XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II

ANDRINE OLIVEIRA NUNES

FERNANDO DE BRITO ALVES

RUBENS BEÇAK

Copyright © 2023 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

T314
Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Andrine Oliveira Nunes; Fernando De Brito Alves; Rubens Beçak. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-830-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria do Direito 3. Teoria da Justiça e Filosofia do Estado. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34

CONPEDI

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

XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II

Apresentação

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II

GT "TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II"

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO II, durante o XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA – (CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado no período de 12 a 14 de outubro de 2023.

O Congresso teve como base a temática "Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración" e os trabalhos expostos são decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, tendo sido apresentados neste Grupo de Trabalho (GT) 12 (doze) artigos vinculados à temática sobre: Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado, os quais guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira e de modo efetivo as conjecturas e as refutações dos debates no momento das discussões e análises coletivas, tornando-as muito profícuas e exitosas para o engrandecimento da ciência jurídica e da comunidade acadêmica, exatamente por ter contado com a participação de vários autores dos trabalhos em comento, os quais abordaram diversas temáticas afetas ao GT, cujos títulos dos artigos, autores e síntese de seu conteúdo dispomos a seguir.

1. A ANÁLISE CRÍTICA DE AMARTYA SEN SOBRE A TEORIA DE JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS – Autoria: Thécio Antônio Silveira Braga. O trabalho analisa as críticas de Amartya Sen à teoria de justiça como equidade de John Rawls, tendo sido estruturado para primeiro aclarar a escola dos dois autores e depois analisar as falhas apontadas por Amartya Sen, sobretudo, em relação à centralidade da teoria de John Rawls no que tange a garantia de bens primários como medida de equidade, já que a concessão de determinados bens primários pode não resultar em uma sociedade mais justa, em face da diversidade de necessidades mínimas para cada indivíduo; além da impossibilidade desta escola de oferecer respostas para os casos difíceis. Ademais, explora a resposta de John Rawls às críticas de Amartya Sen. A conclusão é que tanto a concepção de justiça de ambos

os autores têm o mesmo ponto de partida, qual seja, a liberdade e que nenhuma delas oferecem argumentos suficientes para neutralizar o objeto e abordagem da outra.

2. A BAIXA REPRESENTATIVIDADE DO GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO NO ARRANJO INSTITUCIONAL DA REGIÃO METROPOLITANA DA BAIXADA SANTISTA E SEUS IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO INTEGRADO – Autoria: Maria Fernanda Leal Maymone, Angela Limongi Alvarenga Alves, Alcindo Fernandes Gonçalves. O trabalho abordou a discussão sobre questões urbanas e metropolitanas com um olhar na governança e no desenvolvimento integrado, em especial na Baixada Santista, uma vez que a participação democrática dos atores locais é fundamental para abordar a urbanidade e o meio ambiente. No entanto, algumas atuações, exíguas e pontuais do Governo Federal, nas questões relacionadas ao federalismo, com enfoque na Baixada Santista, trouxe o seguinte questionamento: quais impactos possíveis a ausência do Governo Federal pode causar na agenda de governança para a Região Metropolitana da Baixada Santista? Assim, fora analisado o modelo de federalismo de cooperação e o pacto federativo nos processos de desenvolvimento e governança da Região Metropolitana da Baixada Santista, seus arranjos institucionais e sua efetividade na promoção da cooperação intermunicipal e enfretamento das questões metropolitanas, com a conclusão de que na Região Metropolitana da Baixada Santista a falta de articulação entre governança e federalismo causam impactos negativos para o desenvolvimento integrado da Região.

3. OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS – Autoria: Marcelo Nunes Apolinário, Ândreo da Silva Almeida. O trabalho analisou as teorias do diálogo institucional que versam sobre o método judicial, elaboradas por Christine Bateup, e sua efetiva utilização pela jurisdição constitucional brasileira para resolver os conflitos envolvendo a concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e, a habilitação para reduzir o déficit democrático do Judiciário nesse tipo de atuação. Verificou-se que o Supremo Tribunal Federal utiliza as teorias dos diálogos institucionais na concretização dos direitos sociais como forma de equilibrar os valores do constitucionalismo com a democracia, com recorte temporal de 2008 a 2020, para ao final concluir que as teorias do diálogo quanto ao método judicial podem contribuir consideravelmente para que a Jurisdição Constitucional alcance patamares satisfatórios de concretização de direitos sociais nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão.

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA ERA DA TECNOLOGIA – Autoria: Noirma Murad. O trabalho analisou que a globalização se dá não apenas quanto ao capital e

mercadorias, mas também em relação às inovações do mundo digital, às novas formas de comunicação e aos novos atores no setor político que se utilizam da nova tecnologia, analisando-as sob o aspecto da mineração de dados e da rapidez com que as notícias falsas se espalham. Os institutos, como a lawfare, se apresentam com uma nova forma de dominação política e econômica, detendo meios de interferência em eleições democráticas, bem como nas formas de organização das guerras que se dão no espaço virtual e digital, de dados, junto ou separadamente aos meios tradicionais, trazendo um novo tipo de colonialismo: o colonialismo de dados como forma de dominação política. Essas guerras pelo poder, com a inclusão dos meios digitais, da rapidez, do direito como arma de guerra, foram denominadas "guerras híbridas", violando não apenas os direitos fundamentais, mas colocando em risco a própria existência do Estado Democrático de Direito, uma vez que há a manipulação das condutas sociais para fins políticos. Daí a necessidade do Direito regular essas novas formas de comunicação e dominação, preservando os direitos fundamentais e o próprio Estado Democrático de Direito.

5. ACESSO A JUSTIÇA E ATIVISMO JUDICIAL SOB A PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA – Autoria: Greice Kelly Lourenco Porfirio De Oliveira, André Luiz de Oliveira Brum. O trabalho analisou, por meio do confronto com opiniões doutrinárias, a concretude do direito fundamental constitucional do acesso à justiça, tendo inicialmente traçado um estudo conceitual sobre o direito fundamental constitucional de acesso à justiça, analisando a expansão do conceito ao longo dos tempos, principalmente em relação à evolução legislativa em âmbito nacional. Assim, a atuação do Poder Judiciário, muitas vezes é confundida como justificativa para concessão de decisões sem critério, fundadas na racionalidade e discricionariedade a partir da vivência, costumes dos julgadores. A partir de tal ponto, observando questões de julgamentos nacionais, foi estabelecido uma diferenciação de judicialização da política e ativismo judicial, inclusive sob a perspectiva de diferentes autores. Assim, resta evidente e imprescindível reforçar a relevância da hermenêutica jurídica, principalmente para resguardar os direitos fundamentais e os termos constitucionais, visando inibir a arbitrariedade prevista no ativismo judicial.

6. COSTUMES CONSTITUCIONAIS E PLURALISMO JURÍDICO – Autoria: Rafael Lazzarotto Simioni, Régis Gustavo Fernandes dos Santos. O trabalho discute a possibilidade do reconhecimento de "costumes constitucionais" como fontes subsidiárias de direito constitucional, com a análise das consequências jurídicas decorrentes dessa hipótese: controle de constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais baseados em costumes constitucionais, distinções entre costumes secundum, praeter e contra legem, bem como a relação entre costumes e mutação constitucional e as diferenciações necessárias entre costumes constitucionais e pluralismo jurídico. Como resultado, concluiu que não só é

possível, mas, sobretudo, imprescindível o reconhecimento da existência de costumes constitucionais na ordem jurídica brasileira, como forma de valorização do pluralismo jurídico e das práticas políticas que ajudam no processo de complementação da construção de sentido do direito constitucional brasileiro.

