

Para uma concepção pós-moderna do direito

Na introdução à Parte I e no Capítulo 1, defendi que as infinitas promessas e possibilidades de libertação individual e colectiva contidas na modernidade ocidental foram drasticamente reduzidas no momento em que a trajectória da modernidade se enredou no desenvolvimento do capitalismo. Defendi também que a ciência moderna teve um papel central nesse processo. Essa funcionalização da ciência, a par da sua transformação na principal força produtiva do capitalismo, diminuiu-lhe radical e irreversivelmente o seu potencial para uma racionalização emancipatória da vida individual e colectiva. A gestão científica dos excessos e dos défices, tal como a burguesia ascendente a entendia, transformou o conhecimento científico num conhecimento regulador hegemónico que absorveu em si o potencial emancipatório do novo paradigma. Originalmente concebida como o “outro” da regulação, a emancipação social tornou-se, gradualmente, o duplo da regulação social. A hegemonia do conhecimento-regulação significou a hegemonia da ordem, enquanto forma de saber, e a transformação da solidariedade — a forma de saber do conhecimento-emancipação — numa forma de ignorância e, portanto, de caos.

A ordem que se buscava era, desde o início e simultaneamente, a ordem da natureza e a ordem da sociedade. Enquanto a tensão entre regulação e emancipação foi protagonista no paradigma da modernidade, a ordem foi sempre concebida numa tensão dialéctica com a solidariedade, tensão que seria superada mediante uma nova síntese: a ideia da “boa ordem”. Desaparecida a tensão, a ideia de boa ordem deu lugar à ideia de ordem *tout court*. Ao direito moderno foi atribuída a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, cujo desenvolvimento ocorreria num clima de caos social que era, em parte, obra sua. O direito moderno passou, assim, a constituir um racionalizador de segunda ordem da vida social, um substituto da cientificação da sociedade, o *ersatz* que mais se aproximava — pelo

menos no momento — da plena cientificação da sociedade que só poderia ser fruto da própria ciência moderna. Para desempenhar essa função, o direito moderno teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico. A cientificação do direito moderno envolveu também a sua estatização, já que a prevalência política da ordem sobre o caos foi atribuída ao Estado moderno, pelo menos transitoriamente, enquanto a ciência e a tecnologia a não pudessem assegurar por si mesmas.

Neste capítulo, irei mostrar mais pormenorizadamente que a transformação da ciência moderna na racionalidade hegemónica e na força produtiva fundamental, por um lado, e a transformação do direito moderno num direito estatal científico, por outro, são as duas faces do mesmo processo histórico, daí decorrendo os profundos isomorfismos entre a ciência e o direito modernos. Tal como aconteceu com a ciência moderna, também o direito perdeu de vista, neste processo, a tensão entre regulação e emancipação social, originalmente inscrita no paradigma da modernidade. Essa perda foi tão completa e irreversível que a recuperação das energias emancipatórias à qual este livro faz apelo implica uma reavaliação radical do direito moderno, paralela da reavaliação radical da ciência moderna feita no Capítulo 1.

Na primeira secção, analiso as características originais da tensão entre regulação e emancipação no direito moderno, partindo de três momentos importantes: a recepção do direito romano, o direito natural racionalista e as teorias do contrato social. Na segunda secção, analiso sumariamente o processo histórico que conduziu à eliminação dessa tensão, através da canibalização da emancipação social por parte da regulação social. Por fim, na terceira secção defendo que o direito moderno tem de ser des-pensado¹ com base na ideia de que a transição paradigmática, que se manifesta já no plano epistemológico, referida no Capítulo 1, se estende também a um plano societal e civilizacional mais vasto. Abordo, em seguida, os principais tópicos do des-pensamento do direito moderno na fase de transição entre paradigmas sociais (e não apenas epistemológicos). Alguns desses tópicos serão aqui apenas aflorados, já que a sua análise pormenorizada consta dos capítulos seguintes.

A TENSÃO ENTRE REGULAÇÃO E EMANCIPAÇÃO

A recepção do direito romano

O processo histórico da tensão entre regulação e emancipação no campo jurídico é ainda mais antigo do que no campo da ciência e, numa das suas primei-

ras manifestações, remonta à recepção do direito romano na Europa do século XII. Este fenómeno foi de tal modo decisivo para o desenvolvimento subsequente do direito que os historiadores do direito o consideram quase unanimemente o factor mais importante na criação da tradição jurídica moderna ocidental. Há, isso sim, divergências quanto à interpretação da inserção sociológica desse fenómeno na história europeia². Harold Berman, por exemplo, salienta, em relação a este período (1050-1150), aquilo que designa por revolução papal (a luta para tornar o Bispo de Roma a autoridade suprema da Igreja, e para emancipar o clero relativamente ao controlo dos imperadores, reis e suseranos) e o novo direito canónico a que deu origem (Berman, 1983: 85-119)³, enquanto Michael Tigar e Madeleine Levy sublinham a perfeita adaptação do direito romano aos interesses da burguesia nascente (1977: 8-52). Mais próximo desta última interpretação e numa perspectiva analítica muito mais ampla, Fernand Braudel considera o período entre os séculos X e XIII como o verdadeiro Renascimento (1979: 413).

A recepção do direito romano foi, de facto, um extraordinário movimento intelectual (o “direito erudito”), que começou na Universidade de Bolonha, em finais do século XI, e daí se espalhou por toda a Europa. Foi um processo de criação de um direito — a “adopção” do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, compilado no século VI d.C. — independente dos senhores feudais e em oposição ao que, *grosso modo*, poderia chamar-se sistema jurídico feudal (Lévi-Bruhl, 1971: 12; Wieacker, 1967: 97-203; Poggi, 1978: 73). Digo *grosso modo* porque a sociedade feudal, nos seus aspectos jurídico, político, social, cultural e económico, era muito fragmentada e diversificada⁴, “com vários suseranos, temporais e espirituais, a digladiarem-se na disputa pelo direito de explorar cada pedaço de solo arável ou habitável — e quem neles vivia” (Tigar e Levy, 1977: 9). No que diz respeito ao direito, a sociedade feudal encontrava-se numa situação extrema de pluralismo jurídico que, na opinião de Harold Berman, foi “talvez a característica mais marcante da tradição jurídica do Ocidente” (1983: 10). Para além do direito canónico, havia ainda o direito feudal ou senhorial, o direito real, o direito dominial, o direito urbano e a *lex mercatoria* (o direito mercantil). O facto de uma pessoa poder estar sujeita a diferentes ordenamentos jurídicos conforme a situação ou a sua condição, bem como a ausência de regras explícitas de delimitação dos diferentes direitos, tornavam o “sistema jurídico” complexo, pesado, caótico e arbitrário.

É evidente que esta situação podia ser também uma fonte de liberdade, tal como Harold Berman correctamente sublinha:

2. Uma das melhores análises sobre este tema é a de Wieacker (1967: 45-80). Ver, também, Von Mehren e Gordley (1977: 7-93) e Merryman (1985: 6-14).

3. Ver, também, Wieacker (1967: 71-80).

4. O conhecimento desta fragmentação estrutural tornou os historiadores progressivamente mais “alérgicos” ao conceito de feudalismo, como aconteceu com Fernand Braudel (1979: 413).

1. Sirvo-me do neologismo “des-pensar” — em inglês “unthinking” — para significar o processo analítico pelo qual o direito é submetido a um questionamento radical que envolve, sobretudo, o autoconhecimento produzido pelos juristas, o chamado “pensamento jurídico” e a “dogmática jurídica”.

[um] servo podia apelar para o tribunal da cidade em busca de protecção contra o seu amo. Um vassalo podia apelar para o tribunal da coroa, pedindo protecção contra o seu senhor. Um clérigo podia recorrer ao tribunal eclesiástico em busca de protecção contra o rei (1983: 10).

Tratava-se, porém, de uma liberdade caótica, que só era exercida em situações extremas, e não do tipo de liberdade pelo qual ansiavam as novas classes mercantis urbanas. Uma tal liberdade tinha de ser exercida numa rotina igual à das transacções que essas classes efectuavam e exigia protecção contra ingerências arbitrárias: a liberdade contratual e a garantia contratual deviam completar-se como duas faces de uma mesma constelação jurídica.

Na origem dessa nova constelação jurídica esteve o “direito erudito” e a racionalização jurídica da vida social que ele propunha⁵. A recepção do direito romano convinha aos projectos emancipatórios da classe nascente, já que desenvolvia uma forma de regulação jurídica que reforçava os seus interesses numa sociedade que ela não dominava, nem política nem ideologicamente. Na situação política e social que prevaleceu na Europa até ao século XVI, o *jus commune* — “um corpo único de leis e de textos jurídicos, uma linguagem jurídica comum e um método comum de ensino e de erudição” (Merryman, 1985: 11) — era, sem dúvida, um “sistema intelectualmente superior” ao serviço de interesses progressistas.

Quando, em finais do século XI, Irnério começou a ensinar o *Corpus Juris Civilis* na Universidade de Bolonha, a Europa Ocidental sofria profundas alterações políticas e económicas (von Mehren e Gordley, 1977: 7; Wieacker, 1967: 47). Depois de, em 1096, a primeira Cruzada ter definitivamente reaberto o Mediterrâneo como rota comercial europeia, foi rápida a expansão do comércio e de uma economia monetária ao longo das costas da Europa, do Mediterrâneo ao Mar do Norte. Para isso contribuíram também as cidades italianas, que cultivavam o espírito republicano de autonomia e liberdade, socialmente escorado numa sociedade culta, para quem os sistemas feudais locais, com uma administração da justiça não profissional, imprevisível e injusta, estavam a tornar-se culturalmente anacrónicos, mais do que simplesmente desajustados.

Como Wieacker muito bem acentua (1967: 48, 52 e 69), a recepção do direito romano é o resultado de uma convergência única de interesses económicos e culturais. Essa convergência proporcionou o aparecimento de um saber jurídico autónomo, humanista e laico que pôs a autoridade do *imperium romanum* e o fascínio pelo ideal cultural romano ao serviço de um novo projecto jurídico, político e societal. Ao contrário do que nessa época acontecia nas universidades do Noroeste da Europa (Paris e Oxford), o *studium civile* de Bolonha não era uma

corporação eclesiástica hierarquizada, mas uma *universitas scholarium*, uma associação de eruditos (Wieacker, 1967: 53). De acordo com o argumento sobre a interpenetração do poder disciplinar e do poder jurídico, que expus na Introdução à Parte I, em crítica a Foucault, o “direito erudito” começou por ser uma disciplina académica, isto é, um conhecimento disciplinar que mais tarde se tornou poder jurídico — a forma de poder que Foucault contrapõe ao poder disciplinar — quando, em finais do século XII, passou a ser aplicado como direito residual. A partir daí, o direito romano reuniu as duas formas de poder-saber, e foi provavelmente esse o segredo dos notáveis resultados que obteve. No final do século XII, havia em Bolonha milhares de estudantes de direito que rapidamente divulgaram os novos conhecimentos por toda a Europa, como diplomatas, conselheiros reais, juízes, notários, etc. Ao lado do clérigo, surgiu o jurista ou legista que, nos séculos seguintes, iria monopolizar a administração pública e o sistema judicial em toda Europa.

A tensão entre regulação e emancipação é constitutiva da recepção do direito romano. Este novo projecto regulador está ao serviço dos interesses progressistas da classe social a quem, nessa altura, cabe desenvolver um extenso projecto cultural e político de emancipação social. Particularmente importante é o facto de nos ensinamentos e na exegese dos Glosadores e dos Comentadores o direito romano ser um misto de autoridade (inscrita na *translatio imperii*) e de razão (a *ratio scripta*) (Wieacker, 1967: 52; von Mehren e Gordley, 1977: 8 e ss.). As exigências práticas da regulação estão, assim, subordinadas à experiência racional, que, por sua vez, longe de ser apenas um produto técnico com fins instrumentais, constitui a procura de uma nova ética política e social ajustada aos novos tempos e aos novos ideais de autonomia e liberdade. É Toulmin quem recorda que, ainda no século XVI, o modelo de “empreendimento racional” era para os eruditos não a ciência, mas o direito (1990: 34). Por fim, a tensão entre regulação e emancipação reside no facto de a legitimidade do poder regulador derivar da sua autonomia relativamente aos poderes fácticos envolvidos nos conflitos cuja resolução exige regulação. Na Europa do século XII, isto equivalia a um salto revolucionário. Nas condições específicas da época, a juridicização autónoma da resolução dos conflitos e a centralidade da argumentação jurídica permitiram uma regulação social que não perdia de vista objectivos emancipatórios.

Se faço alusão às condições específicas da época, é porque, à medida que elas se alteraram, as características do direito romano responsáveis pela tensão entre regulação e emancipação também se transformaram, tornando-se dispositivos através dos quais a emancipação foi absorvida pela regulação. Isto sucedeu no decorrer de um longo processo histórico que não cabe aqui analisar. Referirei apenas o seu fim infeliz no século XIX com a *Pandektenschule* (Savigny, Puchta, Windscheid). Os Pandectistas transformaram o direito romano numa estrutura formal e hierarquizada de regras jurídicas, que obedecia a um rígido sistema lógico. A combinação complexa de autoridade, racionalidade e ética, característica do direito

5. Essa racionalização da vida social tornou-se muito evidente depois do século XIV na obra dos pós-glosadores, dos quais Bartolo (1313-1356) é o mais representativo.

romano dos Glosadores, foi assim alterada e reduzida a um formalismo técnico-racional, supostamente neutro em relação à ética e apenas preocupado com a perfeição técnica, a coerência lógica, a abrangência e previsibilidade totais. O potencial emancipatório do direito romano, que o colocara no centro dos debates na Europa do século XII, perdeu-se quando, segundo as palavras de Ihering, “a ciência jurídica se transformou em matemática”. E acrescenta ainda Ihering:

As instituições e os princípios que no direito romano, atendendo às circunstâncias e aos costumes da época, eram inteligíveis, transformaram-se, devido ao completo desaparecimento das anteriores condições, numa verdadeira praga. E nunca existiu no mundo uma forma de administração da justiça com mais poder do que esta para abalar a confiança das pessoas no direito e na existência dele (1915: 121-122).

No novo contexto sociológico oitocentista de domínio do capitalismo, do nacionalismo e do imperialismo⁶, a cientificização do direito permitida pelo direito romano — transformado, entretanto, numa erudição inútil e num esoterismo impenetrável — demonstra como, num período de hegemonia positivista, a regulação social se torna científica para ser maximizada e para, de passo, maximizar o esquecimento da ética social e política que, desde o século XII, mantivera vivas as energias emancipatórias do novo horizonte jurídico. A tensão, muito particular, entre regulação e emancipação que caracterizou a recepção do direito romano era parte integrante do projecto histórico da nova burguesia europeia, em luta pela conquista do poder económico e cultural e, por último, do poder político. Uma vez conquistado o poder político, essa tensão perdeu toda a utilidade histórica.

O direito natural racionalista

O direito natural racionalista dos séculos XVII e XVIII parte da ideia da fundação de uma nova “boa ordem”, segundo a lei da natureza, através do exercício da razão e da observação. A sua versão mais elaborada encontra-se na obra de Grotius (1583-1645)⁷. A nova racionalidade da vida individual e colectiva é uma racionalidade secular que deve prevalecer nas questões nacionais e internacionais.

6. É interessante referir, a este propósito, a discussão travada no século XVI entre o *mos gallicus* e o *mos italicus*, particularmente a forma como os juristas franceses punham em causa o universalismo do direito romano, à luz do direito consuetudinário francês, com o objectivo de defender a independência e até a superioridade da monarquia francesa e das suas tradições. Ver D. R. Kelley (1984: 277 e ss.), no capítulo intitulado “The Development and Context of Bodin’s Method”.

7. A escola ou movimento do direito natural inclui muitos outros pensadores. Grotius pertenceu à primeira fase da escola, juntamente com os escolásticos espanhóis da última fase e Althusius. Outros filósofos importantes desta escola foram Pufendorf, Christian Wolff, Leibniz, Espinosa, Thomasius e Hobbes. Ver Wieacker (1967: 270).

Assenta numa ética social secular que se emancipou da teologia moral. Grotius afirma, de forma ousada, em *De Jure Belli ac Pacis* que

entre as características do homem há uma vontade que o impele para a sociedade, ou seja, para a vida social — não para qualquer uma, mas para uma que seja pacífica e organizada à medida da sua inteligência — com os seus semelhantes [...]. A preservação da ordem social, que sumariamente resumimos e que se harmoniza com a inteligência humana, é a fonte do direito na verdadeira acepção do termo [...] O que temos vindo a dizer seria sempre válido, mesmo que admitíssemos aquilo que só com a maior perversidade pode admitir-se: que Deus não existe, ou que os assuntos dos homens O não preocupam (1964: 11-13, Prolegomena, Seções 6-11)⁸.

Além disso, a nova racionalidade é universal e universalmente aplicável⁹ e o seu desenvolvimento requer uma nova metodologia na qual a razão e a experiência tenham lugar:

A prova a priori consiste em demonstrar o necessário acordo ou desacordo de uma coisa com uma natureza racional e natural, a prova a posteriori, em concluir, se não com absoluta certeza, pelo menos com toda a probabilidade, que isso está de acordo com a lei natural que se supõe existir em todas as nações ou entre as que estão mais avançadas na civilização. Pois um efeito que seja universal exige uma causa universal e a causa dessa opinião não pode ser outra coisa senão o sentimento a que se chama o senso comum da humanidade (1964: 42).

Como se sabe, o direito natural racionalista serviu para legitimar, quer o “despotismo iluminado”, quer as ideias liberais e democráticas que conduziram à Revolução Francesa¹⁰. Mas a tensão entre regulação e emancipação, como funda-

8. Itálico meu. É interessante verificar que a afirmação epistemológica de validade é defendida por Grotius de forma muito semelhante à de Galileu, quando este declara que “se o intelecto humano conhece poucas [proposições], julgo que o conhecimento que delas tem iguala, em certeza objectiva, o conhecimento divino, porque chega a compreender-lhes a necessidade, e esse é o mais alto grau de certeza” (Galileu Galilei, 1979: 110). Esta convergência mostra a inter-relação inicial entre a ciência moderna e o direito moderno, tal como tenho vindo a defender na Parte I. Cassirer (1946: 165) cita uma carta escrita por Grotius onde ele exprime a sua grande admiração pelo trabalho de Galileu.

9. A atitude cartesiana de Grotius está patente no Livro I, *Prolegomena*, Seção 40, quando acentua que só se pode recorrer à autoridade do passado de forma muito selectiva, sob pena de a nova metodologia universal não se impor: “Para provar a existência desta lei da natureza, socorri-me ainda do testemunho de filósofos, historiadores, poetas e, finalmente, também de oradores. Não que devamos confiar neles indiscriminadamente, pois estavam acostumados a servir os interesses da sua seita, do seu tema ou da sua causa” (1964: 23). Como a prática nunca corresponde à teoria, Grotius serviu vários projectos políticos durante a vida. Dezasseis anos antes do *De Jure*, publicou anonimamente o seu célebre panfleto sobre a liberdade de navegação nos mares (*Mare Liberum*) para refutar a posição portuguesa sobre o acesso ao alto mar (*mare clausum*).

10. Sobre a relação entre o *Vernunftsrecht* e o despotismo iluminado, ver Wieacker (1967: 312-322).

mento de uma nova boa ordem, reside precisamente nessa duplicidade. Conforme Tuck justamente observa, a obra de Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, “tem a dupla face de Janus com ambas as bocas a falarem a linguagem do absolutismo e a da liberdade” (1979: 79). Também Buckle identifica no pensamento de Grotius a tendência absolutista e a tendência antiabsolutista, atribuindo esta última à preocupação de Grotius com o direito de propriedade e o direito de resistência, uma preocupação geralmente associada ao pensamento político de John Locke (Buckle, 1991: 3).

Na concepção teórica do direito e da política de Grotius, a vida colectiva assenta numa ânsia de sociedade (um *appetitus societatis*), num vínculo natural, independente simultaneamente do Estado e do *corpus mysticum* (Gurvitch, 1942: 81). Assim entendido como *custodia societatis*, o direito torna-se inerente à vida colectiva e aos diferentes grupos sociais em que ela se organiza. O direito, conforme a natureza do grupo social, ora promove a hierarquia, ora a igualdade. Segundo Grotius, há três grandes divisões do direito: o *jus latius patens* da sociedade internacional, o *jus civile* criado pelos Estados e o *jus arctius* desenvolvido nos pequenos grupos. O terceiro subdivide-se em *jus rectorium*, que regula as relações hierárquicas entre pais e filhos, senhores e servos, administradores e administrados, e no *jus equatorium*, que regula as relações entre pares, entre associações fraternais e voluntárias.

Esta preocupação com a sistematização e a racionalização, característica do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, tem origem no humanismo jurídico dos séculos XV e XVI, e, enquanto projecto, remonta ao ideal de Cícero de reduzir o direito a uma arte ou uma ciência (*jus in artem redigendo*), através da revelação da razão abstracta contida no direito romano (a *recta ratio* ou *ratio juris*). Esta preocupação com o *methodus*, os *schemata* e a *ratio* conjuga-se no século XVII com o entusiasmo pela nova ciência de Galileu e de Descartes, numa combinação que é já uma primeira manifestação das complicitades entre ciência moderna e direito moderno¹¹. Uma geração depois de Grotius, Leibniz apresentou, em 1667, um “novo método” de teoria do direito, baseado fundamentalmente na matemática, a *jurisprudencia rationalis* (Zweigert e Kötz, 1987: 49)¹². Décadas mais tarde, Gianbattista Vico propôs outra “ciência nova”, de natureza decididamente geométrica, que desenvolvia o tema anteriormente apresentado num tratado sobre *Diritto Universale* (1984).

As teorias de Vico são particularmente importantes para o meu argumento, porque nelas a tensão entre regulação e emancipação é exercida de um modo tão sofisticado que as semelhanças e as diferenças nas formas como a ciência moderna

11. Ver Kelly (1984: 637 [capítulo: “Gaius Noster: Substructures on Western Social Thought”]); Wieacker (1967: 253). Ver ainda Toulmin (1990).

12. Ver, também, Cassirer (1946: 165).

e o direito moderno a experienciam se revelam com grande clareza. Vico propõe-se fazer com o passado da humanidade o mesmo que Newton tinha feito com a natureza: descobrir os princípios da história (*Historia nondum habet sua principia*, a história ainda não tem os seus princípios)¹³. Contudo, Vico está consciente de que a ciência da história ou da sociedade não pode seguir os mesmos princípios e métodos da ciência da natureza. Vai ao ponto de criticar o naturalismo e o racionalismo cartesianos por serem incapazes de atingir a verdadeira sabedoria e a equidade nas questões sociais (*aequitas civilis*), que é o objectivo primeiro do estudo da cultura e da história humana. É à filologia e ao direito que Vico vai buscar os princípios alternativos adequados a esse estudo. Sobre a filologia, escreve:

O vocabulário mental das instituições sociais humanas, sentidas, em substância, de forma idêntica por todas as nações, mas expressas em linguagem de forma diversa conforme as suas diferentes variantes, manifesta-se tal como nós o concebemos... Estas provas filológicas permitem-nos ver as instituições, que planeámos mentalmente, existirem como realidade nesse mundo de nações, segundo o método de filosofar de Bacon que é “pensar e ver” (cogitare videre) (1984: 64-65)¹⁴.

Sobre a filologia, Kelly sublinha correctamente que, para Vico, “se a matemática era a linguagem do livro da natureza, como Galileu ensinara, a filologia era indispensável para quem pretendesse penetrar no livro da humanidade” (1984, xii: 19). A linguagem é uma expressão simbólica da realidade social e da transformação social através da qual podemos “penetrar” numa determinada cultura e/ou sociedade, e reconstituí-la imaginariamente (aquilo a que Vico chama *fantasia*). Quanto à teoria do direito, ela era científica, tal como os juristas defendiam havia séculos, “não só por tratar as coisas em termos de causa e efeito, mas também por ser universal, embora, ao contrário da filosofia natural, tivesse como objectivo o bem-estar da humanidade” (Kelly, 1984, xii: 27).

