

O primeiro desses dois requisitos, ou seja, o peso da experiência e da factualidade num juízo de legitimidade, recebe resposta de Herbert Hart que, influenciado pela filosofia analítica de Austin, propõe, em *The Concept of Law*, uma sociologia descritiva que observa em seus mínimos detalhes a realidade social regida pelo direito. Segundo ele, o direito é, acima de tudo, um fenômeno cultural que não é um fim em si. Perscrutando o conteúdo, o modo de formação e o campo de aplicação das regras de direito, ele constata que toda ordem de direito comporta duas espécies de regra. Uma, chamadas de “secundárias”, são instrumentais e habilitadoras: conferem poderes, públicos ou privados. Outras, chamadas de “primárias”, são substanciais porque ditam condutas e estabelecem obrigações. Interrogando-se sobre o reconhecimento e a validade das regras em que vê as condições da legitimidade jurídica, Hart não pode considerá-las apenas sob o ângulo da regularidade lógico-formal. Isto porque, se a referência a um ato do Poder Legislativo faz parte, como é evidente, dos critérios de reconhecimento de uma regra de direito, estes também podem ser uma prática consuetudinária, um precedente jurisdicional, um texto doutrinário constitutivo de autoridade. Quanto à questão da validade de uma regra de direito, se é verdade que só tem sentido dentro de dado sistema jurídico, requer sobretudo uma referência “realista” ou empírica, pois as regras de um sistema jurídico, na qualidade de modelos de comportamento, têm vocação a orientar a prática dos sujeitos de direito. É também o que observam F. Ost e J.-F. Perrin: para emitir um juízo de legitimidade no âmbito jurídico, é preciso levar em consideração a eficácia prática do sistema. Essa eficácia decorre de “um juízo externo de fato” e se insere numa perspectiva pragmatista ou mesmo utilitarista; não se confunde (ao contrário do que disse Kelsen ao falar de “validade” jurídica) com a efetividade do direito em vigor *hic et nunc*, que decorre de um juízo interno de lógica jurídica. Os critérios da legitimidade jurídica, em última análise, segundo Hart, encontram-se num empirismo factualista cuja tônica recai nas necessidades às quais se aplica a regra e nos fins materiais a que visa.

Hart não pretende minimizar a importância da constitucionalidade das leis nem mesmo

do controle de constitucionalidade das regras numa ordem de direito; mas, ao se distinguir expressamente de Kelsen, não “pressupõe” uma “norma fundamental”, segundo diz; constata que, em dado Estado, existe uma Constituição que deve ser respeitada. Aliás, em sua concepção do direito, o importante não é tanto a complementaridade das regras “primárias” e “secundárias”, quanto a “textura aberta” do sistema do direito, que exige sua adaptação às figuras concretas e móveis da realidade social. Há em toda norma um componente geral e abstrato ligado à forma lógica do direito e um componente particular e concreto ligado a seu conteúdo real. Em vista disso, volta-se à questão das relações que o direito mantém com a política e a moral. Portanto, o filósofo que se interroga sobre a legitimidade jurídica não pode desprezar a relação entre um ato de direito e a experiência concreta à qual ele se aplica, assim como não pode fugir ao exame da relação que todo ato de direito tem com os ideais e os valores: a “neutralidade axiológica”, no caso, é impossível. A legitimidade jurídica é irredutível ao desencadeamento de uma mecânica lógica, muda e sem juízo de valor.

Pondo a tônica na impossibilidade da neutralidade axiológica no juízo de legitimidade, Norberto Bobbio, em sua *Teoria della norma giuridica*; mostra que o apego à forma não pode ser o signo criteriológico da legitimidade jurídica. Embora positivista, esse jurista considera que é de primordial importância desmistificar os procedimentos logicista-legalistas a fim de revelar o valor de justiça que dá alma ao direito. “A legitimidade representa o fim do círculo ascendente dos fatos aos valores e o começo do ciclo descendente dos valores aos fatos.” Segue-se, por um lado, que é inaceitável a teoria empirista da legitimidade que procurasse adaptar exclusivamente um ato de direito à contingência factual e aleatória das regiões da realidade vivenciada. Se é certo que o processo de legitimação reduz e tende a suprimir a “distância” entre o conteúdo das regras de direito e as necessidades ou as aspirações das populações, também é certo que, como tal, ele só traduz uma conveniência de fato, insuficiente para dar conta da juridicidade das normas, pois esta é irredutível à funcionalidade delas. Segue-se, inversamente, que uma teoria do direito que

enraizasse integralmente a legitimidade na ordem dos valores a equipararia a uma expressão da justiça e, no âmbito de um jusnaturalismo absoluto, acabaria por sacralizar a lei positiva e as regras de direito. Ressaltando a importância epistemológica dessas duas impossibilidades doutrinárias, N. Bobbio deduz que, se os atos e as decisões jurídicas, para serem legítimos, precisam inserir-se na coesão lógica de uma ordem de direito, essa condição necessária nunca é suficiente (uma lei pode ser válida e, apesar disso, injusta); a legitimidade jurídica precisa ser congruente com os fatos regulados pelo sistema do direito e também precisa participar da “racionalidade axiológica”.

