

A EMERGÊNCIA DO PLURALISMO JURÍDICO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA – O DIREITO DE LAJE – LEI N° 13.465/17 – NA PERSPECTIVA DO DIREITO SOCIAL CONDENSADO DE GURVITCH¹

THE EMERGENCE OF LEGAL PLURALISM IN BRAZILIAN LEGAL ORDER - SLAB RIGHT - LAW N ° 13.465 / 17 - IN THE PERSPECTIVE OF GURVITCH'S CONDENSED SOCIAL LAW

Guilherme Estima Giacobbo²

Ricardo Hermany³

Resumo: O artigo objetiva demonstrar a necessária abertura das fontes produtoras do direito oficial às múltiplas manifestações jurídicas, advindas de comunidades periféricas onde o direito positivo mostra-se insuficiente à contenção das variadas demandas de grupos que sequer atingiram a completa cidadania e a concretização de direitos prestacionais. Parte-se do paradigma de crise do monismo jurídico para demonstrar a necessária (re)configuração do sistema jurídico, de modo a torná-lo mais permeável às práticas normativas difusas e extraoficiais, admitindo-se a interpenetração de um pluralismo jurídico calcado em parâmetros constitucionais. A regulamentação do Direito de Laje, com a conversão da Medida Provisória n° 759/2016 na lei n° 13.465/17, é um exemplo de incorporação, ainda que controversa, do pluralismo jurídico ao ordenamento jurídico oficial. O problema posto adota o método hipotético-dedutivo e busca demonstrar a necessária quebra do paradigma monista e sua confluência às práticas pluralistas, sob o enfoque teórico do direito social condensado tratado por Georges Gurvitch.

Palavras-chaves: monismo; pluralismo jurídico; direito de laje; direito social condensado; Lei 13.467/2017.

Abstract: The article aims to demonstrate the necessary opening of the official law productive sources to the multiple juridical manifestations, that came from the peripheral communities where the positive law shows itself not enough to the restraint the demands of the groups that didn't reached the full citizenship and the concretization of social rights. It goes from the paradigm of the crisis of the juridical monism to demonstrate the necessary (re)configuration of the juridical system, in a way that makes it more permeable to the normative, diffuse and non official practices, admitting the interpenetration of the juridical pluralismo based on constitutional parameters. The regulation of the "Direito de Laje", with the conversion of the Provisional

¹ Artigo recebido em 03 de julho de 2017 e aprovado para publicação em 24 de novembro de 2017.

² Doutorando e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC e Mestre em Direito das Autarquias Locais na Universidade do Minho em Portugal na modalidade dupla titulação; Participante do grupo de estudos "Gestão Local e Políticas Públicas" coordenado pelo Prof. Dr. Ricardo Hermany; Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera – UNIDERP; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

³ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutor em Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC.

Measure n. 759/2016 to the Law n. 13.465/17, it's a example of incorporation, even it is controversial, of the juridical pluralism to the juridical oficial system. The problem of the research is investigated using the hypothetical-deductive method and aims to demonstrate the necessary break of the monist paradigm and its confluence to the pluralist practices, under a theoretical approach to the condensed social law exposed by Georges Gurvitch.

Keywords: monism; juridical pluralism; “laje” law; condensed social law; Law 13.467/2017.

1. INTRODUÇÃO

O modelo jurídico monista e o projeto de legalidade consolidado no Estado Moderno são resultantes do processo desencadeado pelo iluminismo político, que aspirava a construção de um Direito de caráter igualitário, justo e neutro. Para tanto, a edificação desse projeto contemplava a universalidade dos direitos humanos, equilíbrio dos poderes⁴, pela estrutura democrática baseada no sistema de representação eleitoral e pela libertação social e política do homem. Parece evidente que tais aspirações iluministas científico-tecnicistas não lograram êxito, ou, ao menos, não de forma plena. No que tange à concretização dos direitos fundamentais, à formação de uma cidadania plena e à conformação das instituições jurídicas, sociais e estatais com a realidade social, os países periféricos ainda tem um longo caminho a percorrer.

O desenvolvimento do paradigma jurídico monista tem como pano de fundo o desenvolvimento do modelo econômico capitalista no ocidente e é fruto da expansão do pensamento liberal que reflete a hegemonia da sociedade burguesa que, à época, necessitava de uma estrutura jurídico-institucional, dotada de segurança e estabilidade, para que seus negócios pudessem prosperar. Durante o desenvolvimento do capitalismo, desde sua expansão, consolidação e ápice, o monismo jurídico foi responsável por manter a estabilidade social e segurança jurídica esperada pela nova classe dominante.

A complexidade social que emerge do Estado Contemporâneo, as crescentes demandas sociais e a emergência de um pluralismo social tornaram claros os sinais de esgotamento do modelo jurídico vigente: as demandas sociais passam a não ser mais eficazmente atendidas pelo Poder Público (na América Latina nunca foram), chegando-se à crise do paradigma do monismo jurídico, com a fragilidade de uma sistema legal burocratizado e tecnicista baseado no

⁴ Equilíbrio de poderes implica sua separação, que evita a concentração de poder nas mãos de uma única pessoa, como ocorrera no Estado Absolutista, onde o poder concentrava-se na mão do rei (MONTESQUIEU, 2004). A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal caracterizou-se justamente pela separação de Poderes, denominada Tripartição dos Poderes Políticos.

positivismo e no formalismo, admitindo o poder estatal como exclusiva fonte da lei, incapaz de dar conta das necessidades sociais de uma sociedade multicultural, desigual e em constante mutação.

Diante desse quadro, o presente artigo traz como problema central o seguinte questionamento: há evidências que denotam a possibilidade de permeação de práticas pluralistas ao monismo jurídico? De outro modo, se questiona se a legitimação jurídica pode ir além da conformação ao processo legislativo oficial e buscar na práxis normativa pluralista, emanada de diversos núcleos de comunidades subjacentes, subsídios para a construção dos mecanismos legais. Seria possível conceber um direito criado pela sociedade para a sociedade?

Para tanto, a hipótese formulada é de que há indícios de abertura democrática no monismo jurídico brasileiro, ainda que insuficiente e aquém de seu potencial de integração às práticas pluralistas. Não se trata, no entanto, de uma pretensão de substituição do Estado como produtor de normas por um pluralismo jurídico difuso, mas de uma retroalimentação daquele por meio de um processo de pré-interpretação constitucional e absorção de práticas pluralistas coadunadas ao mínimo referencial de garantias fundamentais, de modo a legitimar o processo legislativo ao mesmo tempo em que se propicia a incorporação de práticas jurídicas de grupos multiculturais historicamente desconsiderados e alijados do processo democrático.

Assim, o objetivo geral do trabalho consiste em demonstrar uma aparente permeabilidade do processo legislativo oficial às práticas normativas extraestatais com sua consequente incorporação, tal como se dá na abordagem teórica de Georges Gurvitch quando trata de uma categoria específica de direito social, que é o condensado na ordem democrática constitucional com interpenetração entre a sociedade e o estado na edificação de normas jurídicas. Para tanto, o direito de laje, regulamentado no fim de 2016, por meio da Medida Provisória n° 759 – convertida na Lei 13.465/2017 - será o estudo de caso dessa hipótese.

Desse modo, a primeira parte do artigo busca situar as transformações sociais e econômicas ocorridas nos últimos séculos que influenciaram incisivamente a atual formação política, social e jurídica do Estado Contemporâneo e que implicaram na adoção do modelo jurídico monista vigente, baseado na exclusividade de produção e interpretação legislativa pelo Estado e a ascensão de teorias críticas do direito e de uma teoria do pluralismo jurídico.