13. A ideia de ruptura com o passado, comum a Galileu e a Descartes (ver Capítulo 1), está também presente em Vico: “Assim, para proceder a esta investigação, temos de pensar como se não houvesse livros no mundo” (1984: 52). O propósito de Vico da “descoberta dos princípios da história” antecipa um século e meio Karl Marx, que inicialmente pensou dedicar o primeiro volume de *O Capital* a Charles Darwin por considerar que estava a fazer, relativamente à evolução da sociedade, o que Darwin fizera relativamente à evolução da natureza em *A Origem das Espécies*. Ver, também, Kelly, 1984 (capítulo XII, “Vico’s Road: From Philology to Jurisprudence and Back”), pp. 16-29.

14. Isaiah Berlin (1976) considera que uma das maiores inovações do pensamento de Vico foi a ideia de “que os que fazem ou criam alguma coisa podem entender de uma forma que os meros observadores não podem” (p. xvi). É aqui que reside a grande diferença entre as ciências da natureza e as ciências da sociedade: é possível ter um conhecimento “interno” da linguagem, mas não da natureza; o reino da natureza obedece a leis (cognoscíveis, mas não inteligíveis), ao passo que aquilo que é produto da humanidade está sujeito a regras (inteligíveis)” (p. xxi). São estas as palavras de Vico: “[Quem] reflectir sobre isto não pode deixar de estranhar que todos os filósofos tenham dedicado as suas energias ao estudo do mundo da natureza, que, por ser obra de Deus, só Ele conhece; e que tenham descuidado o estudo do mundo das nações ou mundo civil, que, por ser obra dos homens, os homens poderiam vir a conhecer” (1984: 53).

Vico pensou ter descoberto um *jus naturale gentium*, dando assim continuidade ao trabalho de Grotius que, em sua opinião, tinha sido o “jurista da humanidade”. Basicamente, Vico considerava que a evolução do direito e da teoria do direito era a prova mais reveladora da evolução da civilização. Também aqui foi precursor. Antecipou-se, mais de um século, à teoria de Durkheim sobre a evolução da divisão social do trabalho e a sua relação com a evolução das formas de direito, teoria segundo a qual o direito repressivo seria preponderante nas sociedades dominadas pela solidariedade mecânica, enquanto o direito restitutivo prevalecia nas sociedades de solidariedade orgânica.

A forma como a tensão entre regulação e emancipação se processa no campo jurídico reside, a meu ver, na distinção, fundamental ao pensamento de Vico, entre o certo (*certum*) e o verdadeiro (*verum*). No início da *Ciência Nova*, Vico apresenta os axiomas, ou *degnità*, que vão orientar a sua investigação. Entre eles, há dois que aqui nos interessam:

Degnità CXI: *O certo nas leis é uma nebulosidade de julgamento apenas apoiada pela autoridade, de tal modo que as achamos duras de aplicar embora a isso sejamos obrigados por serem certas. Em bom latim, certum significa particularizado ou, como as escolas dizem, individualizado; daí que, num latim ultra-correcto, certum e commune se oponham entre si.*

Degnità CXIII: *A verdade nas leis é uma luz e um esplendor com que a razão natural as ilumina; daí que os jurisconsultos tenham muitas vezes por hábito dizer verum est em vez de aequum est (Vico, 1984: 50-51).*

O *certum* é a autoridade, a arbitrariedade, o resultado particularizado da vontade humana, enquanto o *verum* é a verdade, a emanação da razão, a universalidade decorrente da necessidade da natureza. Ambos são facetas do direito que acaba por ser uma ponte sobre o abismo que os separa. Essa ponte, porém, é móvel e vai-se deslocando com o desenrolar da experiência humana. Para Vico, o direito natural não é uma entidade normativa fixa, mas sim

o movimento do processo da formação histórica das estruturas do direito positivo em direcção a uma idealidade imanente. [...] A universalidade do direito natural consiste, não no facto de em todos os tempos e em lugares idênticos dever prevalecer um direito positivo idêntico, mas no facto de em todas as formas de direito positivo, independentemente da diversidade das circunstâncias materiais que ditam a força imediata do direito, estar subjacente o mesmo princípio ideal¹⁵.

Contudo, esse movimento não é circular. A trajectória histórica da experiência humana demonstra que ela se move do *certum* para o *verum*, da autoridade

para a razão, do particular para o universal. É o direito que melhor revela essa trajectória: em todos os momentos da história, o direito é constituído por uma tensão entre regulação (autoridade) e emancipação (razão), mas, com o desenrolar da experiência humana, a emancipação triunfa sobre a regulação. Note-se que esse processo ocorre — e isto é fundamental para a tese que defendo — porque o *verum* não é uma mera razão cognitiva. O *verum* é o *aequum*. O potencial emancipatório do direito reside no facto de a sua racionalidade não se distinguir do bem-estar social universal, a *aequitas civilis*.

As teorias do contrato social

Outra manifestação proeminente da tensão entre regulação e emancipação na origem do campo jurídico moderno foi a emergência das teorias do contrato social, das quais a mais importante, para o que aqui proponho, é a de Rousseau. A ideia de contrato social para justificar uma obrigação política não é nova¹⁶. Segundo Lessnoff (1990: 5), a sua origem remonta à obra de um monge alsaciano, Manegold de Lautenbach, que nos finais do século XI defendeu a ideia de contrato social em nome do Papa Gregório VII na sua luta contra o Imperador. O que de novo existe nas teorias de Hobbes, Locke e Rousseau é o facto de todas elas serem fruto do debate sobre o direito natural racionalista, do qual, evidentemente, partem, e de se considerarem parte da nova ordem social e política e do novo método científico moderno de análise da realidade (Weinreb, 1987: 67). A universalidade da nova obrigação jurídica e política está, de uma forma ou outra, ligada às pretensões de verdade da ciência moderna. Esta ligação é mais duvidosa em Rousseau do que em Hobbes, cujo projecto é erguer uma “ciência de justiça natural”, moldada segundo o método da geometria, “a única ciência que, até agora, aprouve a Deus oferecer à humanidade” (Hobbes, 1946: 21).

Rousseau, que sempre criticou as *Luzes* a partir das *Luzes*, não se considera ligado a nenhum método naturalista científico. Pelo contrário, como já foi dito no Capítulo 1, no seu *Discurso sobre as Ciências* Rousseau critica implacavelmente a ciência moderna por esta ser incapaz de encarar o problema ético e político mais grave da época — “o homem nasce livre, mas por toda a parte está acorrentado” (1971: 165) — nos seus próprios termos, ou seja, em termos éticos e políticos. Daí que, a meu ver, Rousseau exprima, melhor do que ninguém, a tensão dialéctica entre regulação e emancipação que está na origem da modernidade. Essa tensão está patente logo na primeira frase do *Contrato Social*, quando Rousseau afirma que a sua intenção “é descobrir se, na ordem civil, pode haver alguma regra de

15. Ver d'Entreves (1972: 160).

16. Existe, pelo menos, desde a noção estóica de *consociatio* humana, referida por Cicero, o que é, de facto, o mito da origem, ou *fabula docet*, da tradição política europeia.

administração legítima e segura, considerando os homens tal como são e as leis tal como podem ser" (1959-69: 351).

A tensão que aqui surge é entre a certeza e a justiça, uma tensão muito semelhante à que Vico exprimiu (a tensão entre o *certum* e o *verum*, ou seja, o *æquum*). A justiça e a certeza estão ambas na raiz do novo projecto de sociedade pelo qual o ser humano se acha simultaneamente livre do estado de natureza e livre para exercer uma opção moral, a sociedade é um produto da escolha humana. Perante a individualidade da escolha humana, como é possível criar, a partir dela, uma vida colectiva? Por outras palavras, como é possível criar uma obrigação política assente na liberdade?

A ideia de contrato social é a narrativa matricial com que o Iluminismo tenta responder a estas questões¹⁷. Como em muitas outras situações, Rousseau ultrapassa os "contratualistas" seus contemporâneos. Para ele, o problema não é tanto o de basear uma ordem social na liberdade, mas antes o de o fazer de forma a maximizar o exercício da liberdade; assim, seria um absurdo aceitar de livre vontade uma relação contratual se daí resultasse a perda da liberdade (como no contrato hobbesiano). Para Rousseau, só existe uma solução: a vontade geral como um exercício essencial de soberania inalienável e indivisível. A vontade geral, tal como Rousseau a entendeu, representa a síntese entre regulação e emancipação, e essa síntese está muito bem expressa em duas ideias aparentemente contraditórias: a ideia de "só obedecer a si próprio" e a ideia de "ser forçado a ser livre":

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado, e por meio da qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça contudo senão a si próprio e permaneça tão livre como antes [...].

[...] Quem se recusar a obedecer à vontade geral será obrigado a fazê-lo por todo o corpo. Isto significa apenas que será forçado a ser livre [...] (Rousseau, 1959-69: 360 e 364).

Na verdade, as duas ideias partem da mesma premissa básica do contrato social de Rousseau: no contrato social a vontade individual pode ser boa ou má, mas a vontade geral só pode ser boa (Cobban, 1964: 74). A vontade individual é sempre contingente, mas fica protegida contra a renúncia de si própria pela liberdade colectiva, não-contingente, para a qual contribui através da associação. Quando alguém age contra a vontade geral, esse alguém não é moralmente livre, mas escravo das suas paixões e apetites. Ser moralmente livre significa agir de acordo com leis que o próprio prescreveu, leis que promovem o bem comum definido

pela vontade geral. A vontade geral não coincide necessariamente com a vontade de todos. O que generaliza a vontade não é o número de vozes, mas o interesse comum que as une (Rousseau, 1959-69, Livro II, cap. 3: 371-372). Através da dupla ideia de "só obedecer a si próprio" e "ser forçado a ser livre", a fundação do corpo político assenta numa obrigação política horizontal, de cidadão para cidadão, em relação à qual a obrigação política vertical, do cidadão para o Estado, é necessariamente secundária ou derivada.

Nestas circunstâncias, o exercício mais elevado da regulação é o exercício mais elevado da emancipação. O direito e a educação cívica são os instrumentos fundamentais dessa síntese. Quanto ao direito, a sua complexidade reside no facto de combinar a máxima indisponibilidade com a máxima instrumentalidade. Enquanto emanação da vontade geral, o direito não pode servir nenhum fim que viole essa vontade. Por exemplo, o direito não pode particularizar os sujeitos da sua regulação, porque o direito tem de ser tão geral como a vontade da qual emana: "o direito considera os sujeitos em conjunto e as acções como abstractas, e nunca um homem como indivíduo nem uma acção particular" (Rousseau, 1959-69, Livro II, cap. 3: 379). Por outro lado, enquanto conforme à vontade geral, o direito é um instrumento com infinitas capacidades, e tem mesmo de o ser, já que "o acto originário que cria e une o corpo [político] não determina, de modo algum, o que ele deve fazer para a sua preservação" (1959-69, Livro II, cap. 3: 378).

Assim, ao contrário de Hobbes, Rousseau concebe o direito, simultaneamente, como um princípio ético incondicional e um eficaz instrumento "positivo" de ordenação e transformação social. Esta pluralidade de dimensões do direito corresponde a uma pluralidade de dimensões do Estado. Por um lado, o Estado é todo-poderoso, porque é potenciado por um princípio absoluto de legitimidade: a vontade geral; mas, por outro lado, o Estado é indistinguível dos cidadãos, na medida em que eles têm o direito inalienável de decretar as leis pelas quais serão regulados. Assim, temos de concluir¹⁸ que a teoria política de Rousseau conduz, em última instância, à abolição ou ao desaparecimento do Estado.

Em minha opinião, Rousseau representa o clímax da concepção alargada da racionalidade moral-prática, originalmente inscrita no paradigma da modernidade, a ideia de uma tensão criativa entre regulação e emancipação, que assume a forma política mais apurada na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* (1789). A ideia de Rousseau de um novo princípio societal e político, expressa no *Contrato Social* e noutras obras de carácter político, exprime melhor do que qualquer outro conceito iluminista a complexidade dilemática de uma regulação social tendente a fomentar, e nunca a sufocar, a emancipação prometida pela modernidade. Essa regulação social deveria equilibrar a liberdade e a igualdade, a

17. Como Cassirer correctamente sublinha, "[aquilo que] procuramos é uma origem na razão, não no tempo" (1946: 174).

18. Ver também Colletti (1974) e Medina (1990: 61).

autonomia e a solidariedade, a razão e a ética, a autoridade e o consentimento, em nome de uma racionalização plena da vida colectiva e da vida individual.

Na Introdução à Parte I, afirmei que a complexidade da regulação social moderna se manifesta em cada um dos três princípios que a sustentam — o princípio da comunidade, o princípio do Estado e o princípio do mercado —, bem como nas relações que se estabelecem entre eles. Da mesma forma que os dois outros grandes filósofos políticos “contratualistas” da modernidade, Hobbes e Locke, também Rousseau inclui esses três princípios na sua análise e tenta encontrar uma relação dinâmica entre eles. Mas se Hobbes privilegia o princípio do Estado e Locke o do mercado, Rousseau privilegia o princípio da comunidade.

Tendo em vista as opiniões de Rousseau sobre as associações e a religião civil, pode parecer estranho identificá-lo exclusivamente com o princípio da comunidade. Não cabe aqui analisar a controvérsia que as ideias de Rousseau desencadearam e continuam a desencadear. Na minha interpretação de Rousseau, a comunidade é, para ele, a comunidade integral a que corresponde a soberania do Estado. É o poder desta comunidade que Rousseau pretende reforçar. Daí a sua ênfase na vontade geral e na inalienabilidade da soberania do povo. Daí também a sua ênfase na obrigação política horizontal e solidária, de cidadão para com cidadão, da qual deriva inequivocamente a autoridade do Estado. Para salvar essa comunidade, é necessário eliminar todos os obstáculos que possam interromper-se no intercâmbio político de cidadão para cidadão e que, desse modo, impeçam a formação de uma vontade geral isenta de distorções¹⁹. Ora, as associações e as corporações podem, segundo Rousseau, transformar-se em poderosos grupos privilegiados e desviar a vontade geral a favor dos seus interesses particularistas. Como, para Rousseau, a soberania da comunidade é inalienável, ele não tem necessidade de conceber essas associações como obstáculos à tirania do Estado, ao contrário de Montesquieu em *O Espírito das Leis*. Rousseau preocupa-se, sim, com a possibilidade de elas próprias se corromperem e se tornarem tirânicas. Como tem plena consciência de que é impossível abolir essas associações, Rousseau recomenda a sua proliferação: “[Mas] se existirem sociedades parciais, é preciso multiplicá-las o número e evitar qualquer desigualdade entre elas, como fizeram Sólon, Numa e Sérvio”. E acrescenta: “Só estas precauções garantem que a vontade geral seja sempre esclarecida e que o povo não se engane” (1959-69: 372). O maior desejo de Rousseau é assegurar a transparência da vontade geral. Pode aceitar-se a existência de associações, desde que elas não fragilizem essa garantia; e, de facto, noutras obras, Rousseau admite um amplo espaço para “ces associations [...] plus petites [...] tacites ou formelles” (“essas associações [...] mais pequenas [...] tácitas ou formais”)²⁰.

Enquanto, em Rousseau, o contrato social torna a soberania do Estado derivada e precária, em Hobbes o *Covenant* torna-a original e absoluta. Por esta razão, em meu entender, Rousseau é o arquétipo do teorizador do princípio moderno da comunidade e Hobbes o arquétipo do teorizador do princípio moderno do Estado. Segundo Hobbes, o contrato social é o instrumento por meio do qual o povo renuncia ao estado de natureza — ou seja, à liberdade total e à igualdade que necessariamente conduz à guerra de todos contra todos — e cria uma sociedade civil baseada na soberania absoluta do Estado que, em vez da liberdade e da igualdade, garante a paz, a autoridade efectiva e, finalmente, a única sociedade justa possível. Como o soberano é absoluto, não está sujeito a nenhuma lei, nem mesmo às que promulga. No pólo contrário, o povo tem um interesse fundamental em obedecer ao soberano, pelo menos enquanto o soberano garantir a protecção das suas vidas (Hobbes, 1946: 113-129)²¹.

Tal como em Rousseau, o contrato social é feito “por todos com todos”. Mas, enquanto em Rousseau o contrato representa um acto de atribuição de poder que se reproduz no corpo político que cria, em Hobbes a atribuição de poder por parte da comunidade esgota-se no acto do contrato. A partir daí, o objectivo da paz exige submissão absoluta ao soberano. Enquanto em Rousseau o soberano é “intrínseco” ao contrato, em Hobbes é “extrínseco”, dado que não pode haver pacto entre súbditos e soberano. O soberano é um deus mortal, mas muito pouco o distingue de um deus imortal. Hoje em dia, é geralmente aceite que, tal como em Rousseau, também em Hobbes o estado de natureza é um artifício lógico ou uma elaboração teórica para justificar a institucionalização da sociedade civil. Daí que as diferenças entre eles no modo como concebem o estado de natureza sejam simétricas das diferenças no modo como concebem a sociedade civil. Em Hobbes, a “crueldade absoluta do estado de natureza”, como Weinreb lhe chama, constitui uma verdade retórica ou uma premissa da discussão sobre os fundamentos da autoridade civil absoluta. Weinreb conclui que “quando todo o argumento é apresentado, não restam dúvidas de que o estado de natureza é expressamente criado para ser abandonado” (1987: 74)²².

O processo de reducionismo por que o paradigma da modernidade passou, quando o seu desenvolvimento se fundiu com o do capitalismo, está já anunciado em Hobbes, muito mais do que em Rousseau e Locke, como adiante demonstrarei. Há, sobretudo, duas razões que explicam o facto. Em primeiro lugar, Hobbes ficou profundamente seduzido pela ciência moderna e, acima de tudo, pelas potencialidades da ciência para lograr uma ordem incontroversa²³. Embora a filo-

21. Segundo Cassirer (1946: 175), foi esta transferência de direitos, incondicional e absoluta, para o governante que levou os mais influentes autores de teoria política do século XVII a rejeitarem as conclusões de Hobbes.

22. Ver também Medina (1990: 12).

23. Ver também Buckle (1991: 55) e Toulmin (1990).

19. Ver também Cobban (1964: 46).

20. Ver Cobban (1964: 47).

sofia racionalista do século XVII ansiasse emular o método da geometria, ou da matemática, e criar um conhecimento sistematizado que partisse do direito natural para a “filosofia experimental”, Hobbes, mais do que qualquer outro, assumiu o propósito de atingir a certeza e a incontrovérsia (no conhecimento e na política). Por caminhos vários, essa epistemologia conduziu ao reducionismo: a política separa-se da ética; a moral passa a ser uma função do interesse pessoal; o bem e o mal são reduzidos a objectos relativamente aos quais há, respectivamente, apetência ou aversão.

Na visão da modernidade em Hobbes, as sementes de reducionismo estão ainda inscritas no facto de a tensão entre regulação e emancipação se restringir a uma tensão entre a guerra e a paz. Uma regulação pacífica é a única emancipação acessível ao ser humano, cuja “paixão natural” é a guerra e a anarquia. É verdade que o objectivo de Hobbes é construir uma sociedade justa, mas apesar de ele acreditar, numa formulação assaz ambígua, que “o bem do Soberano e o do Povo são inseparáveis”, o facto é que, para Hobbes, a autoridade efectiva é, por definição, uma autoridade justa, e no seu pensamento não existe qualquer protecção contra a tirania, excepto no caso extremo de perigo para a autopreservação²⁴.

É, pois, evidente que o pensamento de Hobbes transporta já as sementes da estatização como uma forma empobrecida da regulação moderna. O mesmo não pode dizer-se de Locke que, pelo contrário, ataca frontalmente a ideia de soberania absoluta e relaciona a legitimidade do governo com os limites das suas finalidades: o governo é legítimo enquanto respeitar os direitos naturais, e só existe para os proteger. O governo age por consentimento e, como é difícil obter o consentimento unânime, está autorizado a governar segundo a regra da maioria. De facto, existem dois contratos sociais: um entre o povo, em que este decide abandonar o estado de natureza e fundar a sociedade civil, e um outro, entre o povo e o governo soberano, em que o governo é incumbido de regular a sociedade civil de acordo com a regra da maioria. O governo fica, assim, vinculado pelo direito, sendo o direito a única garantia contra os abusos de poder e a tirania. Se essa garantia falhar, o povo tem o direito de se rebelar e de resistir. Se assim não fosse, isso equivaleria a

admitir que os homens são tão loucos que tomam precauções para evitar os males que lhes possam advir das doninhas e das raposas, mas aceitam, ou antes, consideram seguro, serem devorados por leões (Locke, 1952: 53).

As características que distinguem a concepção de sociedade civil de Hobbes da concepção de Locke correspondem às que distinguem as suas concepções do estado de natureza. O estado de natureza de Locke é muito menos sinistro e violento do que o de Hobbes. Trata-se, de facto, de um estado de perfeita liberdade,

igualdade e independência, sendo, de modo geral, um estado de paz, de boa vontade e auxílio mútuo. Numa situação destas, a urgência em abandonar o estado de natureza não é tão grande como no caso de Hobbes: o que deixamos não é assim tão terrível, e o que ganhamos não é, obviamente, muito melhor (Weinreb, 1987: 80). Aquilo que ganhamos é, essencialmente, a certeza e um processo de resolver, por meios pacíficos, aquelas disputas que no estado natural levariam, inevitavelmente, à guerra. Essas disputas e a incerteza prejudicariam, em primeiro lugar, o usufruto da propriedade. Locke escreve, sem qualquer ambiguidade, que “o grande e principal objectivo da união dos homens em comunidade e da sua submissão ao governo é, portanto, a preservação da propriedade” (1952: 71).

Discute-se, actualmente, o conceito de propriedade de Locke, as suas características no estado de natureza e na sociedade civil, bem como a sua evolução ao longo da história²⁵. Para a questão que aqui analiso, apenas interessa referir três aspectos, relativamente incontroversos, do conceito de propriedade de Locke. Em primeiro lugar, adoptando o conceito de Grotius do *uum*, Locke defende um conceito amplo de propriedade que inclui não só bens materiais, mas também a vida, o corpo e a liberdade individual. No entanto, o conceito parece restringir-se à propriedade material quando discutido num contexto de economia monetária. Em segundo lugar, para Locke a propriedade assenta no trabalho. Na sua teoria da propriedade, o trabalho desempenha uma função tão importante como meio de aquisição de propriedade que Locke pode ser considerado um dos precursores da teoria do valor-trabalho:

Porque é, de facto, o trabalho que atribui um valor diferente a cada coisa [...], creio que será um cálculo relativamente simples afirmar que, dos produtos existentes na terra necessários à vida do homem, 9/10 são resultado de trabalho (1952: 24-25).

O terceiro aspecto da teoria de Locke que pretendo destacar é que, na sua opinião, a introdução da moeda alterou drasticamente as relações sociais da propriedade, ao subverter a equação entre propriedade e capacidade de utilização:

e assim surgiu o uso da moeda — uma coisa duradoura que os homens podiam guardar sem que se estragasse, e que, por mútuo consentimento, eles aceitavam em troca de suprimentos verdadeiramente úteis à vida, mas perecíveis (1952: 28).

Com o uso da moeda, a acumulação da propriedade tornou-se ilimitada²⁶. O contraste com Rousseau é flagrante. Embora Rousseau forneça uma justificação da

25. A discussão abrange, também, a evolução do pensamento de Locke sobre a propriedade desde os *Ensaios sobre o Direito da Natureza* até aos *Dois Tratados sobre o Governo*. Sobre opiniões divergentes, ver Buckle (1991: 152) e Macpherson (1962: 237). Ver também Medina (1990: 29-41).

26. A crítica de Buckle a Macpherson, para quem Locke defendia a acumulação ilimitada, não nos parece muito convincente. Ver Buckle (1991: 152).