A relação que a legitimidade mantém com a realidade vivenciada é evidente desde que não seja reduzida a um logicismo legalista. Em contrapartida, a relação que ela mantém com os valores deve ser especificada. Não se trata de um acordo absoluto e total com ideais transcendentes, nem de uma conformidade lógico-racional aos valores. A racionalidade axiológica presente na legitimidade jurídica faz eco à razão prática kantiana na qual o imperativo categórico não é um modelo que seria concretizado aplicando-se aos fatos. A ideia de legitimidade afirma seu caráter *sintético* graças ao qual ela é a valorização prático-jurídica das situações ou das condutas. Há síntese porque a legitimidade integra em seu conceito elementos compostos: ela não é estranha à validade formal de uma ordem jurídica nem aos fenômenos culturais (costumes, crenças normativas, convicções morais, opiniões, história), nem aos ideais visados pelas vias prescritivas do direito. Afastando-se tanto do logicismo quanto do empirismo e do idealismo, a legitimidade objetiva valores e dá forma a “universais”, tais como o padrão do justo.

Mesmo admitindo que o “desencanto do mundo” foi acompanhado pelo politeísmo dos valores, e que os deuses do Olimpo estão em conflito permanente, um juízo de legitimidade, relacionada a uma ordem de direito, continua sendo um juízo de valor. É difícil entender como ele poderia caucionar o desrespeito à justiça, à liberdade e à dignidade humana: esses valores se impõem como princípios reguladores da ordem jurídica. Sem dúvida, a absolutização desses valores não seria nada menos que a ilusão especulativa do idealismo. No entanto, no

momento em que a razão moderna está em crise porque a “guerra dos deuses” multiplica as “razões concorrentes”, o direito não pode fazer economia de valores legitimadores que são, universalmente, os valores do humanismo. Se o juízo dos homens os esquecer, a humanidade do homem estará em perigo.

» BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Turim, 1958. – BOUDON R., *Le Sens des valeurs*, PUF, 1999. – CONNOLLY W. E., *Legitimacy and the State*, Oxford, 1984. – FERRERO G., *Pouvoir* (1942), Pion, 1945. – HABERMAS J., *Raison et légitimité* (1973), Payot, 1978. – HART H., *The Concept of Law*, 1961. – KELSEN H., *Théorie pure du droit* (1934), Sirey, 1971. – OST F., “La légitimité dans le discours juridique: cohérence, performance, consensus ou dissensus”, *ARSP*, 25. – PASSERIN d’Entreves A., “Legality and Legitimacy”, *Review of Metaphysics*, 1963, XVI, n° 4. – RAZ J., *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970. – SCHMITT C., *Legalität und Legitimität*, 1932. – WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 1922. – COL: *L’Idée de légitimité*, PUF, 1967.

Simone GOYARD-FABRE

→ Contrato social; Governo; Legalidade; Lei; Leis fundamentais do reino; Ordem pública; Representação.

## LEI

Empregada no vocabulário filosófico, científico e religioso, a palavra lei ultrapassa o quadro estritamente jurídico do qual se originou. Sua definição é influenciada por seu ambiente intelectual, por seu *status* multidisciplinar, quase atemporal e talvez universal. Não se pode empregar essa palavra sem sentir a necessidade de lhe somar uma espécie de sufixo: especificação de seu objeto (lei de finanças, lei de estado de defesa), de seu autor (lei divina, parlamentar, “leis do rei”), de seu destinatário (lei ripuária) ou de seu nível (lei orgânica, leis fundamentais do reino). A necessidade de especificação dissimula compreensões muito diversas dessa palavra, usada às vezes para traduzir uma miríade de vocábulos de outras línguas (*nomos*, *themis*, *psephisma*, *dikè*, *cosmos*, *archè*, *taxis*, *logos* no grego; *lex*, *ius*, *fas*, *ratio* no latim; *law*, *statute*, *rule*, *bill*, *act*, *order*, *writ* no inglês). Os alicerces teológicos, filosóficos ou científicos não podem ser mencionados aqui. Em compen-

sação, a "cultura jurídica" na qual se insere a lei possibilita traçar alguns contornos desse conceito em direito.

