

## A CULTURA JURÍDICA EUROPEIA

### **7.4. O direito da modernidade tardia (a Época Contemporânea)**

O direito europeu dos séculos XIX e XX dá realização institucional e política ao projeto da modernidade desenhado anteriormente.

Antes de mais, o direito – nomeadamente o direito constitucional e o direito civil – constrói as instituições políticas e civis correspondentes ao projeto jurídico concebido pelo jusracionalismo. No plano político, isto traduz-se na construção jurídico-constitucional de um indivíduo indiferenciado (igual a qualquer outro, qualidades) e livre. A cidadania moderna – generalizada a todos, limitada a definir um laço abstrato e formal de cada um com os outros e com o Estado – corresponde ao modo como o Estado vê os cidadãos<sup>682</sup>. Não é que os cidadãos sejam assim, indiferenciados, livres e iguais; eles continuam a ser diferentes entre si, diversamente condicionados pelos contextos da vida e pelos outros cidadãos e desiguais nas suas qualidades e nos seus poderes de facto. Mas, do ponto de vista do Estado, esses elementos da vida como ela é (da vida material) não são considerados, retendo-se da cidadania apenas os seus traços formais. Se o direito constitucional estabelece os traços institucionais fundamentais desta cidadania no que respeita às relações entre o indivíduo e o Estado, o direito civil regula as consequências dela no trato entre os cidadãos. O fundamental, aqui, é assegurar que cada um não fique obrigado senão mediante a sua vontade expressa em contratos, desde que estes correspondam a vontades livres e conformes aos padrões gerais e racionais do querer. Também no plano das relações civis, a liberdade da vontade é uma abstração, já que o Estado, ao estabelecer a disciplina dos contratos, só protege o poder abstrato que os indivíduos têm de querer, descurando as condições concretas de exercício desse poder.

Como se vê, a sociedade que se constrói pode ser regulada de forma muito económica. Como os indivíduos e as suas características estão definidos em abstrato, sem que as situações concretas sejam tidas em conta, a disciplina pode ser geral, assumindo como inexistentes quaisquer condições da vida que perturbem ou neguem as faculdades abstratas reconhecidas aos agentes. Isto permite simplificar o direito, que agora pode assumir a forma de comandos genéricos, abstratos e gerais, sem necessidade de

<sup>682</sup> Sobre o conceito moderno de cidadania e seu confronto com conceitos anteriores e seguintes, fundamental, Costa, 1999, 2005 (síntese). Sobre o horizonte da literatura jurídica deste período, avaliado pelas citações feitas, Hespanha, 2010.

grande maleabilidade relativamente aos casos particulares, porque... não existem casos particulares. Entra-se num círculo virtuoso. Como o direito pode passar a ser geral, aumenta a segurança jurídica e, com ela, a previsibilidade social. Tudo corre como previsto. E, como tudo corre como previsto, sem desmentidos nos casos particulares, a lei geral funciona bem.

Esta simplicidade de regulação tem o seu preço. Na verdade, esta visão estadual da sociedade é uma completa abstração, que está para a sociedade real como um mapa está para o terreno real: funciona sobre convenções simplificadas, ignora dimensões da realidade, achata diferenças. No mundo real, as coisas não são assim. O que faz com que, guiando-nos por esta abstração formal, possamos chocar com (ou chocar a) realidade vivida.

Esta consciência de que as imagens modernas do social e do jurídico eram demasiado formais para permitirem servir de base para uma regulação real das relações sociais foi percebida por muitos durante toda a modernidade. Como veremos, várias correntes do pensamento jurídico criticaram o formalismo da teoria moderna do direito, insistindo em que o direito e o saber jurídicos deviam partir da materialidade concreta das relações sociais e não de uma imagem superficial e deformada que se fizesse delas. Se as pessoas eram desiguais quanto à sua capacidade concreta de autodeterminação, o direito devia ter isto em conta para validar o alcance jurídico daquilo que elas quisessem, e não considerar sempre as suas promessas como válidas, mesmo quando elas tivessem sido o produto de desinformação, engano, prepotência ou necessidade extrema. Se se protegia um direito em geral – por exemplo, a propriedade –, não se podia ignorar que esta proteção beneficia sobretudo os proprietários, enquanto impedia os não proprietários de o virem a ser; e que, portanto, a proteção igual deste direito tinha consequências desiguais, não igualitárias. Se o universo dos cidadãos fosse *conceitualmente* reduzido aos homens, proprietários, brancos, não se podia ignorar que essa definição de cidadania não era de todo geral, pois, na realidade, excluía mulheres, não proprietários e não europeus. E que, falando desta cidadania formal, era excluir da cidadania “material” um grande universo de pessoas. Não eram só os pensadores que viam isto que o Estado moderno não via; eram os próprios excluídos que, crescentemente, se iam dando conta de que, por meio de artifícios formais – a definição de vontade livre, de igualdade, de direitos humanos, de cidadania, razão – estavam a ser postos fora da cidade.

É isto que explica o contínuo criticismo que se ergueu contra o formalismo do direito moderno: contra os pressupostos “metafísicos”, “ideológicos”, dos conceitos de que partia; contra o “impensado” que subjazia à sua racionalidade, contra os mitos que afetavam a sua ciência.

O próprio modernismo incorporou algumas destas críticas, procurando, através de medidas racionalizadoras, fazer com que a realidade se adequasse melhor ao modelo.

Uma parte destas medidas enquadrava-se em políticas que orientassem os indivíduos no sentido de estes se comportarem como era esperado que se comportassem para que o modelo funcionasse bem. Para que decidissem racionalmente, para que avaliassem bem os seus interesses, para que incorporassem nestes alguma parte dos interesses dos outros ou do interesse geral em que o modelo funcionasse bem, para que fossem verdadeiros, transparentes e leais, nas negociações, para que cumprissem espontaneamente as suas obrigações, Ou seja, para que se comportassem como homens de bem, como *gentlemen*. Isto era a missão da educação e dos bons costumes, um elemento indispensável da racionalidade económica liberal, e que foi, por isso, central nos importantes programas sociais de educação cívica que se observam na sociedade europeia do liberalismo.

Outra parte destas medidas de correção do formalismo tinha de provir de políticas públicas do Estado, destinadas a criar as condições para que o fosso entre o imaginário da sociedade imaginada e a realidade da sociedade existente não impedisse que o modelo funcionasse na prática. É aqui que se inserem, além das medidas de garantia da paz e dos direitos de cada um, as políticas públicas de carácter social, promovendo a igualdade material, aumentando a liberdade pessoal, alargando a cidadania; as políticas de fomento civilizacional, fomentando a comunicabilidade, promovendo infraestruturas públicas que os privados não pudessem criar; as políticas de globalização, assegurando mercados e disponibilizando matérias-primas (colonialismo, imperialismo, comércio livre); as políticas de regulação económica, garantindo uma concorrência igual e sã, regulando o mundo industrial, no sentido da sua “pacificação”.

Estas medidas de correção do formalismo liberal cabiam ainda dentro de uma visão moderna do modelo social. Não visavam substituir o modelo, mas torná-lo menos simplista, incorporando nele normas suplementares que a análise científica da realidade tinha aconselhado, a fim de garantir que, tal como acontece nas ciências físicas, uma versão mais apurada do

modelo produzisse melhores resultados práticos. À física social acrescentava-se agora a engenharia social ou mesmo a manipulação científica da sociedade. Fazer uma sociedade melhor – mais produtiva, mais culta, mais integrada e menos conflitual, mais sã, mais bela, racialmente mais pura – são objetivos suplementares deste megaprojeto de modelação da sociedade a partir de uma hipótese de base – a de que isto se pode fazer a partir da vontade racional dos indivíduos.

Realmente, o próprio Estado e a sua regulação quase poderiam desaparecer, se se conseguisse que, pela educação, pela morigeração e pelo avanço da consciência, cada um se movesse de forma plenamente racional para as únicas situações de felicidade que são duráveis, ou seja, aquelas em que as vantagens imediatas são sacrificadas às vantagens a longo prazo. E, de facto, este objeto estratégico de plena libertação, pela extinção do Estado, aparece em diversas utopias da sociedade (anarquismo, comunismo, hiperliberalismo). O pensamento social da modernidade alimenta este projeto de que o progresso consiga fazer com que se chegue a uma sociedade autorregulada, sem necessidade de ingerência do Estado.

Das versões anarquista e comunista falar-se-á mais tarde.

Na versão hiperliberal, acredita-se na divisa liberal de que é preciso deixar circular e deixar fazer: alargar os espaços de ação humana, desfazendo (tornando invisíveis, irrelevantes) localismos e interesses paroquiais; dar plena liberdade de ação, para que a experiência contínua do relacionamento mútuo revele, por um processo de aprendizagem pela tentativa e erro, quais as normas mais racionais (eficiências, recompensadoras) de agir. Este movimento de plena globalização e de pleno liberalismo marcam a fase mais avançada da modernidade (a hipermodernidade). O Estado regulador tende a ceder a vez à regulação puramente autónoma dos agentes, a única que pode abranger um cenário de transações globais. O direito transforma-se nessa regulação autónoma efetiva, automaticamente estabelecida pela própria atividade de troca. Tudo o que funciona (ou que contribui para que a atividade se mantenha) é bom e justo. Os limites que antes se punham ao relacionamento entre privados – para proteger os mais fracos dos mais fortes e assegurar a tal igualdade formal do mercado, para assegurar a verdade e transparência das declarações, para salvaguardar bens públicos que podiam sucumbir à absoluta primazia dos interesses privados – desaparecem, abrindo-se o caminho para um modelo puramente abstrato e formal de relacionamento. Quando isto acontece,

as abstrações perdem todo o contacto com as coisas reais. Os sentimentos políticos exprimem-se através das suas manifestações mediáticas, e não principalmente por meio de processos institucionalizados e regulados. A política deixa de ser fazer sobre o que acontece para assentar sobre realidades virtuais construídas pelos políticos ou pelos *media*. As finanças perdem o contacto com a economia: os títulos (ações, obrigações) deixam de representar ativos reais (como aconteceu com os “ativos tóxicos” ou com os títulos de títulos (“derivados”), os meios de financiamento tornam-se artifícios financeiros (“alavancagem financeira”), a solvabilidade de uma instituição (de um país) transforma-se na opinião (anónima) sobre essa solvabilidade<sup>683</sup>. A economia real, visando produzir coisas que satisfizessem necessidades, tende cada vez mais para uma atividade visando produzir lucros especulativos, ou seja, lucros obtidos a partir de compras e vendas de... nada<sup>684</sup>. O direito *hard* da lei do Estado transforma-se no direito *soft* das regras informais, mutáveis, sem marca de origem. Os amores empenhados, envolvendo compromissos densos, são substituídos por relações leves, informais, abertas<sup>685</sup>. Os alegados problemas são analisados em abstrato, sem as suas dimensões concretas, por comparação de indicadores formais (PNB, percentagem da dívida, taxas de produtividade); e os remédios são também receitas gerais, ilimitadamente transferíveis de zona para zona. O mesmo se passa com o direito, que não apenas se pode transferir (*legal transfers*), como se pode mundializar (*direito global*).

Realmente, atinge-se o apogeu do formalismo, onde nada do que é real, palpável, relativo a situações concretas e a pessoas concretas, faz parte daquilo que se vê nesta imagem hipermodernista do mundo. Neste estádio, a imagem das relações sociais sobre a qual se tomam decisões perde qualquer contacto com a vida real e, por isso, a política torna-se um jogo; a realidade, uma ficção; os objetos da economia, entidades virtuais (“futuros”, “derivados”, “alavancagem” de operações financeiras); os cidadãos, *players*; as declarações, mistificações credíveis<sup>686</sup>; o direito, regras de um jogo que não tem outro objetivo senão ser jogado. Porque, segundo a

<sup>683</sup> Cf. Joseph Stiglitz, *Time for a Visible Hand: Lessons from the 2008 World Financial Crisis*, 2010.