24. Para uma interpretação coincidente de Hobbes, ver Medina (1990: 13-26).

propriedade muito semelhante à de Locke — propriedade como produto do trabalho —, ele modifica-a ao introduzir o ideal da igualdade. A propriedade tende a acumular-se, tornando-se desigual. Por isso, como “a liberdade não pode subsistir sem igualdade”, o Estado tem de intervir para garantir ambas: “é precisamente pelo facto de a força das circunstâncias tender sempre para destruir a igualdade que a força da legislação deve tender sempre para a conservar” (Rousseau, 1959-60: 392). Para Locke, pelo contrário, ao admitir tacitamente o uso de moeda “o homem aceitou uma propriedade da terra desproporcionada e desigual” (1952: 29).

Na forma como Locke concebe a propriedade moderna vejo uma das formulações fundadoras do princípio do mercado, entendido como um dos pilares da regulação próprios da modernidade. É verdade que esse princípio foi posteriormente mais desenvolvido por Adam Smith, que, aliás, critica Locke pela sua visão mercantilista da riqueza. Para Smith, a riqueza não é constituída por dinheiro, mas por mercadorias cujo consumo é “a causa principal do trabalho humano”²⁷. Contudo, em meu entender, esta concepção de riqueza e a concepção de relações sociais a que conduz não teriam sido possíveis sem o esforço inicial de Locke: o trabalho como fonte de propriedade; a propriedade potencialmente ilimitada e legítima, apesar da desigualdade, se “adquirida segundo as leis da natureza”; o Estado legitimado principalmente pela segurança que pode conferir às relações de propriedade. Tudo isto está na origem das modernas relações de mercado tal como foram universalizadas pelo capitalismo.

Acresce ainda que a teoria de Locke agudiza a contradição moderna entre, por um lado, a universalidade das leis civis fundadas no consentimento e conformes com as leis da natureza, e, por outro, a legitimidade de uma ordem social perturbada por tremendas desigualdades sociais e conflitos de classes²⁸. Através desta tensão, a dialéctica entre regulação e emancipação está bem presente em Locke, embora um pouco menos do que em Rousseau, mas indiscutivelmente mais do que em Hobbes. O objectivo principal de Locke é oferecer uma visão racional de uma sociedade justa, livre e feliz. Daí que o governo tenha de ser limitado e que as leis tenham de assentar no consentimento. A racionalidade da propriedade também impõe certos limites à sua utilização: a propriedade tem de ser protegida como garantia contra a escravatura e a opressão política, não podendo, por isso, ser utilizada de forma a prejudicar a prosperidade social que pretende garantir. Por exemplo, não pode ser malbaratada nem destruída sem justificação racional para isso. A contextualização racional da propriedade em Locke é tão complexa que alguns autores afirmaram recentemente que, nele, a propriedade é “apenas um direito de uso”²⁹. Seja como for, o “individualismo possessivo” de Locke encontra-

se limitado pela ideia de que a capacidade produtiva dos trabalhadores garante uma prosperidade geral, embora desigual, e também pela ideia de que quando a desigualdade conduz à necessidade extrema os necessitados têm o *direito* à caridade.

A análise dos três fundadores do pensamento político moderno mostra a extensão e a complexidade das pretensões regulatórias e emancipatórias da modernidade, como também as tensões dialécticas entre elas. Hobbes, Locke e Rousseau, cada qual a seu modo, sugerem que as simetrias mais abrangentes dos seus projectos — estado de natureza/sociedade civil; soberano/cidadãos; liberdade/igualdade; direito natural/direito civil; consentimento/coerção — acabam por fracassar quando transpostas para a vida real. De facto, cada um destes “founding fathers” do pensamento político moderno antecipa a possibilidade de um tal resultado, e as suas teorias podem ser vistas como tentativas para impedir que isso aconteça. Aqui reside, talvez, uma das razões das bem conhecidas inconsistências, incoerências e contradições das suas teorias, e também das múltiplas e discrepantes interpretações que elas autorizam.

Mas a extensão e a complexidade da construção político-jurídica da modernidade e, em especial, a tensão, a ela inerente, entre regulação e emancipação, são ainda mais evidentes quando Hobbes, Locke e Rousseau são considerados, no seu conjunto, como partes distintas de uma mesma e única constelação intelectual. Na verdade, cada um deles simboliza uma dimensão arquetípica de um projecto revolucionário global. O princípio do Estado (Hobbes), o princípio do mercado (Locke) e o princípio da comunidade (Rousseau) são constitutivos, em pé de igualdade, de um novo paradigma social que, para estar à altura das suas promessas, tem de assegurar o desenvolvimento equilibrado dos três princípios.

Compreendemos melhor Hobbes, Locke e Rousseau concebendo os seus escritos como parte de um vasto projecto de racionalização da vida social. As suas concepções de racionalidade e de direito são particularmente elucidativas a este respeito. No que se refere à concepção de racionalidade, embora os três filósofos se considerem agentes e pensadores racionais, testemunhas eloquentes da emergência da razão iluminista contra as trevas da religião e da tradição, diferem quanto ao tipo de racionalidade que privilegiam na reconstrução racional da sociedade. A racionalidade de Hobbes é, acima de tudo, a racionalidade cognitiva da ciência, da geometria e da matemática. A de Rousseau é a racionalidade moral—prática e, até certo ponto, também a racionalidade estético-expressiva. A de Locke é uma combinação da racionalidade moral-prática com o senso comum.

Esta diversidade, que evidencia a riqueza e complexidade das energias emancipatórias da modernidade, mostra também a tensão entre objectivos eventualmente conflitantes. Por exemplo, enquanto Hobbes procura a positividade e o carácter incontroverso de um conhecimento superior, Rousseau delicia-se a dra-

27. Para uma comparação entre Locke e Smith, ver Buckle (1991: 156).

28. Como foi, correctamente, sublinhado por Macpherson (1962). Ver, também, Medina (1990: 34).

29. Ver, especialmente, Buckle (1991: 169 e 183).

matizar a sua indignação moral perante a injustiça e a estupidez, advertindo que uma excessiva confiança no conhecimento científico pode redundar numa perda de sabedoria. Locke, por seu lado, procura reconstruir a sabedoria a partir do senso comum, combinando positividade com convencionalidade e acessibilidade. Enquanto Hobbes e, até certo ponto, Locke distinguem entre política e moral, Rousseau recusa aceitar tal distinção. Enquanto para Rousseau a comunidade é indispensável para assegurar a vida moral do indivíduo, tanto Hobbes como Locke têm uma fé individualista no indivíduo. Estas tensões só podem ser plenamente entendidas enquanto lutas entre diferentes dimensões de uma mesma constelação intelectual.

O mesmo sucede com as concepções de direito de cada um deles. Para Hobbes, o direito é um produto da vontade, da vontade do soberano, sendo, por isso, inteiramente positivo por natureza e instrumental no seu objectivo. O fim da comunidade política é a “paz e defesa de todos, e quem tiver direito aos fins, tem direito aos meios” (1946: 116). Entre esses meios, Hobbes inclui “todo o poder de prescrever as leis” e “o direito de julgar, ou seja, de ouvir e decidir todos os litígios que possam surgir em matéria de direito, civil ou natural”. Para Locke, o direito é um produto do consentimento pelo qual a comunidade delega no Estado a prerrogativa de ditar e aplicar as leis. De facto, o que falta no estado de natureza é

um direito estabelecido, fixado e conhecido, recebido e autorizado por consentimento comum para ser o padrão do bem e do mal e a medida comum para dirimir todos os conflitos entre ambos (1952: 71).

Finalmente, para Rousseau, o direito, mais do que produto do consentimento, é auto-prescrito, já que a comunidade não aliena ao soberano o direito de legislar. É por isso que o cidadão de Rousseau não obedece senão a si próprio e não pode ser forçado a nada senão a ser livre (sempre que a sua vontade não estiver à altura da vontade geral).

Assim, a complexidade do paradigma da modernidade reside no facto de o direito ser, potencial e simultaneamente, vontade do soberano, manifestação de consentimento e autoprescrição. Pode oscilar entre uma extrema instrumentalidade e uma extrema indisponibilidade, mas é sempre o exercício da regulação em nome da emancipação. Muito especialmente para Hobbes e Locke, as leis civis extraem, em última instância, a sua universalidade e legitimidade da correspondência com as leis naturais. As fraquezas, as paixões, os interesses pessoais dos seres humanos obrigam a que as leis naturais sejam sustentadas pelas leis civis.

Hobbes, Locke e Rousseau anteciparam, cada qual a seu modo, a antinomia entre a universalidade deste paradigma político-jurídico e o mundo particularista em que ele irá ser aplicado, uma sociedade progressivamente dominada pelo capitalismo, pelas divisões de classe e por extremas desigualdades. As “soluções” para esta antinomia que os três oferecem são muito diferentes. Rousseau ataca-a

frontalmente, recusando separar a liberdade da igualdade e deslegitimando as desigualdades sociais com base na propriedade. Hobbes suprime ou oculta a antinomia, reduzindo todos os indivíduos a uma situação de extrema e idêntica impotência perante o soberano. Finalmente, Locke acolhe a antinomia, sem se exceder em consistência, através de uma justificação que legitima, simultaneamente, a universalidade da ordem político-jurídica e as desigualdades de propriedade.

Nenhuma das abordagens destes autores é, em si, reducionista, mas podemos facilmente identificar as sementes de possíveis reducionismos em cada uma delas. Em última instância, a tensão entre regulação e emancipação que percorre essa poderosa constelação intelectual é sentida pelos fundadores do pensamento político moderno como uma ansiedade de justificação. Sentem-se incumbidos de justificar a nova ordem social e política que está a surgir diante dos seus olhos, mas antecipam, e até testemunham, o facto de essa nova ordem ter, simultaneamente, um lado límpido de promessas sem precedentes e um lado obscuro de excessos e défices irreversíveis. A ansiedade de justificação é fruto, por um lado, de não poderem justificar aquilo que consideram moralmente errado, e, por outro, de sabermos que, para salvar a nova ordem dos seus inimigos reaccionários, têm de a justificar globalmente.

A MODERNIDADE POLÍTICO-JURÍDICA E O CAPITALISMO

No campo jurídico e político, a “prova real” do paradigma da modernidade ocorre no século XIX. É justamente nesse período que o capitalismo se torna no modo de produção dominante nos países centrais e que a burguesia emerge como classe hegemónica. Daí para a frente, o paradigma da modernidade fica associado ao desenvolvimento do capitalismo. Seguindo a proposta inicialmente apresentada por Hilferding, e continuada por Offe e outros, divido esse desenvolvimento em três períodos³⁰. O primeiro, o período do capitalismo liberal, cobre todo o século XIX, embora as três últimas décadas tenham um carácter de transição; o segundo, o período do capitalismo organizado, começa nos finais do século XIX e atinge o seu desenvolvimento máximo no período entre as duas guerras e nas duas primeiras décadas do pós-guerra; finalmente, o terceiro período, o do capitalismo desorganizado, começa nos finais dos anos 60 e ainda continua.

Não pretendo fazer aqui uma descrição pormenorizada de cada período, mas apenas referir as características necessárias para seguir a trajectória do paradigma da modernidade ao longo dos três períodos³¹. A minha tese é que o primeiro

30. Ver Hilferding (1981); Offe (1985); Lash e Urry (1987). Ver, ainda, Winckler (1974).

31. Na descrição dos três períodos do desenvolvimento capitalista, reporto-me ao que escrevi anteriormente (1994: 73-84).

período mostra já que o projecto sócio-cultural da modernidade é demasiado ambicioso e internamente contraditório. O segundo período cumpre algumas das promessas da modernidade e deixa outras por cumprir, enquanto procura, graças a uma política de hegemonia, minimizar a extensão dos seus fracassos e torná-los social e simbolicamente invisíveis. O terceiro período representa a consciência de uma situação com três características essenciais: primeiro, o que quer que a modernidade possa ter concretizado não é irreversível e, se não for excessivo, deve ser preservado, embora tal preservação não possa ser garantida nos termos propostos pela modernidade; segundo, as promessas ainda não cumpridas continuarão por cumprir enquanto o paradigma da modernidade dominar; e, finalmente, esse défice, além de ser irreversível, é muito maior do que se pensava no segundo período.

À medida que avançamos do primeiro para o segundo e terceiro períodos, o paradigma da modernidade, qual raio laser, reduz a amplitude das suas realizações ao mesmo tempo que as intensifica. Esse processo de concentração/exclusão é também o processo através do qual a tensão entre regulação social e emancipação social, constitutiva do moderno pensamento jurídico, vai sendo gradualmente substituída por uma utopia automática de regulação jurídica confiada ao Estado.

Primeiro período

O Estado constitucional do século XIX é herdeiro da rica tradição intelectual descrita na secção anterior. Contudo, ao entrar na posse desta herança, o Estado minimizou os ideais éticos e as promessas políticas de modo a ajustar uns e outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal. A soberania do povo transformou-se na soberania do Estado-nação dentro de um sistema inter-estatal; a vontade geral transformou-se na regra da maioria (obtida entre as elites governantes) e na *raison d'état*; o direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se um instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado; a boa ordem transformou-se na ordem *tout court*.

Este complexo processo histórico não pode ser aqui descrito em detalhe. Inflammada pelas contradições do desenvolvimento capitalista, a tensão entre regulação e emancipação explodiu. O Estado liberal encontrou no caos daí resultante a justificação para impor um modo de regulação que convertesse as pretensões mais inequivocamente emancipatórias do paradigma em anomia ou utopia e, portanto, em qualquer dos casos, em perigo social. A deslegitimação social da emancipação ocorre quase simultaneamente no direito e na política, por um lado, e na ciência e na tecnologia, por outro: o caos sócio-político e o caos epistémico referido no Capítulo 1 — o caos concebido como ignorância do ponto de vista do conhecimento-regulação — estão, assim, estreitamente interligados. E o isomorfismo

entre as transformações político-jurídicas e epistemológicas é acentuado pela mesma filosofia que gradualmente as penetra: o positivismo³².

O aparecimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e o do positivismo jurídico no direito e na dogmática jurídica podem considerar-se, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, bem como a imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade não capitalista, quer ela fosse Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios. No mesmo processo, as irracionalidades do capitalismo passam a poder coexistir e até a conviver com a racionalidade moderna, desde que se apresentem como regularidades (jurídicas ou científicas) empíricas.

O positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia da ordem sobre o caos tanto na natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático. O conhecimento sistemático e a regulação sistemática são as duas faces da ordem. O conhecimento sistemático é o conhecimento das regularidades observadas. A regulação sistemática é o controlo efectivo sobre a produção e reprodução das regularidades observadas. Formam, em conjunto, a ordem positivista eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controlo. A ordem positivista tem, portanto, as duas faces de Janus: é, simultaneamente, uma regularidade observada e uma forma regularizada de produzir a regularidade, o que explica que exista na natureza e na sociedade. Graças à ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada para que possa tornar-se previsível e certa. Isto explica a diferença, mas também a simbiose, entre as leis científicas e as leis positivas. A ciência moderna e o direito moderno são as duas faces do conhecimento-regulação.

Enquanto a ciência da natureza tem por objecto a natureza tal como ela é, a ciência da sociedade tem por objecto a sociedade como ela deverá ser. Relativamente à sociedade, o hiato que existe entre o ser e o dever ser pode determinar-se cientificamente (as leis da evolução societal), mas, pelo menos por enquanto, não pode ser preenchido recorrendo-se apenas à ciência. É necessário um acto de vontade que, no entanto, pode ser criado cientificamente. O direito moderno é esse acto de vontade e o agente dessa vontade é o Estado: o Estado jurídico-racional de Max Weber.

O cientificismo e o estatismo são as principais características do direito racional moderno, tal como se desenvolveu no Ocidente durante o século XIX. Para Max Weber, só o Ocidente conhece o Estado no sentido moderno, com uma ad-

32. A propósito das relações entre o positivismo científico e o positivismo jurídico, ver Wlecker (1967: 458-468).

ministração profissional, um funcionalismo especializado e um direito baseado no conceito de cidadania. Só o Ocidente conhece o direito racional, elaborado por juristas e racionalmente interpretado e aplicado (Weber, 1978, II: 865-900). Ao contrário de outras formas de dominação política, como a carismática ou a tradicional, a dominação jurídica formal não está apenas associada a um determinado tipo de direito; ela é constituída por um direito racional. Segundo Hunt, “é, porém, no aspecto da ‘dominação jurídica’ que a forma de direito não é apenas uma característica de um tipo particular de ordem política, mas a sua característica central e determinante” (1978: 114)³³.

A dominação jurídica racional é legitimada pelo sistema racional de leis, universais e abstractas, emanadas do Estado, que presidem a uma administração burocratizada e profissional, e que são aplicadas a toda a sociedade por um tipo de justiça baseado numa racionalidade lógico-formal.

O Rechtsstaat de Weber interioriza a ordem positivista com as suas duas faces de Janus, e mostra-se, quer como pessoa, quer como máquina. A metáfora do Estado como pessoa, como uma pessoa artificial, é utilizada por Hobbes e, mais tarde, por Hegel³⁴. O Estado, concebido como um sujeito monumental que se gerou a si próprio e a si próprio atribuiu o poder, é o agente da vontade política suprema. Por outro lado, o Estado é concebido, nas palavras de Poggi,

como uma máquina com todas as componentes interligadas, uma máquina movida a energia e comandada pela informação que flui de um único centro ao serviço de uma pluralidade de tarefas coordenadas (1978: 98).

É na mesma metáfora mecânica que assenta a noção constitucional norte-americana de “checks and balances”, metáfora também presente na concepção do Estado como criação artificial, funcionalmente específico e que exerce o poder de forma impessoal. No fundo, as duas metáforas, a da pessoa e a da máquina, não estão tão distantes uma da outra como poderia pensar-se, pois, no século XIX, o mecanicismo arquetípico da ciência moderna transformou o ser humano, a pessoa, numa máquina viva (num organismo). Mas, embora gémeas, as duas metáforas são autónomas, e essa autonomia revelou-se muito conveniente para o capitalismo. O Estado-como-pessoa garante a exterioridade do Estado face às relações de produção e a credibilidade do Estado na prossecução do interesse comum, enquanto o Estado-como-máquina garante a certeza e a previsibilidade das suas operações e, acima de tudo, a regulação eficaz das relações de mercado.

O direito formal racional proporcionou quer a vontade do Estado-como-pessoa quer a energia do Estado-como-máquina. Tal como o direito foi reduzido ao

Estado, também o Estado foi reduzido ao direito. Estes dois processos, porém, não foram simétricos. Por um lado, o Estado reservou para si um certo excedente relativamente ao direito, bem presente nas áreas dominadas pela *raison d'état* onde os limites do direito são bastante imprecisos. Por outro lado, se a redução do direito ao Estado converteu o direito num instrumento do Estado, a redução do Estado ao direito não converteu o Estado num instrumento do direito: o direito perdeu poder e autonomia no mesmo processo político que os concedeu ao Estado.

À medida que o direito se foi tornando estatal, foi-se tornando também científico. Na Europa, foi a *Pandektenwissenschaft* alemã que desenvolveu, como já dissemos, a mais notável cientificização do direito moderno, no domínio do direito privado. O carácter científico do formalismo jurídico do Código Civil alemão de 1900 é o seu exemplo mais acabado. Mas as Pandectas foram apenas uma manifestação extrema de um processo muito mais vasto de cientificização do direito moderno tendente a transformar o direito num instrumento eficaz da engenharia social oficial. À medida que o direito foi politizado, enquanto direito estatal, foi também cientificizado, contribuindo assim, pela sua reconstrução científica do Estado, para despolitizar o próprio Estado: a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica.

A hiperpolitização do direito foi, assim, um requisito necessário para a despolitização do Estado. Dentro do Estado, o direito tornou-se autónomo, como parte do mesmo processo histórico que, no sistema capitalista, colocou o Estado fora das relações sociais de produção. Este jogo de espelhos é constitutivo do mundo jurídico moderno. Por exemplo, a divisão entre direito público e direito privado estabelece uma distinção real entre o direito que vincula o cidadão ao Estado e o direito que está à disposição dos cidadãos e que eles utilizam nas relações entre si. Esta distinção real resulta da ilusão de que o direito privado não é um direito estatal.

Concebida nestes moldes, a instrumentalidade técnica do direito estatal autónomo é virtualmente infinita no seu alcance. O que caracteriza a especificidade funcional do Estado moderno não é o número de funções que o Estado pode desempenhar, mas sim a forma de desempenho. O Estado mínimo do constitucionalismo liberal não só contém, em si, as sementes do Estado-Providência benevolente do capitalismo civilizado, mas também as do Estado fascista e do Estado estalinista. Nenhuma destas formas de Estado pôde desprezar a positividade do direito como instrumento potencialmente inesgotável de dominação, por mais subvertida e caricaturada que fosse essa positividade nas duas últimas formas de Estado. Em suma, o cientificismo e o estatismo moldaram o direito de forma a convertê-lo numa utopia automática de regulação social, uma utopia isomórfica da utopia automática da tecnologia que a ciência moderna criara. Quer isto dizer que, embora a modernidade considerasse o direito um princípio secundário (e talvez provisório) de pacificação social relativamente à ciência, uma vez submetido

33. Weber (1978, I: 212-226). Ver também Trubek (1985).

34. Ver também Weinreb (1987: 87).

no Estado capitalista o direito acabou por se transformar num artefacto científico de primeira ordem. A partir daí, o utopismo automático da tecnologia desenvolveu-se em articulação estreita com o utopismo automático da engenharia jurídica e, na verdade, até hoje, estes dois processos passaram a apoiar-se mutuamente.

Convém, contudo, não esquecer que o século XIX não foi apenas o século do positivismo na ciência e no direito. Foi também o século que aprofundou o idealismo romântico do século XVIII e que deu origem ao grande romance realista; foi o século que assistiu ao aparecimento do socialismo como movimento político e de uma infinidade de projectos e práticas utópicas. De formas muito diversas, todos estes fenómenos constituem, não só vigorosas denúncias da redução dos objectivos da modernidade, como também actos de resistência contra a estigmatização da emancipação e contra o abandono da promessa de racionalização radical da vida individual e colectiva.

Os projectos e os movimentos socialista e utópico apontavam para uma realização plena e harmoniosa dos ideais de igualdade e liberdade, de autonomia e solidariedade, de regulação e emancipação. Por sua vez, o idealismo romântico representou — embora de forma elitista — a visão utópica da realização total da subjectividade desenvolvida pelo Iluminismo. Com a nostalgia da totalidade, das origens e do vernáculo, contra o atomismo, a alienação e o instrumentalismo da vida moderna, e ao colocar a estética e a poesia no centro da integração social, o idealismo romântico simbolizou a denúncia e a resistência à tendência para a selectividade e concentração na aplicação social do paradigma da modernidade³⁵. Por outro lado, o romance realista revelou-nos uma classe — a burguesia — incapaz de aproveitar a oportunidade histórica de se tornar uma classe universal e de levar a cabo uma transformação social radical³⁶, a mesma oportunidade que Hegel previu para a burocracia e Marx para a classe operária.

Em resumo, o período do capitalismo liberal desencadeia o processo social de selectividade e concentração da modernidade, mas, como as contradições do paradigma vão explodindo sem mediação, é ainda possível neste período formular e activar, mesmo que de forma desviante e marginal, a vocação radical e globalizante do paradigma, rejeitando assim a ideia da irreversibilidade do défice no cumprimento das suas promessas.

35. Ver Hauke Brunkhorst, para quem “o modernismo romântico está desconcertantemente próximo da oposição fundamental conservadora ou reaccionária à cultura moderna e ao seu racionalismo utópico” (1987: 409). Também na opinião de Gouldner, “o potencial revolucionário do romantismo resultou, em parte, do facto de, embora constituísse basicamente uma crítica ao industrialismo, poder ser usado como crítica ao capitalismo e à sua cultura” (1970: 115).

36. Segundo Georg Lukács, “a categoria e o critério central da literatura realista é o tipo, uma síntese específica que originariamente reúne o geral e o particular, tanto nas personagens como nas estruturas” (1972: 5). Daí que defina o realismo como “uma concepção dialéctica correcta da relação entre ser e consciência” (idem: 119). Ver também Auerbach (1968: 454 e ss.) e Swingewood (1975, cap. 3).