7. TOTALITARISMO NO SÉC. XXI? NOTAS SOBRE O REGIME DA COREIA DO NORTE E O TOTALITARISMO – Autoria: Giovani da Silva Corralo, Luiz Fernando Lourenço Guimarães. O trabalho tem por foco a análise da Coreia do Norte e a sua conformação enquanto Estado totalitário. Trata-se de um dos países com o regime político mais fechado do mundo. Para tanto, perscrutam-se importantes reflexões sobre as formas autocráticas de governo no decorrer do tempo, de Platão a Hannah Harendt, sendo as categorias identificadoras do totalitarismo de Hannah Arendt as utilizadas como principal referência teórica. Daí a conclusão fora no sentido de que a presença massiva dos elementos caracterizadores do totalitarismo, adotando a classificação de Hannah Arendt, permitem considerar a Coreia do Norte como um Estado totalitário, cuja inexistência de uma grande população, não obstante a considerável densidade populacional e a não pretensão universalista, não elidem a força e a intensidade dos demais elementos caracterizadores do totalitarismo.

8. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E LAWFARE: DIFERENCIAÇÕES CONCEITUAIS – Autoria: Robson Luis Zorzanello, Mateus Renan Jacobs, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. O trabalho estabelece conceituações e diferenciações entre a judicialização da política e o ativismo judicial, entendidos como desdobramentos do protagonismo judicial, incluindo o debate do lawfare. A judicialização da política é vista como decorrência do regime de jurisdição vigente, pois com a promulgação da atual Constituição os direitos fundamentais foram expandidos e foi instituído um complexo sistema de controle de constitucionalidade, que conferiu ao Judiciário competências ampliadas, as quais acabam por ser interpretadas, por vezes, como invasão nas atribuições dos Poderes Legislativo ou Executivo. O ativismo judicial, por seu turno, ocorre no terreno da judicialização, mas com ela não se confunde. De matriz pós-positivista, o ativismo designa a atuação de magistrados que, pretensamente imbuídos da tarefa de concretizar direitos fundamentais, contornam o processo legislativo moroso, inativo ou conservador para fazer valer interpretações voluntaristas, extrapolando os limites constitucionais e legais. Já o lawfare consiste no uso estratégico do direito com fins políticos, econômicos ou comerciais, para prejudicar ou aniquilar um inimigo. Pode ser permeado pelo ativismo judicial, mas dele se diferencia, dentre outros aspectos, pelas finalidades que o motivam e pela estrategização que tem como característica. Assim, infere-se que o ativismo judicial e o lawfare são causa de desestabilização do Estado Democrático de Direito.

9. LIBERDADE JURÍDICA E NEGAÇÃO DETERMINADA – Autoria: Vinícius Gomes Casalino. O trabalho aborda o tema da liberdade jurídica e os elementos que constituem o núcleo específico de seu significado normativo. Tem como objetivo problematizar os limites conceituais deste direito fundamental com vistas a uma compreensão mais adequada de sua eficácia jurídica e social. Para tanto, procura, na formulação clássica, sobretudo aquela desenvolva pelo idealismo e dialética alemães, os pontos fundamentais a partir dos quais se pode estabelecer seus limites e abrangência imanentes. Os resultados sugerem que a liberdade jurídica, pensada à luz de sua negação determinada, é conceito que se limita a si próprio, dispensando, para tanto, a colisão com outros direitos fundamentais, como sempre sustentou a teoria tradicional. As conclusões indicam que a limitação das liberdades clássicas, como a liberdade de expressão, longe de ser uma restrição a um direito fundamental, constitui, na verdade, sua condição de existência e efetividade plenas. A compreensão da liberdade como direito que se autolimita e, ao fazê-lo, preserva-se, é fundamental para a defesa e sustentação do Estado Democrático de Direito neste primeiro quarto do século XXI.

10. O IMPACTO POLÍTICO E ECONÔMICO SOBRE A FORMA JURÍDICA NEOLIBERALISMO: BASE IDEOLOGICA DA RETRAÇÃO DE DIREITOS NA REFORMA PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA DE 2019 – Autoria: Celeste Maria Gama Melão, Julia Piccoli Silva. O trabalho realiza estudo jusfilosofico com enfase no impacto sobre a forma juridica dos direitos sociais imposto pelo contexto econômico e político e visa demonstrar de que maneira a forma jurídica esta relacionada à forma social. Tem como eixo a contraposição entre as interpretações filosóficas características das teorias idealista e materialista historico dialetica, respectivamente, acerca da forma jurídica. O núcleo central do estudo consiste na investigação acerca das transformações econômicas, sobretudo, acerca da sua relação para com as modificações ocorridas na esfera jurídica. Com fins epistemológicos, apresenta um recorte temático, tanto em termos geográficos quanto em termos de temporalidade, focado na análise da Reforma Previdenciária Brasileira de 2019, de modo a relaciona-la com as políticas econômicas liberais e neoliberais administradas à época, para identificar os moldes ideológicos que incidem diretamente sobre o Direito e sua forma jurídica a ponto de fazê-lo ir na contramão da Justiça Social.

11. CRÍTICAS ÀS TEORIAS ESTRUTURAIS DE VINCULAÇÃO À ATIVIDADE LEGISLATIVA EM CARLOS BERNAL PULIDO – Autoria: Gustavo Silva Calçado. O trabalho aborda a complexa atividade legislativa no que tange a criação de novas regras que comporão o sistema normativo. Não se trata da análise procedimental ou um estudo de qualquer critério formalista. A ideia é contribuir com reflexões a respeito os limites à prática legiferante. Embora o campo político seja naturalmente uma arena criativa, na qual se discute

ideologias, não se pode ter em mente que se trata de um espaço sem constrangimentos. Neste sentido, qual seja, identificar a existência de instrumentos limitadores à criatividade parlamentar, este artigo busca apresentar e descrever o estudo desenvolvido pelo professor espanhol Carlos Bernal Pulido, publicado em sua obra El Principio de Proporcionalidad y los derechos Fundamentales, cuja construção teórica mostra-se alicerçada principalmente em Alexy e Habermas, na tentativa de demonstrar porque a aplicação do princípio da proporcionalidade oferece maiores garantias de racionalidade. O autor espanhol estrutura seu estudo a partir da falibilidade das Teorias Essencialistas e da Teoria Interna ou de Conteúdo Reduzido da norma jurídica tendo os direitos Fundamentais como elemento de equilíbrio. Portanto, o leitor terá a oportunidade de conhecer um pouco do estudo desenvolvido pelo professor Carlos Pulido, sem a pretensão de conhecê-la em sua inteireza visto sua profundidade teórica, em que pese seus ensinamentos fornecerem importantes referências para o desenvolvimento prático do tema no âmbito das casas legislativas.

