

# “Novas Sensibilidades” Velhas Decisões: notas sobre as recentes transformações jurídicas

Joaquim Shiraishi Neto<sup>1</sup>

**Resumo:** As Declarações e as Convenções Internacionais aliadas ao processo de organização e mobilização de grupos sociais de identidade étnica resultaram, nas últimas décadas, em profundas transformações na ordem jurídica brasileira. O reconhecimento da diversidade social e cultural trouxe o “pluralismo jurídico” para o direito. Essa noção que era tomada como instrumento de crítica ao direito positivado e, por isso mesmo, tratada como algo “residual” ou “periférico”, é levada ao centro das reflexões. Observa-se que esse processo se realiza no interior de uma ordem jurídica, que também se transforma, criando o que pode ser designado como uma “nova” “sensibilidade jurídica”. Ao “pluralismo jurídico”, outras noções são incorporadas, compondo um léxico de termos, acionados de forma indistinta pelos intérpretes do direito. Neste contexto de mudança é possível indagar: será que essa “nova” “sensibilidade jurídica” tende a contribuir com a tomada de decisões que possam ser consideradas mais justas, levando em consideração a realidade social que é tida como plural e complexa, com profundas contradições econômicas?

**Palavras-chave:** Grupos sociais. Pluralismo jurídico. “Sensibilidade jurídica”.

**Abstract:** The declarations and international conventions allied with the organization and mobilization processes of social groups of ethnic identity resulted, in recent decades, in profound changes to the Brazilian juridical order. The recognition of social and cultural diversity brought “legal pluralism” to the law. This notion, that was taken as an instrument of criticism of positive law, and therefore, treated as something “residual” or “peripheral” is brought to the center of reflections about law. It is observed that this process takes place inside a juridical order, which is also transforming itself, creating what might be called a “new” “juridical sensitivity”. Other concepts are incorporated to the “legal pluralism”, composing a lexicon of terms, fired indiscriminately by the interpreters of the law. In this changing environment it is possible ask: does this “new” “juridical sensitivity” tend to contribute to decisions that can be considered fairer, taking into account the social reality which is taken as plural and complex, with its deep economic contradictions?

**Keywords:** Social groups. Legal pluralism. “Juridical sensitivity”.

---

<sup>1</sup> Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA); Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito e Diversidade (NUPEDD-UNDB); Bolsista produtividade 2 do CNPq. *E-mail:* jshiraishi@uol.com.br.  
Recebido em: 15/11/2010.  
Revisado em: 07/12/2010.  
Aprovado em: 14/02/2011.

## Introdução

O sinal amarelo foi aceso para os povos e as comunidades tradicionais<sup>2</sup> do Brasil quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Ação Popular, que impugna o ato de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. O resultado final do julgamento expressa a dinâmica e as contradições existentes em torno do direito<sup>3</sup> desses grupos sociais e, de certa forma, o conteúdo do que pode ser designado como uma “nova sensibilidade jurídica”, que vem se desenhando nas últimas décadas no Brasil<sup>4</sup>. O procedi-

<sup>2</sup> As noções de povos e comunidades tradicionais são utilizadas em consonância com os critérios adotados pela Convenção n.169 da OIT, promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, e pelo Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que “Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”. É importante ressaltar que os diversos dispositivos internacionais e nacionais vêm utilizando diferentes termos com praticamente os mesmos significados para designar as situações que dizem respeito aos grupos sociais de identidade étnica no Brasil (SHIRAIISHI NETO, 2007).

<sup>3</sup> Embora a decisão final tenha declarado a constitucionalidade da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e, uma vez, afirmada a constitucionalidade do procedimento administrativo-demarcatório, foram impostas uma série de “salvaguardas” que afetaram os direitos de grupos sociais em “processo de territorialização”, a exemplo, da salvaguarda que veda “a ampliação da terra indígena já demarcada” (inciso “r” das salvaguardas contidas no Acórdão). A respeito das “salvaguardas”, o ministro Carlos Ayres Brito, relator da Ação Popular, afirmou: “o ministro Menezes Direito traçou ‘diretivas’ para nortear a execução da decisão do STF pela União”. “[A proposta] me pareceu **uma técnica interessante**, inovadora, que, embora inusual do ponto de vista da operacionalização do que estamos aqui a decidir, resulta altamente proveitosa.” (NOTÍCIAS STF, 2008b, grifo nosso).

<sup>4</sup> Procuramos ressaltar a importância da discussão, pois na mesma Corte há um conjunto de casos pendentes, que deverão ser julgados em breve (especificamente, relacionados ao tema: ADIN n. 3.239, promovida pelo DEM, contra o Decreto Federal 4.887/2003, que “Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”). As decisões do Supremo Tribunal Federal servem como referência para outras decisões sobre o mesmo tema, um *leading case*, como ressaltou o Ministro Cesar Peluso (NOTÍCIAS STF, 2008a). Mais do que isso, no caso da demarcação das terras indígenas, as decisões servem para orientar os processos em andamento no Poder Executivo o que pode inviabilizar os processos de demarcação que se encontram em curso no país.

mento de incorporação de dispositivos normativos e teorias sempre estiveram presentes no direito brasileiro, aliás, esse expediente foi recorrente para atualização do nosso direito<sup>5</sup>.