Nestas circunstâncias, o estatismo e cientificismo do direito — que grosso modo correspondem à preponderância dos princípios do Estado e do mercado em detrimento do princípio da comunidade — desenvolveram-se num terreno social cheio de tensões. Por um lado, foi convulsiva a redução da comunidade soberana de Rousseau a uma estrutura dualista de entidades abstractas — Estado e sociedade civil; sociedade civil e indivíduo. Por outro lado, o princípio do Estado e o princípio do mercado colidiram frequentemente na demarcação de áreas de cumplicidade/complementaridade e de domínio exclusivo, numa espécie de jogo de cumplicidade e antagonismo que dura até hoje e que desde o início se desenrolou primordialmente no campo do direito.

Se o princípio do mercado foi impulsionado pela primeira vaga de industrialização, pela expansão das cidades comerciais, pelo aparecimento de novas cidades industriais e pela expansão do colonialismo industrial, o desenvolvimento do princípio do Estado foi muito mais ambíguo, sobretudo devido aos objectivos contraditórios do *laissez-faire*. Como Dicey muito sagazmente sublinhou, o *laissez-faire* incluía simultaneamente a ideia de Estado mínimo e a de Estado máximo (1948: 306). Isto explica porque é que, acima e para além dos momentos de colisão, os dois princípios são inseparáveis e se implicam mutuamente. A exactidão da previsão de Durkheim de que o desenvolvimento das relações de mercado implicaria um desenvolvimento das relações estatais tornou-se patente nos dois períodos subsequentes do capitalismo (Durkheim, 1984).

Segundo período

Relativamente aos países centrais do sistema mundial, pode em geral afirmar-se que o período do capitalismo organizado foi, efectivamente, uma idade positiva em sentido comteano. Tal como qualquer adulto sensato e maduro saído do *Cours de Philosophie Positive*, este período começou por distinguir, no paradigma da modernidade, entre as promessas que podiam e as que não podiam ser cumpridas numa sociedade capitalista dinâmica. Seguidamente, concentrou-se nas primeiras e tentou, através da socialização e da inculcação cultural, eliminar as segundas do universo simbólico da praxis social e cultural. Por outras palavras, começou por reconhecer a ideia de que o défice no cumprimento de promessas era inevitável e irreversível para depois eliminar a própria noção de défice. No campo jurídico, este período foi caracterizado por uma hipertrofia inédita da utopia automática de engenharia social através do direito, em nome da qual se redefiniram o cientificismo e o estatismo do direito.

No primeiro período, o período do capitalismo liberal, a autonomia e a universalidade do direito assentavam na unidade do Estado, e a unidade do Estado assentava na distinção entre Estado e sociedade civil e na especificidade funcional do Estado. A sociedade civil e, acima de tudo, as relações de mercado eram con-

cebidas como auto-reguladas, e era ao Estado que cabia garantir essa autonomia. O instrumento mais crucial da autonomização da sociedade de mercado foi o direito privado, complementado por medidas fiscais, monetárias e financeiras, destinadas quase sempre a corrigir os desequilíbrios resultantes de deficiências ou imperfeições do mercado. Este último objectivo incluía tarefas tão diversas como a concessão de terrenos às empresas ferroviárias, o serviço da dívida pública, o protecçãoismo, a concessão de patentes, a repressão e a regulação dos sindicatos, as políticas coloniais. Incluía também legislação sobre a duração do dia de trabalho, tão brilhantemente analisada por Marx no capítulo 10 do volume 1 de *O Capital*, e a legislação que lidava com “a questão social”, ou seja, com o conjunto de problemas decorrentes da rápida e autónoma industrialização, tais como pobreza generalizada, prostituição, criminalidade, alcoolismo, epidemias, analfabetismo, greves, desemprego e subversão socialista³⁷.

Esta intervenção do Estado liberal, aparentemente excepcional e discreta, trazia consigo o potencial para o “absolutismo jurídico”, potencial que, no entanto, se manifestava de modo muito incompleto, resultando num desenvolvimento desigual do campo jurídico. Considerava-se que o direito privado, o foco privilegiado do cientificismo e do positivismo jurídicos, estava desvinculado de qualquer conteúdo político ou social e era capaz de libertar as relações sociais dos vínculos e hierarquias do antigo regime. Tinha como objectivo assegurar a reprodução de um mercado competitivo, capaz de se auto-equilibrar, através de liberdades negativas, enquadramentos jurídicos apropriados, mas supletivos, e mecanismos que garantissem o cumprimento dos contratos. O direito administrativo organizava o distanciamento quotidiano dos aparelhos do Estado relativamente aos cidadãos e concentrava-se nos mecanismos que reproduziam esse distanciamento, sobretudo através de uma nítida demarcação dos limites da intervenção do Estado. Por último, o direito constitucional assentava no pressuposto de que as liberdades individuais tinham origem pré-jurídica e de que o Estado apenas podia garanti-las por meios políticos e administrativos, apertadamente definidos, seguros e previsíveis, que competia ao direito constitucional estabelecer³⁸.

Nos finais do século XIX, este panorama jurídico e político alterou-se dramaticamente, sobretudo devido ao crescente domínio do modo de produção capitalista, não só sobre as relações económicas, mas também em todos os aspectos da vida social³⁹. A concentração e centralização do capital industrial, comercial e financeiro, a proliferação de cartéis e monopólios, e a separação entre propriedade

jurídica e controlo económico ilustraram a extraordinária expansão do princípio do mercado, ao mesmo tempo que puseram fim ao mercado competitivo e auto-equilibrável. Além disso, o alargamento do direito de voto e a organização dos interesses sociais sectoriais (muitas vezes antagónicos) em organizações patronais e sindicatos evidenciaram ainda mais o carácter classista da dominação política. À medida que as práticas de classe se traduziram em política de classe, os sindicatos e os partidos operários entraram na cena política, até então exclusivamente ocupada pelos partidos oligárquicos e pelas organizações burguesas.

Nestas condições, a distinção entre Estado e sociedade civil iria sofrer um processo de transformação gradual, que começou por deslocar sucessivas da linha de demarcação e que acabou por esbater totalmente a distinção, com implicações decisivas no campo jurídico que se continuam a repercutir até hoje. Duas evoluções diferentes, mas convergentes, incentivaram este processo.

A primeira foi a necessidade de uma gestão económica pública imposta pela crescente complexidade da economia capitalista. Por um lado, as externalidades do crescimento económico decorrentes da crescente desigualdade dos agentes económicos (não só entre o capital e o trabalho, mas também no seio do próprio capital) conduziram à necessidade da intervenção do Estado, sobretudo para regular os mercados. Por outro lado, e aparentemente em contradição com isto, o crescimento das grandes empresas, o controlo que eram capazes de exercer sobre os processos económicos e o poder político que assim foram acumulando resultaram na crescente disponibilidade do Estado capitalista para proteger os interesses empresariais, desde a construção de infra-estruturas e da socialização dos custos de industrialização à criação de sistemas educativos concebidos para satisfazer as necessidades das grandes empresas no que respeita à habilitação e especialização da mão-de-obra, a políticas de pleno emprego e a fundos para investigação e desenvolvimento.

Embora este processo, no seu resultado final, tenha convergido para a deslocação da linha de demarcação entre Estado e sociedade civil, e mesmo para o gradual desaparecimento dessa distinção, algumas das forças sociais nele implicadas (de forma muito especial a burguesia e a classe operária) foram mobilizadas por objectivos frequentemente contraditórios. Além disso, o próprio Estado desenvolveu entretanto um interesse autónomo na intervenção como meio de assegurar a reprodução da enorme organização burocrática que entretanto fora criada. Buscando a justificação em situações excepcionais (a devastação das guerras mundiais), no reconhecimento das deficiências do mercado (lucros ou investimento insuficientes) ou num novo princípio político (a social-democracia), essa intervenção autónoma do Estado incluiu, por vezes, a nacionalização de empresas privadas ou até a criação de empresas públicas. Poggi tem razão ao afirmar que

37. Ver Poggi (1978: 115). O período de transição entre o capitalismo liberal e o capitalismo organizado é particularmente esclarecedor a este respeito. Ver também Romein (1978).

38. Sobre este desenvolvimento, ver, entre outros, Preuss (1988).

39. Uma descrição expressiva desta evolução pode ser encontrada em Romein (1978: 271 e ss.).

o que torna a tendência para a eliminação da divisão entre Estado e sociedade civil tão forte é, precisamente, o facto de que vários fenómenos diferentes, e até contraditórios, convergem para provocá-la (1978: 131)⁴⁰.

A segunda transformação foi o reconhecimento político das externalidades sociais do desenvolvimento capitalista — a politização de algumas dimensões da “questão social” —, reconhecimento resultante da expansão do processo político desencadeado pela extensão do direito de voto aos trabalhadores e pela emergência de poderosos partidos operários. A politização da desigualdade social envolveu a intervenção do Estado na relação salarial e no consumo colectivo: segurança do emprego, salários mínimos, subsídios e indemnizações aos trabalhadores, fundos de pensões, educação pública, saúde e habitação, ordenamento do território e planeamento urbanístico, etc. Estas medidas foram tão radicais e resultaram de um pacto social (entre o capital e o trabalho, sob a égide do Estado) tão inédito que conduziram a uma forma política nova: o Estado-Providência.

A gestão económica (o keynesianismo) e a gestão política (o Estado-Providência) do capitalismo nos países centrais conduziram a um novo modo de regulação social que se designou por fordismo. Este modo de regulação baseia-se na convergência do desenvolvimento do princípio do Estado e do princípio do mercado, de forma a que os conflitos entre ambos sejam considerados provisórios, selectivos e até institucionalizados. Daí que o aparecimento de um conflito ou de uma distanciação mútua num determinado campo social se combine facilmente com uma nova cumplicidade e aproximação recíproca noutra campo social.

Há, aliás, argumentos para defender que, no período do capitalismo organizado, não se fortaleceram apenas os princípios do mercado e do Estado, mas também o princípio da comunidade. De facto, o carácter distributivo das políticas sociais assenta numa noção de solidariedade que se assemelha à obrigação política horizontal, de cidadão para cidadão, que considere ser a essência do princípio da comunidade. No entanto, convém não esquecer que o princípio da comunidade não foi reconhecido nos seus próprios termos. Tratou-se, antes, de um reconhecimento derivado, já que ocorreu sob a égide do princípio do Estado e como parte integrante da expansão deste princípio. Na verdade, com o Estado-Providência a obrigação política horizontal transformou-se numa dupla obrigação vertical entre os contribuintes e o Estado, e entre os beneficiários das políticas sociais e o Estado. Desta forma, o exercício de autonomia que o princípio da comunidade pressupunha transformou-se num exercício de dependência relativamente ao Estado.

Apesar de tudo, é indiscutível que no período do capitalismo organizado a dimensão político-jurídica do paradigma da modernidade foi totalmente redefinida

para conciliar objectivos antagónicos e equilibrar interesses que o período anterior considerara insusceptíveis de conciliação e de equilíbrio. Conciliar e equilibrar implicava, também, reduzir os ideais de emancipação a proporções realistas, e as opções de princípio a compromissos contingentes. Solidariedade, justiça e igualdade podiam ser compatíveis com autonomia, identidade e liberdade, desde que cada conjunto de valores, aparentemente incompatíveis, fosse reduzido ao que era realisticamente exequível numa sociedade capitalista. Desta forma, seria possível, nos países centrais, cumprir, em maior ou menor grau, duas promessas “realistas”: a promessa de uma distribuição mais justa dos recursos materiais e a promessa de uma maior democratização do sistema político. Compatibilizou-se o cumprimento da primeira com a vigência de uma sociedade de classes, e o cumprimento da segunda com a vigência de uma política liberal burguesa. Através de uma política de hegemonia foi, então, possível converter esta forma particular de compatibilização — no fundo, uma entre muitas outras — na única legítima e, até, na única concebível. Esta conversão significou o triunfo do reformismo sobre a revolução, facto simultaneamente patente na gradual, mas constante, marginalização dos partidos comunistas e na transformação dos partidos socialistas em partidos social-democráticos.

O impacto do novo modo de regulação social no direito foi enorme. A monitorização intensificada dos processos económicos e sociais levada a cabo pelo Estado conduziu ao desenvolvimento de novos domínios do direito, como o direito económico, o direito do trabalho e o direito social, todos eles com a característica comum de conjugarem elementos de direito privado e direito público, esbatendo assim ainda mais a linha de demarcação entre Estado e sociedade civil. Mas as consequências destas transformações nos domínios tradicionais do direito foram também importantes, sobretudo no direito constitucional e no direito administrativo. As constituições deixaram de ser a concepção de um Estado burocrático e de um sistema político apertadamente definido para se transformarem num terreno de intermediação e negociação entre interesses e valores sociais conflitantes. O resultado mais sintomático desta evolução foi o reconhecimento dos direitos sócio-económicos, a terceira geração dos direitos humanos segundo T. H. Marshall (1950). A evolução do direito administrativo seguiu também o mesmo caminho, ao deixar de se preocupar com a organização da submissão controlada a um Estado burocrático e autoritário, para se concentrar na organização da afectação de recursos e na regulação tecnológica realizada por um Estado cooperante.

De modo geral, à medida que o Estado se envolveu na gestão dos processos económicos e sociais — uma transformação que, segundo os teóricos liberais, exigia a “perda da autonomia do Estado” —, o direito do Estado tornou-se menos formalista e menos abstracto; o equilíbrio e o compromisso entre os interesses em conflito tornou-se mais evidente (a “materialização” do direito); e a função de integração política e social do direito distributivo tornou-se um importante tema

40. Ver, também, Romein (1978: 276).

de debate político (a “politização” do direito). No fundo, nem a “materialização” nem a “politização” eram fenómenos novos. Foram considerados como tal apenas porque abrangiam agora grupos sociais e domínios de actividade muito mais vastos do que os que eram abrangidos pelo direito no período do capitalismo liberal. De qualquer forma, as transformações foram enormes. O facto de o direito ter passado da demarcação dos limites externos da prática social para a modulação interna da prática social intensificou radicalmente a instrumentalidade do direito. Só então é que o direito do Estado conseguiu dar credibilidade à utopia automática da engenharia jurídica anunciada no primeiro período. A crescente complexidade dos subsistemas sociais e a crescente necessidade de coordenação social e de integração entre eles exigiam um campo jurídico potencialmente infinito onde os défices e os excessos do desenvolvimento económico e social fossem, se não eliminados, pelo menos reduzidos a proporções controláveis.

Esta utopia jurídica⁴¹ simbolizava, antes de mais, um novo conceito de caos social e, simetricamente, um novo conceito de ordem. No período do capitalismo liberal, considerava-se que as relações sociais e, sobretudo, as relações de mercado se auto-regulavam de modo geral e que, portanto, estavam longe de ser caóticas. Como atrás pudemos verificar, as tendências caóticas só se faziam sentir nos extremos, e só aí havia lugar para uma demarcação jurídica dos limites. Neste período, o caos social aparecia sob a forma da questão social. Dado que o sistema político era demasiado restritivo para permitir uma politização total da questão social, o direito do Estado só muito superficialmente conseguia abordá-la.

Pelas razões atrás mencionadas, a situação alterou-se drasticamente no segundo período. A produção política, social e económica de caos tornou-se muito mais visível, bem patente nas guerras e no imperialismo, nas crises globais e nas práticas predatórias, nas enormes desigualdades sociais e nos consumos sumptuários, na rebelião social e na anomia, na discriminação social e no desperdício dos recursos, etc., etc. A expansão da regra democrática, introduzida pelos partidos operários, permitiu uma politização das “disfunções” caóticas maior do que nunca. Assim que entrou no campo político, o caos foi miniaturizado a uma dimensão que permitisse o funcionamento eficaz do controlo jurídico. A utopia jurídica podia, então, reproduzir-se, desde que, por via da inculcação ideológica, fosse possível manter oculto o “efeito de miniaturização”.

As profundas alterações do intervencionismo estatal e da instrumentalidade jurídica que ocorreram no segundo período tiveram um impacto tão profundo no Estado como no seu direito. Uma intervenção do Estado é sempre uma intervenção no Estado e o mesmo é válido para o direito. Referirei, sumariamente, algumas

consequências no domínio do direito. As mais importantes estão patentes nas transformações que ocorreram na estatização e na cientificização do direito do Estado.

A “condição inicial”, de ordem epistemológica, para o eficaz funcionamento do direito como direito do Estado nas sociedades capitalistas é a unidade do Estado, a sua especificidade funcional e a sua separação inequívoca em relação à sociedade civil. Como atrás afirmei, esta condição inicial sofreu uma profunda erosão no segundo período. A juridicização da prática social foi simultaneamente produto e agente dessa erosão. A equação Estado/direito foi desestabilizada e, consequentemente, o carácter estatal do direito tornou-se problemático; em vez de característica intrínseca, passou a ser uma variável. À medida que o Estado se transformava num recurso político para grupos e classes sociais mais vastas, o transclassismo e a autonomia do Estado ganharam credibilidade ideológica. No entanto, embora o Estado actuasse através do direito, a autonomia do Estado não implicava a autonomia do direito enquanto direito estatal. Pelo contrário, à medida que o direito se entranhava nas práticas sociais que pretendia regular ou constituir, distanciava-se do Estado: ao lado da utilização do direito pelo Estado, surgiu a possibilidade de o direito ser usado em contextos não estatais e até contra o Estado. A surpreendente agregação da política e da ética que ocorreu neste período, independentemente da forma selectiva que assumiu, possibilitou o reaparecimento de uma percepção social do direito como direito natural, embora se tratasse de um direito natural derivado do direito positivo e surgisse no momento em que as liberdades pré-políticas e pré-constituídas do primeiro período, bem como as auto-regulações que o caracterizavam, eram varridas por uma juridicização da vida social sem precedentes.

De uma outra perspectiva, porém, o direito tornou-se mais estatal do que nunca. A juridicização da prática social significou a imposição de categorias, interações e enquadramentos jurídicos estatais, relativamente homogêneos, nos mais diversos e heterogêneos domínios sociais (família, vida comunitária, local de trabalho, esfera pública, processos de socialização, saúde, educação, etc.). A manejabilidade do direito estatal pressupunha a maleabilidade dos domínios sociais a regular juridicamente. Sempre que a prática social não pôde validar este pressuposto, o resultado foi o que Habermas designou por “colonização do mundo da vida”, isto é, a destruição das relações sociais sem a criação de equivalentes funcionais jurídicos adequados⁴². Sempre que tal aconteceu, o benefício jurídico do Estado-Providência converteu-se num bem humano condicional. Condicional pelo facto de poder destruir as dimensões eventualmente benéficas das relações sociais a serem reguladas, sem garantir a sustentabilidade da benevolência jurídico-estatal, dada a dependência desta em relação às necessidades variáveis de reprodução do capital.

41. Esta utopia jurídica está prisioneira de uma espécie de mito de Sísifo: cada conjunto de medidas jurídicas, motivadas por um qualquer desenvolvimento “exterior”, exige um novo conjunto de medidas, e assim por diante, num processo infundável.

42. Para uma profunda análise deste processo, ver Teubner (1987) e Preuss (1988).

O desenvolvimento incompleto da estatização do direito do Estado teve lugar num contexto político caracterizado por um activismo jurídico tão intenso que conduziu à ideologia suprema da moderna ordem burocrática: o fetichismo jurídico e institucional. No entanto, e aparentemente em contradição com isto, a sobre-utilização do direito foi acompanhada, não de um aumento, mas de uma perda da centralidade do direito como fonte de legitimação do Estado. Enquanto o Estado liberal se legitimou através da racionalidade jurídico-formal do seu funcionamento, o Estado-Providência procurou a sua legitimação no tipo de desenvolvimento económico e na forma de sociabilidade que julgava fomentar. O direito foi despromovido da categoria de princípio legitimador do Estado para a de instrumento de legitimação do Estado. Assim se lançavam as sementes da banalização do direito.

As transformações no estatismo do direito estatal foram acompanhadas por transformações idênticas no seu cientificismo. A condição epistemológica inicial para a reprodução cientificizada do direito estatal é a relativa estabilidade das normas e dos factos, e, sobretudo, do próprio dualismo norma/facto. O desgaste desta condição era inevitável perante o dinamismo das sociedades capitalistas neste século e perante o papel central que o Estado nele desempenhou. Com o progressivo envolvimento do Estado nos processos económicos e sociais e à medida que este se vai tornando mais complexo, diferenciado e sistémico, o direito abstracto, formal e universal, recua perante o direito contextualizado, particularista e circunstancial. Em certas áreas onde a componente tecnológica da regulação jurídica é fundamental, a regra do direito transforma-se em regra de competência técnica, com normas e factos a interpenetram-se de tal forma que se tornam indistinguíveis (Preuss, 1988: 371).

Além disso, nas áreas de intervenção do Estado mais dinâmicas e estratégicas, as condições gerais para a actuação deste — as que podem ser enquadradas por leis abstractas — são quase irrelevantes. Os órgãos que lhes dão execução necessitam, sobretudo, de amplos poderes discricionários, ou seja, de reconhecida competência para manipular quer as normas quer os factos da forma que considerem mais adequada, tendo em conta os diferentes campos sociais, em constante mutação, e as suas respectivas necessidades de regulação. É, particularmente, no campo do direito económico que há mais possibilidades para uma legalidade negociada, uma legalidade efémera e intersticial onde o dualismo norma/facto desaparece quase completamente. Finalmente, as áreas onde o dualismo subsiste podem tornar-se tão complexas que a aplicação convencional do direito só pode tornar o dualismo operacional depois de ter reduzido drasticamente o âmbito das normas e dos factos em causa. Isto acontece, sobretudo, no caso de consequências de processos tecnológicos (emissões tóxicas, fugas radioactivas, Chernobyl, Bophal, deflorestação). Nesses casos, o nexa de causalidade juridicamente pertinente é geralmente uma miniatura caricatural do verdadeiro nexa de causalidade e, em

consequência, as reivindicações assentes em direitos das pessoas lesadas são também miniaturizadas.

Ao longo de todo o século, e por variadíssimas formas (*Interessenjurisprudenz*, teoria sociológica do direito, neo-jusnaturalismo, realismo jurídico, disponibilidade do direito, auto-reflexividade do direito, autopoiese jurídica, etc.), a ciência jurídica tem tentado fornecer um relato científico das transformações no campo do direito. No terceiro período tornam-se evidentes as razões do fracasso de todas essas tentativas.

Terceiro período

Desde o início da década de setenta, o modo de regulação fordista tem vindo a sofrer uma considerável deterioração nos países centrais, a par de uma crise multifacetada do Estado-Providência⁴³. As transformações têm sido tão vastamente sentidas que é legítimo falar-se de um novo período, o período do *capitalismo desorganizado*. Esta designação, porém, é ambígua e traiçoeira, pois pode fazer crer que no período actual o capitalismo não é organizado, o que está longe de ser verdade. De facto, pode afirmar-se precisamente o contrário, que o capitalismo está hoje mais organizado do que nunca. A expressão capitalismo desorganizado significa, em primeiro lugar, que as formas de organização típicas do segundo período estão a ser gradualmente desmanteladas ou reconstituídas num nível de coerência muito mais baixo, e, em segundo lugar, que, precisamente por esse processo estar a decorrer, é muito mais visível a demolição das antigas formas organizativas do que o perfil das novas formas que irão substituí-las.

Um sinal de que o capitalismo está actualmente mais bem organizado do que nunca é o facto de ele dominar todos os aspectos da vida social e ter conseguido neutralizar os seus inimigos tradicionais (o movimento socialista, o activismo operário, as relações sociais não-mercantilizadas). Em todo o caso, essa organização é ainda muito opaca, e aquilo que já é visível parece bastante provisório, como se estivesse apenas a preparar caminho para as instituições, as regras e os processos que hão-de constituir o novo modo de regulação. Neste sentido muito específico, é legítimo designar a nossa época por capitalismo desorganizado, um período de transição de um regime de acumulação capitalista para outro ou, como adiante propomos, de uma transição muito mais vasta de um paradigma societal para outro.

