

PLURALISMO JURÍDICO: CONTRIBUIÇÕES DE ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

LEGAL PLURALISM: CONTRIBUTIONS OF ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

Daniel Dias Carneiro Guerra¹

Resumo: António Manuel Hespanha foi indiscutivelmente um dos maiores historiadores do direito do séc. XX. Mas a sua obra não se restringe ao campo historiográfico. Há inúmeras contribuições para a própria teoria do direito. O objetivo deste artigo é o de organizar, por meio do método descritivo, a partir de revisão de sua bibliografia, as suas contribuições para o estudo do pluralismo jurídico, que consiste na admissão de uma pluralidade de fontes de regras jurídicas, em contraposição ao monismo jurídico que identifica o direito com a lei editada pelos estados nacionais. O estudo tem o objetivo de descrever a concepção de Hespanha sobre a origem e as razões do ocaso do paradigma monista, as correntes que se formaram em torno do pluralismo jurídico, a sua teoria do direito dentro de um paradigma pluralista e as balizas teóricas para assegurar a democraticidade e a juridicidade das normas dentro desse novo paradigma. Não é objetivo deste trabalho contrapor as contribuições de Hespanha às lições de outros doutrinadores, mas simplesmente inventariar descritivamente as suas contribuições.

Palavras-chave: Teoria do direito. Direito constitucional. Pluralismo jurídico. Democracia. Consenso.

Abstract: António Manuel Hespanha was arguably one of the greatest legal historians of the 20th century. However, his work is not limited to the historiographical field. There are numerous contributions to the very theory of law. The aim of this article is to organize, through a descriptive method, based on a review of his bibliography, his contributions to the study of legal pluralism, which consists of admitting a plurality of sources of legal rules, as opposed to legal monism, which identifies law with the statutes issued by nation-states. The study aims to describe Hespanha's conception of the origin and reasons for the decline of the monist paradigm, the currents that have formed around legal pluralism, his theory of law within a pluralist paradigm, and the theoretical frameworks to ensure the democratic and legal nature of norms within this new paradigm. It is not the objective of this work to oppose Hespanha's contributions to the lessons of other scholars, but simply to descriptively inventory his contributions.

Keywords: Legal theory. Constitutional law. Legal pluralism. Democracy. Consensus.

¹ Advogado. Sócio do Basilio Advogados. Mestrando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ).

*PLURALISMO JURÍDICO: CONTRIBUIÇÕES DE
ANTÓNIO MANUEL HESPANHA*

Daniel Dias Carneiro Guerra

Recebido em: 25/10/2023
Aceito em: 15/04/2024

1 INTRODUÇÃO

A imagem se repete a cada semestre nas faculdades de direito: cedo se aprende que o Estado é a ficção consensualmente criada para administrar os interesses públicos e que detém o monopólio para editar e fiscalizar as leis que regem a vida em sociedade.² Identifica-se o direito com a lei promulgada pelo Estado, cuja soberania se confunde com a própria capacidade de construir uma ordem jurídica autônoma e unificada (HESPANHA, 2019, p. 45). Mas nem sempre se esclarece que não deve ser necessariamente assim. Nem que já vigoraram outras formas de definir o que é o direito e que, atualmente, há inclusive quem defenda que esse paradigma já está superado.

Em sua última aula magna antes da aposentadoria do Supremo Tribunal Federal, o ministro RICARDO LEWANDOWSKI³ destacou, com base na obra do professor alemão KLAUS PETER BERGER, que a globalização acelerou o processo de descentralização do direito, que deixou de ser obra exclusiva dos estados nacionais para ser fruto, cada vez mais, de arranjos transnacionais, muitas vezes sob a condução de atores exclusivamente privados. Quatro grandes ramos desse direito transnacional comprovariam essa tendência: a nova *lex mercatoria*, que é o conjunto de regras que regem o comércio internacional de grande impacto econômico, submetido a tribunais arbitrais escolhidos pelas partes; a *lex sportiva*, que disciplina os esportes de alta performance e contém inúmeras regras para evitar que os seus conflitos sejam submetidos a jurisdições estatais; a *lex digitalis*, que é o conjunto de regras que regula o uso da internet, a cargo da associação privada Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN); e a *lex humana*, que é

² "(...) o Estado passou a ser considerado como um fator, neutral e acima dos interesses privados, de racionalização dos múltiplos interesses setoriais em conflito na sociedade. Essa visão do Estado – que nasceu da dialética hegeliana entre o real (a sociedade) e o racional (a ideia de Estado e de direito) -, foi ulteriormente teorizada pela doutrina do direito público alemão da segunda metade do séc. XIX, para a qual competiria ao Estado (ao soberano) a tarefa de arbitrar e harmonizar a pluralidade das pretensões dos indivíduos e dos grupos, de modo a manter a coesão nacional e a fazer prevalecer o interesse do todo (o interesse público, nacional)" (HESPANHA, 2019, p. 45).

³ Foi ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro de 2006 a 2023.

promovida pela mundialização da semântica das normas de proteção dos direitos fundamentais.⁴

É essa pluralidade de fontes de regras jurídicas que se designa pelo conceito de *pluralismo jurídico*, em contraposição ao monismo jurídico que identifica o direito com a lei editada pelos estados nacionais.

Não há um uso unívoco do conceito. Apesar de estar presente na investigação de muitos juristas, não há consenso sobre as raízes e a extensão dessa pluralidade de fontes normativas, nem como elas devam ser aplicadas, interpretadas e harmonizadas com as ordens jurídicas dos estados nacionais que ainda vigoram.⁵ Um diagnóstico, no entanto, perpassa todas as meditações sobre o tema: a tradicional teoria do direito que continua a ser ensinada nas faculdades, porque centrada no paradigma monista, não é mais suficiente para dar conta do atual estágio da experiência jurídica ou para fornecer os critérios de aplicação desse direito plural.⁶

Daí a importância de o tema ser constantemente problematizado. Um dos que o fez foi o historiador e pensador do direito ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, catedrático da Universidade Nova de Lisboa. O pluralismo jurídico esteve presente desde a sua tese

⁴ É o que se extrai da transcrição da aula magna proferida pelo ministro na abertura do II Seminário França-Brasil, divulgada na revista JUSTIÇA & CIDADANIA de maio de 2023. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/hoje-o-pluralismo-juridico-e-uma-realidade-inafastavel/>. Acesso em: 29 set. 2023.

⁵ Em sua monografia dedicada ao tema, ANTONIO CARLOS WOLKMER sublinha que “[s]e inúmeras doutrinas podem ser identificadas no pluralismo de teor filosófico, sociológico ou político, o pluralismo jurídico não deixa por menos, pois compreende muitas tendências com origens diferenciadas e caracterizações singulares, envolvendo o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. Não é fácil consignar uma certa uniformidade de princípios essenciais, em razão da diversidade de modelos e de autores, aglutinando em sua defesa desde matizes conservadores, liberais, moderados e radicais até espiritualistas, sindicalistas, corporativistas, institucionalistas, socialistas etc.” (WOLKMER, 2015, p. 13.)

