

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO
DESAPARECER DO MODELO DO ESTADO
CONSTITUCIONAL ?*

WILL THE DEMOCRATIC LEGITIMATION OF THE RIGHT DISAPPEAR FROM
THE MODEL OF THE CONSTITUTIONAL STATE?

António Manuel Hespanha

Professor da UNINTER; Doutor *honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de Luzern e UFPR

RESUMO

Este texto ocupa-se do estado do constitucionalismo perante os últimos desenvolvimentos da cultura jurídica ocidental, caracterizada por uma revisão do constitucionalismo, agora definido como um constitucionalismo de princípios; por uma nova valorização do pluralismo, entendido como a coexistência de diversos polos (não estaduais) de regulação jurídica da sociedade; e pelo impacto de uma cultura neoliberal, contrária à regulação e à garantia das situações adquiridas.

Palavras chave: Constitucionalismo. Pluralismo. Neoliberalismo. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

The text deals with the state of constitutionalism in face of the last developments of western legal culture. Under scrutiny are cultural components like: constitutionalism, now redefined as a set of high legal principles; pluralism, as the coexistence of diverse (non statalist) poles of legal regulation; neoliberalism, as a cultural trend hostile to any stable regulation and to the safeguard of acquired legal situations.

Key words: Constitutionalism. Pluralismo. Neoliberalismo. Neoconstitutionalism.

INTRODUÇÃO

O Estado constitucional parece gozar hoje de uma expansão que nunca teve. Enquanto Estado meramente constitucional – i.e., que dispõe de uma constituição escrita -, pode dizer-se que é universal. Enquanto Estado com uma constituição que estabelece a democracia como forma de governo e que reconhece

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

direitos civis fundamentais, já tem um âmbito mais restrito¹, embora haja sinais de que este número pode aumentar, quer devido a movimentos internos no sentido da democratização, quer a medidas internacionais para “construir democracias”.

Paradoxalmente, acumulam-se fatores de deterioração do modelo democrático de Estado constitucional. Os mais visíveis deles residem nos sintomas de crise da democracia representativa, expressos pela diminuição do nível de participação política, pela esperança de que a informalização da comunicação política permitida pelas redes sociais baseadas em novas tecnologias da informação possibilite formas mais dinâmicas e “próximas” de representação, pela crise de legitimidade do Estado e pela conseqüente tendência para uma progressiva substituição do Estado por outras formas de governação. Embora esta privatização das tradicionais funções do Estado seja frequentemente apresentada como um nível suplementar de libertação dos cidadãos e da sociedade civil, a verdade é que são muito pouco visíveis – e, se visíveis, muito pouco escrutináveis – as vinculações dos novos polos de governação à vontade popular ou aos consensos comunitários sobre o bom governo. A ponto de parecer que se troca uma governação seguramente imperfeita por uma outra, cujas garantias de perfeição são tidas como assentes, mas sem que isso seja minimamente testado².

A questão do direito está no centro de tudo isto, ou não fosse a governação das sociedades basicamente levada a cabo por meio de normas de conduta a que as pessoas se sentem obrigadas. Porém, com a difusão das ideias democráticas, já mal se aceita que esta vinculação a normas não se funde num consentimento dos que são objeto da regulação (ou da comunidade que é objeto de normação; o que não é exatamente o mesmo).

¹ Segundo os dados da *Freedom House*, a percentagem de democracias no mundo varia entre c. de 46% e 78%, consoante se for mais ou menos exigente nos requisitos formais ou práticos exigidos.

² Avaliação muito sensata desta evolução dos ideais de governação encarada como o produto da endoutrinação massiva levada a cabo por interesses doutrinários e práticos apostados no desmantelamento do Estado, Ezra Souleiman, *Dismantling Democratic States*; Princeton, Princeton University Press, 2003 (ed. util., trad. fran., *Le mémantèlement de l'État démocratique*, Paris Seuil, 2005).

No Estado democrático tradicional, esta vinculação era assegurada pelo monopólio da regulação pela constituição e pela lei democráticas e, conseqüentemente, pelo seu primado sobre o conjunto das normas jurídicas, um modelo que tem sido, por um lado, relacionado com a ideia de “constituição dirigente”³ e, por outro lado, com uma perspetiva positivista do direito que insiste no pedigree democrático das normas – ou seja, numa genealogia que entronca no consenso comunitário - como elemento central de legitimação⁴.