No segundo ponto, abordar-se-á o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch, com enfoque prioritário sobre a categoria do direito social condensado, cuja diferenciação das outras espécies de direito social é justamente o monopólio da coação incondicionada, pressuposto de efetividade exclusivo do direito estatal, mas que tem suas normas emanadas e legitimadas não unicamente pelo rigoroso processo legislativo formal, mas pela prática reiterada de

determinadas normas, por uma comunidade subjacente, que acabam absorvidas pela ordem estatal em um processo de interpenetração constante, democrático e dialógico.

No derradeiro ponto será contextualizado o direito de laje, desde sua prática à margem da lei, nas periferias dos grandes centros urbanos, cujo tratamento normativo era mediado dentro da própria comunidade, normalmente por uma associação de moradores e cuja situação não se enquadrava satisfatoriamente em nenhum dos institutos do direito civil, até seu reconhecimento preliminar no Estatuto da Cidade e sua regulamentação na Lei nº 13.465/2017.

A metodologia de abordagem utilizada no presente artigo é o hipotético-dedutivo, cuja técnica de pesquisa foi a bibliográfica em autores clássicos e contemporâneos sobre os institutos do pluralismo jurídico, direito social, direito à cidade e urbanismo. O método de procedimento utilizado é o monográfico.

2. A CRISE DO ESTADO E A EMERGÊNCIA DO PLURALISMO JURÍDICO DEMOCRÁTICO

É possível submeter a sociedade a uma radical crítica, transgredindo as fronteiras sociais, políticas, teóricas, epistemologias e culturais, de maneira que se faça cumprir o potencial emancipatório das promessas da modernidade, sendo necessário que se repense as concepções dominantes de direito. É imperioso que se faça uma contundente crítica ao monopólio estatal e jurídico do direito, de modo que se desenvolvam alternativas ao dogmatismo jurídico e à teoria do positivismo do direito, tendo como objetivo uma concepção de pluralismo jurídico e política do direito. Essa concepção de direito de base plural encontra-se evidenciada em diversas formas e diferentes espaços de sociabilidade, que podem assumir o papel de contraditório da sociedade, ou mesmo de complemento à atuação estatal, e atuar, simultaneamente, como fonte de poder (SANTOS, 2008).

O direito, para ser exercido democraticamente, tem de assentar numa cultura democrática, tanto mais preciosa quanto mais difíceis são as condições em que ela se constrói. Tais condições são, efetivamente, muito difíceis, especialmente em face da distância que separa os direitos das práticas sociais que impunemente os violam. A frustração sistemática das expectativas democráticas pode levar à desistência da democracia e, com isso, à desistência da crença no papel do direito na construção da democracia. (SANTOS, 2008, p. 08)

Para que se (re)pense essas visões dominantes de direito, nesse contexto do senso comum jurídico, é necessário basear-se em três premissas principais, das quais importa apontar neste capítulo as duas primeiras, ao passo que a última será tratada no capítulo posterior, a

saber: a crítica ao monopólio estatal; a despolitização do direito; e, a ampliação da compreensão do direito como instrumento de transformação social politicamente legitimada.

A primeira premissa diz respeito à crítica que se deve fazer ao monopólio estatal e jurídico do direito, exigindo que alternativas ao dogmatismo jurídico e ao positivismo do direito sejam criadas e aplicadas, com o objetivo claro de assentar uma concepção contundente de pluralismo jurídico e uma concepção política do direito. Tal concepção de direito pluralístico encontra-se evidenciada em diversas formas e diferentes espaços de sociabilidade, podendo assumir o papel de contraditório e de complementa e atuar, conjuntamente, como fonte de poder (SANTOS, 2008, p. 05).

Já a segunda premissa refere-se ao questionamento do caráter despolitizado do direito e a sua necessária repolitização. Santos (2008, p. 06) afirma que a posição eminentemente política do liberalismo de reduzir o direito ao Estado – consubstanciado no paradigma do monismo jurídico - foi a primeira condição da despolitização do direito e que a crítica a esta posição implica reconfigurar o papel da principal instância de resolução de conflitos e aplicação do direito que se tem na modernidade, que são justamente os tribunais.

Desse modo, importa realizar um exíguo recorte histórico do processo de centralização, dogmatização e despolitização do direito que resultaram no paradigma do monismo jurídico, ou seja, na exclusividade estatal de criar regras e normas, interpretá-las e aplicá-las, a fim de situar os pressupostos de sua expansão e possível crise desse paradigma.

Advindo de um pluralismo jurídico difuso do feudalismo, dotado de privilégios e desigualdades⁵, o modelo jurídico migrou para um sistema genérico e unitário, edificado de modo a atender as necessidades de uma insurgente ordem econômica mercantilista, onde era premente a regulamentação das aspirações imediatas de uma burguesia que despontava rapidamente. Desse modo, substituiu-se a estrutura jurídica tradicional e descentralizada do modelo feudal, por um sistema genérico, unitário e sistematizado de um Direito de viés econômico e mercantil.

O protótipo de juridicidade que se passa a desejar e produzir até a obtenção da hegemonia passa a ser construído mediante a racionalidade lógico-formal centralista do Direito que começa a ser produzido exclusivamente pelo Estado – dando origem ao monismo jurídico – a partir dos Séculos XVII e XVIII. O surgimento da burguesia moderna foi resultante produto

⁵ Importa referir que o direito da Idade Média caracterizava-se como um modelo difuso, pluralista e que prescindia a sistematização, onde cada feudo e cada reino eram regidos por um direito próprio e singular, de acordo com os costumes locais, nos precedentes dos juízes da terra e nas autorizações – baseadas em cartas de privilégio – concedidas pelo senhor feudal (HESPANHA, 1982).

de um processo complexo, seguido por sucessivas transformações nos modos de produção e circulação. Desse modo, o poder do Estado moderno tornou-se um comitê que gerenciava os negócios ordinários da emergente classe burguesa (WOLKMER, 2015).

Consolidou-se uma só nação, com apenas um governo, um conjunto de normas e um interesse de classe – a dominante – desencadeado por meio do declínio da estrutura feudal, fazendo emergir a livre concorrência, com uma organização social e política sob a dominação política e econômica da burguesia. É nesse panorama liberal de ascensão do modelo econômico burguês – a saber, o capitalismo – que se fez imperiosa a solidificação de uma ordem jurídica e política estável, concentrando a autoridade em um Estado unitário e soberano.

O pluralismo social de grupos intermediários, a multiplicidade de ordens jurídicas e a forma assistemática de poder não se coadunavam mais às exigências da sociedade liberal burguesa. É a partir disso que o Estado moderno ocidental avoca o monopólio da coação física legítima e incondicionada aliado à construção de um direito fundado sob orientação laica, organizando um corpo administrativo racional e centralizado, por meio de regulamentações e padronizações explícitas, monopolizando os meios de dominação administrativa e criando um sistema contínuo e regular de tributação (WEBER, 1991).

O monismo jurídico é a expressão máxima, consolidada ao longo da modernidade, de que o Estado é o único centro de poder, detentor do monopólio da coação incondicionada e da produção de normas jurídicas. Seguindo a linha Kelseniana, o único direito existente é o direito estatal, que se encerra nos textos legais advindos do poder legislativo. A validade de uma lei tem seu fundamento pelo único fato de ser lei, “de modo que sua legitimidade advém da mera observância dos procedimentos previamente estabelecidos, isto é, das normas que regulamentam o processo legislativo” (CARVALHO, 2013).