Na literatura jurídica, a lei não é dissociável do conceito de ordem. Fazer lei é ordenar. Definição insuficiente, pois a lei pode ter duas funções que lhe conferem caracteres específicos. Ela pode ser *reflexo* de uma ordem (objetiva) ou o *meio* para se chegar a essa ordem. Na primeira hipótese, postula-se que o mundo é ordenado, estável, e que o que rege seu funcionamento pode ser expresso na forma de uma lei. A exemplificação emblemática dessa concepção é a lei científica. Existem leis biológicas ou físicas que, mesmo não sendo todas conhecidas, podem vir a ser descobertas. No plano social, supõe-se que os seres humanos e as coisas são ordenados segundo leis imutáveis e necessárias. Essas leis não têm necessariamente um autor presente (Deus, a natureza, a razão, um legislador mítico); elas são supostamente eternas; são incompletas (o que abre as portas para a interpretação, a fim de responder ao caso ignorado), ou incertas (o que convida a descobri-las, fixá-las e formulá-las). A ordem preexiste à lei; imutável, essa ordem implica uma lei estável. A obediência à lei resulta do conhecimento. Na segunda hipótese, o mundo não tem nenhuma ordem preestabelecida ou, pelo menos, a ordem escapa ao conhecimento (finito) dos homens. Nessas condições, a lei tem vocação para produzir ordem (no sentido lato de ordem pública). Essa lei tende a confundir-se com a medida, às vezes tópica, tomada para remediar a desordem, a violência e até a anarquia. A tônica é posta no autor – presente – da lei, em sua vontade (mais do que em seu conhecimento), portanto em sua competência jurídica para ditar a lei e em sua legitimidade política: rei, povo, representantes. A lei aí é um poder, uma ordem no sentido de mando. Supõe-se que essas leis são conhecidas, suficientes. Também são instáveis: sua produção é uma resposta a uma situação tópica de fato. A ordem resulta da lei que corrige a desordem intrínseca do mundo. Na realidade, nenhuma lei jurídica corresponde perfeitamente a um desses modelos. Paradoxalmente, num mesmo sistema jurídico, podem coexistir a lei como reflexo de uma ordem e a lei como meio para a ordem.

### Ordem imperativa

Parece que *lex*, pertencente ao léxico jurídico, e não religioso, não derivou de outra língua antiga, que é uma palavra própria da língua do direito romano: *lex* derivaria de *lego* (ler, e não colher nem reunir). Em Roma, a autoridade competente lê a *lex* em voz alta: "Não se trata de uma simples medida de publicidade, mas de uma leitura solene, indispensável à validade do ato" (A. Magdelain). A publicação por afixação de cartaz (não sistemática: a lei curiata ou a *adrogatio*, que são *leges* de efeito individual, não são afixadas) apenas completou, no século V, essa leitura (*recitatio*) que permanece até o fim da República. O que permite identificar a lei na República romana é o estilo. Em geral votada pelos comícios (*lex publica*) e, de modo residual, ato unilateral do magistrado (*lex templi*, *lex censoria*) ou de simples particulares (*lex collegii*, *leges catonianas*), as leis se distinguem dos éditos dos magistrados (injunções dirigidas ao povo ou promessas sobre a maneira de administrar a justiça) e dos senátus-consultos (parecer do Senado, que para os prudentes não pertencem ao *ius*, apesar de seu valor obrigatório) por ser redigida no imperativo. "A natureza principal do *ius* é ser secreto. A *lex* é um *ius* que se tornou público por meio de uma proclamação solene e da afixação." No direito romano antigo, a *lex* não é necessariamente um ato de alcance geral votado por assembleias; aplica-se às relações de dois povos num tratado (sua dimensão convencional confirmada pelos juramentos apenas coloca o ato sob a proteção dos deuses), fixa o estatuto de um templo ou as especificações de mercados públicos que dão ensejo à adjudicação por contrato, à carta de um colégio que gera um serviço público etc. Seja ela votada pelo povo reunido, seja imposta por um magistrado ou um *dominus* em casos sem verdadeiro alcance social, a *lex* tem um caráter unilateral e não se confunde com o contrato ou com suas cláusulas. A *lex* romana, além disso, não se dirige necessariamente à multidão; por exemplo, a lei curiata que investe um magistrado a cada ano. "A competência legislativa regula na forma do *ius* tanto uma situação única, que só será vista uma vez, quanto uma série de situações idênticas submetidas à mesma norma." A *lex* antiga tem três características instrutivas. 1 / Traz à luz o que era até então manti-

