

**A SOCIOLOGIA DO DIREITO ENTRE A REINVENÇÃO DO ALTERNATIVISMO
E DO POSITIVISMO JURÍDICO****Roberta Drehmer de Miranda***

Resumo: Dando continuidade à pesquisa realizada durante o Doutorado em Direito, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a respeito do processo de reinvenção social do Direito Alternativo, movimento de juízes e acadêmicos que iniciou nos anos 90 e culminou na constituição de Disciplinas acadêmicas, trabalhos científicos e Congressos universitários, de modo a estabelecer um discurso jurídico com feições antidogmáticas e antipositivistas. Na tese, pode-se observar o fenômeno de recepção e reinvenção social do movimento, dando origem a linhas de pensamento jurídico que, em verdade, encontram sua essência no alternativismo: neoconstitucionalismo; garantismo penal; e “direitos das minorias”. A pesquisa que ora se propõe diz respeito a um movimento gradual de nova recepção (ou retorno) e reinvenção do positivismo jurídico, hoje com nova roupagem, acompanhando pelos ciclos de mudança social oriundos de uma “onda conservadora”. Este movimento estaria permeando o discurso jurídico de vários acadêmicos, principalmente no âmbito do Direito Civil.

Palavras-chave: sociologia do direito - alternativismo – positivismo jurídico – reinvenção social – discurso jurídico

**THE SOCIOLOGY OF LAW BETWEEN THE ‘REINVENTION’ OF
ALTERNATIVISM AND LEGAL POSITIVISM**

Abstract: Continuing the research carried out during the PhD in Law, at the Federal University of Rio Grande do Sul, regarding the process of social reinvention of Alternative Law, a movement of judges and academics that began in the 1990s and culminated in the constitution of Academic Disciplines, scientific works and university congresses, in order to establish a legal discourse with anti-dogmatic and anti-positivist features. In the thesis, was observed that the phenomenon of social reception and reinvention of the movement, giving rise to lines of legal thought that, in fact, find their essence in the alternativism: ‘neoconstitutionalism’; ‘criminal trial rights’; and ‘minority rights’.

Keywords: sociology of law - alternativism – legal positivism – social reinvention – legal discourse

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

* Doutora em Sociologia do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Sociologia do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Presidente da Associação de Direito de Família e Sucessões (ADFAS) – Região Rio Grande do Sul. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Advogada especializada em Direito de Família e Sucessões. E-mail: robertadrehmermiranda@gmail.com.





O presente trabalho tem como finalidade dar continuidade a pesquisa realizada em tese de Doutorado, transformada em livro, acerca do processo (ou fenômeno) de “reinvenção” do Direito Alternativo e suas “ramificações” em diversas áreas do Direito, com um elemento novo: um processo, atual, que está surgindo nas discussões acadêmicas de um “retorno” ou “reinvenção” do positivismo jurídico. Com efeito, este elemento novo não foi objeto de estudo de Tese de Doutorado, razão pela qual o presente trabalho científico se mostra relevante, e importante.

Durante a pesquisa exercida no período de Doutorado, algumas conclusões foram elaboradas: a) que o Direito Alternativo passou, sim, por um processo de “reinvenção” social, que culminou na formação de um novo imaginário jurídico, o qual fundou a formação de várias linhas do Direito, como o neoconstitucionalismo e o garantismo penal; b) que o Direito Alternativo “reinventado” nas diversas linhas contemporâneas do Direito manifesta-se perceptivelmente com o desenvolvimento da teoria dos princípios e da primazia da interpretação subjetiva da Constituição por parte dos juízes; c) que este processo de “reinvenção” atingiu a Academia, mais precipuamente a Sociologia do Direito, que se entende, no Brasil, como hegemonicamente crítica.

Complementando a pesquisa doutoral realizada, o elemento novo agregador às conclusões verificadas na investigação – um “retorno” ou “reinvenção” do positivismo jurídico – é o objeto do presente artigo, sendo fruto de uma pesquisa ainda em andamento, e, portanto, com conclusões provisórias, que merecerão um trabalho definitivo posterior. Esta “reinvenção” do positivismo jurídico está atrelada, no Brasil, também a um processo de mudança social, e de movimento de reestruturação política da “direita”, fato que pode ser observado no cotidiano, ainda mais em período eleitoral, o qual se vive atualmente.