⁶ “Há duzentos anos – e em boa parte ainda hoje, malgrado a percepção de algumas consciências vivas e culturalmente vigilantes durante o decorrer do século XX – o jurista viveu e vive docilmente o papel que lhe foi destinado pelo poder político, completamente inclinado a um breviário de verdades indiscutíveis esculpidas por aquele poder por meio de um de tipo tábua sagrada de Moisés: o Estado, como representante e intérprete da vontade popular, com o conseqüente corolário do primado da lei como voz do Estado e obviamente como manifestação genuína da vontade geral; rigidíssimo princípio da legalidade; o extremamente rígido e efetivado princípio da divisão dos poderes, com a absoluta reserva ao poder legislativo (isto é, político) da produção do direito” (GROSSI, 2004, p. 6).

de doutoramento – *Às vésperas do Leviathan* (1994)⁷ – até a obra reeditada meses antes de seu falecimento – *Pluralismo Jurídico e direito democrático* (2019). A sua grande inquietação, retratada no próprio título de sua última obra, consistia na construção de balizas teóricas que preservassem o caráter democrático do direito num contexto pluralista. Como assegurar a natureza democrática e consensual de um direito nascido de outras fontes que não as instituições representativas dos Estados democráticos? Como harmonizar esses outros direitos com o modelo atualmente vigente na maioria das nações ocidentais: o Estado Democrático de Direito de matriz constitucional? A constituição terá ascendência sobre o direito pós-estatal?

Este trabalho tem o objetivo de apresentar, descritivamente, com base na revisão de sua bibliografia, as principais contribuições de HESPANHA sobre esse espinhoso (e atual) tema, com a provocação preliminar de que, se não há respostas fáceis a essas perguntas, a solução certamente não passará pela negação do pluralismo jurídico que, como reconheceu o ministro RICARDO LEWANDOWSKI, “é uma realidade inafastável.”⁸ Para isso, o trabalho enfrentará, em seu primeiro tópico, as razões históricas do monismo jurídico e as razões de sua crise; no segundo tópico, as correntes doutrinárias que surgiram em torno da invocação de um paradigma pluralista; no terceiro tópico, os fundamentos teóricos para assegurar a democraticidade e a juridicidade das normas dentro desse novo paradigma; e, no último tópico, a relação existente entre as normas jurídicas criadas pelo Estado e àquelas provenientes de outras fontes.

⁷ Nesse livro, HESPANHA estudou o sistema político existente em Portugal entre os séculos XVI e XVIII por meio de uma análise extensa de duas fontes especiais: lista dos oficiais do reino e doutrina jurídica da época. Com base nesse estudo, HESPANHA revelou um sistema político bastante plural e com uma experiência jurídica igualmente plural, contrariando a visão mais corrente do Antigo Regime como um sistema político altamente centralizado. Esse regime político plural, também característico de outras unidades políticas do período, foi designado de “monarquia corporativa”.

⁸ Conforme transcrição da aula magna proferida pelo ministro na abertura do II Seminário França-Brasil, divulgada na revista JUSTIÇA & CIDADANIA de maio de 2023. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/hoje-o-pluralismo-juridico-e-uma-realidade-inafastavel/>. Acesso em: 29 set. 2023.

2 A LOCALIZAÇÃO HISTÓRICA DO MONISMO JURÍDICO E AS RAZÕES DE SUA CRISE

O direito é, ensina-nos HESPANHA, fruto de seu contexto cultural e político. Nos capítulos introdutórios de *Cultura Jurídica Europeia*, HESPANHA denuncia o uso da história do direito como discurso legitimador do regime jurídico corrente (e, portanto, também do *status quo*), utilizada ora para revelar categorias eternas da justiça ou da razão jurídica (atemporalidade do direito), ora para demonstrar a linearidade da evolução de conceitos jurídicos e o caráter necessário e sacralizado da estrutura jurídica atual (progressividade do direito). A essas visões apologéticas, escatológicas, cronocêntricas e anacrônicas da história, HESPANHA contrapõe uma missão crítica: justamente a de “problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas” (2012, p. 21), de modo a demonstrar que, antes de ser racional, necessário e definitivo, o direito de nossos dias é contingente, e as suas soluções são necessariamente provisórias.

O monismo jurídico, portanto, isto é, a identificação do direito com a lei promulgada pelos estados nacionais, também tem uma história e surgiu num contexto social, cultural e político específico. HESPANHA localiza sua constituição no “trânsito do séc. XVIII para o séc. XIX, tendo a sua expressão mais notável na obra de C.F. VON SAVIGNY (1779-1861)” (2010, p. 139). É o momento de transição da estrutura social do Antigo Regime – caracterizado por um pujante pluralismo jurídico no qual o direito do rei convivia com uma “infinidade de direitos espontaneamente gerados na sociedade” (2010, p. 139) e também com iníquos privilégios e discriminações (GROSSI, 2021, p. 41) – para a reorganização da Europa sob grandes unidades políticas (Estados absolutos). A Revolução Francesa manteve esse ideal de um poder unificado e absoluto, substituindo apenas a sua fonte primária: do rei soberano para o povo soberano. Coube à teoria política alemã – sobretudo a PH. ZORN, 1850-1928; G. JELLINEK, 1851-1911; e P. LABAND, 1838-1918 – a tarefa de

designar uma natureza normativa a essa soberania: “um Estado soberano é aquele que pode produzir uma ordem jurídica autónoma e unificada” (HESPANHA, 2010, p. 139). O direito passa, então, pela primeira vez na tradição jurídica europeia, a ser inteiramente identificado com o direito criado pelo Estado.⁹ Esse *absolutismo jurídico*, como já foi classificado por PAOLO GROSSI (GROSSI, 2006), tem duas principais consequências sobre a teoria do direito: reduz as suas fontes à lei e a atividade interpretativa à aplicação subsuntiva da norma.¹⁰ Esse reducionismo ganhou a sua mais notável expressão na “escola da exegese” e está presente, em maior ou menor grau, nas inúmeras escolas que são agrupadas sob o que se designa como “positivismo jurídico” (BOBBIO, 1995), caracterizado por um forte formalismo que teve na obra de HANS KELSEN (1881-1973) a sua mais perfeita formulação.¹¹

As críticas a esse reducionismo são bem conhecidas: o poder legislativo, nesse cenário, assume uma preponderância determinante na definição do que é o direito,

⁹ MIGUEL REALE identifica duas tendências na apreciação da “estatalidade” do direito: “apresentando o Estado como personificação do Direito ou como criador do Direito, excluindo toda e qualquer ideia de garantia jurídica fora do Estado. Esta doutrina pode ser chamada de monismo absoluto (Estado = Direito), de estatalismo geral (o Estado cria o Direito) ou de estatalismo parcial (o Estado só produz o Direito positivo). A tese da estatalidade apresenta, num segundo prisma, uma feição especial, relativista e pragmática, quando não vai além da verificação de que não é possível ordem e segurança sem o primado de um sistema de Direito, apresentando o Estado não como idêntico ao Direito ou criador do Direito, mas como ‘lugar geométrico da positividade jurídica’” (REALE, 1984. p. 232).