O processo evolutivo do monismo jurídico ocidental pode ser descrito em quatro momentos distintos, designados como ciclos, que correspondem a sua formação, sistematização, ápice e crise de seu paradigma, respectivamente. A formação destes ciclos está relacionada diretamente com a estrutura de poder político e com o viés econômico-produtivo presentes em cada etapa.

Cabe ainda explicitar as características correspondentes ao quarto - e último - momento do monismo jurídico, que tem início entre as décadas de 1960 e 1970 e está relacionado ao novo capitalismo de acumulação flexível, que impôs uma reordenação e a globalização⁶ do capital

⁶ Santos (2004) obtempera que a globalização é o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista e que visa assegurar a uniformidade a serviço dos atores hegemônicos, tornando o mundo menos unido, distanciando-se de uma cidadania universal e estimulando o culto ao consumo.

monopolista. Essa nova fase de capitalismo global, aliado à debilidade do Welfare State, especialmente no que tange à crise fiscal dos Estados, são os primeiros sinais da crise do Estado Moderno e sua estrutura jurídica e política centralizada, refletindo-se na penosa governabilidade da lógica do Estado de Bem-Estar social.

Desse modo, o padrão de legalidade científica eurocêntrica que predominou nos séculos XIX e XX começa a dar indícios de esgotamento, consubstanciado pela sua incapacidade em atender satisfatoriamente as demandas políticas e econômicas e dar o adequado tratamento aos conflitos entre as classes sociais. A complexidade da sociedade de massa passa a sinalizar suas contradições mais fortemente, acarretando no processo de esgotamento do paradigma de legalidade que acompanhou e serviu de base, por três séculos, à sociedade burguesa capitalista (WOLKMER, 2015, p. 58).

Esse monismo jurídico, advindo da teoria pura do direito encampado por Kelsen, “elimina de seu seio toda noção metajurídica e não só a valoração jurídica (a axiologia), senão também a facticidade (os fatos), ficando tão só com a norma e seu enfoque técnico-jurídico, o qual se reduz à demonstração lógica da validade das normas jurídicas (WARAT, 1995, p.19)”. Assim, a realidade jurídica advém unicamente da norma, desvinculada da dinâmica existencial, da realidade e de seu objetivo de valoração, por conseguinte, a realidade jurídica não é significativa, mas unicamente a norma que a constitui. Este é o ponto principal do paradigma monista, o qual se funda na tese de autossuficiência do ordenamento jurídico, cuja legitimação se dá por si mesmo, alijada de referências a valores políticos, morais, e limites e insuficiências empíricas das instituições estatais. Assim,

[...] embora a dogmática jurídica estatal se revele, teoricamente, resguardada pelo invólucro da cientificidade, competência, certeza e segurança, na prática intensifica-se a gradual perda de sua funcionalidade e de sua eficácia. É por essa razão que se coloca a inevitável questão da crise desse modelo de legalidade. (WOLKMER, 2015, p. 58-59)

Portanto, a ideia de crise que se deve ter em conta, se desvela na incapacidade da ordem jurídica de dar respostas eficazes aos conflitos e contradições do presente. A crise refere-se ao paradigma da dogmática jurídica estatal, associado ao Estado e à sociedade capitalista, bem como seus valores hegemônicos de um determinado contexto histórico. É cada vez mais latente a ineficácia e do modelo hegemônico jurídico vigente e, até então, tradicionalmente aceito. As normas jurídicas são desconectadas da realidade social, possuindo uma realidade própria, autônoma e abstrata. A dogmática jurídica se funda em mitos como o discurso hermético e neutro, a do “legislador racional”, integridade e autossuficiência do ordenamento, segurança jurídica e caráter justo e universal do direito.

É a partir de uma série de fatores – crise do capitalismo monopolista, crise da expansão da globalização e da concentração do capital, bem como a derrocada da cultura liberal-individualista - que a supremacia da exclusividade jurídica do Estado Moderno passa a demonstrar sua incapacidade em dar conta das necessidades do complexo ambiente de sistemas organizacionais e da emergência de novos atores sociais (WOLKMER, 2015, p. 70). Fica clara a dissonância entre a estrutura normativa fundada em valores e interesses de uma classe social dominante que passam a não mais acompanhar as aspirações e os intentos de uma sociedade cada vez mais pluralística e com poderes reivindicatórios. Com isso, essa estrutura normativa passa a receber profundas modificações paradigmáticas.

Nenhum Direito está de fato à altura desta reivindicação universalista, todo Direito é particularizado, não realiza o verdadeiro interesse geral, mas apenas o interesse médio de uma elite minoritária; todo Direito é temporário: apenas transitoriamente constitui a expressão legítima das condições adequadas de desenvolvimento da sociedade. (FETSCHER, 1970, p. 231).

Esse abalo estrutural não diz respeito ao Direito de modo geral, mas, à dogmática jurídica que passa a vivenciar uma profunda crise paradigmática, tendo como principal causa sua permanência em um projeto de legalidade exageradamente formal e positivada estando amarrado ao tecnicismo abstrato e estático. Dessa forma, o monopólio estatal de produção jurídica blinda o direito das práticas sociais, relegando à existência de uma pluralidade jurídica à margem do direito estatal, ignorando os conflitos sociais e a superveniência de práticas extralegislativas. Assim, o positivismo do monismo jurídico se apresenta em um claro desajuste frente às manifestações advindas do sistema produtivo capitalista globalizado, esgueirando-se das contradições de classes e omitindo-se das recentes indagações interdisciplinares (WOLKMER, 2015, p. 70).

Portanto, a procura por um paradigma jurídico alternativo, deve, necessariamente, transcender as limitações normativas da dogmática estatal, devendo considerar e compilar as contradições sociais e conferir dinamismo aos ulteriores mecanismos jurídicos legais, extralegais, estatais e extraestatais. Há de se ter em conta que “diante da crise do projeto jurídico estatal enquanto paradigma hegemônico” deve-se articular um novo modelo na perquirição por um referencial alternativo ao Direito (WOLKMER, 2015, p. 76).

Fica evidente que o contrato social não logrou êxito no seu fim precípua de dar fim aos conflitos e tampouco significou o abandono das práticas de autotutela. Assim, o que se verifica no Estado contemporâneo é a existência de um espaço social periférico que, na ausência estatal torna-se ambiente propício para o surgimento e o desenvolvimento de forças paralelas

que, além de criar, impõe um direito marginal, na maioria das vezes antidemocrático e imposto pela força e coação (SPENGLER, 2012, p. 213).

Dessa forma, cada vez que o Estado e o Direito oficial perdem espaço, seja por sua ineficiência, inaplicabilidade ou morosidade de aplicação, o Direito não oficial se insurge e ganha força como meio de tratamento de conflitos. Assiste-se a um paulatino abandono do Direito “como ele é” para atribuir valor a um novo Direito, oficialmente não legitimado. (SPENGLER, 2012, p. 213).