do em segredo: ela não o cria *ex nihilo*, mas o revela, o que leva a pensar que ela deve desposar sua vocação à eternidade (a lei muitas vezes é proclamada irrevogável). Ao mesmo tempo, é uma conquista, o que abre espaço para a revelação de novos direitos e não exclui a instabilidade. 2 / A *lex*, relativamente rara, é uma ordem no imperativo, o que lhe confere um poder superior a outras formas de atos obrigatórios ou bilaterais, muito mais numerosos. 3 / Em quase todos os casos ela tem um caráter geral e consentido, o que a torna impessoal tanto no que se refere a seus autores quanto a seus beneficiários.

### Ordem do imperador, fé viva

Essa concepção inicial de lei passará por evoluções notáveis durante a República. A carta constitutiva e os textos primordiais da plebe são qualificados de *leges sacratae*; os plebiscitos (injunções da plebe), que só tinham o papel de incitar às reformas, são equiparados a *leges* em 286; e os éditos dos magistrados e os senátus-consultos senatoriais serão reconhecidos nos últimos tempos da República como fonte de *ius* – embora não redigidos no imperativo, que é a língua do *ius*. A unidade jurídica do conceito se dilui, e a *lex* se estilhaça em várias direções possíveis: um ato constitutivo inviolável e estável, um ato resultante da vontade popular ou também um ato que funcione como suporte de direito.

O fim da República e o declínio irremediável das assembleias populares subverte as coisas. A lei votada desaparece. No século II de nossa era, quando o imperador evita empregar nos textos que edita (constituições) o estilo imperativo reservado à *lex*, os juristas admitem que eles têm um valor comparável ao da lei. No século III, Ulpiano considera que o que agrada (*placuit*) ao príncipe tem força de lei. Essas constituições são qualificadas, segundo os casos, de editos (textos de alcance geral), decretos (jurisprudência no sentido atual), rescritos (consultas do imperador) ou mandados (instruções de caráter administrativo). A lei já não é um ato identificado; seu prestígio aureola as diferentes expressões do poder imperial. No entanto, ela conserva sua dupla natureza de reflexo da ordem romana (civilização, deuses romanos) e de produtora de ordem (administração, paz). Depois da conversão de Constantino

ao cristianismo, a monarquia imperial será justificada pelo direito divino. "Deus é o modelo do poder régio", "é do Senhor do universo e através dele que o imperador recebe e assume a imagem de sua suprema realeza" (Eusébio de Cesareia); as constituições, chamadas *leges*, são oriundas apenas de sua vontade. Mas as leis não poderiam ceder aos caprichos de seu autor: "Deus submeteu as leis ao imperador, enviado por ele como lei viva (*nomos empsychos*)" (Novela, 105). A ordem romana cede progressivamente diante da ordem cristã, mas a lei não deixa de ser seu reflexo e seu meio.

### Leis dos povos, ordem cristã

Antes da queda do Império do Ocidente, a legislação imperial sofria a concorrência da costumação nas províncias, com a forma de usos locais derogatórios ou de direito vulgar (direito romano desnaturado e simplificado). Admitidas facilmente por alguns imperadores, as costumagens ameaçavam a unidade do direito romano. Introduziam a ideia de que o direito pode resultar das práticas populares seculares, a despeito das normas baixadas pelo poder central. As invasões bárbaras, que provocam a fragmentação do Império no século V, favorecem o seu desenvolvimento. As jovens monarquias, instáveis, impõem-se a populações muito diferentes, de cultura jurídica às vezes impermeável à de Roma. No entanto, há influência do modelo de um direito declarado na forma de leis: os reis bárbaros (em especial visigodos, francos e burgúndios nos séculos V e VI, lombardos e anglo-saxões nos séculos VII e VIII) frequentemente ditam num latim medíocre *leges propriae* ou *nationum* adaptadas às populações que eles dominam. A propósito do Código de Eurico (476, do nome de seu autor, rei dos visigodos), o bispo de Clermont louva a "passagem das armas à lei". Essas *leges* se apresentam como decisões régias, às vezes adotadas depois da consulta a juristas e a interessados, mas sobretudo como divulgações escritas de regras, oriundas de tradições ancestrais, adaptadas a tais povos (embora seja preciso modular a ideia de "personalidade" das leis), apesar da herança evidente do direito romano. Nem por isso elas negligenciam sua função de produção da ordem: posição preponderante do direito penal, luta contra os desvios em relação aos princípios

