

## 1. Estadualismo e anti-estadualismo

A intenção deste primeiro capítulo é destacar que a maior parte daquilo que se costuma explicar nas comuns introduções ao direito – a começar pelas que fazem parte dos programas do ensino secundário – é o resultado de um modelo de pensar o direito e os saberes jurídicos que se estabeleceu, há cerca de 200 anos, quando a generalidade dos juristas pensavam que *o direito tinha que ser uma criação do Estado, um reflexo da sua soberania, um resultado da sua vontade*. Em parte, isto era uma consequência da implantação dos modelos democráticos de Estado, em que a vontade popular se exprimia sob a forma das leis emanadas do Estado. Mas esta verdade, nas condições em que foi política e institucionalmente realizada, tinha pés de barro. Por um lado, a democracia foi, no séc. XIX, um regime de muito elitista, participado por muito poucos cidadãos. O alheamento da generalidade das pessoas em relação à vida política e ao direito do Estado era muito grande e, por isso mesmo, outras formas de direito, outros direitos, desligados do Estado, surgiam espontaneamente na comunidade, por vezes como sobrevivências de antigas normas sociais geralmente aceites, outras vezes como produto da doutrina de uma elite de juristas que também não

esquecera, nem as suas doutrinas tradicionais, nem o papel dirigente que ocupara na sociedade de Antigo Regime<sup>9</sup>. Por outro lado, a democracia – a fim de reduzir esta dispersão da tarefa fundamental de definir um novo direito – procurou impor um determinado processo para emitir o direito. As razões para se prescrever um processo regulado de fazer o direito, eram justificadas do ponto de vista democrático, mas a sua complexidade, artificialidade e demora, ainda aumentavam mais a distância entre o direito e os cidadãos.

A consequência desta desconfiança em relação ao direito do Estado foi uma revalorização dos elementos não estatais do direito – a doutrina dos juristas, o costume e essas formas espontâneas e dinâmicas de regular que surgiam da vida de todos os dias.

Nesta reacção contra o direito do Estado convergiram escolas de pensamento e intenções políticas muito diversas. Uns, pura e simplesmente, tinham em muito pouca conta os princípios democráticos e procuravam substituir o direito das assembleias representativas por um direito aristocrático, oriundo da elite dos juristas ou das práticas governativas das altas burocracias do Estado. Foi o que aconteceu na Alemanha na última fase do II Império, sob a batuta do chanceler Bismarck e com a caução de uma elite respeitadíssima de juristas, que haveriam de marcar o saber jurídico durante décadas (a chamada, *Pandectística*, *Pandektistik*, *Pandektenwissenschaft*). Outros, partidários de

<sup>9</sup> Cf., A. M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Lisboa, Europa-América, 2004.

uma arquitectura liberal da sociedade, entendiam que a democracia era, sobretudo, a abstenção do Estado, o Estado mínimo (*État-veilleur de nuit*, *État-gendarme*), com um direito que correspondesse a esta ausência do Estado e ao mero livre curso das vontades individuais. Outros, ainda, levando mais sério todo o espectro de direitos não oficiais, valorizavam as instituições criadas pela vida, vendo nestas um verdadeiro direito do povo, liberto dos constrangimentos do direito oficial ou doutrinário, o que – valha a verdade – os transformava nas ovelhas negras da comunidade dos juristas bem pensantes. Outros, finalmente, entenderam que o direito, longe de se deixar enlevar na legislação dos parlamentos ou dos governos por eles eleitos, devia seguir a vontade ou o interesse do *povo*, definido por dirigentes ou partidos que se auto-definiam como identificados com o próprio “povo”, fosse este entendido como uma Nação histórica, como uma raça pré-destinada ou como uma classe que, tendo sido explorada, era agora dirigente.

Durante os últimos 200 anos, este movimento anti-estatalista não deixou de se fortalecer, insistindo alternadamente nos seus vários argumentos. Os regimes políticos autoritários dos meados do séc. XX (fascismos, nazismo, bolchevismo), identificando o direito com leis e com a autoridade totalitária do Estado, foram apenas a cereja no topo do bolo. A partir daí, mesmo depois de se terem restabelecido as democracias na maior parte da Europa ocidental, uma concepção legalista do direito passou a ser suspeita de trazer consigo novos riscos de absolutismo legalista e de totalitarismo do Estado.

Aparte isto, o certo é que as sociedades ocidentais se tornavam cada vez mais dinâmicas e diferenciadas. Nas últimas décadas, a imigração acentuou ainda o pluralismo destas sociedades, ao trazer para dentro delas, comunidades com sentimentos jurídicos muito diferenciados, nomeadamente em relação aos padrões usuais na Europa central-ocidental e nas populações brancas dos Estados Unidos. Esta erupção do pluralismo étnico-cultural, a que o direito oficial tem respondido de forma muito deficiente (entre o desconhecimento e um integracionismo violento), foi ainda acompanhada pela crescente importância atribuída a formas alternativas de vida, cujo reconhecimento era exigido pelos movimentos feministas, juvenis, ecológicos ou sexualmente dissidentes. Cada um destes movimentos trazia consigo propostas novas de viver a vida e, com elas, novos ideais de justiça e novas normas de comportamento. O próprio cidadão comum, cada vez mais consciente dos seus direitos e exigindo ser bem governado e tratado pelas agências públicas e privadas de acordo como “boas práticas”, ensaia a construção autónoma de “direitos de proximidade”, que instituem princípios de relacionamento correspondentes aos sentimentos de justiça da generalidade das pessoas, independentemente da sua consagração na legislação estadual.

Por fim, da União Europeia e, mais em geral, a globalização económica e comunicacional desvalorizaram também o Estado e o seu direito, ao proporem formas de organização política e de regulação que atravessavam as fronteiras dos Estados, desafiando aquilo que era considerada a soberania destes.

Todos estes factos, que antes de serem jurídicos, são civilizacionais, modificaram de forma decisiva as bases do direito actual. Só muito simplificaradamente – e de forma cada vez mais irrealista – é que este pode continuar a ser identificado com a lei. Esta profunda modificação na natureza do direito contemporâneo implica uma modificação, igualmente profunda, na sua teoria e na sua dogmática, não sendo mais possível continuar a utilizar conceitos e fórmulas que foram cunhados num período de monopólio legislativo do direito para descrever um direito que se afasta progressivamente da lei. Embora também seja certo, como veremos, que a adopção de uma perspectiva pluralista do direito não pode perder de vista o significado democrático hoje assumido pela constituição e pelas leis. Por isso é que – apesar de todas as suas insuficiências – elas têm ainda que continuar a merecer a designação prestigianete de “forma da República”<sup>10</sup>, como a forma mais regulada, mais controlada e mais provavelmente adequada de manifestação da vontade popular.

### 1.1. *Um saber dependente de pré-compreensões culturais*

Quem ler textos que visam uma introdução ao direito ou à “ciência do direito”<sup>11-12</sup>, fica muitas vezes com a

<sup>10</sup> Cf., o título do recente livro de Maria Lúcia Amaral, *A forma da República*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

<sup>11</sup> As aspas são, neste e nos casos seguintes, os sinais da minha des-

impressão de que – ao contrário do que devia acontecer numa “ciência”<sup>13</sup> – as incertezas e as polémicas sobre as questões mais básicas acerca do direito se multiplicam incessantemente. Quero, no entanto, começar por realçar que, tendo em conta que a cultura jurídica do Ocidente já tem mais de dois milénios, na verdade aquilo que, *de fundamental*, se tem discutido acerca do direito, não tem variado assim tanto.

Basicamente, juristas (e não juristas) têm-se perguntado:

---

confiança perante a fiabilidade das expressões usadas. Uso-as, porque são correntes e transláticas; mas, em notas finais a este capítulo, direi porque é que acho que se podem transformar em “falsos amigos”, contrabandistas de muitos pressupostos, sentidos e implicações não declarados.

<sup>12</sup> “Ciência do direito” insinua que o saber jurídico obedece a um modelo de discurso semelhante aos das “ciências”: ou seja, em que há uma referência “verdade” (e a uma só), em que se produzem resultados objectivos, por métodos dotados de rigor e univocidade, sobre uma realidade objectiva, exterior ao observador (“positiva”), de tal modo a obter um saber geral (de “leis”), sobre o qual as pré-compreensões ou as opções (filosóficas, políticas, existenciais) do estudioso (do “cientista”) não têm qualquer influência (“neutralidade” da ciência). Esta concepção dominou o estudo do direito a partir dos meados do séc. XVIII, por influência do cientismo das Luzes e da teoria kantiana da ciência. Embora, na sua maior parte, os pressupostos científicos enunciados sejam altamente controversos, sobretudo quando aplicados ao direito, a expressão continua a ser usada, mesmo por aqueles que problematizam algumas das anteriores assunções. A expressão banalizou-se; mas, implicitamente, continua a funcionar como uma certa forma de conferir legitimidade ao saber dos juristas.

<sup>13</sup> V, nota anterior.

(i) Se o direito está contido nos próprios equilíbrios da natureza – *i.e.*, se é uma *ratio*, uma razão, um equilíbrio, que provenha das próprias situações da vida – ou se, pelo contrário, é o produto de uma vontade ocasional, arbitrária, “livre” de alguém – *i.e.*, se é uma *voluntas* – (de Deus, do rei ou do povo).

Se se responde que é uma *ratio*, há lugar para perguntar:

(ii) Se essa razão pode ser reconhecida *por meios gerais* (sob a forma de regras ou normas gerais, ainda que mutáveis no tempo e localizadas em certa sociedade) [*normativismo*]; se apenas pode ser reconhecida em relação *aos casos particulares* (sob a forma de um sentido particular de justiça, a que se tem chamado equidade) [*casuismo*], ou se, tratando-se de um saber essencialmente particular, pode ser, em todo o caso, *acumulável, de modo a que a partir do direito dos casos concretos já resolvidos se possa construir um saber prático, uma prudentia*, por meio de indução de regras heurísticas, que depois ajudem a encontrar o direito de outros casos [*prudencialismo, valor vinculativo dos precedentes*].