<sup>684</sup> Duas análises notáveis: Strange, 1997; d’Arista, 1994; entrevista em <http://www.youtube.com/watch?v=PNbgvyb0o-I>.

<sup>685</sup> Cf. Z. Bauman, *Liquid Love: On the Frailty of Human Bonds*, 2003.

<sup>686</sup> É imensa a literatura sobre a sociedade hipermoderna, no plano das relações sociais, económicas, afetivas; um par de leituras elucidativas: Callahan, 2004.



ideologia de fundo, não há mais valores trans-subjetivos: torna-se racional tudo aquilo que cada um queira para seu interesse; e torna-se legítimo tudo o que for preciso fazer o que se quiser<sup>687</sup>. A política cede à economia, à economia sem política<sup>688</sup>; e, muito frequentemente, a economia cede à mera ganância individual<sup>689</sup>.

Depois de um esboço do ambiente político, abordaremos sumariamente os tópicos que polarizavam a discussão em torno da política e do direito na cultura europeia deste período<sup>690</sup>.

#### 7.4.1. O contexto político

Depois do seu período “programático e experimental” – descrito acima, sob a epígrafe jusracionalista (*supra*, 7.3.2) –, a ordem política estadualista chega à sua fase de institucionalização.

No plano jurídico, esta fase caracteriza-se pelo *movimento legalista* e, sobretudo, pela *tendência codificadora*. Os novos códigos, se, por um lado, procediam a um novo desenho das instituições, correspondente à ordem social burguesa liberal, instituía, por outro, uma tecnologia normativa fundada na generalidade e na sistematicidade e, logo, adequada a uma aplicação mais efetiva do direito, também mais controlável pelo novo centro do poder – o Estado. A ideia de reunir as leis em códigos sistemáticos e duradouros correspondia à ideia de que aquele “casco do direito” que agora se codificava constituía o núcleo normativo, mais consensual e mais perene, da vida em sociedade.

Estadualismo (*i.e.*, identificação da ordem social com a ordem estadual), certeza e previsibilidade do direito (*i.e.*, legislação abstrata) e, finalmente, a fixidez e permanência de um núcleo fundamental de princípios jurídicos (*i.e.*, codificação), vão, assim, de braço dado, permitir que os novos arranjos sociais, políticos e jurídicos se tornem efetivos e estáveis.

<sup>687</sup> O que incentiva e legitima aquilo a que David Callahan chama uma “cultura da batota”, que caracterizaria a cultura da hipermodernidade (Callahan, 2004).

<sup>688</sup> V., notável, este pequeno apontamento de uma decana dos economistas brasileiros, Maria da Conceição Tavares: <http://www.youtube.com/watch?v=FebPPRNtBAU>.

<sup>689</sup> Num breve apontamento: Joseph E. Stiglitz, *The Ideological Crisis of Western Capitalism*, 2011-07-06 Project Syndicate, 2011 ([www.project-syndicate.org](http://www.project-syndicate.org)).

<sup>690</sup> Mais elementos sobre estes tópicos orientadores do pensamento político e social da época contemporânea, em Fioravanti, 1999; Renault, 1999; especial referência a Portugal, Hespanha, 2004.

Os cem anos que decorrem entre 1750 e 1850 correspondem ao período de instalação de uma nova ordem política e jurídica, a que se costuma chamar liberalismo. No plano do direito, realizam-se então os seus pressupostos estratégicos – instauração, por meios legislativos, de um novo paradigma de organização política (o Estado liberal-representativo) e de organização social (“liberalismo proprietário”, *i.e.*, identificação da propriedade como condição de liberdade e, logo, de cidadania ativa), que a própria lei irá desenvolvendo nos seus detalhes institucionais<sup>691</sup>.

No plano dos grandes princípios, o novo direito estabelece a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei como valores fundamentais. Mas qualquer destes princípios tinha consequências institucionais concretas, que as leis civis e políticas iriam desenvolver.

A garantia da liberdade pessoal<sup>692</sup> tinha consequências diretas e indiretas em vários domínios do direito. Fundava, desde logo e no domínio do direito constitucional, os direitos políticos e cívicos. Garantia, depois, a liberdade de trabalho e indústria<sup>693</sup>, libertando a iniciativa privada de todas as limitações antes impostas ou pelo corporativismo medieval ou pelo mercantilismo. No direito das coisas, constituía a base da construção jurídica da propriedade como direito ilimitado e inviolável. No direito dos contratos, promovia o voluntarismo e punha termo às limitações éticas e comunitárias ao poder de conformação da vontade sobre os conteúdos contratuais (“teoria da vontade”, *Willenstheorie*, cf., *infra*, cap. 7.4.11), permitindo a usura, a desproporção das prestações contratuais<sup>694</sup>, a livre fixação dos preços e dos salários.

A garantia da propriedade – considerada como uma extensão da garantia da liberdade – era entendida como o “direito sagrado e inviolável [...] de dispor à sua vontade de todos os seus bens, segundo as leis”<sup>695</sup>. A sua constitucionalização correspondia àquilo a que C. B. Macpherson chamou

<sup>691</sup> Sobre a ordem jurídica liberal, v., em geral, Arblasten, 1984; Arnaud, 1973; Costa, 1974, 1986; e Clavero, 1991. Para Portugal (aspetos político-ideológicos), Vieira, 1992; (aspetos constitucionais e jurídicos) J. G. Canotilho, “As constituições”, e Mário Reis Marques, “Estruturas jurídicas”, em Torgal, 1994, respetivamente, 149-165 e 176-181; Hespanha, 1990 (aspetos estruturais do sistema político); Hespanha, 1994 (aspetos constitucionais).

<sup>692</sup> Cf., em Portugal, Carta Constitucional de 1826, art.º 145º, § 5.

<sup>693</sup> Cf. em Portugal, Carta Constitucional de 1826, art.º 145º, §§ 23 e 24.

<sup>694</sup> Antes interditas pelo instituto da “lesão enorme”.

<sup>695</sup> Em Portugal, Constituição de 1822, art.º 6º; Carta Constitucional, art.º 145º, § 21.

o “individualismo possessivo”: a propriedade como um direito natural e absoluto, livremente usufruível (liberdade de indústria) e livremente disponível, ilimitável por direitos dos senhores (direitos de foral), da comunidade (direitos de pastagem, de rotação de culturas, etc.) ou dos parentes (reservas hereditárias, vinculação).

A garantia da igualdade<sup>696</sup> punha fim, por sua vez, a situações de subordinação de uns a outros (escravatura, servidão pessoal); devia garantir, em princípio, o acesso igual de todos à participação política (mediante o sufrágio universal); fixava a igualdade na aplicação da lei, nomeadamente no domínio processual (abolição tendencial dos foros privilegiados) e, sobretudo, penal, instituindo o princípio da igualdade das penas, independentemente do estatuto do criminoso; proscovia certos estatutos discriminatórios em matéria política (*v.g.*, a exigência de nobreza ou de “limpeza de sangue” para acesso a cargos públicos).

Como se há de ver aqui e ali ao longo da exposição subsequente, qualquer destes princípios deparou com limitações, por vezes totalmente descaracterizadoras, no momento da sua concretização constitucional ou legislativa. Sobretudo o princípio da igualdade.

Não me refiro apenas à questão da não correspondência entre liberdades formais (*i.e.*, garantidas pela lei) e liberdades materiais (*i.e.*, concretizáveis no plano das relações sociais concretamente vigentes)<sup>697</sup>. Trata-se de muito mais do que isso: ou seja, da instituição, pela lei, de estatutos discriminatórios, restringindo drasticamente os direitos políticos e civis dos escravos, das mulheres, dos não proprietários, dos nativos coloniais, dos ingressos em ordens religiosas, para não falar já de outras classes de interdições também elas social ou culturalmente marcadas (loucos, falidos, jogadores, pródigos, menores). Por detrás destas limitações – que, em termos políticos, reduziam dramaticamente a percentagem de “cidadãos ativos”<sup>698</sup> –, estão algumas ideias fortes, quer sobre a menor capacidade de

<sup>696</sup> Em Portugal, Constituição de 1882, art.º 9º; Carta Constitucional, art.º 145º, §§ 12 e 15.

<sup>697</sup> Questão que virá a ser central na crítica marxista e pós-marxista ao direito liberal (cf., *infra*, 7.5.6.1).

<sup>698</sup> Algumas estimativas do peso percentual dos cidadãos ativos relativamente aos “nacionais” de maioria apontam para taxas inferiores a 10%. Claro que estes valores ainda baixam mais nos territórios em situação colonial ou pós-colonial (*v.g.*, os países latino-americanos, sobre os quais, cf. Clavero, 1993; 2000).



engenho civil e político do género feminino<sup>699</sup>, dos camponeses (rústicos) ou indígenas das colónias, quer sobre o modo como a qualidade de proprietário condicionava a seriedade e o empenhamento das atitudes políticas. Afinal, o modelo societário e político subjacente estava ainda muito dependente dos modelos tradicionais de uma sociedade patriarcal em que ao homem (e, por extensão, ao homem branco “civilizado”) competia um poder de direção sobre a “casa”, como conjunto de familiares, de dependentes (criados, escravos, estes últimos oscilando entre o estatuto de pessoas e o de coisas)<sup>700</sup>, de animais e de coisas.

Tão importante como o estabelecimento destes princípios é a sua estabilização legislativa (em códigos) ou doutrinal. Isto é, de uma forma ou de outra, em complexos normativos orgânicos que escapam à arbitrária volúpia legislativa dos governos e que, com isso, garantam a firmeza e a continuidade das transformações político-sociais. “Propriedade! Propriedade! Centro da união social, quantas vezes não oscila incerta e quase tornada nome pelo vão vício de leis multiplicadas e obscuras”, clama-se, em Portugal, no *Manifesto* do Governo Supremo do Reino, de 31/10/1820.

Já para o final do século XIX, a dinâmica social e os progressos tecnológicos introduziram grandes mudanças na vida, que o direito teve de ir acompanhando, garantindo algumas das suas condições materiais. As enormes tensões sociais causadas pela fase de instauração do capitalismo (questão social) necessitaram de ser arbitradas pelo Estado; o qual também teve de criar as condições para enormes transformações tecnológicas necessárias para o desenvolvimento do sistema económico. A um período em que o imaginário político consistia num governo leve ou mínimo e na devolução da regulação para normas sociais espontâneas, sucede-se um outro em que o Estado é convidado a governar pesadamente, para garantir condições que já não podiam ser realizadas pela “mão invisível”. A teoria política e a teoria do direito mudam, de forma correspondente, surgindo construções dogmáticas que legitimavam as prerrogativas do governo e da máquina administrativa.

<sup>699</sup> Cf., sobre a imagem da mulher no direito tradicional europeu, de que há fortes resíduos no período liberal, Hespanha, 1994e.

<sup>700</sup> Sobre o modelo tradicional da “casa grande” (*ganze Haus*), cf. Brunner, 1968b; para a Época Contemporânea, numa situação colonial, mas suscetível de extensão à sociedade camponesa europeia, Freyre, 1933.

Estes princípios liberais de garantia de direitos originários chocava com a incerteza do direito, provocada pela oscilação das interpretações doutrinárias, mas também com a multiplicação de leis contraditórias. Todavia, a lei era, para este mesmo património de ideias, a expressão da vontade do povo e, por isso, uma manifestação da democracia.