12. A AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DO DIREITO À NACIONALIDADE COMO PROBLEMA DE JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: UM ESTUDO DE CASO SOBRE OS TRABALHADORES MIGRANTES DOS ESTADOS DO CONSELHO DE COOPERAÇÃO DO GOLFO – Autoria: André Augusto Cella. O trabalho trata da ausência do reconhecimento do direito de nacionalidade aos trabalhadores migrantes residentes nos Estados membros do Conselho de Cooperação do Golfo (CCG) como um problema de justiça distributiva, na medida em que se verifica, empiricamente, que uma maioria da população de 6 países situados no Golfo Pérsico, com elevada renda 'per capita', vive numa situação de permanente exclusão de pertencimento político e acesso a bens sociais primários. Ao tratar o tema como uma luta por reconhecimento, numa abordagem dedutiva, ele visa, por meio de um estudo de caso, analisar a possibilidade de estabelecimento de padrões mínimos de Direito Internacional a serem observados pelos Estados a respeito do reconhecimento do direito à nacionalidade, a partir da análise de evidências empíricas em situações semelhantes e à luz de concepções liberais de justiça. Assim, tenta-se responder à indagação que é o problema central da pesquisa: poderia o Direito Internacional incidir na temática aqui proposta, estabelecendo padrões mínimos e eventuais sanções em caso de descumprimento? As conclusões obtidas apontam para a existência de abuso do poder de regulação do direito de nacionalidade nos Estados do CCG, de uma luta por reconhecimento que só não aparece às claras por conta dos regimes antidemocráticos que operam na região e pela possibilidade, no plano do Direito Internacional, de imposição de mudanças que beneficiem esses migrantes, sob pena de sanções, mesmo numa perspectiva de teorias liberais de justiça.

Certos de que esta publicação soma, e muito, ao conhecimento acadêmico teórico-prático, gerando valores e fornecendo importantes instrumentos para que pesquisadores e aplicadores

do Direito acresçam às suas compreensões relativas, constantes e necessárias das Teorias do Direito, Teorias da Justiça e da Filosofia do Estado, os organizadores deste grupo de trabalho prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

14 de outubro de 2023.

Coordenadores:

Profª. Drª Andrine Oliveira Nunes – Centro Universitário Estácio do Ceará

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – Universidade Estadual do Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak – Universidade de São Paulo

COSTUMES CONSTITUCIONAIS E PLURALISMO JURÍDICO

CONSTITUTIONAL CUSTOMS AND LEGAL PLURALISM

Rafael Lazzarotto Simioni [1]
Régis Gustavo Fernandes dos Santos [2]

Resumo

Este artigo discute a possibilidade do reconhecimento de "costumes constitucionais" como fontes subsidiárias de direito constitucional, com a análise das consequências jurídicas decorrentes dessa hipótese: controle de constitucionalidade de atos normativos infraconstitucionais baseados em costumes constitucionais, distinções entre costumes secundum, praeter e contra legem, bem como a relação entre costumes e mutação constitucional e as diferenciações necessárias entre costumes constitucionais e pluralismo jurídico. Para tanto, utilizou-se a metodologia analítica, em especial a análise das formações discursivas da doutrina e dos precedentes sobre as lacunas no direito constitucional brasileiro, bem como a técnica de revisão bibliográfica exploratória, em especial a literatura do direito constitucional brasileiro. Como resultado, o artigo conclui que não só é possível, mas sobretudo, imprescindível o reconhecimento da existência de costumes constitucionais na ordem jurídica brasileira, como forma de valorização do pluralismo jurídico e das práticas políticas que ajudam no processo de complementação da construção de sentido do direito constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Costumes constitucionais, Mutação constitucional, Pluralismo jurídico, Fontes do direito constitucional, Controle de constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the possibility of "constitutional customs" recognition as subsidiary sources of constitutional law, with the analysis of the legal consequences arising from this hypothesis: constitutional control of infraconstitutional normative acts based on constitutional customs, distinctions between secundum, praeter and contra legem customs, as well as the relation between constitutional customs and mutations and the necessary differentiations between constitutional customs and legal pluralism. For this purpose, the methodology used was analytical, especially by the analysis of the discursive formations of the doctrine and the precedents on the gaps in Brazilian constitutional law, as well as the technique of exploratory bibliographical review, in particular the literature of Brazilian

---

[1] Pós-Doutor em Teria e Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Público pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, graduado em Direito pela UCS.

[2] Mestrando em Direito Constitucional pela FDSM Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Filosofia pela USCS, graduado em Direito pela USF.

constitutional law. As a result, the article concludes that the existence of constitutional customs recognition in the Brazilian legal system it´s not only possible, but indispensable, as a means of preserving legal pluralism and political practices that helps in the process of complementing the construction of Brazilian constitutional law meaning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional customs, Constitutional mutation, Legal pluralism, Sources of constitutional law, Constitutionality control

Introdução

Este artigo objetiva discutir a possibilidade de reconhecimento de "costumes de direito público", em especial os "costumes constitucionais", como fontes subsidiárias ou complementares do direito constitucional em nosso ordenamento jurídico atual. Isso porque, embora no campo do direito privado os costumes sejam pacificamente valorados como fontes formais não estatais, em razão da própria referência expressa do Código Civil aos "usos e costumes" para a interpretação de negócios, atos e fatos jurídicos em diversos artigos, no campo do direito público, por outro lado, a questão é de reserva legal simples ou qualificada, o que torna, no mínimo, problemática, a possibilidade de se reconhecer costumes como fontes de direito importantes no processo de construção de sentido do direito.

Todavia, a prática constitucional brasileira convive com diversas condutas costumeiras no âmbito do direito público, especialmente no campo da organização do poder. Observa-se o padrão federal da substituição do Presidente da República pelo Vice-Presidente em casos de impedimento por breves períodos: não se trata de uma conduta expressamente regulada pela Constituição, mas uma prática costumeira de natureza constitucional. Repare-se também na possibilidade ou não do Presidente da República quebrar os compromissos internacionais assumidos em tratados internacionais por meio de denúncia do tratado, sem autorização do Congresso Nacional: não há previsão constitucional dessa possibilidade. No entanto, desde 1926 há um costume constitucional de assim proceder como preenchimento do espaço vazio da normatividade constitucional.

Se sairmos da dimensão federal e observamos, na federação, os costumes que aparecem nas práticas estaduais, distritais e municipais, poderemos perceber a importância de a questão dos costumes constitucionais serem ou não objeto de reconhecimento e valoração em uma ordem jurídica concreta como a brasileira. Afinal, note-se o costume de repetir os preceitos fundamentais da Constituição Federal nas constituições estaduais e nas leis orgânicas dos municípios. Não há nenhuma obrigatoriedade expressa de se fazer isso, mas há um costume de se fazer desse modo, cujos resultados práticos são, por exemplo, dentre outros, a possibilidade de se pensar em competências concorrentes entre os tribunais estaduais e o Supremo Tribunal Federal para declarar a constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em desacordo com norma da constituição estadual que reproduz norma da Constituição Federal. Os exemplos poderiam ser multiplicados.

Existem muitas condutas de direito público que extrapolam os limites jurídicos da reserva legal, sem, contudo, infligir na comunidade jurídica qualquer sentimento de ilegalidade, arbítrio, dano ou ilegitimidade. Estamos diante de "costumes constitucionais" ou simplesmente novas formas de desuso ou ineficácia das leis? E se admitirmos que se trata de costumes, seriam esses costumes admitidos ou não conforme eles sejam *secundum legem*, *praeter legem* ou *contra legem*, nos termos da teoria clássica dos costumes? E o pluralismo jurídico, que de modo possivelmente perplexo, não possui o respaldo constitucional explícito que grande parte da doutrina e jurisprudência pressupõe possuir, poderia ser concebido, então, como uma importante forma de "costume constitucional" fundamental?

