

ALGUNS EXEMPLOS HISTÓRICOS DE PLURALISMOS JURÍDICOS IGUALITÁRIOS E SUBORDINANTES: J. CAGE, 4'33" E O SENTIDO DA EXPRESSÃO "SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO".

Estevão Lo Ré Pousada¹

1. O compromisso da Constituição de 1988 com a noção de pluralismo – do “simples” pluralismo político fundamento (artigo 1º, V) aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, I, III e IV).

2. Pluralismo “confessado”: a noção de pluralismo em suas três variantes principais segundo o “Novo Constitucionalismo Latino-americano” – de um mero “pluralismo jurídico subordinado” a um autêntico “pluralismo igualitário”.

3. Experiências anteriores de “pluralismo jurídico igualitário”: a) a harmonia subjacente a duas dicotomias romanas: “ius civile” vs. “ius gentium” e “ius civile” vs. “ius honorarium”; b) a pluralidade de ordens jurídicas autônomas durante da transição entre Alta e Baixa Idade Média e o surgimento do Direito Internacional Privado; c) a relação paulatinamente construída entre o direito canônico e os direitos nacionais.

4. Experiências anteriores de “pluralismo jurídico subordinante”: a) a queda do Império Romano do Ocidente e o dualismo dos primeiros tempos do Direito Visigótico; b) a pluralidade de jurisdições essencial à evolução histórica do sistema do “Common Law”.

5. Pluralismo “oblíquo” (disfarçado ou dissimulado): amplas reformulações sistemáticas galvanizadas por intervenções “meramente” hermenêuticas: a) o sistema de direito subsidiário nas sucessivas “Ordenações do Reino de Portugal”; b) a Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão);

6. Conclusão: alguns desafios derivados da necessidade de um enfrentamento atual da temática do “pluralismo” – à luz de algumas experiências históricas anteriores.

1. ImproPRIAMENTE conhecida por alguns pelo epíteto “quatro minutos e meio de silêncio”, a obra 4'33" de J. CAGE parece nos revelar muito mais do que a simples inatividade do intérprete ante seu público: de fato, diferentes percepções a respeito de uma mesma obra fazem parte, naturalmente, do próprio processo de construção

¹ Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP. Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – FDSBC. Advogado.

do discurso estabelecido entre o artista e seu respectivo público. Com efeito, em suas *Paludes*, A. GIDE – revelando uma impressionante consciência sobre a pluralidade subjacente à construção da obra artística – confessava esperar de seus espectadores a revelação da obra então levada a conhecimento geral².

Em decorrência de uma peculiar “crise” semântica, o termo “pluralismo” acaba por albergar diversos significados, que carecem de particularização para que venham a assumir, então, contornos mais específicos: no âmbito do Direito Constitucional brasileiro, a noção de pluralismo se estende desde a acepção estritamente comprometida com a dimensão política da existência social – o pluralismo político (fundamento da República Federativa do Brasil, *ex vi* do disposto junto ao artigo 1º, V) – até o âmbito dos objetivos do Estado Democrático de Direito instituído por meio do texto constitucional de 1988 – dentre os quais se enumeram a construção de uma sociedade solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos e o combate a toda e qualquer espécie de discriminação (artigo 3º, I, III e IV)³.

² Eis o trecho de André Gide a que nos referimos: “antes de explicar o meu livro aos outros, aguardo que os outros mo expliquem a mim. Querer explicá-lo primeiro significaria ao mesmo tempo limitar o seu sentido; pois, ainda que saibamos aquilo que quisemos dizer, não sabemos todavia se dissemos apenas isso (...) Dizemos sempre mais do que ISSO (...) E o que especialmente me interessa é precisamente aquilo que aí meti sem o saber – a parte do inconsciente, à qual eu gostaria de chamar a parte de Deus... Um livro vale tanto mais quanto menor for nele a parte do escritos, quanto maior for nele a recepção (fecundação) de Deus. Aguardemos de todos os lados a revelação das coisas, aguardemos do público a revelação das nossas obras” (*apud* K. ENGISCH, *Einführung in das Juristische Denken*, 8ª ed., trad. port. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 167).

Quanto ao específico papel da obra 4’33” (de J. CAGE) no contexto da análise, cf., naturalmente, as considerações conclusivas ao presente estudo. De toda forma, já podemos antecipar que se trata de uma obra bastante peculiar, uma vez que a “aparente” inação de seus intérpretes-executantes normalmente não acaba sendo compreendida como parte da própria performance artística; e a participação do público espectador, por sua vez, acaba sendo negligenciada (ao menos em um primeiro momento). É exatamente a respeito do papel – e do comportamento efetivo – dos intérpretes-executantes e do público espectador que pretendemos tratar ao analisar as pretensões do Direito Constitucional brasileiro do século XXI. Voltaremos ao assunto, como dito, a propósito de nossas considerações conclusivas.

³ Nós nos reportamos – no corpo do texto – a uma “peculiar ‘crise’ semântica”, na medida em que a existência de “antinomias de técnica legislativa” (caracterizada pela pluralidade de sentidos distintos emprestados a um único vocábulo) revela uma faceta desconfortável do pluralismo (que acaba por gerar “desordem” ao truncar o fenômeno comunicativo). A esse respeito, cf. K. ENGISCH, *Einführung in das Juristische Denken*, 8ª ed., trad. port. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 311.

A respeito da noção de “pluralismo político”, cf. a concepção ampla de J. AFONSO DA SILVA, segundo a qual “o Estado Democrático de Direito assegura os valores de uma *sociedade pluralista* (Preâmbulo) e fundamenta-se no *pluralismo político* (art. 1º, V). A Constituição opta, pois, pela *sociedade pluralista* que respeite a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma *sociedade monista*, que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas (...) a doutrina do pluralismo político despontou e se firmou em contraposição aos regimes coletivistas, monolíticos e de poder fechado. Quer realizar-se como princípio da democracia de poder aberto, estabelecendo o liame entre a

Nosso propósito, por meio da presente intervenção, não é o de oferecer qualquer espécie de contribuição contentutística a respeito da noção de “pluralismo” (particularmente no que concerne ao Direito Público); em lugar disso, consideramos que talvez a percepção “crítica” daquele que ostenta uma maior familiaridade com o naturalmente “conservador” Direito Privado – e que revela um confessado apreço pela história do Direito – possa ser tomada como um elemento de reflexão quanto aos desdobramentos de uma incorporação do tema (“pluralismo”) à agenda do jurista contemporâneo⁴.

Assim, nossa intervenção estará comprometida com a apresentação de antecedentes históricos relacionados a pluralismos “confessados” (ou deliberados) e “dissimulados”; para que, ao final, sejam apresentadas algumas inquietações

liberdade e a multiplicidade dos meios de vida, não apenas como uma nova maneira de afirmar a liberdade de opinião ou de crença, mas como um sistema que enraíza essa liberdade na estrutura social” (*Comentário contextual à constituição*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 41-42). De maneira bastante acertada, F. M. A. NUNES JR. destaca que o pluralismo político – fundamento da República Federativa do Brasil – não pode ser reduzido ao mero pluripartidarismo, que é apenas uma consequência do primeiro (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 503).