Fundamentalmente, neste período, as duas promessas “realistas” que, até certo ponto, se tinham concretizado nos países centrais do sistema mundial ao longo do

43. Ver, também, Harvey (1989), que fornece uma boa síntese. Para ilustrar diferentes perspectivas, ver, entre muitos outros, Offe (1985), Esping-Anderson (1990), Peck (1996), Pierson (1996), Salisbury (1997).

segundo período — a promessa de uma distribuição mais justa dos benefícios sociais e a promessa de um sistema político estável e relativamente democrático — não tiveram continuidade e estão, aliás, a deteriorar-se através de múltiplas manifestações: desigualdades sociais crescentes, aumento alarmante da pobreza, aparecimento de “Terceiros Mundos interiores”, redução dos recursos e do âmbito das políticas sociais, deslegitimação ideológica do Estado facilitador, novas formas de exclusão social e de autoritarismo sob a capa de promoção de autonomia e de liberdade, “patologias” da participação e da representação no processo político, novo populismo e clientelismo na política, etc. Além disso, os dois paradigmas políticos da transformação social disponíveis no início do segundo período — revolução e reforma — parecem estar ambos igualmente esgotados. O paradigma revolucionário, rejeitado nos países centrais logo a seguir à Primeira Guerra Mundial, parece estar a atravessar uma última crise irreversível nos países periféricos e semiperiféricos que o adoptaram, em diferentes moldes, depois da Segunda Guerra Mundial. Por sua vez, o paradigma reformista — que inicialmente visava uma transformação socialista da sociedade e se estabilizou gradualmente no projecto, muito menos ambicioso, de democratização social do capitalismo —, apesar de ter sido hegemónico nos países centrais durante o segundo período, perdeu vigor nas últimas duas ou três décadas e, neste momento, atravessa uma crise tão grave quanto a das formas sociais e políticas que promoveu: o fordismo e o Estado-Providência.

De acordo com a estrutura analítica que tenho vindo a propor, as transformações mais decisivas do terceiro período parecem estar a ocorrer sob a égide do princípio do mercado, que se afigura mais hegemónico que nunca no seio do pilar da regulação, dado que produz um excesso de sentido que invade o princípio do Estado e o princípio da comunidade, tendendo a dominá-los de forma muito mais profunda do que nos dois períodos anteriores. O crescimento espectacular dos mercados mundiais, juntamente com a emergência de sistemas mundiais de produção e de agentes económicos transnacionais, minou a capacidade do Estado para regular o mercado ao nível nacional. A industrialização do Terceiro Mundo, a expansão internacional da subcontratação e dos contratos de franquia, bem como a ruralização da indústria, tudo se conjugou para destruir a configuração espacial da produção e da reprodução nos países centrais.

Ao mesmo tempo que a dinâmica endógena local — frequentemente assente em complexas combinações entre agricultura e indústria, produção familiar e produção industrial — vai ligando, sem a intermediação do espaço nacional, os espaços locais aos espaços globais da economia, as antigas regiões industriais vão-se descaracterizando e desindustrializando, reaparecendo em seu lugar o espaço local como factor produtivo estratégico. A expansão extensiva do mercado acompanha a sua expansão intensiva, como o demonstram a ideologia cultural do consumismo — com a crescente diferenciação dos produtos e individualização

dos gostos, e o conseqüente aumento do número de escolhas — e a progressiva mercadorização da informação e da comunicação social, que oferece oportunidades virtualmente infinitas para a reprodução alargada do capital.

O princípio do Estado está, também, a sofrer transformações drásticas. A ideologia e a prática do neoliberalismo, em combinação com as operações transnacionais das grandes empresas e das agências internacionais, conduziram a um certo esbatimento do protagonismo do Estado-nação como actor no sistema mundial. Conforme tentarei demonstrar no 3º e no 4º Volumes, este é um processo extremamente complexo e cheio de contradições, mas de modo geral pode afirmar-se que o Estado parece estar a perder o estatuto de unidade privilegiada de análise e de prática social. Esta perda relativa de protagonismo do Estado nos países centrais tem tido um papel determinante nas políticas sociais. Desregulação, privatização, mercado interno do Estado, comparticipação nos custos, mercadorização, cidadania activa, ressurgimento da comunidade são algumas das denominações do variado conjunto de políticas estatais com o objectivo comum de reduzir a responsabilidade do Estado na produção de bem-estar social. O facto de, na maioria dos países, a degradação do desempenho social do Estado não lhe ter diminuído significativamente o peso burocrático faz com que ao crescente enfraquecimento e ineficácia da administração pública venha juntar-se o crescente autoritarismo de um sem-número de burocracias desajustadas, cada uma exercendo o seu micro-despotismo sobre cidadãos cada vez mais impotentes e politicamente incapazes.

À escala mundial, o sistema inter-estatal está, também, a atravessar uma fase de importantes transformações. A relativa perda de protagonismo do Estado, sendo embora um fenómeno generalizado, tem implicações muito diferentes conforme se trate de Estados do centro, da semiperiferia ou da periferia do sistema mundial. Num contexto de crescente desigualdade entre o Norte e o Sul, os Estados periféricos e semiperiféricos estão a ficar cada vez mais limitados — como vítimas ou como parceiros — ao cumprimento das determinações do capital financeiro e industrial transnacional, determinações, por sua vez, estabelecidas pelas organizações internacionais controladas pelos Estados centrais. Essas determinações, frequentemente apresentadas em combinações estranhas de liberalismo económico e de protecção dos direitos humanos, abalam a tal ponto a já de si frágil componente social do Estado, que esses países assumem a ideia da crise do Estado-Providência sem nunca terem usufruído verdadeiramente deste.

Em consequência destas alterações, o princípio, nunca acabado, da comunidade retrocedeu para um estado de marginalização ainda maior. No período do capitalismo organizado, a transformação da obrigação política horizontal (de cidadão para cidadão), característica do princípio da comunidade, numa dupla obrigação política vertical (do contribuinte para com o Estado e do beneficiário da segurança social para com o Estado), foi o resultado de um complexo processo político

onde as práticas e as políticas de classe desempenharam um papel determinante. No terceiro período, o conjunto de alterações do princípio do Estado e do princípio do mercado limitou e descaracterizou consideravelmente as práticas e as políticas de classe. A tendência para uma relação salarial mais precária (alguns dirão: mais flexível) tem sido, simultaneamente, causa e efeito do declínio dos mecanismos corporativos (legislação laboral, justiça do trabalho, contratação colectiva, salários indirectos) e das organizações que os mobilizavam, principalmente dos sindicatos, que viram o número de filiados diminuir continuamente.

Mas as práticas e políticas de classe foram também afectadas por modificações significativas nas estruturas das classes. A segmentação nacional e transnacional dos mercados de trabalho, a crescente diferenciação interna da classe operária industrial, o aumento do desemprego e do subemprego, qualquer deles estrutural, a expansão do sector informal no centro, na periferia e na semiperiferia, o extraordinário aumento dos serviços, tanto dos qualificados como dos não qualificados, a difusão da ideologia cultural do consumismo, mesmo em classes e países onde essa ideologia dificilmente pode ser traduzida numa prática de consumo, o conjunto de todos estes factores contribuiu para descaracterizar as práticas de classe ou para impedir que se transformassem eficazmente em política de classe. Foi assim que os partidos operários tradicionais acabaram por suavizar o conteúdo ideológico dos seus programas e se transformaram em partidos transclassistas (*catchall parties*). Entretanto, as transformações políticas radicais da Europa de Leste e o desmoronamento da União Soviética contribuíram para “naturalizar” o capitalismo e a exploração capitalista, agora nas suas versões mais liberais, em detrimento das versões social-democráticas.

Embora todas estas transformações tenham contribuído para fragilizar ainda mais as condições para o exercício da solidariedade horizontal a que o princípio da comunidade faz apelo, deve salientar-se que, nas últimas décadas, este princípio foi de certo modo reactivado, não através de uma forma derivada e centrada no Estado, como no segundo período, mas de uma nova forma aparentemente mais autónoma. Trata-se de um processo bastante ambíguo que abrange um vasto espectro de cenários ideológicos.

Na vertente conservadora, a ideia de retracção do Estado traduziu-se, basicamente, na privatização das políticas sociais, criando assim novas possibilidades de valorização do capital. Mas traduziu-se também no apelo a um ressurgimento da *Gemeinschaft*, das redes tradicionais de solidariedade, reciprocidade e auxílio mútuo como forma de recuperar a autonomia colectiva que fora destruída ou considerada anacrónica quando, no período do capitalismo organizado, foi o Estado a prover às redes de segurança individual.

Na vertente progressista, a tónica recai na ideia de que o Estado-Providência, sendo embora a forma política mais benevolente de capitalismo, não pode assumir

o monopólio do bem-estar social de que a sociedade necessita. Se algumas correntes empolam as deficiências do Estado-Providência⁴⁴ — burocracias pesadíssimas, ineficácia devido à ausência de concorrência, corrupção crescente, novo autoritarismo e controlo social sobre os cidadãos dependentes, solidariedade duvidosa e, por vezes, injusta —, outras correntes acentuam o incomportável fardo financeiro do Estado-Providência, dado que, paradoxalmente, a actuação do Estado-Providência é mais solicitada em períodos (de elevado desemprego, por exemplo) em que a disponibilidade de recursos é menor (receitas fiscais mais baixas). Ambas as correntes, porém, coincidem quando reconhecem as limitações do Estado-Providência e, conseqüentemente, a necessidade de uma nova sociedade-providência⁴⁵. A ideia não é olhar para um passado que, provavelmente, nunca existiu, mas encarar a criação futura de um terceiro sector, situado entre o Estado e o mercado, que organize a produção e a reprodução (a segurança social) de forma socialmente útil através de movimentos sociais e organizações não governamentais (ONG's), em nome da nova solidariedade ditada pelos novos riscos contra os quais nem o mercado nem o Estado pós-intervencionista oferecem garantia. No entanto, mesmo nas propostas mais progressistas há uma constante intrusão de elementos

44. Ver, na generalidade, Teubner (org.) (1986). Pierson (1991) recolhe as críticas mais importantes ao Estado-Providência (ou diagnósticos da sua crise). Em primeiro lugar, as circunstâncias excepcionalmente favoráveis ao crescimento económico no período do pós-guerra permitiram a expansão simultânea da economia e do Estado-Providência. Foram circunstâncias historicamente únicas e, por isso, o Estado-Providência cresceu até ao limite. As aspirações de bem-estar social contidas na noção de Estado-Providência só podem ser realizadas com a transição da sociedade para o socialismo. Em segundo lugar, o poder dos governos nacionais, dos movimentos sindicais e do capital nacional — geralmente os actores dos acordos sobre política social — foram prejudicados pela crescente internacionalização e desregulação da economia mundial. Em terceiro lugar, o Estado-Providência do pós-guerra representou um “compromisso histórico” entre o capital e o trabalho organizado. Embora na altura tivesse servido os interesses de ambos, actualmente está a tornar-se cada vez menos atractivo para qualquer deles. Nestas circunstâncias, a única estratégia correcta para os actuais movimentos sociais democráticos é reactivarem a sua luta pela socialização da função de investimento do capital, “suspensa” com o compromisso keynesiano do Estado-Providência. Em quarto lugar, o Estado-Providência provocou alterações na estrutura de classes que minaram a base de apoio da sua manutenção. Por exemplo, deterioraram a aliança entre as classes médias e as classes trabalhadoras em que o Estado-Providência assentava, o que levou ao afastamento de importantes sectores da população do sistema estatal de previdência social. Em quinto lugar, o Estado-Providência foi um instrumento institucional adequado para fornecer determinados serviços sociais num determinado grau de desenvolvimento económico e social. Para lá desse grau torna-se desadequado: a expansão das escolhas e da riqueza nos países centrais do Ocidente gera uma crescente insatisfação com os serviços sociais estatais e uma maior fuga de consumidores para os serviços oferecidos pelo mercado. Por último, embora o Estado-Providência tenha sido historicamente progressista, não pode obter-se mais progresso através de políticas sociais convencionais. Isto acontece porque o Estado-Providência está vinculado a uma estratégia produtivista de crescimento económico que já não consegue corresponder às necessidades humanas reais nem oferecer uma verdadeira previdência social. Para uma excelente crítica feminista ao Estado-Providência, ver Gordon (org.) (1991). Ver, também, Gordon (1990). Sobre este debate em Portugal, a partir da recente discussão sobre a reforma da segurança social, ver Santos et al. (1998).

45. Rosanvallon (1981); Ewald (1986a, 1986b); Lipietz (1989); Santos (1998).

conservadores (veja-se como nas propostas de uma nova sociedade-providência socialista frequentemente se esquece que a maior parte do trabalho de utilidade social acaba por recair sobre as mulheres).

Passarei agora a analisar as consequências destas transformações no estatismo e cientificismo do direito. Fá-lo-ei, porém, de forma forçosamente provisória, já que tanto as transformações como os seus efeitos no campo jurídico estão em curso. O carácter transitório do tempo actual provoca uma opacidade muito característica que se reflecte nos debates analíticos por via da interferência recorrente de falsas questões nos debates dos problemas reais.

Um dos mais sofisticados e consistentes debates da actualidade centra-se na crítica à juridicização do mundo social que ocorreu no segundo período do desenvolvimento capitalista. Passarei a expor os principais argumentos em que assenta. O Estado intervencionista (o Estado-Providência) promoveu a instrumentalização política do direito até aos seus limites. Esses limites são também os do próprio Estado-Providência, e denunciam disfunções, incongruências, resultados contraproducentes e efeitos perversos que se revelam no campo jurídico de múltiplas formas. Em primeiro lugar, revelam-se como manifestações da “colonização” da sociedade: ao submeter histórias de vida e formas de viver concretas e contextualizadas a uma burocratização e monetarização abstractas, a regulação jurídica destrói a dinâmica orgânica e os padrões internos de autoprodução e auto-reprodução das diferentes esferas sociais (economia, família, educação, etc.). Embora vise a integração social, ela promove a desintegração social, aí residindo, para Habermas, a estrutura dilemática do Estado-Providência (Habermas, 1986: 211; 1987). Em segundo lugar, essas disfunções revelam-se como “materialização” do direito: o reverso da sobre-juridicização da sociedade é a sobre-socialização do direito; segundo Teubner, ao expandir e aprofundar a sua autoridade reguladora sobre a sociedade, o direito

fica “prisioneiro” da política ou dos subsistemas regulados, “politizando-se”, “economicizando-se” ou “pedagogizando-se”, acabando por submeter a uma tensão excessiva a autoprodução dos seus elementos normativos (Teubner, 1986: 311).

Finalmente, as disfunções redundam numa ineficácia do direito: é muito provável, ou até quase certo, que a discrepância da lógica interna e da autoprodução dos padrões do direito com os das outras esferas da vida social por ele reguladas torne a regulação jurídica ineficaz ou contraproducente.

As diferentes explicações para estas três grandes limitações da regulação jurídica — a que Teubner chama “trilema regulatório” (1986: 309) — variam tanto quanto as recomendações sobre a política jurídica que delas derivam. Contudo, de modo geral, as soluções propostas convergem quanto a considerarem a colonização, a materialização e a ineficácia como os limites extremos aquém dos quais devem definir-se novas fronteiras, mais rígidas e mais restritas, da regulação jurídi-

ca, de forma a permitir que o direito funcione eficaz e autonomamente sem se descaracterizar a si nem às esferas sociais que regula. As soluções propostas são múltiplas e diversificadas: a processualização do direito (Wietholter, 1986: 221; Eder, 1986 e 1987); do direito como regulação ao direito como constituição (Febbrajo, 1986: 141); o direito como um programa relacional ou direito reflexivo (Teubner, 1986: 321; Wilke, 1986); o direito como discussão crítica (Peters, 1986); do direito como um meio ao direito como instituição (Habermas, 1986). Todas apontam para uma orientação material mínima como característica de um direito pós-instrumental.

A formulação mais ampla e mais bem articulada deste programa de investigação é a concepção do direito como sistema autopoietico (Luhman, 1984, 1986, 1988a, 1988b; Teubner (org.), 1988, 1989, 1991, 1992)⁴⁶. Enquanto as sociedades antigas se organizavam segundo princípios de segmentação ou de hierarquia, as sociedades modernas organizam-se de acordo com um princípio de diferenciação funcional. Em vez de serem estruturadas por um centro ou um sistema funcionalmente dominante, as sociedades modernas são constituídas por uma série de subsistemas (direito, política, economia, ciência, arte, religião, etc.), todos eles fechados, autónomos, autocontidos, auto-referenciais e automutantes, cada qual com um modo de funcionamento e um código próprios. A correspondência estrutural entre os subsistemas é essencialmente o resultado aleatório de uma co-evolução cega, enquanto as interligações funcionais resultantes da coexistência desses subsistemas na mesma sociedade ficam reduzidas a formas de “acoplamento estrutural”. O direito é um desses subsistemas, um sistema de comunicações jurídicas que funciona com o seu próprio código binário: legal/ilegal. O direito só se regula a si próprio. O direito é o ambiente que rodeia os outros subsistemas sociais tal como estes são o meio-ambiente do direito. Mas, sejam quais forem as “vibrações” ou “perturbações” que um dado sistema, em consequência da sua interdependência funcional ou coexistência, possa “causar” noutro sistema, elas serão irrelevantes se não forem convertidas em respostas ou reacções autopoieticas.

No que respeita ao direito, esta versão radical de autopoiese jurídica dada por Luhman foi, entretanto, relativamente alterada por Teubner (1989, 1991). Abordando um dos aspectos mais controversos da teoria — o da interdependência dos subsistemas —, Teubner propõe uma alteração à ideia de acoplamento estrutural (1992). Não cabe aqui enveredar por uma análise crítica da autopoiese ou do direito autopoietico revisto por Teubner⁴⁷. Mas não posso deixar de sublinhar que, depois de tantas décadas de rica e profunda investigação no domínio da sociologia do direito, é surpreendente que Teubner considere fundamental e controversa uma

46. Sobre as diferenças existentes entre a concepção de autopoiese jurídica de Teubner e a de Luhman, ver Teubner, 1989.

47. Ver, entre outros, Blankenburg (1984); Jessop (1990: 320-337).

questão que, na tradição jurídico-sociológica, constitui pouco menos que uma situação óbvia:

“Não será a “interdiscursividade” no direito e na sociedade algo de muito mais denso do que aquilo que meras perturbações transitórias poderiam causar? E não é verdade que encontramos na co-evolução do direito e da sociedade muito mais afinidades electivas do que as que poderiam ser fornecidas pela simples coexistência de uma tendência estrutural?” (Teubner, 1992: 1447).

A teoria da natureza autopoietica do direito só me merece atenção crítica na medida em que ela é parte de um programa mais vasto de processualização e re-autonomização do direito. A meu ver, a discussão sobre a processualização e a reflexividade do direito é, em grande parte, uma falsa questão. Assenta na concepção de autonomia do direito no Estado liberal que, como defendi acima, é uma concepção mistificatória. De facto, a redução do direito a direito de Estado, levada a cabo pelo Estado constitucional no século XIX, transformou a autonomia do direito frente ao Estado em autonomia do direito dentro do Estado. A autonomia do direito estatal ficou assim reduzida à sua especificidade operacional de instrumento da intervenção do Estado. O cientificismo do direito, propagado pelo positivismo jurídico, foi crucial neste processo, já que funcionou como um espelho que simultaneamente reflectia e dissimulava o estatismo do direito. É verdade que as alterações do intervencionismo estatal, do primeiro para o segundo período, tiveram um impacto decisivo sobre a especificidade operacional do direito. Mas, quando muito, essas alterações revelaram a capacidade de adaptação do campo jurídico às novas condições da regulação social. O que não é, afinal, de estranhar, se recordarmos que o paradigma jurídico-político que permitiu o absolutismo jurídico e a juridicização global da vida social não foi uma invenção do período do capitalismo organizado, mas, pelo contrário, foi engendrado no período do capitalismo liberal como parte do programa velado do Estado constitucional.

Como atrás tentei demonstrar, o espectacular desenvolvimento do intervencionismo estatal no Estado-Providência modificou as condições do direito moderno, quer como direito estatal, quer como direito científico. Essas transformações, porém, não indiciaram qualquer crise do direito em si. A verdadeira crise ocorreu nas áreas sociais reguladas pelo direito (família, trabalho, educação, saúde, etc.) quando se tornou evidente que as classes populares careciam de força política para garantir a continuidade das medidas estatais de protecção social. Trata-se, portanto, da crise de uma forma política — o Estado-Providência — e não da crise de uma forma jurídica — o direito autónomo. Na verdade, este desapareceu muito tempo antes, com a consolidação do Estado moderno. Como adiante tentarei provar, o direito moderno, enquanto conceito muito mais amplo do que o direito estatal moderno, está indiscutivelmente em crise, não devido à sobre-utilização (comparada com quê?) que o Estado fez do direito moderno, mas devido à redu-

ção histórica da sua autonomia e da sua eficácia à autonomia e eficácia do Estado. Procura-se, pois, atribuir à processualização ou à reflexividade a tarefa de Sísifo de devolver ao direito estatal moderno o que ele nunca possuiu.

A falsa questão reside no pressuposto de que a especificidade operacional do direito é suficientemente “material” para que possa questionar-se o direito estatal sem questionar o Estado. É evidente que essa especificidade levanta alguns problemas operacionais particulares (por exemplo, demoras e custos da justiça, brutalidade policial, congestionamento dos tribunais e das prisões, serviços de justiça insuficientemente dotados de recursos financeiros e humanos, discrepância entre o direito escrito e o direito aplicado, etc.). No entanto, para além do limitado — mas importante — nível “operacional”, esses problemas não são jurídico-técnicos: são problemas políticos. Isto é sobretudo evidente em dois dos defeitos da juridicização da vida social salientados pelos processualistas e os autopoieticistas: ineficácia e materialização (sobrecarga).

É verdade que os recursos cognitivos e organizacionais podem ser mobilizados em estratégias institucionais alternativas, as quais, devido às suas diferentes características técnicas, podem maximizar ou minimizar a eficácia da regulação jurídica. No entanto, o horizonte regulatório em que essas opções técnicas se movem não está, de modo nalgum, nem técnica nem organizacionalmente predeterminado. Trata-se de um produto político que se vai transformando ao sabor das transformações do processo político. A escolha entre as diferentes possibilidades institucionais raramente é feita só com base em motivos de ordem técnica. Geralmente, as considerações sobre o volume dos recursos afectados ou sobre o carácter mais ou menos participativo do desenvolvimento institucional e do processo de decisão acabam por se impor.

Essas considerações envolvem o processo político no seu todo. É, assim, pouco convincente atribuir a ineficácia do direito regulatório ao facto de ele “sobrestimar as limitações inerentes ao processo de regulação” (Teubner, 1986: 311). Essas limitações existem, mas não são nem estruturais nem sistémicas, ou seja, não são de forma alguma ditadas pela organização auto-referencial do subsistema regulador ou regulado. São estratégias e dependem, acima de tudo, do poder político e da disponibilidade das capacidades técnicas. De facto, uma das maiores deficiências da autopoiese é o facto de se concentrar exclusivamente nos sistemas sociais, descurando por completo a acção social: os processos e as condições em que os agentes são determinantes na produção das transformações sociais (Jessop, 1990: 334).

É, de modo geral, reconhecido que a vaga de desregulação que actualmente assola os Estados e o sistema inter-estatal é altamente selectiva e que, por isso mesmo, a desregulação numa determinada área é habitualmente acompanhada por uma re-regulação noutra área. Num processo tão dinâmico como este, as variações da auto-referencialidade devem ser explicadas e não tomadas como expli-

cações. A sobredeterminação política dos níveis de eficácia da regulação jurídica é particularmente evidente em períodos de rápida transformação social e política. Refiro, como exemplo, a enorme variação da eficácia da legislação económica, social e laboral aprovada em Portugal a seguir à Revolução de 1974 (Santos, 1990, 1993). Embora as leis tenham permanecido basicamente inalteradas nos anos seguintes, o padrão da sua eficácia alterou-se de acordo com a mudança dos blocos sociais e políticos que apoiaram a reconstrução económica e social de Portugal no período pós-revolucionário.

