XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU - URUGUAI

GOVERNO DIGITAL, DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS II

EDSON RICARDO SALEME

EUDES VITOR BEZERRA

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597

GOVERNO DIGITAL, DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS II

[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edson Ricardo Saleme, Eudes Vitor Bezerra, Cinthia Obladen de Almendra Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-990-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Governo digital. 3. Novas tecnologias. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

GOVERNO DIGITAL, DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS II

Apresentação

O conjunto de pesquisas que são apresentadas neste livro faz parte do Grupo de Trabalho de "DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS II", ocorrido no âmbito do XIII Encontro Internacional do CONPEDI, realizado entre os dias 18, 19 e 20 de setembro de 2024, na cidade de Montevidéu, Uruguai, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e que teve como temática central "Estado de Direito, Investigação Jurídica e Inovação".

Os trabalhos expostos e debatidos abordaram de forma geral distintas temáticas atinentes DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS, especialmente relacionadas aos principais desafios que permeiam a tecnologias jurídica, passando pela inteligência artificial, demais meios digitais, também apontando para problemas emergentes e propostas de soluções advindas de pesquisas em nível de pós-graduação, especialmente, Mestrado e Doutorado.

Os artigos apresentados no Uruguai trouxeram discussões sobre: Tecnologias aplicáveis aos tribunais, Governança digital e governo digital, Função notarial e novas tecnologias, Exclusão digital derivando tanto para exclusão social quanto para acesso à justiça, Eleições, desinformação e deepfake, cidades e TICs. Não poderiam faltar artigos sobre privacidade e proteção de dados pessoais, com atenção aos dados sensíveis, consentimento e LGPD, liberdade de expressão, censura em redes sociais, discriminação, herança digital, microtrabalho e o trabalho feminino, uso de sistemas de IA no Poder Judiciário e IA Generativa.

Destaca-se a relevância e artigos relacionados ao tema de Inteligência Artificial, tratando de vieses algorítmicos e do AI Act. E, ainda, aplicação de sistemas de IA ao suporte de pessoas com visão subnormal. Para além das apresentações dos artigos, as discussões durante o GT foram profícuas com troca de experiências e estudos futuros. Metodologicamente, os artigos buscaram observar fenômenos envolvendo Direito e Tecnologia, sem esquecer dos fundamentos teóricos e, ainda, trazendo aspectos atualíssimos relativos aos riscos que ladeiam as novas tecnologias, destacando os princípios e fundamentos dos direitos fundamentais

Considerando todas essas temáticas relevantes, não pode ser outro senão de satisfação o sentimento que nós coordenadores temos ao apresentar a presente obra. É necessário, igualmente, agradecer imensamente aos pesquisadores que estiveram envolvidos tanto na confecção dos trabalhos quanto nos excelentes debates proporcionados neste Grupo de Trabalho. Por fim, fica o reconhecimento ao CONPEDI pela organização e realização de mais um relevante evento internacional.

A expectativa é de que esta obra possa contribuir com a compreensão dos problemas do cenário contemporâneo, com o a esperança de que as leituras dessas pesquisas ajudem na reflexão do atual caminhar do DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS.

Prof. Dr. Edson Ricardo Saleme (UNISANTOS)

Prof. Dr. Eudes Vitor Bezerra (PPGDIR – UFMA)

Profª. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas (PPGD - PUCPR)

UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DEMOCRÁTICAS SOB O PONTO DE VISTA INTERDISCIPLINAR

AN ANALYSIS OF DEMOCRATIC LEGITIMACY FROM AN INTERDISCIPLINARY POINT OF VIEW

Renata Apolinário de Castro Lima
Carolline Leal Ribas
Roberto Apolinário de Castro

Resumo

A legitimidade democrática refere-se à aceitação e justificação do poder político com base em princípios democráticos. Em um sistema democrático, o poder é considerado legítimo quando deriva da vontade do povo, expressa por meio de processos eleitorais justos e transparentes. O presente trabalho pretende estabelecer um cotejamento entre o pluralismo jurídico e o processo de legitimação pela proximidade social, o que só é possivel por meio reconhecimento da coexistência de múltiplos sistemas jurídicos dentro de um mesmo espaço social e geográfico. Com base nesses fundamentos, pretende-se defender que o envolvimento ativo dos cidadãos no processo de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas permite a criação de um sistema legitimado social, o que se aproxima muito mais do viéz democrático almejado no Estado de Direito. Para tanto, adota-se uma metodologia de revisão bibliográfica, por meio de uma pesquisa qualitativa. Nota-se que o reconhecimento do pluralismo jurídico contribui para a legitimidade democrática ao considerar e respeitar a diversidade de sistemas normativos que refletem as diferentes comunidades dentro de um Estado, aumentando assim a representatividade e inclusão. A legitimidade democrática depende da participação ativa dos cidadãos e do reconhecimento da diversidade normativa por meio do pluralismo jurídico. Juntos, esses elementos promovem uma sociedade mais justa, inclusiva e representativa, em que o poder político é exercido de maneira transparente e responsiva às necessidades e aspirações do povo.

Palavras-chave: Monismo, Pluralismo, Legitimidade, Democracia, Participação popular

Abstract/Resumen/Résumé

Democratic legitimacy refers to freedom and the justification of political power based on democratic principles. In a democratic system, power is considered legitimate when it derives from the will of the people, expressed through fair and transparent electoral processes. The present work aims to establish a link between legal pluralism and the process of legitimation through social proximity, which is only possible through the recognition of the coexistence of multiple legal systems within the same social and geographic space. Based on these foundations, it is intended to argue that the active involvement of citizens in the process of formulating, implementing and evaluating public policies allows the creation of a legitimized

social system, which comes much closer to the democratic vision sought in the Rule of Law. To this end, a bibliographic review methodology was adopted, through qualitative research. It should be noted that the recognition of legal pluralism contributes to democratic legitimacy by considering and respecting the diversity of normative systems that reflect different communities within a State, thus increasing representativeness and inclusion. Democratic legitimacy depends on the active participation of citizens and the recognition of normative diversity through legal pluralism. Together, these elements promote a more just, inclusive and representative society, in which political power is exercised in a transparent manner and responsive to the needs and aspirations of the people.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Monism, Pluralism, Legitimacy, Democracy, Popular participation

1. Introdução

Na atualidade, especialmente na seara da sociologia jurídica, muito se discute acerca de uma quebra do regime de monopólio do poder político-jurídico nas mãos do Estado. Tal fato abre espaço para o que se denomina pluralismo, tanto com relação aos aspectos sociais, quanto políticos e jurídicos.