#### **7.4.2. Entre vontade e razão. O primado da lei parlamentar (jacobinismo)**

O princípio democrático de que o poder tem origem no povo e deve ser por ele exercido é uma consequência muito clara da ideia de contrato social, tal como ela foi descrita antes (cf., *supra*, 7.3.2.1). De forma mais ou menos pura, ele vem enformar as revoluções políticas que ocorreram, primeiro, na América do Norte (1776) e em França (1789) e, depois, na generalidade dos países europeus (em Portugal, em 1820)<sup>701</sup>.

O princípio democrático vem estabelecer que a única legitimidade política é a legitimidade proveniente da vontade popular, manifestada pelos representantes do povo, eleitos, através das votações nos órgãos representativos (por excelência, os parlamentos).

A hegemonia política absoluta do parlamento – com a consequente concentração nele de toda a capacidade de criar direito – era, em Estados “grandes”, a única alternativa a uma democracia direta, tornada impossível pelo alargamento dos espaços da política. O debate político público, no parlamento, permitiria distinguir as opiniões interessadas, dirigidas à defesa de pontos de vista e interesses egoístas ou de grupo (partidários), da opinião racional, liberal (livre da subordinação a interesses de parte), visando o “interesse geral” ou a obtenção da “felicidade para o maior número”, utilizando duas formulações – uma de Rousseau e outra de Bentham – utilizadas para justificar a supremacia absoluta do parlamento<sup>702</sup>.

Perante a legitimidade democrática, deviam curvar-se todas as antigas formas de legitimidade, desde a legitimidade do direito divino à provinda da tradição ou da autoridade social de um grupo (como, por exemplo, o

<sup>701</sup> Sobre tudo quanto se segue, de modo conciso e exemplar, Fioravanti, 1999 ou Alvarez Alonso, 1999. V. ainda, Clavero, 1991; exposição de conjunto, Renault, 1999.

<sup>702</sup> Sobre a insistência de Bentham no princípio do controle democrático como forma de garantir a busca da felicidade geral, v. *Code constitutionnel*, 1830 (cf. Rosen, 1983). Estes pontos de vista eram defendidos pela ala esquerda dos revolucionários de 1789, que se reuniam na Igreja de Saint Jacques, em Paris (*jacobins*, daí “jacobino”, “jacobinismo”).

grupo dos juristas ou dos juízes). No plano das fontes de direito, este princípio elevava a lei parlamentar – expressão da “vontade geral” – à dignidade de fonte primeira, se não única, de direito. Ela era o produto da (i) vontade popular e, para mais, de uma (ii) vontade geral, de todo o povo, liberta de despotismo e de espírito de facção, que, portanto, (iii) exprimia o interesse geral e (iv) explicitava as ambições mais generalizadas de felicidade. A lei é, por isso, a fórmula que racionaliza interesses privados divergentes, que consubstancia o interesse público, que exprime normas socialmente consensuais.

Perante a lei, o costume (antes legitimado pela tradição) devia ceder. De alguma forma, ele manifestava – como de há muito se dizia – um “consentimento tácito do povo” e, por isso, podia ser entendido como um “plebiscito de todos os dias”. Por isso, os costumes não foram liminar e automaticamente ab-rogados; só que não podiam valer contra a lei parlamentar, essa forma expressa e regulada de o povo manifestar a sua vontade. De resto, na constituição do costume, interviera uma Nação concebida trans-historicamente, feita de passado e presente, de mortos e de vivos. E, agora, a Nação tendia a ser identificada com o povo atualmente existente, capaz de votar e eleger. Como veremos, outros contraporão que esta é uma ideia muito redutora de Nação, cujos valores e cujo espírito não são propriedade da geração presente (cf., *infra*, 7.5.4); mas isto constitui já um ponto de vista crítico sobre o entendimento jacobino da democracia.

Também a jurisprudência (legitimada pela competência técnica dos juízes) devia ceder. Pois, de acordo com o princípio democrático, a legitimidade dos juízes é somente indireta, decorrendo apenas do facto de se tratar de um poder previsto na Constituição, querida pelo povo. Para além de conter este vício de origem, a jurisprudência era ainda passível de uma crítica política. Realmente, pelo menos na Europa, a Revolução tinha sido feita também contra a tirania dos juízes que, apoiados no carácter casuísta e flexível do direito tradicional (cf., *supra*, 6.8; 7.3.5), tornavam o direito um saber hermético, cujos resultados eram imprevisíveis e incontroláveis pelos cidadãos. E, assim, os movimentos reformistas da segunda metade do século XVIII (*v.g.*, L. A. Muratori, o marquês de Beccaria e Gaetano Filangieri, em Itália; ou Luís António Verney e Pascoal de Melo, em Portugal, dirigiam-se, antes de tudo, contra o “governo arbitrário”, sendo que nesta ideia de governo arbitrário se compreendiam tanto a autocracia dos soberanos como a arbitrariedade incontrolável dos tribunais. No Sul da

Europa (Itália, França e Península Ibérica), esta última componente tinha sido ainda mais forte, suscitando um movimento de crítica à incerteza e hermetismo do direito doutrinal e jurisprudencial e reclamando leis claras e reformas judiciárias que amarrassem os juízes ao cumprimento estrito da lei. Daí que o legalismo e a desconfiança no direito jurisprudencial – que já vinham de trás e tinham marcado a política do direito dos Estados setecentistas – se tenham transformado em componentes essenciais das propostas revolucionárias<sup>703</sup>. Pois, se havia lugar a falar nos perigos do “espírito de fação”, era decerto legítimo fazê-lo tanto em relação aos funcionários e às elites políticas como aos juristas e aos juízes<sup>704</sup>.

Princípio democrático e sensibilidade anti-“letrada” explicam que – no contexto europeu – as opiniões dos juristas e os veredictos dos juízes fossem tidos em suspeição; agora, os juízes não são mais do que a “longa mão da lei”, a “boca que pronuncia as palavras do legislador”, pelo que as suas decisões não podiam visar senão a aplicação estrita da lei, sem qualquer margem de discricionariedade, como quem resolve um silogismo.

Mas havia ainda outros argumentos a favor do princípio democrático do direito. De acordo com o princípio da separação dos poderes, formulado por Montesquieu e geralmente (embora também variamente) adotado pelos novos Estados constitucionais, os poderes deviam respeitar-se mutuamente, não interferindo nas competências uns dos outros. Por isso, a edição do direito, entendido como manifestação da “vontade geral”, devia ser exercitada em exclusivo pelo poder legislativo, sem interferência dos outros, nomeadamente do poder judicial. É preciso cruzar o Atlântico ou, na Europa, chegar quase aos nossos dias, para encontrar concepções de Estado e de direito que atribuam aos juízes um papel ativo na criação do direito ou, inclusivamente, no controlo da legitimidade das leis. A este modelo de uma constituição criada (ou, melhor, revelada, declarada, posta em prática) pelos juízes, chamou-se “Estado judicial” (*Richterstaat*); mas não é a esta constelação de ideias democrático-jacobinas que ele

<sup>703</sup> Referência bibliográfica básica: Latorre, 1978, 153-154; Wieacker, 1993, 524-527; sobre o reformismo judiciário, R. Ajello, 1976, *maxime*, 275-360.

<sup>704</sup> Esta reação contra os “letrados” explica a simpatia de que gozaram, num e noutro lado do Atlântico, as figuras dos juízes eleitos e dos jurados; embora, na Europa, o legalismo estadualista tenha limitado progressiva e severamente mesmo estas formas mais “populares” de justiça (cf. Clavero, 1991, 81 ss.), com fundamento em que estes juízes não cultos raramente podiam superar a parcialidade e elevar-se a um entendimento racional e geral do direito.

pertence, mas antes a uma outra, em que o direito é anterior às (e irrevogável pelas) assembleias representativas<sup>705</sup>.

Também a doutrina deixa de ter legitimidade para fazer construções autónomas, fundadas na “natureza das coisas”, ou nos princípios da razão, como aquelas que tinham constituído o cerne do direito desde as escolas medievais. É que tais construções eram direito porque se aceitava que uma das fontes de legitimidade deste era a autoridade técnica ou doutrinal dos especialistas, capazes de revelar um direito que residia nas próprias coisas ou nos princípios abstratos da razão. Agora, no contexto do novo Estado democrático, o único poder com autoridade para estabelecer o direito é o parlamento, em representação do povo; enquanto a única função legítima da doutrina é – em contrapartida – a de descrever a lei, de a interpretar (se possível, de acordo com a vontade do legislador histórico – interpretação *subjetiva*) e de integrar as suas lacunas, propondo aquela norma que o legislador histórico, se tivesse previsto o caso, teria formulado. Em alguns casos extremos, a interpretação doutrinal chegou a ser proibida, determinando-se o recurso à interpretação autêntica, ou seja, à interpretação levada a cabo pelo próprio órgão legislativo (*référé législatif*).

Para esta perspetiva, todo o direito se reduz à lei, deixando de ser reconhecidas não só quaisquer outras fontes de direito, como quaisquer princípios supralegislativos a que a lei deva obedecer. Como se verá em breve, este filão legalista-democrático, que é o sintoma jurídico do voluntarismo no plano da filosofia política, tem de conviver, durante os dois últimos séculos, com um filão de sentido oposto – que se pode dizer ser o sintoma de várias formas de antivoluntarismo no plano da filosofia política –, sublinhando a força limitada da lei, obrigada a respeitar ou os “direitos originários”, ou o “governo sábio”, ou a “sensibilidade comum”, ou a “natureza das coisas”, ou a força dos valores ou das ideias, ou a regulação espontânea da “vida quotidiana”.

Neste contexto legalista, a ideia de “código” é ambivalente. Por um lado, o “código”, como conjunto compactado, simples, harmónico e sistemático de preceitos normativos, favorece o conhecimento da lei pelos cidadãos e, por isso, potencia o controlo destes sobre o direito, inserindo-se assim numa problemática antijudicialista claramente jacobina. Mas, por outro lado, o “código” constitui um “monumento jurídico” que aspira à

<sup>705</sup> Sobre a oposição entre os modelos de constituição “estadualista” ou “constituição de direitos”, Clavero, 1991.



permanência, à incarnação da estabilidade da razão jurídica, à corporização dos consensos profundos. E, nesse sentido, pretende resistir ao ritmo frenético das decisões parlamentares. E, na verdade, os grandes códigos do século XIX – com destaque para o *Code Napoléon*, de 1804, e o Código Civil alemão [*Bürgerliches Gesetzbuch, B.G.B.*], de 1900 – têm resistido (pelo menos formalmente) ao tempo e às mudanças de regime. Mas, quando reclama para si um caráter não efémero, a atividade codificadora está a pretender colocar-se num plano superior ao da legislação ordinária, continuamente reapreciável pelos representantes do povo<sup>706</sup>.

Alguns dirão, mais tarde, que o código é, assim, um produto do trabalho de racionalização das paixões ou dos atos de arbitrário voluntarismo dos legisladores, levado a cabo ou pelo sentido público do Estado, ou pela ponderação lenta e decantada dos juristas, proporcionando um património de soluções jurídicas fundadas em valores estáveis e consensuais (num *idem sentire*), ligados a uma lenta aquisição de uma sabedoria jurídica “nacional”<sup>707</sup>. Os códigos combinariam, assim, a legitimidade democrática da lei com a legitimidade “científica” da doutrina. Por isso é que, embora regularmente aprovados pelos parlamentos, os códigos foram quase sempre elaborados por comissões de juristas, fora das câmaras. Mas este entendimento pertence já, também ele, a um filão do pensamento político que não é o do democratismo jacobino (cf., *infra*, 7.4.7).

### 7.4.3. “Razão jurídica” vs. “razão popular”

O primado da lei parlamentar exprimia o princípio da criação do direito pela vontade popular, imediata e continuamente expressa nas assembleias constituídas pelos representantes diretos do povo. Porém, este princípio despertou sempre uma expressa ou surda oposição por parte dos juristas letrados, que continuaram a encarar o direito como o resultado de um saber sobre o modo de realizar a justiça, dotado de regras próprias de raciocinar que não estavam ao alcance de todos por igual.