Hoje, é patente que – independentemente das posições das correntes do pensamento jurídico sobre o conteúdo do direito – se assiste a um cada vez mais amplo reconhecimento pelas instâncias que são tidas como legítimas para dizer o direito (simplificando, pelos tribunais) de direitos não estatais de vária natureza, fenómeno que tem sido descrito como “pluralismo jurídico”. A maior parte destes direitos que nascem fora do Estado - e que se reclamam orgulhosamente disso, como representando um (problemático ...) passo em frente no sentido de numa maior proximidade entre a regulação e os regulados – apresentam-se como correspondendo a consensos privados, obtidos no seio de grupos espontâneos; sem que, no entanto, o processo de formação e a intensidade desses consensos sejam detalhadamente explicados e, ainda menos, objeto de reflexão e de escrutínio.

A preocupação de não ter do direito uma perspetiva formalista ou idealizada obriga a que se tenha em conta o que, na realidade (qualquer que sejam as virtualidades e esperanças que alimentemos sobre ela ...), é reconhecido como direito pelas entidades que, também realisticamente, são de facto reconhecidas no “mundo da vida” como dispendo de jurisdição (ou seja, de legitimidade para dizer o

³ Cf. Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra 2001; com grande influência no Brasil, embora sujeito a revisão pelo próprio autor (cf. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; Gilberto Bercovici, “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/pdf/pdf_142/r142-06.pdf).

⁴ Cf. Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del Diritto [...]*, Torino, Cooperativa Libreria Universitaria, 1961; numa linha que arranca da obra de H. Kelsen.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

direito)⁵. O mesmo realismo impede que se imponha a esta realidade robusta e dinâmica requisitos processuais estritos de respeito pelos processos tradicionais de avaliar a legitimidade democrática do direito. Mas, sendo assim, a pergunta que tem surgido é a de saber se o modelo democrático do direito – que o legitimava a partir da vontade daqueles a quem o direito se vai impor - se se pode manter – e sob que forma - nesta conjuntura pós-estatal, em que os direitos fora do Estado não surgem de órgãos ou de processos representativos⁶. É essa pergunta que aqui se renova, tentando uma resposta que salvguarde uma posição realista quanto à natureza do direito de hoje e um compromisso com o princípio da legitimação democrática do direito, embora entendido de forma a não se esgotar – nem sequer privilegiar demasiadamente – os mecanismos da democracia representativa.

A preocupação em manter viva a legitimação democrática do direito é, afinal, o que explica os princípios da legalidade e do primado (ou da função dirigente) da Constituição. A centralidade da Constituição e das leis não é um qualquer fetiche da técnica jurídica, mas antes a tradução de um princípio jurídico crucial - o da centralidade da soberania do povo. Só que, num contexto de pluralismo jurídico, estes princípios têm que ser re-elaborados, de forma a abrangerem um direito que tem, não a estrutura de uma pirâmide cujo topo é a constituição e as leis, mas antes a estrutura de uma rede, em que constituição e leis ocupam posições não necessariamente hegemónicas em relação a fontes não estatais de direito. Esta re-elaboração do princípio da democraticidade do direito supõe um exame das várias fontes de direito, no sentido de saber se elas correspondem a constelações normativas recebidas na comunidade por via de consensos justos (fair, adequados) e suficientemente inclusivos.

⁵ É o caso dos tribunais oficiais, mas cada vez mais frequentemente, de outras instâncias, estas não estatais-oficiais (comissões de arbitragem, de certificação, de deontologia, de avaliação).

⁶ Karl-Heinz Ladeur, “Globalization and the conversion of democracy to polycentric networks: can democracy survive the end of the Nation-state?”, *EUI Working Paper Law No. 4*, 2003, republicado em K.-H. Ladeur, *Public governance in the age of globalization*, Aldershot, Hants, England, and Burlington, VT, Ashgate Publishing, 2004.

UM DIREITO PÓS-ESTADUALISTA

Ao ler o que se diz do direito no início deste milénio, damo-nos conta de que conceitos em torno dos quais girou toda a teoria política e jurídica durante os séculos XIX e XX tendem a desaparecer e a ser substituídos, quando se trata de responder a questões centrais sobre o âmbito, a fonte e a força das normas que regulam a vida em sociedade:

- que é direito ?;
- quem diz o direito ?;
- quem diz quem diz o direito ?;
- que âmbito tem, dentro deste, o conjunto de normas providas do Estado ?;
- qual a força destas em relação a normas de outras origens ?.