A concepção pluralista jurídica reflete a ideia de coexistência de ordenamentos jurídicos, que, mesmo não sendo reconhecidos pelo Estado, são dotados de juridicidade. O pluralismo jurídico consiste na existência de múltiplos sistemas jurídicos dentro de uma população (humana) e/ou área geográfica. Os sistemas jurídicos plurais são particularmente prevalentes em antigas colônias, onde a lei de uma antiga autoridade colonial pode existir ao lado de sistemas legais mais tradicionais (direito consuetudinário).

O pluralismo jurídico é um conceito que reconhece a coexistência de múltiplos sistemas legais dentro de um mesmo espaço social. Nesse sentido, este trabalho explora a importância do pluralismo jurídico, destacando a necessidade de criar leis que sejam mais próximas e representativas das diversas realidades sociais. A pesquisa analisa como a aproximação das leis à sociedade pode promover justiça, equidade e legitimidade legal, contribuindo para um sistema jurídico mais inclusivo e efetivo. Nota-se que um paradigma plural permite que haja maior heteroteorização da Ciência Jurídica, de modo que a lei fruto do Congresso Nacional não é a única fonte legítima do Direito. Na verdade, abre-se espaço para um Direito formado por leis que não são impostas pelo Poder Público, mas que são legitimadas pela própria sociedade.

Para o desenvolvimento deste trabalho, inicialmente, será feito um cotejamento entre o Monismo e o Pluralismo Jurídico, tendo como referência os doutrinadores Boaventura de Souza Santos e Antônio Carlos Wolkmer. Nota-se que a distância entre o direito formal e a realidade social pode levar a um desajuste entre as leis e as práticas cotidianas dos cidadãos. Esse descompasso pode resultar resistência ao cumprimento legal e, consequentemente, na ineficácia do sistema jurídico. Nesse diapasão, aborda-se o processo de legitimação social por meio da teoria de Peirre Rosanvallon, que apresenta o conceito de “legitimidade de proximidade”.

Por fim, sem pretensão de esgotar a temática, este artigo propõe uma reflexão sobre o pluralismo jurídico e a necessidade de criar leis que sejam verdadeiramente

representativas das diversas realidades sociais, destacando a importância de um sistema jurídico inclusivo e legitimado pela sociedade.

2. Da impossibilidade de uma ideia única de Direito

A preocupação com a ciência jurídica vista sob seu aspecto valorativo deu-se no início do século XX, com Hans Kelsen, em sua obra "Teoria Pura do Direito", cuja primeira versão fora publicada em 1934, (KELSEN, 1998), seguido por outros doutrinadores positivistas como Bobbio (1995) e Hart (2001), os quais estudavam Direito Posto (norma) em oposição aos critérios do direito natural.

Conforme desenvolve Bobbio (1995, p. 16) o positivismo advém da necessidade de se desvencilhar o direito natural (jus naturalismo) do direito positivo. O primeiro encontra-se ligado é ligado à essência humana e se baseia em aspectos costumeiros e morais. Já o direito positivo é aquele imposto, determinado pela vontade do legislador, de modo que seu descumprimento pode implicar sanções jurídicas.

Para Bobbio (1995, p. 22-23), esses direitos podem se diferenciar sob alguns aspectos. Um desses aspectos refere-se à antítese universalidade/particularidade. O direito natural emite regras universais, destinadas a todas as pessoas independentemente de critérios políticos, econômicos ou sociais. Já o direito positivo é dotado de particularidade, sendo que suas regras apenas são obrigatórias nos lugares onde for imposta, vinculando os cidadãos ao cumprimento das disposições normativas sob pena de serem punidos. Outro critério diz respeito ao grau de mutação. Os direitos naturais são imutáveis, dado que não mudam com o passar do tempo. Os direitos positivos são mutáveis já que as leis podem ser mudadas pelos homens para atender às necessidades locais. Outrossim, pode-se diferenciá-los conforme o modo como o direito é conhecido. Se, por um lado, o direito natural chega aos seus destinatários por meio da própria razão humana; por outro, o direito positivo é conhecido por meio da promulgação da vontade alheia, ou seja, um terceiro que elabora a norma a ser observada pela sociedade.

Nessa situação, registra-se que Bobbio (1995, p. 21) deixa claro que o Estado consiste na principal instituição capaz de elaborar regras que impõem condutas a serem observadas pela sociedade. Assume que com a formação do Estado Moderno o processo de produção jurídica torna-se monopólio do Estado, tendo em vista que concentra em si

todos os poderes, seja o de criar uma lei seja o de estabelecer regras por meio do reconhecimento do direito costumeiro (BOBBIO, 1995, p. 27)[1].

> Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado* (BOBBIO, 1995, p. 27).

Kelsen nega a corrente jus naturalista por entender que seu cunho é meramente metafísico e, portanto, desvinculado de aspectos científicos. Por outro lado, o direito natural não deve ser desconsiderado pelo direito positivo, porquanto uma lei aspira validade somente porque e na medida em que é uma reprodução de um Direito preexiste (KELSEN, 1998, p. 159).

Pode-se dizer, portanto, que a contribuição de Kelsen (1998) foi no sentido de se criar uma metodologia própria para a ciência do Direito a qual justificava a validade do Direito com base apenas em critérios formais, dispensando análise de conteúdo. O fundamento máximo do Direito é a Constituição, que se encontra no ápice de qualquer ordenamento jurídico moderno.

Infere-se de sua teoria que a ciência do Direito deve ser pura, isto é, não deve se preocupar com aspectos sociais, econômicos ou políticos. Com efeito, não se pode considerar qualquer aspecto valorativo ao interpretar esta ciência, uma vez que se deve prezar pela "pureza metodológica do conhecimento científico-jurídico" (KELSEN, 1998, X).

Sabe-se que normas, em sentido geral, constituem sistema de regras que são criadas e aplicadas por meio de instituições sociais ou governamentais para regular o comportamento. A lei é um sistema que regula e garante que os indivíduos ou uma comunidade aderem à vontade do estado. As leis impostas pelo Estado podem ser feitas por uma legislatura coletiva ou por um único legislador – como no caso de Decretos e Regulamentos, ou estabelecidas por juízes por precedentes, normalmente em jurisdições de *common law*[2]. A formação das próprias leis pode ser influenciada por uma

[1] Porém, o autor não desconhece que as regras também podem ser instituídas por outras duas instituições. A primeira delas é a família que permite que as próprias instituições familiares criem regras a serem obrigatoriamente observadas pelos seus membros. A outra instituição, superior ao Estado, é a comunidade internacional capaz de impor o chamado jus gentium (direitos das gentes), que abrange normas que regulamentem a vida entre os povos ou os Estados. (BOBBIO, 1995, p. 21).

[2] Commow Law também é chamado de direito comum ou consuetudinário. Trata-se de regras decorrentes das próprias relações sociais ou proferidas por juízes na tentativa de solucionar controvérsias individuais, por meio do sistema de precedentes. Opõe-se ao sistema Civil Law, baseado no Direito Romano e utilizado no Brasil, pois este considera as normas jurídicas impostas como fontes principais da interpretação jurídica (BOBBIO, 1995, p. 32).