cristãos. Como complemento, os reis francos usam com parcimônia a promulgação de capitulares, misturando questões civis e religiosas, que tendem a garantir “que a paz e a disciplina estejam em nosso reino” (edito de Clotário, 614). Esses textos reúnem sanções penais, medidas de organização dos tribunais e dos procedimentos jurídicos, bem como outras injunções que refletem a repugnância das populações à sua observância. A legislação régia tem um vigor efêmero na época carolíngia, quando a ambição é restaurar o brilho de um império unificado e organizado. Além dos capitulares seculares, os *capitularia mundana* têm vocação para completar as “leis nacionais”, produzir novas normas (mantendo “para cada um sua própria lei”) e administrar o reino e depois império (*capitularia missorum*). A influência da Igreja é considerável na elaboração e no conteúdo desses textos. A partir da segunda metade do século IX, parece que a atividade legislativa secular se eclipsa, e esse cuidado passa a competir à Igreja.

A doutrina carolíngia e dos primeiros tempos capetianos, que se interessa pouco pela lei, não é muda. Quando se fala em *lex*, trata-se da lei divina e às vezes da lei natural. Na primeira metade do século IX, Jonas de Orleans limita-se a lamentar que os súditos prefiram obedecer à lei dos reis e dos imperadores, a obedecer à lei de Deus, e Agobardo de Lyon lamenta que a diversidade das “leis nacionais” impeça de respeitar uma única lei que neste mundo estaria em conformidade com a lei divina, exaltada por todos os autores. Os intelectuais ocidentais rejeitam o modelo oriental de imperador mediador com o Além e *lex animata* (apesar de algumas tendências contrárias no tempo de Carlos Magno), pois o imperador não tem acesso direto ao texto da lei divina (fonte do governo de si mesmo e dos outros e fundamento de todas as leis humanas), o que é reservado ao sacerdote. No entanto, as leis humanas escritas – apesar da expansão do direito consuetudinário oral – são consideradas necessárias para proteger os inocentes, punir e “curar a vontade” (Hinemar de Reims, retomando santo Agostinho) dos malvados, caso contrário a ordem universal não poderia ser garantida. E cabe aos reis conservá-las e respeitá-las para não cederem ao próprio capricho e se mostrarem exem-

plares. No reinado de Carlos, o Calvo, a tendência é mantida pela convicção de que a ordem antiga é melhor do que a ordem presente, de que a lei deve ser muito mais restaurada do que instaurada. Essa tendência chega a ser reforçada pela ideia de que a hierarquia terrestre dos *ordines* é semelhante à hierarquia celeste: é o respeito a essas ordens – especialmente ao *ordo clericalis* mediador e intérprete da lei divina – que condiciona a harmonia do todo. O que está em jogo é fundamental, pois não se trata de respeitar particularismos ou situações consolidadas, mas de participar da concórdia geral da *res publica*, respeitando as leis de cada um: de passagem, a distinção entre lei geral e privilégio perde a pertinência. No entanto, para os medievais, as leis não podem nem devem ignorar as evoluções puramente terrenas dos usos e dos costumes dos povos; devem adaptar-se ao lugar e ao tempo, mas essa dimensão deve permanecer residual e resultar do *concilium* e do *consensus* dos bispos e dos grandes, pois prima a ordem imutável.

#### Participação na ordem

Tais concepções têm o efeito de amortecer a ação “legislativa”. A partir do século XI, o rei se limita a participar da ordem, a repor em ordem o que o tempo tivesse alterado. Tomadas para confirmar a regra ou situações jurídicas anteriores, ou para revogá-las a fim de outorgar algum privilégio ou coibir os abusos, as medidas não são contraditórias: o rei, assim como os outros grandes senhores, não poderia criar uma ordem nova por meio de leis, mas garanti-la e reforçá-la protegendo situações consolidadas, outorgando uma *privata lex* (pois cada um em sua função participa da harmonia da sociedade) ou extinguindo as más costumagens. É nesse contexto mental que a influência da Igreja e a descoberta das compilações de Justiniano vão estimular a reflexão sobre a lei e novas iniciativas dos monarcas. O papa reconhece ao rei da França a *iurisdictio potestas* (Novit, 1204) e sua superioridade no âmbito temporal (*Per venerabilem*, 1202). Os decretistas impõem ao rei o respeito às leis divinas e naturais, mas lhe concedem o direito de legislar. Os romanistas tiram proveito das máximas romanas “*quod principi placuit legis habet vigorem*” e “*princeps legibus solutus*”. De modo geral, a partir do século XIII,