¹⁰ HESPANHA condensa muito bem toda a influência desse pensamento sobre a teoria do direito: “Na teoria das fontes, consagrou o monopólio regulador da lei, cuja feitura apenas tinha que obedecer aos preceitos da constituição. Na teoria da interpretação, declarou que o sentido mais relevante da lei é o que se possa saber da vontade do legislador ou dos critérios de justiça que este adotou. Na teoria da aplicação do direito, proclamou que tudo consistia em submeter à lei os casos concretos, tal como a premissa menor se submete à premissa maior no silogismo (silogismo judiciário, teoria da subsunção). Na teoria da integração das lacunas, o único modo de as superar era estender o sentido das leis existentes a casos análogos aos que elas previam, ou formular uma norma nova, de acordo com o espírito que presidia às já formuladas pelo legislador. Na teoria da constrição jurídica, atribuindo ao direito de um Estado a natureza de um sistema dominado por princípios harmônicos entre si, já que todo ele derivava do mesmo sujeito regulador. E à doutrina, um caráter apenas descritivo. Na teoria da constituição, apenas se realçava que esta partilhava das características da lei, acrescentando, porventura (mas não necessariamente), que a lei constitucional tinha uma hierarquia superior às outras leis, pelo que a interpretação e aplicação destas tinha que decorrer de acordo com a constituição” (2019, p 189-190).

¹¹ “(...) o formalismo legalista, ou seja, o direito construído como dimensão formal fundada não sobre fatos, mas sobre a lei como apropriadora e intérprete única dos fatos, transformou o terreno jurídico em um recinto fechado” (GROSSI, 2004. p. 14.)

restringindo a atividade hermenêutica da comunidade jurídica à exata repetição da vontade do legislador, representante, por sua vez, da própria vontade do povo soberano.¹² No entanto, apesar de todas as teorizações democráticas, esse legislador permanecia a expressão da vontade de uma única classe social: a burguesia vitoriosa. Mais especificamente do homem, burguês e proprietário (GROSSI, 2021, p. 41). Reduzia-se o próprio direito, desse modo, à expressão de uma única maneira de interpretar e organizar o mundo. A essa crítica se acrescenta outra, já ironicamente designada como *reductio ad Hitlerum*¹³: a compreensão formalista de que o direito se resume às leis positivas do Estado teria permitido a ascensão de regimes totalitários dentro da mais estrita legalidade, sem que houvesse no sistema legal meios para obstar a execução de leis imorais e injustas.¹⁴ Hoje já se discute essa assertiva, pois o discurso jurídico desses regimes totalitários estava amparado, em grande medida, em inúmeras concepções metajurídicas (como o espírito da nação, o espaço vital do povo, a vontade do líder etc.), enquanto a resistência a eles jamais seria viável num ambiente estritamente jurídico, por meio da simples invocação de princípios morais suprapositivos, mas sim pela militância com as armas da política e mesmo da guerra.¹⁵

¹² Restrição que, contudo, jamais retirou o papel preponderante dos juristas na sociedade europeia, inclusive como artífices dessa compreensão monista do fenômeno jurídico: "Apesar deste alegado apagamento da dogmática – como discurso dos juristas cultos sobre o direito – perante a lei, os juristas ditos 'exegetas' conservaram muito do seu papel decisivo na declaração do direito. Preservando, assim, o domínio que os juristas têm tido sobre o direito, na tradição jurídica ocidental" (HESPANHA, 2019, p. 190).

¹³ Trocadilho com a expressão latina *reductio ad absurdum* (HESPANHA, 2010, p. 147).

¹⁴ "A origem próxima da crise da identificação entre direito e lei que está na base do anti-legalismo contemporâneo parece ter sido a onda de mal-estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo)" (HESPANHA, 2019, p. 46).

¹⁵ "Falou-se então de 'totalitarismo da lei', insinuando que os totalitarismos políticos decorriam, antes de tudo, de uma submissão de todo o direito à lei do Estado. Porventura, a questão estava mal diagnosticada; e também a terapêutica não era necessariamente o combate à legitimidade da lei, ou sequer um combate a travar no plano do direito. Por um lado, a característica principal desses regimes jurídicos – nazismo, fascismo, estalinismo, franquismo, salazarismo, etc. – não era a idolatria da lei, pois a teoria política que os sustentava, tal como a prática que os mantinha, se baseava antes na existência de ordens jurídicas superiores ao direito do Estado: ou a vontade supralegal do Chefe, ou um direito supra positivo provindo de valores vitais de um povo e do seu Estado ou a organização

Essas, de todo modo, foram as duas críticas mais difundidas ao *absolutismo jurídico* e que pautou, naturalmente, as estratégias assumidas pelos países da tradição do direito continental ao longo do século XX. À feição monoclássista do legislativo, contrapôs-se um alargamento do sufrágio para a inclusão paulatina de cada vez mais setores da sociedade civil (mulheres, minorias, analfabetos, imigrantes etc.), fazendo com que o processo de produção das leis, ainda que com os vícios inerentes ao jogo político, tenha ganhado em diversidade. À concepção formalista do direito, contrapôs-se a positivação de inúmeros princípios jurídicos abertos de feição democrática e solidarista (sobretudo por meio de tratados internacionais de direitos humanos e nos respectivos textos constitucionais de cada nação), à luz dos quais todo o ordenamento jurídico passou a ser interpretado e aplicado. O juiz, nesse contexto, deixou de ser a “boca da lei”, conforme a expressão clássica de MONTESQUIEU, para se tornar o *criador do direito segundo a sua boca*, para usar a expressão cunhada por MARIA CELINA BODIN DE MORAES (2013). Esse deslocamento trouxe à teoria do direito maior pluralidade e aderência à realidade social, já que amplificou o número de atores na elaboração das normas e garantiu ao intérprete maior liberdade ao conformá-las aos valores constitucionais partilhados pela sociedade no momento de sua aplicação.

Não se saiu, porém, do paradigma monista. Se os princípios jurídicos garantiram uma maior abertura às necessidades concretas da pessoa humana (em toda a sua diversidade), essa abertura não foi suficientemente grande para garantir o reconhecimento da legitimidade de normas provenientes de outros mecanismos de produção que não as estruturas típicas do Estado. Por exemplo, no Brasil, a pluralidade democrática esculpida na Constituição da República de 1988 garantiu a

natural de comunidades anteriores ao Estado, como as famílias, as comunidades ou as empresas. Pelo que a hostilidade à lei, ao princípio da legalidade e aos juristas legalistas, foi um traço comum destas ditaduras. E, assim, o combate mais eficaz contra elas não foi feito por juristas, nos tribunais ou nas escolas, recusando as leis inumanas em nome de princípios suprapositivos, mas por militantes democráticos, na clandestinidade ou no exílio, combatendo as ditaduras, com as armas da política e mesmo da guerra” (HESPANHA, 2019, p. 46-47).

proteção dos direitos e dos interesses dos povos originários, mas não foi longe a ponto de reconhecer a autonomia de seus sistemas de normatização e de resolução de disputas. Essa abertura principiológica, inclusive, está na base de parte da crítica contemporânea à legitimidade exclusiva do direito estatal, porque ampliou o poder do intérprete – sobretudo das cortes constitucionais – na definição do que é o direito, o que, na visão de muitos, teria afastado a produção das normas de sua fonte democrática e consensual, encastelando-a num saber hermético partilhado pela boa consciência dos juristas.¹⁶

A globalização, como antes delineado, também contribuiu para a erosão do paradigma monista, pois aumentou a necessidade de espaços normativos transnacionais, muitos deles ao largo das estruturas tradicionais dos estados nacionais. Ao lado disso, inúmeros juristas passaram a sublinhar que a identificação do direito às normas estatais nunca passou de um mito, na medida em que há, em qualquer sociedade, sempre mais regras de conduta do que as oficialmente aceitas, o que alguns autores têm designado como “direito vivo” (*lebendiges Recht*), ‘*sperienza giuridica*’ (CESARINI-SFORZA; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS), ‘direito do cotidiano’ (‘everyday life law’, A. SARAT; A.M. HESPANHA), ‘direito do jeito’¹⁷⁻¹⁸. Eis – na precisa

¹⁶ “Estas ideias de um direito baseado na autoridade doutrinal assentam em concepções do direito e do saber jurídico hoje mais do que controversas: a de que existe uma natureza das coisas independente das situações e contextos concretos, a de que as normas têm sentido fixos e herméticos e a de que os juristas se podem libertar das pré-compreensões, limitações e componentes corporativas ou subjetivas dos saberes e obter um saber neutro, objetivo e generalizável que as transcenda” (HESPANHA, 2015, p. 4-53).