De fato, o artigo 1º da Constituição de 1988 elege o “pluralismo político” como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Contudo, tal acepção naturalmente não esgota a noção mais ampla de pluralismo, na medida em que, concebido como “escopo” (e não como “premissa”) do Estado Democrático de Direito a ser implementado, acaba por pressupor uma agenda “positiva” a ser adotada pelo Estado brasileiro – comprometida com os diversos propósitos denunciados no artigo 3º do texto constitucional.

Note-se que um dos expressos objetivos da República Federativa do Brasil consiste na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Tal objetivo – assim como os referidos nos demais incisos da mesma disposição – acaba imbuindo o texto constitucional de um propósito pluralista que ultrapassa os limites do simples estabelecimento da pluralidade de participantes no “jogo” democrático (coisa que pode ser garantida pelo simples pluralismo político). Na verdade, tais objetivos acabam orientando as próprias regras a serem adotadas durante o desenrolar do jogo democrático – vedando-se, por exemplo, a utilização do discurso extremista como forma lícita de disputa política.

Em outras palavras: assim como a guerra já foi admitida como solução natural para as controvérsias entre Estados (e hoje já não é mais compreendida com a mesma licenciosidade de outrora), a adoção de práticas políticas pluralistas pressupõe um indispensável mínimo de lealdade entre os adversários políticos – bem como o repúdio a qualquer espécie de discurso lastreado em intolerância de qualquer espécie.

A respeito da – eventual – crise do arraigado pluralismo político no âmbito brasileiro, importante é a análise da chamada “cláusula de barreira”, voltada a contornar as debilidades derivadas de um “presidencialismo de coalizão”. A respeito, cf. P. R. SCHIER, *Presidencialismo de coalizão: Democracia e Governabilidade no Brasil* in *Direitos Fundamentais e Democracia* v. 20, n. 20, pp. 253-299, jul/dez 2016 (inclusive a ampla bibliografia aí referida).

⁴ Longe de representar um necessário prejuízo analítico, tal distanciamento pode oferecer consideráveis vantagens, na medida em que proporciona – senão o oferecimento de novas respostas – ao menos a formulação de diferentes perguntas.

Tome-se, por exemplo, a análise do direito civil: enquanto o civilista contemporâneo costuma conferir ao BGB a mesma estatura do “Code Napoléon” (quando não ainda mais elevada), o estudante comprometido com a história do Direito reconhece que este último acaba revelando uma importância singular, equiparável tão somente ao “Corpus Iuris Civilis” – sendo que o próprio Napoleão Bonaparte tinha plena consciência da magnitude histórica da empreitada jurídica então levada a efeito. A respeito, cf. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, G. Giappichelli, 1979, pp. 67-69.

relacionadas ao alcance contemporâneo da noção (particularmente no cenário jurídico brasileiro).

2. Embora exemplos outros de pluralismo possam ser colhidos da experiência comparada aplicada ao Direito Constitucional contemporâneo, por ora nos interessa, em particular, a noção rotulada por alguns como “Novo Constitucionalismo Latino-americano”. Sem qualquer pretensão homogeneizadora, pode-se dizer que experiências bastante distintas acabaram por ser abrangidas por uma nomenclatura consideravelmente absorvente: a envolver desde a mera abertura à diversidade cultural em um contexto de monismo jurídico (característica do “constitucionalismo multicultural” adotado pelo texto da Constituição de 05 de outubro de 1988) até a efetiva participação dos mais diversos grupos sociais na composição da manifestação oriunda do Poder Constituinte Originário (em um “pluralismo político igualitário” típico de um autêntico “constitucionalismo plurinacional”) – perpassando-se, naturalmente, pela solução intermediária do “pluralismo jurídico subordinado” (derivado do assim chamado modelo constitucionalista “pluricultural”)⁵.

⁵ O chamado “Novo Constitucionalismo Latino-americano” (também designado constitucionalismo mestiço, constitucionalismo andino, neoconstitucionalismo transformador, constitucionalismo do sul, constitucionalismo plurista, constitucionalismo experimental, constitucionalismo plurinacional, constitucionalismo indígena, novo constitucionalismo indigenista, constitucionalismo da diversidade, etc.) não se confunde com o “neoconstitucionalismo”: enquanto o “neoconstitucionalismo” atua por meio de uma “maximização” do constitucionalismo, aquele atua por duas frentes distintas – sustentando a necessidade de uma maior “efetividade da democracia” (ativação popular do Poder Constituinte originário, referendo de aprovação, reforma constitucional provocada pela iniciativa popular, “recall”, etc.) e de uma cada vez maior “autonomia dos povos originários”.

Neste cenário, três ciclos constitucionais na América do Sul (após constitucionalismo “liberal monista” do século XIX e constitucionalismo “social integracionista” do século XX) poderiam ser apontados: o primeiro ciclo (do chamado constitucionalismo “multicultural”, de que são exemplos a Constituição da Guatemala de 1985, a Constituição da Nicarágua de 1987 e a Constituição brasileira de 1988); o segundo ciclo (do chamado constitucionalismo “pluricultural”, do qual são exemplos a Constituição da Colômbia de 1991, a Constituição do Paraguai de 1992, a Constituição do México de 1992, a Constituição do Peru de 1993, a Constituição do Equador de 1998 e a Constituição da Venezuela de 1999); e terceiro ciclo (conhecido como constitucionalismo “plurinacional”, representado pelas Constituições do Equador de 2008 e da Bolívia de 2009).

Note-se que no âmbito do “constitucionalismo multicultural” (primeiro ciclo), os textos constitucionais são caracterizados pela presença de mecanismos de democracia semidireta (ou participativa); com pequenas (e no mais das vezes ineficazes) previsões de participação popular – mais expressivas pela via jurisdicional (da ação popular e do mandado de injunção) – e um sistema de tutela dos povos originários.

O segundo ciclo constitucional (“constitucionalismo pluricultural”) é caracterizado, por sua vez, não apenas pela oficialização das línguas e dialetos dos povos originários, como também pela previsão de uma “jurisdição autônoma” – em um sistema de “pluralismo jurídico subordinado”, em última análise, ao Tribunal Constitucional. Nas constituições representativas deste ciclo serão encontrados mecanismos de participação popular mais expressivos (v. g. “recall”, iniciativa popular, referendo obrigatório sobre reforma constitucional, etc.).

De fato, a noção de “pluralidade” acaba por ostentar sentidos substancialmente distintos em cada um dos modelos reunidos pela expressão “Novo Constitucionalismo Latino-americano”; e é com a preocupação de oferecer exemplos históricos de pluralismos jurídicos “igualitários” e “subordinantes” que passamos a tecer nossas próximas considerações.

3. Pela expressão “pluralismo jurídico confessado de índole confederativa” nos reportamos a experiências históricas em que a pluralidade de regimes jurídicos foi compreendida como uma decorrência natural da organização social ambiente – desacompanhada, pois, de qualquer propósito de implementação de uma artificial unidade subordinante do todo.

No âmbito do Direito Romano, *v. g.*, diversas espécies de dicotomias revelam a pluralidade de elementos informativos de um sentido de orientação jurídica, sem que houvesse a inarredável necessidade de que as unidades constituintes fossem aglutinadas em um modelo unificador: assim, considerado o universo de seus respectivos destinatários, enquanto o “*ius civile*” se adequava a regular as relações mantidas entre os *quirités*, o “*ius gentium*” cuidava de regular as relações mantidas entre os cidadãos romanos e os estrangeiros que com aqueles mantivessem qualquer espécie de contato⁶.