(iii) De qualquer destas respostas pode seguir-se um rosário de questões sobre a *teoria do direito*, mas relevantes para a prática jurídica: a origem<sup>14</sup>, os fins<sup>15</sup> e conteúdos do direito, as fontes pelas quais o direito se manifesta, os

---

<sup>14</sup> Em Deus, na natureza, na razão.

<sup>15</sup> A maximização de a felicidade individual, a observância de uma regra absoluta de justiça, a prossecução da utilidade comum (ou o bem estar supra-individual da comunidade).

métodos para encontrar o direito (*ars inveniendi*)<sup>16</sup> e o aplicar aos casos (*ars iudicandi*).

Se se responder que o direito é uma *voluntas* – ou, então, que é uma razão divina incognoscível, e, portanto, tão pouco possível de discutir como o é uma vontade arbitrária [*providencialismo*] – as questões que se podem colocar são de dois tipos:

(i) Pode perguntar-se, num plano político-filosófico, sobre qual seja essa vontade: a de Deus, a do Povo, a da Nação, a do Estado. Pode, depois, perguntar-se sobre a legitimidade de tal vontade para criar direito. E, por fim, se essa vontade tem limites, seja materiais (coisas que não podem ser queridas (*v.g.*, a ofensa de direitos naturais dos cidadãos), seja formais (estabelecimento de formalidades a que a vontade deve obedecer ao criar direito).

(ii) Pode, por outro lado, perguntar-se – assumindo a validade da norma *querida* – uma série de coisas sobre esta declaração de vontade criadora de direito (*teoria da norma*): sobre qual a declaração de vontade do legislador a que um caso concreto deve ser referido (*qualificação*); sobre o sentido da declaração de vontade (*interpretação*); sobre a possibilidade da sua extensão a outros casos não expressamente previstos (*integração*); sobre a colisão entre duas ou mais manifestações de vontade (*conflitos ou concurso de nor-*

<sup>16</sup> De uma forma “inspirada” ou “carismática”; a partir de evidências racionais; a partir de evidências emotivas (“sentimentos partilhados de justiça”; a partir de um método de discussão geralmente reconhecido como apto.

*mas*), sobre o processo intelectual de aplicação da norma geral a um caso concreto (*aplicação*).

Estas perguntas surgiram também logo nos inícios da tradição jurídica europeia, havendo muitas respostas para elas – mas nem sempre coerentes entre si – logo no enorme *corpus* textual do direito romano<sup>17</sup>.

Passando em silêncio muitas voltas que estas questões deram, ao longo de dois mil anos de história, apenas anotamos que, a partir da Revolução francesa, mas, sobretudo, nos dias de hoje, o princípio que se tornou dominante na Europa foi o de que o direito é a manifestação da *vontade*, a vontade do povo [da Nação, do Estado]<sup>18</sup>, expressa pelos seus representantes (*princípio democrático, soberania nacional, soberania popular, soberania estadual*)<sup>19</sup>, escolhidos estes pela forma que o próprio povo estabeleceu na constituição<sup>20</sup>. Como o povo, no momento constituinte

<sup>17</sup> Vale a pena, nesse sentido, fazer um reconhecimento do livro I das *Institutiones* do Imperador Justiniano (529 d.C.) ou dos títulos I e III do Livro I do *Digesto*, do mesmo (533 d.C.), que reúnem textos dois ou três séculos mais antigos. Cf. António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um Milénio*, Lisboa, Europa-América, 2003 (última versão, algo modificada e corrigida, ed. bras., Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005), secção 6.1.1.

<sup>18</sup> Sendo que estas entidades não são sinónimos, se bem que a doutrina política as relacione entre si.

<sup>19</sup> Que também não são sinónimos; só tendo um elemento comum – a referência a soberania, como “poder supremo [e ilimitado]”.

<sup>20</sup> Neste ponto, as soluções podem variar: a eleição por sufrágio universal, eleição por sufrágio restrito, escolha por órgãos ou corpos sociais (famílias, grupos de interesses [corporativismo]), aclamação popular não eleitoral (como é pressuposta nos regimes ditatoriais).

originário, também quis que certos direitos do cidadão (mais tarde chamados *direitos fundamentais*) presidissem à organização da república, a vontade dos representantes do povo ficou obrigada a garantir esses direitos. Daí que, na tradição europeia ocidental moderna, o direito exprima a vontade do povo, sob três pontos de vista:

1. Ao garantir os direitos fundamentais *estabelecidos no momento constituinte*.

2. Observando o processo de criar direito estabelecido no momento constituinte.

Estes dois pontos de vista, exprimindo o *primado da Constituição*.

3. Validando como direito a vontade normativa expressa subsequentemente pelos representantes do povo, de acordo com os processos previstos no momento constituinte.

Este ponto consubstanciando o princípio da legalidade (*rule of law*).

Formuladas como o foram nos últimos parágrafos, não se nota a tensão entre a soberania do povo e a garantia de direitos. Isto porque, de acordo com a formulação adoptada, os direitos garantidos foram aqueles que o povo quis que fossem garantidos, no momento constituinte, e pelos processos jurídicos também queridos por ele nesse momento.

Porém, outras tradições jurídicas – nomeadamente, a norte-americana (e, em menor medida, a tradição inglesa) – combinam, num equilíbrio diverso, o princípio democrático com os da garantia de direitos (*liberalismo político*) e

do respeito pelos processos estabelecidos pelo direito: *rule of law*, ou *due process of law*). Nesta perspectiva, o povo quis que os direitos naturais (*i.e.*, provindos da natureza, logo, anteriores à organização política, ou longamente recebidos pela tradição jurídica) dos indivíduos constituíssem o direito; de tal forma que o povo, ou não pode querer nada contra eles (versão norte-americana<sup>21</sup>) ou, mesmo que o queira (por meio de um acto de vontade dos seus representantes, *i.e.*, do Parlamento), sempre terá que respeitar, na sua derrogação, a *rule of law* ou o *due process of law* (versão, mais atenuada, dominante entre os juristas ingleses que, tradicionalmente, insistem mais na soberania do Parlamento) – ou seja, os processos (antes, longamente) estabelecidos pelo direito.

Verifica-se hoje, uma certa tendência para importar para o contexto europeu o modelo anglo-saxónico, mesmo na sua versão mais radicalmente garantista de direitos pré-legais, que é a americana, destacando a anterioridade dos direitos (dos indivíduos) em relação ao direito (parlamentar).

<sup>21</sup> Constituição dos EUA. 14.º Acto Adicional (amendment): “1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”. Sobre o sentido de *due process of law* no contexto norte-americano: cf. [http://www.usconstitution.net/constop\\_duep.html](http://www.usconstitution.net/constop_duep.html).

Deve começar por se dizer que o papel que a revogação de leis, pela *Supreme Court* dos E.U.A., como contrárias aos direitos representa uma evolução muito recente da prática jurídica norte-americana. Durante todo o séc. XIX e uma boa parte do séc. XX, a *Supreme Court* não ousou exercer esta prerrogativa. Com o actual vigor, só a partir dos anos 60 do séc. XX – a época em que surge nos E.U.A., com grande acuidade, a questão dos “direitos cívicos” e do combate à segregação racial – é que o Supremo Tribunal, então presidido por um juiz famoso, Earl Warren, que marcou uma época na história do direito na América do Norte, começou a exercer um controlo apertado sobre a conformidade das estaduais e federais com certos princípios constitucionais (*judicial review*)<sup>22</sup>. Por outro lado, os historiadores do direito norte-americano costumam salientar que o vigor desta anteposição

<sup>22</sup> Sobre a lenta emergência da *judicial review* (controlo da constitucionalidade das leis) nos E.U.A., v. a bela síntese de Lawrence M. Friedman, *Law in América [...], maxime* pp. 12-13, p. 143 (“courts used it rarely and gingerly for the first century of independence [...] not until the late nineteenth century did judicial review of legislation become a normal part of the life cycle of major litigation” (p. 13). Um outro livro do mesmo autor em que estas questões são discutidas é *American law in the Twentieth Century*, New Haven, Yale Univ. Press, 2002. Sobre o carácter problemático deste primado do judiciário, na tradição jurídica norte-americana, v. a súmula no cap. “Pros and cons” em [http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial\\_review](http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial_review) [Virginia Constitution de 1776: “All power of suspending laws, or the execution of laws, by any authority, without consent of the representatives of the people, is injurious to their rights, and ought not to be exercised.” (!)]. V., ainda, Marian Ahumada, *La jurisdiction constitucional en Europa [...], cit.*

dos direitos à lei decorre de dois factores absolutamente próprios da cultura jurídica e política dos E.U.A. – o federalismo e o individualismo agressivo da cultura local, temerosa da concentração do poder, desconfiada do Estado e propícia a um governo disperso e fragmentado<sup>23</sup>.

A grande dificuldade que, a este propósito, se põe é a de que, ao passo que a cultura constitucional americana, além das características peculiares antes referidas, se fundou num património moral (*i.e.*, quanto aos [bons] costumes) largamente partilhados e pôde, neste ambiente (hoje, em crise), consolidar um catálogo de direitos constitucionais razoavelmente unânime, a cultura constitucional e jurídica europeia foi muito mais variada e divergente, não tendo podido chegar a posições unânimes quanto a estes direitos. Em virtude disso, é muito menos claro, para um jurista europeu, definir o elenco e prioridade relativa dos direitos constitucionais sem o recurso àquilo que as constituições e as leis efectivamente consignaram (ou *incorporaram* na ordem jurídica de cada país) e, por isso mesmo, o risco de arbitrariedade e de impressionismo de um direito baseado em direitos pré-constitucionais é, aqui na Europa, se não muito maior, pelo menos muito mais presente nos espíritos.