Constituição, escrita ou tácita e sua finalidade é moldar a política, a economia, a história e a sociedade de várias maneiras, além de servir como um mediador das relações entre as pessoas.

No sistema positivista a lei consiste na principal fonte do Direito, mas não se descarta a existência de fontes auxiliares ou suplementares como os costumes, princípios gerais do Direito, analogia, equidade e decisões judiciais[3]. A par disso Bobbio (1995, p. 164) diz que a lei encontra-se no plano hierárquico mais alto já que é "a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subsidiárias".

No ordenamento jurídico brasileiro, as leis consistem na principal fonte do Direito, devendo os juízes, no momento de sua aplicação ao caso concreto, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum. Em casos de omissões legislativas, o juiz poderá interpretar o caso conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Em decorrência de a lei ser considera a principal fonte do Direito, surge o princípio da legalidade. Nele, toda lei deve ser clara, verificável e não retrospectiva, de modo que os tomadores de decisão resolvam disputas aplicando regras legais que foram declaradas previamente.

> [...] as regras devem satisfazer certas condições: devem ser inteligíveis e ao alcance da capacidade de obediência da maior parte das pessoas e, em geral, não devem ser retroativas, embora excepcionalmente possam ser. Isto significa que, na maior parte dos casos, aqueles que vierem a ser eventualmente punidos pela violação das regras, terão tido a capacidade e a oportunidade de obedecer (HART, 2001, p. 223).

Como consequência, qualquer ato jurídico só terá efeitos legítimos se tiver amparo legal. Pela concepção positivista, a ideia de legitimação encontra-se atrelada ao formalismo jurídico, pois um ato legítimo deve ser, necessariamente, legal. Justamente por causa disso, o Poder Público afirma possuir um monopólio de coerção legítima dentro do território do Estado já que tem a incumbência de elaborar leis positivas (TAMANAHA, 2007, p. 401).

Mencionado princípio tem particular relevância nos direitos penal e administrativo brasileiros. No direito âmbito penal, sua aplicabilidade destaca-se na

[3] No Direito Internacional, as principais fontes de Direito aplicadas para solucionar controvérsias internacionais são os tratados ou convenções internacionais, o costume, os princípios gerais do direito e as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. (NAÇÕES UNIDAS, 1945)

proibição geral da imposição de sanções penais por atos ou omissões que não eram criminosas no momento de sua comissão ou omissão. O princípio também é considerado violado quando as sanções por um determinado crime são aumentadas com efeito retrospectivo.

No direito administrativo, o princípio estabelece uma obrigação de que os servidores públicos somente ajam quando houver imposição legal. Ou seja, os servidores atuam dentro da esfera estabelecida pelo legislador, sendo proibido qualquer conduta que não esteja prevista em lei. Moraes deslinda que esse princípio, na Administração Pública, deve ser aplicado de forma rigorosa, em virtude de o gestor público somente poder fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo incidência de sua vontade subjetiva, já que no Poder Público só é permitido fazer o que a lei autoriza (MORAES, 2003, p. 243).

Ocorre que a partir do século XX passou-se a se questionar o paradigma estritamente positivista, tendo em vista a emergência da globalização e do multiculturalismo. Ora, o positivismo isolava a ciência jurídica das demais ciências, dando um aspecto de fragmentação, ao se desconsiderar qualquer relação com outras esferas de estudo. Além disso, o positivismo considerava como norma qualquer lei formalmente inserida no ordenamento jurídico, independentemente de seu conteúdo ou de sua eficácia.

Em decorrência disso, o positivismo "engessava" o Direito, uma vez que acabava não acompanhando as mudanças sociais e culturais, afastando o ideal de justiça da sociedade. Nesse sentido, a crise do Positivismo Jurídico decorreu de vários fatores, como excessiva burocratização dos juízes, preocupação excessiva com a legalidade, distanciamento da lei frente a justiça, descompasso da evolução da sociedade em contraposição a lei, pela ineficácia da lei etc. (GRIBOGGI, 2008, p. 3854).

Outrossim, a partir da aproximação do princípio da legalidade com o sistema *commow Law*, tal como vem ocorrendo no Brasil, o paradigma positivista vem perdendo espaço, uma vez que nem sempre uma lei pode implicar concretização da justiça por não se amoldar às necessidades do caso concreto. É sob essa vertente que se entende que o positivismo jurídico, hoje, não pode mais ser visto como única corrente apta a justificar a existência de um sistema de regras.

Hart (2001, p. 220) relata que as leis exigem interpretação a fim de se evitar a sua aplicação de forma injusta ou ao contrário dos princípios morais. Haveria, como consequência, duas críticas fortes ao positivismo. A primeira delas diz respeito à razão

humana (ligada ao direito natural). O homem pode descobrir novos direitos naturais, regras de conduta, mas a positivação do direito impediria que esses novos direitos ganhassem espaço (HART, 2001, p. 203).

A outra crítica refere-se à aproximação do direito com a moral em virtude de os próprios critérios da validade jurídica incorporam princípios de justiça ou valores morais substantivos. Em vista disso, o positivismo não pode negar que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende de sua correspondência com a moral (HART, 2001, p. 220).

A excessiva formalidade do positivismo o afastava das transformações sociais, dando origem ao surgimento de fortes correntes teóricas pluralistas que se opõem ao papel monopolista do Estado no processo de elaboração das leis.

> Em razão da falta de cumprimento dos deveres do Estado, seus paradigmas estão sendo quebrados e novas realidades estão se materializando, tal como a vigência de ordenamentos paralelos concomitantes ao estatal verificados pelo pluralismo jurídico, a arbitragem, as sociedades tradicionais, dentre outras manifestações transformadoras. (GRIBOGGI, 2008, p. 3854).

Em síntese, há de se perceber que a complexidade das relações sociais justificou a necessidade de se combater o paradigma positivista, na intenção de permitir com que o Direito acompanhe as transformações sociais. Tal fato, por consequência resulta em um enfraquecimento da figura do Estado.

3. Paradigma Pluralista: Heteroteorização da Ciência Jurídica

A ideia do pluralismo jurídico fora introduzida por Santos em sua tese de doutoramento apresentada na Universidade de Yale (U. S. A.) em 1973 intitulada Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law. Trata-se de uma pesquisa desenvolvida em uma favela no Rio de Janeiro que recebeu o nome fictício de Pasárgada, na intenção de se criar um direito que considera classes populares, conceito que mais tarde fora desenvolvido por Wolkmer. Segundo Santos (1999, p. 87) pluralismo jurídico existe quando mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. O Direito de Pasárgada, visto como o não oficial vigora em conflito com a ordem jurídica brasileira positivada, o que demanda uma análise mais apurada do fenômeno.