Já no que toca ao terceiro ciclo constitucional (“constitucionalismo plurinacional”), os povos indígenas são elevados à categoria de autênticos participantes do Poder Constituinte originário – e seus valores (“*Sumak Kawsay*”, “*Pachamama*”) influenciam diretamente o resultado produzido. Na Constituição boliviana, aliás, conquanto a jurisdição indígena esteja submetida ao Tribunal Constitucional, entrevê neste um colegiado de composição plural (daí se poder afirmar a presença de um “pluralismo político igualitário” em lugar do mero “pluralismo jurídico subordinado”). Destaque-se, ainda, que na mesma Constituição boliviana se prevê a conversão em lei da iniciativa popular não apreciada. A respeito da noção emprestada à expressão “Novo Constitucionalismo Latino-americano” (e dos diversos ciclos que a informam), cf. a síntese F. M. A. NUNES JR., *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, pp. 76-86.

⁶ Note-se, aliás, que o “*ius naturale*” também tinha um específico universo de aplicação, regulador não apenas do comportamento dos homens, como também dos próprios animais. Neste sentido, l. 1, 2 pr. (“*Ius naturale est quod natura omnia docuit. Nam ius istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quae in caelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminae coniugatio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio et educatio; videmus etenim cetera quoque animalia istius iuris peritia censerit*”/“O direito natural é o que a natureza ensinou a todos os animais. Pois, este direito não é próprio ao gênero humano, mas a todos os animais que nascem no céu, na terra, no mar. Daqui resulta a união do homem e da mulher, a que chamamos de matrimônio, daqui a procriação e a educação dos filhos; pois, vemos que também os outros animais se consideram capazes deste direito”).

No que diz respeito à distinção entre as noções de “*ius civile*” e “*ius gentium*”, eis o teor de l. 1, 1-2: “1. *Ius autem civile vel gentium ita dividitur: omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis; quod*

Ainda no que concerne ao Direito Romano, tomada em consideração – por sua vez – a temática das fontes do Direito, o “ius honorarium” não exsurgiu de uma produção pretoriana voltada à deliberada revogação do modelo quiritário. Em lugar disso, despontou comprometido com três propósitos principais: em primeiro lugar, rejuvenescer um modelo que se foi mostrando cada dia mais desatualizado; além disso, colmatar as lacunas que progressivamente erodiam o sistema até então em vigor; e finalmente, reparar as arestas que toda e qualquer espécie de mecanismo redutor acaba por ostentar⁷.

No âmbito do direito medieval, por sua vez, o ressurgimento das cidades foi um dos fatores responsáveis pelo sensível incremento do tráfico jurídico (por meio da aproximação de indivíduos vinculados a sistemas jurídicos autônomos). Com isso, os

vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur (...) 2. Sed ius quidem civile ex unaquaque civitate appellatur (...) Ius autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitates secutae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae. Iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. Ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alli innumerabiles” (“1. A seguinte é a divisão entre direito das gentes e direito civil: todos os povos, que se regem por leis e costumes, usam de um direito, parte seu próprio e, parte, comum a todos os homens. Assim, o direito que cada povo constituiu para si mesmo é próprio da sua cidade e se chama direito civil, que é quase o direito próprio dessa cidade. O que porém a razão natural constituiu entre todos os homens, esse é como observado por todos os povos e se chama direito das gentes, que é quase o direito usado por todas as gentes. Também o povo romano usa de um direito, parte seu próprio e, parte, comum a todos os homens (...) 2. Ora, o direito civil tira a sua denominação da cidade a que pertence (...) Quanto ao direito das gentes, é comum a todo o gênero humano, pois, por exigência do uso e premência das necessidades humanas, as gentes humanas constituíram para si certas instituições; pois tiveram lugar as guerras, donde se seguia o cativo e a escravidão, contrários ao direito natural porque, por direito natural, desde o princípio, todos os homens nasciam livres. Por via deste direito das gentes se introduziram quase todos os contratos, como a compra e venda, a locação e condução, a sociedade, o depósito, o mútuo e inumeráveis outros”).

De tal modo que entre tais noções não sobreveio qualquer sorte de antagonismo. A respeito, exemplificativamente, cf. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14^a ed., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 2006, pp. 25-28.

⁷ Neste sentido, D. 1, 1, 7, 1: “Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ab honore praetorum sic nominatum” (“O direito pretoriano é aquele que os pretores introduziram para ajudar, ou suprir, ou corrigir, por utilidade pública, o direito civil. Ele é chamado também honorário e foi assim designado em alusão à honra dos pretores”).

Percebe-se, pois, que em lugar de qualquer sorte de antagonismo, o direito pretoriano acaba assumindo uma função suplementar em relação ao direito quiritário. Neste sentido, exemplificativamente, a manifestação de P. JÖRS-W. KUNKEL: “durante el tiempo en que rige la más rigurosa separación conceptual de ambos sistemas, en su estructura y eficacia práctica los dos están íntimamente enlazados: el magistrado no sólo se limitaba em muchos puntos a ejecutar y completar el Derecho civil, sino que hasta en los casos en que creaba normas nuevas procuraba adaptarse en lo possible al pensamiento del mismo” (*Derecho Privado Romano*, Madrid, Editorial Labor, 1937, p. 17). De modo que à atuação inovadora do direito honorário se poderiam atribuir, v. g., a propriedade pretoriana, a proteção à personalidade, a sucessão “ab intestato”, etc..

mais remotos vestígios de um “conflito de leis no espaço” – depreensíveis de manifestações que remontam ao século XII – acabaram ganhando, progressivamente, cada vez maior consistência sistemática, redundando na moderna disciplina conhecida por “Direito Internacional Privado”⁸.

Tal disciplina – construída sobre o pressuposto metodológico da diversidade normativa – tem na noção de pluralismo jurídico a sua própria “ratio essendi”; naturalmente antagônica – e quiçá incompatível – à artificialidade plasmante de um “direito uniforme”⁹.

Por sua volta, a relação estabelecida entre o direito canônico e o direito estatal é um exemplo lapidar da possibilidade de convivência harmônica entre sistemas jurídicos distintos (responsáveis pela “co-ordenação” de uma dada sorte de realidade). Tomando-se o Estado do Vaticano como exemplo, inconfundíveis entre si se mostram as dimensões “externa” e “interna” da Igreja Católica: enquanto a primeira se vincula à noção de “Direito Eclesiástico” (derivado do “poder temporal” do Papa), a segunda