¹⁷ “(...) é esta revalorização de práticas quotidianas revestidas de um sentimento de autoridade que deu origem ao conceito, hoje corrente, de *pop law*, ou ‘direito do cotidiano’ (*everyday life law*). Esta expressão parece dever a sua notoriedade ao título de um livro de dois professores da Universidade de Michigan, AUSTIN SARAT e THOMAS R. KEARNS, em que se destacava como o direito é também constituído por práticas, expressões e, até, objetos triviais, incorporados na vida cotidiana, que remetem para deveres a cumprir. Muito frequentemente, o seu nível de normatividade é tão leve que nem nos damos conta do modo como eles nos condicionam, muito menos do carácter não necessário, não forçoso, dos comandos que eles nos murmuram” (HESPANHA, 2009, p. 566-567).

¹⁸ “As pessoas – juristas ou leigos – parece tenderem a procurar o direito ‘autêntico’ noutros lugares: na organização da vida corrente (por exemplo, na vida das famílias, nas regras comunitárias do convívio quotidiano); nas práticas estabelecidas ou nas inevitáveis leis dos negócios (v.g., as ‘leis do mercado’, a nova *lex mercatoria*); nas regras geralmente seguidas em certo setor de atividade – as chamadas ‘regras da arte’ (dos médicos, da comunidade académica ou científica) –; naquilo que é considerado como correto em certo ramo de atividade – as ‘boas práticas’ (na administração pública,

síntese de HESPANHA – os fatores relacionados à invocação de um novo paradigma pluralista:

- “1. O direito oficial ou do Estado (leis, regulamentos oficiais, bem como a sua realização oficial (justiça oficial), constituiriam modalidades periféricas (ou marginais) e subordinadas de realização da ordem social [*the law in the books*, para usar uma expressão tradicional], muito diferentes daquela constelação de normas – de várias origens e com diferentes graus de intensidade (“de força”) – que efetiva e primordialmente regem uma sociedade [*law in action, everyday life law*].
2. A mobilidade do mundo de hoje não daria aos processos estaduais de criação de direito tempo para acompanhar os ritmos das mudanças e da complexificação das sociedades, pelo que o direito do Estado estaria condenado a chegar sempre atrasado em relação aos estados de coisas a regular.
3. A globalização (sobretudo dos negócios, mas não apenas essa) apontaria forçosamente para uma ordem jurídica supranacional, tendencialmente global.
4. O desajustamento e a lentidão do direito (e da justiça) estadual corroeria a sua aceitabilidade pelas pessoas, que progressivamente os considerariam alheios à vida, impostos à sociedade de forma autoritária e artificial, dando a impressão de serem, por isso, menos legítimos do que os mecanismos de regulação que funcionam autónoma e automaticamente.
5. Os mecanismos de resolução de conflitos escolhidos por compromisso entre as partes interessadas seriam os mais idóneos para uma solução justa dos litígios, tanto mais quanto menor fosse a sua regulação por normas imperativas do Estado.
6. A doutrina ou dogmática jurídica, elaborada pelos juristas com base no modelo de um direito estadual, raramente se adequaria bem a este novo direito fracamente ligado ao Estado, pois os princípios que orientavam esses saberes tinham justamente como axioma a ligação indissolúvel entre Estado e Direito; a alternativa desejável seria uma nova doutrina, baseada em *standards* prudenciais muito autónomos e apenas dependentes da particular visão do mundo dos juristas” (2019, p. 30-31).

na escola, nas relações entre uma organização e os seus utentes); nas normas que são estabelecidas pelas organizações representativas de um setor específico do trato social (normas de ‘autorregulamentação’: no desporto, na regulação da concorrência, da atividade bancária ou, mais latamente, financeira; da comunicação social, da internet, da distribuição do espectro de frequências de comunicação radiofónica); nas normas de direito supra estadual (estabelecidas ou não por tratados entre os Estados); nos consensos e acordos que as pessoas estabelecem entre si para regular relações entre elas (contratos, cláusulas de arbitragem, acordos tácitos ou estabelecidos pelos costumes ou por rotinas); nas rotinas e usos comuns e assentes; na comunidade de especialistas em direito (a doutrina, o direito ‘contra maioritário’, etc.)” (HESPANHA, 2019, p. 24-25).

O pluralismo jurídico, nesse contexto, não é fruto de uma construção teórica, mas parte da observação empírica de que há – e sempre houve – vários complexos de normas que pretendem ser direito e que os próprios tribunais dos estados nacionais (ou internacionais) com alguma frequência reconhecem como tal: normas técnicas (internet, distribuição de energia, regulação das telecomunicações); regras de arte (práticas prudenciais dos médicos, enfermeiros, advogados, engenheiros, contadores etc.); normas surgidas das práticas bancárias financeiras, de setores cartelizados ou fortemente corporativos (combustíveis, transporte aéreo, seguros, energia, escolas superiores etc.); normas do mundo do esporte (com o afastamento, por exemplo, de normas de direito penal, civil, laboral); normas de organizações supranacionais (G8, G20, OPEP, Fórum Social Mundial etc.); normas estabelecidas por movimentos não governamentais (*Fair value, Fair price, Green Peace* etc.); normas estabelecidas em setores de grande dinamismo e mobilidade (indústria, comércio); normas de grupos com uma forte identidade cultural ou religiosa (imigrantes, minorias étnicas ou religiosas); normas do mundo doméstico etc (2019, p. 40-41).

O grande desafio, nesse mosaico plural de normatização, é justamente desenvolver balizas teóricas e metodológicas que permitam o reconhecimento e o controle da legitimidade de todas essas fontes. Mais do que isso: que garantam uma *pluralidade* efetiva, e não somente o reconhecimento da legitimidade do direito espontaneamente gerado e praticado no seio de setores dominantes da sociedade.