Se lermos a história do direito como a história de um discurso que visa legitimar o poder social de um grupo ou de especialistas – como defende P. Bourdieu<sup>708</sup> –, este facto não é estranho. No fundo, tratar-se-ia, para os

<sup>706</sup> Sobre a problemática da relação entre codificação, direitos individuais, Estado e soberania popular, v., muito agudo, Clavero, 1991, *maxime*, 81 ss.

<sup>707</sup> Cf., remetendo para uma obra clássica de Carl Schmitt, Amaral, 1996.

<sup>708</sup> Cf., *maxime*, Bourdieu, 1986.

juristas, de salvaguardar um monopólio de dizer o direito, que sempre lhes pertencera e de que a fase mais radical da Revolução Francesa (que, em termos constitucionais, se exprime no projeto de Constituição francesa de 1791) tentara expropriá-los.

No entanto, a explicação parece ter de ser mais vasta, pois nesse esforço de “desdemocratização” do direito colaboraram também políticos e intelectuais. Neste sentido, a explicação podia provir antes de uma tendência de mais longo curso no sentido de salvaguardar para uma elite cultural (*grosso modo*, os intelectuais, os políticos) aquele poder de constituir o direito que a filosofia política da Época Moderna atribui ao povo. Estaríamos, então, perante um dos paradoxos típicos do pensamento político democrático europeu. Por um lado, a filosofia política atribuída à vontade dos membros da sociedade o poder de estabelecer as regras da convivência social. Mas, por outro lado, essa mesma filosofia estabelecia para a validade dessa mesma vontade – *i.e.*, para que a vontade seja “racional” e não “arbitrária”, para que seja “vontade” e não “paixão” – requisitos que apenas uma minoria do povo satisfazia<sup>709</sup>.

Foi, porventura, Benjamin Constant (1767-1830) quem primeiro e mais claramente definiu esta angústia liberal perante a democracia, ao explicar que a “liberdade dos modernos” não era, como a dos “antigos”, a liberdade de participar (diretamente) na constituição no governo e na ordem jurídica, mas antes a possibilidade de limitar a ordem jurídica, qualquer que ela fosse, impedindo-a de violar as reservas de liberdade pessoal de cada um: “Perguntai antes de mais, meus Senhores – propunha, em 1819, Constant aos membros do *Athénée Royal* – o que é que um inglês, um francês ou um americano entendem hoje pelo termo ‘liberdade’. Para qualquer deles é o direito de não estar sujeito senão às leis, de não poder ser preso nem detido, nem condenado à morte, nem maltratado de qualquer forma pela vontade arbitrária de um ou mais indivíduos. É, para qualquer deles, o direito de dar a sua opinião, de escolher a sua indústria e de a exercer; de dispor da sua propriedade ou de abusar dela; de se deslocar, sem necessitar de autorização, e sem ter de dar conta dos seus motivos ou atividades. É, para qualquer deles, o direito de se reunir aos outros indivíduos, quer para discutir os seus interesses, quer para professar o culto que ele e os seus

<sup>709</sup> Este processo de expropriação do poder constituinte por um pequeno grupo de intelectuais foi magistralmente descrito por Zygmunt Bauman (Bauman, 1987).

associados preferirem, quer simplesmente para passar os seus dias e as suas horas de uma maneira mais conforme às suas inclinações e às suas fantasias. Por fim, é o direito, para qualquer deles, de exercer influência sobre a administração do Governo, quer no plano da nomeação de todos ou de alguns funcionários, quer por meio de representações, petições, pedidos a que a autoridade é mais ou menos obrigada a prestar atenção. Agora, comparem esta liberdade com a dos antigos. Esta consistia em exercer coletiva e diretamente vários aspetos da soberania: deliberando, na praça pública, sobre a paz e a guerra, a constituição de alianças com governos estrangeiros; votando leis; pronunciando julgamentos; inspecionando os atos e os préstimos dos magistrados e convocando-os para comparecerem perante a assembleia do povo, acusando-os, condenando-os ou absolvendo-os. No entanto, se era a isto que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam em contrapartida como compatível com esta liberdade coletiva a completa sujeição do indivíduo à autoridade da comunidade. Não encontramos no seu mundo nenhum dos gozos que acabamos de enumerar como fazendo parte da liberdade dos modernos” (B. Constant, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, 1819<sup>710</sup>). Por oposição à liberdade-participação ou liberdade positiva (poder governar) dos antigos, a liberdade dos modernos era uma liberdade-resistência ou liberdade negativa (impedir ser governado).

Para Constant, a liberdade dos antigos era, além do mais, um fardo insuportável para o homem moderno, dado ao comércio e à indústria, ocupado nos afazeres sua vida privada, sem tempo nem disposição para uma devoção às coisas públicas tão intensa que o privasse da satisfação dos seus gozos privados. Daí as vantagens de um sistema de representação política que delegasse, quase definitivamente, em poucos aquilo de que a multidão não queria mais ocupar-se. Este era o *sistema representativo*, em que uns poucos políticos profissionais, escolhidos pelo povo, desobrigavam o comum dos cidadãos de se ocupar do interesse coletivo. Se não fora a tendência dos representantes para se desviarem da cura do interesse público, bem como o perigo de um prejudicial desinteresse de todos pelo governo da república<sup>711</sup>, a delegação de poderes bem poderia ser definitiva. Neste discurso, Benjamin Constant apresenta o sistema representativo sobretudo como

<sup>710</sup> Em Fontana, 1988, 311 ou <http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html> [20/12/2011].

<sup>711</sup> Cf. *ibid.*, 326.

uma forma de aliviar a massa dos cidadãos de um encargo que a complexificação das sociedades tornara incómodo e não tanto como a forma de excluir do governo os incapazes para decidir sobre o interesse geral. No entanto, tanto ele – noutras obras – como outros autores também eram pouco otimistas quanto às capacidades das massas populares para governar e para fazer leis. Daí que diversos filões do pensamento político contemporâneo se tenham dedicado a explicar porque é que o povo não podia constituir livremente direito (através do voto dos seus representantes eleitos) e a imaginar sistemas que prevenissem que isto, de facto, pudesse acontecer.

#### 7.4.4. Tradição

Uma das formas de excluir o povo “atual” da criação do direito é a valorização da Constituição e do direito como legados da tradição, apenas modificáveis ou atualizáveis pelos processos de evolução “natural” das sociedades. O direito seria, sim, estabelecido pela comunidade. Mas esta não se confundiria com a geração atual, antes integrando a sucessão das gerações passadas e, ainda, aquelas que estivessem para vir. A comunidade era uma entidade espiritual e não uma realidade empírica. Tratava-se, na verdade, de reeditar o pensamento social, político e jurídico mais tradicional da Europa (cf., *supra*, 6.2), que também já fora oposto pelas correntes conservadoras ao reformismo iluminista e pós-iluminista. No plano da filosofia política, o mais característico defensor deste ponto de vista é o irlandês Edmund Burke (1729-1797; *Reflexions on the Revolution in France*, 1790), para quem a Revolução, fundada numa falsa ideia de que a Constituição (e, por extensão, o direito) pode ser o produto de um contrato, tinha destruído a constituição histórica da França, subvertendo toda a verdadeira ordem social e política (“aquela antiga constituição<sup>712</sup> que representa a nossa única garantia, a certeza das nossas leis e das nossas liberdades”<sup>713</sup>). Esta ideia de Burke acerca da ilegitimidade de uma alteração decisionista, momen-

<sup>712</sup> Burke está a referir-se à Constituição tradicional inglesa, para a qual ele propunha – um tanto paradoxalmente – uma reforma de sentido parlamentarista; cf., sobre a Constituição tradicional inglesa e a história da sua evolução de um modelo de governo “equilibrado” (expresso na conjunção do princípio monárquico [rei], aristocrático [Câmara dos Lordes] e democrático [Câmara dos Comuns]) para um modelo parlamentarista, com o apagamento do poder autónomo do rei e a instauração do princípio da responsabilidade exclusivamente parlamentar do governo, v. Fioravanti, 1999, 100.

<sup>713</sup> Langford, 1989, vol. 8. Sobre Burke, Fioravanti, 1999, 118.

tânea, revolucionária, da Constituição radicava, de facto, numa outra ideia sobre a soberania: esta não era propriedade de uma geração, mas antes património de uma tradição de muitas gerações; neste sentido, o princípio de que “a soberania reside na Nação” só é verdadeiro se se entendesse a Nação como uma realidade trans-histórica, feita de passado, presente e provir, de que a geração presente não era senão uma concretização efémera e, por isso, desprovida de poderes constituintes.

No Continente, o romantismo alemão gerava ideias semelhantes. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), o fundador da Escola Histórica Alemã, tinha uma ideia idêntica acerca da origem do direito, que proviria não de pactos constitucionais ou de vontades de legislar, mas do “espírito do povo” (*Volksgeist*), expresso nas suas instituições e manifestações culturais históricas e captável por meio de uma auscultação das tradições jurídicas, a cargo das elites cultas (nomeadamente dos académicos) (v., *infra*, 7.4.10.2). Como adiante se dirá, estes pontos de vista vão promover uma preferência pelo direito tradicional em detrimento do direito legislativo. Mas nem por isso vão optar pelo direito que correspondia às vivências jurídicas espontâneas do povo. (*Volksrecht*), mas antes ou pelo direito que as elites cultas (os académicos, os professores) declaravam ser o direito popular, ou por aquele que vigorava efetivamente, ao ser o aplicado nos tribunais e, logo, aceite pela sociedade.

Esta ideia de que as instituições, os factos e arranjos concretos da vida social constituem a verdadeira constituição e o verdadeiro direito, fundamentalmente inabalável pelos golpes de vontade do legislador, não é um monopólio da Escola Histórica Alemã. Vamos encontrá-la, sob vestes diversas e durante todo o século XIX e mesmo no século XX, a fundamentar um largo leque de doutrinas críticas em relação às ideias de contrato social e de soberania popular. Para estas correntes – que incluem, no século XIX, as várias escolas sociológicas e “realistas” (cf., *infra*, 7.5.4), bem como o marxismo (cf., *infra*, 7.5.6.1 e 7.5.6.2), e, no século XX, conceitos como o de “natureza das coisas” (*Natur der Sache*, cf. 7.5.7.4) e de direito do quotidiano (cf., *infra*, 8.2.1) –, as ideias contratualistas são consideradas como “ficções jurídicas” (J. Bentham), divagações metafísicas (A. Comte, L. Duguit) ou mistificações ideológicas (K. Marx). O direito devia ser, antes, procurado nos dados objetivos da tradição, da “vida vivida” (direito vivido, *lebendiges Recht*, E. Ehrlich; *law in action*, J. Austin; *everyday life law*, Austen Sarat), nos agregados sociais surgidos espontaneamente da divisão do trabalho e da solidariedade social (“instituições”; cf. cap. 7.5.4).



#### 7.4.5. Direitos individuais, limitação do poder, governo mínimo – o modelo político liberal

Para outras correntes que resistiam à ideia de que o direito dependia apenas da vontade soberana do povo, a força que criava o direito era a própria natureza do homem, como ser individual dotado de direitos naturais e inatos, anteriores à lei positiva (ao direito voluntário) e independentes da vontade ou das realidades concretas da vida. Longe de ser o fator gerador dos direitos individuais, a lei positiva visava justamente reforçar a proteção e manutenção destes direitos que, no estado de natureza, não estariam suficientemente garantidos (cf., *supra*, 7.3.2.1).