A sobredeterminação política dos limites da regulação jurídica aplica-se tanto ao caso da ineficácia do direito como ao caso da sua materialização ou sobrecarga. No entanto, aplica-se de forma diferente. A ineficácia é um fenómeno simultaneamente jurídico e extra-jurídico. Refere-se àquilo que o direito transforma ou deixa de transformar no “mundo exterior”. O “mundo exterior”, tanto numa epistemologia realista como numa epistemologia construtivista, é sempre “outro” relativamente ao direito. Pelo contrário, a materialização é um fenómeno estritamente jurídico. Refere-se à interiorização do mundo exterior feita pelo direito. A simetria destas duas limitações é, portanto, apenas aparente. A ineficácia tem uma existência material extradiscursiva que pode ser identificada e depois explicada de várias formas. A materialização, pelo contrário, é um produto do discurso jurídico científico, uma construção mental dos juristas para descrever e, *simultaneamente*, explicar aquilo que, para eles, é a transformação mais importante do direito entre o primeiro e o segundo período do desenvolvimento capitalista. No caso da materialização, a limitação do direito é um défice inventado por um excesso, também ele inventado (sobrepolitização ou sobressocialização do direito). E, como tenho vindo a defender, esse excesso não é mais do que o estado “normal” do direito moderno, desde que ficou reduzido ao direito estatal⁴⁸. Pode então perguntar-se porque é que essa situação normal é considerada um excesso e não um défice? Porque o subtexto da materialização do direito é uma crítica do Estado-Providência tal como o conhecemos. Enquanto, no caso da ineficácia, a crítica é disfarçada interpelando o direito moderno como direito estatal, no caso da materialização a crítica é disfarçada interpelando o direito moderno como direito científico.

A terceira deficiência da juridicização da vida social — a colonização do mundo da vida analisada por Habermas — não está ao mesmo nível das outras duas. Enquanto o debate sobre a ineficácia e a sobrecarga é, em grande parte,

uma falsa questão, o debate sobre a colonização toca na verdadeira questão que, embora de forma mistificadora, o debate sobre o processualismo e o pós-intervencionismo levanta. O que realmente está em causa é a discussão sobre o Estado-Providência, sobre os seus efeitos políticos e sociais, a sua amplitude e forma, o seu desenvolvimento e sustentabilidade, em suma, sobre o seu passado e o seu futuro. A “colonização do mundo da vida” é uma das já mencionadas críticas da esquerda ao Estado-Providência⁴⁹.

Penso, no entanto, que nenhuma destas críticas pode ser formulada de modo a sugerir uma responsabilidade fundamental do sistema jurídico na crise do Estado-Providência. É um facto que o padrão dominante da protecção social — uma organização burocratizada, baseada numa crescente dependência e clientelização dos cidadãos beneficiários, e orientada para a monetarização das relações sociais e para práticas consumistas — é fruto de uma constelação institucional em que o sistema jurídico teve um papel nuclear. Mas também é verdade que, nas condições do Estado capitalista moderno, mesmo que se tivesse adoptado um padrão diferente — participativo, valorizador da autoconfiança, solidário e orientado para a produção mutualista e socialmente útil de bens e serviços —, o sistema jurídico teria desempenhado um papel igualmente decisivo, por mais diferentes que tivessem sido as formas jurídicas de organização e funcionamento utilizadas. A pergunta que se impõe é, obviamente, sobre a viabilidade política e económica desse padrão de protecção social no sistema capitalista. Se — numa ousadíssima hipótese — a resposta fosse afirmativa, o direito estatal moderno revelaria toda a sua plasticidade regulatória (que é o reverso da sua falta de autonomia relativamente ao Estado) e adaptar-se-ia ao projecto alternativo de *Vergesellschaftung* (societalização).

Em suma, o que está em causa na sobre-juridicização da vida social ou, como prefiro dizer, na utopia jurídica de engenharia social através do direito, é a avaliação política de uma determinada forma de Estado, o Estado-Providência que, no pós-guerra, surgiu numa pequena minoria de países, os países centrais do sistema mundial. Por isso, a crise do direito regulatório diz relativamente pouca coisa sobre as transformações profundas que, no domínio do direito, da economia e da política, estão a acontecer em todo o sistema mundial no período corrente de transição entre regimes de acumulação ou, em termos mais latos, como na secção seguinte se sugere, entre paradigmas societais.

O que a crise do direito regulatório nos revela, embora de forma mistificada, é, mesmo assim, importante. Revela-nos que, quando posto ao serviço das exigências regulatórias do Estado constitucional liberal e do capitalismo hegemónico, o direito moderno, assim reduzido a um direito estatal científico, foi gradualmente

48. Mesmo que os sistemas sociais sejam sujeitos epistémicos, como afirmam os autopoieticistas, é dificilmente concebível que o direito seja um sujeito epistémico como Teubner pretende (ver, por exemplo, Teubner [1989: 739-746]). A redução do direito moderno a direito estatal é apenas o processo pelo qual o direito renuncia à “sua” subjectividade a favor do Estado. A instrumentalidade do direito estatal moderno é, portanto, uma condição original e nunca uma adulteração posterior de um primitivo ou original estado de coisas.

49. Tem a ver com as duas últimas críticas do Estado-Providência apontadas por Pierson (1991). Ver acima nota 44.

eliminando a tensão entre regulação e emancipação que originalmente lhe era constitutiva. Dividi este longo processo histórico em três grandes períodos, cada um dos quais representando um padrão diferente de relações entre regulação e emancipação. No primeiro período, a emancipação foi sacrificada às exigências regulatórias dos Estados e confinada quase só a movimentos anti-sistémicos. No segundo período, a regulação estatal nos países centrais tentou integrar esses projectos emancipatórios anti-sistémicos, desde que fossem compatíveis com a produção e a reprodução social capitalista; longe de se tratar de uma verdadeira síntese da regulação e emancipação, constituiu uma nítida subordinação dos projectos emancipatórios aos projectos regulatórios. No terceiro período, esta falsa síntese evoluiu para uma mútua desintegração da regulação e da emancipação; longe de beneficiar da desintegração da regulação fordista, a emancipação, entretanto transformada no duplo da regulação, não pôde senão desintegrar-se ela própria.

Em última análise, a crise afecta a gestão reconstrutiva dos excessos e dos défices das sociedades capitalistas que, a partir do século XIX, foi confiada à ciência moderna e, numa posição subordinada mas igualmente importante, ao direito moderno. A saída da crise é a obra mais progressista dos nossos tempos. Implica um repensar radical sobre a ciência moderna e o direito moderno, um repensar tão radical que, na verdade, pode ser concebido como um “des-pensar”. Relativamente à ciência, foi o que se fez no Capítulo 1. Nesta secção, e no Capítulo 5, fá-lo-emos em relação ao direito.

PARA DES-PENSAR O DIREITO

Da transição epistemológica à transição societal

Tenho vindo a defender nesta Parte que o papel desempenhado pelo direito na gestão reconstrutiva dos excessos e dos défices da modernidade ocidental é um papel central, ainda que secundário em relação à ciência. Tal como foi imaginada pelo paradigma da modernidade, a regulação social seria idealmente, e a longo prazo, uma mera emanação das descobertas científicas sobre a ordem e a transformação social. Contudo, até que tal fosse possível haveria que recorrer ao poder coercitivo do direito e à sua capacidade de integração normativa para garantir, nomeadamente, que a gestão gradualmente mais científica da sociedade fosse prosseguindo tão liberta quanto possível dos conflitos sociais e da rebelião. Nestas condições, é legítimo pensar que a crise do paradigma da ciência moderna acarreta consigo a crise do paradigma do direito moderno.

Isto não significa, porém, que as condições da transição paradigmática na ciência sejam ou as mesmas, ou tão visíveis, ou que actuem da mesma forma que

as da transição paradigmática no direito. Em primeiro lugar, porque mesmo que exista uma certa cumplicidade epistemológica e uma circulação de sentido entre a ciência e o direito moderno, resultantes da submissão da racionalidade moral-prática do direito e da ética à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência, o isomorfismo assim produzido é de alcance limitado e de conteúdo epistemológico meramente derivado. Enquanto domínio social funcionalmente diferenciado, o direito desenvolveu um autoconhecimento especializado e profissionalizado, que se define como científico (ciência jurídica), dando assim origem à ideologia disciplinar a que chamo cientificismo jurídico. Como defendi acima, o cientificismo jurídico e o estatismo jurídico evoluíram *pari passu*. O positivismo jurídico é a versão mais apurada desta co-evolução ideológica. Mas essa interligação mútua do cientificismo jurídico com o estatismo jurídico revela também até que ponto o isomorfismo epistemológico com a ciência moderna é limitado pela sua eficácia pragmática. O saber jurídico tornou-se científico para maximizar a operacionalidade do direito enquanto instrumento não científico de controlo social e de transformação social.

Daí que a sequência estabelecida por Bacon — saber/poder — não se aplique do mesmo modo à ciência e ao direito. Enquanto na ciência o saber iria gerar poder, no direito, do século XIX em diante, o poder (estatal) iria gerar saber (profissional). Compreende-se, assim, que o positivismo jurídico reclamasse para si uma capacidade operacional com a qual o conhecimento da ordem e da transformação social não podia competir, pois esse conhecimento teria ainda de ser desenvolvido pelas ciências sociais, que eram então pouco mais que incipientes. Este desajustamento é, de facto, endémico na cultura jurídica do Estado moderno. Do positivismo jurídico à autopoiese, o pressuposto ideológico foi sempre o de que o direito devia desconhecer, por ser irrelevante, o conhecimento social científico da sociedade e, partindo dessa ignorância, deveria construir uma afirmação epistemológica própria (“direito puro”, “direito auto-referencial”, “subjectividade epistémica do direito”).

Esta é a segunda razão pela qual as condições teóricas da transição paradigmática da ciência moderna não vigoram da mesma forma no domínio do direito. Como as pretensões epistemológicas do direito são derivadas e, no fundo, assentam num défice de conhecimento científico sobre a sociedade, as condições teóricas do conhecimento jurídico estão subordinadas às condições sociais do poder jurídico, das quais, até certo ponto, têm de ser deduzidas. A autonomia, universalidade e generalidade do direito assentam numa ligação a um determinado Estado concreto, cujos interesses servem, independentemente de estes serem autónomos ou de classe, gerais ou particulares.

Mas se, por tudo isto, o direito é relativamente opaco no que se refere às condições teóricas da actual transição paradigmática, já no que toca às condições sociais e políticas poderá revelar-se especialmente transparente. Afirmei no Capí-

tulo 1 que uma das maiores dificuldades do debate sobre a transição paradigmática reside no estatuto epistemológico do conhecimento que alimenta esse debate. Isto é particularmente evidente quando o debate incide sobre as próprias condições epistemológicas dessa transição, como aconteceu no Capítulo 1. Dado que a formulação do debate tende a ser mais tributária do paradigma cessante do que do novo, o que nós dizemos no debate tende a ser menos “transicional” do que aquilo que dizemos acerca dele. Esta discrepância gera opacidade e frustração. Uma dificuldade semelhante, mas menos dilemática, tende a surgir quando o debate versa as condições sociais e políticas da transição paradigmática. Para começar, a identificação dessas condições resulta de uma forma de conhecimento científico fundamentalmente posto em causa. Refiro-me à sociologia, à economia e à ciência política, as três principais ciências sociais nascidas no século XIX com o objectivo de descobrirem as leis da transformação social pacífica.

Recentemente, Wallerstein sublinhou que a construção social dessas ciências representou o triunfo da ideologia liberal para a qual a pedra angular do processo social era a cuidadosa delimitação de três esferas de actividade: as que se relacionam com o mercado (economia), as que se relacionam com o Estado (ciência política) e as que se reportam a todas as actividades não imediatamente relacionadas com o Estado ou com o mercado, isto é, a vida pessoal, a vida quotidiana, a família, a igreja, a comunidade, o crime, etc. (sociologia) (Wallerstein, 1991a: 19)⁵⁰. Por esta razão, estas ciências, concebidas para consolidarem a hegemonia do paradigma da modernidade, numa altura em que ele era incontestável, não fornecem, em princípio, nem como projecto epistemológico nem como projecto social, uma orientação fidedigna para a análise de processos de transformação social que efectivamente transcendam as fronteiras da modernidade. Sendo assim, uma das tarefas primordiais da transição paradigmática consiste em des-pensar as ciências sociais (Wallerstein, 1991a)⁵¹.

No Capítulo 1, esbocei uma utopia intelectual possível (o paradigma emergente) que poderá orientar-nos nessa revisão radical. O mesmo deve fazer-se em relação ao direito. No entanto, antes de meter mãos à obra, há que analisar cuidadosamente as condições sociais e políticas da transição paradigmática.

Afirmo que a crise final da modernidade é mais visível como crise epistemológica (uma crise da ciência moderna) do que como crise societal (uma crise do mundo capitalista). A ligação historicamente contingente entre modernidade e capitalismo subjaz às quatro grandes interpretações da transformação social do nosso tempo. De acordo com a primeira, o capitalismo e o liberalismo triunfaram

50. A estas três ciências sociais deveríamos acrescentar a antropologia e o orientalismo, as duas ciências sociais que se ocupam do estudo do outro colonial, seja ele o “selvagem” (antropologia) ou o oriental “civilizado” (orientalismo).

51. Ver também Santos, 1996.

e esse triunfo constitui a maior realização possível da modernidade (o fim da história à Fukuyama; a democracia social centrada). De acordo com a segunda interpretação, a modernidade é, ainda hoje, um projecto inacabado, com capacidade intelectual e política para conceber e pôr em prática um futuro não-capitalista (Habermas, eventualmente Jameson, o marxismo convencional do Ocidente, uma democracia social de esquerda). De acordo com a terceira interpretação, a modernidade soçobrou aos pés do capitalismo, cuja expansão e reprodução sócio-cultural irá, daqui para a frente, assumir uma forma pós-moderna (pós-modernismo conservador, Daniel Bell, Lyotard, Baudrillard, Vattimo, Lipovetsky). Finalmente, de acordo com a quarta interpretação, a modernidade entrou em colapso como projecto epistemológico e cultural, o que vem abrir um vasto leque de possibilidades futuras para a sociedade, sendo uma delas um futuro não-capitalista e eco-socialista (o pós-moderno de oposição).

Em minha opinião, a última interpretação é a que melhor capta as perspectivas progressistas de transformação social no fim do século. O conhecimento emancipatório pós-moderno a que tenho feito apelo visa descobrir, inventar e promover as alternativas progressistas que essa transformação pode exigir. É uma utopia intelectual que torna possível uma utopia política. Não é minha intenção descrever em pormenor os termos da transição possível entre paradigmas sociais. É geralmente aceite que as transições paradigmáticas se estendem por muito tempo, por várias décadas e, às vezes, por mais de um século. Foi o que aconteceu com a revolução científica ou com a transição do “feudalismo” para o capitalismo. Tais transições ocorrem quando as contradições internas do paradigma dominante não podem ser geridas através dos mecanismos de gestão de conflitos e de ajustamento estrutural desenvolvidos pelo paradigma em causa.

Em tempos normais, essas contradições manifestam-se como excessos ou défices, e as tensões, as crises e os conflitos que daí resultam são resolvidos através dos recursos intelectuais, institucionais e organizacionais do paradigma. Quando isso deixa de acontecer, o efeito cumulativo dos excessos e dos défices não resolvidos gera uma deslegitimação global dos recursos de ajustamento. É então que as contradições internas se tornam socialmente visíveis e acabam por converter-se em tópicos de luta social e política. Quando isso acontece, as contradições internas perdem a sua rigidez estrutural, e o tipo de determinismo criado pelo paradigma atenua-se drasticamente. Entende-se, assim, porque é que as transições paradigmáticas, depois de começadas, são indeterminadas, caminham para resultados desconhecidos e se abrem a futuros alternativos. É também por isso que expandem enormemente o “livre arbítrio”, isto é, a capacidade de inovação e transformação social⁵². Além disso, essa consciência social activa é reforçada pelo

52. Ver, também, Wallerstein (1991a: 254).

facto de, em períodos de transição paradigmática e à semelhança do que acontece nos períodos de bifurcação de Prigogine, pequenas alterações poderem causar grandes flutuações sistémicas (contrariamente ao que acontece em épocas subparadigmáticas, normais ou de crise, em que as grandes transformações geralmente produzem flutuações sistémicas muito pequenas).

O tempo de transição paradigmática é um tempo muito contestado, sobretudo por englobar múltiplas temporalidades. Dado que os conflitos paradigmáticos (as contradições internas) coexistem com os conflitos subparadigmáticos (os excessos e os défices), a própria transição é, em si mesma, um fenómeno intrinsecamente contestado. O horizonte temporal daqueles para quem apenas existem conflitos subparadigmáticos é forçosamente mais estreito e curto do que o daqueles para quem esses conflitos são manifestações visíveis de um conflito paradigmático latente. Mesmo os que admitem a existência de uma transição paradigmática podem não concordar quanto à identificação ou natureza do paradigma cessante, ou quanto à duração e sentido da transição iminente. Acresce que as tendências seculares, que são a temporalidade da transição, têm de ser reduzidas, enquanto representação social, à duração do ciclo da vida humana, a fim de que as lutas paradigmáticas sejam politicamente eficazes. Dado este condicionalismo, poderá ser necessário conceptualizar essas lutas como lutas paradigmáticas (contradições internas), mas conduzi-las como se fossem subparadigmáticas (excessos e défices). A luta paradigmática é, portanto, uma utopia cuja eficácia pode residir nos recursos intelectuais e políticos que fornece às lutas subparadigmáticas. A meu ver, isto explica a opacidade e, simultaneamente, a turbulência e a vibratibilidade, os equívocos e as inesperadas convergências que caracterizam ab ovo a transição paradigmática enquanto fenómeno cultural, societal e político.

Defendo uma muito ampla concepção de transição paradigmática. A transição actual não é apenas (ou não tanto) uma transição entre modos de produção estreitamente definidos, mas entre formas de sociabilidade no sentido mais lato, incluindo as dimensões económica, social, política e cultural. O entrelaçar do projecto sócio-cultural da modernidade com o desenvolvimento capitalista no século XIX conferiu ao capitalismo uma densidade social e cultural que ultrapassou largamente as relações económicas de produção. Este facto foi de certo modo descurado por Marx e, por isso, a sua visão da transição paradigmática partilha com o liberalismo muito mais do que o que ele alguma vez poderia admitir. São as seguintes as principais cumplicidades entre marxismo e liberalismo⁵³: a confiança

no poder libertador da ciência moderna; o dualismo natureza/sociedade que subjaz à ciência moderna e as pretensões epistemológicas que aí assentam; a ideia de um processo evolutivo linear que há-de ter um fim (embora, para Marx, esse fim ainda estivesse para vir), seja ele a sociedade industrial (Spencer), o estado positivo (Comte) ou a solidariedade orgânica (Durkheim); a ideia de progresso, mesmo que descontínuo (através de revoluções); a crença num desenvolvimento tecnológico contínuo e num crescimento infundável; a concepção do capitalismo como factor civilizador progressista, por mais brutal que fosse a opressão colonial e a destruição da natureza.

Do ponto de vista da perspectiva ampla de transição que tenho vindo a defender, o período de transição paradigmática por que estamos a passar começou com o colapso epistemológico da ciência moderna e acabará por pôr em questão todas as convicções mencionadas acima. Daí que exija uma transformação civilizacional. Embora indiscutivelmente tributária do Marxismo, esta concepção de transição paradigmática considera que a transição marxista convencional é, afinal de contas, subparadigmática.

Defendo, assim, que a discussão paradigmática do direito moderno, em conjunto com a da ciência moderna, irá esclarecer os termos e as direcções possíveis da transição para um novo paradigma societal. Na próxima secção, enumerarei os principais tópicos dessa discussão, que desenvolverei nos capítulos seguintes.

O Estado e o sistema mundial

A confluência das promessas da modernidade com as virtualidades do desenvolvimento capitalista proporcionadas pelo liberalismo foi fortemente propiciada pela concepção da transformação social como um conjunto de processos nacionais, ocorrendo nas sociedades nacionais e promovidos ou dirigidos pelos Estados-nação. A nacionalização da transformação social e a simetria entre sociedade e Estado foram, no século XIX, tão fundamentais para as ciências sociais que então despontavam como para as transformações sofridas pelo direito moderno nessa mesma época.

É hoje largamente reconhecido que essa concepção de transformação social falseou, de forma evidente, a dinâmica do desenvolvimento capitalista. A intensificação, sem precedentes, das interacções transnacionais nas três últimas décadas reforçou a concepção alternativa avançada por historiadores e cientistas sociais, como Braudel e Wallerstein, para quem as sociedades nacionais deviam ser entendidas como partes de um sistema histórico muito mais vasto (mundial), cuja divisão de trabalho e dinâmica internas explicariam a transformação social identificada ao nível das sociedades nacionais. Vivemos numa economia-mundo, o sistema mundial capitalista moderno, que teve início entre 1400 e 1500 e que, através da sua lógica interna, se expandiu ao planeta inteiro, absorvendo, nesse seu avanço, to-

53. Numa conferência realizada em Berlim, em 1922, sobre "A noção de Direito Natural e de Humanidade na Política Mundial", o teólogo alemão Troeltsch comentava que, sempre que os socialistas tinham necessidade de enunciar princípios, recorriam geralmente à ideia de "uma paixão totalmente a-histórica pela revolução, a ser levada a cabo em nome da Humanidade e da Igualdade". E acrescentava: "[Quando] isso acontece, os princípios socialistas quase não se distinguem, apesar do ataque do Socialismo à burguesia, da filosofia burguesa ocidental; e a base individualista e utilitarista dessa filosofia, em particular, é simplesmente adoptada por inteiro" (1934: 222).

dos os “mini-sistemas” e “impérios mundiais” existentes. Em finais do século XIX — no auge das concepções nacionalistas — havia, pela primeira vez no mundo, um único sistema histórico no planeta (Wallerstein, 1991a: 248).

Quando o sistema mundial é transformado em unidade privilegiada de análise, o conhecimento da sua lógica global, do seu desenvolvimento e das suas crises torna-se fundamental para compreender as manifestações locais que vão aflorando por todo o sistema inter-estatal⁵⁴. Admitindo que o sistema mundial é a unidade privilegiada do desenvolvimento histórico moderno e, conseqüentemente, a sua unidade de análise privilegiada, o debate sobre a transição paradigmática deve fazer-se no plano do sistema mundial. Quer isto dizer, por um lado, que a crise paradigmática se desenvolverá sem ser muito afectada pelas soluções nacionais encontradas para as suas manifestações locais; e, por outro, que qualquer que seja o resultado da transição, ele será sempre gerado ao nível do sistema mundial. Aqui reside o primeiro tópico do debate paradigmático sobre o direito: a absorção do direito moderno pelo Estado moderno foi um processo histórico contingente que, como qualquer outro processo histórico, teve um início e há-de ter um fim.

O Estado constitucional do século XIX foi concebido como a máquina perfeita de engenharia social. A sua constituição formal, mecânica e artificial, conferia-lhe uma força e uma plasticidade nunca antes conseguidas por qualquer outra entidade política. A força era simultaneamente externa e interna; exercida externamente por um poder militar e económico, contra os Estados estrangeiros e os concorrentes na acumulação mundial de capital; exercida internamente, sobretudo por meio do direito, contra os inimigos internos de uma transformação social normal e ordeira. A plasticidade, resultante de uma manuseabilidade institucional e jurídica praticamente infinitas, residia na capacidade do Estado para decidir quais os meios normais e anormais e quais os fins normais e anormais da transformação social. Estas extraordinárias características convertiam o Estado na unidade natural — de espacialidade e temporalidade homogêneas — da transformação social e da inteligibilidade social. Esta naturalização do Estado exigia a naturalização do direito moderno como direito estatal.

A concepção do sistema mundial como o espaço-tempo do capitalismo histórico permite revelar as estratégias ideológicas e pragmáticas subjacentes aos processos gémeos de naturalização do Estado e de naturalização do direito estatal. O Estado constitucional do século XIX integrou-se num sistema inter-estatal onde a soberania efectiva era uma função da posição de cada um dos Estados nesse siste-

ma hierarquicamente estruturado. Por esta razão, tanto a força como a plasticidade do Estado eram, afinal, variáveis, e não características estruturais.