3 A DISPUTA SOBRE OS CONTORNOS DO PLURALISMO JURÍDICO

HESPANHA identifica três gerações de autores ligadas ao pluralismo jurídico. A primeira, surgida sobretudo a partir dos anos 50 do sec. XX, forjou-se em torno de antropólogos jurídicos que tinham como objeto principal de investigação a situação do direito nas colônias e posteriormente nos países pós-coloniais, nas quais o direito

oficial do colonizador convivia – de forma mais ou menos harmônica – com uma infinidade complexa de direitos de povos originários (2010, p. 151). Evidenciava-se o discurso monista do direito estatal como ferramenta de colonização, responsável pelo silenciamento e periferização de outras formas de organização da vida comunitária, de solução dos conflitos e de relação com o território. A essa primeira abordagem se somou outra de cunho sociológico que buscou evidenciar, mesmo em sociedades mais desenvolvidas, a existência de “ilhas de direito não oficial” (2010, p. 151), como o direito das comunidades imigrantes na Europa e nos Estados Unidos e “o direito das favelas brasileiras”, estudado principalmente por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (1988, p. 14). Apesar do amplo espectro de autores identificados nessa “primeira geração”, a sua nota comum era uma forte consciência crítica a respeito do caráter homogeneizante do direito estatal oficial e o seu distanciamento dos valores partilhados por setores “invisíveis” da sociedade.¹⁹

A segunda geração identificada por HESPANHA tem um perfil político diametralmente oposto. Usualmente identificados com o projeto neoliberal, esses autores defendem o pluralismo jurídico no contexto de crescente pressão exercida pelos mercados financeiros globais em torno da descentralização dos estados nacionais. A ênfase de sua análise envolve os processos de desregulamentação estatal, globalização, acumulação flexível de capital, formação de blocos econômicos, políticas de privatização, flexibilização do trabalho, regulação social reflexiva e supranacional (ALBERNAZ; WOLKMER, 2010, p. 67); enfim, todas as agendas neoliberais em torno da criação de novos regimes de produção de normas e de

¹⁹ CAMILO BORRERO e FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE, por exemplo, ao disporem sobre o direito consuetudinário e insurgente de indígenas da Colômbia, afirmam que “é necessário questionar o privilégio do Estado para determinar o que é e não é direito. Explicitar que, dentro do direito consuetudinário, acha-se a luta pela diferença e pela diversidade. (...) [deve-se] demonstrar que a norma [positivada] não é o único caminho para a regulação social. Deduzir que não existem critérios claros para valorizar o direito positivo acima do direito dos usos e costumes dos povos. (...) mais importante do que reconhecer em termos legais a existência de um direito consuetudinário, seria preferível estimular sua aplicação real no interior das comunidades. (...) [é essencial que] este direito consuetudinário corresponda efetivamente aos padrões de vida cultural atuais desejados pelas coletividades, respeitando e integrando a tradição aos desafios colocados pela transformação do meio social e técnico” (BORRERO; AGUIRRE, 1991, p. 53).

resolução de conflitos afastados das estruturas burocráticas e ineficientes dos estados nacionais. O compromisso em torno da resolução de conflitos por meio de procedimentos arbitrais é uma forte característica dessa tendência liberalizante. O Fundo Monetário Internacional, por exemplo, ao celebrar o acordo de auxílio financeiro a Portugal em 2011, exigiu como uma das contrapartidas a promulgação de uma lei que favorecesse a arbitragem, cujas decisões são sigilosas e quase inteiramente imunes ao controle estatal (HESPANHA, 2019, p. 31).

A esses autores liberais HESPANHA acrescenta os “cultores do direito europeu” que, após a criação da União Europeia, “têm necessidade de superar uma concepção estadualista e legalista do direito para explicarem a natureza e a legitimidade do direito comunitário” (2010, p. 152-153), sobretudo daquelas normas criadas pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades que, mesmo sem ter essa atribuição no instrumento constitutivo da comunidade, passou a criar “direito com validade interna na ordem jurídica de cada Estado-membro” (2010, p. 152). O direito estatal, nesse contexto, deixou de ser suficiente para explicar a obrigatoriedade dessas normas comunitárias, de modo que a discussão em torno do pluralismo jurídico ganhou notório relevo no continente europeu.²⁰ Mas esses autores não ampliam a noção pluralista do direito para reconhecer a legitimidade de práticas jurídicas de setores subalternos da sociedade europeia, como ciganos, imigrantes, minorias religiosas etc.

A terceira geração identificada por HESPANHA corresponde àquela que postulou o reconhecimento no âmbito do direito oficial de ordens normativas que decorrem de valores universalizados e cosmopolitas, “como os direitos humanos, os direitos das

²⁰ Destaca-se, nesse sentido, J. J. GOMES CANOTILHO: “A ‘internacionalização’ e a ‘europeização’, no caso português, e a internacionalização e a ‘mercosulização’, no contexto do Brasil, tornam evidente a transformação das ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de ‘leis fundamentais regionais’. Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a *magna carta da identidade nacional*, a sua *força normativa* terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’” (CANOTILHO, 2008, p. 110).

comunidades nativas, o equilíbrio ecológico, a liberdade de informação, muito ligada à *internet* ou às chamadas redes sociais, etc” (2019, p. 62). Esses valores cosmopolitas, de acordo com HESPANHA, teriam o potencial de “complementar” as ordens jurídicas nacionais e de enriquecer o seu processo democrático, desde que compatíveis com “os consensos valorativos das comunidades nacionais e locais” (2019, p. 63). O risco, porém, nesses casos, é que muitos valores alegadamente cosmopolitas são fruto da tradição jurídica ocidental e acabam sendo utilizados, na prática, para assegurar a ascendência dos “interesses hegemónicos ao nível do Estado ou de grupos de interesses globalizados” sobre os valores comunitários (2019, p. 63). “Um bom exemplo, formalizado na constituição de Angola, é o da intervenção do Estado, negando validade das ordens jurídicas ‘tradicionais’ contrárias à dignidade da pessoa humana” (2019, p. 63).²¹ Toda a retórica dos direitos humanos – da qual o princípio da dignidade da pessoa humana é um corolário – foi desenvolvida no seio dos países colonizadores, tanto que, como demonstra BARTOLOMÉ CLAVERO em sua *história verossímil dos direitos humanos*, a Declaração Universal das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos de 1948 não só deixou incólume a cláusula colonial, como lhe conferiu plena legitimidade (2017). O desafio, portanto, nessas situações, está numa concretização plural e sensível aos valores comunitários desses princípios cosmopolitas.

Por isso que, como ressalta HESPANHA, o “facto de o pluralismo estar aí não nos força (...) a ser sociologicamente ingénuos” (2009, p. 524). O reconhecimento ou não de certa constelação de normas “mexe com interesses sociais e políticos e, por isso, é objecto de confrontos socio-políticos. Uns desejam esse reconhecimento, porque ele lhe é favorável. Outros não, pelas razões opostas” (2019, p. 524)²². Cabe

²¹ Idem. p. 63. Eis a redação do dispositivo constitucional angolano: Artigo 7.º (Costume) É reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana.