No que segue, tentaremos responder a essas indagações, tendo como pano de fundo a questão central deste artigo, que é a problemática da possibilidade de se entender a própria existência e o reconhecimento da legitimidade de costumes constitucionais como possíveis fontes do direito constitucional, senão formais não estatais, como no direito privado, pelo menos como fontes materiais.

Nessa perspectiva, este artigo estabelece: a) uma relação entre costumes e a teoria das fontes do direito constitucional; b) entender os costumes constitucionais como possíveis vetores da mutação constitucional. Em um segundo momento, pretende-se c) analisar a relação entre os costumes constitucionais e teoria tradicional dos costumes na LINDB; e d) a distinção necessária entre costumes e pluralismo jurídico.

Para tanto, a metodologia empregada foi a analítica, com técnica de revisão bibliográfica exploratória. A leitura do problema será realizada em uma perspectiva dogmática, de modo a estabelecermos diálogos e discussões normativistas, conectados aos problemas funcionais da prática forense brasileira. Entendemos ser importante, para uma adequada colocação e compreensão do problema, traçar as distinções entre costumes em geral, costumes no direito privado e costumes no direito público, em especial "costumes constitucionais". Essas distinções permitiram também diferenciar os costumes do desuso ou da perda da eficácia das leis, bem como da diferença que julgamos altamente relevante entre costumes e práticas juridicamente plurais.

Esperamos poder contribuir com reflexões teóricas e conceituais que possam ajudar na estruturação da problemática dos costumes constitucionais, sinalizando suas especificidades, diferenças e relevância prática. Espremidos entre práticas políticas costumeiras, tanto de direito interno quanto de direito internacional, de um lado, e exigência normativa de reserva legal

simples ou qualificada para a atuação administrativa, muitas vezes a sociedade se depara com condutas baseadas em práticas políticas absolutamente costumeiras que, no entanto, podem ter sua validade legitimamente reconhecida como uma modalidade de fonte de direito constitucional que chamaremos, neste artigo, de "costumes constitucionais".

1 Fontes do direito constitucional e costumes

A Constituição Federal de 1988 possui fontes primárias escritas e é resultado da inclusão em um documento solene e escrito, aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte, de um conjunto de disposições normativas, sendo assim denominada como fonte formal primária originária do Direito Constitucional. Entretanto, nem sempre foi assim.

Na antiguidade clássica e Idade Média o fundamento originário do direito estava inscrito tanto na noção do mundo grego de "perfeição da natureza", quanto na cultura política da correlação entre *autoritas* e *potestas* dos reinos e impérios medievais. Somente na modernidade, especialmente após Hobbes e Locke, a cultura da constituição ocupará um espaço importante de mediação das tensões políticas entre rei e lei, entre governo e legislativo.

A substituição do governo dos homens pelo governo da lei operada pelas revoluções francesa e americana produziram profundas transformações naquele modelo de Estado Moderno típico de monarquias absolutistas. O império da lei se tornou o paradigma político dominante e os países que não se tornaram repúblicas federativas mantiveram seus reinos ou impérios somente mediante a condição de obediência vinculada à constituição. A soberania não é mais do rei ou do imperador, mas do povo, cujos representantes, corporificados pelas assembleias, são os únicos soberanos do Estado. Assim também a magistratura e o corpo administrativo do governo deixaram de ser do rei ou do imperador para se tornarem órgãos do Estado.

No espaço político antes ocupado pela "corte", a Assembleia Constituinte Originária tornou-se o poder fundante dos Estados. Ela não apenas define a estrutura política do Estado por meio de uma constituição em parte rígida e em parte flexível, mas sobretudo define o processo de mudança e adaptação dessa estrutura para as futuras gerações, separando, por meio de regras mais flexíveis de mudança, a parte mutável da Constituição, da parte pétrea dos assim chamados direitos fundamentais e princípios sensíveis da Constituição, que só podem ser transformados por meio de uma ruptura constitucional, uma nova Constituição. O próprio poder

constituinte originário, portanto, autoriza a adaptação da Constituição por meio de um poder de reforma que, dentro dos limites materiais e formais previamente definidos por ele, pode ser exercido por meio de Emendas à Constituição.

Todavia há costumes constitucionais. Há práticas políticas reiteradas de modo generalizado e aceito por convenção, historicamente inquestionadas e tão enraizadas em nossa prática constitucional que podemos, se nos permitirem tomar emprestada esta expressão da teoria do direito do século XIX, chamar de costumes: costumes constitucionais. Costumes de direito público.

No campo do direito privado não há nenhuma dúvida entre os juristas da existência de costumes que, uma vez consistentes em práticas reiteradas e generalizadas por toda a sociedade brasileira, sem divergência, dissenso ou oposição, são reconhecidas inclusive como fontes de direito. É o caso do cheque pré-datado, que não é apenas tolerado como um costume *praeter legem*, mas que se tornou uma prática jurídica tão comum e esperável que a apresentação do cheque para desconto antes da data pré-datada passou a ser reconhecida como um dano passível de indenização. O Código Civil possui inúmeras referências normativas aos usos e costumes do lugar no qual foi realizado o negócio, o ato ou o fato jurídico. E a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 4º, autoriza expressamente a invocação de costumes, após a analogia, para o caso de lacuna no direito. Os costumes, portanto, ao menos no campo do direito privado, são consensualmente reconhecidos como fontes formais – porque formalmente reconhecidos pelo direito positivo do Estado – não estatais – porque eles são criados e cultivados na prática das relações sociais e não das estruturas políticas oficiais do Estado – de direito. Mas se no direito privado os usos e costumes são admitidos como fontes formais não estatais de direito, podemos falar também de "costumes de direito público" e, em especial, no direito constitucional, de "costumes constitucionais"?

Essa pergunta se torna importante porque, enquanto no direito privado se aceita a proposição kelseniana de que o que não está expressamente proibido considera-se permitido, no direito público existe o princípio da legalidade dos atos administrativos que apresentam, para o reconhecimento de sua legitimidade, a existência de reserva legal. Claro que essa reserva legal pode ser qualificada, com exigências densamente detalhadas, mas também pode ser uma reserva legal simples, genérica, indeterminada, com baixo grau de densidade, existindo diversos casos de margens bastante abrangentes de discricionariedade na execução das normas de direito público. Só que, seja em situações de reserva legal qualificada, seja em reserva legal simples, o direito público é um sistema que trabalha com base na legalidade e que, desse modo, parece

não deixar tanta margem para a possibilidade do reconhecimento de costumes de direito público e, em especial, de costumes constitucionais.