Antes, tudo isto parecia claro. O direito era o conjunto de normas emitidas pelo Estado. Era, portanto, o Estado quem o dizia. Embora, eventualmente, o Estado pudesse admitir normas jurídicas com outra origem (v.g., o costume, a doutrina dos juristas, normas deontológicas de certos grupos profissionais), para que estas fossem normas jurídicas, garantidas pela força do Estado, era preciso que este expressamente as reconhecesse como tal. Assim, o direito do Estado era todo o direito ou, pelo menos, dispunha, de forma absoluta, sobre o que era direito. Isto porque o Estado era tido como sendo a única entidade com legitimidade para dizer o direito. Havia, é certo, opiniões diferentes sobre a origem desta legitimidade. Mas, a partir dos finais do sec. XVIII, a opinião mais corrente, embora não única, era a de que essa legitimidade dos Estados para impor normas aos cidadãos resultava de este ser o produto da vontade dos mesmos cidadãos, expressa pelos órgãos estaduais que os representavam (em primeiro lugar, pelos parlamentos, em quem residia, por isso, o poder de fazer as leis que compunham o direito do Estado). O poder normativo de cada Estado era restrito à Nação que ele representava (ou corporizava). Fora do direito dos Estados-Nação apenas existia aquele que eles estabelecessem uns com os outros (direito internacional).

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

Hoje, tudo se tornou menos nítido e mais complexo. Ao Estado contrapõe-se uma sociedade que parece produzir normas diretamente, sem necessitar da mediação do Estado; à unidade do Estado contrapõe-se a dispersão de centros de poder normativo; às Nações, distintas e isoladas, contrapõe-se a “sociedade global” de todas as nações, ultrapassando as fronteiras dos Estados; à unidade de cada um dos vários dos direitos, contrapõem-se direitos com diversos centros autónomos produtores de normas, desprovidos de coerência, sobrepostos, combinando normas de validade apenas local com outras que valem a um nível translocal, global. O Estado tende a deixar de ser considerado como a origem única do direito e a sua legitimação última. Mesmo nos Estados democráticos, em que a vontade do Estado é tida como representando a vontade dos cidadãos e, por esta via, a fonte última de regulação das relações dos homens em sociedade, tende a pensar-se que essa vontade comum – ou da maioria – não regula tudo, nem regula de forma soberana – indisputada - aquilo que regula.

As pessoas – juristas ou leigos – parece tenderem a procurar o direito “autêntico” noutros lugares: na organização da vida corrente (por exemplo, na vida das famílias, nas regras comunitárias de convívio); nas práticas estabelecidas ou nas leis inevitáveis dos negócios (v.g., as “leis do mercado”); nas regras geralmente seguidas em certo setor de atividade – as chamadas “regras da arte” (dos médicos, da comunidade académica ou científica) -; naquilo que é considerado como correto em certo ramo de atividade – as “boas práticas” (na administração pública, na escola, nas relações entre uma organização e os seus utentes); nas normas que são estabelecidas pelas organizações representativas de um setor específico do trato social (normas de “autorregulamentação”: no desporto, na regulação da concorrência, da comunicação social, da internet, na distribuição do espetro de frequências de comunicação radiofónica); nas normas de direito supra estadual (estabelecidas ou não por tratados entre os Estados); nos consensos e acordos que as pessoas estabelecem entre si para regular relações entre elas (contratos, cláusulas de arbitragem, acordos tácitos ou estabelecidos pelos costumes ou por rotinas); nas rotinas e usos comuns e assentes, etc..

O direito não é mais uma coisa do Estado, mas também parece deixar de ser a expressão da vontade de um povo, como cria o melhor da tradição democrática. Primeiro, porque, neste mundo globalizado, já não é nada fácil (alguma vez o foi ?) saber o que é “um povo”; depois, porque, neste mundo atomizado e muito atento à diferença, mal se pode já imaginar que um povo (seja isso o que for) possa ter uma vontade, e não muitas e voláteis vontades, dependendo de cada grupo de (género, de idade, de região, de cultura, de estrato social, de interesses); finalmente porque se pensa que, por ventura, a vontade não vence tudo, que há constrangimentos que se lhe impõem; e que, mesmo que fosse líquido o que é que o povo tinha querido, não era possível acomodar isso com outras normas e constrangimentos do mundo.