²² RENATA O. ALBERNAZ e ANTONIO CARLOS WOLKMER caracterizam essa disputa sobre os contornos do pluralismo jurídico nos seguintes (e um tanto maniqueístas) termos: “Há que se distinguir, no entanto, alguns dos principais contrastes constatados sobre o Pluralismo Jurídico. Segundo a análise de WOLKMER, é necessário, primeiramente, distinguir o *Projeto Conservador* e o *Projeto Emancipatório* de

aos juristas a construção de uma nova teoria de reconhecimento dessas *constelações de normas* que, de um lado, harmonize-se quanto ao dado de que o pluralismo jurídico é um fato e, por outro, assegure que somente as normas construídas que correspondam a consensos sociais alargados e adequados (e sejam, por isso, estáveis e estabilizadoras) (2019, p. 79) tenham a sua juridicidade reconhecida.²³

4 A NOVA TEORIA DO DIREITO EM CONSTRUÇÃO

HESPANHA parte de uma compreensão de *direito* tributária da contribuição de três autores: H. L. HART, JÜRGEN HABERMAS e NIKLAS LUHMANN. De H. L. HART, HESPANHA colhe a compreensão *realista* de que “o direito é aquilo que os tribunais (as instâncias que a comunidade reconhece como competentes para dizer o direito, instâncias jurisdicionais) reconhecem como direito” (2019, p. 129). De JÜRGEN HABERMAS, “a ideia de que por detrás do reconhecimento pelos tribunais de uma norma como direito deve estar, não uma lei do Estado, mas consensos comunitários inclusivos e justos” (2019, p. 129). De NIKLAS LUHMANN, “as ideias de que é o próprio direito – e não o Estado, a sociedade, a economia, a necessidade, a oportunidade – que estabelece o direito, bem como a de que o estabelecimento do direito visa a redução da complexidade e a criação de situações de estabilização das expectativas” (2019, p. 129).

Pluralismo Jurídico. No primeiro, de cunho neoliberal, a ênfase se dá sobre processos como a desregulamentação estatal, a globalização e a acumulação flexível de capital, a formação de blocos econômicos, as políticas de privatização, a flexibilização do trabalho, a regulação social reflexiva e supranacional; neste projeto conservador, seu cunho individualista gera, como resultado, a dispersão da identidade e da força política dos grupos e movimentos sociais, o que diminui o poder de organização das massas e acaba por dificultar o exercício de uma participação democrática ampla, autêntica e real. Contrariamente, o Projeto Emancipatório de Pluralismo Jurídico sugere a sua edificação com base em práticas sociais insurgentes e autônomas, motivadas pela satisfação de necessidades humanas essenciais, e em uma reordenação, desconcentração e descentralização do espaço público no sentido de multiplicar os seus *locus* e ampliar seu cunho democrático (...)” (ALBERNAZ; WOLKMER, 2010, p. 68-69).

²³ Como destaca PAULO GROSSI, “seria uma desgraça, porém, caso este comportamento de disponibilidade [para outras fontes jurídicas] se convertesse em um fácil entusiasmo e, saltando emoções e humores, em uma aceitação acrítica” (GROSSI, 2009, p. 169).

Ou seja, direito é aquilo que, originado de consensos comunitários inclusivos e justos, é reconhecido como tal pelas instâncias jurisdicionais, com capacidade de reduzir a complexidade da vida em sociedade e de criar situações de estabilização das expectativas. Três, portanto, são os critérios para que um conjunto de normas seja qualificada como direito segundo HESPANHA: *i)* reconhecimento; *ii)* consensualidade; e *iii)* eficácia estabilizadora (2019, p. 189).

O critério do *reconhecimento* inverte a concepção original da teoria do direito de que é o processo de produção das normas que lhes garante validade e democraticidade.²⁴ Numa concepção realista, direito é aquilo que, na prática, utiliza-se para resolver os conflitos surgidos em uma determinada comunidade, independentemente de sua fonte imediata. Num contexto pluralista, as instâncias jurisdicionais responsáveis por esse reconhecimento não serão, naturalmente, somente aquelas reconhecidas formalmente pelo Estado (pois encerraria verdadeira petição de princípio), mas sim – e aqui também se adota um critério realista – aquelas entidades que assumem a função de dizer qual é o direito, por consenso da comunidade atingida por suas decisões.²⁵ Todas as sociedades conhecidas dispõem de atores sociais que têm como missão *dizer o direito* (chefe, cacique, bruxo, ancião, especialista, juiz etc.) (CORREAS, 1996, p. 75), já que é inviável que os agentes diretamente envolvidos em determinado conflito tenham a neutralidade necessária para decidir.

O critério da *consensualidade* exige que, dentro daquilo que realisticamente se passa em determinada comunidade, todos os interesses e pontos de vista envolvidos sejam considerados e ponderados na enunciação das normas reconhecidas pelas

²⁴ O fundamento místico da autoridade das leis, como definido por PAOLO GROSSI: “as leis possuem crédito não porque são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade delas; não têm outro fundamento, e é bastante. Frequentemente são feitas por imbecis” (GROSSI, 2004, p. 43).

²⁵ “A natureza ‘jurisdicional’ não pode ser autoproclamada, mas antes produto da observação. Uma perspectiva realista lida com a “realidade” do direito; ou seja, com o seu efetivo reconhecimento (para evitar objeções epistemológicas ... com aquilo que estipulámos como sendo o seu efetivo reconhecimento ...). Este reconhecimento verifica-se em dois planos: (i) reconhecimento das normas por uma instancia jurisdicional, cuja creditação para dizer o direito decorre do seu (ii) reconhecimento comunitário como entidade jurisdicional” (HESPANHA, 2019, p. 144).

instâncias jurisdicionais. HESPANHA sublinha a necessidade de que esse consenso seja o mais forte, amplo, refletido e inclusivo possível, mas admite que qualquer diálogo – mesmo dentro de um paradigma democrático – é passível de inúmeros enviesamentos (por grupos sociais dominantes, opinião pública, escritos técnicos de especialistas etc.), de modo que os critérios de produção de consenso apontados por HABERMAS – neutralidade, rigor, não manipulação, lealdade (*fairness*) e igualdade – não devem ser idealizados (HESPANHA, 2019, p. 155).

O critério da *eficácia estabilizadora*, por sua vez, está intimamente relacionado ao da *consensualidade*: quanto mais forem frutos de consensos fortes e refletidos mais as normas terão aptidão para gerar soluções duradouras e capazes de orientar as condutas, reduzindo a complexidade da vida em sociedade e aumentando a confiança de seus participantes nos mecanismos de seu funcionamento, o que, naturalmente, garantirá na prática social uma base consensual continuamente renovada em torno das normas vigentes. Esse ideal – destaca HESPANHA – “nunca se atinge, mas não apenas deve constituir o ponto de referência (...), como deve ser estimulado por regras do processo de elaboração de normas que fomentem” o consenso (2019, p. 177).

“Esta perspectiva – a que poderemos chamar realista (por oposição à perspectiva formalista do estadualismo clássico) – permite compatibilizar (i) uma noção de direito que se mantém atenta ao evoluir do modo como, na vida real, se identifica o direito com (ii) uma legitimação democrática deste. Porém, esta compatibilização entre pluralismo e princípio democrático implica uma certa reformatação de um e de outro conceito. O conceito de pluralismo tem que sofrer uma restrição: nem todas as normas que se observe vigorarem na comunidade são direito, pois a vigência tem que ser genericamente reconhecida como jurídica (como vigência de direito válido, suscetível de uma aceitação generalizada) pela comunidade. Mas o conceito de democracia também teve que ser enriquecido e flexibilizado, no sentido de abranger mais do que os processos formais de expressão da vontade popular que conduziam à lei ou à constituição; incorporando agora também processos de consensualização que decorrem fora do Estado, a diferentes níveis e segmentos da vida comunitária, mas que esta vai reconhecendo

como adequados a identificar o direito; assim como outros que o Estado vai incorporando, com os da democracia participativa” (2015, p. 28)