Nesse sentido, as teses pluralistas se afiguram como contraponto à dogmática positivista e ao monismo jurídico, alertando para o caráter classista e a gradativa perda de funcionalidade da institucionalidade, em face de sua ineficiência no atendimento de novas demandas sociais e no tratamento de conflitos coletivos. Esse caráter conservador da dogmática jurídica, aliado a modelos ultrapassados, prejudicam uma análise crítica do direito com vistas à transformação social. Parece claro que o Estado não é o detentor do monopólio da produção de normas e o que direito vai muito além do direito estatal, compreendendo também um “direito vivo, que surge no seio da própria sociedade, apresentando, às vezes maior legitimidade do que os atos normativos emanados das instituições públicas” (CARVALHO, 2013, p.16).

Portanto, o desafio que se está diante implica, essencialmente, a construção de alternativas democráticas de base pluralista, especialmente na América Latina, onde essa pluralidade de culturas, práticas sociais e práticas jurídicas extra-legislativas, são mais abundantes. Como se verá adiante, a tarefa que se empreende não é a de forçar um reconhecimento de ordens jurídicas extraestatais – pluralistas – de modo a contrapô-las ao direito positivo oficial e superá-lo. Santos (2001, p. 315) afirma que o reconhecimento da pluralidade jurídica não implica a perda da centralidade do direito estatal, senão complementa-o, tornando-o mais democrático, pois, além de ser o único reconhecido de tal modo, “é criado mediante processos democráticos e exercido no âmbito do Estado de direito”.

3. O DIREITO SOCIAL CONDENSADO DE GURVITCH

Bobbio (1998, p. 1186), em comentário acerca do paradoxo entre o monismo e o pluralismo jurídico, afirma que “o verdadeiro adversário da Soberania é a teoria pluralista, exatamente porque a Soberania ressalta ao máximo o princípio da unidade e do monismo”. Com isto, Bobbio reforça a ideia de que as concepções pluralistas de direito, tanto aquelas descritivas que almejam a percepção do processo real de formação da vontade política, quanto àquelas

prescritivas que objetivam majorar a liberdade em uma sociedade democrática mediante a construção de uma poliarquia e que segundo o autor:

[...] demonstram a não existência de uma unidade do Estado, que possua o monopólio de decisões autônomas, uma vez que, na prática, o indivíduo vive em associações e grupos diferentes, capazes de impor suas próprias opções. Na realidade, o contexto social apresenta uma notável pluralidade de grupos em competição ou em conflito para condicionar o poder político; é justamente esta pluralidade que impede a existência de uma única autoridade, onicompetente e onicompreensiva: o processo de decisão política é o resultado de uma longa e vasta série de mediações. Nesta divisão do poder, nesta poliarquia, não existe um verdadeiro soberano. (BOBBIO Et. al., 1998, p. 1186)

Assim, mesmo levando em consideração a clara hegemonia do projeto jurídico unitário – desvelado no paradigma do monismo jurídico – enquanto direito produzido exclusivamente pelo Estado, há de se admitir a coexistência de um pluralismo jurídico, ainda que esse não seja oficial, do ponto de vista institucional, e oriundo de uma tradição de práticas jurídicas comunitárias. Pode-se dizer, desse modo, que o “Estado vem assistindo a erosão de seu monopólio e a descentralização das atividades que até então lhe eram inerentes, o que requer um novo olhar” (SPENGLER, 2010, p. 65).

Dito isso, chega-se à terceira premissa referida por Santos (2008, p. 06) na busca de um novo senso comum jurídico: a ampliação da compreensão do direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada, com vistas à obtenção da legalidade cosmopolita ou subalterna. Desse modo, há de se deslocar o olhar institucional para as práticas de grupos e classes socialmente oprimidos que, ao lutarem contra a opressão, a exclusão, a discriminação e a destruição do meio ambiente, recorrem as mais variadas formas de direito como instrumento de oposição. Assim, na medida que tais grupos recorrem a lutas jurídicas, “devolve-se aos poucos ao direito o seu caráter insurgente e emancipatório” pois, a tão necessária “revolução democrática da justiça assenta na valorização da diversidade jurídica do mundo como mola propulsora do pensamento jurídico crítico” (SANTOS, 2008, p. 06).

Gurvitch é um dos autores que considera que o Direito não se limita às regras criadas por um conjunto de superestruturas do Estado e outros poderes públicos e não se dá somente através de um expoente vertical (poder público emanado como fenômeno de autonomização do poder). A teoria do pluralismo jurídico de Gurvitch relativiza este pensamento estatizante, afirmando que existe também uma dimensão horizontal da esfera pública jurídica, onde ocorrem a reprodução dos marcos sociais em que se afirmam forças autônomas fazendo com que nasçam novas formas de experiência jurídica. Para Gurvitch, “este Derecho Social es ante

todo um derecho eminentemente colectivo, que nace espontáneamente e es independiente del Estado” (PEREZ; PRIETO, 2005, p. 15).

A existência do pluralismo jurídico, segundo Gurvitch, implica reconhecer que a normatividade estatal é apenas uma das múltiplas manifestações do direito em uma sociedade, encontrando-se disperso em inúmeros agrupamentos sociais, de forma organizada ou não, independentes ou submetidos à tutela estatal. O Direito é, portanto, um fenômeno social muito mais amplo e anterior à concepção de Estado (e ao contrato social) (GURVITCH, 2005, p. 164). Estas variadas ordens normativas coabitam o mesmo ambiente, situação em que a normatividade Estatal se diferencia, especialmente, em razão do monopólio da coação incondicionada (e, por conseguinte, do uso dos tribunais como único meio de resolução de conflitos).

Assim, com a negação do pluralismo jurídico e social pelos órgãos estatais, durante parte do século XX, os tribunais tiveram inclinação conservadora no que se refere ao tratamento discriminatório da agenda política ou dos agentes políticos progressistas, caracterizando-se pela incapacidade de acompanhar os passos mais inovadores da transformação social, econômica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população (SANTOS, 2008, p. 10).

Na maior parte do século XX, especialmente na América latina, o judiciário não figurou como tema importante da agenda política, cabendo ao juiz a figura inanimada de mero aplicador da letra da lei, tomado de empréstimo do modelo europeu. Desse modo, o desenvolvimento do Estado latino-americano ocupou-se mais em desenvolver e ampliar o poder executivo e sua burocracia “procurando converter o judiciário numa parte do aparato burocrático do Estado – um órgão para o poder político controlar – de fato, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores” (SANTOS, 2008, p. 11).

No entanto, esse perfil do poder judiciário letárgico começa a mudar logo ao final do século XX:

Ao abandonar o low profile institucional, o judiciário assume-se como poder político, colocando-se em confronto com os outros poderes do Estado, em especial com o executivo. Esta proeminência e, conseqüentemente, o confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano manifestaram-se sobretudo em três campos: no garantismo de direitos, no controle da legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política” (SANTOS, 2008, p. 12)

No caso do Brasil, mesmo considerando a ineficiência dos mecanismos de implementação, a exacerbada construção jurídico-institucional contribuiu para o aumento das expectativas dos cidadãos de verem cumpridos os direitos e as garantias consignadas na Constituição, de tal forma que a execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais

acabou por transformar-se num motivo de procura dos tribunais (SANTOS, 2008, p. 14). Portanto, a existência de mais direitos gera a busca pela concretização dos mesmos, a ineficiência do poder executivo em atender os direitos constitucionais acaba “fortalecendo” a atuação do poder judiciário e aumentando sua agenda, o que posteriormente acaba por também inviabilizar sua atuação, face sua incapacidade de atender em tempo hábil as demandas surgidas.