Assim, lidar com o direito de hoje, descrevê-lo, ensinar a trabalhar com ele, fazer a sua teoria, implica tomá-lo como ele de facto é nos nossos dias. E, conseqüentemente, ter sempre presente que o direito é um fenómeno mutável nas suas fronteiras, plural nas suas fontes de criação ou de revelação, complexo na sua lógica interna, não consistente nem harmónico nos seus conteúdos, e, finalmente, nada afeito a um saber que pretenda certezas e formulações seguras e não opináveis. Em suma, trabalhar com o direito exige que se assuma que ele é algo de “local”⁷, de plural⁸, de equívoco, sujeito a controvérsias (“opinável”, “argumentável”) e ao convívio e à disputa com outras ordens normativas.

A preferência por um ou outro ponto de vista sobre o que é o direito tem, naturalmente, que ver com crenças religiosas, orientações ideológicas. Quem creia que as normas para lidar consigo e com os outros estão fixadas pela religião achará,

⁷ A ideia de saberes ou normas “locais”, enraizados numa cultura, foi vulgarizada por Clifford (James) Geertz (1926-2006), um famoso antropólogo americano, cuja teoria social tem influenciado outros saberes na área das ciências sociais e humanas (*The Interpretation of Cultures*, N. Y., Basic Books, 1973; *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, N. Y., Basic Books, 1983; "Anti-Anti-Relativism", *American Anthropologist*, vol. 86. 2 (1984), pp. 263–278. Informação rápida: http://en.wikipedia.org/wiki/Clifford_Geertz.

⁸ Na minha obra histórico-jurídica e jurídica, tenho insistido muito nisto: v. *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Lisboa, Europa-América, 2013, cap. 3.1.4; *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Coimbra, Almedina, 2.2. Dando conta das perplexidades causadas pelo conceito, Id., “Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo - Perplexidades dos nossos dias”, em António Carlos Wolkmer et al., *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva, 2010, 139-172.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

normalmente, que o direito do Estado não é o único e muito menos o último critério para avaliar a licitude dos nossos comportamentos. Os cristãos pensaram, durante muitos séculos, que a Bíblia e os mandatos da(s) Igreja(s) valiam por cima do direito dos poderes temporais; uma substancial parte dos muçulmanos pensam o mesmo, o mesmo acontecendo com muitos judeus. Por sua vez, aqueles que creem que as instituições humanas têm uma natureza (a natureza da sociedade, a natureza da família, a natureza dos contratos, a natureza do mercado) ou que acham que podemos conhecer por especulação intelectual o que é justo ou injusto na organização da vida em comum também pensarão que essa natureza ou essa reflexão sobre a justiça não de poder valer por cima daquilo que os parlamentos ou os governos decidem ser lei. Os liberais em economia têm por certo que as leis do mercado, a liberdade de indústria, de propriedade e de comércio levam, automaticamente, ao maior bem-estar coletivo e às regras de convivência mais adequadas a chegar a esse estado; por isso, creem que o Estado não deve regular quase nada, devendo limitar-se a garantir que esses vários aspectos da liberdade de escolha e de ação efetivamente vigoram. Em qualquer dos casos, uma regulação arbitrária do Estado, além de ilegítima, seria inútil, pois a natureza das coisas, os impulsos naturais do homem ou a vontade divina não se deixam contrariar duradouramente (“Chassez le naturel, il reviendra au galop”). Os que aderem a uma concepção puramente individualista da sociedade tendem a identificar com direito principalmente aquilo que provém de acordos entre sujeitos de direitos, com um pequeníssimo número de restrições, introduzidas para proteger interesse de terceiros ou, em casos muito contados, interesses gerais da comunidade (cláusulas de ordem pública, impostas pelo Estado, e pouco mais).

Autores respeitados têm realçado como esta vaga anti-estadualista, que sublinha as deficiências do modelo estadual de governo e administração e enaltece modelos de governação não estadual, tem profundas raízes ideológicas. Por um lado, rejeita rapidamente qualquer projeto de aperfeiçoamento da governação pública; depois, não trata a ineficiência da administração militar pública do mesmo modo negativo com que trata a ineficiência da administração pública civil; depois