O enunciado anterior de perguntas (e de respostas) já mostra que responder e perguntar têm a ver entre si. Ou seja, que, se se conceber o direito de certo modo, daí fluem uma série de questões pertinentes quanto ao seu

<sup>23</sup> Lawrence M. Friedman, *Law in América [...], p. 13.*

método, enquanto que outras não têm lugar nesse contexto. Alterado o grande modelo (o *paradigma*) segundo o qual o direito é encarado, certas questões submergem, enquanto que outras, novas, se manifestam. O saber jurídico mostra, assim, um perfil histórico que não evolui em linha recta, segundo uma linha evolutiva sem rupturas. Pelo contrário, segue um rumo inconstante, explorando segundo estratégias muito variadas um capital de regras e de problemáticas que, ao longo de mais de dois mil anos, não variou tanto como isso<sup>24</sup>.

Por isso é que é indispensável ter em conta, ao analisar as “proposições técnicas” do direito, os grandes modelos de entender o direito. Pois tais “proposições técnicas” variam de sentido consoante o contexto filosófico ou cultural em que andem inseridas.

### 1.2. *Uma primeira e provisória aproximação*

Costuma dizer-se que o direito é um conjunto de normas que rege a vida em sociedade. Nesta regulação da vida social, o direito coexiste, no entanto, com outros complexos de normas, como – nas modernas sociedades ocidentais<sup>25</sup> – a religião, a moral, os costumes, as normas técni-

<sup>24</sup> A situação não é singular. Pense-se, apenas, como tem sido diversamente reconstruída a tradição bíblica, do Antigo e do Novo Testamento, por judeus, por diversas confissões cristãs e por diversos ramos do islamismo.

<sup>25</sup> Quase tudo o que é dito nesta introdução ao direito, se relaciona com aquilo que hoje consideramos direito, nas sociedades do Oci-

cas, as “boas práticas” e as próprias “leis” da natureza. Tradicionalmente, a distinção entre o direito e a generalidade destes outros complexos normativos, era feita, recorrendo à característica da coercibilidade, ou seja, ao facto de o direito ser virtualmente imposto pela força do Estado<sup>26</sup>. Deste modo, a violação das normas jurídicas

dente. Se abordássemos outras sociedades ou, mesmo, a nossa noutras épocas, pouco do que irão ler teria cabimento. Nem as distinções entre direito e outros complexos normativos seria a mesma (porventura, nem haveria nada que pudesse ser identificado como o nosso direito, quer pela sua forma, quer pela sua função), nem o direito teria a forma do nosso, nem cumpriria as mesmas funções, nem seria guiado pelos mesmos valores. De tudo isto se ocupa a antropologia jurídica, cujos ensinamentos devem ser tidos muito em conta, sobretudo numa época em que a mobilidade das pessoas e das experiências humanas, tornam quotidiano o nosso contacto directo com pessoas portadoras de outras culturas, de outras concepções do direito, de outros valores jurídicos e mesmo de outro estatuto jurídico pessoal, reconhecido pelo nosso direito (direito internacional privado). V., sobre o assunto, Armando Marques Guedes, *Entre Factos e Razões – Contextos e Enquadramentos da Antropologia Jurídica*, Coimbra, Almedina, 2004.

<sup>26</sup> Este critério de distinção é, como veremos, cada vez mais problemático. Note-se, desde logo, que nem todas as normas jurídicas contêm a ameaça de uma sanção. Muitas apenas estabelecem um regime jurídico (cf., entre muitos outros, o art. 1717.º, ou 1721.º, etc., do CC; art. 11.º, ou art. 110.º da CRP); a norma que estabelece a sanção existe, e faz parte da ordem jurídica, mas, o mais das vezes é preciso figurar uma longa série de normas intermédias até encontrar a norma que contém a sanção: uma pena, a perda (caducidade) de uma vantagem ou bem jurídico; a nulidade ou ineficácia de um acto jurídico e a conseqüente extinção dos seus efeitos vantajosos. Por outro lado, a palavra “virtualmente” já pretende sugerir que as soluções jurídicas não são sistematicamente impostas coercivamente, deixando a sociedade subsistir muitas situações direitas: crimes não punidos, ren-

importaria uma consequência forçosa (pena ou prémio) a ser efectivada pelos poderes públicos. Por isso se distinguiria da religião, cuja sanção, para os crentes, se efectivará no desamor de Deus (dos deuses), com as consequências que cada religião liga a isso<sup>27</sup>. Por isso se distinguiria da moral, cuja sanção teria uma natureza meramente interior, no “foro” (note-se a linguagem jurídica, em todo o caso) da consciência. Por isso se distinguiria dos bons costumes ou da urbanidade (“cortesia”, “boa educação”), cuja violação é objecto de uma censura social, mas difusa<sup>28</sup>. Por isso se distinguiria da “vingança privada” (ou da “justiça popular”), em que a comunidade ou

---

dimentos não declarados e impostos não pagos, obrigações juridicamente constituídas, mas não cumpridas, etc.. Estas e outras situações de normas jurídicas não cumpridas, podem mesmo ser estatisticamente dominantes. Por isso, a coercibilidade é apenas uma virtualidade de coerção, não uma coerção efectiva. Mas há mais. Com a proposta liberal de “retirada do Estado”, damo-nos conta que, cada vez mais, o direito conta, para se fazer cumprir, com a imposição de desvantagens no caso de incumprimento que são de natureza meramente económica (coimas, por vezes ridículas em face das vantagens de não cumprir as normas, por exemplo no domínio do direito do ambiente. Do ordenamento do território, etc.), resultando a decisão de cumprir o direito de uma mera análise “custos-benefícios” e não do teor de uma acção compulsiva do Estado (v. adiante, cap. 10).

<sup>27</sup> Algumas das quais podem ter, em todo o caso, reflexos externos (penitência, excomunhão).

<sup>28</sup> Distinguir-se-á das “leis da economia”? As consequências negativas da perda de eficiência (de competitividade) ou do peso excessivo das despesas públicas não serão as tais desvantagens associadas à violação de uma lei? Nomeadamente, em face da tendência para “desestatizar” o direito? Veremos isso mais adiante, cap. 10.

alguns dos seus elementos se encarregam de infligir uma sanção a quem violar as regras de convívio estabelecidas<sup>29</sup>. Por isso se distinguiria das “boas práticas”, cuja violação apenas daria lugar a uma censura dirigida à consciência dentológica, do agente, mas não a um castigo que lhe fosse imposto pelo Estado. Já quanto às “leis da natureza” (a “natureza das coisas”, humanas ou do mundo físico), elas estão garantidas, tanto pela impossibilidade de as violar, como pelo automatismo da sanção (por exemplo: estar em dois lugares ao mesmo tempo; falar uma língua que nunca se aprendeu; cruzar os céus no cabo de uma vassoura; caminhar sobre as águas).

A esta ordem normativa que comanda a actividade livre das pessoas por meio da ameaça de sanções se chama “direito objectivo”, por oposição a “direito subjectivo”, que se pode definir – agora encarando as coisas do lado dos sujeitos de direito – como a faculdade que o direito confere a cada um de agir (de acordo com a sua vontade, *facultas agendi*, *Willensmacht*; mas também de acordo com o direito)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Lembre-se o caso do “linchamento”, cujo nome evoca o do Capitão William Lynch (1742-1820), membro de uma milícia rural da Virgínia, EUA, que se distinguiu pela prática de assassinar os fora de lei. Ainda hoje, mesmo em Portugal, ocorrem tentativas, às vezes consumadas, de semelhantes práticas.

<sup>30</sup> Não poderemos ver as coisas de um ponto de vista oposto, colocando os direitos subjectivos com a variável independente e o direito objectivo com a variável derivada? Ou seja, considerar que, no princípio, estão direitos individuais, como faculdades livres de agir próprias dos homens (porquê apenas dos homens? e todas as faculdades de agir

### 1.2.1. *Fontes de Direito, suas hierarquia e forma de manifestação*

Estas normas constituem aquilo (ou provêm daquilo) a que se chama as *fontes de direito*, pelo menos num dos sentidos que esta última expressão assume correntemente: o de formas de manifestação do direito.

Embora (i) nem sempre tenha sido assim, nem haja nenhuma garantia; (ii) de que isso venha a acontecer, mesmo num futuro próximo; (iii) ou mesmo que ainda esteja a acontecer nos dias de hoje, nos modernos Estados constitucionais, as fontes de direito parece que têm que ser definidas pelos poderes públicos a quem a Constituição confere essa prerrogativa<sup>31</sup>.

---

dos homens, ou apenas algumas? e, neste último caso, quem determina quais são essas?), e que o direito objectivo apenas garante estas faculdades, ratificando o modo melhor de as combinar? É a visão jusnaturalista liberal, surgida no séc. XVIII, e hoje inspiradora de modelos neo-liberais de direito.

<sup>31</sup> Para quem ache que o direito provém da natureza das relações humanas ou da natureza irrenunciável de certos direitos das pessoas, poder-se-ia prescindir de qualquer actividade declarativa do Estado. Tais direitos ou princípios, seriam antes o fundamento do direito. A questão será discutida mais adiante (cf., *infra*, cap. 6). Porém, restariam sempre as normas de hierarquia axiológica inferior, bem como a regulamentação das matérias que fossem, como antigamente se dizia, “indiferentes” e que sempre careceriam de um “acertamento” pelo direito do Estado. Por exemplo, a regra de manter a direita na condução ... antes de isso se ter estabelecido, seja por que forma for (porque, depois de estabelecida, já não é indiferente); o estabelecimento dos prazos processuais (em toda a sua latitude?); a definição de alguns dos crimes?; o estabelecimento das medidas da pena e dos modos da sua

A Constituição portuguesa (CRP) começa por estabelecer que toda a actividade do Estado, nomeadamente a actividade normativa, tem que respeitar a Constituição<sup>32</sup> e as leis (cf., art. 3.º, n. 2). Depois (CRP, art. 112.º), estabelece quais são os actos normativos e as relações de hierarquia entre eles:

“Artigo 112. (Actos normativos).