Desse modo, o processo de judicialização dá-se mediante um conjunto de fatores que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário. O confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado desenvolve-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições da sua efetivação. O sistema judicial torna-se ferramenta estratégica pelos grupos, ou partidos políticos, em disputa de modo a tentar frear a implementação da agenda política governamental ou de grupos políticos com maior representação (SANTOS, 2008, p. 18).

Admitindo-se o uso de instrumentos hegemônicos para fins não hegemônicos sempre e quando a ambiguidade conceitual própria de tais instrumentos seja mobilizada por grupos e movimentos sociais para dar credibilidade a concepções alternativas que aproveitem as brechas e as contradições do sistema jurídico e judiciário. Dessa forma, os movimentos sociais passaram a (re)significar a sua luta a partir do vocabulário do campo jurídico, propugnando uma hermenêutica crítica e contra-hegemônica dos institutos jurídicos (SANTOS, 2008, p. 22). Além da luta de setores da sociedade historicamente excluídos utilizarem-se de meios hegemônicos para finalidades não-hegemônicas, importa ainda mais fazer com que sua realidade social e as diferenças multiculturais sejam levadas em conta pelo contexto jurídico positivo. Nesse contexto o pluralismo jurídico contido na teoria do direito social de Gurvitch, parece conter pressupostos relevantes para a tarefa de abertura hermenêutica e (re)legitimação do processo legislativo oficial.

Georges Gurvitch foi um dos últimos pensadores modernos a propor de forma vanguardista todo um sistema próprio e genuíno de compreensão e explicação do fenômeno humano e de organização social, baseou suas premissas na conjugação de uma filosofia pluralista nos campos jurídico e social. Ele concebeu, na década de 1930, a teoria do direito social, na obra “a ideia de direito social”, caracterizado como um direito autônomo, produzido originariamente por certos grupos sociais e que jamais poderá ser imposto de forma externa.

Para Gurvitch, o direito social confere aos grupos e atores sociais um papel central, tornando-os operantes e refletindo-se no campo jurídico e no pluralismo social, bem como na

existência de uma multiplicidade de centros de poder criadores de direito, em uma sociedade de relativa complexidade. É este pluralismo de centros de poder que vai conferir lugar central aos grupos e atores sociais operantes, de tal sorte que o direito social será sempre um direito de integração e nunca de exclusão – onde só se admite o direito de coordenação interindividual – e nem de subordinação – vertical, de tendências totalitárias e mecanicistas (PEREZ; PRIETO, 2005).

Morais (1997, p. 25) afirma que esta abordagem traçada por Gurvitch resultou na criação de uma sociologia jurídica definida como o estudo da realidade jurídica de modo pleno, “bem como da transmutação das técnicas e doutrinas jurídicas, do papel dos grupos e das regularidades na formação do direito, no interior de estruturas tanto globais ou genéricas, quanto parciais ou setorializadas”. O direito, nessa concepção, portanto, não é mera normatividade, a experiência jurídica é o reflexo da vivência da coletividade autônoma, reconhecendo sua ordem e garantindo sua manutenção, tal que essa experiência jurídica dos próprios atores sociais e operadores do direito torna-os componentes de um processo de criação ou reconhecimento institucional que tem em si mesmo sua configuração, podendo ser concebida como uma (re)institucionalização do direito.

Gurvitch considera que o Direito não se limita às regras emanadas por um conjunto de superestruturas do Estado e outros poderes públicos e não se dá somente através de um expoente vertical (poder público emanado como fenômeno de autonomização do poder). Ao contrário, o autor rompe com tal pensamento estatizante afirmando que existe também uma dimensão horizontal da esfera pública jurídica, onde ocorre a reprodução dos marcos sociais em que se afirmam forças autônomas fazendo com que nasçam novas formas de experiência jurídica.

A necessidade de compreensão da teoria que envolve o direito social e seus pressupostos teóricos é fundamentada em decorrência da possibilidade de compatibilização da ideia de um controle social das decisões públicas, sem, contudo, superar a estrutura político-administrativa estabelecida, mas dar um novo enfoque ao uso do poder estatal, integrando-o a uma pluralidade jurídica até pouco tempo ignorada. Esse poder se baseava unicamente na produção legislativa oficial, olvidando um conjunto de ordens jurídicas que coabitam a sociedade.

O diferencial principal da ordem estatal não se resume absolutamente a sua supremacia sobre as outras ordens jurídicas – a saber, a soberania jurídica – e, tampouco, à competência das competências, dita soberania absoluta, mas, unicamente, ao monopólio da coação incondicionada dentro dos limites da própria competência do Estado, correspondente a sua soberania política relativa. Para tanto, os limites do Estado, incluindo a possibilidade de exercer

o monopólio da coação incondicionada, estão determinados por outras ordens jurídicas de caráter não estatal que, em caso de conflito, têm a supremacia do direito estatal (GURVITCH, 2005, p. 92).

Para o autor, a ordem do direito estatal só se constituirá em uma espécie de direito de integração social quando se tratar de um estado verdadeiramente democrático, ou seja, se o direito constitucional do Estado estiver permeado pelo direito social que se desprende da comunidade política subjacente. Dentre as espécies de direito social tratadas pelo autor⁷, Gurvitch faz referência a um direito social, que será condensado na ordem do direito estatal em razão de sua ligação com a coação incondicionada do Estado. Se, ao contrário, esta permeabilidade não encontra resguardo, se a organização do Estado é mais ou menos independente da infraestrutura da comunidade política subjacente, tratar-se-á então de uma ordem de subordinação e não de um direito social.

En síntesis, cuando el Estado es una asociación igualitaria de colaboración, el monopolio de coacción incondicionada, que le pertenece, no impide a su orden jurídico afirmarse como una especie particular del derecho social. Al contrario, cuando el Estado es una asociación jerárquica de dominación, su relación con la coacción incondicionada subraya de forma especial el carácter subordinador de su orden jurídico. (GURVITCH, 2005, p. 94)

A ordem do direito Estatal situa-se no interior de um âmbito do direito muito mais vasto e amplo, o que implica, necessariamente, em estudar a estrutura jurídica do estado democrático situada no contexto da teoria geral do direito social e da qual é só uma das múltiplas manifestações.

Gurvitch (2005, p. 97) afirma que o princípio da soberania popular, como soberania do direito social da comunidade política subjacente sobre sua própria organização não predetermina em absoluto os processos técnicos do estabelecimento dos corpos eleitorais e das assembleias representativas, e, da mesma maneira, não importa a forma pela qual se dará determinada eleição ou representação. Importa, contudo, que essas técnicas estejam dirigidas a um único objetivo: abrir os órgãos de Estado à penetração mais profunda possível pelo direito e pelo espírito da comunidade política subjacente, vincular tão íntima e intensamente quanto possível a organização do Estado a esta infraestrutura objetiva, que é suporte da soberania popular.

⁷ As espécies de direito social tratadas pro Gurvitch, classificam-se em relação ao grau de pureza e à independência da ordem jurídica estatal. São elas: O Direito social puro e independente; o direito social puro, mas submetido à tutela estatal; o direito social anexado; e, o direito social condensado.