A ideia de “sensibilidade jurídica” elaborada por Geertz (1997) e da qual fazemos uso, bem ajuda a compreender com acuidade esse processo ao qual estamos nos referindo. A “sensibilidade” está relacionada a um conjunto de “atitudes práticas” para o gerenciamento de disputas (GEERTZ, 1997). Os regulamentos, as regras de etiqueta, as tradições, as técnicas, a doutrina e os academicismos compõem os elementos jurídicos para a tomada das decisões, mas também servem para explicitar uma maneira específica de construir a realidade social, que vem se apresentando de forma múltipla e complexa. A multiplicidade e complexidade social vêm contribuindo com a construção de uma nova “sensibilidade jurídica”. Em verdade, as “sensibilidades” não só expressam as variedades de direito, mas também o poder que exercem sobre os processos da vida social. “Trata-se, basicamente, não do aconteceu, e sim do que acontece aos olhos do direito” (GEERTZ, 1997, p. 259).

Nesse sentido, este artigo objetiva refletir a respeito do reconhecimento jurídico dos grupos sociais portadores de identidade étnica enquanto sujeitos de direito à luz de uma “nova” “sensibilidade jurídica”. Ela é permeada por um conjunto de elementos jurídicos, conforme acima anunciado, mas, no caso, importa destacar a influência de doutrinadores estrangeiros no direito brasileiro, sobretudo dos doutrinadores americanos diferentemente de período recente, quando o nosso direito era fortemente influenciado pelo direito europeu. Essas transformações estão evidentes nos mais variados textos jurídicos, como a ênfase atribuída aos princípios da liberdade e da igualdade em detrimento ao da dignidade da pessoa humana. Observa-se que a utilização manualística, meramente operacional,

---

<sup>5</sup> No caso, gostaríamos de chamar atenção para as reflexões em torno da adoção do Código Civil Brasileiro de 1916. Orlando Gomes em “Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro” nos relata como as ideias foram introduzidas ao Código e se adequaram à realidade, com a finalidade de atender os interesses de determinados grupos naquele período (GOMES, 1958). A instituição da figura do “chefe” de família é exemplar a esse respeito e representa as relações de poder em torno do senhor da casa grande, que se estende sobre a esposa e os filhos.

aplicativa, dos autores nos cursos de direito<sup>6</sup>, sem qualquer tipo de análise sobre o contexto de aplicação do direito<sup>7</sup> tende a permitir interpretações mais restritivas de direitos conquistados por esses grupos sociais, sobretudo o de dizer o direito. Mais precisamente, o direito a fala que vem se instituindo no processo de organização e mobilização política. Os termos e as noções isolados, que são apanhados das teorias, são “adaptados” aos discursos jurídicos, funcionando como “verdades” absolutas, que servem para organizar a vida social dos indivíduos e dos grupos sociais.

As ações exitosas em torno das conquistas de direitos por parte dos grupos sociais, que até então se encontravam “invisíveis”, também, têm contribuído para uma apatia em torno das reflexões jurídicas. Afinal, é bastante extensa a lista de ações e de proposições que se concretizaram na garantia de direitos e em direitos a esses grupos sociais<sup>8</sup>. No contexto

---

<sup>6</sup> Ficamos inquietos quando um professor de um curso de graduação de direito afirmou que somente estudava com os seus alunos os elementos jurídicos, técnicos, da obra de Dworkin, como se fosse possível descontextualizar o contexto em que a obra foi formulada. O “esquecimento” de que direito em Dworkin está profundamente ligado ao contexto norte americano torna-se um problema para as nossas reflexões, na medida em que esse direito se encontra distante da nossa realidade social. O ensino da mera técnica jurídica, como se essa fosse destituída de conteúdo, afasta qualquer possibilidade de reflexão e reforça os esquemas de produção e reprodução do direito. Em “Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil”, Nobre relata as diferentes políticas adotadas pela Alemanha e França em relação ao crescente domínio do direito americano e dos escritórios de advocacia americanos na Europa (NOBRE, 2004).

