



## **DIREITO E NÃO DIREITO: perspectivas pluralistas sobre uma distinção clássica**

### ***LAW AND NON-LAW: pluralist perspectives on a classical distinction***

Maurício Pedroso Flores<sup>1</sup>

**Palavras-chave:** Direito/não direito; multinormatividade; pluralismo jurídico; teoria do direito.

**Keywords:** Law/non-law; legal theory; legal pluralism; multinormativity.

A teoria do direito sempre se viu às voltas com a definição do seu próprio objeto. A questão “O que é direito?” (e a questão imediatamente subsequente, “O que diferencia o direito de outros tipos de normatividades?”) já foi respondida sob variadas formas ao longo da história. A partir do século XX, especialmente, as respostas giram em torno de definições analíticas ou funcionalistas (Tamanaha, 1995), que buscam identificar o “núcleo” do que seria o fenômeno jurídico e o que lhe é apenas contingente. No entanto, ao menos desde a década de oitenta do século passado, com a ascensão das diversas vertentes do pluralismo jurídico, uma espécie de transição pode ser constatada. Diante do reconhecimento de uma pluralidade de fontes de criação do direito para além do Estado, a demarcação da linha entre direito e não direito inevitavelmente se tornou mais complexa e elusiva, ainda que persistente.

Sem ignorar o longo histórico de articulações teóricas sobre a distinção entre direito e não direito, este trabalho se concentra nas respostas que as visões jurídicas pluralistas têm dedicado à questão nas últimas décadas e de que forma esta rica tradição, cuja herança é constantemente renovada, pode contribuir para o debate teórico hoje. Ao apresentar alguns dos dilemas em que parte do pluralismo

---

<sup>1</sup> Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). E-mail: mauriciopflores@gmail.com



jurídico esteve envolvido com relação à definição do que é ou não direito, o trabalho sugere algumas condições que hoje tornam viável uma resposta pluralista a essa questão, tomando como base visões mais contemporâneas, como as de Brian Tamanaha (2017) e William Twining (2020), mas também uma visão um pouco mais antiga e razoavelmente negligenciada pelo debate pluralista, a de Robert Cover (1983).

A primeira parte enfatiza o marco de transformação que a ascensão do pluralismo jurídico representou para a teoria do direito, em sentido geral, e mais especificamente para a conceituação do que, afinal, é ou não é direito. Ao menos até a década de oitenta, o pensamento sobre a questão era largamente dominado por tentativas analíticas de descrever o direito conforme uma série de atributos normativo-institucionais ou pela execução de uma determinada função por parte de um conjunto de instâncias análogas. Este movimento é bem representado pela obra clássica de Hart (2009), que considerava ser possível identificar, a despeito das variações observáveis no próprio mundo ocidental, a existência de *um* conceito de direito.

O arquétipo utilizado, evidentemente, é o do direito estatal. Outras normatividades são consideradas especiais, como o próprio direito internacional – elas eventualmente podem apresentar alguns elementos comuns às ordens jurídicas propriamente ditas, mas ainda assim não podem ser consideradas como “direito”. Não se pode dizer que esse tipo de raciocínio foi universalmente adotado, encontrando importantes contestações em influentes obras como as de Ehrlich (1986) e Malinowski (1989). Mas uma crítica decisiva e relativamente organizada só chegaria com a eclosão do pluralismo jurídico nos anos oitenta, instigado por textos de antropologia social da década anterior.

Autores como Galanter (1981), Griffiths (1986) e Merry (1988) evidenciaram os problemas de uma vinculação então tida como necessária entre direito e Estado. Com suas descrições acuradas sobre a realidade de diferentes sociedades, o pluralismo jurídico abria espaço em um ambiente dominado pelo que Griffiths (1986, p. 3) chamou de “centralismo jurídico”, isto é, a crença de que o direito é uma “ordem exclusiva, sistemática e unificada de proposições normativas”



comumente identificada com o direito liberal dos Estados modernos. Muitos tipos de normatividades, tão ou mais importantes que o direito estatal na vida social de muitos indivíduos, ficavam indevidamente fora das análises da teoria jurídica.

Olhando sob uma perspectiva histórica pluralista, pode-se dizer que o direito estatal na verdade está mais para exceção do que para regra, uma vez que diversas épocas e lugares foram marcados pela existência de diversas ordens normativas concomitantes, como a Idade Média na Europa e o período de colonização em diversos países (Tamanaha, 2008). Além disso, nada impedia que ordens jurídicas paralelas fossem influentes mesmo no interior de Estados consolidados, como mostrou o célebre trabalho de Santos (2015).

Contudo, a questão sobre como distinguir o direito de outras ordens permaneceu. Boa parte das visões pluralistas via como justas críticas de que seus diagnósticos corriam o risco de incluir coisas demais sob o conceito de direito (*over-inclusiveness*), ainda que estivessem corretas na ideia de não ser mais possível se apegar a concepções analíticas que acabavam por deixar muito material relevante de fora de suas definições de direito (*under-inclusiveness*).