O Direito Social Condensado, referido por Gurvitch, ao mesmo tempo em que reconhece a existência de outros atores, além do ente estatal, permite que se mantenham importantes aspectos inerentes ao espaço público oficial, sem se desvincular dele, especialmente no que se refere à observância aos princípios fundamentais constitucionais que servem como mínimo referencial e deverá balizar as deliberações do corpo social. Desrespeitado esse mínimo referencial, o Direito Social Condensado correria o risco de tornar-se uma ditadura da maioria. Assim, a ideia de Direito Social Condensado enquanto estratégia de participação social nas decisões públicas:

[...] consiste em estabelecer um vínculo direto e imediato entre *democracia e direito social*, para dizer que, mesmo uma ordem normativa sancionada pode ser tida como uma ordem de integração social na medida em que esta normatividade seja penetrada pelo direito social da comunidade subjacente, através da incorporação pela ordem jurídica estatal das regras produzidas pelos grupos sociais, ou seja, o direito social que seria puro e independente se se mantivesse alheio ao ordenamento do Estado é transmutado em ordem jurídica deste, mantendo, contudo, sua origem. Esta normatividade democrática não se alienaria de sua base social, o que lhe permitiria configurar um modelo de integração social próprio, mesmo como um direito social organizado. (MORAIS, 1997, p. 64)

A característica do Direito Social Condensado deve ser a ampliação dos intérpretes da constituição, redefinindo as relações entre Estado e Sociedade e propiciando um envolvimento mais substancial entre a cidadania e as decisões públicas, jamais podendo esse conjunto de intérpretes, consubstanciados no Direito Social Condensado, afastar-se do norte constitucional. Assim, a insuficiência da estrutura contemporânea estatal traduz um importante contexto sociopolítico, capaz de maximizar um novo espaço: um direito social condensado a partir do espaço local e das ordens normativas pluralísticas alinhadas ao referencial constitucional.

Exemplo disso é a consolidação do direito de laje na ordem jurídica estatal, prática corrente nas periferias urbanas dos grandes centros brasileiros que consiste na existência de duas unidades imobiliárias autônomas dentro de uma mesma área, um fato social cuja regulamentação não encontrava guarida no Código Civil, configurando típico exemplo de pluralismo jurídico de uma comunidade subjacente que acabou sendo incorporado ao ordenamento oficial a partir de práticas sociais de grupos historicamente excluídos da assistência estatal. É sobre este estudo de caso que trata o derradeiro capítulo.

4. DA PRÁXIS SOCIAL À ORDEM JURÍDICA OFICIAL: O CASO DO DIREITO DE LAJE

Nos países capitalistas periféricos, uma certa proporção da população urbana é excluída do direito à cidade e do mercado formal, buscando o acesso à moradia por meio do emprego de seus próprios e precários recursos, podendo-se aferir que a maior parte da população edifica suas casas sem o conhecimento técnico adequado, sem recurso de financiamento formal e sem observância da legislação fundiária, urbanística e edilícia. Tal situação se desenrola principalmente pelo fato de força de trabalho nacional não incorporar no salário, em especial no período desenvolvimentista, o custo da moradia.

No Brasil, as estimativas estima-se que apenas 30% da população tenha acesso à moradia no mercado privado. Nem mesmo o ganho real do poder de compra do salário e os programas de habitação popular na última década são suficientes para transformar esse quadro, pois o custo da cidade acaba por absorver esse acréscimo com o aumento do custo do transporte coletivo e da especulação imobiliária (MARICATO, 2015).

O planejamento urbano modernista funcionalista, importante instrumento de dominação ideológica, contribui para a consolidação de sociedades desiguais ao ocultar a cidade real e preservar condições para a formação de um mercado imobiliário especulativo e restrito a uma minoria. Abundante aparato regulatório (leis de zoneamento, código de obras, código visual, leis de parcelamento de solo inspirado em modelos estrangeiros) convive com a radical flexibilidade da cidade ilegal, fornecendo o caráter da institucionalização fraturada, mas dissimulada. (MARICATO, 2015, p.85)

Dentre as inúmeras consequências da falta de planejamento urbanístico democrático e abrangente, da falta de políticas públicas habitacionais e do abandono da atenção estatal no atendimento das demandas sociais das áreas periféricas dos grandes centros urbanos, surgem uma série de práticas sociais, regulações e “leis” informais para regular o direito à moradia nesses locais. É nesse contexto que surge o direito de laje, que é a possibilidade de construção de uma casa em cima (da laje) de outra, de maneira que cada imóvel tenha independência do outro, proprietários distintos e acesso à residência e à via pública distintos.

O que a Medida Provisória 759, de 22 de dezembro de 2016, fez foi incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro esse chamado “direito de laje”, uma prática social debatida e discutida pela academia desde os anos 90, por sociólogos, juristas e urbanistas. Boaventura Santos, durante sua tese de doutorado na década de 1980, já tratava o direito de laje, entre

outros, como oriundo do direito de pasárgada⁸. O direito de laje procura incorporar ao ordenamento jurídico formal uma realidade que caracteriza as favelas verticalizadas de grandes centros urbanos, de modo mais intenso nas periferias do Rio de Janeiro e de São Paulo. Em favelas verticalizadas, é extremamente comum o uso e a disposição da laje por terceiro de modo independente do uso dado pelo possuidor do imóvel subjacente, transferindo-se esse direito “comunitário”, “costumeiro” de pessoa a pessoa, com base em assentamentos mantidos por associações de moradores, responsável também pela mediação em casos de conflito.

Boaventura Santos (1988) esclarece que, face à ilegalidade coletiva das habitações nas favelas, estando à margem das instituições estatais e em conflito com o direito oficial, os habitantes dessas áreas (designadas pelo autor como Pasárgada) desenvolveram mecanismos coletivos de regulamentação, organização coletiva e mediação de conflitos. Afinal, a marca de “ilegalidade” tornava inviável, e até mesmo temeroso, recorrer aos órgãos estatais encarregados do controle social, qualquer contato com o Poder Judiciário ou a polícia traria à tona a situação de clandestinidade do local. Outros entraves como a reputação altamente repressiva da polícia, o alto custo do acesso à justiça e barreiras econômicas e culturais – linguagem inacessível, classe social dos operadores jurídicos destoantes da realidade local, custo de honorários, baixa instrução dos moradores – inviabilizavam o contato daquelas comunidades aos órgãos estatais.

Nesse contexto, os conflitos internos resultantes das situações fáticas relacionadas à construção de moradias passaram a ser mediadas e resolvidas, de forma eficaz, pelas associações de moradores. Esse direito não oficial goza de amplo reconhecimento comunitário, tem características mais retóricas, de linguagem acessível, menos formal e burocrático do que o direito estatal, onde se substitui o procedimento rígido e fechado por um procedimento aberto, de tonalidade ético-social, baseado na busca por consensos onde as partes cedem sob um processo argumentativo comum, baseado em pressupostos comunitários comuns como a cooperação, equilíbrio e a boa vizinhança (SANTOS 1988, p.19).

Ainda que se reconheça as limitações desse modelo, o direito de Pasárgada representara uma experiência alternativa e emancipatória do direito monista de dogmática positivista, configurando-se como um direito vivo, que surge no interior de comunidades subjacentes populares e marginalizadas. Ainda que não seja um direito revolucionário e que o reconhecimento da pluralidade de ordens jurídicas não implique a perda da centralidade do

⁸ O direito de Pasárgada vigora em paralelo (ou em conflito) com o direito oficial brasileiro, sendo desta duplicidade jurídica que se alimenta estruturalmente a ordem jurídica de Pasárgada. (SANTOS, 1988)

direito estatal, ele tende a ser mais democrático, pois é criado mediante processos comunicativos e é exercido no âmbito do Estado de Direito (SANTOS, 2001. p. 315).