Na origem desta tradição estava, como já se viu, o constitucionalismo inglês<sup>714</sup>, com o seu ideal de um governo limitado pelos direitos dos corpos do reino e equilibrado por mecanismos de compensação de poderes. O bom governo consistiria, então, sobretudo no respeito destes direitos originários, pelo estabelecimento de uma regra explícita e estável (uma *standing rule*) sobre a salvaguarda dos direitos (um *Bill of rights*) e sobre o modo de dirimir conflitos entre estes direitos e de uma instância de julgamento desses conflitos de acordo com tal regra (*rule of law, due process*). Para que o sistema se não pervertesse, autorizando os governantes a ir além dos seus estritos limites de guardiões dos direitos, as funções em que se desdobrava o processo de garantia de direitos deviam estar separadas, competindo a poderes distintos (separação de poderes) – um estabelecia a lei, que declarava os direitos originários, outro julgava os conflitos entre estes e o terceiro executava as decisões dos anteriores poderes<sup>715</sup>.

Os juristas ingleses da Época Moderna relacionavam esses direitos inderrogáveis com a antiga Constituição da Inglaterra, que remontaria aos reis anglo-saxões da Alta Idade Média. A origem dos direitos dos particulares era histórica – e não natural –, pois eles derivavam ou de privilégios outorgados pelos reis, ou de prerrogativas de particulares provindas da tradição. Correspondentemente, seu conteúdo variava de súbdito para súbdito.

<sup>714</sup> Sobre o constitucionalismo inglês, Clavero, 1997; Fioravanti, 1999.

<sup>715</sup> São estas, basicamente, as ideias já contidas *in ovo* no republicanismo inglês (v.g., James Harrington, 1611-1677; *The commonwealth of Oceania*, 1656), mas expressas, de forma acabada, por John Locke (1632-1704, *Two treatises of civil government*, 1790), ao qual corresponde em muito, no Continente, o barão de Montesquieu (1689-1755; *Esprit des lois*, 1748).

A ideia do caráter limitado do governo soava familiar aos ouvidos da tradição jurídica da Europa Continental. Esse fora o modelo tradicional de governo, unicamente apostado em “fazer justiça”, ou seja, dirimir conflitos entre direitos de particulares (cf., *supra*, 6.2). Num contexto mais próximo da teoria liberal (mas ainda muito dependente de concepções mais antigas), Montesquieu renovara o tema, insistindo no equilíbrio que devia existir entre, por um lado, o Estado e os “corpos intermédios” (grupos políticos existentes na sociedade, como as cidades, as corporações, etc.) e, por outro, entre os poderes constitutivos do Estado (“teoria da separação e independência dos poderes”)<sup>716</sup>. Não se trata ainda de um governo limitado pelos direitos individuais naturais, mas ainda de um governo limitado pelos direitos particulares de origem histórica.

Quando a ideia de Constituição é transposta para o Continente pelas escolas jusracionalistas, os direitos deixaram de ser entendidos como tendo esta natureza histórica e converteram-se em direitos naturais, inerentes a qualquer homem, e com uma origem anterior a qualquer poder constituído. A sua constituição seria a própria natureza. Para além de que, sendo todos os homens iguais, os direitos dos particulares teriam um conteúdo igual, correspondente às faculdades naturais dos indivíduos. Seriam direitos naturais do indivíduo; não direitos históricos de grupos. Por isso, a verdadeira Constituição (e, por isso, o núcleo mais fundamental do direito) residiria na combinação espontânea dos direitos individuais e na proibição de qualquer intromissão dos poderes constituídos no seu livre jogo, ainda que esta proviesse de um órgão representativo<sup>717</sup>. Daí que a ideia liberal de um Estado reduzido ao mínimo, limitado às funções necessárias para garantir direitos naturais, pré-existentes, dos indivíduos<sup>718</sup>, se tenha tornado muito evidente e popular nos constitucionalismos europeu e norte-americano; limitando decisivamente a outra ideia central das revoluções dos finais do século XVIII, a ideia da soberania do povo – ou seja, o princípio de que o que o povo quisesse era direito (princípio do direito democrático). O exemplo do pensamento político e constitucional norte-americano constituiu (Th. Jefferson, 1743-1826; Marquês de Lafayette, 1757-1834) a inspiração para liberais franceses proporem declarações de direitos que

<sup>716</sup> Sobre a evolução da doutrina da separação de poderes, com pontos de vista originais, Clavero, 2007.

<sup>717</sup> Sobre o liberalismo clássico, muito boa síntese, Fioravanti, 1999, 87 ss.

<sup>718</sup> Legislar, julgar, garantir o respeito pelas leis e pelas decisões judiciais.

vinculassem os legislador, mesmo o legislador constituinte (v.g., Marie-Jean Antoine Caritat, Marquês de Condorcet, 1743-1794)<sup>719</sup>.

Foi a experiência da primeira fase da Revolução Francesa, com a sua prática de concentração de todos os poderes numa Assembleia Nacional (“governo de assembleia”, 1789-1791), que, para mais, se concebia como soberana e absoluta, que reavivou em muitos a necessidade de se evitar este novo despotismo, reinsistindo-se tanto na prevalência dos direitos originários sobre a vontade dos eleitos do povo (governo “liberal”), como na necessidade de dividir e equilibrar os poderes de Estado (governo “moderado”). Os direitos individuais, próprios da natureza do homem, ou no estado natural ou já no estado político (direitos do *homem* e do *cidadão*, 1789), são declarados solenemente logo no ano da Revolução e incluídos, mais tarde, no preâmbulo da Constituição de 1793. Apesar de uma primeira tendência para fazer prevalecer o princípio democrático (soberania ilimitada do povo, Constituição de 1791), a separação e equilíbrio dos poderes vai sendo experimentada nas constituições seguintes<sup>720</sup>.

Na Europa Continental pós-revolucionária, a oposição dos direitos originários à onipotência parlamentar foi um tema relativamente comum. Mas talvez quem o tenha desenvolvido num sentido mais pleno, muito influenciado pela experiência norte-americana, tenha sido Tocqueville, ao salientar os perigos que resultariam da tendência, que cria já sensível na Europa, de desenvolvimento de uma burocracia estadual tentacular, que invadiria e condicionaria as esferas de liberdade dos indivíduos (*L’Ancien Régime et la révolution*, 1856). Esta linha de argumentação atinge o clímax na sua violenta diatribe contra o que considerava ser o socialismo embrionário da Constituição francesa de 1848, enquanto nela se pretendia a consagração do direito ao trabalho e aos socorros públicos (*Discours sur le droit au travail*, 1848)<sup>721</sup>. A barreira eficaz contra uma tal absorção de todo o poder pelo Estado apenas podia ser construída pela própria sociedade civil. Não seguramente pelas massas de cidadãos, uma maioria amorfa e despolitizada, mas pela “nova aristocracia civil”, constituída pelas associações de

<sup>719</sup> Cf. Condorcet, 2011.

<sup>720</sup> Cf. o pref. ao importante texto de Condorcet, em Condorcet, 2011. Textos constitucionais em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/les-constitutions-de-la-france.5080.html>.

<sup>721</sup> A questão ecoa, em Portugal, a propósito da garantia, dada na Carta Constitucional de 1826, dos “socorros públicos”.

interesses ou pelos líderes naturais, a que uma imprensa livre poderia dar voz e opor às tendências totalitárias do Estado.

Um modo de garantir a debilidade do Estado e de assegurar o respeito pelos direitos pelos titulares do governo foi a introdução do princípio de que, tal como em outros conflitos de direito, os choques entre os órgãos de governo do Estado e os particulares deviam ser resolvidos pelos tribunais, como órgãos especializados na resolução de diferendos entre titulares de direitos. É isto que está na origem da *judicial review* (verificação judicial da legalidade/constitucionalidade) de todos os atos dos poderes do Estado (mesmo do legislativo<sup>722</sup>), para verificar da sua compatibilidade com o modelo constitucional de repartição e equilíbrio de poderes. Nisto consiste o governo limitado, cuja primeira manifestação é a constituição dos Estados Unidos da América.

Com esta primazia dos tribunais na definição do que era direito, voltava a entregar-se a juristas a última palavra sobre o direito constituído.

Esta desconfiança em relação ao Estado, que caracteriza o liberalismo de todos os matizes (desde o originário norte-americano até ao neoliberalismo dos nossos dias), crê, afinal, que a sociedade era, ela mesma, a origem e melhor garante de todos os direitos e que não necessita da mediação estadual, nem para os declarar, nem para os garantir, nem para lhes criar condições de gozo e exercício (os chamados “direitos sociais” ou “liberdade mediante o Estado”, de que fala Augusto Barbera<sup>723</sup>). O direito mais autêntico seria, assim, esse que nascia da natural afirmação dos direitos de cada um e das transações que espontaneamente se geram entre esses direitos no livre curso da atividade social. Porque, finalmente, se ficciona que a sociedade é essencialmente igual e justa, mesmo quando nela uns têm mais poder do que os outros, uma vez que a liberdade formal constituiria um mínimo suficiente para que cada qual pudesse fazer valer os seus direitos, mesmo contra outros materialmente mais poderosos.

Uma sociedade destas – assim naturalmente regida – pressupunha, naturalmente, indivíduos *naturais*, *i.e.*, optando e agindo racionalmente, calculando as suas condutas segundo regras racionais (*rational choice model*).

<sup>722</sup> O controlo da constitucionalidade dos atos não normativos era julgado dispensável, em virtude da vigência (teórica) do princípio da legalidade dos atos administrativos. Quanto aos atos de governo, entendia-se que eles cabiam na *royal prerogative*, o que era problemático, mas que indicia o enviesamento antiparlamentar deste controlo da constitucionalidade.

<sup>723</sup> Barbera, 1997, 33.

O modelo originário da antropologia liberal era, claramente, o do homem de negócios; o seu modelo de ação, por sua vez, era o do mundo do comércio, habitado por profissionais formados num certo modelo de cálculo de vida. Por extensão, o modelo também funcionava adequadamente num mundo de proprietários, de pessoas habituadas a calcular racionalmente os riscos e proveitos dos seus atos e empreendimentos. Por outras palavras, baseado em *gentlemen's agreements*, o modelo liberal correspondia ao trato social e político da classe média proprietária (*gentry*). Todavia, a extensão deste modelo de conduta racional a outros domínios da vida e a outros estratos sociais (não elitários) pressupunha um trabalho de racionalização das condutas humanas, de que a educação, a filantropia, a decência, os bons costumes e as boas maneiras (para já não falar da missão civilizadora da colonização) se ocuparam. Daí que o “governo mínimo” no plano do governo do Estado tivesse de ser compensado por um governo forte no plano das instituições sociais – a sociedade “liberal” é fortemente regulada por normas que não são de direito, mas de ética, de educação, de cultura, de bons costumes. No caso de insensibilidade da sociedade civil para a adoção de modelos racionais de conduta (“debilidade” ou “anemia”[anomia] da sociedade civil, anestesia desta provocada por um prévio controlo estadual excessivo, cultivo de valores “não económicos” em certas áreas do trato social<sup>724</sup>), o Estado deveria estimular a sociedade, no sentido da criação de padrões “racionais” de conduta – o mais evidente dos quais seria o padrão do cálculo económico empresarial –, mesmo naqueles domínios da vida que nada tinham a ver com o campo tradicional da economia, como a educação, a saúde, a segurança social. É este aspeto “construtivista”, em que é o Estado que empreende um esforço de construção (ou reconstrução) de valores da sociedade civil, que caracteriza o neoliberalismo, proposto, depois da II Guerra Mundial, na Alemanha, pelos *Ordoliberalen*, e, na América, pela “escola de Chicago”<sup>725</sup>.