Não há dúvidas e inexistem divergências entre os juristas brasileiros de que nossa constituição escrita admite como fontes de direito constitucional as emendas constitucionais oriundas do exercício do poder de reforma e de revisão, os tratados e convenções internacionais aprovados pela Congresso Nacional, além dos precedentes vinculantes e obrigatórios do Supremo Tribunal Federal, que também são fontes formais complementares do direito constitucional. A doutrina jurídica, embora não seja fonte formal, contribui para a sistematização dos conceitos e institutos jurídicos do direito constitucional. Ela também possui uma força, embora não de vinculação, de convicção a respeito da intepretação das normas constitucionais. Agora, costumes são outra coisa. Costumes são práticas reiteradas à margem da legalidade. Não necessariamente contrária à legalidade, porque também existem costumes *secundum legem* e *praeter legem*. Mas, no campo do direito público, em que vigora a exigência constitucional da reserva legal para legitimar uma prática política constitucional, a existência de "costumes de direito público" se torna, no mínimo, uma questão interessantemente problemática.

2 Costumes constitucionais e mutação constitucional

Ferraz Junior leciona que o costume contém em sua estrutura um elemento substancial e um elemento racional, quais sejam, o uso reiterado no tempo e "o processo de institucionalização que explica a formação da convicção da obrigatoriedade e que se explicita em procedimento, rituais ou silêncios presumidamente aprovadores" (FERRAZ JR, 2015, p.199), respectivamente, sobre os quais se fundam a validade e a eficácia da regra consuetudinária.

Importante reparar também que o costume não é apenas uma prática reiterada de modo generalizado por toda a sociedade ou comunidade local onde ela acontece, como uma prática, como podemos dizer, "tolerada" pela sociedade ou comunidade local, mas é sobretudo uma prática baseada em expectativas normativas de que ela continue acontecendo daquele modo. Para tornar-se costume jurídico, a prática social precisa criar expectativas normativas, precisa, em outras palavras, apresentar-se como a conduta normalmente esperada pela comunidade que a compartilha.

Em outras palavras, o costume jurídico não se define apenas por uma prática reiterada de modo generalizado, mas sobretudo por uma prática que corresponde a comportamentos esperados como devidos que, paradoxalmente, não possuem nenhum respaldo legal e, no nosso caso, constitucional. Em um sistema de constituição escrita, o reconhecimento de um costume constitucional se torna algo profundamente problemático, especialmente porque, ao menos na tradição publicista, não podemos esperar normativamente um comportamento jurídico absolutamente marginal ao campo normativo da reserva legal.

Importante lembrar também, para polemizar ainda mais nossa problemática, o fato do direito internacional ser um direito marcadamente consuetudinário, cujas proposições normativas vêm de experiências políticas complexas, multilaterais e muitas vezes enraizadas em costumes, negar-se simplesmente a possibilidade de os costumes serem fontes de direito constitucional não nos parece uma alternativa viável. O fechamento da porta constitucional aos costumes poderia acarretar sérios perigos de insensibilidade da ordem jurídica nacional a princípios e práticas de direito internacional que só existem na forma sutil de costumes nas relações internacionais.

Se a Constituição Federal, em uma leitura pós-positivista, pós-legalista, não deve mais ser vista como um texto hermético, mas, ao contrário, como ensina Hesse, um ordenamento aberto.

> "Essa abertura é sempre limitada. Porém, na medida em que seja suficiente, concede – o que dá sobretudo um sentido e conteúdo essenciais ao ordenamento democrático – margem de atuação necessária a um processo político livre, tratando de garanti-lo. Por isso, a Constituição possibilita concepções e objetivos políticos diferentes, bem como sua persecução. Permite, também, levar em consideração mudanças técnicas, econômicas e sociais, adaptar-se à evolução histórica, assegurando-se, com isso, um requisito fundamental de sua própria existência e eficácia." (HESSE, Konrad. 2009, p.9)

Ou ainda, com Häberle, um projeto político e jurídico aberto à interpretação de toda nação, podemos começar a pensar em privilegiar a possibilidade do reconhecimento de costumes constitucionais.

> "A Ciência do Direito Constitucional, as Ciências da realidade, os cidadãos e os grupos em geral não dispõem de uma legitimação democrática para a interpretação da Constituição em sentido estrito. Todavia, a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais (legitimação mediante eleições), até o último intérprete formalmente "competente", a

> Corte Constitucional. Numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais (Grundrechtsverwirklichung), tema muitas vezes referido sob a epígrafe do "aspecto democrático" dos Direitos Fundamentais. Democracia desenvolve-se mediante a controvérsia sobre alternativas, sobre possibilidades e sobre necessidades da realidade e também o "concerto" científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente." (HÄBERLE, 2002, pag. 36-37)

Não como fontes primárias, obviamente, mas como uma fonte complementar, subsidiária, reconhecível justamente nos espaços políticos de reconhecimento dos direitos fundamentais, que existem entre as normas escritas do texto constitucional.

Assim, em se tratando de costumes *secundum legem*, que não contrariam as normas da constituição, bem como de costumes *praeter legem*, que também não contrariam as normas, mas inovam a regulação material e formal das normas constitucionais, complementando-as como costumes integrativos das proposições escritas, pode ser importante entendê-los como constitucionalmente possíveis e convenientes para o esclarecimento, complementação e ajuste do sentido dos textos à evolução da sociedade no tempo. A dinâmica e estrutura da problemática da mutação constitucional é um exemplo privilegiado disso.

Barroso escreveu sobre o tema e afirmou que o conceito de mutação constitucional advindo dos costumes está associado à característica de permanência, possibilitando, assim, a alteração do sentido e do alcance das normas constitucionais sem necessariamente haver alteração do texto (BARROSO, 2020, p.155).

Desta forma, entende os costumes não apenas como fonte do direito propriamente dita, mas, também, como elemento válido de mutação constitucional no sentido de alteração do sentido da norma. Assim sendo, a mutação constitucional não ocorre através de mecanismos previstos na Constituição Federal, mas de uma mudança na realidade ou em decorrência de uma nova percepção do Direito.

O referido autor aponta casos possíveis de gerarem mutação constitucional consuetudinária, como por exemplo quando o chefe do Poder Executivo nega a aplicação de determinada norma, de forma fundamentada, por ser considerada inconstitucional: ocorre ali uma mutação constitucional. Assim, o sentido da norma jurídica pode ser modificado diante de um ato do chefe do Poder Executivo.

Outro exemplo dado é o voto de liderança. Entende-se por voto de liderança o voto do líder, que representa o voto dos liderados presentes na sessão legislativa. Nesta hipótese, há um costume constitucional que modifica o processo nominal de votação.

No entanto, apesar de a mutação constitucional consuetudinária não ser amplamente aceita pela doutrina, é possível encontrar hipóteses plausíveis de sua existência. Neste sentido, a mutação constitucional consuetudinária deriva da concepção de costumes constitucionais. Nesse ponto, é importante esclarecer que não é pacífico na doutrina o entendimento sobre a possibilidade de costumes alterarem o sentido de uma norma jurídica.

Daí a pertinência do aprofundamento da pesquisa acerca dos costumes constitucionais no âmbito de sua inserção como fontes materiais do Direito Constitucional e seus possíveis desdobramentos, principalmente no que tange à possibilidade de aplicação do costume *contra legem.* Pode um costume constitucional contrariar uma norma de direito infraconstitucional? E se permitirem ir um pouco mais longe: pode haver controle de constitucionalidade fundado em costume constitucional?