especialmente com Filipe de Beaumanoir, o poder legislativo régio não é contestado, desde que sirva à utilidade pública, ao proveito comum ou ao bem comum (expressões quase sinônimas). No entanto, as “leis do rei” (com denominações muito flutuantes), cada vez mais numerosas a partir do século XIII, têm duas funções que nem sempre é fácil discriminar, pois não são contraditórias. O rei se dirige por via legislativa, mas no *consensus*, a uma multidão de grupos organizados juridicamente (cidades; comunidades, países, corporações profissionais) para confirmar direitos ancestrais adquiridos, para corrigir a alteração subsequente à evolução dos tempos e dos costumes, para proteger o mais fraco. E dirige-se tanto a indivíduos quanto ao conjunto de seus súditos: contribui para a coexistência pacífica e harmoniosa de uma sociedade que não é concebida como uma soma de indivíduos, mas como um agregado de grupos com funções diferenciadas que participam do bem de todos, donde a fácil acolhida da concessão de privilégios no âmbito da função normativa. Essa atitude consiste menos em inovar do que em preservar o que existe, menos em comandar do que em se pôr a serviço de uma ordem que não poderia resultar da vontade de um monarca. Na mesma época esboça-se a figura do Estado moderno dominado por um rei, pensado como o espaço natural do bem comunitário, às expensas da cristandade dominada pelos clérigos. Quando o reino está em perigo e as próprias condições do bem comum estão ameaçadas, o rei pode negar provisoriamente os direitos e privilégios que lhe cabe proteger por essa mesma via normativa, em nome da evidente necessidade pública. Em matéria fiscal ou em relação à propriedade, ele para de respeitar a ordem preexistente para produzir ordem (pública) em nome da *salus rei publicae*. Nesse caso, a lei do rei, que prefigura a lei moderna, aproxima-se da medida (ato de vontade) que se dirige não a corpos, mas a súditos, que têm interesse em defender-se. Apesar de sua natureza diferente, os atos tendem ao bem comum, portanto proteger ou negar pela lei os direitos adquiridos não é antinômico.

#### Meio para se obter a ordem pública

No século XVI, a revolução maquiaveliana, a Reforma e as guerras de religião subvertem a

visão medieval de harmonia natural. O mundo é desordem e caos. Cabe ao rei garantir não tanto uma ordem que o precede – pois ela está conceitualmente destruída – quanto uma ordem resultante de sua ação. A lei já não tem vocação para tornar visíveis direitos nascidos da natureza e do tempo, mas para ser uma injunção do soberano absoluto. Para Jean Bodin, “há muita diferença entre o direito e a lei: um nada mais contém que a equidade, enquanto a lei contém mando: pois a lei outra coisa não é senão o mando do soberano, no uso de seu poder”. A lei-mando, excepcional no fim da Idade Média, passa a ser o modo de expressão normal do monarca. Ademais, a lei é o único meio de expressão do poder monárquico para constituir e preservar o “sossego” público. O *consensus* medieval, antes obrigatório, é relegado à posição de simples recomendação. A lei deixa de ter vocação para a estabilidade e para ser delimitada em seu objeto, de tal modo que se estilhaçam as distinções entre medida de ação imediata e particular e norma geral e estável. Nem por isso o rei deixa de ser obrigado a respeitar as leis divinas e naturais, mas estas, imperceptivelmente, vão perdendo seu *status* de direito positivo e ganhando o de recomendações de “direito do governo”. A monarquia francesa continua respeitando a tradição, os direitos privados (concebidos como “liberdades” por seus beneficiários), os particularismos locais e sociais. No entanto, sua ação pretende ser reformadora – donde as ordenanças chamadas de “reformação” – no sentido de recobrar a forma anterior. Na realidade, a monarquia inova. Assim, quando ela consigna costumagens por escrito, a redação não se constitui como direito constante. Seu discurso permanece conservador, sua ação também o é com frequência, mas o que lhe importa agora é unificar – sem uniformizar – o reino, substituir uma ação concertada entre um rei guardião do bem comum e uma pluralidade de corporações e ordens por uma relação direta entre um monarca e uma multidão de súditos. Durante o Antigo Regime, a intervenção por via legislativa e por motivos de ordem pública no sentido amplo cresce consideravelmente: organização da justiça (administração e procedimento), repressão dos desacatos à autoridade do rei e do Estado, polícia, fisco, registro civil etc. A partir do século XVII, a monarquia dá



início a uma obra de unificação do direito por meio de codificação, cujos resultados ficarão incompletos. Essas novas tendências mostram que a ordem resultante da lei não é tanto reflexo de uma ordem estável e preexistente quanto uma criação racional de uma sociedade que a monarquia pretende moldar, pelo menos em parte. Essa predileção pela lei não será desmentida pela Revolução.