Essa proposta – de acrescentar à observância da vigência efetiva das normas a observação do seu efetivo reconhecimento comunitário alargado como direito (critério de validade) – garante uma “abordagem do direito que respeita a vida, mas apenas na medida em que esta vida seja, tendencialmente, a vida de todos, atenta aos pontos de vista, interesses e valores de todos” (HESPANHA, 2015, p. 28), reconhecendo-se como direito apenas o conjunto de normas estabilizadoras e consensuais para toda a comunidade afetada. A proposta permite reconhecer, por exemplo, a ilegitimidade de todo conjunto de normas proveniente de simples relações de força e de dominação, como os sistemas normativos impostos pelo narcotráfico em territórios latino-americanos que, embora vigorem na prática comunitária, não podem ser considerados como direito, justamente por lhes faltar base consensual e eficácia estabilizadora. Por outro lado, permite o reconhecimento como direito de práticas consuetudinárias de povos originários e quilombolas, mesmo que não produzidas dentro dos processos formais de produção das leis instituídos pelos estados nacionais.²⁶

5 DA PIRÂMIDE À REDE?

Qual a função da constituição dos estados nacionais nesse contexto pluralista? Ela continua a ocupar o topo de uma pirâmide de normas que, agora, também incluem normas de origem não estatal? HESPANHA admite que essa “questão comporta ainda um grau elevado de indecisão” (2019, p. 207). No plano teórico, torna-se difícil explicar como e onde é que as normas não estaduais estariam incluídas nessa pirâmide cujo topo seria a constituição do Estado. Numa visão pluralista, a superfície

²⁶ O que, aliás, já é uma realidade – em maior ou menor grau – em muitos países latino-americanos: Colômbia, Bolívia, Peru, Equador, México e Guatemala reconhecem, em suas respectivas constituições, a legitimidade das jurisdições indígenas e de seu conjunto de normas (GONÇALVES, 2019).

do direito deveria ser descrita não tanto como uma pirâmide de normas, mas antes como uma “cordilheira” ou uma “rede” de várias pirâmides, das quais uma seria a do direito oficial, enquanto as outras corresponderiam a conjuntos – eventualmente também hierarquizados – de normas não estaduais (2019, p. 208-209).

HESPANHA rejeita, no entanto, essa visão meramente conceitualista. Impondo-se novamente a exigência de partir de uma *perspectiva realista*, HESPANHA observa que, “na atual situação jurídica dos Estados democráticos, as normas de reconhecimento da generalidade das instâncias jurisdicionais não admitem com facilidade o afastamento das constituições nem do direito legislativo por direitos não estaduais” (2019, p. 210). E isso porque a “ideia da legitimidade democrática está muito ligada à legitimidade dos parlamentos constituintes e legisladores e isso atribui uma autoridade geralmente reconhecida ao direito deles derivado” (2019, p. 210). Ou seja, o direito oficial, apesar de todas as suas limitações e críticas, possui uma base consensual que não pode ser ignorada, fruto, nos países democráticos, de um processo de produção “mais regulado, mais igual e mais transparente de auscultação da comunidade” (2019, p. 210). Por isso que, em geral, o direito estatal atende aos critérios de vigência e validade antes propostos (*reconhecimento, consensualidade e eficácia estabilizadora*).²⁷ Daí porque o conflito entre a ordem jurídica constitucional e outra ordem jurídica não estatal deve ser resolvido, igualmente, por meio dos critérios da *consensualidade* e da *eficácia estabilizadora*. Deve ser “decisivo para a sustentabilidade de uma norma de conflito sobre o primado ou não da constituição que ela possa ser consensual e, por isso, estabilizadora” (2019, p. 210). Essa consideração, de acordo com HESPANHA, “pode promover a vigência do direito constitucional, relativamente a ordens jurídicas não oficiais pelo facto de ele concitar um consenso muito generalizado e reforçado” (2019, p. 210).

²⁷ “A defesa do dirigismo constitucional está estreitamente ligada à crença de que as constituições dos Estados democráticos expressam formas avançadas da democracia, entendida esta como a possibilidade dada aos cidadãos de exprimirem a sua vontade sobre a organização da república, estabelecendo as normas básicas do seu direito, de acordo com um processo regulado, transparente e controlado, de expressão dessa vontade – a democracia representativa” (HESPANHA, 2019, p. 212).

“Como conclusão. O sistema de direito de uma comunidade no seu conjunto (nacional) consagrou na constituição – de forma particularmente solene, regulada e, presume-se, refletida – as suas mais plausíveis regras de consenso e de estabilização sociais. Daí que uma norma sensata de reconhecimento – que aponte para formas plausíveis de conferir consensualidade e estabilidade geral às relações sociais, tanto como para a perturbação de consensos paroquiais, holísticos ou insuficientemente inclusivos – deva prudentemente conferir um lugar de destaque a este normativo constitucional, pelo capital de autorreflexão e de prudência prospetiva que ele encerra” (2019, p. 215)

Nesse cenário, os valores constitucionais terão sobretudo a função de fornecer elementos para o controle democrático – com base nos três critérios de vigência e validade antes enunciados – dos direitos não estatais, constituindo um “elemento perturbador (irritante) de consensos normativos setoriais (ou paroquiais), ao introduzir a necessidade de estes se abrirem à consideração de pontos de vista mais cosmopolitas” (HESPANHA, 2019, p. 213-214).

Mas essa ascendência dos valores constitucionais tampouco pode ser idealizada. Sabe-se que, embora parta de uma verdade que não pode ser ignorada, essa ideia de que o direito constitucional representa formas mais avançadas de consenso e de estabilidade também é “parcialmente mítica, porque o processo de regulação constitucional (...) é passível de muitos enviesamentos, tanto na escolha dos representantes, como na forma como estes levam a cabo o seu mandato” (HESPANHA, 2019, p. 212). Além disso, o principialismo (ou neoconstitucionalismo) alargou a noção de constituição a normas implícitas, provenientes de princípios abertos, o que, segundo HESPANHA, tornaria “difícil defender que ela contém, muito provavelmente, aquilo que corresponde a um consenso geral e que forma parte das expectativas jurídicas de toda a gente” (2019, p. 214). Por isso HESPANHA reforça três questões fundamentais para a preservação da consensualidade estabilizadora da constituição: a primeira é o fortalecimento dos mecanismos de legitimidade democrática para além da lógica representativa parlamentar (plebiscito, referendo, lei

de iniciativa popular, audiências públicas, orçamentos participativos, conselhos de políticas públicas etc.); a segunda é a contenção do processo interpretativo, que não pode ser fruto de um *principlismo sem limites*, mas deve estar amparado num processo hermenêutico que promova um *plebiscito diário* acerca da democraticidade da norma (estatal ou não) como conjunto de sentidos vivos em uma sociedade; a terceira é um chamado aos juristas a um *projeto de humildade*, no qual trabalhem como *servidores da sociedade* e não como demiurgos dos comportamentos alheios, fechados em seus respectivos círculos (NUNES, 2020, p. 15-27).