ainda, dá como assente a bondade da governação não estadual, mesmo quando a experiência quotidiana torna manifesta as múltiplas irracionalidades da governação empresarial – a atomização do mercado, a sua manipulação egoísta e corporativa, o afastamento das leis da concorrência pelo favorecimento e compadrio, o desperdício, o sacrifício do interesse geral, a insensibilidade a interesses coletivos, a complacência com processos de arbitragem pouco inclusivos e cegos em relação aos interesses gerais⁹; por fim, reduz a bondade da governação a uma eficiência puramente economicista, a curto prazo e cega para objetivos estratégicos de natureza coletiva¹⁰. Porém, o reconhecimento de que o direito se manifesta de forma plural não tem a ver apenas com esta vaga ideológica neo-liberal. Vale também para formas não estaduais de manifestação do pluralismo político e jurídico de outra origem e natureza, algumas vindas de épocas passadas, outras surgidas no seio de comunidades e de culturas que valorizam a consciência da diferença, as múltiplas modalidades comunitárias de auto-organização, a regulação espontânea da vida quotidiana. E, por isso, pensar a governação e a normação fora do Estado seria sempre necessário para dar conta do que realisticamente se passa hoje nestes domínios. Ainda que o pluralismo neo-liberal costume converter-se paradoxalmente em centralista e absolutista quando se trata destas formas subalternas ou alternativas de pluralismo¹¹.

⁹ Uma proposta de lei recente do governo português sobre arbitragem, que incluía algumas medidas de salvaguarda de interesses gerais (nomeadamente, a admissão da cláusula de ordem pública como fundamento de anulação de uma decisão arbitral), mereceu a seguinte apreciação da Associação Portuguesa de Arbitragem: “Ao alargar no art. 44.º, n.4 alínea b) a possibilidade de anulação da decisão arbitral definitiva com fundamento na violação dos princípios da ordem pública, alargou-se consideravelmente a anulabilidade das sentenças arbitrais definitivas, relativamente ao regime da lei 31/86 e mesmo para além do que constava do Proposta do Ministro da Justiça, em que se limitava à anulação à violação dos princípios da ordem publica internacional. Fragilizar as decisões arbitrais definitivas, não é decerto o sinal de confiança na arbitragem que se deveria e pretenderia dar!” (em “Alguns exemplos dos problemas causados pelas infelizes alterações de redacção do projecto da APA pela proposta 48/XI apresentada pelo Governo à Assembleia da República, <http://arbitragem.pt/noticias/exemplos.htm>).

¹⁰ Tema muito bem documentado e argumentado em Ezra Suleiman, *Dismantling democratic State*, cit.. Num palno documental e ficcional, cf. o notável documntário *Inside Job - A Verdade da Crise* (2010), de Charles Ferguson; ou o romance Jonathan Franzes, *Freedom*, 2010.

¹¹ V.g., a “Europa do Sul”, o “mundo muçulmano”, os ambientalistas, a “economia alternativa”, o mundo do trabalho, os consumidores, as organizações e movimentos solidaristas (sempre que resistem à absorção na lógica organizativa dominante).

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

Também devemos estar conscientes de que a adoção de uma ou outra das perspectivas origina diferentes distribuições de poder na sociedade. A preferência pelas leis do mercado favorece aqueles que podem aproveitar melhor as vantagens da livre iniciativa – industriais, distribuidores, comerciantes, financeiros – e ditar leis aos mercados. Em contrapartida, os consumidores – condicionados pelo seu poder de compra, pela manipulação da publicidade, pela deficiência de organização -, os trabalhadores – dependentes da existência e condições de emprego, que não dominam -; os ambientalistas – dificilmente organizáveis, apelidados de utopistas pelos “industrialistas” e contrapostos aos alegados impossibilidades e perigos de contrariar as leis do mercado -; todos eles perdem normalmente com o reconhecimento deste primado do direito dos negócios. A irracionalidade dos mercados – facilmente constatável – e a desigualdade dos vários agregados que participam neles repercute-se na desigualdade dos benefícios que os diversos grupos sociais tiram de um direito decalcado sobre as “leis naturais” do mundo dos negócios. Em contrapartida, um direito estabelecido por um poder estadual democrático, em que todos pudessem participar num plano menos desequilibrado, poderia corrigir alguns destes enviesamentos, distribuindo o poder social de forma menos desigual. Como este ideal de um Estado que exprima, de forma transparente e autêntica, a vontade popular está longe de ser conseguido ¹², o que se pode dizer é que o direito do Estado exprime, seguramente, pontos de vista das elites políticas, embora estes pontos de vista tenham que ter, num Estado representativo, alguma relação com a vontade popular que (de alguma forma) designa essas elites.