<sup>7</sup> Bourdieu e Wacquant chamam a atenção para o uso de teorias e noções, sem a devida preocupação com as condições históricas de sua produção e difusão. Para esses autores, a neutralização e o correspondente esquecimento de suas condições históricas produz uma aparente universalização ampliada pelo trabalho de teorização (BOURDIEU; WACQUANT, 2005). A propósito dessa preocupação em incorporar esses esquemas de pensamento jurídico dominante, vale a pena ver as críticas dos autores em relação ao dogmatismo de Rawls sobre a prioridade das liberdades básicas. Para eles, trata-se de atribuir à sociedade, um ideal latente, que não passa de seu próprio ideal “o de um acadêmico estadunidense ligado a uma visão estadunidense de democracia” (BOURDIEU; WACQUANT, 2005, p. 213). Esse posicionamento fica evidente no livro “O Direito dos Povos”. Quando Rawls projeta uma sociedade mundial dos povos a partir dos ideais liberais – democráticos da sociedade americana (RAWLS, 2001).

<sup>8</sup> No ponto de vista da “juridicização das práticas sociais”, podemos enumerar uma série de dispositivos que já se encontram em vigor, dentre os quais: as leis do babaçu livre nos estados do Maranhão, Tocantins e Pará; a lei do licuri no estado da Bahia; a lei de

social de reconhecimento jurídico dos povos e comunidade no Brasil e da relação desse processo com o direito é que se movimentam as reflexões.

## **1 Movimentando o Direito: de uma posição periférica para uma central na ordem social**

Há pouco tempo atrás, ainda no final da década de 1980, as reflexões jurídicas mais acuradas se perfilavam em torno de uma crítica reflexiva ao direito positivado<sup>9</sup>. O direito era compreendido como uma técnica que organizava coercitivamente o controle da sociedade destinado a preservar os interesses de uma minoria detentora do capital. Em regra, os esforços teóricos se ocupavam em denunciar esse processo que se encontrava “encoberto” pelo mundo das formas jurídicas; em confronto com a tentativa de Kelsen criar uma “teoria pura do direito”<sup>10</sup>.

Nesse contexto, a apresentação do direito como técnica e o empenho em isolá-lo do seu contexto social e econômico foram procedimentos consistentes adotados que garantiram a produção, a reprodução e a circulação do direito tal como proposto, dificultando a compreensão do próprio direito<sup>11</sup>. A teoria crítica do direito se opôs a esse esquema de pensamento, realizando dois movimentos. Ao mesmo tempo em que procu-

---

cooficialização das línguas baniwa, tucano e nheengahtu no estado do Amazonas; e a lei que reconhece a existência social das comunidades de faxinais no estado do Paraná. Em andamento, a proposição de lei que reconhece a existência social das catadoras de mangaba no estado de Sergipe.

<sup>9</sup> A literatura a esse respeito é bastante extensa. Entre eles: Edelman (1976) e Correias (1995).

<sup>10</sup> A propósito das críticas sobre a formulação da teoria jurídica de Kelsen, conferir o trabalho de Correias (2003), no qual é possível ter acesso a mais uma leitura possível de Kelsen. Para Correias (2003), são os intérpretes de Kelsen e não ele que se apoiam em difundir uma ciência jurídica a margem da política, na medida em que ocultam o fundo político da filosofia jurídica de Kelsen.

<sup>11</sup> Tomando o conceito de “obstáculo epistemológico” emprestado de Bachelar, Mialle trabalha com a ideia de “obstáculo epistemológico à constituição de uma ciência do direito”. Segundo o autor é possível identificar os seguintes “obstáculos”: a “falsa transparência do direito”; o “idealismo profundo das explicações jurídicas”; e a “independência da ciência jurídica” (MIALLE, 1977, p. 33-68).

rou descortinar os elementos que estavam “encobertos”, esquadrinhando o direito no sentido de desvendar os “mitos”, os “dogmas” e as “crenças”; acreditou que esse direito pudesse ser utilizado na emancipação dos indivíduos (MAILLE, 1977). O conhecimento do funcionamento do direito permitiria as transformações sociais e econômicas acalentadas pela maioria dos indivíduos e dos grupos sociais. Por outro lado, os mais “céticos” focalizavam o direito como verdadeiro “obstáculo a transformação social” (MONREAL, 1988).

As críticas mais recentes objetivam afastar-se dessas discussões que dominaram o debate científico do direito, tais como a do formalismo, que detém a forma em detrimento ao mundo social, e a do instrumentalismo, que percebe o direito como instrumento dos processos de dominação (BOURDIEU, 1989). Para romper com esses esquemas teóricos de pensamento jurídico dominante, Bourdieu (1989) afirma que é preciso levar em consideração a existência de um campo jurídico, onde se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma de violência simbólica. As práticas e os discursos jurídicos, no caso, são produtos desse campo, onde os intérpretes lutam pelo “direito de dizer o direito”, sendo o que está em jogo é a luta pelo monopólio da produção da visão do mundo social<sup>12</sup>.