1. São actos legislativos as *leis, os decretos-lei* e os decretos legislativos regionais.

2. As leis e os decretos-leis têm igual valor, sem prejuízo da subordinação às correspondentes leis dos decretos-leis publicados no uso de autorização legislativa e dos que desenvolvam as bases gerais dos regimes jurídicos”.

De seguida, o mesmo artigo estabelece algumas especificidades de outros actos normativos emanados dos poderes públicos:

“3. Têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas.

---

execução (em toda a sua latitude?); o estabelecimento das formas e condições da união conjugal?); o estabelecimento dos dias de descanso semanal e dos feriados?).

<sup>32</sup> CRP, art. 3.º, n. 2: “O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática”; n. 3: “A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”.

4. Os decretos legislativos regionais versam sobre matérias de interesse específico para as respectivas regiões e não reservadas à Assembleia da República ou ao Governo, não podendo dispor contra os princípios fundamentais das leis gerais da República [...].

5. São leis gerais da República as leis e os decretos-lei cuja razão de ser envolva a sua aplicação a todo o território nacional e assim o decretem.

6. Os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes.

7. Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão.

8. A transposição de directivas comunitárias para a ordem jurídica interna, assume a forma de lei ou de decreto-lei, conforme os casos”.

E, finalmente, a CRP estabelece os mecanismos pelos quais o respeito pela Constituição e pelas leis se efectiva:

“Artigo 204. Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados [...];

Artigo 223. “1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277 e seguintes [...];

Artigo 277. (Inconstitucionalidade por acção): 1. São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados [...];

Artigo 278. (Fiscalização preventiva da constitucionalidade):

1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade

de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação [...].

2. [...].

3. [...].

4. Podem [...] o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efectividade de funções.

Artigo 279. (Efeitos da decisão): 1. Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Ministro da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado [...].

2. No caso previsto no n. 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes [...].

4. [...].

Artigo 280. (Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade):

1. Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;

b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

2. Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

a) Que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação da lei com valor reforçado;

b) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma

regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República;

c) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;

d) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a), b) e c). [...].

6. [...].

Artigo 281. (Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade):

1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas;

b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de acto legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado;

c) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República;

d) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto. [...]"

Segundo a nossa ordem jurídica, têm competência normativa legislativa, a Assembleia da República (a quem compete fazer as leis<sup>33</sup>, o Governo (decretos-lei, com

<sup>33</sup> Competência, em certas matérias, reservada ou exclusiva (cf., CRP, arts. 112.º, 161.º, 164.º e 165.º).

força idêntica à das leis) e, no âmbito regional e autárquico, as assembleias regionais (arts. 227.º, 228.º, 232.º). Têm competência regulamentar, o governo (art. 199.º, c)), as assembleias regionais (art. 227.º, c) e d)), os governos regionais (de acordo com o Estatuto da Região) e as autarquias (art. 241.º).

Se exceptuarmos as *Ordenações do Reino* (a partir de 1446) – complementadas, depois, pela *Lei da Boa Razão* (1769) –, é a primeira vez que uma constituição portuguesa faz o elenco das fontes normativas (das fontes de direito), matéria que tradicionalmente era regida pelo Código Civil, cujas disposições a doutrina estendia, com alguma adaptação, ao conjunto da ordem jurídica.

Em todo o caso, *também agora não é certo que a Constituição pretenda esgotar, no elenco do art. 112.º, a enumeração das fontes de direito*, mas apenas enumerar as fontes do direito *normativo e estadual*<sup>34</sup>. Daí que, em princípio, se possa continuar a pôr a questão da vigência das outras fontes que constituíam o elenco tradicional nesta matéria: o costume, a jurisprudência, a doutrina. Ou ainda, se aderirmos à ideia de que há normas jurídicas superiores e fundantes da própria ordem estadual (questão a que já nos referimos), estas vigorariam também, não apenas independentemente do disposto nos artigos Constitucionais citados, mas ainda do texto constitucional na sua globalidade<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> Cf., anotação a este art. em José J. Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, ed. cons., 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 501, n. II.

<sup>35</sup> V., *infra*, a discussão deste ponto, em sede teórica (cf., cap. 6:

Por sua vez, se aderirmos à ideia de que o direito não se exprime apenas sob a forma de cláusulas normativas gerais (v. adiante), mas também por uma intuição da justiça dos casos concretos –, teríamos que acrescentar a este elenco a *equidade*.

O *costume* é, em sentido jurídico, uma norma geral e longamente observada, com o sentimento de que é juridicamente obrigatória (*opinio iuris vel necessitatis*, convicção de que constitui direito ou algo de forçoso). Tradicionalmente, não era sido reconhecido como fonte autónoma de direito pela doutrina dominante entre nós, desde o Código Civil de 1867, embora pudesse ter relevância jurídica quando a lei para ele expressamente remeter (cf., art. 1499.º, n. 1 do CC)<sup>36</sup>. A *jurisprudência* é o conjunto das decisões dos tribunais. Embora goze de uma inegável influência de facto, era também tradicionalmente afastada do quadro das fontes do nosso direito, sobretudo desde que o dec. 329-A/95, de 12.12, pôs fim à possibilidade de o STJ proferir, a propósito de uma divergência de decisões de tribunais superiores, um *assento* genérico sobre a questão de direito *sub judice*, com força vinculativa para o futuro. Hoje em dia, esta irrelevância da jurisprudência estaria, de qualquer modo, prejudicada pela existência de

“A definição realista e a consideração dos “princípios”: H. L. Hart e R. Dworkin).

<sup>36</sup> De alguma forma, os princípios da boa fé, a que se referem os arts. 227.º e 762.º do CC, representam costumes incorporados na vida, ou em certas instituições da vida (“direito do quotidiano” e, nesse sentido, são direito consuetudinário, embora de contornos vagos e gerais.

das decisões do Tribunal Constitucional que declarem, com força obrigatória geral, uma norma como inconstitucional (cf., o antes citado art. 281.º da CRP)<sup>37</sup>. A *doutrina* continua a ser, de facto, a principal fonte inspiradora das decisões judiciais; em todo o caso, não lhe costumava ser reconhecida uma força normativa autónoma, já que, no plano de uma certa teoria do direito, estabelecida e dominante a partir dos inícios do séc. XIX, os juriscônultos elaborariam as suas construções com base nos dados do direito posto pelo Estado<sup>38</sup>.

Claro que tudo isto é muito mais complicado, sobretudo se se entender – como já se referiu – que a Constituição e mesmo outras componentes da ordem jurídica positivam princípios *em desenvolvimento*, ou seja, princípios que vão ganhando contornos novos à medida que são aplicados. Tal seria o caso dos princípios enunciados nos arts. 12.º e ss. da CRP, ou dos princípios que afloram, por exemplo no Código Civil (princípio da boa-fé: arts. 227.º e 762.º, n. 2; princípio da não retroactividade da lei, art. 12.º, etc., por exemplo), ou mesmo em directivas comunitárias incorporadas na nossa ordem jurídica (princípio

<sup>37</sup> Também os tribunais administrativos podem declarar, com força obrigatória geral, uma norma, de hierarquia inferior à lei, como ilegal.

<sup>38</sup> Cf., cap. 0: (é necessária uma contextualização mais complexa de sentido, pois são mais os contextos normativos em que as normas se integram; (c) são mais os conflitos de sentido entre normas; (d) e, por isso, é mais importante um critério unificador comum a todos os ordenamentos normativos que integram a ordem jurídica pluralista – sendo esse o da “conformidade com a Constituição”).

A construção jurídica entre um saber “mole” e um saber “duro”).

do poluidor-pagador, emergente do Programa Comunitário de Política e Acção em Matéria de Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, referido na resolução do Conselho de 1992 e do Sexto Programa de Acção no domínio do Ambiente, de 2002-2012, também acolhido na Lei n. 11/87, de 7.4, art. 41.º). Nestes casos – como nos do reconhecimento de um direito feito de usos quotidianos, de sentimentos arreigados de justiça, de boas práticas –, estaríamos perante um direito relativamente autónomo, de origem sociológica, doutrinal ou jurisprudencial<sup>39</sup>. Para não falar já daqueles que entendem que, por sobre a ordem jurídica positiva, paira uma outra ordem jurídica, de origem divina, moral, ou natural, apenas desvendável por quem tenha conversações com Deus ou com a Natureza, atribuição que a CRP não confere a nenhum dos órgãos do poder e que, portanto, ficaria a ser privativa dos jurisconsultos<sup>40</sup>.

Outra questão é a de saber se o direito apenas se manifesta sob a forma de normas, ou se também se revela por sentimentos de justiça essencialmente ligados a um caso concreto, os quais constituiriam o fundamento de um juízo de equidade. Apesar dos ventos que a sensibilidade

<sup>39</sup> Cf., art. 10.º do CC. Voltaremos a esta questão (cf., *infra*, cap. 6 (A definição realista e a consideração dos “princípios”: H. L. Hart e R. Dworkin).

<sup>40</sup> Os quais, desde o tempo dos romanos, reclamam – com algum êxito social... – esta possibilidade de ler o direito nas “coisas divinas e humanas”. Sobre a importância de uma leitura político-sociológica desta e doutras pretensões gnoseológicas dos juristas, v., *infra*, cap. 11.4 (Elites.).

actual faz soprar no sentido de um reconhecimento mais generoso de uma “justiça do caso concreto”, a doutrina dominante é a de reconhecer à equidade apenas um papel supletivo, de atenuação do rigor da lei<sup>41</sup>, a menos que as partes convenham numa decisão de equidade, quando não estejam em causa direitos que a lei considere indisponíveis<sup>42</sup>.