⁸ Neste sentido as palavras de A. de CASTRO: “O mais remoto vestígio de direito internacional privado, de que até agora se tem notícia, foi conseguido por *Karl Neumeyer*, professor da Universidade de Munich, que, em longos anos de estudo, por arquivos e bibliotecas, deparou com um parecer, onde se encontra esta passagem: ‘Mas, pergunta-se: se homens de diversas províncias, as quais têm diversos costumes, litigam perante um mesmo juiz, qual desses costumes deve seguir o juiz que recebeu o feito para ser julgado? Respondo: deve seguir o costume que lhe parecer mais preferível e mais útil, porque deve julgar conforme aquilo que a ele, juiz, for visto como melhor. De acordo com *Áldricus*. *Áldricus*, constantemente denominado *magister* por seus contemporâneos, era jurista bolonhês da segunda metade do século XII, razão pela qual sendo esse o documento histórico mais antigo que até agora se descobriu, o que se pode admitir é que, no norte da Itália, naquela época, começou a ser esboçado o direito internacional privado (...) Em todo caso, pode com certeza afirmar-se que, no norte da Itália, no século XII, começaram a surgir suas regras, e não há notícia de que, antes dessa época, isso acontecesse aí mesmo, ou em qualquer outra parte do mundo (...) Deve, porém, salientar-se que as primeiras soluções foram propostas despercebidamente, pois os juristas que as formularam supunham estar aplicando direito privado (...) Só no século XIX, a separação se iniciou, apresentando-se o direito internacional privado como disciplina jurídica autônoma. Vale dizer: conquanto os juristas europeus comessem a vislumbrá-lo no século XII, sua autonomia só foi claramente vista no século XIX” (*Direito Internacional Privado*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 105-106).

Percebe-se, pois, que não apenas os sistemas jurídicos locais conviviam de maneira relativamente harmônica, como ainda inexistia qualquer pretensão de subordinar a sua aplicação a qualquer espécie de parâmetro regulador – de modo que o “fato plurilocal” era submetido diretamente a um dos modelos potencialmente concorrentes, que era afinal escolhido por razões quase que de equidade.

⁹ A respeito do antagonismo entre as noções de direito internacional e direito uniforme (e da imprescindibilidade de pluralidade normativa para a sobrevivência do direito internacional privado) são elucidativas as palavras de A. de CASTRO: “direito uniforme e direito internacional privado são temas inconfundíveis. Em doutrina, vem sendo repetido por muitos autores que um tira a razão de ser do outro, já que são incompatíveis, e quando aquele existe, este deixa de existir (...) dessa coexistência [de ordens jurídicas independentes] é que resulta a justificação do direito internacional privado (...) só desaparecerá o direito internacional privado se aparecer no mundo um só direito primário universal, emanado de jurisdição mundial” (*Direito Internacional Privado*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 41).

está ligada ao “Direito Canônico” (estribado em seu “poder espiritual”) – comprometido esse, por sua vez, com a missão de disciplinar a relação mantida entre aquela e seus subordinados pela fé¹⁰.

Daí a possibilidade, pois, de que uma mesma questão venha a ser objeto de orientações distintas segundo um específico direito estatal – fundado no “princípio da territorialidade” – e o direito regulador da unidade espiritual da Igreja Católica (lastreado, por sua volta, no “princípio da personalidade”); diversidade, todavia, que não chega a redundar em autêntico conflito normativo¹¹.

Ora, duas peculiaridades podem ser destacadas dos três casos acima apontados: de um lado, a incoerência de um autêntico “conflito” (ou seja, a diversidade normativa não acaba sendo compreendida como um mal a ser debelado); e, de outro, a inexistência de uma pretensão unificadora subordinante – vale dizer, não se pretendem reunir orientações diversas em um modelo conglobante (construído a partir das desgastadas noções de “ius commune” e “ius singulare”).

4. Por sua vez, pela expressão “pluralismo jurídico confessado de índole federativa”, nos reportamos a experiências históricas em que a pluralidade de regimes jurídicos foi compreendida, pois, como uma espécie de “contingência” da organização social ambiente – de modo que o próprio sistema jurídico acabou por se comprometer com a tendência de implementação gradativa de uma artificial unidade subordinante do todo.

¹⁰ A distinção entre as duas dimensões da Igreja Católica (externa e interna) é ressaltada por J. R. CRUZ E TUCCI – L. C. de AZEVEDO: “A Igreja Católica apresenta-se, desde há muito tempo, como uma instituição de ‘face dupla’. De um lado, os membros da Igreja (vocábulo que se origina do grego – *eclesia* –, significando assembleia convocada) estão agrupados, formando um único corpo espiritual, místico, cuja cabeça é Cristo. E, de outro, a Igreja é integrada por homens, constituindo externamente uma comunidade social que se relaciona política e juridicamente com as nações do mundo e que tem o Sumo Pontífice como chefe de governo (...) a chamada ‘Igreja da Caridade’ e a denominada ‘Igreja do Direito’ não são duas realidades que se diferenciam substancialmente nem muito menos que se contrapõem. Pelo contrário, complementam-se como duas vertentes de um mesmo conceito” [*Lições de Processo Civil Canônico (história e direito vigente)*], São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 13-14]. No mesmo sentido, cf. G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno I – Lo Jus Publicum Ecclesiasticum*, Padova, CEDAM, 1978, pp. 70-72.

¹¹ Tomando-se em consideração a temática do casamento, por exemplo, cf. J. CARRERAS destaca a existência de três dimensões concorrentes (e inconfundíveis) da relação matrimonial: a dimensão interpessoal, a dimensão social e a dimensão religiosa – aludindo ao chamado “desconhecimento” do casamento (por oposição a um movimento de “reconhecimento”). A respeito, cf. *La dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia* in C. J. ERRÁZURIZ M.- L. NAVARRO, *Il concetto di diritto canonico – storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 191-205 (especialmente p. 192).

A respeito da imprescindibilidade de que as normas “conflitantes” pertençam a um mesmo sistema para que desponte autêntica antinomia, cf. N. BOBBIO, *Teoria Geral do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2008, pp. 233-234.

Assim, *v. g.*, segundo a doutrina majoritária, a queda do Império Romano do Ocidente foi acompanhada de um dualismo jurídico imediato, estabelecido entre o sistema jurídico dos povos germânicos – representado pelo Direito Visigótico (no específico contexto da Península Ibérica) – e o modelo prevalecente entre a população dominada (o Direito Romano). Ou seja: em um primeiro momento, em lugar da natural imposição do sistema jurídico do conquistador, revelou-se oportuna a preservação – circunscrita – dos traços jurídico-identitários específicos do contingente populacional subjugado¹².

Todavia, a outrora conveniente “convivência” entre os dois modelos jurídicos – lastreada na prevalência do princípio da personalidade (ou da nacionalidade) – foi paulatinamente substituída pela conformação de um sistema jurídico unificador, galvanizado à custa de uma fusão entre elementos romanos e germânicos (ainda que por vezes temperada pela admissão de variantes locais)¹³.

Já no âmbito do sistema jurídico de origem anglo-americana, um estado de coisas similar pode ser depreendido da histórica relação mantida entre os modelos do “Common Law” (em sentido estrito) e da “Equity”: de uma harmônica dualidade inicial

¹² Neste sentido a orientação de M. J. de ALMEIDA COSTA: “é (...) opinião generalizada que os Germanos, durante o ciclo de migração através do Império, conservaram os seus costumes jurídicos. Mas, por outro lado, também se sustenta que não os tenham imposto às populações romanizadas, muito mais numerosas em que se enquadraram. A situação correspondia, pois, ao princípio da *personalidade* ou da *nacionalidade do direito*, quer dizer, à coexistência de sistemas jurídicos diversos dentro do mesmo território, devendo cada pessoa reger-se pelo direito da sua raça (...) Até se deu o caso de alguns monarcas germânicos promoverem codificações que reflectiam essa dualidade. Ao lado de colectâneas de preceitos germânicos ou romano-vulgares, existiram outras formadoras de ‘iura’ devidos aos juristas clássicos e de ‘leges’ dos imperadores” (*História do Direito Português*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1996, pp. 106-107). No mesmo sentido, cf. H. BRUNNER, *Historia del Derecho Germánico*, Madrid, Editorial Labor, 1936, pp. 7-9.