#### Ordem nova

Em 1789, a soberania muda de mãos: o rei é derrubado em prol da nação e depois do povo. A tônica ainda recai no autor da lei, embora o modo de expressão do soberano coletivo continue por muito tempo problemática (representação). As legislações constitucional e ordinária são o único meio de promover a nova ordem dos revolucionários. No entanto, elas não são concebidas apenas como expressão da vontade atual do soberano. Pretendem refletir uma ordem preexistente e, nesse sentido, ser abstratas, gerais, permanentes, raras, oriundas da “razão” do legislador que exerce um “sacerdócio” (Portalis). Não poderiam ser unicamente meio de sua política. Os legisladores antigos, alguns dos quais míticos, apresentam-se como modelos: para Rousseau, “seria preciso ser Deus para ditar leis aos homens”. Por isso, “aquele que comanda os homens não deve comandar as leis, aquele que comanda as leis não deve comandar os homens; de outro modo, [...] ele não poderia evitar que visões particulares alterassem a santidade de sua obra”. Ponto de vista dominante até meados do século XIX: as codificações napoleônicas são alvo de um respeito quase religioso, segundo confessa Portalis, que está convencido de que “as leis não são puros atos de poder, mas atos de sabedoria, justiça e razão”, e que “os códigos dos povos se fazem com o tempo, e não são propriamente feitos”. Para os revolucionários, o homem é titular de direitos que foram ignorados, esquecidos ou desprezados pela monarquia (cf. Declaração de 1789), mas que lhe pertencem ontologicamente. A partir daí, sua integração pela lei no direito positivo – donde a equação revolucionária: lei = regra de direito – é menos um ato de vontade do novo soberano do que um reconhecimento da existência atemporal desses direitos. Contudo, os direitos subjetivos e individuais,

ilimitados no estado de natureza, devem ser concretizados, mas também limitados pela lei (reserva de ordem pública). Além disso, a Revolução prossegue a evolução iniciada durante o Antigo Regime em direção a uma lei necessariamente geral e impessoal, dirigida para o mínimo denominador comum da sociedade, os *individuos*: toda lei particular (ou privilégio) agora está banida, pois a igualdade teórica perante a lei é a contrapartida do contratualismo, fundador do direito positivo.

#### Ordem e medida

Essa dupla concepção gera dificuldades ainda não plenamente resolvidas. No otimismo de 1789, considera-se que a lei não poderá deixar de proteger os direitos se o ordenamento constitucional das funções e dos órgãos for conveniente. Mas, pouco depois da experiência terrorista de 1793-94, germina a ideia de um controle da constitucionalidade das vontades do legislador que pode transviar-se (projeto de júri constitucional de Sieyès em 1795). No entanto, a ideia de que a lei, “expressão da vontade geral”, não poderia ser contraditada por uma instância terceira dominará até 1958 ou mesmo 1971 (decisão “Liberté d’Association” do Conselho Constitucional). Do mesmo modo, se é primordialmente manifestação de uma vontade, a lei pode ser modificada desde que seu autor julgue oportuno; se reflete uma ordem, tem vocação à estabilidade. Os papéis parecem distribuir-se: à lei constitucional cabem a estabilidade de princípio e os procedimentos particulares para sua revisão; à lei ordinária – e mesmo ao poder regulamentar – cabe a adaptação às necessidades mutáveis da sociedade. Donde uma espécie de estilhaçamento do conceito de lei. No plano constitucional, a multiplicidade das experiências francesas de 1789 a 1958 não contradiz a *vocação* à permanência desse tipo de lei. Cada nova constituição tem pretensões a uma forma de perfeição, eternidade (reformular o que nunca deveria ter sido deformado). Do mesmo modo, a multiplicação das revisões (leis constitucionais) nos últimos anos não atinge, segundo seus fomentadores, a estabilidade da constituição: elas adaptam o texto às evoluções e eliminam os vícios que se introduziram. Além disso, para uma parte da doutrina, a constituição é mais do que diz o