A despeito de o mundo social ser reconhecido como fragmentado, explicitando as enormes diferenças sociais, culturais e econômicas existentes entre os indivíduos e grupos sociais, continua a ser tratado pelo direito de forma universal<sup>13</sup>. O universalismo da “prática jurídica”, em diversos momentos, foi denunciado pela teoria crítica do direito, como verdadeiro obstáculo para a compreensão do próprio direito, pois ignora a realidade social.

---

<sup>12</sup> Longe de qualquer neutralidade científica, os manuais de direito vêm sistematicamente produzindo e difundindo uma compreensão do direito e do mundo social. Sobre a construção da noção de propriedade privada nos manuais de direito, ver Shiraishi Neto (2008).

<sup>13</sup> A expansão cultural do direito europeu e, mais recentemente, do direito americano no Brasil, sempre se deu pela capacidade de “universalizar os particularismos” por meio de perguntas pretensamente filosóficas que eram debatidas como universais. O debate filosófico entre “liberais” e “comunitários” é utilizado como ilustrativo desse processo (BOURDIEU; WACQUANT, 2005).

Nos dias de hoje, percebe-se um movimento intenso no interior do campo jurídico, que se afasta das discussões do direito como uma técnica de dominação<sup>14</sup>. As reflexões, ambientadas no que tem sido designado como filosofia do direito (BOURETZ, 1991), vem se orientando a partir da luta contra o positivismo jurídico, que segundo os argumentos utilizados é tido como desprovido de qualquer fundamento ético moral, e neste contexto são eleitos dois temas centrais: “A Constituição (com seu sistema de direitos) e a Interpretação da Constitucional” (CITTADINO, 2004, p. 143). A força ético-moral das discussões e a destituição de todo o debate político em relação ao direito são elementos chaves para a compreensão do papel que se atribui a ele, conformando o que tem sido denominado pelos intérpretes de “retorno ao direito”<sup>15</sup>.

O direito retorna envolvido em um debate filosófico ético moral. A “leitura moral” dos dispositivos jurídicos<sup>16</sup> leva a uma completa “despolitização” de todas as reivindicações sociais. As lutas sociais e as reivindicações dos grupos sociais, que só recentemente foram incluídos na ordem jurídica como sujeitos de direito, perdem toda e qualquer referência aos processos jurídicos de dominação que fizeram com que esses grupos se escondessem, tornando-os propositalmente “invisíveis”, para um tratamento jurídico considerado adequado no contexto de uma sociedade plural e complexa. Entre nós, a questão se tornou mais grave, como bem salientou Oliveira (2002), pois os direitos que eram garantidos pelo estado do bem estar social ruiu antes mesmo de serem efetivados. Embora a noção de cidadania não possa ser mensurada pelos ganhos sociais, bem

---

<sup>14</sup> Embora tais reflexões venham se restringindo a círculos cada vez menores, é importante registrar o consistente trabalho de Kashiura Júnior (2009) sobre a crítica da igualdade jurídica partir de uma leitura marxista, que recentemente foi defendido na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

<sup>15</sup> Para Cittadino (2004, p. 141), o movimento de “retorno ao direito” estaria vinculado à derrocada da utopia igualitarista e do reconhecimento do pluralismo nas sociedades democráticas.

<sup>16</sup> Em diversos trabalhos, Dworkin (2006) propõe um método particular de ler e executar uma Constituição política, método que ele chama de “leitura moral”. A “leitura moral” da Constituição propõe que os operadores do direito interpretem os dispositivos abstratos da Constituição considerando os princípios morais de justiça embutidos nesses dispositivos. Pelo visto, Dworkin procura construir uma racionalidade a sua proposta de interpretação do texto constitucional.

estar e qualidade de vida, a sua importância está relacionada à conquista desses direitos.

Para essa ideia de “retorno do direito”, o direito estaria em movimento e se deslocando para assumir uma posição central na sociedade. Segundo Habermas (2008), o direito é compreendido como “categoria central” para a mediação de todos os problemas vividos pela sociedade, sobretudo para garantir o que tem sido designado de “integridade social”. Dworkin em “O Império do Direito”, trabalha com a ideia do “direito como integridade”. A integridade como virtude ao promover a união moral e política dos cidadãos (DWORKIN, 2007). A essa ideia de “integridade”, podemos listar outras que também objetivam atribuir ao direito um papel central, de destaque, na sociedade, como é o caso do “sentimento constitucional” (LUCAS VERDÛ, 2004) e “neoconstitucionalismo”. Para os autores, a normatividade jurídica, mais especificamente, a normativa constitucional, estaria penetrando de forma profunda na sociedade e esse sentimento de reconhecimento da ordem constitucional representaria um passo importante para uma maior efetividade das normas. Tais formulações, “direito como integridade”, “sentimento constitucional” e “neoconstitucionalismo” estão em parêntese com a ideia do direito como categoria central da sociedade.