## 2. Pressupostos de uma revisão do método jurídico, num sentido pluralista. Contextualização da metodologia jurídica corrente

O método jurídico, tal como é correntemente exposto, tem a idade de uma dessas tartarugas bicentenárias. Na verdade, nas suas linhas gerais, ele constituiu-se no trânsito do séc. XVIII para o séc. XIX, tendo a sua expressão mais notável na obra de C. F von Savigny (1779-1861). Era a época em que – depois de séculos de um mosaico político muito complicado, em que as grandes monarquias conviviam com pequenos Estados, umas e outros

<sup>41</sup> Cf., José de Oliveira Ascensão, *O direito. Introdução [...]*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 245 e ss.

<sup>42</sup> Os romanos punham o problema justamente ao contrário: “non ex regula jus sumatur, sed ex iure quod est regula fiat” (não é da regra que se faz o direito, mas do direito que existe é que se extrai a regra): a solução é sempre singular – embora dirigida por princípios insitos na natureza das coisas; sendo a regra apenas uma espécie de orientação provisória (uma heurística) a ser testada no caso *sub judice*.

entre si ligados por laços e equívocos e complexos de independência política – a Europa se organizava em grandes unidades políticas, que reclamavam para si o monopólio do poder (*Estados absolutos*). As formas políticas surgidas da Revolução Francesa mantiveram este ideal de um poder unificado e absoluto, ainda que, agora, a cabeça desse poder não fosse um *rei soberano*, mas o *povo soberano*. Isto não implicava, no entanto, o monopólio do direito pelo Estado – a equiparação entre direito e lei –, como o prova o facto de, em muitos destes grandes Estados, o direito continuar a poder provir da doutrina dos juristas, da tradição do direito romano ou, mesmo dos ordenamentos de outros Estados<sup>43</sup>.

Inicialmente, a soberania era identificada com a independência de qualquer poder, nomeadamente do Império ou da Igreja; mas, a partir da segunda metade do séc. XIX, a teoria política alemã (em especial, com Ph. Zorn, 1850-1928; G. Jellinek, 1851-1911; e P. Laband, 1838-1918) tinha recomposto esta definição, passando a considerar a soberania como a faculdade exclusiva de criar o direito<sup>44</sup>. A soberania passa a ter, então uma natureza

<sup>43</sup> Em Portugal, por exemplo, até ao final do movimento da codificação (último quartel do séc. XIX, certas matérias eram reguladas, de acordo com a *Lei da Boa Razão*, de 1769, pelas “leis das nações cultas e civilizadas da Europa”.

<sup>44</sup> V., sobre esta evolução, muito informado e rigoroso, Enzo Cannizzaro, “Il pluralismo dell’ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità”, *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, 31.1(2002) 245-271 (versão electrónica em [www.unimc.it/web\\_9900/prov\\_dip/internaz/doc/pluralismo.pdf](http://www.unimc.it/web_9900/prov_dip/internaz/doc/pluralismo.pdf), 08.2006).

normativa: um Estado soberano é aquele que pode produzir uma ordem jurídica autónoma e unificada. Dizendo doutro modo, é a unidade do direito – e não as relações políticas que este mantém com outras unidades políticas – que constrói a soberania do Estado<sup>45</sup>.

Esta recomposição do conceito de soberania marcou decisivamente a teoria do direito, bem como o método de o encontrar e de o desenvolver.

Desde logo, o direito passa doravante a ser o direito do Estado, ou seja, *a lei*. A lei torna-se, por isso, na única fonte de direito (aquilo a que alguns chamaram o “totalitarismo da lei” ou “o absolutismo legislativo”). Qualquer outra fonte que se pudesse enumerar como relevante para o conteúdo do direito (nomeadamente, o costume ou a equidade), tinha que o ser em virtude de uma concessão

<sup>45</sup> V. Enzo Cannizzaro, “Il pluralismo dell’ordinamento giuridico europeo [...]”, cit.; v. também L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997. Crítica a este conceito tradicional, mostrando que o Estado foi sempre muito menos do que esse poder absoluto e livre, v. Stephen D. Krasner, *Sovereignty. Organized hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999 (uma obra que se tornou de referência). Mas a crítica ao conceito de soberania – de cuja invenção se reclama, problemáticamente em vários sentidos, Jean Bodin (1530-1596; *Les six livres sur la République* (1579), cap. 8; v. textos – [http://agora.qc.ca/reftext.nsf/Documents/Souverainete\\_De\\_la\\_souverainete\\_par\\_Jean\\_Bodin](http://agora.qc.ca/reftext.nsf/Documents/Souverainete_De_la_souverainete_par_Jean_Bodin) (já vinha do séc. XIX: cf., por exemplo, Leon Duguit, *Souverainete et Liberté*, Paris: E. Alcan, 1922. Antes da Revolução Francesa, porém, não era esta a visão monista-estadualista que prevalecia – antes pelo contrário: cf., A. M. Hespanha, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político (Portugal, séc. XVIII)*, Coimbra, Almedina, 1994 (algumas restrições: Diego Quaglione, *La sovranità*, Roma, Laterza, 2004).

ou remissão da lei. Era também a lei que remetia, eventualmente, para outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente ordens jurídicas estrangeiras, por meio das chamadas normas de conflito; por isso, estes ordenamentos jurídicos estranhos, deviam a sua vigência exclusivamente à lei e não a uma decisão a que um intérprete chegasse, tida em vista a natureza das coisas.

As revoluções liberais dos finais do séc. XVIII reforçaram ainda mais este primado da lei. Na verdade, ao conferirem a soberania ao povo e ao estabelecerem que a vontade deste novo soberano se manifestava por meio de leis votadas pelos seu representantes, estabeleceram um vínculo muito forte entre democracia e primado da lei, fosse esta a lei constitucional, que estabelecia as bases do convívio republicano, fosse esta a lei ordinária. Em alguns modelos democráticos, a distinção entre constituição e lei era pouco evidente, já que a constituição era livremente alterável por novas votações parlamentar (constituições flexíveis); noutros, porém, a constituição representava um pacto fundamental e dirigente (constituições rígidas), ao qual devia obedecer a lei ordinária, embora ambas fossem o produto da vontade popular<sup>46</sup>. Em qualquer dos casos, porém, constituição e lei, representavam um fortíssimo núcleo de legitimação do sistema político, isto explicando a antipatia com que os juristas que aceitavam a legitimação democrática do poder olhavam todas as formas de

<sup>46</sup> V., sobre estes aspectos, A. M. Hespanha, *Guiando a mão invisível [...]*, cit.; *Cultura jurídica europeia [...]*, cit.; Maurizio Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999.

manifestação do direito que não fossem de origem legislativa. Naturalmente, existiram durante todo o séc. XIX, correntes que tenderam a desvalorizar o papel da constituição, do parlamento e da lei. Em alguns casos (minoritários), tratava-se de correntes que entendiam que um modelo parlamentar era insuficiente, por defeitos inerentes, quer aos sistemas eleitorais, quer às práticas políticas plutocráticas e elitistas, para exprimir a autêntica vontade de todo o povo, reclamando por isso, formas diversas de aprofundamento da democracia. Na maior parte dos casos, porém, a desconfiança em relação à constituição e ao parlamentarismo eram o reflexo de uma desconfiança em relação à capacidade do povo comum para decidir dos negócios públicos, ou seja, a uma desconfiança quanto à validade do princípio democrático, entendido como participação de todos na formação das regras de convívio republicano. Por isso, é que os substitutos para a democracia parlamentar propostos por estas correntes, acabaram por inspirar decisivamente as formas de organização política antiparlamentar e antidemocrática que se desenvolveram no séc. XX<sup>47</sup>. Ou, pelo menos, promoveram uma despolitização e tecnicização do direito de que resultava que os mais lídimos porta-vozes da vontade popular não eram os cidadãos ou os seu representantes eleitos, mas os juristas, depositários de um saber multi-secular sobre o que é que era bom e injusto para o povo

<sup>47</sup> V., sobre estes aspectos, A. M. Hespanha, *Guiando a mão invisível [...]*, cit.

(o *Volksrecht*, direito do povo, transforma-se no *Professorenrecht*, direito dos professores)<sup>48</sup>.

Neste mundo do legalismo, o papel do intérprete – nomeadamente do juiz, – era muito modesto. Em face do primado absoluto da lei, ao juiz não cabia senão aplicá-la, nem sequer a podendo afastar “a pretexto de ela lhe parecer injusta ou imoral” (como se dizia no estatuto judiciário português em vigor entre os anos 30 e os anos 70 do séc. XX [art. 110.º, depois 240.º]). Quanto ao intérprete doutrinário, apenas cabia aperfeiçoar o conjunto das leis (o “sistema jurídico”), a extrair do das várias leis, os “princípios gerais” que as inspirava e, eventualmente, utilizando e este “espírito geral” do sistema legislativo para integrarem cada uma das leis (elemento sistemático) ou para resolver casos nelas não previstos (lacunas da lei).