texto (ampliado com a Declaração de 1789 e com o Preâmbulo de 1946): ela é uma expressão substancial dos direitos humanos e da democracia, cujo guardião, cujo “conservador” é o Conselho Constitucional. O autor do texto tende a desaparecer por trás de seu intérprete; a lei constitucional, a ser a parte visível de uma ordem imanente, completada por uma jurisprudência constitucional que se liberta do jugo da vontade contida no dispositivo. A lei ordinária, “fim para o qual a constituição não passa de meio”; segundo Sieyès, é, de preferência, considerada obra de um legislador atual (uma maioria) que põe em prática uma política. O legitimismo militante dos primeiros anos da Revolução durante o Terror levou a assemelhar a lei à simples medida (“ato de magistratura” para Rousseau, “regra técnica objetiva de ação” para Carl Schmitt). No entanto, a partir do ano III, por meio dos decretos do Diretório, o órgão executivo deixa de ser um autômato submetido às vontades das assembleias. O Executivo adotará regras gerais e impessoais na forma de regulamentos ou de ordenanças que só diferem das leis pelo lugar que ocupam na hierarquia das normas, por seu autor e pelo nome. Contudo, até 1958, o domínio da lei não é absolutamente delimitado: obra de um legislador onipotente, ela se sobrepõe ao poder regulamentar e o enquadra, poder este que supostamente possibilitaria a sua execução concreta. A partir daí, a lei só pode dispor em assuntos limitativamente enumerados pelo artigo 34 da constituição, ficando o restante reservado ao regulamento. Embora entre em concorrência com o Legislativo, o poder regulamentar é inferior a este e só é exonerado do respeito às leis quando estas não se apresentam. Hoje, a lei, que se define segundo os critérios de modo de elaboração e de conteúdo, mantém-se em posição eminente na hierarquia das normas. Embora alguns desejem mais estabilidade das leis (mas há leis sem vocação para durar, como a “lei das finanças”) e gostariam de represar a sua proliferação (uma centena de leis por ano) e sua mediocridade prejudiciais à segurança jurídica, a lei continua sendo um meio privilegiado para produzir uma ordem que extrapola a ordem pública *stricto sensu* (cf. noção de ordem pública econômica). Ela tende a moldar uma sociedade que resultaria do fugaz programa político de

uma maioria; “declínio da concepção jurídica” da lei em proveito de uma “concepção política”, que Georges Burdeau lamentava já em 1939. Na mesma época, essa lei, que se tornara “procedimento de governo”, a partir da Segunda Guerra Mundial passa a ser delimitada em sua origem pela multiplicação de barreiras internacionais, comunitárias, constitucionais e jurisprudenciais – para o Conselho Constitucional, a lei “só expressa a vontade geral no respeito à Constituição” (decisão “Évolution de la Nouvelle-Calédonie” de 1985) – que refreiam a capacidade de agir dos legisladores. Por fim, ela sofre a concorrência de outros modos de regulação, de natureza contratual ou convencional. Nisso, ela é um *meio* e conserva sua dupla natureza de reflexo de uma ordem preexistente e de meio para essa ordem.

» BASTIT M., *Naissance de la loi moderne*, Paris, PUF, 1990. – BURDEAU G., “Étude sur l’évolution de la notion de loi en droit français”, *Archives de Philosophie du droit et de la sociologie juridique*, n° 1, 1939, pp. 7-55. – MAGDELAIN A., *La Loi à Rome. Histoire d’un concept*, Paris, Les Belles Lettres, 1978. – OLIVIER-MARTIN F., *Les Lois du roi*, Paris, reed. Loysel, 1988. – SASSIER Y., “Le roi et la loi chez les penseurs du royaume occidental du IX<sup>e</sup> à la fin du XI<sup>e</sup> s.”, *Cahiers de civilisation médiévale*, n° 43, 2000, pp. 257-73. Col.: *La Loi*, APD, t. 25, Paris, Sirey, 1980.

François SAINT-BONNET

→ Ato; Autor, coautor, *perfector*; Constituição e direito constitucional; Decisão; Decisionismo; Direito natural; Escola do direito natural moderno e racionalismo jurídico (séculos XVII-XVIII); Fontes do direito (Problemática das); Funções jurídicas do Estado; Hierarquia das normas; Justiça constitucional; Legalidade (Princípio de); Lei das XII Tábuas; Leis bárbaras; Leis fundamentais do reino; Poder regulamentar; Positivismo; Prerrogativas soberanas; Soberania; Vontade geral.

#### LEI DAS XII TÁBUAS

“Reúnam-se todas as obras de todos os filósofos. Sozinha, a pequena coletânea das XII tábuas, fonte e fundamento de nossas leis, parece-me ser-lhes infinitamente superior, tanto por sua autoridade excepcional quanto por sua fecunda utilidade” (Cícero, *De Orat.* 1, 195). Prestígio limitado à arte dos juristas? Não: nos