¹³ No sentido de uma mútua influência, as palavras do já citado M. J. de ALMEIDA COSTA: “Deve salientar-se que a persistência do direito romano nos Estados bárbaros não impediu que fosse avançando uma sua convergência ou fusão com o direito germânico. Desde cedo, começaram os Germanos a adoptar alguns institutos e conceitos jurídicos de origem romana, desconhecidos do respectivo sistema ou mais perfeitos – designadamente, no âmbito privatístico, por exemplo, sobre a propriedade imobiliária e os contratos; em contrapartida, o direito romano vulgar ia também assimilando um ou outro princípio germânico (...) Dessas fusão ou interpenetração de elementos romanos e germânicos, produzida essencialmente a nível popular ou da prática do direito, mercê, em grande parte, de normas consuetudinárias, que não apresentavam diferenças profundas, surgiu um lastro jurídico unificado, embora com manifestas variedades locais. Por ele se regeram os povos da Europa ocidental até o chamado renascimento do direito romano justinianeus, produzido, sobretudo, a partir do século XII” (*História do Direito Português*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1996, pp. 107-108).

A nosso ver – e por razões que somente poderão ser expostas em outra oportunidade – as variedades locais a que se refere M. J. de ALMEIDA COSTA, em lugar de provocarem alguma espécie de “crise”, acabam por conferir adaptabilidade ao modelo, em uma espécie de “mimetismo jurídico”.

Deve-se ressaltar – como destaca H. BRUNNER – que este processo admitirá intensidades diferentes segundo cada povo e lugar da própria Europa ocidental, devendo-se evitar generalizações que concluam – açodada e simplificada – pela homogeneidade de tais processos (*Historia del Derecho Germánico*, Madrid, Editorial Labor, 1936, p. 8).

– na qual a atuação do Chanceler tinha função meramente complementar em relação à jurisdição dos “Tribunais Reais de Westminster” – se chegou, com o passar do tempo, a um modelo de autêntica concorrência entre as jurisdições – a qual só veio a ser superada, em termos pretensamente definitivos, por meio dos “Judicature Acts” de 1873-1875¹⁴.

De toda forma, pode-se perceber que – diferentemente do equilibrado convívio entre o “*ius civile*” e o “*ius honorarium*” – a relação mantida entre os dois modelos informadores do direito inglês chegou, a certo ponto, a uma situação de impasse: que somente acabou por ser contornada por meio de uma solução “exógena” – responsável por comprometer, em certa medida, a autoridade de que tais modelos se achavam, histórica e tradicionalmente, investidos¹⁵.

Ora, nos dois casos acima apontados se percebe algo de diferente das experiências anteriormente referidas (“pluralismo jurídico confessado de índole confederativa”): neste “pluralismo jurídico confessado de índole federativa”, não obstante a inevitável convivência com uma inicial pluralidade de sistemas jurídicos,

¹⁴ Pela relação entre os modelos do “Common Law” e da “Equity”, cf., exemplificativamente, G. F. da S. SOARES, *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 32-37. Especificamente a propósito da natureza inicialmente complementar da atuação do Chanceler, assim se pronuncia o autor: “É bem evidente que tal sistema, formalístico e rígido, logo deveria sofrer radicais modificações, premido pelos fatos das patentes injustiças; os recursos ao Rei, fora das regras processuais da *Common Law*, aos poucos, se tornaram possíveis, sendo que o Rei os decidia, em matéria de consciência, e não mais por motivos estritamente jurídicos. Um eclesiástico (ao tempo em que ainda não existia a Reforma Anglicana, portanto católico e altamente influenciado pelo Direito Canônico da época), o confessor do Rei, o Chanceler (*Counsellor*), cognominado ‘the keeper of the king’s conscience’, passaria a conceder certas medidas, que aos poucos foram se estendendo não mais em matéria de recursos de decisões, mas em matéria de conhecimento originário das causas” (p. 34). No mesmo sentido, cf. ainda M. LOSANO, *Os Grandes Sistemas Jurídicos*, Lisboa, Editorial Presença, 1979, pp. 123-124.

¹⁵ A respeito da situação de impasse mencionada, cf. R. DAVID, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 388-394. Com efeito, a terceira fase da evolução do sistema jurídico do “Common Law” – rivalidade com a “Equity” (iniciada em 1485) – terá no compromisso de 1616 (sob o reinado de Jaime I) a sinalização de que a jurisdição da “Equity” não seria mais expandida (definindo-se, a partir de então, os limites entre os dois modelos). Em 1873-1875, por sua vez, os “Judicature Acts” encerram o cenário de eventual concorrência, na medida em que se passou a permitir o emprego de soluções da “Common Law” e da “Equity” pelos diversos tribunais. Tivemos, inclusive, a oportunidade de nos manifestar outrora a respeito do tema, destacando um efeito oblíquo das reformas levadas a efeito pelos “Judicature Acts”: “representando a superação completa de um paradigma já relativizado pelo advento da jurisdição da *Equity*, as reformas metodológicas implementadas pelos ‘Judicature Acts’ (1873-1875) redundaram no desenvolvimento de um novo método de trabalho, estruturado na doutrina do ‘*stare decisis et quieta non movere*’ (que em ambiente inglês deu origem ao sistema de precedentes) (...) a atividade jurisdicional tem duplo significado na medida em que, ao decidir um determinado caso concreto, o juiz exerce sua função não apenas dirimindo o litígio que lhe é submetido, senão também *criando* (potencialmente) uma nova regra jurídica, ensejadora de um autêntico processo de ‘retroalimentação’ do sistema – desde que inexista prévio comando jurídico decorrente de enunciado contido em julgado que lhe seja cronologicamente anterior” [AUTOR, 2013, pp. 205-217 (especialmente p. 207)].

tudo acaba por adquirir foros de mera “contingência”, passível de ser superada por meio de um esforço de unificação jurídica – e que acaba por refletir, em certa medida, um processo de paulatina centralização do poder político.

5. Por “pluralismo jurídico oblíquo” (disfarçado ou dissimulado) designamos certas investidas que, conquanto ostensivamente tivessem um alcance bastante circunscrito, acabaram por evidenciar, afinal, uma enorme repercussão sistemática – particularmente em virtude de sua constante vinculação à hermenêutica jurídica.

Um primeiro exemplo pode ser haurido da disciplina do “Direito Subsidiário” constante das sucessivas “Ordenações do Reino de Portugal”: nas Ordenações Afonsinas (1446), nas Ordenações Manuelinas (1521) e nas Ordenações Filipinas (1603) foi expressamente prevista a possibilidade do emprego subsidiário das fontes romanas e canônicas caso o direito reinícola não dispusesse a respeito de uma questão juridicamente relevante¹⁶.