Por fim, é de notar que um direito claro e acessível permitiria que um grande número de cidadãos conhecesse os seus direitos e as consequências jurídicas dos seus atos. Por isso, quando se tratou de “democratizar o direito” – quer isso decorresse da ideia religiosa de que todos os homens são irmãos e, como

¹² E está-lo-á cada vez mais, se as propostas de desmantelamento ideológico do Estado continuarem dominar.

tal, devem participar por igual na regulação da vida em comum¹³, quer isso decorresse de ideologias democráticas quando ao modelo de governar bem a sociedade¹⁴ -, sempre se buscou uma forma de evitar que um grupo setorial de profissionais - naturalmente buscando também beneficiar-se a si mesmos - tomasse para si o monopólio da autoridade de “dizer o direito”. E, assim, todas as soluções que procuraram objetivar o direito ou numa lei escrita, clara e geralmente conhecida, ou em normas de outra natureza identificáveis de forma objetiva¹⁵ tiraram poder aos técnicos especializados de direito, aos juristas; em contrapartida, deram-lhes poder todas as concepções de direito que fizeram deles os únicos intérpretes de uma ordem escondida, obscura e complicada para o comum dos cidadãos¹⁶.

Posto isto, passemos rapidamente em revista os principais consequências que têm sido relacionadas com este novo paradigma pluralista ou pós-estadualista do direito.

- a. O direito oficial ou do Estado (leis, regulamentos oficiais), bem como a sua realização oficial (justiça oficial), constituirão modalidades periféricas (ou marginais) e subordinadas de realização da ordem social [law in the books], muito diferentes daquela constelação de normas – de várias origens e com diferentes graus de intensidade (“de força”) - que efetiva e primordialmente regem uma sociedade [law in action].

¹³ Ideia muito presente em Lutero, que propunha códigos simples e claros, de forma que cada um pudesse conhecer diretamente o direito (tal como a Bíblia) e pudesse libertar-se de mediadores indesejáveis (os juristas – para o direito -; as Igrejas – para a religião). V. Massimo Torre, «Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica», en *Derechos y libertades. Instituto Bartolomé Las Casas*, 8(2003), 71-108 (cf. <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/3714/1/DyL-2003-VIII-12-La%20Torre.pdf>).

¹⁴ Foi o que levou as revoluções dos finais do sec. XVIII (nomeadamente, a Revolução Francesa) a promover a submissão de todo o direito à lei e a organização de códigos claros e que abrangessem todo o direito (cf. António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., caps. 8.2.1. e 8.3.1).

¹⁵ Provindas de certos órgãos, elaboradas segundo certo processo.

¹⁶ Tratei deste tema ao longo de *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., maxime caps 5.5., 6.4, 8.2.1.1, 8.6.4.2; central, sobre o poder social dos juristas nos dias de hoje: Bourdieu (1986), P., "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champs juridique", *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64(1986.11), 3-19. Sobre o tema, v. o meu *Caleidoscópico do direito [...]*, caps. 6.1 e 11.4.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

- b. A mobilidade do mundo de hoje não dará aos processos estaduais de criação de direito tempo para acompanhar os ritmos das mudanças e da complexificação das sociedades, pelo que o direito do Estado estará condenado a chegar sempre atrasado em relação aos estados de coisas a regular.
- c. A globalização (sobretudo dos negócios) apontará forçosamente, mas também com vantagens, para uma ordem jurídica supra-nacional, tendencialmente global.
- d. O desajustamento e a lentidão do direito (e da justiça) estaduais corroerão a sua aceitabilidade pelas pessoas, que os considerarão progressivamente como alheios à vida, impostos à sociedade de forma autoritária e artificial, dando a impressão de serem, por isso, menos legítimos do que os mecanismo de regulação que funcionam autónoma e automaticamente.
- e. Os mecanismos de resolução de conflitos escolhidos por compromisso entre as partes interessadas são os mais idóneos para uma solução justa dos litígios, tanto mais quanto menos for a sua regulação por normas imperativas do Estado, tendentes, nomeadamente, a assegurar a participação no compromisso de todos os interessados ou a salvaguarda de interesses gerais ¹⁷.