Desta forma, constituem objetivos da pesquisa: a) demonstrar se efetivamente existe um movimento de “reinvenção” do positivismo jurídico, tal qual observado na “reinvenção” do Direito Alternativo; b) se este fenômeno manifesta-se a partir de uma mudança socio-política ou se é fruto de um movimento articulado de juristas ou profissionais acadêmicos e práticos; c) se existe já um imaginário jurídico constituído por este fenômeno de reinvenção, ou se já constitui-se em “categoria”, na nomenclatura de ANTONIO MANUEL HESPANHA.

A metodologia a ser empregada na pesquisa é **sociológica**. Para tanto, a escolha pelo método sociológico de apuração de dados empíricos, sua análise teórica (com base nestes



fatos) e a busca pela identificação e esboço de tipos ideais (dentro, pois, de uma metodologia weberiana de análise científica) corresponde ao objetivo proposto nesta pesquisa. A fim de demonstrar essa origem social dos movimentos jurídicos, torna-se necessário que o Direito se apóie na Sociologia para que a análise seja o mais ampla possível e, principalmente, o mais próxima da verdade real dos fatos – ou seja, dos fatos como se apresentam na realidade empírica. É preciso, pois, que o Direito não parta de premissas meramente teóricas ou de uma postura idealizada, mas da realidade que o criou, e da sociedade que o concebe.

O método, pois, que se optou nesta tese de apuração dos dados empíricos para análise sociológica do Direito Alternativo, consiste na **pesquisa comparativa**, ou seja, na combinação de dados sociológicos com históricos, esboçando o que se chama **análise secundária** do objeto estudado. A pesquisa também conta com a apuração de **pesquisa documentária** (artigos científicos e trabalhos acadêmicos, precipuamente elaborados em Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Sociologia).

2 A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: PRIMORDIOS E A INFLUENCIA DO PENSAMENTO MARXISTA

Na história sociopolítica brasileira, o Direito sempre esteve presente, ou melhor, o pensamento jurídico constantemente motivou decisões políticas fundamentais e interferiu na formação social do povo. A sociologia há muito tempo vem se ocupando deste dado.

Os primeiros estudos envolvendo as relações entre a sociedade e o Direito (de forma sistematizada e acadêmica) surgiram nos anos 60, mas já se identificam análises sociais na obra jurídica de Pontes de Miranda, mormente em 1922, quando edita o seu *Sistema de Ciência Positiva do Direito* (SOUTO, 1997). Nesta obra, Pontes de Miranda insere uma concepção sociológica do jurídico, decidindo fundamentalmente os rumos do pensamento jurídico brasileiro ao aliar a análise jurídica-teórica com a investigação empírico-social. Por esse motivo, pode-se dizer que Pontes de Miranda faz parte da “elite jurídica intelectual” formadora do imaginário jurídico brasileiro, cujo pensamento terá reflexos diretos sobre as instituições políticas e jurídicas no Brasil.



Na verdade, desde o advento da República os juristas exercem papel decisivo na formação do pensamento socio-político brasileiro. Dito papel ultrapassa a mera participação política ou de formação de governo; é o instrumento necessário para consolidação de um projeto político pensado por quem detém o poder em um dado período histórico.

Desse modo, pode-se dizer que no Brasil existe um imaginário¹ jurídico o qual constitui um pensamento, ou discurso, que sustenta e legitima o poder. Note-se que não se trata de uma pura “teoria da dominação”, ou o que, numa linguagem marxista, é visto como uma “manipulação pela superestrutura” (ou seja, um imaginário “inventado” por uma elite de poder para exercer a dominação sobre uma massa vulnerável), mas sim uma consequência inevitável do desenvolvimento socio-político brasileiro.

Por isso, cabe à Sociologia do Direito (e não ao Direito, à Sociologia Geral ou à Ciência Política) a identificação deste pensamento jurídico – ou imaginário, como referimos – na história social brasileira. É bem verdade que, até hoje, a Sociologia do Direito seja tratada como uma disciplina jurídica a mais, um apêndice, ou até uma variante da Teoria do Direito, pelo menos na visão dos juristas mais “positivistas”.

No entanto, a Sociologia do Direito é uma ciência, com metodologia e objeto próprios e uma meta cognoscitiva clara e específica. Somente ela pode elaborar uma análise, de forma completa, do fenômeno jurídico como um todo – com suas características empíricas e valorativas.