### 2.1. *A reacção anti-legalista*

É certo, que o saber jurídico é uma actividade intelectual, sujeita a certas regras de método, também elas de natureza intelectual, e que dependem da reflexão dos seus especialistas. Por outro lado, a bondade (ou correcção, ou acerto, ou justeza) das soluções jurídicas depende da sua aceitabilidade pela comunidade, do seu acordo com os sentimentos de Justiça nela dominantes. Ora é bem claro que a observância dos processos democráticos, mesmo

<sup>48</sup> V., sobre estes aspectos, A. M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia* [...], cit.

nas democracias sãs e consolidadas, não garantem suficientemente a consonância entre lei, justeza e sentimentos comunitários de Justiça. Apesar de a democracia representativa se ter vindo a aperfeiçoar – com melhores leis eleitorais, com a introdução de formas ricas e variadas de auscultação dos cidadãos (obrigatoriedade de audição de certos grupos especialmente interessados, introdução de vários tipos de referendo), com a regulação do financiamento dos partidos e com outras medidas tendentes a tornar mais transparente a vida política, com o estabelecimento de regimes de incompatibilidades para os eleitos, etc. –, o certo é que existem factores, antigos e novos, a introduzir elementos de distorção nos regimes democráticos. Porventura o factor mais notório é a possibilidade de manipulação da opinião pública por grupos organizados de interesses (*lobbies*) que usem os meios de comunicação social para promover os seus pontos de vista unilaterais e para condicionar, deste modo, a maioria. Mas não é menos efectiva a deterioração da democracia provocada pela multiplicação das normas, de grande complexidade técnica, cuja formulação mal se compatibiliza com a natureza não especializada das assembleias parlamentares ou com consultas populares pouco reflectidas.

Este monismo legislativo – ou absolutismo legalista – foi denunciado quase logo desde o seu aparecimento. Várias correntes, de inspirações teóricas e filosóficas distintas, insistiram no carácter redutor do legalismo e na necessidade de uma concepção mais alargada, mais plural, do ordenamento jurídico. Uns insistiram em que a solução jurídica não era a que resultava mecanicamente

da aplicação da lei, mas a que dava lugar a uma melhor composição dos interesses sociais em conflito (R. Jhering, 1818-1892; Ph. Heck, 1858-1943); outros proclamaram que o direito não era o conjunto das leis, mas antes a constelação das normas que regulavam espontaneamente da vida social (“Escola do direito livre”, E. Ehrlich, 1862-1922; H. Kantorowicz, 1877-1940); outros, ainda, propunham que o direito não era um sistema de leis, mas a unidade orgânica das normas que regulavam, no dia a dia, as instituições sociais (Santi Romano, 1875-1947); outros entendiam que, abaixo do nível das leis, a vida se organizava por si mesma (“natureza das coisas”, E. Maihoffer); outros, finalmente, entendiam que, por cima das leis, existiam certos princípios, naturais ou divinos, que condicionavam a sua validade (“jusnaturalismo”)<sup>49</sup>; outros retomavam, agora de uma perspectiva compatível com o modelo democrático, as críticas ao modelo exclusivamente representativo da democracia, que propunham aprofundar, não na direcção de uma “democracia popular”, mas no sentido de uma “democracia deliberativa”, em que ao império do senso comum – que, por ser comum e, com isso, suscitar o acordo irreflectido, cada vez se torna “mais comum”, mais automático e menos consciente e, paralelamente, mais segregador das opiniões isoladas. Um autor hoje muito influente, Cass Sunstein,

<sup>49</sup> Sintetizamos, aqui, telegraficamente, algumas das correntes de superação do legalismo, desde os finais do séc. XIX; para maiores desenvolvimentos, v., A. M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., 9.6.

fala expressivamente das “cascatas das maiorias” (mediáticas, eleitorais, parlamentares) e da necessidade da sua substituição por “cascatas de juízos deliberativos”, produzidos no “espaço público”<sup>50</sup>; ou seja, pela promoção, no espaço público (nos media, nos foros políticos, no espectro político, partidário ou não, dentro dos próprios partidos, de uma cultura da divergência e do contraditório, para fomentar a reflexão que gerasse consensos esclarecidos e mais firmes<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Sobre o conceito, em geral, v. [http://en.wikipedia.org/wiki/Deliberative\\_democracy](http://en.wikipedia.org/wiki/Deliberative_democracy). Outros sites de muito interesse, alguns com experiências de formas de organizar a deliberação democrática em diversos domínios: <http://www.deliberative-democracy.net/http://cdd.stanford.edu/http://www.uoregon.edu/~ddp/http://www.ssc.wisc.edu/~wright/deliberative.html> <http://www.cpn.org/tools/dictionary/deliberate.html>; Carlos Santiago Nino, *The constitution of deliberative democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996; para um debate sobre o tema, tentando reencontrar antigas formas de fazer política “cara a cara” em grandes espaços territoriais, v. James S. Fishkin & Peter Laslett, *Debating deliberative democracy*, Oxford, Blackwell, 2003. Aplicação da ideia de foros públicos de deliberação ao mundo mediatizado de hoje, com referência aos perigos que representa a “insularização” do espectador-consumidor num mundo dos media que permita ao espectador tomar contacto apenas com as suas ideias, gostos e correligionários (TV interactiva, TV on demand, “personalização” da Internet), v. Cass Sunstein, *Republic.com*, Princeton, Princeton University Press, 2002.

<sup>51</sup> Sobre o conceito, em geral, v. [http://en.wikipedia.org/wiki/Deliberative\\_democracy](http://en.wikipedia.org/wiki/Deliberative_democracy). Outros sites de muito interesse, alguns com experiências de formas de organizar a deliberação democrática em diversos domínios: <http://www.deliberative-democracy.net/http://cdd.stanford.edu/http://www.uoregon.edu/~ddp/http://www.ssc.wisc.edu/~wright/deliberative.html> <http://www.cpn.org/tools/dic>

Perante estas novidades do governo e do Estado nos dias de hoje, têm surgido perplexidades diversas sobre a possibilidade de se manterem alguns dos princípios fundamentais do Estado democrático, tal como foi desenhado sob a forma de Estado-Nação. Nomeadamente, pode a Constituição continuar a ser um estatuto político regulador de grau eminente? Deve continuar a insistir se no Primado da lei sobre outras formas de regulação social? Ou, pelo contrário, deve admitir-se que certas esferas da vida comunitária se auto-regulem a si mesmas, com grande autonomia em relação àquilo que o povo manifestou querer sobre a forma constitucional ou legal?<sup>52</sup> Ou mesmo que, ao lado e em torno dessas formas

---

tionary/deliberate.html; Carlos Santiago Nino, *The constitution of deliberative democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996; para um debate sobre o tema, tentando reencontrar antigas formas de fazer política “cara a cara” em grandes espaços territoriais, v. James S. Fishkin & Peter Laslett, *Debating deliberative democracy*, Oxford, Blackwell, 2003. Aplicação da ideia de foros públicos de deliberação ao mundo mediatizado de hoje, com referência aos perigos que representa a “insularização” do espectador-consumidor num mundo dos media que permita ao espectador tomar contacto apenas com as suas ideias, gostos e correligionários (TV interactiva, TV on demand, “personalização” da Internet), v. Cass Sunstein, *Republic.com*, Princeton, Princeton University Press, 2002.

<sup>52</sup> É este, no fundamental, o grande tema do recente livro de Joaquim Gomes Canotilho, *“Brançosos” e interconstitucionalidade. Itinerário dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006. O A., que se distinguiu pelas suas teses acerca do papel dirigente da Constituição, justamente em nome do princípio democrático, interroga-se agora se novas formas societais e políticas, não obrigarão a degradar a constituição para um papel menos eminente, nos quadros daquilo a que chama “democracia cosmopolita”, “democracia deliberativa” ou

antes privilegiadas de formalizar o consenso – a Constituição e a lei – que nos tinham sido legadas pelo Estado-Nação, se deva admitir que surgiu uma rede de foros em que a vontade popular pondera questões e delibera normas que, em certas circunstâncias, se impõem como direito à consciência jurídica da sociedade e do corpo especializado dos seus juristas e juizes, com a força redobrada do facto de surgirem, espontaneamente de uma vasta ponderação e deliberação, envolvendo, porventura mais gente e mais ponderação do que o sufrágio tradicional e mais participação do que o voto parlamentar?

Ora bem. Numa concepção legalista do direito, as regras da metodologia jurídica que se ligam directamente a questões como as do elenco das fontes de direito, da interpretação, da integração, e dos conflitos de normas, deviam estar estabelecidas na lei, como de facto o estão na generalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais – embora, geralmente, apenas na lei ordinária –, que procuram amarrar o intérprete à vontade do legislador, mesmo quanto ao desenvolvimento da sua actividade intelectual. Em contrapartida, os movimentos doutrinários e os sinais civilizacionais antes referidos propuseram que as regras do saber jurídico – como essas que devem reger a inter-

---

“estruturas democráticas em rede – parlamentos e governos nacionais, *ombudsmann*, tribunais, referendos transnacionais, a agência internacionais sujeitas à publicidade crítica” (cf. p. 292). Sendo o nosso mundo o que ele é, a honesta *démarche* (auto-) crítica do A., comporta riscos a quem continua a levar ao colo a ideia do primado da democracia e não observe criticamente o carácter desigual da “deliberação pública” nas sociedades de hoje”.

pretação, a integração, os conflitos de leis – não podem ser decididas autoritariamente pelo legislador. E, assim, apresentaram soluções alternativas relativamente à regulação legislativa destas questões.

Perante estas perplexidades, há basicamente três atitudes.

A daqueles que acham que o princípio democrático, como decisão política pelo povo da forma da república, deixou de valer ... e ainda bem. A dos que acham que, para bem ou para mal, o mundo mudou, e que há que acatar a sua nova normatividade, mesmo que ela não tenha muito a ver com princípios basilares da antiga, nomeadamente a do carácter estadual – e estatalmente decidível – das questões comuns da República. E as dos que, reconhecendo que o mundo mudou e que o antigo também não era um paraíso de justiça e de liberdade para todos, se mantém fiéis a um *acquis* democrático, mantendo-o como linha de rumo na reconstrução, sob o impacto das novas condições, da teoria política e jurídica. Pelo menos sempre que não for certo e seguro que as novas formas de expressão de consensos garantem a igualdade e a liberdade de todos os cidadãos e não reflectem, pelo contrário, os desequilíbrios de poder e as relações de domínio existentes na sociedade civil dos dias de hoje. Perfilhamos esta última sensibilidade.