¹⁶ A temática do direito subsidiário veio disciplinada nas sucessivas Ordenações do Reino de Portugal. Nas Ordenações Afonsinas (1446) a matéria vinha disciplinada no Livro II (título IX); não obstante a sua aplicação apenas em caso de lacuna das fontes reinícolas, fato é que veio disciplinada no segundo livro da coletânea, pois a questão vinha equivocadamente compreendida como uma espécie de conflito de jurisdições (entre o direito nacional e o direito justiniano).

Interessantíssima questão diz respeito ao “critério de pecado” utilizado para se justificar o recurso subsidiário ao Direito Justiniano ou ao Direito Canônico (em uma espécie de antecedente dos modernos elementos de conexão do direito internacional público) – o que se evidencia pela própria nomenclatura do referido título (“Quando a Ley contradiz aa Degratat, qual dellas se deve guardar”). Deve-se notar que, embora fosse rechaçada qualquer espécie de projeção – na época – de uma jurisdição romana que já havia declinado (a “*iurisdictio imperii*”), era expressamente recomendado o emprego das soluções canônicas e romanas – mediatizado o uso das últimas pela aprovação junto à *Glosa* (de Acúrsio) e aos *Comentários* (de Bártolo).

Já no âmbito da segunda edição das Ordenações Manuelinas (1521) ocorre uma mudança de orientação da questão: em lugar do conflito na aplicação subsidiária do “direito comum” (romano e canônico), a atenção do legislador agora se volta à própria lacuna do sistema a ser colmatada (“Como se julgaram os casos, que nom forem determinados por Nossas Ordenaçoes”). Deve-se destacar que o costume passa a ser adotado como elemento informativo para a colmatação das lacunas experimentadas, justificando-se – de maneira expressa – o recurso ao Direito Justiniano (em virtude da “boa razão” em que fundado); é exatamente nesse período (e graças a tal disciplina) que a famigerada “*communis opinio doctorum*” vai ser alçada a um novo patamar [podendo desautorizar a *Glosa* (de Acúrsio) e os *Comentários* (de Bártolo)].

Já nas Ordenações Filipinas (1603) a temática é submetida a um enquadramento inteiramente novo, passando a ser compreendida como uma mera regra de julgamento – e daí a sua transposição para o título LXIV do Livro III (dedicado ao processo civil).

Note-se que, a despeito da cuidadosa análise empreendida por G. BRAGA DA CRUZ [*O Direito Subsidiário na história do direito português* in *Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno (2ª parte)*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1981, pp. 245-436] acreditamos que o problema do direito subsidiário não possa ser enquadrado nem como uma questão de conflito entre jurisdições (direito lusitano vs. direito justiniano; direito português vs. direito canônico), nem como uma questão meramente processual (regra de julgamento), e nem mesmo como um assunto de direito internacional privado – na medida em que o direito subsidiário somente poderia ser utilizado desde que

Todavia, tamanha era a lacunosidade das Ordenações do Reino de Portugal – v. g., a respeito das questões de Direito Civil – que o emprego “excepcional” do direito justinianeu acabou adquirindo foros de “generalidade”; sendo que, em alguns casos extremos, a orientação romana acabou prevalecendo – indevidamente – sobre a própria literalidade do direito nacional – o que acabou dando azo, naturalmente, a um estado generalizado de insatisfação¹⁷.

Um segundo exemplo pode ser colhido do próprio expediente utilizado para se tentar contornar os abusos derivados do recurso excessivo ao Direito Romano: buscando-se reconfigurar o sistema de “Direito Subsidiário”, foi editada a Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão) – a que se seguiram o “Compendio histórico sobre o Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos jesuítas” (1771) e os “Estatutos Novos da Universidade de Coimbra” (1772)¹⁸.

restasse caracterizada a omissão das fontes reinícolas. Pelas razões de nossa posição, cf. AUTOR, 2006, pp. 37, 44 e 49 (e trechos imediatamente seguintes).

¹⁷ A respeito do excessivo número de lacunas das Ordenações do Reino de Portugal – e particularmente do texto filipino – de maneira emblemática se pronunciou A. TEIXEIRA DE FREITAS: “nunca tivemos Código Civil, e se por tal reputassemos o corpo das ordenações Filipinas, ou antes o 4º livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e sucessões, estariamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois seculos e meio. Tambem não existe um só escriptor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse a colligir e ordenar o Direito Patrio. Aquellas Ordenações, que são pobrissimas, reclamavam copioso supplemento. Seus collaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido accusados, ou por fugirem á maior trabalho, reportárão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisárão mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais Doutores. Essa franqueza, que a Ord. L. 3º T. 64 igualmente estendêra ao Direito Canonico; a famosa Lei de 18 de Agosto de 1769, que deu largas ao arbitrio com o titulo de – boa razão –; o outro subsídio dos – estilos, e costumes –; tudo concorreu para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As coisas têm chegado á tal ponto, que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem; do que pelos Praxistas que as invadirão. Outras causas ainda contribuem para tão desgradavel situação” (A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876, pp. XXXII-XXXIII).

Com efeito, como destacado por A. TEIXEIRA DE FREITAS, o abuso quanto ao direito subsidiário foi flagrante: conquanto inicialmente prevista a disciplina apenas para a utilização de elementos “exógenos” na hipótese de omissão da legislação pátria, foram em considerável número os casos em que o direito romano foi aplicado contra a expressa letra do direito português – neste sentido, cf. G. BRAGA DA CRUZ [*O Direito Subsidiário na história do direito português in Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno (2ª parte)*], Coimbra, Imprensa da Universidade, 1981, pp. 300-302].

¹⁸ A respeito do papel desempenhado pelos três diplomas na reconfiguração do sistema de Direito Subsidiário defluente das Ordenações Filipinas, cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O “século XVIII” na legislação de Pombal in Estudos de História do Direito I*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1948, pp. 83-126.

Em apertadíssima síntese, pode-se afirmar que, inspirado em paradigmática de Luís António Verney (*Verdadeiro Método de Estudar*), Sebastião José de Carvalho e Melo promoveu uma ampla reforma voltada à aplicação do Direito e à pedagogia universitária (e particularmente jurídica) – além de algumas intervenções pontuais (tal como se verificou quanto ao direito sucessório). De toda forma, buscando destronar do foro as vetustas fontes justinianéias, preconizou-se a substituição do elemento de colmatação das lacunas das Ordenações do Reino de Portugal [que passou a ser o uso moderno

Por meio dessas três ferramentas, sem que houvesse a necessidade de uma alteração mais expressiva quanto a regras de fundo, uma completa reformulação jurídica foi implementada, mediante a substituição dos referenciais subsidiários a serem utilizados em caso de omissão das “Ordenações do Reino de Portugal”: em lugar do vetusto direito justiniano, preconizou-se o recurso ao direito moderno das nações civilizadas da Europa (“*usus modernus pandectarum*”)¹⁹.

do direito romano (levado a efeito pelas nações iluminadas da Europa)]. Quanto à pedagogia universitária, foi realizado um primeiro esforço de terraplenagem, por meio da elaboração – em 1771 – do famigerado “Compendio histórico sobre o Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos jesuítas”, seguida da reformulação dos estatutos universitários (em 1772).