¹ A noção de imaginário (*imaginaire*) é há muito estudada por sociólogos e filósofos franceses, canadenses e belgas. Trata-se de uma linha de pesquisa acadêmica que visa aplicar os conceitos de imaginário social – advindo da psicologia social e da sociologia – isto é, o envolvimento de grupos sociais em uma espécie de “pensamento” geral que pauta as condutas e define os papéis sociais de cada pessoa, no âmbito de suas relações sociais, no campo do direito, surgindo, portanto, o termo “imaginário jurídico”, que delinea as práticas jurídicas e judiciais, bem como a mentalidade do jurista. WUNENBURGER esclarece o que é o imaginário: “Nos usos correntes do vocabulário das letras e das ciências humanas o termo *imaginaire*, ainda que substantivo, remete a um conjunto muito vago de componentes. Fantasma, recordação, fantasia, sono, crença inverificável, mito, novela, ficção, são tanto expressões do imaginário de um homem, quanto de uma cultura. Pode-se falar do imaginário de um indivíduo, mas também de um povo, através do conjunto de suas obras e crenças. Formam parte do *imaginaire* as concepções pré-científicas, a ficção científica, as crenças religiosas, as produções artísticas que inventam outras realidades (pintura não realista, novela, etc.), as ficções políticas, os estereótipos e os prejuízos sociais. Este termo é difícil de precisar e, em certas ocasiões, se confunde com outros os quais possui interferências sutis; contudo, convém chamar *imaginaire* um conjunto de produções mentais ou materializadas em obras, sobre a base de imagens visuais (quadro, desenho, fotografia) e lingüísticas (metáfora, símbolo, relato), que formam conjuntos coerentes e dinâmicos que revelam uma função simbólica em relação a um enlace de sentidos próprios e figurados”. BAUZÁ, Hugo Francisco. En torno a l’*imaginaire*: entrevista al filósofo del *imaginaire* Jean-Jacques Wunenburger. **Revista Anos 90**. Porto Alegre, v.14, n.26, p.220, dezembro 2007.



O desenvolvimento da Sociologia do Direito no Brasil é recente. No âmbito acadêmico, sempre foi estudada nos cursos de Sociologia ou nas disciplinas de Teoria e Filosofia do Direito dos cursos jurídicos.

Um núcleo inicial de pesquisas científicas sociológicas estruturou-se na Universidade Federal de Pernambuco, em 1963, no Instituto de Ciências Humanas ligado ao curso de Direito daquela instituição, culminando, em 1970, na área de concentração “Sociologia Jurídica” do Programa de Mestrado em Sociologia do mesmo instituto (SOUTO, 1997). No âmbito da graduação em Direito, a disciplina de Sociologia Jurídica foi inserida, pela primeira vez, na Universidade Católica de Pernambuco, em 1962, de forma independente e separada das disciplinas de Teoria do Direito e Introdução ao Direito.

Por conseguinte, o desenvolvimento do estudo da Sociologia do Direito no país conheceu um grande impulso, principalmente a partir dos anos 70, depois da reforma universitária que determinou a obrigatoriedade da disciplina de Sociologia para os cursos de Direito de todo o Brasil². Convém observar que o desenvolvimento acadêmico e científico da Sociologia do Direito no Brasil ocorreu, justamente, nos anos 60 e 70, períodos que na história brasileira foram marcados por um intenso debate institucional-político que alcançou mudanças estruturais de regime de governo.

Os anos 60 foram de difícil consenso socio-político. No campo do pensamento social, o crescimento das idéias socialistas-marxistas contrastavam com a permanência de uma estrutura política ainda conservadora, a qual, é bem verdade, também estava em gradual mutação. Contudo, por volta dos anos 80 e 90, o marxismo enfrentou o que BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS chamou de “falência intelectual”, o que, de fato, irá contribuir para a mudança dos paradigmas científicos da Sociologia do Direito, aproximando-se, em caráter interdisciplinar, com as teorias principiológicas do Direito, encontrando assim a ferramenta necessária para construção do conhecimento sociológico como também o seu uso na *praxis* jurídica.

² Cite-se alguns casos: a disciplina obrigatória de Sociologia do Direito no Curso de Mestrado em Direito da PUC/RJ, em 1972; a disciplina Sociologia do Direito oferecida pelo Departamento de Direito da UnB, em 1973, e a disciplina “Direito e Sociedade”, da mesma instituição, oferecida no Curso de Mestrado em Direito; os dois semestres de Sociologia oferecidos pela USP em que o segundo era dedicado ao estudo da Sociologia do Direito; as disciplinas de Sociologia do Direito dos cursos de Mestrado em Direito da UFBA, UFMG, UFSC, a partir de 1975. Sobre as diversas linhas de pesquisa e assuntos tratados pela Sociologia do Direito nos cursos de graduação e pós-graduação *stricto sensu* destas instituições, vide SOUTO, 1997.