Enquanto os países centrais tenderam a ser externa e internamente fortes, externamente rígidos e internamente flexíveis, os países periféricos tenderam a ser débeis externa e internamente, externamente flexíveis e internamente rígidos. Assim como a naturalização dos Estados concretos variou enormemente dentro do sistema mundial, o mesmo aconteceu com a naturalização do direito. Além disso, não só variaram no espaço, mas também no tempo, como é patente nas metamorfoses políticas e jurídicas que os países centrais sofreram nos três períodos do desenvolvimento capitalista atrás referidos.

Na realidade, o Estado nunca deteve o monopólio do direito. Por um lado, os mecanismos do sistema mundial, actuando num plano supra-estatal, desenvolveram as suas próprias leis sistémicas, que se sobrepuseram às leis nacionais dos Estados particulares do sistema mundial. Por outro lado, paralelamente a este direito supra-estatal, subsistiram ou surgiram diferentes formas de direito infra-estatal: ordens jurídicas locais, com ou sem base territorial, regendo determinadas categorias de relações sociais e interagindo, de múltiplas formas, com o direito estatal. A existência destas ordens jurídicas infra-estatais e a sua articulação com o direito estatal foram quase sempre recusadas por este último, apesar de vigentes no plano sociológico. A constelação jurídica das sociedades modernas foi, assim, desde o início constituída por dois elementos. O primeiro elemento é a coexistência de várias ordens jurídicas (estatal, supra-estatal, infra-estatal) em circulação na sociedade; o direito estatal, por muito importante e central, foi sempre apenas uma entre as várias ordens jurídicas integrantes da constelação jurídica da sociedade; embora as diferentes constelações do sistema mundial variassem muito do centro para a periferia, combinaram sempre as ordens jurídicas estatal, supra-estatal e infra-estatal. Por outro lado — e este é o segundo elemento, igualmente importante, da constelação jurídica moderna —, o Estado nacional, ao conceder a qualidade de direito ao direito estatal, negou-a às demais ordens jurídicas vigentes sociologicamente na sociedade.

Estes dois factos (a existência sociológica de uma constelação de direitos e a sua rejeição pela ordem política) são igualmente importantes para a compreensão da especificidade operacional, da força e da plasticidade do direito estatal moderno nas diferentes sociedades nacionais, tal como pretendo demonstrar nos capítulos seguintes e nos 2º e 3º Volumes. Neste momento da análise, sublinho apenas que, para des-pensar o direito num período de transição paradigmática, deve forçosamente começar-se por separar o Estado do direito. Essa separação tem dois propósitos, o primeiro dos quais é mostrar que não só o Estado nunca deteve o monopólio do direito como também nunca se deixou monopolizar por ele. Muito para além da doutrina da *raison d'état*, o Estado constitucional funcionou geralmente tanto por meios legais como por meios ilegais. Essa conjugação de legalida-

54. Por exemplo, o Estado-Providência — bem como a crise que o afecta — é uma dessas manifestações, e uma das suas características mais flagrantes, normalmente descurada nas análises centradas no Estado-nação, é o facto de essa forma política se ter desenvolvido numa reduzida parcela do sistema inter-estatal e num lapso de tempo relativamente curto.

de com ilegalidade (segundo a definição de ordem jurídica do próprio Estado) variou conforme as áreas de intervenção do Estado. Variou, sobretudo, de acordo com a posição do Estado no sistema mundial. Em segundo lugar, a rejeição arbitrária da pluralidade de ordens jurídicas eliminou ou reduziu drasticamente o potencial emancipatório do direito moderno. Analisarei, pormenorizadamente, estas questões no Capítulo 5 e nos 2º e 3º Volumes.

Neste momento, porém, impõem-se duas observações. A primeira é que a separação entre direito e Estado-nação é uma condição necessária, mas não suficiente, para a recuperação do potencial emancipatório do direito, já que tão importante quanto essa separação é a direcção que ela toma. A segunda observação é que essa separação é relativa, isto é, não colide com o reconhecimento da centralidade do direito estatal no sistema inter-estatal; apenas põe em causa a expansão simbólica dessa centralidade operada a partir do século XIX: passar do protagonismo do direito estatal, numa constelação de diferentes ordens jurídicas, para o de único actor numa ordem jurídica monolítica exclusivamente regulada pelo Estado. Esta expansão simbólica foi tão profundamente aceite pela cultura jurídico-política e pelo senso comum que pô-la hoje em causa equivale a despensar o direito.

Tal como na discussão de outros tópicos ou dimensões da transição paradigmática do direito moderno, o processo de des-pensar o direito orientar-se-á inicialmente pelas tradições banidas ou marginalizadas da modernidade, o que requer alguma escavação arqueológica. Relativamente à separação entre direito e Estado, recorrerei à cultura jurídica transnacional da modernidade que analisei nas primeiras secções deste capítulo.

O direito e a sociedade política

A separação jurídico-política entre Estado nacional e sociedade internacional foi historicamente concomitante com a separação entre o Estado, como entidade distinta, e o conjunto da sociedade nacional. De facto, à medida que a nação se tornou juridicamente simétrica do Estado, este — convertido numa estrutura formal de poder, separada quer dos governantes quer dos governados — desligou-se politicamente dela. Esta transformação ideológica e política remonta à passagem da concepção romântica para a concepção hegeliana de nação. Enquanto a concepção romântica de nação, como uma “individualidade histórica grandiosa”, permite equacionar as exigências práticas que a tentativa de fazer coincidir nação com Estado imporia à ideia de nação (A. Smith, 1988: 174-208; Guidieri e Pellizzi, 1988: 10), para Hegel a nação é o equivalente “racional” do Estado, a base social da sua legitimidade e da sua força; para constituir a base do poder do Estado, a nação tem de estar privada de qualquer poder que não seja o poder do Estado sobre ela. Esta dialéctica entre atribuição de poder e privação de poder foi crista-

lizada pelo dualismo Estado/sociedade civil que, no século XIX, as ciências sociais reconstruíram analiticamente.

É evidente que nunca houve uma cristalização perfeita das entidades opostas deste dualismo. Por exemplo, *relativamente aos limites exactos da sociedade civil*, discute-se se a economia faz ou não parte dela (Keane, 1988a, 1988b; Jessop, 1990: 338-369)⁵⁵. Por outro lado, como já vimos, o Estado sofreu profundas transformações desde o período do capitalismo liberal até hoje. Além disso, os termos da distinção entre Estado e sociedade civil sofreram também uma profunda evolução⁵⁶.

O mais importante a reter é que os debates suscitados pelo dualismo Estado/sociedade civil nos últimos duzentos anos quase sempre ocultaram a matriz do dualismo, a ideia de que as duas entidades, embora reciprocamente autonomizadas, são parte integrante uma da outra e não podem ser concebidas como entidades separadas — a sociedade civil como o “outro” do Estado e vice-versa. No Capítulo 5, veremos como este dualismo foi a espinha dorsal da teoria política liberal, e como ele foi igualmente adoptado pelo marxismo. A meu ver, hoje em dia, a consistência deste dualismo não vai além do facto de ele constituir uma ilusão generalizadamente aceite.

No Capítulo 5, proporei uma alternativa conceptual, de que apresento a seguir um breve resumo. Do ponto de vista do sistema mundial, este dualismo constituiu, desde o início, uma representação profundamente errada da realidade política, sobretudo no período do pós-guerra, quando as colónias, na sua maioria, se tornaram Estados independentes. Se em alguns (não em todos) países centrais pode afirmar-se, com razão, que a sociedade civil criou o seu Estado, na periferia (as antigas colónias), e até na semiperiferia, aconteceu exactamente o oposto. Neste último caso, a sociedade civil foi uma entidade ainda mais artificial do que o próprio Estado. Os muitos processos sociais (divisões étnicas, culturas locais, pluralidade jurídica, etc.) que ficaram excluídos da sociedade civil, tão abstracta e limitadamente definida, foram transformados pelas potências hegemónicas em factores explicativos da “debilidade” da sociedade civil dos Estados periféricos e semiperiféricos no sistema mundial. Uma teoria política baseada numa parcela tão diminuta do processo histórico global só podia servir as hierarquias imperialistas do sistema inter-estatal.

A dicotomia Estado/sociedade civil ocultou a natureza das relações de poder na sociedade e é indiscutível que o direito contribuiu decisivamente para isso. A concepção do poder do Estado como a única forma de poder político-jurídico não significou que não houvesse outras formas de poder na sociedade, mas converteu-

55. Ver também Pierson (1991: 205).

56. Segundo Keane (1988a), esta evolução comporta quatro fases.

os em poderes fácticos sem base jurídica autónoma e, em todo o caso, sem qualquer carácter político. Se considerarmos as relações de poder realmente existentes nas sociedades do início do século XIX, a redução do poder político ao poder do Estado nada tem de óbvio. No entanto, permitiu passar das promessas emancipatórias globais, inscritas no paradigma da modernidade, para a promessa da democratização do Estado. A partir daí, a forma de poder estatal, mais ou menos democrática, pôde coexistir com formas mais ou menos despóticas de poder social sem que a natureza democrática do sistema político fosse posta em causa. Do mesmo modo, um direito estatal mais ou menos democrático pôde coexistir com formas mais ou menos despóticas de direito infra-estatal sem que a natureza democrática do direito oficial fosse posta em causa.

A dicotomia Estado/sociedade civil desencadeou uma relação dinâmica entre os dois conceitos que, em termos gerais, pode ser caracterizada como uma absorção recíproca e constante de um pelo outro. Marx descobriu muito cedo que a sociedade civil podia reproduzir-se na forma de Estado, aí residindo a natureza capitalista do Estado; mas a sua confiança na concepção liberal do Estado como dispositivo artificial impediu-o de ver que, inversamente, o Estado também podia reproduzir-se na forma de sociedade civil. Só muito mais tarde este outro lado da absorção recíproca foi identificado pelo marxismo, no caso por Gramsci. Gramsci analisou este fenómeno partindo do seu conceito de hegemonia e, em particular, do conceito de sociedade política ou de Estado integral (*lo stato integrale*), a combinação de "sociedade civil" com "sociedade política" que englobava, segundo ele, a constelação política global das sociedades capitalistas (Gramsci, 1971).

A absorção recíproca implica, pois, dois processos diferentes: a reprodução da sociedade civil na forma de Estado e a reprodução do Estado na forma de sociedade civil. A meu ver, a expansão do Estado na forma de sociedade civil é a característica mais saliente do Estado capitalista nos países centrais, no período do capitalismo desorganizado. Assim se explica que a maior parte das recentes propostas para conferir poder à sociedade civil redunde em desarme social e político para a maioria dos cidadãos: o poder que aparentemente se retira ao Estado para o dar à sociedade civil continua a ser, de facto, exercido sob a tutela última do Estado, apenas substituindo, na execução directa, a administração pública pela administração privada e, conseqüentemente, dispensando o controlo democrático a que a administração pública está sujeita. A lógica privada, que é quase sempre a lógica do lucro, combinada com a ausência de controlo democrático, não pode deixar de agravar as desigualdades sociais e políticas.

Uma vez reduzido à dimensão jurídica do Estado, o direito ficou prisioneiro deste jogo de espelhos. Assim, para resolver os dilemas políticos que impedem que o direito moderno esteja inequivocamente ancorado na sociedade política (nacional, local ou transnacional), é imprescindível abandonar o dualismo Estado/sociedade civil e inventar novos instrumentos analíticos que nos permitam abordar

a constelação política global das sociedades capitalistas contemporâneas sem subterfúgios, bem como desenvolver estratégias políticas mais eficazes do que as que resultaram do dualismo Estado/sociedade civil. É isso que será feito no Capítulo 5.

A utopia intelectual de des-pensar as ortodoxias conceptuais, enraizadas de forma tão profunda no nosso senso comum político, pode municiar-se com a história semântica do conceito de Estado. O conceito de Estado enquanto entidade abstracta, separada quer do governante quer do governado, é o resultado de um longo percurso conceptual que remonta à recepção do direito romano nos séculos XII e XIII (Q. Skinner, 1989). A palavra Estado, *status*, significava originalmente um estado de coisas, a situação em que se encontrava um reino ou uma comunidade. Conceitos de origem clássica, como *status reipublicae* ou *status civitatum*, foram usados em toda a Europa medieval nos manuais dos magistrados e na literatura destinada à educação de príncipes, a propósito do dever de manterem as suas cidades em bom ou próspero estado (*optimus status reipublicae* de Cícero e Séneca). O Estado era, então, a comunidade como um todo, a vida política bem ordenada. No republicanismo renascentista das cidades-estado italianas, o Estado começou a ser identificado com a ideia de autogovernança, o *stato franco* de Dante, isto é, um estado ou uma situação de liberdade civil (Skinner, 1989: 106). A tradição republicana é particularmente relevante para os nossos propósitos, dado que os teorizadores da república, embora distingam o Estado daqueles que o controlam, não fazem qualquer distinção entre poder do Estado e poder dos cidadãos: cada um deles só existe na medida do outro.

Entre a utopia jurídica e o pragmatismo utópico

Quando o liberalismo oitocentista transformou a ideia moderna de progresso na ideia de uma contínua e infinita repetição da sociedade burguesa, criou aquilo a que poderia chamar-se o dilema do futuro: todos os futuros seriam possíveis desde que estivessem contidos num mesmo futuro capitalista. Tanto as ciências sociais como o direito foram chamados a resolver este dilema, e expressões como "ordem e progresso" e "mudança social normal" resumem a tendência geral das soluções encontradas. Às ciências sociais competiria descobrir as regularidades e as causas da mudança social, enquanto ao direito competiria transformar tais regularidades em regulações jurídicas eficazes. Dado que as ciências sociais ainda não estavam desenvolvidas, a sua prioridade lógica teve de dar lugar a uma subordinação pragmática aos imperativos inadiáveis da regulação social. A meio caminho entre o saber regulatório (ordem) e a ignorância regulatória (caos), o direito estatal disponibilizou-se para ser tanto o *ersatz* da ciência como a pré-compreensão do conhecimento científico ainda não desenvolvido. Esta dupla disponibilidade do direito estatal esteve na origem da sua transformação em utopia, uma utopia muito peculiar. Parafrazeando Jacques Ellul (1965: 89), poderia dizer-se que o direito

estatal, tal como a tecnologia, passou a ser “empurrado”, incessantemente, oferecendo um grande número de soluções para problemas que não existiam.

Esta utopia jurídica foi o motor da mudança social normal, a ideia de que a mudança social é um processo contínuo de transformações fragmentárias e graduais, sancionadas pelo direito estatal que, por sua vez, vai também evoluindo contínua, gradual e legalmente. A credibilidade social da mudança social normal assentou em dois factores. Em primeiro lugar, a mudança social normal cobria uma ampla variedade de transformações de tal modo diversificadas e fragmentadas que era impossível descortinar-lhes uma tendência geral ou uma direcção global. Esta opacidade era o outro lado da plasticidade do direito estatal a que já aludimos. Em segundo lugar, a eficácia do direito podia ser de carácter instrumental e de carácter simbólico⁵⁷. Uma lei pode ser promulgada para ser aplicada e produzir efeitos num dado domínio social (educação, saúde, fiscalidade, etc.), caso em que terá eficácia instrumental, ou apenas para produzir como efeito o facto de haver uma lei sobre um dado domínio social e esse facto ter impacto público independentemente de se saber se a lei é ou não aplicada, caso em que esta terá eficácia simbólica. Assim, eventuais deficiências da eficácia instrumental do direito poderiam ser compensadas, pelo menos em parte, pela sua eficácia simbólica.

Esta construção jurídica da mudança social normal teve duas grandes implicações políticas. A primeira foi que, devido à opacidade da direcção global, as mesmas políticas reformistas puderam ser razoavelmente defendidas por determinados grupos sociais como sendo políticas anticapitalistas e por outros como sendo políticas capitalistas. Esta duplicidade teve um efeito decisivo nos padrões de mobilização política, sobretudo nos países centrais do sistema mundial. O movimento sindical lutou, durante décadas, por reformas consideradas socialistas pelos sectores hegemónicos dentro do movimento, mas que o bloco do poder via como parte de um jogo de soma positiva cujo resultado final seria a expansão do capitalismo.

A segunda implicação foi que esta construção se ajustava ao sistema inter-estatal como um todo. A sua opacidade global e flexibilidade operacional equiparam-na para servir as mais diversas estratégias políticas, tanto no centro como na periferia e semiperiferia do sistema mundial. Puderam, assim, exportar-se instituições e normas jurídicas, ou até sistemas jurídicos completos, dos Estados centrais para os periféricos. Estes transplantes jurídicos eram resultado, nuns casos, de uma imposição colonial ou pós-colonial e, noutros, de uma adopção voluntária ou semi-voluntária. Noutros casos ainda, o direito (ocidental) moderno compartilhou o campo jurídico oficial com outras tradições jurídicas locais, sendo apenas dominante nas

áreas consideradas mais importantes pelas elites políticas: as interações entre funcionários estatais e o mundo dos negócios.

A expansão deste modelo jurídico de mudança social normal em todo o sistema mundial foi um processo histórico e não-linear. Enquanto nos países centrais o reformismo (a forma política da transformação normal) se tornou hegemónico depois da Primeira Guerra Mundial, na periferia e na semiperiferia o reformismo disputou com a revolução social a hegemonia no terreno político ao longo de quase todo o século. Nos anos sessenta, o “movimento” “Direito e Desenvolvimento” ou “Direito e Modernização” (Trubek e Galanter, 1974; Gardner, 1980) — imposto ou “vivamente recomendado” aos Estados periféricos e semiperiféricos pelos Estados centrais — veio evidenciar a escala mundial desta disputa, uma luta histórica que só nos últimos anos, com o colapso da União Soviética, parece ter sido decidida — pelo menos por agora — a favor do reformismo.

Curiosamente, esta vitória final do reformismo em todo o sistema mundial parece ter ocorrido simultaneamente com a sua aparente crise final nos países centrais, como já demonstrei na análise do terceiro período do desenvolvimento capitalista, o período do capitalismo desorganizado. Este facto exige que analisemos em pormenor este modelo de mudança social normal assente numa utopia jurídica gerida pelo Estado. O Quadro 1 apresenta as principais características deste modelo. O Estado é entendido como desenvolvendo um conjunto de três estratégias: acumulação, hegemonia e confiança (as duas últimas, com três estratos). Cada uma delas abrange um campo social determinado, assente, para tal, numa forma específica de conhecimento, e dirige-se a um tipo preciso de subjectividade; nesse processo, mobilizam-se determinados campos jurídicos com o fim de fomentar valores sociais activando códigos dicotómicos determinados. Cada estratégia deve contribuir, a seu modo, para a mudança social normal, sendo esta concebida como um misto de repetição social e de melhoria social. Dada a clareza do quadro, não farei senão uns breves comentários.

Embora centrado nas actividades dos Estados nacionais, este padrão é, no fundo, um modelo transnacional que, a partir do século XIX, forneceu a lógica para a actuação do Estado no sistema inter-estatal, independentemente da forma “impura” ou selectiva como essa lógica possa ter funcionado. A actuação do Estado é um fluxo contínuo de acções e omissões, decisões e ausência de decisões, discursos e silêncios, e só num determinado grau de agregação é possível encontrar a combinação específica de estratégias que preside à actuação do Estado num determinado período. No sistema inter-estatal, a combinação varia de Estado para Estado e de período para período.

Na análise marxista do Estado, as estratégias de acumulação e as de hegemonia são, geralmente, as únicas referidas. Contudo, em minha opinião, as estratégias de confiança são igualmente importantes, e ousou afirmar que, hoje em dia, tendem a transformar-se nas estratégias mais autónomas de todas as estratégias de Estado, as

57. Sobre a distinção entre eficácia instrumental e eficácia simbólica, ver M. Edelman (1964); L. Friedman (1975).

que lhe permitem actuar credivelmente em nome de toda a sociedade e assumir a responsabilidade de preservar a integridade desta, apesar de ele ser apenas uma parte dessa sociedade⁵⁸. A centralidade das estratégias de confiança reside também no facto de a sua correcta aplicação proporcionar os recursos institucionais dos quais dependem a eficácia e a credibilidade das estratégias de acumulação e de hegemonia. Visto que nenhuma atenção tem sido concedida às estratégias de confiança, impõe-se um breve comentário sobre elas.

Niklas Luhmann (1979, 1988a e 1988b) e Anthony Giddens (1991) têm vindo a chamar a atenção para a natureza e para o papel da confiança na modernidade. Segundo Giddens, o dinamismo da modernidade advém-lhe do facto de ter separado o tempo do espaço, alterando assim drasticamente as condições sob as quais o tempo e o espaço são organizados de modo a ligarem presença e ausência. A distanciação espaço-temporal provocou a desinserção dos sistemas sociais ou, nas palavras de Giddens, obrigou a "retirar as relações sociais dos contextos locais de interacção e a reestruturá-las em distâncias espaço-temporais indefinidas" (1991: 21). Dado que os mecanismos de desinserção se traduzem geralmente em sistemas abstractos, as consequências para o desenvolvimento das instituições modernas são decisivas. Desses sistemas abstractos, Giddens salienta os sistemas de peritos que são mecanismos de desinserção porque retiram as relações sociais do seu contexto imediato. Como a confiança se reporta sempre à ausência no tempo e no espaço, a modernidade alterou dramaticamente as condições de confiança e de fiabilidade. Giddens define confiança como

a crença na fiabilidade de uma pessoa ou de um sistema, relativamente a um determinado conjunto de resultados ou acontecimentos, exprimindo essa confiança uma fé na probidade ou no amor de outrem, ou na correcção de princípios abstractos (conhecimento técnico) (Giddens, 1991: 34).

Como a modernidade substituiu o conceito de *fortuna* pelo conceito de risco, o contexto da confiança expandiu-se, enormemente: abrange todos os riscos e os perigos da acção humana, agora liberta da imposição divina e dotada de uma capacidade transformadora ampliadíssima. Giddens conclui que "a natureza das instituições modernas está profundamente ligada aos mecanismos da confiança nos sistemas abstractos, sobretudo confiança nos sistemas de peritos" (1991: 83).

Para mim, através do seu sistema jurídico, o Estado moderno tornou-se o principal garante da confiança em massa de que necessita a sociedade moderna. A confiança gerada pelo Estado vai, aliás, muito além dos sistemas de peritos, estendendo-se à infinita variedade de situações de gestão do risco que se vão desenvolvendo a partir das relações sociais entre estranhos (indivíduos, grupos, Estados es-

58. Sobre o paradoxo de o Estado actuar como se constituísse toda a sociedade, embora seja apenas parte dela, ver Jessop (1990: 360).

Quadro 1
MUDANÇA SOCIAL NORMAL
(estratégias do Estado no sistema inter-estatal)

Dimensões	Campo Social	Conhecimento	Subjectividade	Campo jurídico	Valor social	Mudança Social Normal
Estratégias						
Acumulação	mercadorização competitiva da mão-de-obra, dos bens e dos serviços	ciência como força produtiva	classe social, sexo, etnia	direito civil (contratos, propriedade, etc.); direito económico; direito do trabalho; direito da imigração	liberalismo; código: pró-mercado/antimercado	Repetição Acumulação sustentada; desigualdade económica
Hegemonia I	participação e representação política	ciência como discurso de verdade	cidadania	direito institucional; direito administrativo; direito do sistema político	democracia; código: democrático/antidemocrático	expansão dos direitos
II	consumo social	ciência como discurso de bem-estar	cliente, consumidor, beneficiário	direito social, direito do consumo, direito do trabalho	bem estar social; consumismo; código: justo/injusto	estabilidade política paz social; desigualdade social
III	consumo cultural, informação, comunicação e educação de massa	ciência como discurso de lealdade	cliente, consumidor, aprendiz	direito da comunicação social; direito da educação; direito da informação	alfabetismo; lealdade; código: leal/desleal; qualificado/não qualificado	maior justiça social mais difusão da informação e do conhecimento; mais qualificação; mais profissionalização
Confiança I	riscos nas relações internacionais: litígios, crimes, acidentes	ciência como recurso nacional	nacionalidade	direito internacional	nacionalismo; código: guerra/paz	mais reconhecimento internacional; melhor posição no sistema inter-estatal
II	riscos nas relações sociais: litígios, crimes, acidentes	ciência como recurso estatal e social	cidadania	direito penal; direito civil; administração da justiça	legalismo; códigos: legal/ilegal; justo/injusto; relevante/irrelevante	segurança nacional; soberania segurança jurídica; ordem e direito expansão e aperfeiçoamento da resolução de litígios; mais acesso ao direito
III	riscos nas acções tecnológicas e ambientais: conflitos, crimes, acidentes	ciência como recurso estatal e social	nacionalidade cidadania	direito do ambiente; direito penal; direito civil	competência dos peritos; códigos: seguro/perigoso; previsível/imprevisível	perícia crescente; mais peritos; melhores peritos

trangeiros) ou entre conhecimentos, quer íntimos quer afastados. Quanto maior for o âmbito das relações geradoras de risco, tanto maior será a dependência na confiança do Estado e na sua gestão do risco. A confiança nos sistemas de peritos assenta na possibilidade de o Estado lhes fiscalizar as actividades e gerir os riscos decorrentes de eventuais falhas ou consequências imprevistas do seu funcionamento.