Porém, ao mesmo tempo que se desenvolve este modelo liberal de pensar a sociedade, as necessidades de regulamentação, já sentidas desde a segunda metade do século XIX, remavam justamente no sentido contrário ao de um governo mínimo, rigidamente limitado pelos direitos adquiridos e

<sup>724</sup> Valores que podem ser tão diversos como a solidariedade, o nepotismo, o conservadorismo social, a justiça social, o igualitarismo, o elitismo ou a discriminação (negativa ou positiva).

<sup>725</sup> Sobre os quais, Barry, 1996.



apenas dedicado em promover a harmonia entre estes. Ao Estado, cada vez são pedidas mais tarefas, de fomento, de educação, sanitárias, de cadastro e de registo, de proteção social, de regulamentação do trabalho. Tudo isto requer – justamente! – mais administração pública, mais recursos fiscais, mais funcionários, mais regulamentos, mais invasão da vida quotidiana. Talvez não tanto naqueles aspetos cruciais das liberdades que os séculos XVII e XVIII tinham identificado, mas em coisas, tão comezinhas, quotidianas e enervantes, como o requerimento, a selagem, a vistoria, o registo, etc.<sup>726</sup> Assim, o liberalismo – que tendia a congelar a dinâmica social em nome da distribuição de direitos em vigor num certo momento histórico – viu-se confrontado com o surgir de necessidades sociais que só podiam ser satisfeitas sacrificando alguns direitos estabelecidos. A abertura de estradas ofendia a propriedade; a promoção do transporte ferroviário podia dar origem a monopólios ofensivos da liberdade de empresa; o planeamento urbano de grandes cidades também forçava a expropriações; a promoção da paz e segurança sociais obriga a limitar a liberdade contratual, a criar obrigações de manifesto ou de licenciamento de atividades, a cadastros e registos, etc. Muita desta regulamentação ficou a cargo do Estado, pois frequentemente os conflitos de interesses sociais não permitiam uma concertação espontânea.

#### **7.4.6. Elitismo social**

O primeiro liberalismo não esconde os pressupostos antropológicos de que parte quanto ao modelo dos equilíbrios sociais: a sociedade não era um lugar de igualdade, nem devia tornar-se isso. Havia diferenças, de inteligência, de virtude, de iniciativa, de riqueza; nem todos tinham o mesmo para dar e nem todos tinham o mesmo a perder. Ou seja, a sociedade política não deveria corrigir, mas antes ratificar, as desigualdades da sociedade civil. Por isso, o governo devia caber a uma elite. Se se recorria ao sufrágio para designar os governantes, isso não era para que estes fossem os mandatários dos eleitores, para realizar o programa político desejado por votantes desinformados, incultos e manipulados. Era apenas porque se julgava que, para escolher os mais capazes, a opinião pública teria, apesar da sua impreparação, as luzes suficientes. Uma vez escolhidos, os governantes deviam ser absolutamente autónomos em relação aos seus eleitores, tal

<sup>726</sup> Hespanha, 2004.

como o era o advogado em relação aos seus constituintes. Foi esta conceção elitista do governo a que foi consagrada pela democracia (meramente) representativa, em que os representantes conservavam toda a independência de juízo político em relação aos seus representados.

Porém, mesmo os representados (os eleitores ou constituintes) deveriam ser objeto de uma seleção. Stuart Mill, um dos teóricos do sistema representativo dirá que “não é útil, mas antes prejudicial, que a Constituição de um país reconheça à ignorância o mesmo poder político e social que ao conhecimento” (*On representative government*, 1861<sup>727</sup>). Mill extraía daqui a necessidade de um regime eleitoral que favorecesse as elites: estas disporiam de um “voto múltiplo” ou “plural”, o que lhes permitiria compensar a ditadura da maioria, constituída pelos cidadãos “sem qualidades”. Esta proposta de Stuart Mill, que hoje seria desconcertante, era, no entanto, bastante moderada em face de outras que, pura e simplesmente, eliminavam da sociedade política todos esses cidadãos comuns. Era o que acontecia com todos os que propunham que os direitos de participação política se restringissem aos varões proprietários, ricos, educados e, embora apenas implicitamente, brancos, solução que virá a ser adotada pela maioria das constituições europeias e americanas do século XIX.

Enquanto os requisitos de ser homem e de ser europeu tinham que ver com alegadas inferioridades naturais de inteligência e de cultura políticas das mulheres e dos povos coloniais, o ser proprietário e rico tinham sobretudo que ver com questões de liberdade e de responsabilidade cívicas. De facto, a propriedade era vista como uma condição de liberdade: não apenas não se estava dependente (não se era criado, arrendatário, trabalhador) de ninguém, como se dispunha do lazer e dos meios de fortuna que permitiam adquirir liberdade de espírito, pela instrução e informação, pelo cultivo das disciplinas intelectuais e pela reflexão sobre os temas públicos. Mas a propriedade e a riqueza (*maxime*, a riqueza imobiliária) eram ainda fatores de responsabilidade. De facto, numa ótica utilitarista, quem mais tem, mais arrisca e, logo, pondera melhor as suas decisões políticas. Em contrapartida, quem tem pouco, ou nada, nada perde e, por isso, decide irresponsavelmente. Para além de que, numa perspetiva de pura justiça comutativa, quem produz mais riqueza (e quem paga mais impostos, o “síndrome do contribuinte”) deve ter mais direitos de participação política. Estes

<sup>727</sup> Cit. por Barbera, 1997, 144.

pontos de vista – que foram teorizados, de forma acabada embora não idêntica, por Sieyès, Bentham e Constant, mas sobretudo por Kant<sup>728</sup> – deram origem aos sistemas constitucionais de democracia restrita, baseados na exclusão do voto das mulheres, dos criados<sup>729</sup>, dos funcionários inferiores do Estado e dos membros ordens religiosas<sup>730</sup>, dos nativos das colônias, e na instauração de um sistema censitário em que a participação política estava dependente de certos níveis de fortuna (cf., v.g. e com regimes diferentes, Constituição francesa de 1795, Constituição espanhola de 1810, Carta Constitucional francesa de 1814, Carta Constitucional portuguesa de 1826).

<sup>728</sup> Cf., em síntese, Barbera, 1997, 131 ss.; textos fundamentais, I. Kant, *Sobre o ditado popular...*, 1793, II.3. ed. cons., p. 295; *Metafísica dos costumes (Kritik der praktischen Vernunft: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten)*, 1797-8, ed. cons. Kant, 1996, parágr. 46: “Os membros de tal sociedade que se unem para legislar (*societas civilis*), ou seja, os membros de um Estado, são chamados *cidadãos do Estado (cives)*. Em termos do direito, as atribuições de um cidadão, inseparáveis da sua essência (como cidadão) são: *liberdade* de acordo com a lei, direito de não obedecer a qualquer lei a que não tenham dado o seu consentimento; igualdade civil, como o direito de não reconhecer entre o povo qualquer superior que disponha da capacidade moral de impor limitações jurídicas aos outros que não se imponham a ele mesmo; e *independência civil*, como atributo de não dever a sua existência e preservação dos seus direitos e poderes como membro da comunidade ao arbítrio de qualquer outro membro do povo. Desta independência decorre a sua personalidade civil, o seu direito de não ter necessidade de ser representado por outrem nos casos em que estão em questão os seus direitos. A única qualificação para se ser cidadão é ter capacidade de votar. Porém, esta capacidade pressupõe a independência daqueles que, integrando o povo, pretendem ser não apenas uma parte dela mas também um membro dela, ou seja, uma parte da comunidade que age de acordo com a sua própria vontade, interagindo com os outros. Esta qualidade de ser independente requer, contudo, a distinção entre cidadãos ativos e passivos, apesar de o conceito de cidadão passivo parecer contradizer o conceito de cidadão. Os exemplos seguintes podem servir para remover esta contradição: um aprendiz ao serviço de um mercador ou artesão; um criado doméstico (distinto de um servidor público); um menor (*naturaliter* [meninos] ou *civiliter* [civilmente equiparados]) todas as mulheres e, em geral, todos aqueles cuja preservação (o facto de serem mantidos e defendidos) não depende da condução dos seus próprios negócios mas de gestões feitas por outrem (com exceção do Estado). Todas estas pessoas carecem de personalidade civil e como a sua existência é quase apenas inerência [...] todos eles são meros instrumentos [*Handlänger*] da comunidade, na medida em que têm de estar sob a direcção ou protecção de outrem e, por isso, não dispõem de independência civil.”

<sup>729</sup> Cf. Petit, 1990.

<sup>730</sup> Pela mesma razão de falta de liberdade.

#### 7.4.7. A superação do contratualismo: o direito como saber, o direito como interesse público

O contratualismo político não era o único modelo de legitimar o direito.

Outro modelo de legitimação do direito era considerá-lo como o produto de um saber especializado; requerer uma especial preparação intelectual para discutir as questões públicas e, logo, para participar na criação do direito. Isto podia justificar-se desde que se crese que o direito era mais do que uma vontade. Ou seja, desde que se admitisse que o direito era, antes de tudo, uma ideia (uma ideia de justiça) e, portanto, algo cuja descoberta requeria um saber específico.

Esta forma especializada de pensar as normas sociais consistia, desde logo, em pensar “em geral”, de forma abstrata e igual, as situações sociais (*maxime*, as situações de conflitos de direitos). Ou seja, numa palavra, de pensar “legisticamente” a sociedade, de ser capaz de abstrair das relações sociais concretas, vividas, e de ver a sociedade de forma geral e abstrata, “à maneira do Estado” (James C. Scott<sup>731</sup>). É para esta capacidade “generalizante”, “igualizante”, que Rousseau, Kant, Tocqueville ou Constant apelam, ao caracterizar a ideia de sociedade livre como a sociedade regulada igualmente pela lei geral e igual. E daí a confiança e esperança que eles tinham nesse “espírito legístico”, atributo do corpo dos juristas, a que Tocqueville expressamente se refere como condição da “forma” e da “ordem” da sociedade civil (*De la démocratie en Amérique*, 1835)<sup>732</sup>.

O direito, como linguagem regulada e especializada, ganha assim a dignidade de instrumento indispensável para falar da liberdade, concebida como o império da igualdade. Ou melhor, o direito igual (a lei) torna-se a linguagem que os detentores da soberania têm de falar para a exercerem legitimamente. E, com isto, a “razão” dos juristas volta a recuperar a hegemonia sobre a “vontade” dos detentores da soberania.

Pode ser dado um passo suplementar neste sentido de justificar a supremacia do saber jurídico sobre a vontade política no plano da criação do direito. Este passo consiste em desamarrar totalmente o direito da ideia de vontade e de contrato. Ou seja, consiste em defender que a legitimidade do direito decorre do seu método de abordar as questões, da forma racional de as resolver, independentemente de qualquer relação das normas

<sup>731</sup> V. Scott, 1998.

<sup>732</sup> Cf. Fioravanti, 1999, 127.

jurídicas com o contrato social. A solução jurídica dos conflitos de direitos seria justa por seguir uma regra *correta* de compatibilizar ou dirimir direitos individuais contraditórios e não por obedecer à regra *querida* pelo poder constituinte do povo. Pois, para constituir a justiça, não bastaria *querer*, era preciso querer *corretamente*. E, neste confronto entre *vontade* e *correção*, a correção (o rigor metodológico e conceitual de um saber especializado) tem a última palavra sobre a vontade.