Segundo SANTOS, após a redação do “Manifesto Comunista” de 1848, não tardou para as idéias de Marx influenciarem não só o âmbito político-ideológico (na formação dos movimentos sociais e dos partidos políticos, na época) mas precipuamente o meio acadêmico. Em 1894, no primeiro Congresso de Sociologia realizado, as discussões centravam-se nas teorias de Marx, e no Congresso de 1900, o ponto central era a discussão sobre o materialismo histórico.

Assim, quando o debate alcança um grau de cientificidade, adentra no meio universitário e assim constrói um pensamento teórico, surgem as primeiras cisões e diferenciações de linhas políticas e ideológicas. A primeira cisão do pensamento marxista consistiu na “controvérsia revisionista” de Eduard Bernstein.

Bernstein defendia, em suma, a comprovação empírica da teoria marxista, tendo em vista que, na época, os fatos em si seguiam de encontro às idéias de Marx, pois o capitalismo continuava girando renda, as classes médias aumentavam e as crises sistemáticas financeiras eram sempre superadas. Desta maneira, a postura de Marx deveria ser revisitada consoante o devir social e, do ponto de vista científico, uma mais apurada análise empírica.

Uma segunda cisão foi de recorte muito mais epistemológico. Autores como Karl Renner, de pensamento fundamentalmente marxista mas, ao mesmo tempo, influenciados por teorias neokantianas, “[...] procuraram transformar o marxismo numa ciência empírica, numa sociologia das sociedades capitalistas [...]” (SOUTO, 1997).

A partir dessa cisão, o pensamento marxista passou a sofrer, em verdade, uma série de “reinvenções” ou “reconversões”, tornando-se quase que uma linha teórica híbrida, sendo quase impossível encontrá-la, hoje, na sua forma “pura”. Contudo, possível identificar as bases de pensamento marxistas e gramscianas no discurso sociológico jurídico, principalmente quando a produção do conhecimento sociológico afasta-se da tradição weberiana ou durkheimiana da Sociologia do Direito (as quais propugnavam a separação entre conhecimento científico e produção de conhecimento político).

3 O PROCESSO DE REINVENÇÃO DO MARXISMO E A “NOVA” SOCIOLOGIA DO DIREITO



O que seria um terceiro processo de reinvenção do pensamento marxista ocorreu dos anos cinquenta aos anos setenta, na formação da chamada “teoria crítica”, insurgente da Escola de Frankfurt (em meados de 1950), consubstanciada, principalmente, nos estudos de Jürgen Habermas. A transformação do marxismo (ainda na sua forma “pura”) numa “teoria crítica”, de certo modo, adaptada às novas realidades do devir social, foi apontada por SANTOS como a grande redescoberta (e ao mesmo tempo de decadência) do pensamento de Marx (SANTOS, 2008).

A década de oitenta, período da formação do pensamento alternativista no Direito, é caracterizada pelo “pós-marxismo”. Nesse período, pode-se afirmar que o marxismo “puro” restou superado, exigindo dos teóricos críticos que reinventaram o pensamento de Marx uma nova reinvenção e atualização.

Neste processo, uma linha crítica mais dura (e radical) redirecionou o processo de reinvenção do marxismo aliando-o com o pensamento de Gramsci, para o qual a “luta de classes” de Marx é traduzida para o a “guerra de posição”, quer dizer, a luta pelo poder e a conquista desse poder, por aqueles que são mais fracos ou que formam a minoria social. Nessa transmutação para o pensamento gramsciano, a “utopia igualitária” do comunismo de Marx é substituída pela realidade concreta do poder político, o qual é perseguido pelas forças sociais e torna-se instrumento de transformação da conduta social.

No entanto, exatamente em contextos sociais como os existentes na América Latina (dos anos 80 até hoje), a decadência do marxismo se fez de maneira mais branda. As circunstâncias socioeconômicas de países latino-americanos, em que o desenvolvimento econômico vem acompanhado do fenômeno da desigualdade social (camadas sociais economicamente menos potentes que outras), auxiliou para uma falência “parcial” do pensamento marxista. De certa forma, este foi o contexto no qual o direito alternativo formou-se no Brasil, ainda que tenha se constituído, também, por uma linha mais radical calcada na teoria crítica de base gramsciniana.

Assim, nessa mesma orientação, pode-se observar que a formação do alternativismo no Brasil, como um movimento sociojurídico, foi fundamental para a concepção de uma “nova” Sociologia do Direito. Seus protagonistas (juizes alinhados a uma linha mais radical



do movimento) agiam consoante o pensamento da “guerra de posição”, propugnando a prevalência do Judiciário como instrumento para a efetivação da “justiça social” e da formação de uma “nova sociedade” (ANDRADE, 1996).