Nesse sentido, Santos (1988, p. 14) define o direito de Pasárgada como "um direito paralelo não oficial cobrindo uma interação jurídica muito intensa, à margem do sistema jurídico estatal (o direito do asfalto, como lhe chamam os moradores das favelas, por ser

o direito que vigora apenas nas zonas urbanizadas e, portanto, com pavimentos asfaltados)".

Quando os sistemas se desenvolveram, a ideia era que certas questões (como transações comerciais) seriam cobertas pela lei colonial, e outras questões (família e casamento) seriam cobertas pela lei tradicional. Com o passar do tempo, essas distinções tenderam a quebrar, e os indivíduos escolheram trazer suas reivindicações legais sob o sistema que eles pensavam que lhes ofereceria a melhor vantagem.

Wolkmer (2001) conceitua pluralismo como "a existência de uma ou mais realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos e elementos heterogêneos que não se reduzem em si" (WOLKMER, 2001, p. 171-172). Para ele, o pluralismo pode ser visto sob o ponto de vista sociológico, político e jurídico. No primeiro caso, reconhece uma pluralidade de grupos sociais além do próprio Estado centralizado, o que permite uma ampliação dos papeis, das classes e das associações profissionais na sociedade moderna. Já o pluralismo político consiste na rejeição de qualquer forma de concentração ou unificação do poder nas mãos de um só grupo ou poder estatal. Deve-se, na verdade, prezar pela existência de grupos descentralizados que darão sustentação a centros autônomos de poder. (WOLKMER, 2001, p. 172-173).

> Trata-se do princípio da "possível não exclusividade" que impede que o Estado se sobreponha e conteste o caráter jurídico de outras ordenações menores com vida própria. As ordenações sociais independentes podem até ser consideradas ilícitas pelo Estado, mas não perdem sua condição própria de juridicidade. Daí que o Estado, por não deter o monopólio da produção jurídica, convive com situações que inviabilizam reduzir o lícito ao jurídico (WOLKMER, 2001, p. 189).

O pluralismo jurídico também ocorre quando diferentes leis governam diferentes grupos dentro de um país. Por exemplo, na Índia e na Tanzânia, existem tribunais islâmicos especiais que tratam das preocupações nas comunidades muçulmanas seguindo os princípios da lei islâmica. Os tribunais seculares lidam com as questões de outras comunidades.

Dado que os sistemas jurídicos ocidentais modernos também podem ser pluralistas, é enganoso discutir o pluralismo jurídico apenas em relação aos sistemas jurídicos não ocidentais. O pluralismo jurídico pode até ser encontrado em contextos que inicialmente parecem legalmente homogêneos. Por exemplo, há ideologias duais de lei

dentro dos tribunais nos EUA, vez que a ideologia formal do direito, tal como está escrita, existe ao lado da ideologia informal do direito tal como é usada.

O pluralismo jurídico também existe, inclusive, em sociedades onde os sistemas legais da população indígena receberam algum reconhecimento. Na Austrália, por exemplo, a decisão de Mabo deu reconhecimento ao título nativo e, portanto, aos elementos da lei tradicional aborígine. Elementos da lei criminal aborígine tradicional também foram reconhecidos, especialmente na sentença. Isso, com efeito, configurou dois sistemas de sentenciamento paralelos.

Mesmo nesses Estados, o pluralismo jurídico prospera por meio de mecanismos alternativos de resolução de disputas, acordos de arbitragem e obrigações de tratados internacionais. Buscar apoio de atores não estatais pode servir como uma tática de prevenção de conflitos ou até mesmo uma estratégia de governança mais ampla e pode garantir a adesão de grupos poderosos que podem ser céticos em relação ao Estado.

Com efeito, hoje, pode-se dizer que o pluralismo jurídico, definido como dois ou mais sistemas legais coexistem no mesmo campo social, encontra-se presente na maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo[4] (MERRY, 2005, 30). Não é à toa que Tamanaha afirma que o pluralismo está em todo lugar (2007, p. 375).

> A legal system is pluralistic in the juristic sense when the sovereign commands different bodies of law for different groups of the population varying by ethnicity, religion, nationality, or geography, and when the parallel legal regimes are all dependent on the state legal system. This situation creates a range of complex legal problems, such as the need to decide when a subgroups's law applies to a particular transaction or conflict, to what group particular individuals belong, how a person can change which law s applicable to him or her […][5] (MERRY 2005, 31).

No campo pluralístico, percebe-se que, ao contrário da corrente positivista, a ideia de legitimidade não se encontra atrelada à legalidade. Alude Wolkmer (2007, p. 96) que legalidade reflete o acatamento a uma estrutura normativa posta, vigente e positiva, ou seja, pressupõe existência de leis e formais e impostas. Já legitimidade vincula-se à consensualidade dos ideais, dos valores e dos princípios ideológicos. Isso significa que o

[4] Texto original: "it is generally defined as a situation in which two or more legal systems coexist in the same social fiel (MERRY, 2005, p. 30)).

[5] "Um sistema legal é pluralista no sentido jurídico quando o soberano comanda diferentes corpos de lei para diferentes grupos da população, variando de acordo com a etnia, religião, nacionalidade ou geografia, e quando os regimes jurídicos paralelos dependem do sistema legal estadual. Essa situação cria uma série de problemas jurídicos complexos, como a necessidade de decidir quando a lei de um subgrupo se aplica a uma transação ou conflito específico, a que grupo de indivíduos específicos pertence, como uma pessoa pode alterar as leis aplicáveis a ela." (tradução livre da autora)

processo de legitimação decorre da vontade das partes e não de uma imposição por um terceiro.

O processo de legitimação de um ato ou de uma decisão não se limita a uma autorização legal, já que nem sempre as normas positivadas correspondem aos anseios sociais. Ora, se a sociedade se encontra em constante processo de transformações culturais, econômicas e políticas, as decisões públicas também devem variar a fim de garantir justiça e isonomia.

> Tal legitimidade que sustentará o desenvolvimento do pluralismo democrático e da efetivação do Direito justo rompe com a lógica anterior centrada na legalidade tecno-formal para instituir-se no justo consenso da comunidade e no sistema de valores aceitos e compartilhados no espaço de sociabilidade [...]. Em cenário jurídico pluralista, democrático e insurgente, as formas de legitimação são reinventadas, horizontalmente, a partir do aparecimento de novos sujeitos políticos e de suas lutas em prol da satisfação justa de suas reais necessidades. (WOLKMER, 2007, p. 98).