A Lei nº 13.465/2017, originada da MPV 759/2016, tem o mérito de reconhecer a realidade social dessas práticas normativas, tendo introduzido o conceito jurídico de “núcleo urbano informal” e instituído o direito de laje, permitindo que uma família construa uma casa em cima de outra, recebendo individualmente a matrícula de seu imóvel. Além disso, prevê um processo jurídico mais simples e célere do que a constituição de condomínios, que se afigura no instrumento legal existente atualmente para a construção de conjuntos de moradias independentes, tendo autorizado sua aplicação em áreas ocupadas de forma desordenada e clandestina.

A lei introduz o novo art. 1.510-A do Código Civil afirmando que o direito real de laje consiste na possibilidade de coexistência de unidades imobiliárias autônomas “de titularidades distintas situadas em uma mesma área, de maneira a permitir que o proprietário ceda a superfície de sua construção a fim de que terceiro edifique unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo”. Além disso, o novo artigo prevê que só estará configurado o direito real de laje quando se constatar a impossibilidade de individualização de lotes, a sobreposição ou a solidariedade de edificações ou terrenos. Ainda, considera como unidade imobiliária autônoma aquela que possua isolamento funcional e acesso independente, devendo ser aberta matrícula própria para cada uma das referidas unidades.

É de se elogiar, por um lado, a opção do legislador em adotar o nome “direito de laje” que não se coaduna com a especificação técnica, mas é condizente com o entendimento popular costumeiro. Ocorre que a leitura do termo “direito de laje” poderia pressupor que se trata de direito real próprio de superfície ascendente, que repousam sobre a construção-base, ao passo que a lei também abriga os casos de ocupação do espaço abaixo do solo, nos andares subterrâneos. Ou seja, o direito real, próprio, abarca àqueles referentes à laje aérea e subterrânea, acolhendo uma gama maior de situações concretas na informalidade.

A lei preceitua, ainda, que o titular do direito real de laje responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre a sua unidade. Assim, para que essas medidas possam ser implementadas e as prefeituras possam cobrar o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) dos imóveis legalizados, será necessária a criação e aprovação de legislação municipal específica, a elaboração de projetos urbanísticos e de infraestrutura para essas áreas, bem como proceder ao cadastro dos moradores. Na prática, cabe aos municípios a entrega da titularidade dos imóveis, conferindo aos cartórios apenas a tarefa de efetuar seu registro. Há previsão de

edição de um decreto, por parte do governo, para orientar e detalhar os procedimentos da regularização fundiária.

Um dos pontos negativos da edição da MPV 579/2016, era a ressalva de que as unidades autônomas “constituídas em matrícula própria poderão ser alienadas e gravadas livremente por seus titulares, não podendo o adquirente instituir sobrelevações sucessivas, observadas as posturas previstas em legislação local”, ou seja, apenas seria possível o reconhecimento legal da existência de duas unidades imobiliárias autônomas, o que inviabilizaria a futura regularização fundiária de inúmeras residências de áreas periféricas onde se constata a existência de até quatro unidades autônomas distintas construídas uma sobre a outra.

Já a Lei 13.465/17, contornando essa limitação, passou a adotar nova redação, admitindo direitos de lajes sucessivos, à medida em que esse direito real for instituído sobre outro anterior. Disso advém que, por meio das lajes sucessivas, poder-se-á ter inúmeras unidades autônomas sobrepostas em linha ascendente – no espaço aéreo - ou descendente - subsolo.

Evidentemente, o reconhecimento tardio do direito de laje no ordenamento jurídico oficial não é suficiente, senão apenas um indício incipiente de tendência de abertura democrática a práticas jurídicas pluralistas e que deve ser estimulada e reunir esforços no sentido de viabilizar a maior permeabilidade de manifestações normativas extraestatais e ampliação do círculo de pré-intérpretes constitucionais ao processo legislativo oficial de modo e expandir a legitimidade para além da observância de seus requisitos formais.

Não há de se ignorar que o direito de laje é uma prática que deriva do processo de gentrificação dos grandes centros urbanos, do alto custo habitacional, da especulação imobiliária e da falta de políticas públicas urbanísticas que regulamentem e façam cumprir o instituto da função social da propriedade e do direito à cidade. As três políticas urbanas estruturais, relacionadas à produção do ambiente construído, a saber: transporte, habitação e saneamento, têm sido negligenciadas e dotadas de pouco investimento (MARICATO, 2015, p. 29).

Há uma necessidade de expansão dos princípios político-jurídico democráticos que foram consagrados na modernidade, restritos ao espaço de cidadania formal, para os demais espaços estruturais. A pós-modernidade exige então uma repolitização da vida social, onde a cidadania se articule e engendre com a democratização dos demais espaços estruturais. A

abertura do sistema jurídico monista para a permeabilidade de práticas sociais jurídicas plurais, cujo conteúdo esteja em consonância com o referencial constitucional⁹.

Faz parte do desafio de democratização das estruturas estatais e, especialmente da flexibilização do paradigma do monismo jurídico, além de reconhecer sua ineficiência em um contexto multicultural permeado por déficits estruturais e desigualdades marcantes, criar um espaço de debate democrático de modo a dar visibilidade aos conflitos. Há de se superar a tradição dos países periféricos de ignorar ou não reconhecer os conflitos, substituindo por vezes o debate pela criminalização e repressão dos atores sociais marginalizados, quando o conflito engloba os antagonismos de classe.

5. CONCLUSÃO

O processo de transnacionalização e globalização dos mercados, bem como as rápidas transformações sociais e o aumento das demandas reivindicatórias de grupos sociais historicamente marginalizados evidenciaram a crise do Estado Contemporâneo, tendo em vista sua insuficiência em resolver satisfatoriamente os conflitos, garantir os direitos consubstanciados por Constituições vanguardistas, com influência do modelo de *Welfare State* e, principalmente, pelo fato de seu aparato jurisdicional não conseguir acompanhar a evolução social ocorridas no interior de suas fronteiras. O processo legislativo oficial, legitimado unicamente pela observância de seus requisitos formais, baseado em pressupostos ficticiamente neutros e racionais, desconsidera as múltiplas e antagônicas realidades sociais.

O que se propugna é a adoção de um modelo jurídico e hermenêutico plural e aberto, que leve em conta às diferentes realidades socioculturais e que passe a incorporar ao seu direito oficial as práticas normativas extra-estatais exitosas e em consonância com o referencial constitucional, tal qual Gurvitch defendia com a teoria do direito social condensado: a produção da normatividade pela própria comunidade subjacente, cuja absorção pelo estado democrático remete de volta a mesma sociedade como destinatária das normas.