Kant, num opúsculo com um título semi-irónico (*Über die gemeinspruch* “*Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*” [“Sobre o dito popular: ‘Isto pode ser certo em teoria, mas não ter utilidade na prática’”], 1793), já defende esta ideia de que uma boa teoria vale mais do que a prática e de que só o povo rude e ingénuo é que pode pensar que as teorias corretas podem não funcionar na prática. Nesse mesmo escrito, aplica isto expressamente ao direito, ao defender que a constituição política, mais do que de uma vontade popular, era o resultado da reflexão teórica dirigida a encontrar a mais correta combinação do princípio da liberdade, que autorizava cada um a procurar a máxima felicidade compatível com a máxima felicidade dos outros, com o princípio da igualdade, segundo o qual todos deviam estar igualmente sujeitos à lei. Se esta combinatória correta fosse encontrada e sistematicamente aplicada, a Constituição e a forma de governo seriam justas, independentemente da forma de regime (monarquia, aristocracia ou democracia) que vigorasse. Com isto, a legitimidade do direito libertava-se da hipótese contratualista.

Um outro grande filósofo alemão, C. W. F. Hegel (1770-1831), numa sua obra sobre a Constituição alemã (*Die Verfassung Deutschlands*, 1799-1802), avançou ainda mais neste sentido de que a razão jurídica teria uma legitimidade própria para gerar direito válido, independentemente de uma legitimação contratualista<sup>733</sup>. Essa legitimidade decorreria do facto de a razão jurídica ter a capacidade de sintetizar os interesses contraditórios que ocorriam na sociedade, exprimindo um interesse superior, próprio do todo social – o interesse do Estado, ou interesse público.

Refletindo sobre a situação política alemã, Hegel considerava que o grande *deficit* da sua pátria era constituído pela falta de “sentido de Estado”. Ou seja, pela falta de uma ideia integradora que disciplinasse os direitos históricos dos vários Estados alemães, ultrapassando a constituição pluralista

<sup>733</sup> Sobre este ponto, v., com maior desenvolvimento, Hespánha, 2004, 196 ss.



e atomista do Império Alemão no sentido de um Estado unificado. Este diagnóstico sobre a política alemã revela o fio condutor do pensamento de Hegel sobre a Constituição e o direito. Constituição e direito não seriam o produto de contratos entre particulares, tendentes a uma melhor garantia dos seus interesses privados. Mas, pelo contrário, deviam ser o resultado da ideia de Estado, como personificação de toda a Nação, portador e defensor do interesse públicos. O *Estado*, com a sua burocracia, a sua administração, a sua estrutura financeira, o seu exército, era a corporização dessa Nação transindividual; a *Constituição* era o conjunto de princípios políticos que exprimiam as condições da existência dessa mesma Nação e que, por isso mesmo, deviam estar acima dos interesses individuais; o *direito* era a concretização, nos vários domínios sociais, dos *direitos* do Estado-Nação e dos sacrifícios e condicionamentos que ele podia exigir aos *interesses* dos particulares. No plano do regime político, esta conceção total do Estado destaca a importância dos órgãos que encarnam a ideia de unidade do Estado (o monarca, *monarkisches Prinzip*) ou que prosseguem o interesse público (burocracia, exército, administração). Já os órgãos representativos (dos interesses particulares) teriam uma função apenas pedagógica, na medida em que promoveriam no seio do povo o sentido nacional e forçariam os representantes a considerar os seus interesses na perspectiva dos interesses gerais.

No plano do direito, Hegel rompeu com a legitimação contratualista, estabelecendo a ideia de que o direito (sobretudo, na forma de lei estadual) haveria de valer não por ser o produto da vontade geral, mas por traduzir a “vontade” do Estado, como portador e representante exclusivo do interesse público. Nesta perspectiva, o direito tenderia a transformar-se num assunto de monarcas e burocratas, ocupados com a salvaguarda e promoção do interesse nacional. Mas, como o Estado, para além de uma organização de poder, também seria uma ideia, um princípio de racionalização, uma norma *correta* de agir, em função do interesse coletivo, o direito deveria ser concebido como um *método racional* de construir normas sociais que institucionalizassem a prossecução desse interesse público, que desenvolvessem no detalhe o direito do Estado a orientar a sociedade para o seu fim racional – o interesse da Nação personificada no Estado. À medida que progredisse esta ideia do primado do coletivo sobre o particular, o sentido de Estado interiorizar-se-ia na consciência dos cidadãos como uma obrigação de submissão à exigências do interesse público (“Estado ético”).

Esta teoria política rompe totalmente com o imaginário individualista e contratualista da formação e da legitimidade do direito. Já não se trata apenas de defender que nem todos os membros da sociedade têm discernimento suficiente para cuidarem dos interesses gerais. Mais do que isso, os interesses gerais não dependem das opiniões, vontades ou expectativas dos particulares, mas de alguma entidade que possa exprimir o interesse público, diferente ou oposto do dos particulares. Qual seja este interesse e quem seja aquela entidade é a questão que fica em aberto: o Estado? porta-vozes carismáticos da Nação? a tradição? pessoas especializadas nos saberes sociais (nomeadamente no direito)? cultores das novas ciências positivas da sociedade (sociólogos, etnógrafos, biólogos, historiadores)? Muitos destes grupos vão reclamar para si a capacidade ou dignidade de poder falar em nome de todos, impondo a todos os seus pontos de vista sobre o bom governo e o direito justo. Sempre à custa do princípio democrático e, por vezes, mediante o estabelecimento de regimes autoritários ou mesmo totalitários (ou seja, para os quais o interesse do todo consumia completamente o interesse das partes [indivíduos, grupos não estaduais]), como acontece já na primeira metade do século XX.

No que diz respeito aos juristas, o facto de cultivarem a teoria do Estado e de se dedicarem a refletir sobre o modo como o interesse público podia ser realizado por meio do comando do Estado coloca-os numa posição ótima para reforçar o seu domínio sobre o direito. Fazem-no tanto no plano doutrinário, ao elaborarem teorias jurídicas sobre o novo papel do Estado e do seu direito (o direito político, ou direito público: *Staatsrecht*), como na prática burocrática, como dirigentes ou membros destacados do corpo de funcionários votado à prossecução do interesse público. É o que acontece na Prússia e, depois, no II Império Alemão (1870-1918), em que os juristas assessoram os governantes no traçado das políticas públicas, justamente como especialistas de direito público, um ramo de direito destinado a fazer valer os interesses coletivos sobre os interesses particulares e que, agora, passa a ocupar a liderança da teoria do direito, substituindo o direito privado. Esta predominância dos juristas deixa-se ler na composição profissional do pessoal dirigente da generalidade dos Estados da Europa Continental.

#### 7.4.8. O formalismo jurídico: positivismo legalista e positivismo conceitual

Em breve, as ideias de Hegel sobre o carácter originário e eminente do poder do Estado tinham-se vulgarizado nos círculos jurídicos alemães e dado origem a uma completa reinterpretação do direito público (C. F. v. Gerber, 1823-1891, P. Laband, 1838-1918, G. Jellinek, 1851-1911<sup>734</sup>). Este passa a aparecer, então, não como o desenvolvimento do contrato social, mas como emanção da soberania do Estado e do correspondente direito deste de regular a vida social em função do interesse público, impondo deveres e criando direitos. Correspondentemente, a Constituição não é já a emanção de uma soberania popular constituinte, mas apenas o estatuto jurídico do Estado, compreendendo o elenco dos seus órgãos supremos, a constituição destes, as suas relações mútuas e os direitos e garantias que o Estado concede. Mas, por outro lado, agora que todos os detentores de poder (mesmo o monarca) são órgãos do Estado, limitados e guiados da na sua ação pelo interesse público, o Estado precisa da Constituição como formalização das atribuições dos seus vários órgãos na prossecução desse interesse. Neste sentido, se não há Constituição sem Estado, também não pode haver Estado sem Constituição<sup>735</sup>. Só que, nestes termos, a inconstitucionalidade dos atos do Estado (nomeadamente das leis<sup>736</sup>) deixa de poder dizer respeito ao seu conteúdo (inconstitucionalidade material), mas à falta de competência do órgão que o praticou (inconstitucionalidade orgânica) ou ao processo adotado na sua prática (inconstitucionalidade formal).

A vontade ordenadora (a vontade jurídica) do Estado exprime-se na lei – a cargo dos detentores do poder legislativo –, portadora dos princípios mais estáveis e permanentes da organização política da sociedade e estabelecendo, por isso, os limites da atuação tanto do Estado como dos particulares (direitos subjetivos públicos ou privados). Abaixo da lei e a ela subordinada, está a administração, atuando também ela nos limites da

<sup>734</sup> Hespanha, 2004.

<sup>735</sup> Cf. Fioravanti, 1999, 139.

<sup>736</sup> Dado que os atos não legislativos do Estado deviam, em virtude do princípio da legalidade, ser atos de execução das leis, o problema da inconstitucionalidade só se punha em relação às leis. Quanto aos “atos de governo”, as decisões meramente políticas do Estado, nas suas relações internas ou externas, esses pertenceriam à pura política, domínio de afirmação livre do Estado, sendo juridicamente insindicáveis. Este princípio – que, na verdade, é característico de um Estado autoritário – continua a vigora quase indiscutido nos dias de hoje.

lei (*princípio da legalidade*) e expressando a sua intenção reguladora numa infinidade de regulamentos e medidas administrativas concretas. Neste contexto, a lei ganha uma centralidade nova. Por cima dela já não pairam nem os poderes constituintes do povo, nem os direitos individuais originários. Paira apenas a vontade do Estado.

Esta supremacia absoluta da lei faz com que os seus aplicadores (os juízes) ou os seus especialistas (os jurisconsultos) não possam discutir os seus méritos, o modo como interpreta o interesse público ou como organiza a sua prossecução. Isso seria apropriar-se ilegitimamente de juízos políticos que apenas cabem ao Estado. Todo o saber jurídico se limita, então, a considerações meramente formais acerca do direito: se este foi editado pelos órgãos competentes e de acordo com os processos e formalidades estabelecidas, se o processo intelectual de derivar decisões concretas da norma geral foi logicamente correto. Quaisquer considerações sobre os conteúdos do direito – a sua justiça, a sua oportunidade, a sua utilidade – são excluídas deste saber formalista sobre o direito. Há, é certo, um momento construtivo no saber jurídico (dogmática jurídica), em que parece que os juristas poderiam ter algum poder de criar direito. Porém, esta construção há de ser um esforço intelectual para descobrir apenas a coerência sistemática do direito do Estado na sua tutela do interesse público. Em teoria, apenas se está a construir um sistema lógico e consistente que sintetiza as soluções que a lei prevê para cada caso, mas que se supõe deverem ser coerentes umas com as outras.

Vendo para além das imagens que os juristas formalistas tinham de si mesmos, devemos reconhecer que esta orientação foi muito propícia ao desenvolvimento do poder dos juristas. Ao pretender que as decisões de conteúdo, as decisões políticas, eram do Estado, e que o saber jurídico não fazia senão desenvolver, de forma neutral e apolítica, as consequências lógicas dessas decisões, os juristas estavam a colocar-se por cima das controvérsias políticas e a reclamar para si o papel de sábios neutrais e desinteressados. Na verdade, o seu saber repousava não tanto sobre as leis do Estado, mas sobre a leitura e interpretação que eles faziam delas; e, quanto mais se avançava no sentido da construção sistemática, mais decisivo era o trabalho de criação dos juristas. O seu saber especializado, apresentado como apolítico, recusava a discussão política dos seus resultados. A separação entre dogmática jurídica e argumentação prática, tirada das razões da vida comum, era absoluta. A doutrina poderia agora ser estritamente “jurídica” (“pura”), ou seja, basear as suas construções apenas nos

dados legislativos, e não nas variáveis opiniões sobre o justo, o útil ou o bom. Era, agora, uma ciência positiva. “Positiva”, porque se basearia nos dados objetivos da lei do Estado (e não em abstrações metafísicas como “contrato social” ou “direitos individuais originários”); “ciência”, porque generalizaria estes dados sob a forma de conceitos gerais<sup>737</sup> (“jurisprudência dos conceitos”, *Begriffsjurisprudenz*)<sup>738</sup>. Os juristas conquistavam, assim, por outros caminhos, a sua tradicional insindicabilidade. Produzindo um saber de enorme impacto social, furtavam-se à discussão pública das suas razões. A construção jurídica, puramente formal, pretendendo uma racionalidade e uma validade abstrata geral e universal, constituía-se num saber ainda mais estável do que as leis e os códigos. Os conceitos produzidos por esta doutrina que reflete sobre a lei constituem formas que, pela sua generalidade e abstração, devem representar o que de mais permanente existe na cultura jurídica de uma nação. Daí que os seus resultados possam e devam ser transcritos em códigos, como monumentos tendencialmente permanentes dessa cultura. É o que acontece, em 1900, com o Código Civil alemão (*BGB*), que foi caracterizado como a transformação em parágrafos (artigos) de uma obra doutrinal contemporânea que se tinha tornado clássica (as *Pandekten*, de Windscheidt).