Nesse sentido, o pluralismo sustenta novas formas de legitimação de decisões jurídicas além daquelas proferidas pelo Poder Público. Tal fato abre espaço para novos atores sociais que buscam sua emergência e satisfação das necessidades por meio de normas institucionais não estatais. Na sociedade moderna e multicultural, o surgimento de novas subjetividades sociais (grupos de interesses, movimentos sociais, corpos intermediários, redes de intermediação, ONGs) mostra-se inevitável, e, junto com esses novos atores, também nascem novos direitos inspirando a produção de novas normas sociais. (WOLKMER, 2007, p. 102).

Cabe ressaltar que a pluralidade de regras deve guardar correlação com os critérios de justiça para serem legitimadas socialmente. Isso porque não se faz razoável a criação de regras que violem direitos humanos ou costumes locais, já que se afastariam do ideal de justiça. A pluralidade de normas decorre justamente da necessidade de se adotar ações vinculadas à participação ativa dos agentes sociais, de modo que se não há diálogo entre elas e os seus destinatários, não há o que se falar em legitimidade.

Embora a prevalência e a resistência dos mecanismos de justiça não estatal possam ser vistas como uma denúncia da necessidade de a justiça sustentar o Estado de Direito, os mecanismos de justiça não estatais têm externalidades negativas significativas. Ordens legais não estatais frequentemente refletem normas culturais ou religiosas despreocupadas com os direitos humanos básicos. Nesses casos, não é possível ocorrer o processo de legitimação social, pelo fato de não guardarem correspondência com os anseios população diretamente afetada.

Como a justiça não-estatal é a forma dominante de ordem legal, é importante entender suas implicações. As regras mais importantes podem não derivar do estado. Costume, tradição, religião, linhagem familiar, poderes não sancionados por lei (como os de empresas criminosas ou poderosos interesses comerciais), e uma série de outras fontes podem ter influência igual ou até maior do que a lei estadual.

> There is, in every social arena one examines, a seeming multiplicity of legal orders, from the lowest local level to the most expansive global level. There are village, town, or municipal laws of various types; there are state, district or regional laws of various types; there are national, transnational and international laws of various types. In addition to these familiar bodies of law, in many societies there are more exotic forms of law, like customary law, indigenous law, religious law, or law connected to distinct ethnic or cultural groups within a society[6] (TAMANAHA, 2007, p. 375).

O pluralismo jurídico robusto desafia a reivindicação do Estado de monopolizar a resolução legítima de disputas legais, bem como o ideal de aplicação uniforme da lei. Ele permite que os participantes selecionem fóruns de resolução de disputas com base na acessibilidade, eficiência, legitimidade, jurisdição e custo, bem como nas habilidades respectivas dos sistemas estaduais e não-estatais para tomar decisões vinculantes e sancionar indivíduos que escolhem outros sistemas.

Nesse sentido, Tamanaha (2007, p. 386) sonda que a própria globalização do mundo implicou uma transformação na concepção pluralística, vez que ocasionou a perda da centralização de poder de muitos Estados. O autor elenca que o pluralismo é consequência de duas mudanças particulares na forma como a própria globalização é percebida. A primeira alteração envolve analisar o nível global ou transnacional a fim de se verificar eventuais divergências internas ou conflitos. Este fato produz o pluralismo na medida em que o sistema jurídico interage com uma multiplicidade de sistemas coexistentes, concorrentes e até mesmo sobrepostos. Já a segunda considera a "lei" para fins de pluralismo. Nessa seara, incluem-se no conceito de lei todas as normas inclusive de instituições privadas. O simples fato de enquadrar essas leis produz uma profusão de ordens jurídicas e, portanto, produz o pluralismo jurídico (TAMANAHA, 2007, p. 389-390).

[6] "Há, em todas as áreas sociais, uma aparente multiplicidade de ordens legais, do nível local mais baixo ao nível global mais expansivo. Existem leis de aldeia, cidade ou município de vários tipos; existem leis estaduais, distritais ou regionais de vários tipos; existem leis nacionais, transnacionais e internacionais de vários tipos. Além dessas leis conhecidas, em muitas sociedades existem formas de lei mais exóticas, como o direito consuetudinário, o direito indígena, o direito religioso ou o direito ligado a grupos étnicos ou culturais distintos dentro de uma sociedade." (tradução livre da autora)

Esse processo de transformação social leva a uma luta sustentada entre os atores da justiça estatal e não estatal por legitimidade, recursos e autoridade. Além de seu papel de adjudicador, as autoridades não estatais podem embasar o processo de construção do Estado ou mesmo ajudar a desencadear uma solução para um conflito. Por outro lado, buscar apoio de atores não estatais pode ser uma estratégia importante para manter a estabilidade e garantir o apoio popular e de elite ao Estado.

4. O Processo De Legitimação Pela Proximidade Social

Num primeiro momento, pode parecer que a percepção correta é realmente a de que as sociedades ocidentais são por demais complexas e populosas para permitir a viabilidade de um modelo qualquer de democracia direta. Tal intuição, entretanto, pode decorrer muito mais de uma degeneração do conceito de democracia do que efetivamente de uma impossibilidade prática, motivo pelo qual parece razoável questionar se a democracia está mesmo condenada a ser indireta/representativa ou se pode voltar a ser exercida diretamente, caso em que é preciso analisar os termos em que isso pode se dar.

Nesse sentido, o professor francês Rosanvallon traz uma investigação muito necessária de como a noção de “legitimidade” evoluiu dentro do contexto dos regimes democráticos do final do século XVIII até a era atual. Em particular, o autor está interessado em entender as razões pelas quais, especialmente a partir da década de 1980, a compreensão tradicional de "legitimidade" - a ideia de o povo ser a única fonte de poder legítimo - vem a ser contestada.

A ideia central de sua tese é que a crise da democracia, hoje, vai além de uma mera crise de representação. Isso porque apesar de a regra da maioria refletir os anseios da fração dominante do povo, não espelha a vontade de todo o povo. Para melhor compreender sua teoria, inicialmente, far-se-á uma análise sumária do que o autor chamou de “déficit de representação” para, em seguida, se apresentar as novas vias de legitimação, denominadas de propostas contrademocráticas, como repostas à crise atual (ROSANVALLON, 2018, p. 149).

O regime representativo fora criado na intenção de propiciar que membros da sociedade civil sejam selecionados por meio do sufrágio universal para representar a totalidade do corpo político, impondo decisões legítimas a todos os cidadãos. Discorre

Rosanvallon (2018, p. 150) que o sistema eleitoral, assim que fosse implementado, deveria cumprir cinco funções democráticas.

A primeira delas é permitir a formação de um corpo representativo de diferentes grupos sociais. Os eleitos devem expressar interesses e expor reivindicações de todos os segmentos da sociedade, a fim de permitir que a minoria também tenha voz no Poder Público. Outro papel essencial alude à função de legitimação das organizações políticas e dos governos. Ora, já que as eleições permitem que a própria sociedade delibere acerca de quem poderá representá-la, as decisões tomadas pelo eleito serão legítimas sob o ponto de vista formal (ROSANVALLON, 2018, p. 150).