Neste contexto de propaganda “retirada” ou mesmo da “ausência” do Estado, o deslocamento do direito para uma posição central é festejado como uma grande conquista da sociedade contemporânea, pois seria ele, o direito, o instrumento capaz de garantir, de forma adequada, os direitos fundamentais, que se encontram inscritos na Constituição Federal. Os esforços teóricos se concentram no sentido de demonstrar as virtudes do direito e de seus intérpretes, que estariam comprometidos com uma ordem justa.

No bojo desse processo, as técnicas de interpretação jurídica, inventadas e criadas, para resolução das disputas que se tornaram mais variadas e complexas diante da sociedade que se diversifica, objetivam a adequação do direito a essas “novas” situações, na medida em que o direito seria uma espécie de garantidor da “integração social”. Para que esse esquema de pensamento possa ser efetivado é necessário afastar-se de quaisquer possibilidades de conflito, sob pena de distender os indivíduos e grupos

sociais que se encontram ambientados em um mesmo mundo social e, para isso, diversas noções são tomadas preferencialmente com o pretexto de cimentar não somente o papel central que se atribuí ao direito, mas também a construção de uma “nova” “sensibilidade jurídica” mais adequada a essa nova ordem social.

## 2 Criando a “Nova” “Sensibilidade Jurídica”: o pluralismo jurídico, a fraternidade e a comunidade como noções fundamentais do processo

O reconhecimento de que a sociedade brasileira é plural<sup>17</sup> trouxe a noção de “pluralismo jurídico” para as preocupações. Isso fez com que os intérpretes passassem a se ocupar com a construção de novos processos de interpretação para a aplicação e efetivação do direito. Segundo Silva (2007, p. 143, grifo nosso) “O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma **pluralidade de categorias sociais**, de classes, de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos.”. Mais do que isso, Silva (2007, p. 143, grifo nosso) nos previne de que “Optar por uma sociedade pluralista **significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antagônicos.**”.

A noção de pluralismo está relacionada aos ideais de uma sociedade democrática. O reconhecimento da diversidade social às reflexões é o resultado de um intenso processo de mobilização social por direitos em todo mundo, o que acabou resultando na edição de um conjunto de dispositivos no âmbito internacional e nacional. As polêmicas geradas em torno do processo fizeram com que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) revogasse a Convenção n. 107, de caráter assimilacionista, para a Convenção n. 169, que além de reconhecer a existência social dos grupos

---

<sup>17</sup> Especialmente, no caso do Maranhão, é possível identificar os povos indígenas, os quilombolas, as chamadas quebradeiras de coco babaçu, os pescadores artesanais e os ciganos “Calons”, que estão em processo de sedentarização, em Pirapemas, Maranhão. O reconhecimento desses grupos sociais pelo direito vem provocando uma série de transformações no cotidiano. No caso dos ciganos, é interessante observar que eles saíram das páginas policiais para as partes mais centrais dos jornais (JORNAL PEQUENO, 2010, p. 4).

e seus direitos, adotou como critério de identificação a consciência de si (TOMEI; SEWPSTON, 1999), isto é, a autoatribuição.

As Declarações e as Convenções Internacionais aliadas ao processo de organização e mobilização dos grupos sociais resultaram em profundas transformações na ordem jurídica brasileira, bem como de diversos Países da América Latina. Vários autores descrevem esse processo a partir da noção de ciclos, quando os ordenamentos incorporam os dispositivos para o reconhecimento dos direitos dos povos e das comunidades tradicionais. No Brasil, o processo ganhou força com a Constituição Federal de 1988, que reconheceu a existência de diversos grupos sociais. Além dos povos indígenas (artigo 231 da CF), foram reconhecidos explicitamente os quilombolas (artigo 68 do ADCT) e os seringueiros (artigo 54 ADCT), e por isonomia, os demais grupos sociais. Para essa leitura, estaríamos vivendo uma terceira etapa que, no caso, corresponderia ao momento em que os Estados nacionais passaram a se definir como “Estados Pluranacionais”, afirmando o “princípio do pluralismo igualitário”.

Assim, o reconhecimento da diversidade deveria implicar na garantia plena de direitos a esses grupos sociais. No caso, é importante retomar o papel desempenhado pelo pluralismo jurídico no âmbito das discussões de uma teoria crítica do direito. O pluralismo era considerado como instrumento analítico para uma crítica ao direito positivado e, por isso, foi tratado pelos intérpretes mais dogmáticos como algo “residual” ou “periférico” das reflexões jurídicas. Eram os chamados sociólogos (SANTOS, 1988) e historiadores (WOLKMER, 2001) do direito, que se utilizam desse instrumento analítico como forma de crítica ao direito. Os sociólogos e historiadores do direito muito se empenham em tentar demonstrar a insuficiência do ordenamento jurídico diante da realidade social brasileira.