Este mundo de serena tranquilidade entra em crise, com a inflação legislativa (*Gesetzflut*) provocada pela necessidade de respostas legislativas às enormes transformações sociais e políticas dos inícios do século XX, e com a repolitização da vida jurídica (nomeadamente em virtude da revitalização do princípio democrático depois da Segunda Guerra Mundial). A lei, que constituía a pedra do monumental sistema dogmático do direito, passa a exprimir não mais os consensos jurídico-políticos permanentes, mas apenas a oportunidade momentânea da administração, o provisório arranjo político ou mesmo o compromisso possível entre opções políticas incompatíveis (o “compromisso dilatatório”)<sup>739</sup>.

A busca da segurança, da estabilidade, da adesão do direito a consensos permanentes já não podia resultar da lei, nem mesmo do código<sup>740</sup>. Tinha

<sup>737</sup> A que também chamavam “princípios”, como fórmulas normativas concentradas, induzidas da ordem jurídica.

<sup>738</sup> Cf., *infra*, cap. 7.4.10.3.

<sup>739</sup> Amaral, 1996.

<sup>740</sup> Noção que também já se banalizara (códigos fiscais, código da estrada, código do notariado, código da propriedade horizontal, código dos investimentos estrangeiros).



de ser buscada a um nível superior, o da Constituição, agora<sup>741</sup> entendida não apenas como o estatuto do Estado (*Konstitution*), mas antes como o repositório de valores consensuais (*idem sentire*), colocados acima das próprias formalizações constitucionais concretas (constituição “material” vs. constituição “formal”), representando as aquisições definitivas da vida política (*acquis constitutionnel*) ou os valores inderrogáveis pelo Estado e oponíveis à lei ordinária (ou mesmo constitucional).

É isto que marca o advento do “Estado constitucional” (*Verfassungsstaat*), caracterizado pela supremacia da Constituição e dos valores nela consagrados (não “constituídos”) sobre toda a atividade do Estado, mesmo a atividade legislativa. E, sobretudo, caracterizado pela instituição de um sistema de controlo judicial da constitucionalidade das leis<sup>742</sup>.

Independentemente de tudo quanto se possa pensar sobre a possibilidade da existência de valores socialmente consensuais (sobretudo em sociedades cada vez mais pluralistas, cf. 7.5.7.5), o certo é que esta ênfase no “permanente”, no “consensual”, no “materialmente justo”, ao mesmo tempo que limita o legislador, depõe de novo na mão dos juristas o papel de oráculos da justiça. Na verdade, quando se proclamam valores consensuais, embebidos no próprio trato social, não se está a remeter – como acontece com algumas orientações contemporâneas da teoria do direito – para a sensibilidade popular (ou “quotidiana”) ou para as realidades que a vida aceita como dadas (*taken for granted*). Mas para a sensibilidade tecnicamente educada dos juristas, como detentores de um saber prudencial

<sup>741</sup> Nomeadamente a partir da Constituição alemã de Weimar (1919).

<sup>742</sup> O controlo constitucional das leis pressupõe a distinção entre “poder constituinte” e “poder legislativo”, distinção para a qual foi decisiva a evolução do pensamento político de Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836). Sieyès manteve posições oscilantes: numa primeira fase da sua obra política (*Qu'est-ce que le Tiers État*, 1789), foi um defensor da plena soberania da assembleia, que manteria, em permanência, um poder constituinte, podendo elaborar, modificar e substituir livremente a Constituição. Neste sentido, o poder constituinte não se distinguia do poder legislativo ordinário. Porém, numa segunda fase – que corresponde à Constituição francesa do ano III [1795], ela mesma reação contra o radicalismo jacobino anterior – e de que Sieyès foi inspirador, ele introduz a ideia de que o poder constituinte não permanece sempre nas mãos do parlamento, sob pena de se destruir a mínima estabilidade política (*Opinions de Sieyès sur les attributions et l'organisation du Jury Constitutionnel*, 3/10/1795). Com isto, Sieyès distingue de forma clara o poder constituinte do poder legislativo ordinário, subordinando o segundo ao primeiro, e propondo (sem êxito) a introdução de um embrião de tribunal constitucional, para avaliar a observância da Constituição pelas leis. Sobre a história recente do controle da constitucionalidade, Amaral, 1998, e Fiorovanti, 1999.

capaz de revelar os consensos, de lhes dar a forma adequada ou, pelo menos, de estabelecer compromissos que sejam substanciais e não meramente dilatórios<sup>743</sup>. A própria dispersão da apreciação da inconstitucionalidade pelos tribunais comuns poderia não garantir suficientemente a depuração prudencial das soluções, pelo que a melhor solução seria a de entregar o controle da constitucionalidade a uma elite de juristas, com assento num tribunal especializado, o Tribunal Constitucional.

Embora as coisas possam sempre ter outras leituras, esta leitura da evolução recente dos paradigmas do direito como uma luta em torno da legitimidade de dizer o direito, opondo sobretudo “políticos” (representantes populares) e “juristas”, parece ser consistente com os resultados à vista<sup>744</sup>.

#### **7.4.9. Positivismo e cientismo**

Resta anotar algumas das condicionantes do discurso jurídico oitocentista, provenientes, desta vez, não do plano das ideias políticas, mas do plano das ideias dominantes sobre o saber.

A evolução das ciências naturais, a partir dos finais do século XVIII, e a sua elevação a modelo epistemológico criaram a convicção de que todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica (“posta”, “positiva”); de que a observação e a experiência deviam substituir a autoridade e a especulação doutrinária ou filosófica como fontes de saber. Este espírito atingiu o saber jurídico a partir das primeiras décadas do século XIX. Também este, se quisesse merecer a dignidade de ciência, devia partir de coisas positivas e não de argumentos de autoridade (teológica ou académica, como no período do direito comum) ou de especulações abstratas (como no período do jusracionalismo).

No campo jurídico, este movimento integrava-se harmonicamente na campanha contra a incerteza e confusão do direito tradicional, disperso,

<sup>743</sup> Cf. Amaral, 1996.

<sup>744</sup> Um estudo de caso muito interessante é o da reação do corpo dos juristas a uma Constituição – como a portuguesa de 1976 – produto de lógicas eminentemente políticas. Enquanto, do lado das forças políticas motoras do processo revolucionário, foi sempre muito aparente a desconfiança em relação aos tecnicismos do direito, pelo que eles podiam implicitamente transportar no seu bojo, da parte dos juristas a reação foi a de uma quase generalizada condenação da Constituição, não tanto em termos políticos, mas em termos técnicos, o que decorria da intervenção menos decisiva de juristas académicos na sua feitura: demasiada extensão, falta de rigor conceitual, enviesamento político, carácter compromissório. Cf. Hespanha, 1976.

casuística, dependente da teologia e da moral. Mas atingia também a proliferação de sistemas puramente especulativos de direito natural, surgidos no decurso do século XVIII. Ou seja, dirigia-se tanto contra a vinculação do direito à religião e à moral, como contra a sua identificação com especulações de tipo filosófico, como as que eram correntes nas escolas jusracionalistas. Contra uma coisa e contra a outra, proclamava-se a necessidade de um saber dirigido para “coisas positivas”.

Só que as várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem “coisas positivas”.

Para uns, positiva era apenas a lei, pelo que o saber jurídico tinha de incidir unicamente sobre ela, explicando-a e integrando-a (*positivismo legalista*).

Para outros, positivo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo que se objetivava nas formas quotidianas observáveis de viver o direito (*positivismo culturalista*). Positivo era também o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade de século XIX (*positivismo sociológico, naturalismo*).

Finalmente, para outros, positivos eram os conceitos jurídicos, genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva, obedecendo ao novo modelo de ciência como discurso de categorias teóricas, estabelecido pelo kantismo (*positivismo conceitual*). O saber jurídico escaparia, assim, quer ao império da lei positiva, mutável e arbitrária, quer ao subjetivismo do doutrinário justeológico ou jusracionalista. Com isto, ganhava uma firmeza e universalidade que eram características das outras ciências. Ao mesmo tempo, instituía-se como um saber acumulativo, *i.e.*, que ia acumulando certezas e progredindo sucessivamente – como as outras ciências – para formas mais perfeitas e completas de conhecimento. Ou seja, a ciência jurídica partilhava com as restantes a crença otimista no *universalismo* e no *progressismo* dos seus resultados.

Todas estas formas de positivismo têm em comum a recusa de quaisquer formas de subjetivismo ou de moralismo. O saber jurídico (agora, a *ciência jurídica*) deveria cultivar métodos objetivos e verificáveis, do género dos cultivados pelas ciências “duras”, dela devendo ser excluídas todas as considerações valorativas (políticas, morais). Estes juízos de valor em matéria jurídica teriam, decerto, o seu lugar. Mas esse não era o da ciência jurídica, mas sim o da filosofia do direito ou da política do direito.

Por outro lado, o cientismo promovia, como se disse, a crença em que os resultados do saber são universais e progressivamente mais perfeitos. Esta crença foi, no domínio do direito, mais enfatizada pelos positivismos sociológico e conceitual, pois o positivismo legalista estava, deste ponto de vista, demasiado limitado pelo caráter “local” (no espaço e no tempo) da lei nacional. Em contrapartida, as duas outras correntes formulavam proposições válidas em geral.

Esta crença otimista na validade dos resultados da ciência jurídica – que coincidiu com a época áurea da expansão colonial europeia – teve consequências importantes na difusão mundial do direito europeu. Convencidos da validade universal da sua ciência jurídica e, ao mesmo tempo, do seu caráter progressista (historicamente mais avançado), os europeus impuseram os seus modelos jurídicos aos povos não europeus. Os direitos locais foram impiedosamente combatidos em nome da civilização e da modernização, o mesmo acontecendo com a organização política e judiciária. Mesmo culturas jurídicas e políticas milenares e tão desenvolvidas como a chinesa e a japonesa foram levadas a aceitar a cultura científica e política do Ocidente (“Mr. Science and Mr. Democracy” era o *slogan* dos movimentos reformistas chineses dos anos 20 do século XX) em nome do progresso.

#### **7.4.10. As escolas clássicas do século XIX**

Tradicionalmente, a historiografia jurídica tem usado a figura das “escolas” ou “correntes” para dar uma ordem à exposição da cultura erudita do direito. Isso também acontece no período contemporâneo. Acabámos de ver que há temas partilhados durante toda esta época. As respostas dadas a propósito de cada um deles podem divergir substancialmente; e, por isso, a arrumação dos autores em escolas pode simplificar a narrativa. Nenhum desses movimentos teve tanta unidade como o nome “escola” sugere; sendo, por outro lado, certo que os mesmos objetivos práticos, quer quanto ao conteúdo do direito, quer quanto à posição dos juristas na sociedade, puderam ser obtidos a partir de posições teóricas ou metodológicas muito diferentes. É com isto em mente que se deve entender a sistematização que se segue.