A segunda parte do trabalho apresenta as tentativas do pluralismo jurídico de enfrentar essas críticas. Em um primeiro momento, apelou-se a alguns conceitos relativamente abertos, como o de *semi-autonomous social field* (campo social semi-autônomo) proposto por Sally Falk Moore (1978) e especialmente sustentado como ferramenta do pluralismo jurídico por John Griffiths (1986). Mas como a própria criadora do conceito alertou e, anos mais tarde, o principal defensor de sua aplicabilidade reconheceu<sup>2</sup>, o termo não se prestava ao objetivo proposto (Tamanaha, 2008). De acordo com Tamanaha (2008, p. 396), o erro de Griffiths (1986) e de outros pluralistas foi o de formular "direito" como uma categoria científica, quando na verdade ele se trata de um *folk concept*, um conceito cultural. A questão fundamental para as correntes pluralistas da teoria do direito contemporânea é mostrar que o direito é um recurso significativo que diferentes

<sup>2</sup> Diante da dificuldade de definir-se o significado de "jurídico" no pluralismo, Griffiths (2006) sugeriu que o termo talvez devesse ser abandonado em prol de pluralismo "normativo" ou pluralismo no "controle social".



sociedades ao redor do globo utilizam de múltiplas maneiras na consecução de não menos variados objetivos. Para identificar se algo é “direito”, segundo Tamanaha (2008), o único critério que parece viável é compreender o que os agentes envolvidos consideram, em cada contexto, como “direito”.

Ao menos de um ponto de vista descritivo, Tamanaha (2017) acredita que a teoria do direito não deveria investir mais tempo na elaboração de definições singulares ou no estabelecimento de verdades necessárias sobre o que é direito. Qualquer posição normativa sobre o que deveria ser o direito deve estar consciente desse fato e, portanto, de que implica em uma escolha de um determinado recorte sobre o fenômeno jurídico, ainda que seja possível, de acordo com Berman (2019), defender uma concepção específica de direito sem com isso negar que o pluralismo jurídico enquanto *fato*.

Por fim, a terceira parte do trabalho sugere que a concepção “essencialista” de Tamanaha (2008, 2017), ainda que não deva ser rechaçada, pode ao menos ser mais bem detalhada. Para tanto, recupera-se o pensamento radicalmente pluralista de Robert Cover (1983), que compreendia o direito, dentre outras formas, como um processo de criação de significado levado a cabo essencialmente em um meio cultural. Ciente ou não da dificuldade de distinguir teoricamente o direito de outras ordens normativas sociais, religiosas, econômicas ou éticas, Cover (1983) fez um movimento interessante ao não as tratar indistintamente enquanto “direito”, mas enfatizando que todas elas comportam diferentes “significados jurídicos” que disputam espaço dentro dos “universos normativos” em que vivemos.

Nossa hipótese, seguindo Cover (1983), é de que a distinção direito/não direito talvez não deva ser um critério impactante para a prática cotidiana tanto de quem opera em instituições jurídicas como de quem pesquisa sobre direito. Não que seja impossível descrever o direito sob quaisquer termos, mas porque nenhum significado jurídico está *a priori* inscrito em determinada regra, costume ou tradição. Ou seja, nada “é” ou “não é” direito antes de um olhar que recorta a realidade de determinada maneira, na esteira do que Weber (2006) argumentou em relação às ciências sociais.



Uma visão pluralista que leve a sério esse ponto resulta na concepção do direito enquanto campo de estudo que abarca fenômenos normativos de diversos tipos, isto é, que lida com aquilo que tem significado para a forma como indivíduos e grupos buscam orientar suas próprias vidas, como diria Cover (1983). Para fazer mais jus a essa posição, que também se aproxima do que Twining (2020) tem proposto como programa para a teoria geral do direito (*general jurisprudence*), talvez seja melhor utilizar o termo “multinormatividade” do que “pluralismo jurídico”, uma vez que para a definição dos contornos do fenômeno jurídico não interessam mais apenas as regras, costumes, comandos ou mandamentos de todo o tipo, mas também as práticas pelas quais os agentes vivenciam, contestam, internalizam ou modificam esses instrumentos (Duve, 2015).

## REFERÊNCIAS

BERMAN, Paul Schiff. Can global legal pluralism be both “global” and “pluralist”? **Duke Journal of Comparative & International Law**, Durham, v. 29, n. 3, p. 381-404, 2019.

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 97, n. 1, p.4-68, 1983.

DUVE, Thomas. Was ist “Multinormativität”? – Einführende Bemerkungen. **Rechtsgeschichte – Legal History**, Hamburgo, v. 25, 2017.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: UnB, 1986.

GALANTER, Marc. Justice in many rooms: courts, private ordering, and indigenous Law. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, [S.l.], v. 13, n. 19, p. 1-47, 1981.

GRIFFITHS, John. The idea of sociology of Law and its relation to law and to sociology. In: FREEMAN, Michael. **Law and sociology: current legal issues**, v. 8. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GRIFFITHS, John. What is legal pluralism? **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, [S.l.], v. 18, n. 24, p. 1-55, 1986.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.



MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime and custom in savage society**. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1989.

MERRY, Sally Engle. Legal pluralism. **Law & Society Review**, Amherst, v. 22, n. 5, p. 869-896, 1988.

MOORE, Sally Falk. **Law as process: an anthropological approach**. Abingdon: Routledge & K. Paul, 1978.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito**, parte 1. São Paulo: Cortez, 2015.

TAMANAH, Brian. An Analytical map of social scientific approaches to the concept of law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 15, n. 4, p. 501-535, 1995.

TAMANAH, Brian. **A realistic theory of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TAMANAH, Brian. Understanding legal pluralism: past to present, local to global. **Sydney Law Review**, v. 30, n. 2, p. 375-411, 2008.

TWINING, William. Jurisprudence and globalization. In: FABRA-ZAMORA, Jorge (org.). **Jurisprudence in a globalized world**. Cheltenham: Edward Elgar, 2020.

WEBER, Max. **A “objetividade” do conhecimento nas ciências sociais**. São Paulo: Ática, 2006.