O debate permanece atual. No Brasil, uma Sociologia do Direito que não se destina a transformar o Direito ou direcioná-lo como um instrumento de luta social, é uma Sociologia inefetiva, tendo em vista que o conhecimento sociológico deve ter, no sentir da corrente “neoalternativista”, uma finalidade prática, reveladora das relações sociais que constituem o jurídico. O imaginário social “molda” o imaginário jurídico, de tal sorte que a Sociologia do Direito se torna uma Sociologia eminentemente crítica, cujo conhecimento pode ser apoderado por grupos ou elites de poder que, com base na produção do conhecimento, promovem e estimulam as “mudanças sociais”.

4 SOCIOLOGIA DO DIREITO, ALTERNATIVISMO E “REINVENÇÃO” DO POSITIVISMO JURÍDICO

O Direito Alternativo, como visto, foi definido por seus líderes como um movimento político dentro do Direito. Uma resposta, pois, a um direito “oficial”, pertencente a uma classe econômica dominadora, resposta esta que se assenta na ideologia marxista e na política social de esquerda.

Contudo, o que se verifica no Direito contemporâneo é uma espécie de “disseminação” do Direito Alternativo. O movimento, como associação de grupo, se dissipou, e já não age mais de forma uniforme e pretendida. Não existem mais Congressos e reuniões públicas daqueles então chamados de “alternativistas”, nem ações deliberadas de magistrados no sentido de propugnar sentenças ditas “alternativistas”. O movimento, tal como nasceu, teve seu fim, mas o que se chama de “alternativismo” continua vigente e, hoje, traduz um pensamento dominante no Direito.

Assim, chamamos “alternativismo” a linha, ou corrente, derivada do movimento político “Direito Alternativo”, que engloba todas as demais áreas ou campos do Direito cujo objetivo seja a oposição de todo o direito “oficial” então remanescente. Esse “alternativismo”,





de certa forma, readquiriu sua força principalmente depois de estabelecer seu domínio no âmbito acadêmico, acompanhado, talvez, da política estatal brasileira dominante.

O Direito Alternativo teve seu apogeu nos anos 90. De lá para cá, a produção específica de artigos científicos, livros, opiniões em jornais específicas no Direito Alternativo decresceu. Dominaram o cenário jurídico, pois, produções e escritos em “Direitos Humanos”, “Direitos de Gênero”, “Hermenêutica Jurídica”, “Posse e Propriedade”, “Direito das Famílias”, e, de certa maneira, “neoconstitucionalismo” e “princípioalismo constitucional”. Em todas essas áreas, é perceptível a orientação alternativista, pois sempre há uma proposta de superação do direito vigente, então remanescência do “direito oficial” anterior – agora, não mais proveniente da Ditadura Militar brasileira, mas de um sistema político neoliberal.

A identificação dessas áreas do Direito como “alternativistas” é reforçada pela observação quanto ao *status* atual dos principais líderes do Movimento de Direito Alternativo dos anos 90. A maioria fixou-se na linha jurídica do “Garantismo Penal”³, enquanto outro grande grupo atua no campo dos “Direitos Humanos”. Poucos estabeleceram-se no Direito Civil⁴, mormente no Direito de Família⁵. Alguns seguiram a linha constitucional⁶, absorvendo o “discurso” neoconstitucionalista, baseado na superação da legislação ordinária pelo uso direto dos princípios constitucionais.

No entanto, esses grupos seriam meros práticos do Direito, com atuações isoladas, se não fosse a sustentação teórica dada pela academia jurídica, ou seja, pela adesão de professores universitários à linha “alternativista”. A produção acadêmica, por sua vocação e gênese teórica, concede ao “alternativismo” o fundamento sólido para consolidação do “discurso”, isto é, concede a legitimidade necessária que não é dada, automaticamente, pelo próprio sistema jurídico. A concepção de uma “teoria alternativista”, no âmbito universitário, faz parte desta “contra-proposta” ao “direito oficial”, muito mais difícil de ser impugnada que uma posição crítica adotada por um prático do Direito ou manifestada numa sentença judicial.

³ Na linha do garantismo penal: Amílton Bueno de Carvalho; Salo de Carvalho; Marco Antonio Bandeira Scapini; Aramis Nassif.

⁴ Luís Edson Fachin; Eugenio Fachini Neto.

⁵ Maria Berenice Dias; Rui Portanova.

⁶ Clémerson Merlin Cléve.