A actuação combinada das estratégias de acumulação, hegemonia e confiança assegura a reprodução da mudança social normal, que consiste num padrão de transformação social baseada na repetição e na melhoria. Estas duas dimensões estão inextricavelmente entrelaçadas, já que a sustentabilidade de uma depende da outra: não há repetição sem melhoria, nem melhoria sem repetição. O ritmo da mudança é ditado pelo desequilíbrio entre factores de repetição e factores de melhoria, mas, para que a transformação social seja normal, ela tem de comportar os dois tipos de factores. Nestas circunstâncias, a mudança social normal é um paradoxo: quando as condições prevalentes de um qualquer domínio social são melhoradas, já não se repetem e vice-versa.

Este paradoxo, longe de ser um factor de paralisação, é, pelo contrário, a fonte inesgotável da energia da própria ideia de mudança social normal. Em primeiro lugar, o facto de a mudança social normal ser simultaneamente fragmentada e desprovida de uma direcção global permite que o mesmo processo social individual seja considerado como repetição por alguns grupos sociais e como melhoria por outros. Em segundo lugar, o paradoxo da mudança social normal possibilita a coexistência de várias temporalidades num mesmo processo de transformação. Como a repetição não existe sem melhoria, e vice-versa, a natureza das temporalidades dominantes é totalmente indeterminada. A curto prazo, tanto as tendências da repetição como as da melhoria podem ser consideradas quer fenómenos de curto prazo, quer manifestações de curto prazo de tendências de longo prazo. Por outro lado, só a longo prazo e retrospectivamente é possível saber qual das duas hipóteses em conflito estava correcta e concluir se a tendência de longo prazo redundou em repetição ou, pelo contrário, em melhoria. Como o debate político, mesmo quando se ocupa das tendências de longo prazo, nunca ocorre a longo prazo, a indeterminabilidade das diferentes temporalidades reforça a inevitabilidade da mudança social normal, favorecendo, assim, a sua legitimidade.

Este padrão de mudança social normal assenta nos seguintes pressupostos. Em primeiro lugar, independentemente de quão diversa seja a sua aplicação de Estado para Estado, o padrão da mudança social normal corresponde à lógica política transnacional do sistema inter-estatal. Em segundo lugar, os mecanismos nacionais de comando criados e aplicados pelo Estado estão disponíveis e são eficazes em todo o território nacional, cujas fronteiras são também garantidas pelo Estado. Em terceiro lugar, a capacidade financeira do Estado para dar execução a todas as suas estratégias depende, acima de tudo, da sustentabilidade do crescimento económico

e, conseqüentemente, do êxito das estratégias de acumulação. Em quarto lugar, as aspirações humanas e o bem-estar das populações podem ser concretizados ou assegurados por bens e serviços produzidos em massa, concebidos como mercadorias, mesmo que não entrem nos circuitos normais do mercado. Em quinto lugar, os riscos e os perigos, cuja gestão constitui o objecto das estratégias de confiança, ocorrem raramente e, sobretudo, em pequena ou média escala.

As análises desenvolvidas neste capítulo e no capítulo anterior mostram como estes pressupostos estão a ser postos radicalmente em causa no actual período de transição paradigmática. Perante a crescente e aparentemente irreversível polarização e desigualdade entre o Norte e o Sul, este padrão de mudança social normal já não capta nenhuma das transformações significativas que o sistema mundial está presentemente a sofrer. Tanto no centro como na periferia do sistema mundial, os mecanismos nacionais de comando estão a degradar-se devido à intensificação das transacções e interacções transnacionais. A impossibilidade de sustentar, à escala global, um bem-estar social mercadorizado, juntamente com o agravamento das desigualdades sociais, a transformação dos valores culturais numa direcção pós-materialista e a crescente visibilidade social de formas de opressão até agora ocultas (opressão das mulheres, das minorias culturais e étnicas, das crianças e da natureza), tudo isto contribui para questionar, a um nível fundamental, a qualidade e a quantidade de vida produzida pela transformação normal. Na verdade, cada vez mais se considera anormal a transição normal. Finalmente, devido à crescente discrepância entre a capacidade de acção e a capacidade de previsão, os riscos, sobretudo os das intervenções tecnológicas e ambientais, de consequências cada vez mais imprevisíveis, multiplicaram-se descontroladamente em termos de escala e de frequência.

Esta dimensão, sem precedentes, do risco e do perigo desgastou a credibilidade da confiança proporcionada pelo Estado. Por um lado, como alguns dos riscos e perigos foram globalizados, o seu controlo é agora uma tarefa que está muito para além das capacidades dos Estados individuais e o sistema inter-estatal não foi, de modo algum, concebido para compensar as deficiências de regulação dos Estados através de acções internacionais concertadas. Por outro lado, a crescente consciencialização dos riscos e dos perigos evidenciou as limitações estruturais dos mecanismos jurídicos usados pelos Estados para os gerir (critérios estreitos de legitimidade processual, responsabilidade, prova relevante, dano; sistemas judiciais lentos, frustrantes, selectivos, dispendiosos ou inacessíveis).

O efeito cumulativo destas deficiências de ajustamento sobre a “mecânica” da mudança social normal é enorme. Desgastam a dimensão de melhoria da transformação social, acabando por levar à ruptura a equação repetição-melhoria. Como a repetição não pode manter-se sem aperfeiçoamento, a mudança social normal converte-se em estagnação normal ou decadência normal. A tensão, já muito enfraquecida, entre regulação (repetição) e emancipação (melhoria) sofre um du-

plo colapso: quando o último vestígio de emancipação se desvanece, a regulação moderna torna-se insustentável. É, portanto, apenas por simples inércia que o modelo de transformação normal parece atingir hoje a completa hegemonia no sistema inter-estatal. Trata-se, por assim dizer, de uma hegemonia póstuma.

Nestas circunstâncias, torna-se necessário um novo paradigma de transformação social. Dado que a mudança social normal assentou na rejeição da revolução como modelo credível de transformação social, parece ser um bom ponto de partida (e nada mais do que isso) reexaminar as relações entre o direito moderno e a revolução. O apelo feito atrás a uma separação do direito relativamente ao Estado deve ser complementado pelo apelo a uma rearticulação do direito com a revolução. Na verdade, os dois procedimentos devem ser efectuados simultaneamente, se quisermos realizar a reconstrução do direito e da política nos termos de uma perspectiva pós-moderna de oposição.

É importante ter em conta que a separação entre direito e Estado tanto pode estar ao serviço de políticas reaccionárias como de políticas progressistas. Para aumentar as possibilidades destas últimas, deve começar-se por rearticular o direito com a revolução, o que, numa altura em que a revolução foi lançada para o caixote do lixo da História, pode parecer um pouco estranho. O meu argumento é que a revolução foi rejeitada não por se ter tornado desnecessária, mas porque as formas predominantes que assumiu desde o século XIX traíram, elas próprias, a necessidade de revolução. Basta passar os olhos pelas injustiças e opressões do sistema mundial para concluir que o projecto emancipatório da revolução é hoje mais necessário do que nunca. A rearticulação do direito com a revolução que eu proponho tem a ver com esse projecto e não com as diferentes formas políticas dos movimentos revolucionários do nosso século. Tal como aconteceu nos anteriores tópicos de discussão paradigmática do direito, também aqui é necessário proceder a algumas escavações arqueológicas para desenterrar as tradições da modernidade que foram reprimidas ou marginalizadas.

Estamos de tal forma habituados a considerar que direito e revolução são dois conceitos opostos e antagónicos que a ideia de os aproximar, e, pior ainda, de os rearticular, pode parecer uma monstruosidade. Em boa verdade, a polaridade direito/revolução é um fenómeno extraordinariamente recente. Harold Berman demonstrou, convincentemente, que a implicação recíproca do direito e da revolução esteve na origem da moderna tradição jurídica ocidental desde o século XII. Berman começa por corrigir aquilo a que chama “viés ideológico a favor da transformação gradual” (Berman, 1983: 15) que dominou o estudo das origens da tradição jurídica ocidental e que, segundo ele, nos impediu de ver a primeira revolução moderna. Berman sustenta que essa primeira revolução moderna ocorreu no seio da Igreja de Roma entre os séculos XI e XII, tendo dela surgido o primeiro corpo de leis do direito moderno, o direito canónico. De então para cá, a tradição

histórica do direito foi profunda e periodicamente alterada por violentas revoluções que lhe conferiram novas orientações.

A razão por que este fenómeno nos escapou reside na própria natureza do direito. Com efeito, “uma transformação radical de um sistema jurídico é algo de paradoxal, já que um dos objectivos fundamentais do direito é proporcionar estabilidade e continuidade” (Berman, 1983: 16). Por isso, sempre que uma transformação jurídica revolucionária acontece, tomam-se, de imediato, medidas (jurídicas) para impedir que ela volte a repetir-se. A fim de que o novo direito possa ser firmemente estabelecido, considerar-se-á que ele se alterou não apenas em resposta a circunstâncias novas, mas também de acordo com algum padrão histórico. Isto explica porque é que o “mito de um retorno a um tempo primevo é, de facto, o cunho distintivo de todas as revoluções europeias” (Berman, 1983: 15). Depois de consolidado, o novo direito revolucionário tem de ser protegido contra o perigo de outra ruptura; futuras mudanças têm de limitar-se a transformações normais.

A tradição jurídica ocidental foi, portanto, marcada por revoluções recorrentes que deram origem a novos sistemas jurídicos, os quais, depois de consolidados, negavam ou minimizavam a ocorrência ou o impacto da revolução anterior. Por este processo, todas as grandes rupturas na tradição jurídica ocidental permanecem dentro desta mesma tradição. É ainda Berman quem afirma que o termo “revolução” designa não apenas a violenta subversão inicial que introduz o novo sistema, mas também todo o período necessário para que esse sistema ganhe raízes, um processo que pode durar mais do que uma geração. Berman distingue seis grandes revoluções, ou revoluções “totais”, na História moderna: a Revolução Russa, a Revolução Francesa, a Revolução Americana, a Revolução Inglesa (1640-1688), a Reforma protestante (1517-1555) e a Revolução Papal (1075-1122). Em todas elas, as transformações fundamentais do direito estiveram interligadas com alterações profundas noutras esferas da vida social, mas também em todas elas o novo direito representou uma tentativa de superar a incapacidade do antigo direito para dar resposta adequada às transformações que estavam a acontecer na sociedade antes do surto revolucionário. Essa incapacidade para antecipar as transformações fundamentais e as incorporar a tempo deve-se a uma contradição inerente à natureza da tradição jurídica ocidental: a contradição entre os seus dois propósitos básicos — preservar a ordem e fazer justiça (Berman, 1983: 21).

Esta reconstituição da tradição jurídica moderna, em si mesma muito elucidativa, acaba por conduzir Berman a um diagnóstico sombrio, apocalíptico e bastante conservador dos nossos tempos. Segundo ele, temos vindo a passar, no século XX, por uma revolução de carácter diferente que rompe, de várias formas, com a tradição revolucionária do Ocidente. A espantosa transformação em todos os campos do direito — tanto no direito dos contratos e da propriedade como nas obrigações e no direito penal, no direito privado e no direito público — derrubou a relação complexa entre direito e revolução existente desde o século XI. Enquan-

to anteriormente as transformações revolucionárias do direito sempre se mantiveram no interior da tradição jurídica ocidental e foram, portanto, ultrapassadas dentro dessa mesma tradição, hoje acontece o contrário, à medida que o direito se subordina totalmente à revolução. Isto representa, segundo Berman, nada menos do que a derrocada final da tradição jurídica ocidental. Não é difícil perceber aqui uma variante dos recentes debates sobre a autonomia do direito e a autopoiese jurídica. Efectivamente, a autonomia do direito é o subtexto normativo da narrativa histórica de Berman, e também o é a noção de justiça transcendente ou direito natural devorados pelo insaciável instrumentalismo jurídico do nosso século.

O que devemos reter da análise de Berman é a sua ênfase na relação complexa, rica e contraditória entre direito e revolução enquanto característica fundadora do direito moderno. Nos termos da grelha conceptual por mim proposta, a investigação histórica de Berman prova a existência de uma tensão multi-secular entre regulação e emancipação que constitui a força impulsionadora do direito moderno. O que Berman não consegue ver é que essa tensão, que começou no século XII, colapsou ou foi drasticamente reduzida, não depois de 1914 como ele sugere, mas depois da Revolução Francesa, quando o Estado liberal desencadeou o processo histórico de redução da modernidade às dimensões e proporções do capitalismo. A Revolução Francesa foi, de facto, a última revolução levada a cabo conjuntamente pelo direito e pela revolução, porque foi conduzida em nome de um direito cujo enorme potencial regulatório só podia vir à luz em práticas sociais emancipatórias que transcendessem os limites estabelecidos. Nesta perspectiva, a Revolução Russa não se insere na linha de continuidade da longa tradição do direito moderno, como Berman afirma, mas simboliza antes o seu colapso. A Revolução Russa é a primeira revolução moderna levada a cabo contra o direito.

O modelo de mudança social normal desenvolvido pelo Estado pós-revolucionário do século XIX não é, a meu ver, apenas mais um exemplo da forma como o novo direito revolucionário tenta minimizar o impacto da revolução anterior e defender-se da seguinte; é, sim, o último exemplo. Os infinitos recursos organizacionais, políticos e culturais concentrados no Estado criam um mecanismo institucional inédito, capaz de separar, para sempre, o direito da revolução. No momento em que o direito é convertido em direito estatal, a revolução fica sem direito. Por meio das suas estratégias de hegemonia, o Estado liberal, que alega converter a mudança social normal no excitante começo da tradição jurídica moderna, acaba, na realidade, por lhe desferir o golpe final. Daqui para a frente, viveremos num período pós-revolucionário que, por declarar ser o derradeiro, se converte em contra-revolucionário. Daqui para a frente, é a revolução que fica totalmente submetida ao direito, e não o contrário, como afirma Berman. Isto explica porque é que a Revolução Russa, em vez de continuar a tradição da Revolução Francesa, é “forçada” a tentar um novo começo, um modelo de transformação social que subordina inteiramente o direito à revolução.

Se a teoria político-jurídica liberal banuiu a revolução da constelação jurídica, o marxismo, sobretudo na versão marxista-leninista, banuiu o direito da constelação revolucionária. E se esta oposição simétrica evidencia o nítido contraste entre o liberalismo e o marxismo, também trai a cumplicidade que os une. Quer no liberalismo, quer no marxismo, a relação dialéctica entre direito e revolução perde-se. No máximo, poderemos dizer que se mantém congelada num dos seus pólos pela ordem política. Quando Lenine e, mais tarde, Wyschinsky, dizem que “o direito é uma categoria da política”, estão, na verdade, a levar a concepção liberal de direito até aos seus limites, já que para qualquer deles, tal como para a teoria liberal, a política (e, conseqüentemente, o direito) é o domínio do Estado. Não é a Revolução Russa, mas o Estado pós-revolucionário do século XIX que conduz a tradição jurídica ocidental a um colapso: a Revolução Russa é um sintoma ou uma consequência desse colapso, não a sua causa.

Esta escavação na modernidade jurídica mostra como é preciso cavar fundo (mais fundo do que o marxismo e o liberalismo) para desenterrar do meio dos resíduos os fragmentos da dialéctica moderna do direito e da revolução de que somos herdeiros.

CONCLUSÃO

Neste capítulo, defendi que a transição paradigmática, cujos fundamentos epistemológicos analisei no Capítulo 1, é um processo histórico muito vasto que se desenrola em múltiplas dimensões sociais, políticas e culturais. Embora seja mais visível no plano epistemológico — enquanto crise final da ciência moderna —, é como processo histórico que a transição paradigmática se torna um tópico da maior relevância sociológica. Afirmei ainda que o direito moderno oferece uma vantagem estratégica para a apreciação da sociologia da transição devido à sua estreita articulação com a ciência moderna em todo o processo de racionalização da vida social prometida pela modernidade. A tarefa de racionalização, concebida como um equilíbrio dinâmico e tenso entre regulação e emancipação, foi confiada à ciência. A solução dos problemas decorrentes da insuficiência do conhecimento científico, só superável a longo prazo, foi confiada ao direito. Como racionalizador de segunda ordem da vida social, o direito — na forma de direito estatal — entrou numa fase de crescimento ilimitado, semelhante ao pretendido para a ciência e para toda a transformação social.

Defendi também que a espectacular intensificação e acumulação de consequências negativas deste paradigma social nos fizeram concluir que há algo intrinsecamente errado na forma que a ciência e o direito adoptaram para maximizar a sua eficácia em fazer convergir a modernidade sócio-cultural com o capitalismo. Ao longo deste processo, a tensão original entre regulação e emancipação,

constitutiva da ciência e do direito modernos, acabou por desaparecer, por vias diversas mas com o mesmo resultado global: a absorção da emancipação pela regulação. Neste capítulo, procurei mostrar como isso aconteceu no caso do direito moderno. Depois de passar sumariamente em revista as transformações jurídicas ocorridas nos três períodos do desenvolvimento capitalista (capitalismo liberal, organizado e desorganizado), analisei alguns dos mais recentes debates sobre a “crise do direito”, acabando por concluir que todas foram incapazes de identificar as verdadeiras raízes do actual descontentamento com o direito.

Propus, então, como explicação alternativa, que a “crise do direito” se integra numa crise muito mais vasta e profunda do padrão hegemónico de transformação social observado desde o início do século XIX: o modelo da chamada mudança social normal. Depois de caracterizar este modelo e o papel determinante nele desempenhado pelo direito estatal como uma utopia jurídica, tentei mostrar como e por que razão esse modelo está a atravessar uma crise tão profunda que não pode ser resolvida recorrendo aos mecanismos de ajustamento disponíveis dentro dos parâmetros da transformação normal. Concluí, então, que estamos a entrar num período de transição paradigmática entre a sociabilidade moderna e uma nova sociabilidade pós-moderna cujo perfil é ainda quase imperscrutável e até imprevisível. Uma transição paradigmática é um longo processo caracterizado por um suspensão “anormal” das determinações sociais que dá origem a novos perigos, riscos e inseguranças, mas que também aumenta as oportunidades para a inovação, a criatividade e a opção moral.

Num período de transição paradigmática, o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa de ser substituído por um novo conhecimento. Precisamos de uma ciência da turbulência, sensível às novas exigências intelectuais e políticas de utopias mais eficazes e realistas do que aquelas pelas quais vivemos no passado recente. A nova constelação de sentido não nasce do nada. Tem muito a lucrar se escavar o passado em busca de tradições intelectuais e políticas banidas ou marginalizadas, cuja autenticidade surge sob uma nova luz depois de se “desnaturalizar” ou até de provar a arbitrariedade desse banimento e marginalização. Acima de tudo, o novo conhecimento assenta num des-pensar do velho conhecimento ainda hegemónico, do conhecimento que não admite a existência de uma crise paradigmática porque se recusa a ver que todas as soluções progressistas e auspiciosas por ele pensadas foram rejeitadas ou tornaram-se inexecutáveis.

Des-pensar é uma tarefa epistemologicamente complexa porque implica uma desconstrução total, mas não nihilista, e uma reconstrução descontínua, mas não arbitrária. Além disso, por ser efectuada no encaço da ciência moderna, o momento destrutivo do processo de des-pensar tem de ser disciplinar (o direito e cada uma das ciências sociais), ao passo que o seu momento construtivo deve ser indisciplinar: o processo de des-pensar equivale a uma nova síntese cultural. Por último, nem todas as tarefas da reavaliação podem ser levadas a cabo a um nível

paradigmático da análise. Algumas delas implicam uma análise empírica pormenorizada que deve ser levada a cabo em genuína, mas desleal, subordinação ao conhecimento antigo, ou seja, num nível subparadigmático: genuína, porque a investigação é efectuada de acordo com as regras teóricas e técnicas do velho conhecimento, mas simultaneamente desleal, porque é realizada como se nada de novo ou de inteligível pudesse conceber-se ou imaginar-se para além dele.

Neste capítulo, seleccionei três áreas em que o des-pensar do direito parece ser mais importante e urgente: Estado nacional versus sistema mundial, Estado-sociedade civil versus sociedade política, e utopia jurídica versus pragmatismo utópico. Estes três tópicos foram apresentados como dilemas porque, de facto, foram percebidos como tal no início do século XIX. O Estado constitucional considerava-se dotado de um poderoso recurso (um sistema jurídico exclusivo, unificado e universal) para enfrentar esses dilemas eficazmente, isto é, de tal maneira que se assegurasse a auto-reprodução do próprio Estado. O primeiro dilema foi confrontado pelo dualismo direito nacional/direito internacional, o segundo dilema foi confrontado pelo dualismo direito privado/direito público, e o terceiro dilema foi confrontado por um padrão de transformação normal baseado na infinita disponibilidade ou manuseabilidade do direito. Seguidamente, analisei as deficiências ou dissimulações estruturais destas três construções jurídicas. A primeira escamoteava o facto de que, devido à própria natureza do sistema inter-estatal, o direito internacional seria intrinsecamente de “qualidade jurídica” inferior à do direito nacional. A segunda descurava o facto de que o direito privado era tão público como o direito público e que, portanto, um coincidia com o outro, anulando o dualismo. Finalmente, a terceira construção jurídica esquecia o facto de que o direito, depois de separado da revolução, podia “normalizar” qualquer tipo de transformação numa qualquer direcção possível (incluindo a estagnação ou a decadência social).

Na tentativa de repensar o direito, sem estes dilemas e sem os impasses intelectuais e políticos a que eles conduziram, procedi a algumas escavações nos terrenos da tradição moderna em busca de memórias alternativas do futuro. Relativamente ao primeiro dilema, encontrei-as na cultura jurídica multi-secular, transnacional e local, da modernidade; relativamente ao segundo, encontrei-as em tradições conceptuais alternativas de Estado, especialmente no conceito de Estado da república renascentista, que o entendia como o bem-estar geral de uma sociedade autogovernada (*optimus status reipublicae*); por último, quanto ao terceiro dilema, descobri as memórias alternativas do futuro na articulação entre direito e revolução, uma longa tradição histórica da modernidade abruptamente interrompida depois da Revolução Francesa.

Estas escavações foram apenas o começo do processo de des-pensar o direito. Este processo irá continuar nos capítulos que se seguem, tanto no aspecto destrutivo como no construtivo. Nos próximos dois capítulos (Parte II) revisitarei, de uma perspectiva totalmente diferente da que dominou na Parte I, os limites

dilemáticos da ciência e do direito modernos. Nos dois capítulos seguintes (Parte III) apresentarei uma alternativa conceptual às construções teóricas baseadas no dualismo Estado/sociedade civil (Capítulo 5) e formularei uma via utópica para imaginar subjectividades capazes de timonar a transição paradigmática numa direcção progressista constituída por novas constelações político-culturais em que *o direito e a revolução não possam ser concebidos separadamente* (Capítulo 6).

O objectivo global desta trajectória analítica é reinventar, para o direito e para a política, a tensão entre regulação e emancipação que, no Capítulo 1, tentei reinventar para a ciência.

PARTE

As armadilhas da
paisagem: para
uma epistemologia
do espaço-tempo