Outro encargo atribuído ao sistema eleitoral consiste na possibilidade de controle social sobre os representantes. Ora, todo governante almeja sua reeleição e esse fato pressiona-o para que ele cumpra promessas feitas à população, sob pena de não ser reeleito. Ou seja, a capacidade de os eleitores responsabilizarem verticalmente seus governantes ocorre por meio do voto retrospectivo[7]. Ademais, as eleições têm a função de produção da cidadania, haja vista que o exercício do direito ao voto permite que todas as pessoas participem da vida política de forma igualitária, livres de critérios discriminatórios. A quinta função alude à deliberação pública. Tanto por meio da votação feita em assembleias eleitorais quanto por meio do voto proferido em cabines de votação, os cidadãos podem dar sua opinião e participar da esfera política de seu Governo (ROSANVALLON, 2018, p. 150).

A crítica desenvolvida pelo autor é que essas cinco funções, desde as primeiras experiências de eleições representativas, não eram cumpridas automaticamente. Por essa razão, diversos projetos de reforma eleitoral foram implementados a partir do século XIX na tentativa de se melhorar a qualidade do processo eleitoral. Dentre as alterações institucionais, Rosanvallon (2018, p. 150-151) cita: implementação das eleições proporcionais; formação de partidos de classe; estabelecimento de comitês eleitorais; mecanismos de interrupção do mandato (como impeachment e recall[8]); limitação de despesas eleitorais; dentre outros.

[7] Aqui, utilizou-se o termo "responsabilização vertical", com base no conhecimento trazido por O'Donnel quando este afirma que existe accountability vertical (1998, p. 28).

[8] Recall é um instrumento de revogação do mandato político por parte dos eleitores. Para Rosanvallon (2007, p. 207), a permissão para sancionar políticos desonestos ou incompetentes tem como principal efeito "restaurar uma boa representação", permitindo que os cidadãos possam agir tanto como eleitores quanto como verdadeiros julgadores. A Constituição Federal de 1988 não apresentou esse instituto. Contudo, em consulta aos sítios eletrônicos do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, encontraram-se quatro propostas de emendas constitucionais na tentativa de incluir no ordenamento jurídico o Recall (PEC PEC 73/2005; PEC 80/2003; PEC 82/2003; PEC 477/2010). Ressalta-se que,

Apesar da implantação desses institutos como tentativa de melhorar o desempenho das eleições, ainda há várias limitações no sistema de representação que impedem o progresso democrático, reduzindo-o a uma mera "democracia por autorização".

O primeiro limite trazido pelo autor relaciona-se à ausência de pluralidade dos governantes eleitos. Há uma perspectiva de que o Chefe do Executivo é aquele que representa a população e detém a centralidade do poder para a tomada de decisões (esse entendimento, equivocado, coloca em segundo plano a atribuição de representação dos parlamentares, membros do Congresso Nacional). Rosanvallon atribui a essa concepção o nome de "presidencialização das democracias" (2018, p. 151), devido ao dato de se conferi a uma só pessoa (Presidente da República) o poder de representar uma população, indo de encontro ao panorama da pluralidade.

Outro aspecto que demonstra a insuficiência da representação aborda a questão da legitimidade das decisões tomadas pelos eleitos. Sabe-se que a justificativa da representação é que regra da maioria permite a imposição de decisões supostamente "legítimas" a todos os cidadãos – incluindo aquelas minorias que tinham uma opinião diferente da vontade alegadamente geral. Acontece que na sociedade moderna esse pensamento não encontra mais espaço, tendo em vista a heterogeneidade da população e a expansão dos diversos grupos minoritários.

A terceira vertente aborda os projetos e programas de governo e o seu aspecto temporal. O juízo da representação tem como uma de suas funções garantir o controle social, como acontece com o voto retrospectivo, em que os eleitores, com base na avaliação do governo e no cumprimento dos programas públicos prometidos à época da candidatura, decidem se irão reeleger ou não um governante. Mas, no contexto atual, muitos projetos de governo não conseguem ser executados tendo em vista crises locais e acontecimentos na esfera internacional. Essa instabilidade implica embaraço à forma de validação dos atos públicos, comprometendo a própria "capacidade de 'projeção democrática' da eleição" (ROSANVALLON, 2018, p. 153).

Enfim, Rosanvallon (2018, p. 154) afirma que as eleições não podem mais ser vistas em sua dimensão comunitária e participativa, porque a própria população tem mostrado desinteresse nas eleições (o que pode ser comprovado pelo alto número de

até a data de apresentação da presente tese, as quatro PEC's estavam arquivadas nas casas legislativas, não sendo encontrada mais nenhuma outra proposta em trâmite para apreciação.

abstenção às urnas e "votos nulos" ou "em brancos"). Segundo o autor, "en la teoria clásica del gobierno representativo, así como en la práctica, los electores tenían por función legitimar a los governantes, quienes a partir de allí veían reconocérseles ena capacidade de acción autónoma muy grande[9]" (ROSANVALLON, 2007, 121).

Por esse motivo, sustenta que "as eleições se converteram, nesse sentido, no momento privilegiado de expressão das frustrações democráticas" (ROSANVALLON, 2018, p. 154), sendo insuficientes para o desempenho democrático.

Na tentativa de resolver esses impasses do sistema representativo, o autor propõe uma "democracia de exercício" em oposição à mera "democracia por autorização". Constata-se que a crise da representação fora instaurada à medida que o governo não é capaz atender todos os interesses sociais.

Com efeito, o vínculo eleitoral aparenta ser insuficiente para obrigar os representantes a cumprirem com seus compromissos. Por isso, a busca por um contrapoder torna-se subjacente nas sociedades modernas. Sustenta Schramm (2016, p. 108) que "as instituições contra-democráticas que engendram novas formas de legitimação política são, na visão do autor, instrumentos de vigilância e avaliação dos governos, que concorrem ao exercício da cidadania e exercem um contrapoder para limitar o "absolutismo" dos governantes legitimados pelas eleições".

Esse contrapoder deve ser dotado de três mecanismos de controle: vigilância, denuncia e qualificação. A ideia de vigilância advém do legado da Revolução Francesa que pregava que "um povo vigilante, que vê tudo, que ouve tudo, que está em todas as partes e nunca dorme" (ROSANVALLON, 2007, 40) tem um poder permanente de controlar os atos do governo. Vigiar é um exercício necessário para se corrigir eventuais falhas do povo quando este fora chamado às urnas, de modo que o povo esteja sempre disponível para controlar, como um "gigante pronto para reagir" (ROSANVALLON, 2007, 40).