A universalidade e abstração das categorias jurídicas não penetravam na realidade, fazendo com que os grupos sociais organizassem o seu próprio direito de acordo com as suas imensas necessidades. Nesse sentido, a noção de pluralismo jurídico era utilizada para reafirmar o “direito vivido”, que se encontrava à margem do direito positivado. No Brasil, a ideia da diversidade e do pluralismo jurídico vem se incorporando às reflexões; embora seja intensa e de alguma forma incorpore nas práticas, foi

lenta, gerando polêmica entre os intérpretes, que enfatizavam a universalização dos direitos<sup>18</sup>.

Ao que parece, a noção de pluralismo jurídico não expressa o mesmo conteúdo das reflexões elaboradas inicialmente. Ele foi atualizado, incorporando novos significados. Em verdade, o pluralismo jurídico não representa mais a luta pelo reconhecimento do “direito vivido”, que foi propositalmente desconhecido e ignorado pelos intérpretes do direito, mas sim, a marca de um direito, que se amplia, estendendo seu controle para além da ordem controlada, e para isso se reinventa, criando o que pode ser designado como uma “nova” “sensibilidade jurídica”. Enquanto discurso jurídico oficial, o pluralismo jurídico deixou de subordinar a si para subordinar-se ao direito. Em um sentido eminentemente formal, ele continua a ser compreendido como algo residual ou periférico da ordem jurídica, pois enquanto que nos primeiros esboços se relacionava à ideia de emancipação, nesse segundo relaciona-se à de sujeição.

Soma-se a essa noção de pluralismo jurídico, a recuperação da ideia de comunidade que precedeu a de sociedade<sup>19</sup>. A comunidade era tida como algo “natural” e “evidente”. Trata-se de um “entendimento compartilhado” por todos os seus membros, sendo que esse entendimento não necessita ser procurado, e muito menos construído, pois já existe. Na comunidade, há uma ligação dos membros desde o seu nascimento com tudo o que há de bom e de ruim (BAUMAN, 2003). Nesse sentido, não representava consenso entre seus membros, pois

---

<sup>18</sup> Recordamos as críticas sofridas por Canotilho no momento em que fez menção a “morte da Constituição Dirigente”. Ele próprio se defendia afirmando que em um período de “cidadanias múltiplas” e de “múltiplos de cidadania” seria prejudicial o fecho da Constituição (CANOTILHO, 2001). Consultar, também, Coutinho (2003).

<sup>19</sup> Em “Comunidade e Sociedade”, Tonnies objetiva precisar inicialmente a distinção dos conceitos de comunidade e sociedade, pois para esse autor, o uso desses conceitos vem ocorrendo, sem nenhuma distinção rigorosa “[...] mientras que la terminologia científica anterior solía mezclarlos a capricho sin distinguirlos” (TONNIES, 1947, p. 19). A comunidade é polissêmica, compreendendo diversos sentidos, é utilizada para expressar o lugar dos indivíduos mais fracos, que não são capazes de individualmente sobreviver na sociedade (BAUMAN, 2003).

[...] **esse entendimento já “está lá”**, completo e pronto para ser usado – de tal modo que nos entendemos “sem palavras” e nunca precisamos perguntar, com apreensão, “o que você quer dizer?”. **O tipo de entendimento em que a comunidade se baseia prece-de todos os acordos e desacordos** (BAUMAN, 2003, p. 15, grifo nosso).

Tal entendimento compartilhado, considerado “natural” e “evidente”, era totalmente incompatível com a organização social ascendente, uma vez que o indivíduo se tornava consciente e se libertava das tradições. A ideia de comunidade se rivalizava com a de sociedade, pois enquanto uma representava o velho à outra o moderno. Na tensão entre a “estabilidade” e a “segurança” da comunidade, foi a “liberdade” e a “autonomia” da sociedade que prevaleceu e se impôs, transformando as relações e a sociedade.

No caso da teoria do direito, percebe-se uma tendência de recuperar a noção de comunidade. Mais do que isso, a recuperação, o do que pode ser chamado de “sentimentos de comunidade”, a fim de utilizá-los no fortalecimento dos padrões jurídicos propostos. A ideia de comunidade tem embutido um conjunto de elementos que sugerem coisas boas e agradáveis. Para Bauman (2003, p. 7), “[...] a comunidade é um lugar ‘cálido’, um lugar confortável e aconchegante”.

A noção de comunidade tem aparecido explicitamente nos textos jurídicos, sobretudo em Dworkin (2007), embora para esse autor a “fraternidade” se apresente como sinônimo. Os demais juristas, muito embora não utilizem essa noção explicitamente, preferindo a de sociedade, procuraram associar à sociedade os sentimentos de comunidade a partir de uma leitura ético moral do direito.