3 Costumes Constitucionais e a LINDB

O ordenamento jurídico brasileiro encontra suas raízes no Civil *Law*, de origem romano-germânica, tendo como uma de suas principais características a codificação. Portanto, nosso ordenamento jurídico é original e consequentemente revestido de um grau elevado de rigidez que dificulta sua alteração. Por esta razão se exige um procedimento formal para que qualquer alteração possa ser promovida no âmbito da lei positivada. Não obstante o direito brasileiro ser predominantemente positivo, não se afasta a possibilidade de haver normas jurídicas não escritas, oriundas da interferência da própria sociedade, não se operando, portanto, de modo institucionalizado.

Assim sendo, os costumes atuam como fonte autêntica do Direito. Por outro lado, da atenta leitura da LINDB, a despeito dos procedimentos formais, em tese necessários, e que autorizam a alteração e a criação de normas, depreende-se uma certa flexibilização de toda essa rigidez formal, especialmente no que tange ao disposto em seus artigos 4º e 5º.

Os referidos artigos dispõem que "Quando a lei for omissa, o julgador poderá se socorrer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito." e "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.",

respectivamente. É inegável, portanto, que os costumes são de suma importância para o Direito Brasileiro, de tal modo que merecem o devido aprofundamento.

Os costumes podem ser divididos em três espécies, a saber: *secundum legem*, *praeter legem* e *contra legem.* A primeira espécie trata do costume que se encontra em conformidade com a lei positivada, ou mesmo nela previsto, servindo como meio de interpretação, reconhecendo sua eficácia e aplicabilidade. Esta espécie de costume é de grande relevância para a interpretação de conceitos e expressões contidos nos dispositivos legais, de forma que possibilitam ao intérprete ajustá-los à realidade material. A exemplo, o art. 569, inciso II, do Código Civil, determina que o locatário deve pagar pontualmente as verbas locatícias e, na ausência de ajuste, deve-se observar o costume do lugar.

A segunda espécie trata do costume que opera na lacuna da lei positivada, revestido de claro caráter supletivo, atendendo, em tese, ao art. 4º da LINDB. Esse tipo de costume é de alta relevância para a interpretação e aplicação do direito no caso concreto, porque ele não só explicita o sentido de uma prática já aceita pela comunidade, mas sobretudo complementa essa prática com um espectro de expectativas que correspondem a deveres jurídicos implícitos e bem determinados.

Por fim, a terceira e última espécie, o costume *contra legem* é aquele que se apresenta contrário à lei positivada e cuja admissibilidade tem suscitado debate entre os pesquisadores atualmente. O costume *contra legem* é ab-rogatório, pois marginaliza a lei positivada que o contraria e poderia, em tese, uma vez admitido, constituir-se como critério de controle de legitimidade das normas positivas do direito.

Na LINDB é cediço que os costumes *secundum legem* e *praeter legem* são perfeitamente admitidos como fontes secundárias, suplementares, do direito positivo – aplicáveis apenas nos casos de lacunas. Mas é inegável também que os costumes *contra legem* não são admitidos, por uma razão muito simples: costumes apenas são fonte de direito de caráter supletivo, complementar, à legislação escrita. Se não há lacuna, não há espaço para costumes.

Importante ter-se presente que leis deixam de ser aplicadas, por qualquer motivo: perda da eficácia, consenso de sua inadequação, superveniência de uma nova cultura política que a tornou desimportante etc. Qualquer que seja o motivo da não aplicação reiterada e generalizada de uma lei, isso não é uma questão de costume *contra legem*, mas de desuso. O desuso é uma hipótese de perda da eficácia de uma legislação, que pode continuar existente e válida no

ordenamento jurídico. Desuso não se confunde com costume *contra legem*. O desuso do crime de adultério, antes da supressão legislativa do respectivo tipo penal no Código Penal, ilustra o fato de que não se trata de um costume da sociedade que, em um dado momento da história, passou a cultivar relações não monogâmicas como uma prática reiterada e generalizada. Não é isso. O adultério deixou de ser aplicado simplesmente porque entrou em desuso, não porque se reconheceu um costume poligâmico na sociedade.

De toda sorte, é necessário que se compreenda, primeiramente, que costume "[...] é um ordenamento de fatos que as necessidades e as condições sociais desenvolvem e que, tornando-se geral e duradouro acaba impondo-se psicologicamente aos indivíduos" (FERRARA, 1989, p. 47) como, acrescentamos nós, um dever, uma expectativa normativa, uma prática informal, mas com força de lei.

4 Costumes constitucionais e pluralismo jurídico

Outra distinção importante para a adequada compreensão da problemática dos costumes constitucionais é a diferenciação que gostaríamos de propor entre costumes e pluralismo jurídico. Essa distinção se torna ainda mais sensível quando percebemos que, apesar do valor que a doutrina e a jurisprudência constitucional têm atribuído ao pluralismo jurídico, a Constituição Federal não reconhece esse pluralismo desse modo tão enfático quanto parece supor a doutrina e a jurisprudência. Isso porque, a Constituição se refere à valorização do "pluralismo político", tanto em seu preâmbulo quanto no art. 1º, IV, que apresenta o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Depois disso, o pluralismo irá aparecer no art. 206, que garante o direito à educação com "pluralismo de ideias e concepções pedagógicas".

Uma leitura atenta da Constituição revela a perplexa surpresa de que o pluralismo jurídico não é uma referência que encontra o respaldo constitucional que esperávamos que tivesse. Mas antes disso constituir um problema político, é importante refletir que, justamente essa "sensação" de que deveria existir algo expresso no texto constitucional que, no entanto, inexiste, é precisamente o que caracteriza o costume. Justamente essa convicção de que falta algo na gramática do texto constitucional constitui a abertura semântica para permitir a entrada dos costumes. Talvez a convicção do valor do pluralismo jurídico seja, justamente, um exemplo central da possibilidade do reconhecimento de costumes constitucionais *contra legem*.

Mas não se pode confundir pluralismo jurídico com costume. O que estamos sinalizando aqui é que o reconhecimento constitucional do valor do pluralismo jurídico pressupõe a possibilidade de entendê-lo sob a forma de um costume, um costume de natureza constitucional. Veja-se que os costumes são definidos como práticas reiteradas, uniformes, constantes, que não são apenas toleradas pela ordem jurídica, mas que geram expectativas normativas, que correspondem a deveres que a ordem jurídica reconhece como jurídicos, desde que não contrariem norma jurídica expressa. Enquanto o pluralismo jurídico é uma prática social também reiterada, uniforme e constante, mas ligada a grupos sociais específicos. Os costumes ameríndios, por exemplo, são práticas inscritas na noção de pluralismo jurídico, mas não são, tecnicamente, costumes no sentido jurídico do conceito. Os costumes empresariais ou acadêmicos formalizados por meio das normas da ISO ou da ABNT, por exemplo, são costumes ligados a grupos organizacionais específicos que não são entendidos como costumes jurídicos propriamente ditos, mas como expressões de *soft law*, como exemplos de coexistência de diversas ordens jurídicas, oficiais e não oficiais, convivendo em uma mesma unidade geográfica, isto é: pluralismo jurídico.

Pode-se afirmar, portanto, que os costumes assumem uma característica generalista, cuja aplicação de uma possível norma deles advinda tem como sujeito de direito a sociedade como um todo. Nota-se, portanto, que práticas duradouras e psicologicamente impostas à sociedade, engendram-se no ordenamento jurídico através das decisões judiciais ou dos órgãos administrativos do Estado, consubstanciando-se em um costume jurídico que, em tese, obriga a todos.