O processo hermenêutico, aliás, num mundo pluralista, também deve estar aberto para o seu caráter *contextual* num sentido suplementar: “[j]á não se trata apenas de ponderar argumentos ou princípios da ordem jurídica estadual, mas também os de várias ordens normativas suscetíveis de serem aplicadas ao caso” (HESPANHA, 2019, p. 233). Muito provável que cada ordem jurídica tenha a sua própria lógica específica de avaliar argumentos: a discussão sobre o interesse público, por exemplo, é mais forte na ordem jurídica estatal, mas pode ser irrelevante na *lex mercatoria* ou na *lex sportiva*; por isso, deve-se evitar qualquer interpretação: i) assente na visão do mundo do intérprete ou numa escala alegadamente objetiva de valores; ii) assente numa tradição já estabelecida de concretização/interpretação; iii) assente na opinião de um grupo limitado de especialistas; iv) assente numa fixação obrigatória de sentido pelo legislador, por um precedente judicial, por uma corrente judicial ou por uma decisão judiciária hierarquicamente superior. A interpretação correta deve levar em conta todos os elementos de contextualização da norma para encontrar o seu sentido mais estabilizador, levando em consideração: i) expectativas de todos os grupos de agentes envolvidos quanto ao sentido da norma que irá estabilizar as relações sociais naquele domínio; ii) experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma; iii) tradição interpretativa e modo como tem influído no sentido da criação de um consenso estabilizador; iv) dados normativos da constituição como moldura

consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que ela aponta (HESPANHA, 2019, p. 233-235).

Em sua tese de doutorado, MARCELO BARBI GONÇALVES apresenta um julgado da Corte Constitucional da Colômbia que pode ser considerado representante desse novo paradigma interpretativo. A Colômbia – assim como Bolívia, Peru, México e Guatemala – reconhece a legitimidade da jurisdição de seus povos originários. Diferentemente desses outros países, no entanto, a Colômbia realmente leva a sério essa previsão de sua própria constituição e se tornou “atualmente o mais qualificado fórum de deliberação dos conflitos inerentes a uma sociedade pluriétnica.” (2019). Na sentença nº 523/1997, a Corte Constitucional reafirmou que o limite mínimo em relação aos direitos humanos é determinado pelo consenso intercultural sobre o que é inaceitável, como o direito à vida, a proibição da escravidão e da tortura, e o devido processo legal (este com as especificidades dos ritos indígenas). Fora desse mínimo consensual, e que é controlado por meio dos mecanismos democráticos previstos na constituição, os povos originários têm ampla liberdade para definir as suas regras jurídicas de acordo com a sua cosmovisão de mundo.

No caso citado por MARCELO BARBI GONÇALVES, a Corte Constitucional admitiu punições físicas moderadas como parte da tradição de determinada comunidade, pois, naquele caso específico, o chicote aplicado tinha o simbolismo religioso de purificação, e não o intuito de gerar sofrimento. Para a sua conclusão, a Corte se pautou no fato de que (i) as lesões infligidas não eram graves e que (ii) as punições físicas estavam inseridas num contexto social-religioso consensualmente praticado há anos pela comunidade, de modo que não configuravam a prática de tortura (2019). Trata-se de uma discussão difícil – e que tem como pano de fundo o velho embate sobre relativismo cultural e o universalismo dos direitos humanos – , mas, independentemente de se concordar ou não com a solução adotada, ela reflete um processo hermenêutico propriamente pluralista, pois aberta aos processos consensuais de produção normativa da comunidade afetada, e não simples aplicação

mecânica das concepções valorativas dos próprios julgadores.

6 CONCLUSÃO

O pluralismo jurídico é uma realidade, um dado, antes de ser objeto de reflexão. HESPANHA procurou, por meio de uma metodologia que se pode designar *realista* ou *pragmática*, estabelecer referenciais teóricos para uma nova teoria que assegure a democraticidade do direito num contexto pluralista: *reconhecimento*, *consensualidade* e *eficácia estabilizadora* são os seus três critérios de vigência e validade.

O direito estatal, embora não esteja mais sozinho numa pirâmide, é o que melhor reúne, nas tradições democráticas, esses três critérios, razão pela qual ainda deve ter – sobretudo o direito constitucional – papel de destaque numa hermenêutica pluralista, quando menos para fornecer os elementos de controle do caráter *consensual* e *estabilizador* dos direitos não estatais.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Renata O. WOLKMER, Antonio Carlos. **As questões delimitativas do direito no Pluralismo Jurídico**. [S. l.], v. 29, n. 57, p. 67–94, 2010. DOI: 10.5007/2177-7055.2008v29n57p67. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p67>. Acesso em: 4 ago. 2023.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições da Filosofia do Direito. Trad. e notas de M. Pugliesi. São Paulo: Ícone editora, 1995.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Do juiz boca-da-lei à lei segundo a boca-do-juiz: notas sobre a interpretação-aplicação do direito no início do século XXI. **Revista de Direito Privado**, vol. 56. São Paulo: RT, out-dez/2013.

BORRERO, Camilo; AGUIRRE, Francisco Ballón. **Qual direito?** Trad. Cândida Diaz Bordenave. Rio de Janeiro: Apoio Jurídico Popular/FASE, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CLAVERO, Bartolomé. **Constitucionalismo global**: por uma história verossímil dos direitos humanos. 1ª ed. Goiânia: Palavrear, 2017.

CORREAS, Óscar. **Introdução à sociologia jurídica**. Trad. Carlos Souza Coelho. Porto Alegre: Crítica Jurídica, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Novos Paradigmas da Jurisdição**: Conceito. Princípios. Funções. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, 2019.

GROSSI, Paolo. Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). In: GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Ricardo M. Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. A formação do jurista e a exigência de um hordieno “repensamento” epistemológico. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. **Revista da Faculdade de Direito**

da UFPR, Curitiba, n. 40, p. 6-25, 2004.

GROSSI, Paolo. Globalização, Direito, Ciência jurídica. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 10, n. 1, p. 153-176, jan./jun. 2009, p. 169.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROSSI, Paolo. **O mundo das terras coletivas: itinerários jurídicos entre o ontem e o amanhã**. Trad. Fernando Coelho. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

HESPANHA, António Manuel. **Às vésperas do Leviathan**. Instituições e poder político. Portugal, século XVIII. Coimbra: Almedina, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **Caleidoscópio do Antigo Regime**. São Paulo, Alameda, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **Caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, Antonio Manuel. Estadualismo, Pluralismo e Neo-republicanismo: perplexidades dos nossos dias. In: WOLKMER, Antônio Carlos, et al. **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139-172.

HESPANHA, António Manuel. Irá a legitimação democrática do direito desaparecer do modelo do Estado constitucional? **IUS GENTIUM**, [S. l.], v. 12, n. 6, p. 4–53, 2015. Disponível em: <https://www.revistasuninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/195>. Acesso em: 8 ago. 2023.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do direito no Século XXI**. Coimbra: Almedina, 2019.

NUNES, Diego. O Pluralismo Jurídico Democrático de António Manuel Hespanha: Uma Introdução. In: NUNES, Diego; SANTOS, Gustavo Ferreira; ALVES, Jonatan de Jesus

Oliveira. (Org.). **Linhas Jurídicas do Triângulo**: estudos em homenagem ao Professor António Manuel Hespanha. 1ed. Uberlândia/MG: LAECC, 2020, v. 1.

PERLINGERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva., 1984.

SANTOS. Boaventura de Sousa. **O discurso e o Poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Fabril, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique**. Disponível em:
https://media.law.wisc.edu/s/c_360/jm5nj/boa_pluralism.pdf. Acesso em: 29.05.2023.

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