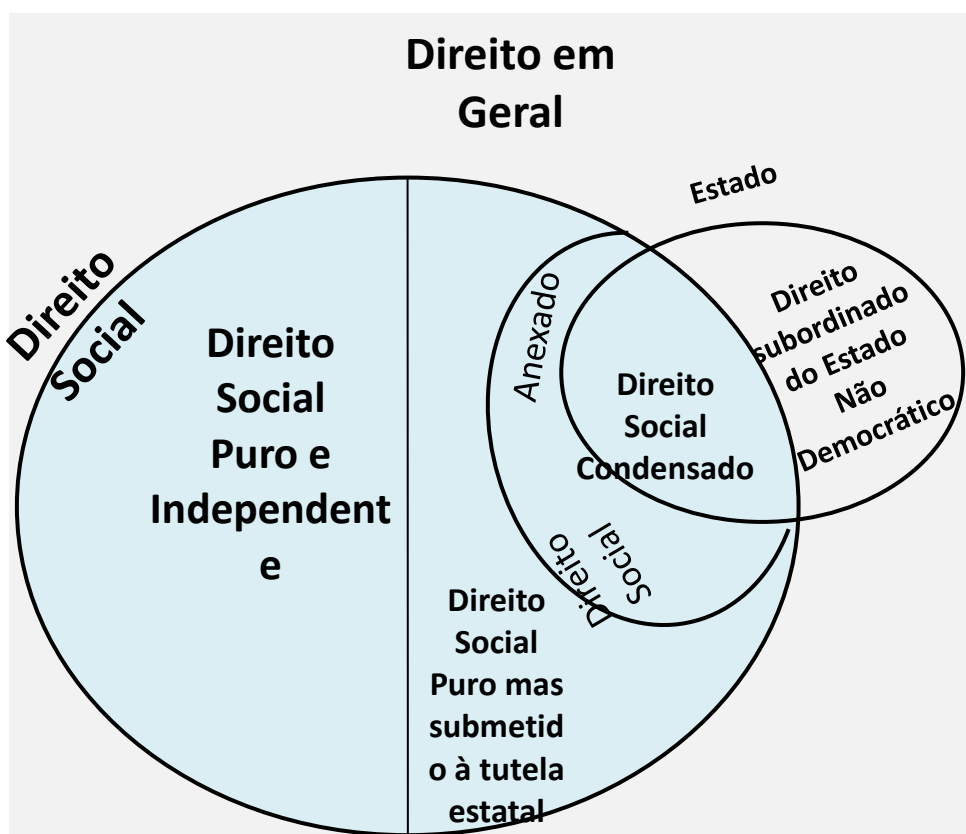
Assim, não se intenta romper com o modelo jurídico vigente e tampouco reinventar o direito, mas, essencialmente, se busca um (re)arranjo estatal baseado em uma nova forma de

⁹ Não há de se olvidar que o pluralismo jurídico pode se configurar antidemocrático e autoritário, como a formação de estados paralelos em determinadas áreas periféricas, cuja centralidade do poder substitui o Estado por outro detentor da coação incondicionada, como as comunidades chefiadas pelo tráfico de drogas. Evidentemente aquele pluralismo jurídico não tem qualquer similaridade com o pluralismo jurídico admitido pela Teoria do Direito Social Condensado, cuja integração total da comunidade subjacente, o aspecto democrático e o alinhamento aos parâmetros constitucionais são requisitos indissociáveis.

relacionamento entre Estado e Sociedade onde se estabelece um vínculo mais qualificado e de cooperação, onde nem Estado e nem Sociedade são exclusivos na produção jurídica e na gestão pública, mas, se articulam compartilhadamente segundo o interesse público, sob a guisa do referencial constitucional.

O esquema a seguir (Figura 1) mostra a disposição das espécies de direito social, tratadas por Gurvitch, e sua maior ou menor proximidade da ordem estatal. É possível visualizar o Direito Social Condensado figura justamente na área de abrangência da ordem estatal, o que demonstra sua coexistência, em tese, na ordem jurídica de um Estado Constitucional efetivamente democrático:

FIGURA 1: Espécies de direito social esquematizado (elaboração própria)



FONTE: Gurvitch, 2005, p. 165.

Nessa nova forma de relacionamento entre o social e o estatal, não há espectadores, senão, protagonistas de onde as normas jurídicas são abstraídas da articulação dos membros da comunidade subjacente de um Estado Constitucional Democrático: a sociedade. Nesse contexto, o direito é cooriginário, é pensado pela sociedade em cooperação com as instituições estatais afins, voltadas para essa mesma sociedade. A comunidade subjacente que produz as normas articuladamente, que regularão sua própria vida, é ao mesmo tempo produtora e

destinatária das normas, ainda que sejam de alcance restrito, como a regulamentação da sociedade em sede do espaço local em uma dada comunidade.

A resposta ao problema inicial, que questiona se há evidências que denotam a possibilidade de permeação de práticas pluralistas ao monismo jurídico, é positiva, no entanto, insuficiente. A edição da Lei 13.465/2017, que regulamentou uma prática de claro viés pluralista, é uma evidência de que a ordem estatal pode se valer das práticas normativas difusas e multiculturais de modo (re)legitimar a produção de normas jurídicas. O direito de laje, naquelas comunidades periféricas, consubstanciava-se como um fato social que acabou, tardiamente, incorporado ao ordenamento jurídico. No entanto, esse processo se deu sem um mínimo debate entre os movimentos sociais e a população desses locais com os autores da inovação legislativa, consubstanciando-se como mera subsunção e incorporação de uma prática pluralista, externa ao mundo jurídico oficial, sem a devida discussão e profundidade necessárias ao processo de legitimação entre os autores da norma e os seus destinatários.

A tarefa que se tem em vista é de amplificar a visibilidade dos conflitos, dando voz e atenção às práticas pluralistas desses grupos que parcamente conquistaram os requisitos básicos de uma cidadania, com baixo atendimento dos direitos sociais e expoentes da desigualdade social. O pluralismo jurídico não é a solução derradeira para a crise do monismo jurídico, mas é uma estratégia importante no processo de (re)legitimação do direito oficial estatal, e, portanto, não pode ter suas práticas simplesmente cooptada e incorporada pelo poder legislativo oficial sem o mínimo debate entra as esferas de poder oficial e àqueles que até então estavam a margem da tutela estatal, sob o risco de continuar reproduzindo normas despidas de legitimidade e respaldo social.

Referências

BRASIL. Lei 13.465 de 11 de jul. de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm> Acesso em: 30 out. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BOBBIO, NORBERTO; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. V1. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

CARVALHO, Lucas Borges. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone Fernandez

Morcilho; (ORG.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FETSCHER, Iring. Direito e justiça no marxismo soviético. In: _____. **Karl Marx e os marxismos: da filosofia do proletariado à visão proletária do mundo**. Trad. SILVA, Heidrun Mendes da. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970. p. 229-251.

GURVITCH, Georges. **La Idea Del Derecho Social. Noción y Sistema Del Derecho Social**. Granada: Comares S.L., 2005.

HESPANHA, António Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**. Coimbra: Almedina, 1982.

MARICATO, Ermínia. **Para entender a crise urbana**. São Paulo: Expressão popular, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

PEREZ, José Luis Monereo; PRIETO, Antonio Márquez. Studio Peliminar: La “Idea del Derecho Social” en la Teoría General de los Derechos: El pensamiento de Gurvitch. In: GURVITCH, Georges. **La Idea Del Derecho Social. Noción y Sistema Del Derecho Social**. Granada: Comares S.L., 2005.

RUBIO, David Sánchez. Pluralismo Jurídico e emancipação social. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone Fernandez Morcilho; (ORG.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. Cortez, 2008.

_____. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. In: **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUZA JR., José Geraldo de (Org.). **O Direito achado na rua**. Brasília: UNB, 1988, p. 46-51

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação. Por uma nova Cultura no Tratamento de Conflitos**. Ijuí: Unijuí, 2010.

_____. **Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária**. Ijuí: Unijí, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. v.1. Brasília:UNB, 1991.

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

_____. **Pluralismo Jurídico: Um espaço de resistência na construção de direitos humanos.** In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone Fernandez Morcillo; (ORG.). Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.