¹⁷ Segundo a Associação Portuguesa de Arbitragem, “a arbitragem voluntária apresenta-se como uma alternativa viável a uma justiça estadual que não está em condições de assegurar a celeridade, a adequação e a previsibilidade reclamadas pela vida jurídica, em especial nas relações contratuais. O fomento da arbitragem voluntária assume assim a maior importância para aliviar a sobrecarga dos tribunais estaduais, proporcionar soluções mais justas e tempestivas para as controvérsias jurídicas e, por esta via, criar condições mais favoráveis para a retoma da economia portuguesa” (<http://arbitragem.pt/apa/index.php>). Por isso, o acordo de auxílio a Portugal peno BCE, FMI e CE inclui a obrigatoriedade de promulgação de uma lei favorecendo a arbitragem, aparentemente com o conteúdo restritivo quando à abertura a terceiros interessados e descomprometido dos interesses públicos eventualmente afetados proposto por esta Associação. Por exemplo, o artigo 1º do projeto de lei apresentado ao governo pela APA (cf. LAV de 14/5/2010, <http://arbitragem.pt/noticias/projecto-nova-lav-25-07-2011-com-notas.pdf>; 01.08.2011) dispõe: “1. Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, a decisão de árbitro”. As instâncias jurisdicionais criadas ao abrigo deste artigo não oferecem qualquer garantia de serem consensualmente reconhecidas por todos os interessados, pois não se garante a intervenção no processo de todos os potenciais interessados. Na mesma linha, artigo sobre intervenção de terceiros (artº 36) tem um claro sentido restritivo, que compromete a legitimidade de atribuição à decisão de força vinculativa geral (cf. artº 42, nº 7). Note-se ainda que o projeto não inclui deliberadamente entre os fundamentos de anulação da decisão a violação dos princípios da ordem pública (artº 46): “Entendeu-se dever seguir neste aspecto a opção claramente tomada pela actual LAV, que não permite pedir a anulação da decisão arbitral com este

- f. A doutrina ou dogmática jurídica, elaborada pelos juristas com base no modelo de um direito estadual, raramente se adequa bem a este novo direito fracamente ligado ao Estado, pois os princípios que orientavam esses saberes tinham justamente como axioma a ligação indissolúvel entre Estado e Direito.

DIREITO PÓS-ESTADUALISTA E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA

Utilizámos, nos parágrafos anteriores, formas verbais que indiciam dúvidas, pois nem tudo é, ponto por ponto, aquilo que parece ser. Iremos vendo isso a propósito de tópicos aqui apenas brevemente abordados. Adiantemos dois exemplos, um sobre a referência ao Estado e outro sobre a globalização, dois dos tópicos centrais do conjunto acima.

A referência ao Estado, à Nação e ao Povo corresponderam, em geral, à ideia democrática de que o direito do Estado era o que correspondia melhor à vontade do povo, justamente porque o Estado – na sua forma democrática – era a forma política que melhor representava o Povo. Daí que a vontade expressa nas leis (e na lei das leis, a Constituição) equivalia à vontade do Povo, expressa pelos processos da democracia representativa; os quais, estando longe de ser perfeitos¹⁸, são geralmente tidos como os mais perfeitos até hoje descobertos e realizados. Daí

fundamento, ao contrário do que sucedia com o projecto de LAV de 1984 que a antecedeu. Permitir semelhante fundamento de anulação causaria o risco de muitas vezes haver um reexame de mérito pelos tribunais de recurso, a pretexto da averiguação da conformidade com os princípios da ordem pública, o que poria em causa a eficácia e o sentido da própria arbitragem [?!]. Acresce que, não prevendo a lei processual civil qualquer recurso extraordinário que possa ser interposto das sentenças dos tribunais estaduais que transitem em julgado (nomeadamente por as partes terem renunciado ao recurso) com fundamento na alegada violação de princípios da ordem pública, não se compreende por que razão há-de prever-se (*sic*) semelhante fundamento de anulação contra decisões arbitrais de que não cabe recurso. Semelhante diferença de tratamento não só envolveria uma discriminação injustificável [?!] contra os árbitros, como seria incompatível com a consagração dos tribunais arbitrais como verdadeiros tribunais pelo art. 209 n.º 2 da Constituição” (anotação ao mesmo art.º). Sobre a mais do que arriscada admissibilidade da arbitragem no direito do trabalho, v. anotação ao art.º 62, que a afasta, provisoriamente, apenas por necessidade de respeitar o princípio constitucional da audição das organizações representativas dos trabalhadores.

¹⁸ Sabe-se isso desde o séc. XIX. V., para Portugal, o meu livro *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 371 ss. (com textos da época muito expressivos sobre as insuficiências da representação política).