¹⁹ Essa reorientação fez com que, sem a necessidade de uma alteração direta do texto das “Ordenações do Reino de Portugal” (mas apenas do mecanismo de colmatção de suas numerosíssimas lacunas), um novo paradigma de trabalho viesse a ser adotado – “modernizando” o direito lusitano de maneira bastante repentina.

Com efeito, eis o teor do parágrafo nono da Lei da Boa Razão: “*Item: Sendo-me presente, que a Ord. liv. 3 tit. 64 no Preambulo, que mandou julgar os casos omissos nas Leis Patrias, estylos da Côrte, e costumes do Reino, pelas Leis, que chamou Imperiaes, não obstante a restricção, e limitação finaes do mesmo Preambulo conteúdas nas palavras: - As quaes Leis Imperiaes mandamos sómente guardar pela boa razão em que são fundadas; se tem tomado por pretexto, tanto para que nas Allegações, e Decisões se vão pondo em esquecimento as Leis Patrias, fazendo-se uso sómente das dos Romanos; como para se argumentar, e julgar pelas ditas Leis de Direito Civil geral, e indistinctamente, sem se fazer differença entre as que são fundadas naquella boa razão, que a sobredita Ord. do Reino determina por ultimo fundamento para as mandar seguir; e entre as que, ou tem visivel incompatibilidade com a boa razão; ou não tem razão alguma, que possa sustenta-las; ou tem por únicas razões, não só os interesses dos differentes partidos, que nas revoluções da Republica, e do Imperio Romano, governarão o espírito dos seus prudentes, e Consultos, segundo as diversas facções, e seitas que seguirão; mas também tiverão por fundamento outras razões assim de particulares costumes dos mesmos Romanos, que nada podem ter de communs com os das Nações, que presentemente habitão a Europa, como superstições proprias da gentildade dos mesmos Romanos, e inteiramente alheias da Christandade dos seculos, que depois delles se seguiram:*

Mando por huma parte, que debaixo das penas ao diante declaradas se não possa fazer uso nas ditas Allegações, e Decisões, de Textos, ou de authorities de alguns Escriptores, em quanto houver Ordenações do Reino, Leis Patrias, e Usos dos Meus Reinos legitimamente approvados tambem na fórma abaixo declarada:

E mando pela outra parte, que aquella *boa razão*, que o sobredito Preambulo determinou que fosse na praxe de julgar subsidiaria, não possa nunca ser a da authority extrinseca destes, ou daquelles Textos do Direito Civil ou abstractos, ou ainda sem concordancia de outros; mas sim, e tão sómente:

Ou aquella *boa razão*, que consiste nos primitivos Principios, que contém verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteraveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino, e Natural formalisarão para servirem de regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella *boa razão*, que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceo o Direito das Gentes para a direcção, e governo de todas as Nações civilizadas:

Ou aquella *boa razão* que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantis e Maritimas, que as mesmas Nações Christãs tem promulgado com tantas utilidades, do socego publico, do estabelecimento da reputação, e do augmento dos cabedais dos Povos, que com as disciplinas destas sabias, e proveitosas Leis vivem felizes á sombra dos Thronos, e debaixo dos auspicios dos seus respectivos Monarchas, e Principes Soberanos: sendo muito mais racional, e muito mais coherente, que nestas interessantes materias se recorra antes em casos de necessidade ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christãs, illuminadas, e polidas, que com ellas estão resplandecendo na boa, depurada, e sã Jurisprudencia; em muitas outras erudições uteis, e necessarias, e na felicidade; do que ir buscar sem boas razões, ou sem razão digna de attender-se, depois de mais de dezessete seculos o soccorro ás Leis de huns Gentios; que nos seus principios Moraes, e Civis forão muitas vezes perturbados, e corrompidos na sobredita fórma, que do Direito Natural tiverão apenas as poucas, e

Note-se que nas experiências acima referidas – de “pluralismo jurídico oblíquo” (ou “dissimulado”) – se está, aparentemente, diante de um único modelo (que acaba se alimentando de materiais “exógenos” indispensáveis à sua própria subsistência); além disso, nelas se entrevê que por meio de mecanismos meramente hermenêuticos – e à primeira vista desprovidos de um maior alcance – o sistema é inteiramente reconfigurado, sem que tenha havido a necessidade de alterações pontuais mais expressivas. Em outras palavras, viabilizaram-se autênticas revoluções galvanizadas por alterações “meramente” metodológicas – e que deixam em aberto, naturalmente, a questão relacionada à “legitimidade” da atuação dissimulada por meio de tais instrumentos²⁰.

geraes noções, que manifestão os termos com que o definirão; que do Direito Divino, he certo, que não souberão coisa alguma; e que do Commercio, da Navegação, da Arithmetica Politica, e da Economia do Estado, que fazem hoje tão importantes objectos dos Governos Supremos, não chegarão a ter o menor conhecimento”.

Com efeito, a noção de *boa razão* constante do texto da Lei de 18 de agosto de 1769 apresenta um significado histórico peculiar, enquanto mecanismo de legitimação do influxo jusnaturalista sobre as *Ordenações Filipinas* de 1603. Do texto do transcrito parágrafo nono, três são as acepções elementares de *boa razão*: a que reflete verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis (direito natural); a que consubstancia regras estabelecidas por unânime consentimento para a direção e governo das nações civilizadas (direito das gentes); e a confirmada pelas Leis Políticas, Econômicas, Mercantis e Marítimas das nações iluminadas (direito positivo moderno). A respeito, cf. J. H. CORREIA TELLES, *Commentário crítico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769* (reprodução fac-similar) in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 3 (1978), pp. 405-406.

Destacando a diferença entre as acepções, G. BRAGA DA CRUZ esclarece que “é então que aproveita o ensejo para, como soe dizer-se, ‘encher de vinho novo os odres velhos’, injetando nas encanecidas estruturas do direito português todo o pensamento racionalista e iluminista da *escola do direito natural* e do ‘*usus modernus pandectarum*’” [O *Direito Subsidiário na história do direito português* in *Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno (2ª parte)*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1981, p. 404]. Por mais alguns apontamentos a respeito da amplitude da reforma, cf. AUTOR, 2006, pp. 59-92.

²⁰ Com efeito, embora em um primeiro momento o direito das nações iluminadas da Europa fosse de se tomar simplesmente como instrumento a ser adotado na hipótese de omissão das fontes lusíadas, verificou-se, novamente, o excesso que outrora favoreceu o Direito Justiniano: contra a letra expressa nas Ordenações Filipinas – e negligenciando-se uma tradição que remontava ao próprio direito romano – a doutrina portuguesa de então passou a se orientar pela novidade francesa, como bem destaca G. BRAGA DA CRUZ: “outro ponto em que o direito brasileiro manteve sempre uma intransigência inflexível e que o direito português logo cedeu, com o Código Civil, à novidade vinda da França, foi o da insuficiência do simples acordo de vontades para produzir a transferência de direitos reais. O Código Civil brasileiro continua a consagrar a velha tradição romana, que sempre foi também a tradição portuguesa, de que o simples acordo de vontades, na compra e venda, na doação, e em contratos congêneres, apenas tem efeitos obrigacionais, e não pode, só por si, produzir a transferência da propriedade, para a qual é necessário que ao contrato venha acrescentar-se a entrega, real ou simbólica, da coisa que se pretende transferir. Esta regra, ardentemente defendida por TEIXEIRA DE FREITAS na *Consolidação*, e várias vezes confirmada depois disso, por diplomas legislativos avulsos, havia de ser reafirmada em todos os projetos de Código Civil, com exceção do de FELÍCIO DOS SANTOS, e receberia o mais natural acolhimento no Código de 1916. O nosso Código Civil, diversamente, dando realização aos intentos dos juristas da época, que se haviam deixado seduzir pelo Código de Napoleão, consignaria a doutrina contrária, desprezando, assim, a tradição jurídica portuguesa” [*Formação Histórica do Moderno Direito Privado Português e Brasileiro* in *Obras Esparsas II – Estudos de História do Direito – Direito Moderno (1ª parte)*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1981, pp. 67-68]. A respeito, cf. ainda cf. AUTOR, 2006, pp. 196-ss.