Para Dworkin (2007), a comunidade tem princípios comuns – e não apenas regras –, e os destinos de seus membros estão fortemente ligados. No caso, os princípios são produtos das decisões tomadas e estão relacionados às ideias de justiça e de equidade (DWORKIN, 2007) A intenção é tentar criar uma espécie de “lealdade” entre todos os membros da sociedade em torno dos princípios comuns. Desta forma, cada membro da co-

munidade “aceita” os direitos dos outros e seus deveres, ainda que esses não tenham sido identificados ou declarados (DWORKIN, 2007).

O assento da noção ou mesmo do sentimento de comunidade está relacionado ou tem sido denominado de “nova” “sensibilidade jurídica”. Neste contexto, a ideia de fraternidade também ganha força, aparecendo nos textos jurídicos recentes, sobretudo no sentido de garantir os sentidos que se quer atribuir ao direito na nossa sociedade. Além de Dworkin, os intérpretes vêm se empenhando em recuperar a ideia da fraternidade, que é tida como um “princípio esquecido” (BAGGIO, 2008).

Baggio (2008) lembra que a “liberdade” e a “igualdade” que representam os ideais da revolução francesa se espalharam pelo mundo, se universalizaram, incorporando-se as ordens jurídicas como princípios constitucionais. No entanto, esses dois ideais permaneceram mais antagônicos do que aliados entre si, justamente pelo fato de que ficaram desprovidos da ideia de fraternidade (BAGGIO, 2008). A fraternidade enquanto “laço universal”, compreendido, tem um significado muito forte, por isso mesmo é recuperada pelo direito, enquanto critério para a tomada das decisões.

No entanto, esse processo que germina, merece algumas reflexões, que podem ser observadas a partir da Ação Popular, que impugna o ato de demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Ao se afastar do processo as noções de território e de povo, por exemplo, afastou-se deliberadamente o conflito. O discurso jurídico vem se empenhando em construir um sistema jurídico mais harmônico, consensual (daí a retomada das ideias de comunidade e de fraternidade, que se alastram nos discursos jurídicos, sem nenhuma reflexão), afastando das partes o conflito<sup>20</sup>. Observa-se que o direito vem sendo reinventado, mesmo que para isso tenha que reinventar a própria sociedade à luz de seus ideais, a pretexto de atender as demandas.

---

<sup>20</sup> Nesse contexto, o conflito é interpretado como um elemento prejudicial ao próprio direito, pois segundo esse entendimento, o conflito torna as partes inimigas “[...] enquanto o processo judicial é uma espécie de guerra que afasta as partes, a arbitragem tenta manter as relações entre elas de modo que possam continuar a atuar em conjunto nos contratos de longo prazo, quer como fornecedores, quer como clientes.” (MARTINS; WALD, 2006. p. A-3).

A construção desse modelo jurídico, alicerçado na ideia do consenso e da harmonia, já foi objeto de análise, em outras oportunidades. Os estudos antropológicos relevaram que as decisões baseadas nesse modelo jurídico representaram uma poderosa forma de controle social exatamente pela aceitação do modelo como benigno (NADER, 1994).

Ao afastar o conflito, retira-se a política, e no caso específico desses grupos sociais de identidade étnica, a fala dos próprios sujeitos. Neste período da “pós-democracia”, Ranciere (1996, p. 110, grifo nosso) nos revela que o conflito é retirado por meio do direito, lembrando que “[...] **o reino do direito é sempre o reino de um direito**, isto é, de um regime de unidade de todos os sentidos do direito, colocado como regime de identidade da comunidade”. Conquanto o direito venha se transformando, alargando o seu alcance para além das situações juridicamente catalogadas, não se pode esquecer que o direito está inscrito em uma disputa, que se realiza no interior do campo jurídico.

## Conclusões

O direito se transforma, criando o que tem sido denominado de “nova” “sensibilidade jurídica”. A “sensibilidade” está relacionada a um conjunto de atitudes práticas construídas para a resolução das disputas. As atitudes não se resumem ao arsenal de elementos jurídicos descritos, que vêm sendo incorporados à ordem jurídica, mas também a uma forma específica de construir a realidade social, apresentada como múltipla e complexa, diante dos novos sujeitos de direito. O direito vem procurando dar uma unidade a essa ordem social diversa, que, aliás, foi sistematicamente ignorada pelo próprio direito.

A força desse esquema tem se revelado inicialmente pela nossa incapacidade de se mobilizar em torno do questionamento da aplicação desse modelo; e também pelo fato de que os grupos sociais de identidade étnica estão vivendo um período de conquistas de direito, ainda que essas conquistas possam ser questionadas, a exemplo do resultado do julgamento da referida Ação Popular.

Nesse contexto de construção de uma “nova” “sensibilidade jurídica”, vivemos um dilema: ao mesmo tempo em que os diversos povos e comunidades tradicionais conseguiram direito, ingressando na ordem jurídica como sujeitos de direito, corre-se o risco de que esses sujeitos sejam novamente destituídos de sua fala e, conseqüentemente, privados de seus direitos duramente conquistados. Os “sem parcelas”, destituídos de tudo, viram parte. Nessa parte correm o risco de ficar sem a sua parcela.