## 2.2. *A democracia plural e o seu direito*

O monismo legislativo é, na ordem dos factos, uma ficção simplificadora. Qualquer sociedade tem mais normas do

que as legais. Isto é uma aquisição antiga do “pluralismo jurídico”, ou seja, da ideia de que o direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que entre eles exista um que determine a validade dos outros ou estabeleça a hierarquia entre eles<sup>53</sup>.

O tema do pluralismo jurídico, surgiu, sobretudo a partir dos anos 50 do séc. XX, na antropologia jurídica, para descrever a situação do direito nas colónias e, mais tarde, nos estados pós-coloniais, em que, ao lado do direito oficial do colonizador (do direito o ocidental), se manifestava, com um grande pujança, um variado complexo de direitos indígenas, os quais escapavam quase completamente à direcção ou tutela do aparelho jurídico oficial. Mais tarde, foram os sociólogos a descobrir, mesmo nas sociedades do primeiro mundo, “ilhas” de direito não oficial (como o direito “das favelas” brasileiras, estudado, nos finais dos anos 60, pelo jus-sociólogo português, Boaventura de Sousa Santos), regulando importantes sectores da vida comunitária. Com a imigração massiva para a Europa e para os Estados Unidos e o consequente aprofundamento do carácter multicultural destas sociedades, o

<sup>53</sup> Em síntese, sobre o vasto movimento do pluralismo jurídico, v. A. Facchi, “Prospettive attuali del pluralismo normativo” (em [www.tsd.unifi.it/juragentium/it/surveys/rights/facchi.htm](http://www.tsd.unifi.it/juragentium/it/surveys/rights/facchi.htm) – 30k), com uma bibliografia escolhida; também “Pluralism” (em <http://en.wikipedia.org/wiki/Pluralism> [Ago 2006]; cf. ainda *Journal of legal pluralism* (cf. [www.jlp.bham.ac.uk](http://www.jlp.bham.ac.uk)); exemplo de projecto de investigação (“Project Group Legal Pluralism”, do *Max Planck Institute for Social Anthropology* [em <http://www.eth.mpg.de/dynamic-index.html?http://www.eth.mpg.de/research/legal-pluralism/index.html>; Ago., 2006]).

tema do pluralismo jurídico ganhou ainda uma maior importância, sendo hoje abundantíssima a literatura dedicada às relações entre o direito dos países de acolhimento e os direitos de origem das comunidades imigrantes. Mas, independentemente destes fenómenos de multiculturalismo, não tem faltado quem identifique, ao lado do direito oficial, um “direito do quotidiano” (*everyday life law*), que rege as nossas condutas mais comezinhas e correntes. Apesar da importância social e política destes temas, a comunidade jurídica mais tradicional continuou bastante ausente da sua discussão.

Por outro lado, surgiu também – com a sociologia de N. Luhmann – a teoria de que os sistemas normativos que regem as sociedades se auto-diferenciam, constituindo-se, cada um deles, em sistemas auto-regulados, imunes ao império de sistemas diferentes<sup>54</sup>. Esta tendência para a auto-diferenciação, que explicou a diferenciação do direito em relação à religião e à moral, continuaria a funcionar, autonomizando, agora, o direito do Estado de outros direitos particulares, como, nomeadamente, o

<sup>54</sup> A inspiração teórica vem, como é evidente, de Niklas Luhmann; cf., *supra*: 9.1 (Direito e a redução da complexidade (a perspectiva sistémica de N. Luhmann)). V. ainda Christian Cappel, “Anachronismus einer ‘Drittwirkung’”. Das kognitivistische Konzept Karl-Heinz Ladeurs und die Matrix Gunther Teubners im grundrechtstheoretischen Spannungsfeld, em [http://www.anci.ch/doku.php?id=beitrag:anachronismus\\_einer\\_drittwirkung.e](http://www.anci.ch/doku.php?id=beitrag:anachronismus_einer_drittwirkung.e), para a literatura portuguesa recente, a forte influência exercida por estas concepções sobre o conceito de ordem jurídica pluralista (auto-reflexiva), em J. G. Canotilho, “Brançosos” e interconstitucionalidade [...], cit..

direito da vida económica ou o direito dos *media* ou da *internet*, por exemplo, que não seriam, nem poderiam ser, mais direitos de feitura estadual<sup>55</sup>.

Mas, porventura, a emergência desta nova vaga de interesse pelo pluralismo jurídico no centro da comunidade jurídica decorreu, não tanto destas questões teóricas ou das questões político-culturais relativas ao direito dos colonizados, dos imigrantes, das minorias étnicas, das igrejas (*v.g.*, o caso do direito canónico, católico ou protestante, nos Estados europeus) ou do cidadão comum, mas sobretudo ... da descoberta de que o tema do pluralismo podia ser útil para pensar a combinação das ordens jurídicas nacionais e comunitária no âmbito da União Europeia. Embora a exploração do tema “pluralismo” se mantenha intensa no estudo das questões da imigração e do multiculturalismo, ele entrou paradoxalmente na cidadela do direito bem pensante pela mão dos especialistas de direito comunitário ou, mais em geral, pela mão dos que pretendem encontrar uma teoria jurídica para a globalização.

<sup>55</sup> É em torno disto que gira a questão se saber se os meios de comunicação social (a TV, por antonomásia) devem estar sujeitas à regulação estadual, à de uma “alta-autoridade”, a “códigos de conduta” ou ... a coisa nenhuma. V., sobre este importante tema – que se relaciona com a liberdade de expressão e de informação, mas também com outros valores privados (*v.g.*, protecção dos direitos ao bom nome, protecção dos menores contra a influência de programas violentos ou pornográficos, defesa contra os “discursos discriminatórios” (*hate speech*), públicos diversos (educativos, de segurança pública, direito de antena) ou de cidadania (introdução de linguagem gestual para surdos) – Cass Sunstein, *Republic.com*, Princeton, Princeton Univ. Press, 2004.

Na verdade, os cultores do direito europeu têm necessidade de superar uma concepção estadualista e legalista do direito para explicarem a natureza e legitimidade do direito comunitário, já que este – em virtude dos desenvolvimentos nele provocados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades, a que adiante já nos referiremos<sup>56</sup>, não se pode legitimar num acto fundador dos Estados signatários do Tratado de Roma, mas antes numa espécie de geração espontânea, a partir da jurisprudência de um órgão desprovido de competência formal para criar direito (o Tribunal de Justiça das Comunidades), com a cooperação ou cumplicidade de uma comunidade jurídica constituída por tribunais (superiores) nacionais, juristas especialistas em direito comunitário e particulares com interesse em invocar a jurisdição comunitária<sup>57</sup>. Nestas circunstâncias, invocar Estado como a fonte legitimadora do direito não é possível, porque, ainda que o instrumento constitutivo da comunidade tenha sido um tratado internacional subscrito pelos Estados-Membros, nesse tratado não estava contemplada a criação, pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, de

<sup>56</sup> Cf., *infra* 12.2 (Democraticidade do direito e integração jurídica europeia.); *infra*, 16.1.

<sup>57</sup> Cf., Miguel P. Maduro, “As Formas do Poder do Europeu: O pluralismo constitucional europeu em acção”, texto depois inserido em Miguel Poiars Maduro, *A constituição plural: constitucionalismo e União Europeia*, S. João do Estoril, Principia, 2006 (versão electrónica consultada em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/PoderEuro.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PoderEuro.pdf) [Ago., 2006]). Sobre o ponto em discussão v. logo as primeiras páginas da “Introdução” (pp. 7 e ss.).

direito com validade interna na ordem jurídica de cada Estado-membro. Assim, a única possibilidade de legitimar esta situação jurídica é recorrer aos tópicos pluralistas, nomeadamente quando eles negam o monopólio estatal da criação de direito e admitem que a comunidade, constituída por uma pluralidade de grupos autónomos, pode criar o seu próprio direito plural, correspondente a essa multiplicidade de interesses organizados, mas não hierarquizados ou harmónicos entre si, que coexistem no seu seio.

Este modelo legitimador beneficiou da teorização, feita por J. Habermas (cf. *infra*, 8)<sup>58</sup>, da democracia como

<sup>58</sup> Sobre os desenvolvimentos da teoria do “espaço público de Habermas”, v., antes, p. 52. Um excerto de C. Sunstein sobre a sua experiência no *President’s Advisory Committee on the Public Interest Obligations of Digital Television Broadcasters*: “A nossa tarefa era considerar se e como os emissores de televisão deveriam ser obrigados a promover objectivos de interesse público como, por exemplo, a adopção de linguagem gestual para os surdos, a emissão de avisos, de programas educativos para crianças, e de tempo de antena para candidatos. Cerca de metade dos membros da Comissão eram emissores, estando a maior parte deles absolutamente dispostos a desafiar as medidas de regulação propostas pelo Governo como invasivas e indefensáveis [...] incompatíveis] com os interesses económicos das cadeias de televisão. [...] Apesar de o Comité apenas ter poderes para elaborar um relatório] ele foi objecto de um esforço de condicionamento (*lobbying*) contínuo, intenso, violento e muito bem preparado, esforço este geralmente associado com a indústria rádio-televisiva, procurando invocar a Primeira Emenda [da Constituição Norte-Americana, que garante a liberdade de expressão] para sugerir que toda e qualquer obrigação de interesse público [posta à programação] deveria ser considerada inconstitucional [...]. Naturalmente que tudo isto constituía um exercício legítimo

espaço regulado por uma ordem jurídica baseada num consenso obtido por meio de um diálogo entre vários grupos de interesses em presença. Para este ponto de vista, o consenso obtido através do sufrágio individual como que é substituído por um diálogo de grupos, cuja regras não estão fixadas nas leis eleitorais, mas nas condições que o próprio Habermas estabeleceu para a validade das condições ideais de um diálogo legitimador. Estas condições eram, lembremo-lo, a verdade, a sinceridade, a universa-