Consoante SANTOS, a experiência brasileira do uso alternativo do Direito é uma realidade:

[...] é possível, mediante interpretações inovadoras da lei, obter novas proteções para os interesses sociais até agora menos protegidos. Foi esta, afinal, a aposta do movimento que na Itália ficou conhecido pelo uso alternativo do direito. [...] Referirei, a título de exemplo, o estudo que, com outros, realizei no Recife sobre os conflitos urbanos, sobretudo conflitos de propriedade da terra nos bairros marginais onde vive metade da população da cidade. Esta investigação revela que o habitantes dos bairros tem conseguido algumas vitórias nos tribunais, ainda que á partida os seus argumentos sejam relativamente frágeis em termos estritamente jurídicos. Estas vitórias configuram um autêntico uso alternativo do direito, tornado possível pela argumentação tecnicamente sofisticada de advogados altamente competentes, postos, gratuitamente, a disposição das classes populares pela Comissão de Justiça e Paz da diocese de Olinda e Recife por iniciativa do bispo D. Helder Câmara (SANTOS, 2008, p.170).

Dessa maneira, observe-se, com base no estudo feito em tese de Doutorado, que existe uma relação entre dois campos – ensino jurídico e política –do ponto de vista interno e externo. Com efeito, é sabido que as reformas universitárias no campo da metodologia e do ensino jurídico se perfectibilizaram no final dos anos 90, mormente com a assunção de governo político-partidário de esquerda ao poder.

As novas regras no tocante ao reconhecimento de novas Faculdades de Direito⁷; o acesso ao ensino jurídico por grupos “minoritários” ou “desfavorecidos” como os descendentes de africanos, os índios, os oriundos de escolas públicas (pelo “sistema de quotas”)⁸; o domínio centralizado de órgãos do Ministério da Educação, como o CNPQ e CAPES na área de pesquisa acadêmica; bem como as autoridades que comandam tais órgãos

⁷ As novas regras sobre reconhecimento de novas Faculdades de Direito e sobre diretrizes do ensino jurídico tem sua gênese nas comissões de ensino jurídico da OAB, em 1992, que reuniu especialistas de todo o país, liderada, contudo, por professores da UFSC, os quais na época eram alinhados ao movimento alternativista. O trabalho de Horácio Wanderley Rodrigues, *Novo currículo mínimo para os cursos jurídicos*, em 1995, já estabelecia requisitos básicos de formação do corpo docentes das Faculdades de Direito. Nesse sentido, ENGELMANN, 2004, p.124.

⁸ A Constituição de 1988 apenas fazia referência, no seu art.37, VIII, à reserva de vagas em empregos e cargos públicos para pessoas com deficiência física. Depois disso, uma série de demandas judiciais propostas por grupos sociais intitulados “minoritários” visavam, sob o “princípio da igualdade”, tratamento igualitário no que tange a mesma reserva de vagas disposta constitucionalmente. Tais reivindicações culminaram com a aprovação da Lei 10.558/2002 (que, na verdade, é oriunda de conversão de Medida Provisória, de autoria do Presidente Lula), que, em seu art.1º, dispõe: *Fica criado o Programa Diversidade na Universidade, no âmbito do Ministério da Educação, com a finalidade de implementar e avaliar estratégias para a promoção do acesso ao ensino superior de pessoas pertencentes a grupos socialmente desfavorecidos, especialmente dos afrodescendentes e dos indígenas brasileiros* (grifamos).





centrais – de certa forma, pesquisadores e docentes alinhados à política de governo, muitos deles apoiadores do movimento alternativista do início dos anos 90 – são realidades que demonstram a instituição de novo campo de ação para os grupos acadêmicos envolvidos nas temáticas “pós-alternativistas”. Ou seja: existe, de fato, como consequência da reinvenção do alternativismo com base marxista e gramsciana, um imaginário da Sociologia crítica do Direito, cuja hegemonia de pensamento e atuação tem levado a vários grupos acadêmicos (ou profissionais acadêmicos) aderirem a um “novo positivismo” (uma reinvenção do positivismo jurídico), como resposta àquela linha ideológica.

O surgimento de um “novo” positivismo também pode ser estudado a partir da teoria do conflito. Com efeito, quando duas categorias entram em conflito, ou uma prevalecerá (e dependerá do imaginário dominante, para tanto) ou uma nova categoria poderá surgir, num movimento de síntese.

O estudo do conflito social pode ser uma ferramenta útil para a análise do fenômeno da “reinvenção” do positivismo. Como já dito, o conflito social, pelo seu antagonismo, é uma forma de socialização (SIMMEL, 1992) e, ao mesmo tempo, é uma das manifestações da relação social, na medida em que ocorre exatamente no momento em que as partes perdem suas expectativas uma em relação à outra, diante da falta de cumprimento de certa conduta provável esperada por cada uma (WEBER, 1999, p.23).