A denúncia consiste em controle dos atos dos governantes por meio da publicidade e da transparência, já que permite que sejam divulgados fatos que antes se encontravam ocultos. As denúncias são capazes de permitir a divulgação de atos corruptos bem como reforçar a consciência de valores coletivos em comum. Ou seja, na medida em que seu papel é tanto moral quanto político, seus efeitos impactam a reputação

[9] Na teoria clássica do governo representativo, bem como na prática, a função dos eleitores era legitimar os governantes, que de lá se viram reconhecidos na capacidade de ação autônoma muito grande (tradução da autora).

individual dos políticos, que, para não terem sua honra questionada, devem agir de acordo com a vontade geral pública.

Para explicar a emergência dessas formas não eleitorais de poder, o autor trabalha com três tipos de legitimidade, que ele chamou de contrademocráticas: legitimidades de imparcialidade, de reflexividade e de proximidade, sendo que todos eles se opõem à representação política eleitoral.

> O contrapoder exercido pelas autoridades funcionais deve respeitar a tripla exigência de distanciamento de posições partidárias e interesses particulares (legitimidade de imparcialidade), consideração das expressões plurais do bem comum (legitimidade de reflexividade), e de reconhecimento de todas as singularidades (legitimidade de proximidade). (SCHRAMM, 2017, p.5)

A legitimidade pela imparcialidade funda-se em uma "definição negativa da vontade geral" (ROSANVALLON, 2018, p. 156). Isso significa que as instituições que se basearem nesse ponto de vista não podem tender para nenhum partido, organização ou grupo social, já que qualquer forma de parcialidade deve ser repudiada. Esta forma de legitimidade interpreta o poder como um espaço vazio, cuja posse nenhuma instituição ou agente eleito pode reivindicar, dando a ideia de que o poder é de ninguém já que não existe nenhuma espécie de apropriação.

A imparcialidade deve preponderar no domínio público como forma de se proferir discursos afastados de qualquer interesse pessoal. Instituições sociais terão legitimidade para proferir decisões de conteúdo político porque a população confiará em sua imparcialidade, no sentido de que as deliberações serão desprovidas de partidarismos.

Convém sublinhar que esse tipo de legitimidade é contrademocrática porque tais instituições não foram eleitas pelo povo por meio do voto. Na prática, a população passa a confiar nelas pela sua independência partidária e pelo seu distanciamento de terceiros.

Sob esse enfoco, insta citar as funções contrademocráticas que atualmente recaem sobre a mídia e sobre o Poder Judiciário. Ambos atuam sob o princípio da imparcialidade tendo em vista que se distanciam de interesses particulares e políticos e não atuam para representar o povo. A crítica que se faz é que, pelo fato de essas instituições não serem politizadas, elas não teriam capacidade para compreender os problemas ligados à organização social, já que o exercício da democracia, necessariamente, pressupõe envolvimento político. Outrossim, questiona-se, também, o fato de essas duas instituições contribuírem para o enfraquecimento da democracia, tal como ocorreu com o Impeachment de Dilma Rousseff e manifestações de 2013 – questões essas que serão

exploradas por meio de investigações empíricas ao longo deste trabalho (SCHRAMM, 2017, p. 05).

Lado outro, a legitimidade pela reflexividade deriva do reconhecimento de expressões plurais do bem comum. Relaciona-se à asserção de multiplicação de diversas expressões de poder, ou seja, da própria soberania social, com o intuito de se compensar falhas decorrentes da regra da maioria vigentes nas sociedades modernas.

A generalidade social absorve os elementos da complexidade social, permitindo que diferentes grupos sociais manifestem suas discussões de forma permanente. Ao contrário das eleições, que possuem caráter periódico, a função reflexiva instiga a formação de uma vontade comum decorrente da ideia de que povo deve ser visto como princípios, já que estes compõem um estatuto mínimo de direitos fundamentais da pessoa humana. A possibilidade de a "generalidade pela multiplicação" buscar trazer à análise da decisão de um caso concreto o máximo de percepções minoritárias possíveis, como meio de recompor o mosaico social desfigurado pelo fato majoritário (TEIXEIRA, 2012, p. 130).

As Cortes Constitucionais representariam a vertente da reflexividade (ROSANVALLON, 2018, p. 157). Pode-se dizer que os Tribunais funcionam como foro de princípios já que a jurisprudência deve se preocupar em efetivar suas decisões por meio dos princípios derivados da ordem constitucional. É sua função reflexiva que contribui para a formação da vontade comum, derivada da ideia que todos os indivíduos têm direitos assegurados em plano constitucional, os quais são aplicados de forma coerente e íntegra em relação aos princípios da pessoa humana.

A ideia de povo deve ser vista com base nos aspectos jurídico e político, com base na superioridade normativa da ordem constitucional. Os tribunais constitucionais têm a competência de representar esse povo no qual cada indivíduo conta, garantindo-lhes direitos universais, em oposição à faceta da representação em que os governantes, muitas vezes, tomam decisões com base em suas próprias convicções pessoais. (ROSANVALLON, 2018, p. 157).

Nessa conjuntura, Morais e Brum (2016, p.128) trazem a ideia de Rosanvallon para o direito brasileiro e apresentam um estudo acerca do papel do Supremo Tribunal Federal como instituição reflexiva. Para os autores, não é possível concluir que o STF se legitima reflexivamente, considerando que, em muitos julgados, a Corte restringe-se a analisar um caso por meio do sistema de precedentes, sem possibilitar a construção de um julgamento com base na integridade e coerência do direito.

Por fim, passe-se uma análise da legitimidade pela proximidade que se caracteriza como uma busca incessante por uma generalidade em que sejam observadas as peculiaridades das sociedades, por meio de observações diretas das relações entre os sujeitos e o cenário envolvidos. Tal proximidade apenas se legitima e se efetiva quando transcorre a lei e atinge indivíduos de forma igualitária.

Aqui, a percepção é de uma generalidade que atenda às particularidades. Ao contrário das legitimidades anteriores (imparcialidade e reflexividade), não se busca criar novas instituições democráticas, mas sim visualizar a relação do poder das autoridades com o seu povo.

Tal legitimidade aborda a relação entre os governantes e os cidadãos, sob a premissa de que quanto menor a distância entre eles, maior legitimidade se pode conferir a uma decisão pública. Pleiteia-se uma relação menor burocrática e mais direta entre o Poder Público e a população diretamente afetada pelas ações públicas emanadas de seu Estado. (TEIXEIRA, 2012, p. 131)

Exige-se um reconhecimento da situação real de cada indivíduo, pressupondo tratamento equânime por parte do Poder Público. Não é à toa que Morais e Brum (2016, p. 116) entendem que há uma relação próxima com a chamada justiça procedimental, ou seja, à forma como os cidadãos são tratados pelo Estado em um sentido processual, de conduta.