De outro lado, o pluralismo jurídico, não explicitamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, trata da multiplicidade de práticas em um determinado espaço sociopolítico e encontra sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais de grupos sociais determinados, tais como os povos indígenas, ciganos, quilombolas, organizações políticas paraestatais, redes de organizações empresariais, expressões normativas de *soft law* e muitas outras.

Wolkmer define o pluralismo jurídico "[...] como multiplicidade de práticas existentes ocorrem num mesmo espaço sociopolítico, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser, nas necessidades existenciais, materiais e culturais". (WOLKMER, 2009, p.186)

Neste sentido, em que pese a Constituição Federal não ter explicitamente recepcionado o pluralismo jurídico, pode ser constatada a existência de ordenamentos jurídicos paralelos, principalmente nas comunidades indígenas, cujo direito advém dos costumes orais, da tradição, sob uma perspectiva cosmológica, não guardando nenhuma relação com o ordenamento jurídico institucionalizado do Estado.

Assim sendo, sob pena de se verificar uma contradição performativa por parte do Direito brasileiro que, ao mesmo tempo em que não recepciona o pluralismo jurídico, preconiza a proteção dos costumes e tradições indígenas (art. 231 da CF), parece não haver alternativa senão reconhecer a possibilidade da existência de costumes constitucionais, inclusive de costumes potencialmente *contra legem*, como é o caso das diversas formas de pluralismo jurídico.

Não obstante, o pluralismo jurídico pode não ser identificado apenas em grupos étnicos minoritários, mas, também, em um grupo de indivíduos que vivem em comunidade.

Boaventura de Sousa Santos, em sua tese de doutoramento, por exemplo, parte de uma pesquisa empírica, analisando o discurso jurídico de uma comunidade periférica do Rio de Janeiro por ele denominada de "Pasárgada".

Em sua pesquisa, o autor português demonstra o surgimento de uma auto resolução dos conflitos de habitação, concretizados pela própria comunidade, de forma paralela ao Estado Brasileiro e, muitas vezes, *contra legem*.

Neste estudo, Boaventura assevera:

> "Eu passei a prestar atenção tanto em prevenção de disputas quanto em solução de disputas, já que a maneira que as pessoas previnem disputas é relacionada às maneiras nas quais as disputas são solucionadas quando elas ocorrem. Enquanto eu concentrava minha pesquisa nos mecanismos de prevenção de disputas e solução de disputas com a Associação de Moradores de Pasárgada eu vim a perceber que esses mecanismos e seu ambiente institucional formam um sistema legal não oficial o qual eu chamei de direito de Pasárgada. Eu então eu analisei esse direito em sua relação dialética com o sistema brasileiro oficial, como uma forma de pluralismo jurídico. Esta perspectiva me salvou da tentação de estudar Pasárgada como uma comunidade isolada, uma deficiência seria da maioria dos trabalhos de antropologia jurídica. Além disso, eu empreguei uma análise de classe, examinando o pluralismo jurídico como uma relação entre o sistema jurídico dominante (o sistema jurídico oficial controlado pelas classes brasileiras dominantes) e um sistema denominado (O Direito de Paságarda controlada pelas classes oprimidas). (SANTOS, 1977, p.7).

Boaventura, no entanto, tem revisitado e reconceituado o pluralismo jurídico ao longo de sua trajetória acadêmica, formulando classificações e conceitos que permitam determinar o alcance de sua teoria. No que tange ao conceito de pluralismo, especialmente aquilo que definirá como sendo direito e que se adequa à realidade de Pasárgada, Boaventura exemplifica os pluralismos identificados e que entende especialmente pertinentes como objeto de pesquisa e discussão.

O autor traz a definição de três concepções distintas de pluralismo jurídico, sendo a primeira aquela que trata dos países que adotam o direito europeu, gerando um conflito entre o direito oficial e o direito tradicional (SANTOS, 1988, p.75). Em um segundo momento, trata do pluralismo que resulta de um processo de revolução social, capaz de gerar atrito entre o direito tradicional e o direito revolucionário. (SANTOS, 1988, p.75). E por fim, em um terceiro momento, o autor apresenta o cenário de povos conquistados que mantiveram, ao menos parcialmente, seu direito, com anuência do conquistador (SANTOS, 1988, p.75).

Diante disso, Boaventura nos traz uma concepção pluralista inovadora em sua tese, na qual se encaixa o direito de Pasárgada, e que explana na forma que segue, *ipsis litteris:*

> "No entanto, a análise detalhada dessas situações e sociedades revela concomitantemente a conveniência em ampliar o conceito de pluralismo jurídico, de modo a cobrir situações susceptíveis de ocorrer em sociedades, cuja homogeneidade é sempre precária porque definida em termos classistas; isto é, nas sociedades capitalistas. Nestas sociedades a homogeneidade é, em cada momento histórico, o produto concreto das lutas de classes e esconde, por isso, contradições (interclassistas, mas também intraclassistas) que não são nunca puramente econômicas e, pelo contrário, são tecidas de dimensões sociais, políticas e culturais variamente entrelaçadas. Estas contradições podem assumir diferentes expressões jurídicas, reveladoras, na sua relativa especificidade, dos diferentes modos porque se reproduz a dominação político-jurídica. Umas dessas expressões (e um desses modos) é precisamente a situação do pluralismo jurídico e tem lugar sempre que as contradições se condensam na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos." (SANTOS, 1988, p.76)

É, portanto, neste sentido que Boaventura inova e empreende com a ampliação conceitual que se tem por pluralismo, especialmente no caso brasileiro, e que gerou grande repercussão em nível global. Essa abertura para a análise de dimensões sociais, políticas e culturais proporcionou o surgimento de uma série de possibilidades acerca de novos direitos que convivem em paralelo com o direito institucionalizado.

Diz Boaventura:

> "A ampliação do conceito de pluralismo jurídico é concomitante da ampliação do conceito de direito e obedece logicamente aos mesmos propósitos teóricos. Com ela visa-se enriquecer o campo analítico da teoria do direito e do estado através da revelação de lutas de classes em que o direito ocupa, de múltiplas formas, o centro político das contradições. Daí que a perspectiva teórica desse trabalho assente numa análise sociológica do pluralismo jurídico. O reconhecimento jurídico deste por parte do direito dominante não é determinante para a conceptualização da situação como de pluralismo jurídico; é-o, no entanto, para a configuração concreta desta, razão por que deve ele próprio ser objeto, nesta qualidade, de análise sociológica." (SANTOS, 1988, p. 77-78)

Em que pese a tese date dos anos 70, é correto afirmar que atualmente, ainda que minoritariamente, o debate pluralista tem sido mais aceito nas academias, dispensando a aceitação exclusiva por parte da sociologia para que se admita a existência de direitos válidos, eficazes e, sobretudo, legítimos, paralelos ao direito positivado do Estado.

