability: a new vision of the proceduralization of law. *Cardoso Law Review*, v. 17, n. 4-5, p. 935-1005, 1996.

LIJPHART, A. *Democracy in plural societies: a comparative exploration*. New Haven/London: Yale University Press, 1977.

LOCKE, J. *O segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Ibrasa, 1963.

LUHMANN, N. Quod omnes tangit: remarks on Jurgen Habermas's legal theory. *Cardoso Law Review*, v. 17, n. 4-5, p. 883-901, 1996.

MACHADO, F.R. de S.; ASENSI, F.D. Sociedad civil e instituciones jurídicas: pensando el derecho a la salud como un derecho vivo. *Revista Via Iuris*, v. 4, p. 7, 2008.

MARSH, J.L. *Unjust legality: a critique of Habermas's philosophy of law*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2001.

MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: on Jürgen Habermas's reconstruction of the system of rights. *Cardoso Law Review*, v. 17, n. 4-5, p. 825-883, 1996.

MCCARTHY, T.A. *The critical theory of Jürgen Habermas*. Cambridge: MIT Press, 1979.

\_\_\_\_\_. Legitimacy and diversity: dialectical reflections on analytical distinctions. *Cardoso Law Review*, v. 17, n. 4-5, p. 1083-1127, 1996.

MUNCH, R. A teoria parsoniana hoje: a busca de uma nova síntese. In: GIDDENS, A.; TURNER, J. *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999.

NEDER, G. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

NONET, P.; SELZNICK, P. *Law and society in transition: toward a responsive law*. New York: Octagon Books, 1978.

PARSONS, T. An outline of the social system. In: PARSONS, T. et al. (Org.). *Theories of society: foundations of modern sociological theory*. New York: Free Press of Glencoe, 1965.

\_\_\_\_\_. *The social system*. Toronto: Collier-Macmillan, 1968.

PARSONS, T. et al. Some fundamental categories of the theory of action: a general statement. In: PARSONS, T.; SHILS, E. A. (Org.) *Toward a general theory of action*. New York: Harper & Row Publishers, 1962.

RANDERIA, S. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania referenciais: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

RASMUSSEN, D.M. Jurisprudence and validity. *Cardoso Law Review*, v. 17, n. 4-5, p. 1059-1083, 1996.

REHG, W. Translator's introduction. In: HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1999.

ROSENFELD, M.; ARATO, A. *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998.

ROSENFELD, M. Can rights, democracy and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralist paradigm of law. *Cardoso Law Review*, v. 17, n. 4-5, p. 791-825, 1996.

RUSTIN, M. Equality in post-modern times. In: MILLER, D.; WALZER, M. *Pluralism, justice and equality*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

SANTOS, B. de S. *Law against law: legal reasoning in Pasargada law*. Cuernavaca (México): Cidoc, 1974.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, C.; FALCÃO, J. (Org.). *Sociologia e direito*. São Paulo: Pioneira, 1980.

\_\_\_\_\_. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: SANTOS, B. de S. (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente: "um discurso sobre as ciências" revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004.

\_\_\_\_\_. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.

SINTOMER, Y. *La démocratie impossible?: politique et modernité chez Weber et Habermas*. Paris: Éditions La Découverte, 1999.

TEUBNER, G. *Autopoietic law: a new approach to law and society*. New York: W. Gruyter, 1988.

TEUBNER, G. De collisione discursuum: communicative rationalities in law, morality and politics. *Cardoso Law Review*, v. 17, n. 4-5, p. 901-919, 1996.

TOCQUEVILLE, A de. A democracia na América. In: WEFFORT, F.C. *Os clássicos da política*. São Paulo: Editora Ática, 2003. v. 2.

WALZER, M. *Spheres of justice: a defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books Publishers, 1983.

WEBER, M. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora UnB, 1991.