A relação social, pois, é a base do conflito. As partes (ou categorias, se estamos em meio ao conhecimento científico) estabelecem uma promessa entre si de orientar-se em uma certa direção, mas não logram êxito por ocorrer o desvio de ação de uma delas (WEBER, 1999).

Isto quer dizer que o conflito pode existir, mas nem sempre trará consigo consequências negativas. As partes na relação social podem ter interesses diversos, mas, dentro do mínimo que as une – seja por alguma finalidade comum, ou por certo vínculo de afinidade, como, por exemplo, os esposos no matrimônio – o conflito instaurado não traz efeitos, ou consequências, posto que acaba por minimizado ou finalizado por outra conduta que reestabelece o *status quo ante*.

O conflito que merece atenção é aquele que traz consequências, normalmente negativas, que podem levar a uma nova situação de paz e consenso, na medida em que auxilia



o processo de socialização, ou, num sentido macro, causar uma grande crise, a qual pode levar à mudança de todo um cenário social, *in casu*, um tipo de sociedade para outro.

Dentre as diversas formas de conflito, consideramos ser a mais séria e importante na atualidade as que ocorrem no campo da política e do direito, já que tratam-se de campos fenomênicos afins cujas mudanças influenciam seu exercício reciprocamente. Podemos dizer que a crise nas modernas democracias, com o enfraquecimento simbólico social de algumas instituições – como o Parlamento – e o advento de novos poderes políticos – como o Tribunal Constitucional – é uma crise resultante da tensão entre a política e o direito, cuja causa primeira talvez seja o próprio conflito social, que adquiriu nova roupagem e, assim, trouxe por conseqüência novas feições do conflito jurídico e do conflito político.

O conflito social, diante disso, ao mesmo tempo que é fruto de uma visão de direito e de poder (o qual é a essência da política), também é causa de sua mudança, desenvolvendo um “círculo vicioso”, ou, consoante CEZAR SALDANHA, um “jogo de forças” (SOUZA JUNIOR, 2002, p.67) que pode culminar numa crise institucional. O Direito e a Política estão no universo dos valores (ROJO, 2005, p.58), e tais valores são constantemente pautados pela própria sociedade, a qual, na medida de suas relações, realiza escolhas que repercutem em suas próprias instituições.

In casu, o conflito entre um cidadão e um partido político (ou o conflito entre partidos políticos) apenas será solucionado pela instituição que a sociedade conferiu confiança para guarda de seus valores (o Judiciário ou o Tribunal Constitucional), a qual nem sempre será aquela mesma que tradicionalmente exercia esta função (como o próprio Parlamento).

Pode-se dizer que vive-se na pós-modernidade um novo processo social, diante da mudança na estrutura das relações humanas, trazendo novas formas de convívio, e, igualmente, diferentes manifestações do Direito e da Política.

A relação social, pois, da qual resulta o conflito, é a base para a própria relação entre o Direito e a Política, o que explica o reflexo da tensão entre esses dois campos nos institutos que o compõem. Como tratam-se de dois campos responsáveis pela integração social, a exata definição do que seja o conflito social próprio de cada um se torna fundamental para uma continuidade e estabilidade do convívio na sociedade. No caso do direito, que constitui o mais



importante instrumento de integração social, a definição do que seja conflito jurídico torna-se essencial para que não ultrapasse seu âmbito de atuação, sobrepondo-se, como ocorre com frequência, à política.

O conflito principalismo x positivismo pode estar sendo o “pano de fundo” dos debates na Sociologia do Direito no Brasil atual. Com efeito, a respeito do positivismo, assim expos SOUSA SANTOS:

O aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios.

O positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia da ordem sobre o caos tanto na natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático. O conhecimento sistemático é o conhecimento das regularidades observadas. A regulação sistemática é o controle efetivo sobre a produção e reprodução das regularidades observadas. Formam, em conjunto, a ordem positivista eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controle. [...] Graças a ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada para que possa tornar-se previsível e certa (SOUSA SANTOS, 2008, p.140).

Assim, numa sociedade em que as relações sociais são incertas; volúveis; plurais; uma sociedade de “caos”, a solução estará num Direito que institui a ordem, a regularidade, a lógica, e também o controle efetivo, pela lei, e pelo Estado. O imaginário jurídico da sociedade plural, fundado nos princípios jurídicos e constitucionais, entra em choque com uma nova concepção de sociedade e ordem, agora “reinventada”.