Ainda segundo Boaventura:

> "Uma das ideias centrais deste ensaio é que, no estado de direito da sociedade capitalista, o estado não é só de direito e o direito não é só do estado. No caso aqui analisado- o direito de Pasárgada – a retórica jurídica é exercida pelo operariado industrial (e também pelo exército de reserva e por uma fração do que, muito inadequadamente, tem sido chamado de pequena-burguesia-favelada), fora do âmbito do direito estatal e no seio de uma organização comunitária (a associação dos moradores) mais ou menos autônoma. Apesar de toda sua precariedade, o direito de Pasárgada representa a prática de uma legalidade alternativa e, como tal, o exercício alternativo de poder político, ainda que muito embriônico." (SANTOS, 1988, p.98-99)

O autor trouxe, posteriormente, novas interpretações acerca do pluralismo jurídico e que nos serve de fundamento para a diferenciação pretendida relacionada aos costumes.

> Cada unidade social constitui-se em centro de produção de juridicidade com uma vocação universalizante circunscrita à esfera dos interesses econômicos ou outros dessa mesma unidade. Na medida em que a realização social de tais interesses se processa harmoniosamente, isto é, sem ocorrência de conflitos entre os vários centros individuais de juridicidade, a relação entre estes é de extrema autonomia e tolerância recíprocas. No momento, porém, em que os conflitos surgem, o choque não é meramente entre reivindicações fáticas ou normas jurídicas isoladas, é antes entre duas ordens jurídicas, duas pretensões globais de juridicidade ou ainda entre duas

> vocações contraditórias (mutuamente exclusivas) de universalização jurídica. Nestas condições, o conflito atinge rapidamente uma intensidade extrema, pois que tende a generalizar-se a todas as relações sociais entre as partes conflitantes, inclusivamente àquelas não envolvidas inicialmente no conflito. O conflito é entre dois poderes soberanos entre os quais nenhum poder mediador pode interceder. É um conflito global e insolúvel. Cria-se, assim, uma situação de suspensão jurídica, ou melhor, de ajuridicidade cuja superação tende a ser determinada pela violência. A privatização possessiva do direito constitui-se por uma dialética entre a tolerância extrema e a violência próxima. É esta a dialética que se detecta em Pasárgada na fase da sua história que estivemos a analisar." (SANTOS, 1987, p.50)

Recentemente, Boaventura tratou sobre suas atuais reflexões acerca do pluralismo jurídico. O autor, naquela obra, traz sua concepção moderna do direito.

> "A concepção moderna de direito enquanto Estado levou a uma grande perda da experiência e da prática jurídica e legitimou um "juricídio" massivo, isto é, a destruição de práticas e concepções jurídicas que não se ajustavam ao canon jurídico modernista." (SANTOS, 2011, p. 114)

A contraposição a esse prisma pelo qual se vê o direito, Boaventura identifica como pluralismo jurídico crítico.

> "No âmbito latino-americano, o pluralismo jurídico crítico começou por ser o resultado da realização de estudos empíricos que visaram demonstrar a existência do pluralismo jurídico em sociedades pós-coloniais, ao contrário do que a dogmática jurídica e a sociologia do direito convencional pretendiam." (SANTOS, 2011, p.114)

Sendo assim, nota-se a oxigenação do pluralismo jurídico e, não obstante, o autor afirma que o constitucionalismo rompe com o paradigma de que todo direito é do Estado e que todo o Estado é de direito, ao estabelecer que a unidade do sistema jurídico não equivale a sua uniformidade. (SANTOS, 2011, p.116-117). Entretanto, como acima observado, não parece que esse reconhecimento possa ser encontrado de modo explícito em nossa Constituição Federal, a não ser sob a forma, problemática, admitimos nós, de um "costume constitucional" absolutamente relevante.

O pluralismo jurídico, na atual acepção, serve de base fundamental para o rompimento com o conceito tradicional de direito, positivo e dogmático. E a partir de então, mesmo sendo um árduo caminho, seria possível adotar "um conceito de direito mais amplo que, ao reconhecer a pluralidade de ordens jurídicas, permita desconectar parcialmente o direito do Estado e reconectá-lo com a vida e a cultura dos povos." (SANTOS, 2011, p. 117).

Considerações finais

É nesse sentido que podemos reentender o fundamento constitucional de uma prática plural da sociedade como um costume constitucional relevante, que embora não possa contrariar norma constitucional – costumes *contra legem* – pode, no entanto, confirmar – costume *secundum legen* – ou complementar – costume *praeter legem* – o sentido da norma constitucional. Isso pode ser visto, por exemplo, quando o STF fundamenta a importância do pluralismo de religiões na prática do ensino religioso nas escolas, que decorre de uma complementação do próprio princípio da liberdade religiosa. O pluralismo é uma complementação do sentido da liberdade, porque só há liberdade quando se reconhece e se respeita a alteridade, a diversidade, a singularidade: o plural. Nessa perspectiva, pela via do pluralismo jurídico, pretendemos chamar a atenção para a importância do reconhecimento de "costumes constitucionais" como fontes complementares fundamentais do direito constitucional.

Todavia também sabemos que essa possibilidade coloca novas problemáticas à jurisdição constitucional, como por exemplo a possibilidade de um controle de constitucionalidade baseado em costumes constitucionais que podem, potencialmente, contrariar legislação infraconstitucional. Pensa-se no caso do infanticídio em algumas culturas ameríndias. Lembrar também da problemática relação entre as famílias ciganas e a obrigatoriedade de as crianças frequentarem a escola ou de qualquer prática cultural proscrita pela legislação infraconstitucional. O pluralismo jurídico, em suas bases multiculturais, não é fácil de conciliar, com harmonia e legitimidade, aos preceitos constitucionais e legais vigentes em nossa ordem jurídica oficial do Estado.

Os costumes constitucionais podem ajudar nessa árdua tarefa de reconhecimento das diversas singularidades jurídicas que merecem respaldo e proteção constitucional, ao lado daquelas que, sem constituir um costume legítimo, precisam ser mais bem pensadas na forma de práticas sociais ilegítimas dentro da nossa ordem jurídica constitucional. O desafio é pensar em critérios, categorias, formas de reconhecimento do que deve e do que não pode ser constitucionalmente admitido como costume válido e legítimo.

Importante destacar também que o reconhecimento da existência de costumes constitucionais não viola o princípio federativo, tampouco a separação e autonomia dos poderes, muito menos desequilibra a relação de tensão constante entre constitucionalismo e

democracia, que define o núcleo essencial dos Estados Democráticos de Direito. Isso porque os costumes constitucionais, como fontes de direito, não podem ser reconhecidos como valores superiores à Constituição, mas tão-somente como fontes complementares ou suplementares das normas constitucionais, que auxiliam, contribuem e enriquecem o processo de construção do sentido do direito constitucional.

Referências bibliográficas

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 06 ago. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657 de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm Acesso em: 06 ago. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FERRARA. Freitas Bastos. Introdução à Ciência do Direito. Rio de Janeiro: Biblioteca Freitas Bastos, 1989.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 8ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição Para a Interpretação Pluralista e "Procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. Normas constitucionais não escritas: costumes e convenções da constituição. Orientador: Manoel Goncalves Ferreira Filho. 2012. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. The Law of the Opressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada. Law & Society Review, v.12, n.1. Wiley: Fall, 1977. Disponível em: http://hdl.handle.net/10316/42020 Acesso em: 06 ago. 2023.

STRECK, LENIO LUIZ. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório?. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 65, p. 3-76, maio, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. 1987. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura1d.html Acesso em: 06 ago. 2023.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do direito. 3ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.