---

da liberdade de expressão. Mas quando o *President's Advisory Committee on the Public Interest Obligations of Digital Television Broadcasters* é constituído, em larga parte, por emissores e quando o próprio comité é invadido por interpretações tendenciosas e pouco prováveis da Primeira Emenda, algo parece estar a faltar [...]. Naturalmente que o nosso comité ouviu muita coisa sobre a Primeira Emenda e outras decisões marginais da *Supreme Court* [...], mas ouviu muito pouco, de facto quase nada, sobre questões pragmáticas sobre as quais deveriam ter incidido os nossos trabalhos. Por exemplo. Se os programas e nacionais para crianças são realmente pedidos à CBS, NBC e ABC e quantas crianças acabam por os seguir? O que é que elas vêem ou fazem, na falta de tais programas? Em que é que programas educacionais os ajudariam? Quando os programas nacionais são obrigatórios, quanto custam às as cadeias televisivas e quem paga este preço – anunciantes, a espectadores, funcionários da empresa, ou outra? Quais seriam os efeitos reais, nos cidadãos, mas também no financiamento eleitoral, da concessão de tempo de antena a candidatos. Tal obrigatoriedade produziria uma atenção maior em relação a questões importantes? Reduziria as pressões actuais para obter outras fontes de financiamento? Quais as consequências da violência na televisão, tanto para crianças como para adultos? A violência na televisão aumenta, de facto, a violência no mundo real? Ela torna as crianças ansiosas, em termos de lhes criar danos psicológicos reais? Em que medida são, de facto, os surdos afectados pela ausência de tradução em linguagem gestual?” (*ibid.*, 147).

lidade e a igualdade de condições dos grupos dialogantes. Não há dúvida de que – se as condições ideais de diálogo estivessem garantidas – esta forma de democracia seria muito mais real e perfeita, do que aquela que é obtida por meio do sufrágio. Todo o problema, porém, é que as condições habermasianas estão muito longe de estar garantidas. De tal modo que, não sendo irrelevantes os consensos obtidos por esta forma, eles acabam por ser frequentemente muito mais mistificadores do que os imperfeitos consensos estabelecidos na base da democracia representativa. Nesta, pelo menos, procura-se que os participantes gozem de condições iguais de desempenho, que os interesses relevantes sejam apenas interesses públicos, que as regras de jogo estejam de antemão fixadas e que existam processos institucionais de verificar o seu cumprimento. O preenchimento das condições ideais da “democracia deliberativa”, em contrapartida, é ainda matéria não suficientemente avaliada e de opinião, sendo poucas as experiências controladas de funcionamento de foros de deliberação autenticamente igualitária e transparente e, em contrapartida, muitas as situações de foros manipulados e manipuladores.

É por isso que esta oportuna apropriação pelos juristas euro-comunitaristas da teoria pluralista do direito, tem bastante que se lhe diga. Por um lado, trata-se de um pluralismo “de via estreita”, já que não é comum vê-lo estendido ao reconhecimento e à legitimação de outras ordens jurídicas particulares (a dos ciganos, dos imigrantes turcos ou chineses, das comunidades sexualmente dissidentes, das comunidades dos *bidonvilles* ou das bairros “de barra-

cas”, etc.). Por outro lado, a comunidade produtora deste direito não estatal tem características sociológicas completamente enviesadas, nada tendo que ver com a “comunidade discursiva racional e geral” de que fala J. Habermas ou com o “auditório geral” referido por Ch. Perelman: é uma comunidade de juizes de altos tribunais, de altos funcionários comunitários, de juristas, especialistas em direito comunitário, de firmas internacionais de advogados e de particulares, em geral, selectos com capacidade, nomeadamente económica, para litigar nas instâncias comunitárias<sup>59</sup>. Por fim, a simples constatação da existência de múltiplos pólos de criação de normas jurídicas e de processos contínuos de negociação e de transacção entre eles – típica das situações de pluralismo e, por isso, reclamada para o direito europeu – não garante, só por si, a justeza dos resultados obtidos: (com alguma impaciência perante certos argumentos panglossianos...), diríamos que muitos centros de poder, fora e dentro do âmbito oficial, muitas negociações e muitas transacções,

<sup>59</sup> Isto mesmo é reconhecido por Miguel P. Maduro (em “As Formas do Poder do Europeu [...]”, cit.), onde manifesta a aspiração de que “o processo judicial europeu [...] não [continue] a ser domínio de um determinado conjunto de actores sociais ou de determinados tribunais nacionais. Este assunto requer que a questão da democracia na Europa seja relacionada com a questão de como democratizar o discurso jurídico e judicial europeu”. Em todo o caso, a litigância supra-nacional, tem permitido ganhos de justiça de grupos desfavorecidos, nomeadamente de imigrantes (cf. [http://ec.europa.eu/justice\\_home/glossary/glossary\\_t\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/glossary/glossary_t_fr.htm); v. Travail), de deficientes ([http://ec.europa.eu/justice\\_home/glossary/glossary\\_h\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/glossary/glossary_h_fr.htm) [v. Handicap]), etc..

existiram em sociedades mafiosas ou pouco respeitadoras dos direitos e da justiça; mas nem por isso a ordem aí em vigor, a tal que é “induzida de baixo para cima”, será mais justa ou mais perfeita do que a ordem que o Estado se esforça por impor, a tal “de cima para baixo”<sup>60</sup>.

Seja como for, a orientação estratégica de reconstruir a teoria e metodologia do direito numa perspectiva pluralista está basicamente correcta, por corresponder ao modo de ser das sociedades dos nossos dias. Porém, com uma reserva fundamental. Enquanto as concepções pluralistas não cultivarem um ecumenismo que lhes permita reconhecer, sem discriminação, todas as formas de manifestação autónoma de direito e de dar a todas elas a mesma capacidade de se exprimirem na comunidade jurídica, a garantia do um *pluralismo verdadeiramente pluralista* não está realizada. E, por isso, não estão garantidas nem a legitimidade nem a justeza das soluções jurídicas que

<sup>60</sup> V., com idênticas reservas, a recensão de Paolo Grossi, um patriarca da denúncia do monismo legislativo, a um livro recente sobre o direito e a globalização: “Si deve aver contezza che il rischio per il diritto è di attuare la sua liberazione dall’autoritarismo politico per consegnarsi nell’abbraccio dell’autoritarismo economico, un autoritarismo arrogantissimo. A nostro avviso – considerate la plasticità, la mobilità, la mutevolezza delle forze economiche e considerato lo spazio universale di diffusione – è un rischio da correre e anche una scommessa da sottoscrivere, muniti tuttavia da una piena consapevolezza delle molte valenze di questo incisivo fenomeno storico-giuridico, con l’impegno totale di ogni giurista a trarre da esso il lievito positivo per un costume nuovo e per una visione nuova delle fonti di produzione del diritto” (em [www.grupposanmartino.it/GROSSI,%20Globalizzazione.htm](http://www.grupposanmartino.it/GROSSI,%20Globalizzazione.htm)).

decorrem de um diálogo, que deveria ser igualitário, entre os vários ordenamentos jurídicos. Daí que, enquanto isto não acontecer, os ordenamentos jurídicos que garantam uma maior democraticidade e participação, como é o caso da ordem jurídico-constitucional (e, em geral, da própria ordem legal) dos Estados democráticos, deverão merecer, neste confronto de pontos de vista, uma particular atenção. Não no sentido de se lhes garantir o exclusivismo ou uma primazia automática e de princípio sobre as outras ordens jurídicas, nem no de se lhes atribuir a competência para decidir sobre a competência dos outros direitos; mas no sentido de se ter em conta que as suas soluções mereceram um maior consenso, avaliado por processos que, não sendo isentos de defeitos, são, pelo menos, os mais transparentes e participados que experiência política tem conseguido fazer funcionar, pelo menos em comunidades de grande dimensão, em que o diálogo equilibrado e *face to face* – ou algum seu substituto moderno – se mostra impossível, ineficiente ou mistificador<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> Também do lado das teorias auto-referenciais se têm apontado limitação à ideia de auto-referenciação dos sistemas; assim, os direitos fundamentais que se relacionam com a liberdade negocial e a autonomia da vontade deveriam ter um efeito “horizontal” ou “externo” no âmbito do sistema normativo da economia, já que eles tutelam um elemento fundamental da gramática deste mundo normativo. Cf., a posição de K.-H. Ladeur, relatada ainda por Christian Cappel, «Anachronismus einer “Drittwirkung”». Das kognitivistische Konzept Karl-Heinz Ladeurs und die Matrix Gunther Teubners im grundrechtstheoretischen Spannungsfeld», em [http://www.anci.ch/doku.php?id=beitrag:anachronismus\\_einer\\_drittwirkung](http://www.anci.ch/doku.php?id=beitrag:anachronismus_einer_drittwirkung); esta posição pode representar um grande progresso na promoção do primado da

À medida que os capítulos seguintes se forem desenvolvendo, ver-se-ão os resultados desta mudança de um paradigma e legalista para um paradigma pluralista.

Em geral, ela há-de traduzir-se numa valorização da ponderação das várias perspectivas possíveis; numa recusa de soluções automáticas ou unidimensionais; numa busca da problematização e da complexificação, antes de se obter uma solução; na insistência na provisoriidade e precariedade destas soluções; e num seu contínuo contraste com as sensibilidades jurídicas da comunidade. Ao contrário do que muitos pensam, a certeza do direito, a sua estabilização em soluções mais consensuais e duradouras, passa justamente por aqui, por uma análise profunda e não superficial, apressada ou automática, dos interesses e sensibilidade jurídicas em jogo.

Constituição e dos direitos fundamentais, sobretudo num país em que a doutrina jurídica considerava a esfera normativa do económico como quase isenta de vinculações a valores que lhe fossem estranhos (como o da não discriminação política ou racial, por exemplo).