6. E diante de tais exemplos, surgem algumas indagações que devem ser respondidas pelo Direito Constitucional brasileiro de 2018:

a) Quais acabam por ser as perspectivas de sobrevivência do pluralismo jurídico no Brasil atual? O simples “pluralismo político” previsto no artigo 1º, V da Constituição Federal de 1988 está assentado em termos mais ou menos definitivos (ou ainda corre alguma espécie de risco)?

b) O que o Direito Constitucional Brasileiro do século XXI pretende viabilizar? A assunção consciente de um compromisso com um “pluralismo federado possível” (entre o “constitucionalismo multicultural” e “constitucionalismo pluricultural”) ou um vôo mais alto em direção a um “pluralismo confederado desejável” (“constitucionalismo plurinacional”)? O Direito Constitucional Brasileiro do século XXI estaria disposto a romper com a própria necessidade “moderna” – e talvez não “contemporânea” – de um modelo jurídico sistemático?

c) Os juristas brasileiros do começo do século XXI conseguem entrever os riscos oferecidos por novos modelos hermenêuticos (v. g. o tão peculiar “transconstitucionalismo”)? Os avanços pontuais alcançados por meio do emprego de tais ferramentas inovadoras compensam, satisfatoriamente, a eventual crise de legitimidade derivada de revoluções implementadas à distância (no silêncio dos gabinetes dos magistrados)?

d) Que espécie de pluralismo o Direito Constitucional Brasileiro do século XXI pretende viabilizar? O pluralismo meramente nominal das audiências públicas (em uma espécie de “legitimação pelo procedimento” à moda de Niklas Luhmann)? Ou a efetiva participação popular (plural) na construção da interpretação constitucional (à moda da soberania dos vereditos típica do Tribunal do Júri)²¹?

Ora, assim como J. CAGE parece chamar nossa atenção para a participação da plateia na construção de sua obra 4’33” – motivo pelo qual o epíteto “quatro minutos e meio de silêncio” nos parece inteiramente inapropriado –, consideramos que uma autêntica “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” não se coaduna com uma

²¹ Atente-se para o fato de que durante as duas primeiras fases da evolução histórica do direito processual romano [sistema das “legis actiones” e do processo “per formulas” (e que compuseram a “ordo iudiciorum privatorum”)], conquanto toda a preparação da solução do caso coubesse ao “pretor”, a decisão afinal teria de ser proferida pelo “iudex privatus” – exatamente em virtude da legitimidade popular que deveria lastrear a condenação. A respeito, exemplificativamente, cf. J. R. CRUZ E TUCCI – L. C. de AZEVEDO, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 43-44.

participação popular meramente “coadjuvante” – em um pluralismo estritamente nominal (e quiçá verdadeiramente “de ocasião”)²².

²² Em trabalho que se tornou célebre, P. HÄBERLE sustenta que a interpretação da constituição não é um processo que se deva conduzir exclusivamente à custa do esforço dos intérpretes jurídicos do texto constitucional, senão mediante uma construção de sentido da qual fazem parte – de modo ativo – os destinatários dos preceitos constitucionais, em uma hermenêutica diuturna e quotidiana: “propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado e fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la (...) toda atualização da Constituição, por meio da atuação de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, uma interpretação constitucional antecipada. Originariamente, indica-se como interpretação apenas a atividade que, de forma consciente e intencional, dirige-se à compreensão e à explicitação de sentido de uma norma (de um texto). A utilização de um conceito de interpretação delimitado também faz sentido: a pergunta sobre o método, por exemplo, apenas se pode fazer quando se tem uma interpretação intencional ou consciente. Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas da interpretação (*Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*). Subsiste sempre a responsabilidade da jurisdição constitucional, que fornece, em geral, a última palavra sobre a interpretação (com a ressalva da força normatizadora do voto minoritário). Se se quiser, tem-se aqui uma democratização da interpretação constitucional. Isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (*Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, trad. port. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, pp. 13-15).

Percebe-se na obra de P. HÄBERLE a preocupação com a democratização do esforço de interpretação constitucional, conduzindo os destinatários dos preceitos constitucionais da tradicional categoria de meros espectadores do fenômeno hermenêutico a um novo patamar: o de co-participantes do processo interpretativo – com o fito de que tal esforço venha a ser informado por valores democráticos e esteja comprometido com uma pretensão confessadamente “pluralista”.

Em sua obra 4’33” qual é o papel que seu autor atribui ao público (às vezes mais barulhento, às vezes mais ordeiro e silencioso)? O de simples espectador de uma obra já pronta?

Ora, assim como – no âmbito da literatura – A. GIDE esperava dos leitores de suas “Paludes” a revelação de sua obra; assim como S. LEONE utiliza – na cinematografia (em seu filme “Três Homens em Conflito”) – cerca de quatro minutos e meio de silêncio (na emblemática cena do embate entre as personagens de Lee Van Cleef, Eli Wallach e Clint Eastwood) para fazer com que o próprio espectador venha a ser absorvido pela tensão subjacente ao conflito; assim como BANKSY fez com que a reação do público ao se deparar com a representação paleolítica de um homem pré-histórico [a conduzir um carrinho de supermercado (instalada no Museu Britânico)] fizesse parte da própria obra (como um seu natural desdobramento); da mesma forma, a nosso ver, J. CAGE provoca o próprio público a participar da construção de sua 4’33” – tornando cada representação uma obra única, derivada da “colaboração” entre os “intérpretes-executantes explícitos” e o público que – talvez inconscientemente – acaba participando do próprio espetáculo.

Em um cenário constitucional onde são proclamados objetivos fundamentais que acabam por conduzir, de modo claro, à construção de uma sociedade “pluralista” (artigo 3º da Constituição de 1988), pergunta-se: poderíamos retroceder (no sentido de conferir ao Supremo Tribunal Federal um “monopólio” que lhe parece ter sido negado)? A pretensão pluralista de participação popular estaria atendida por meio da simples realização e audiências públicas, com o monopólio da última palavra por parte do Supremo Tribunal Federal?

Tais questões, mais do que importantes, nos parecem verdadeiramente prementes: pois embora a Corte ainda conte com o inquestionável “protagonismo” no cenário da interpretação constitucional, a fase do “monólogo” já foi substituída pelo resgate de um “coro” que clama por ser ouvido – em nome do compromisso que o legislador constituinte assumiu com a noção de pluralismo (e que deve ser protegido por quem foi incumbido da “guarda” da Constituição).