## Referências

ACÓRDÃO da **Petição n. 3.388** do Tribunal Pleno. STF/ RR. Relator Ministro Ayres Brito. Julgamento em: novembro de 2008, publicado no DJ, n.181 de 24 de setembro de 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. **O Poder Simbólico**. p. 209-254. Lisboa: Difel, 1989.

BOURDIEU, P. ; WACQUANT, L. A astúcia da razão imperialista. *In*: WACQUANT, L. (Org.) **O mistério do ministério**: Pierre Bourdieu e a política democrática. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 209-230.

WACQUANT, Loic (Org.). **O Mistério do Ministério**: Pierre Bourdieu e a política democrática. p. 209-230. Rio de Janeiro: 2005.

BAGGIO, Antonio Maria. Introdução. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. **O Princípio Esquecido**: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas, p. 7-24. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BOURETZ, Pierre. **La Force du Droit**. Panorama dès débats contemporains. Paris: Éditions Esprit, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.**

Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CORREAS, Óscar. **El Outro Kelsen.** México: CEIICH/UNAM, 2003.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Ideologia Jurídica:** ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: Fabris, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Direito da Liberdade:** a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EDELMAN, Bernard. **O Direito Captado pela Fotografia.** Coimbra: Centelha, 1976.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. **O Saber Local:** novos ensaios em antropologia interpretativa, p. 249-356. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro.** Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1958.

HABERMAS, Jurgen. **Facticidade y Validez.** Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

JORNAL PEQUENO. Comunidade cigana se ficou para acabar com preconceito. **Jornal Pequeno**, p. 4, 31 de janeiro de 2010.

KASHIURA JÚNIOR. Celso Naoto. **Crítica da Igualdade Jurídica:** contribuição ao pensamento jurídico marxista. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional de integração política. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARTINS, Ives Granda da Silva; WALD, Arnaldo. Dez anos da Lei de Arbitragem. **Folha de São Paulo**. p. A-3, 24 de setembro de 2006.

MIAILLE, Michel. **Une Introduction Critique au Droit**. Paris: Maspero, 1977.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito como Obstáculo à Transformação Social**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

NADER, Laura. Harmonia Coercitiva. A economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 26, ano 9, p.18-29, outubro de 1994.

NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a pesquisa em Direito no Brasil. **Cadernos Direito GV**, n. 1, set. São Paulo: Publicações EDESP/FGV, 2004.

NOTÍCIAS STF. Raposa Serra do Sol é precedente para futuras demarcações. **Notícias STF**, 10 dez. 2008. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp)>. Acesso em: 30 set. 2008.

\_\_\_\_\_. Relator reajusta voto para acolher propostas de Menezes Direito. **Notícias STF**, 10 dez. 2008. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp)>. Acesso em: 30 set. 2009.

OLIVEIRA, Francisco de. **Aproximações ao enigma**: o que quer dizer desenvolvimento local? São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania/EAESP/FGV, 2001.

SPINK, Peter; BAVA, Silvio Caccia; PAULICS, Veronika (Org.). **Novos Contornos da Gestão Local**: conceitos em construção. p. 11-31. São Paulo: Pólis; Programa Gestão Pública e Cidadania/ FGV-EAESP, 2002.

RAWLS, John. **O direito dos povos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. **Brasil, Sociedade Plural**. Rio de Janeiro: Expressão Cultural, 2001.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo e Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 1963.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder**. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. O campo jurídico em Pierre Bourdieu: a produção de uma verdade a partir da noção de propriedade privada nos manuais de Direito. **Revista Seqüência**, n. 56, ano XXVII, p. 83-100, junho de 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais no Brasil**: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SPINK, Peter; BAVA, Silvio Caccia; PAULICS, Veronika (Org.). **Novos contornos da gestão local**: conceitos em construção. p. 11-31. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania/ FGV-EAESP, 2002.

TOMEI, Manuela; SEWPSTON, Lee. **Povos Indígenas e Tribais**. Guia para a aplicação da Convenção, n. 169 da OIT. Brasília: OIT, 1999.

TONNIES, Ferdinand. **Comunidad y Sociedad**. Buenos Aires: editorial Losada, 1947.

TORRES, Ricardo Lobo. O Espaço Público e os Intérpretes da Constituição Federal. Direito, Estado e Sociedade – **Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio**, n. 7, p. 11-135, jul./dez. 1995.

WACQUANT, Loic (Org.). **O Mistério do Ministério**: Pierre Bourdieu e a política democrática, p. 209-230. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

WARAT, Luiz Alberto. Senso Comum Teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas. **Introdução Geral ao Direito I**: Interpretação da Lei – temas para uma reformulação, p. 13-18, Porto Alegre: Fabris, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.