Esse novo movimento vai ao encontro das designadas “tendências ideológicas”, as quais permearam a formação dos juízes, e os dividiram em pelo menos três grupos:

Em primeiro lugar, a tendência dita “estrutural funcionalista”, com a ênfase nos valores da ordem, do equilíbrio e da segurança social, e da certeza do direito, que agrupa os juízes e magistrados conservadores ou moderados, defensores da divisão dos poderes, adeptos das soluções tradicionais, quer no plano socio-econômico, quer no da organização judiciária. Em segundo



lugar, a tendência do chamado “conflitivismo pluralista” em que prevalecem as ideias de mudança social e se defende o reformismo, tanto no interior da organização judiciária, como no da sociedade em geral, com vista ao aprofundamento da democracia dentro do marco jurídico-constitucional do Estado de Direito. Em terceiro lugar, a tendência mais radical do chamado “conflitivismo dicotômico de tipo marxista” que agrupa os juízes apostados num uso alternativo do direito, numa função mais criadora da magistratura enquanto contribuição do direito para a construção de uma sociedade verdadeiramente igualitária (SOUSA SANTOS, 2008, p.147).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, consoante já dito, teve como escopo apresentar o problema da “tensão” entre o que pode-se designar como “teoria principiológica” do Direito e um “novo” positivismo jurídico. Com efeito, decorrente do processo de “reinvenção” do alternativismo, o Direito regido pela teoria dos princípios hoje encontra resistência a partir de um processo de “reinvenção” do positivismo jurídico, que se encontra no momento nas produções científicas acadêmicas, e não se tem ainda dados concretos que indiquem ter constituído um imaginário jurídico ou uma categoria.

Com efeito, o debate hoje, no Direito, segue de perto o cenário político e social nacional. Desta forma, pode-se perceber a co-existência entre um discurso legalista, no sentido de impor a aplicação da regra jurídica de forma literal, tal qual expressada pelo legislador ordinário ou constituinte; e um discurso principiológico, no sentido de aplicação da regra jurídica cujo conteúdo é verificado pela utilização hermenêutica de um princípio, particularmente o princípio constitucional, o qual confere o verdadeiro sentido da norma, ultrapassando, inclusive, sua expressão literal-gramatical.

Os dados colhidos na pesquisa foram fundamentalmente produções acadêmicas e debates orais colhidos em Congressos Jurídicos. Nestes observou-se a defesa por vários juristas de uma prevalência ou atenção maior à disposição literal da lei, e de uma restrição de seu conteúdo, nela mesma, aproximando-se de um discurso positivista, porém, modificado, diante da categoria “princípio” que ainda permanece hegemônica no imaginário jurídico.

Algumas conclusões provisórias podem ser apresentadas: a) dados iniciais colhidos na pesquisa demonstram que existe, sim, um processo de “reinvenção” do positivismo, como



instrumento de “resistência” da teoria principiológica do Direito, fruto do “alternativismo reinventado”; b) esse “movimento” ainda não constituiu um imaginário ou categoria no Direito Brasileiro; c) existe, efetivamente, um conflito entre as posições, entre os “principiológicos” e “positivistas-dogmatas”, demonstrando que a teoria dos princípios certamente sofrerá ou uma perda ou uma expressiva modificação.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Lédio Rosa. **Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BAUZÁ, Hugo Francisco. En torno a l'*imaginaire*: entrevista al filósofo del *imaginaire* Jean-Jacques Wunenburger. **Revista Anos 90**. Porto Alegre, v.14, n.26, dezembro 2007.

ENGELMANN, Fabiano. A “judicialização da política” e a “politização do Judiciário” no Brasil: Notas para uma abordagem sociológica. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Vol.22. Porto Alegre, UFRGS, set/2002.

_____. **Sociologia do Campo Jurídico: Juristas e Usos do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

ROJO, Raúl Enrique. Por uma sociología jurídica, del poder y la dominación. **Sociologias**, Porto Alegre, v.07, n.13, p.36-81, jan/jun 2005.

_____. Sociedade, direito, justiça: relações conflituosas, relações harmoniosas? **Sociologias**, Porto Alegre, v.07, n.13, p.16-34, jan/jun 2005.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2008.

SIMMEL, Georg. **Le Conflit**. Paris, Circé, 1992.

SOUTO, Cláudio. **Sociologia do Direito. Uma visão substantiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.



SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre, [s.ed.], 2002.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad: esbozo de sociologia comprensiva**. 2.ed. México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

_____. **Ciencia e Política: duas vocações**. São Paulo, Martin Claret, 2001.