Reflexos de proximidade podem ser encontrados, por exemplo, no âmbito da Administração Pública. Especialmente no que tange a decisões de cunho discricionário[10], os gestores podem abrir espaço para ouvir a população diretamente interessada, como ocorre em audiências públicas, orçamento participativo, ouvidorias públicas, etc.

A diminuição das fronteiras entre as instituições e os governados é o que permite qualidade e, consequentemente, legitimidade das ações públicas. A partir do momento em que há uma interação entre eles, aumenta-se a credibilidade do Poder Público, já que as instituições abrangeriam a vontade de todas as pessoas.

> Si lós indivíduos se muestram más dispuestos a aceptar la decisión de uma institución que sienten cercana a ellos y que lós há tratado equitativamente, es porque el trato que han recibido trasmite um mensaje positivo que lós concierne: se sienten más valorizados. [...]. El individuo puede sentirse orgulloso de pertencer a uma sociedad que trata a sus miembros de esa forma[11]. ROSANVALLON, 2009, p. 253).

[10] Atos administrativos discricionários são aqueles que exigem um juízo valorativo de conveniência e oportunidade por parte dos gestores públicos.

[11] Se os indivíduos estão mais dispostos a aceitar a decisão de uma instituição que se sente perto deles e os tratou igualmente, é porque o tratamento que eles receberam transmite uma mensagem positiva que os preocupa: eles se

Percebe-se que essas três ideias de legitimidade refletem práticas contrademocráticas pois abrangem decisões proferidas por instituições não eleitas (como organizações sociais, mídia, magistrados) que se opõem às tradicionais instituições representativas eleitas por meio do sufrágio universal (Senado Federal, Câmara dos Deputados e Presidente da República, em âmbito federal).

Por meio dessas legitimidades, Rosanvallon acredita ser possível se alcançar o que ele chamou de "democracia do exercício". Nesse sistema de governo deve-se atribuir responsabilidade e transparência às ações governamentais, bem como se estabelecer um vínculo de confiança entre as instituições e a sociedade. (ROSANVALLON, 2018, p. 161).

Ora, percebe-se, sob essa vertente, que uma democracia somente é legítima quando é legitimada socialmente, isso é, quando há proximidade decisória entre as instituições (democráticas e contrademocráticas) e a população. Por isso, não se mostra mais suficiente, em pleno século XXI, uma democracia meramente representativa, e sim um quadro de participação efetiva. Nesse sentido, a ressalva feita por Rosanvallon (2007; 2009; 2018) é justamente acerca de decisões genéricas, desprovidas de proximidade, que acabam se afastando da democracia construída por meio da participação de instituições sociais.

Considerações finais

O direito é uma construção social que visa regular as relações entre indivíduos e grupos dentro de uma sociedade. Tradicionalmente, o sistema jurídico tem sido dominado por um monismo legal, em que um único conjunto de leis estatais poderia prevalecer. No entanto, essa abordagem muitas vezes ignora a diversidade cultural, social e econômica presente nas sociedades contemporâneas. Assim, o pluralismo jurídico surge como uma alternativa que reconhece e valoriza essa diversidade, propondo uma convivência entre diferentes sistemas normativos.

Um sistema plural permite que haja participação comunitária na criação das leis aumenta a percepção de legitimidade e a confiança no sistema jurídico, bem como propicia que os sistemas legais que contemplam a diversidade cultural e social, o que pode reduzir conflitos e promover a coesão social. Ademais, não há dúvidas que leis que

sentem mais valorizados. [...] O indivíduo pode se sentir orgulhoso de pertencer a uma sociedade que trata seus membros dessa maneira. (tradução livre da autora)

são alinhadas com a realidade social tendem a ser mais eficazes na regulação das condutas e na resolução de disputas.

Nesse sentido, este trabalho abordou a vertente do pluralismo para se fundamentar a tese da legitimidade pela proximidade, tal como referenciada por Rosanvallon. A ideia é que quanto mais próximas as normas sejam criadas pelos seus destinatários, maior será sua aceitabilidade e menor chance elas terão de serem descumpridas. Assim, o trabalho investiga como essas normas são criadas, legitimadas e mantidas, e como podem complementar ou até mesmo substituir as normas formais em determinadas situações.

Referências

BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do Direito. Tradução e Notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

GRIBOGGI, Angela Maria**. A Crise do Positivismo Jurídico, da Sociedade e do Estado no Séc. XXI e a Contra Proposta Oferecida Pelo Método Dialético**. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador, 2008

HART. L. A. Herbert. **O Conceito de Direito.** Tradução A. Ribeiro Mendes, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Guebenkian, 2001.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional.** – Ano 16 - n. 63 janeiro/março v.16 - 2016- . – Belo Horizonte: Fórum, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v16i63.45>.acesso em 23 mai. 2024

NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. 26 de junho de 1945. Disponível em: http://www.faap.br/responsabilidadesocial/pdf/carta_onu.pdf Acesso em: 21 mai. 2024

ROSANVALLON, Pierre. **La Contrademocracia**: La política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2007.

_____, Pierre. **La legitimidad democrática : imparcialidad, reflexividad, proximidad.** 1a ed. - Buenos Aires : Manantial, 20098

_____, Pierre. A democracia do século XXI. **Revista Nueva Sociedad** (especial

em português), julho de 2018. Disponível em: < https://nuso.org/media/articles/downloads/EN_Rosanvallon_EP18.pdf>. Acesso em 26 mai. 2024

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

_____. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio; FALCÃO, Joaquim. **Sociologia & Direito**: textos básicos para a disciplina de Sociologia Jurídica. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 87-95.

SCHRAMM, Luanda Dias. O desprezo da política eleitoral: crise da representação e legitimidade contra-democrática na obra de Pierre Rosanvallon. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 107-129, set.-dez. 2016.

_____. **A contrademocracia e a produção do impolítico**. III Encontro Internacional Participação, Democracia e Políticas Públicas; 30/05 a 02/06/2017, UFES, Vitória (ES). Disponível em: < http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:of9-ERObum0J:www.pdpp2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic%3Fq%3DYToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUlFVSVZPIjtzOjM6Ijk0MiI7fSI7czoxOiJoIjtzOjMyOiI5NmUwY2RkMjU0ODg0ZmE2MzhjZGJjMjhjOGQ0OGRjMSI7fQ%253D%253D+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br >.Acesso em 03 abr. 2014.

TAMANAHA, Brian Z. **Understanding Legal Pluralism:** Past to Present, Local to Global. Sydney Law Review 30 (3): 375–411, 2007.

TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. **A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil:** um olhar para além dos manuais jurídicos. 2012. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/handle/10482/13803>.Acesso em 03 abr. 2024

.