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

que, se quisermos manter essa ideia de que o direito se deve legitimar a partir da vontade daqueles a quem se dirige a regulação, teremos que encontrar critérios para estabelecer, agora sem a referência ao Estado, que condições tem o direito que cumprir para recuperar esse vínculo democrático de onde decorre este tipo de legitimidade. A simples referência aos usos ou aos consensos sociais não é suficiente, em sociedades desiguais como as nossas, para garantir que esses consensos traduzam, de forma abrangente e equilibrada, o que as pessoas interessadas queriam. Sobretudo se tivermos em conta que os “interessados” na regulação são, não apenas todos aqueles que estão diretamente implicados na relação social a regular, mas também a sociedade em geral, sobre a qual se repercutem, mais ou menos diretamente, as consequências dessa regulação aparentemente apenas setorial¹⁹. Se não atendermos a esta relevância global da regulação setorial, cairíamos num direito corporativista, rendido aos interesses egoístas de grupos setoriais; e, se não tivermos o cuidado de, no âmbito de cada setor de regulação, obter o ponto de vista de todos os implicados, teríamos um direito que, além de corporativista, era desigual e elitista, pois só teria em conta os pontos de vista que fossem dominantes em cada setor.

Acontecimentos atuais mostram, é certo, o desajustamento de um direito estadual à realidade social e normativa dos dias de hoje. Mas – como à ideia contemporânea de Estado está fortemente ligada a ideia de legitimidade democrática – estes mesmos acontecimentos também põem pertinentes questões à ideia de um direito radicalmente estranho ao Estado e ao modelo de legitimação democrática que se vem tornando num elemento central do modelo estadual contemporâneo. Se prescindirmos dos processos democráticos que – embora com resultados insatisfatórios – procuravam assegurar vincular o governo e a regulação sociais à vontade da comunidade, como vamos evitar que governo e regulação se tornem coisas de poucos, totalmente estranhas aos pontos de vista e interesses dos

¹⁹ Por exemplo, a regulação do negócio da energia, interessa todos, não apenas como consumidores, mas como dependentes da sustentabilidade energética e da conservação do ambiente, pelo que a vontade do povo está bem longe de poder legitimar acordos no âmbito de entidades reguladoras apenas participadas por produtores, distribuidores e grande consumidores de energia.

destinatários ? Já vamos experimentando muito disso, quando vemos atribuir o poder de decidir dos destinos coletivos a entidades – entidades de auto-regulação, agências de acreditação e de notação, cartéis económicos, elites tecnocráticas, comités de “sábios” - cujas motivações são pouco transparentes, cuja neutralidade social é mais do que problemática e cuja legitimidade política é uma mistificação bastante evidente (“os que realmente sabem do assunto”, “os interessados”, “a própria sociedade”).

Por isso, se lida atentamente, a complexa experiência recente vem lançando a ideia de uma terceira via para o direito, que não o fecharia totalmente no Estado, mas que tão pouco o abandonaria à regulamentação que tende a predominar numa sociedade desigual e sujeita à manipulação por parte dos poderes hegemónicos; em suma, numa sociedade não democrática. Tal direito de uma terceira via poderia decorrer de um aprofundamento da democracia, tanto no plano estadual, como em planos extra-estaduais, pela promoção da participação na regulação de múltiplas entidades representativas, nelas incluindo o próprio Estado democrático, ele mesmo reformatado no sentido de assegurar uma participação cidadã mais ampla e profunda²⁰.

Tão pouco este novo paradigma jurídico conduzirá a um direito inevitável que produza respostas jurídicas necessariamente válidas. Todos os grandes modelos jurídicos dependem de opções, dirigidas mais ou menos indiretamente por interesses de vária ordem, afinal tão arbitrários como as opções de um parlamento ou de um legislador. Porém, esta arbitrariedade pode ser parcialmente reduzida, tanto pela discussão bem organizada (igualitária, participada, transparente, com regras), como pela adoção de formas muito participadas e inclusivas de tomar decisões normativas²¹. Nesta situação, as normas jurídicas deixarão de ser

²⁰ V. o panorama em Boaventura Sousa Santos e Leonardo Avritzer, “Para ampliar o cânone democrático”, introdução a *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*, Porto, Afrontamento, 2003, 39-60; também a conclusão: Emir Sader, “Por outras democracias”, *ibid.*, 541-560.

²¹ Ainda assim, mesmo esta discussão só muito dificilmente (quase nunca; sejamos claros, nunca ...) escapará a preconceitos ou ao peso esmagador do senso comum ou da pura e simples manipulação mediática.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

arbitrárias, não por se terem tornado inevitáveis, universais, únicas; mas porque o seu caráter apenas opinável, necessariamente local, parcial e sujeito a controvérsia, foi explicitamente clarificado. Ou seja, sabe-se em quê e porquê uma norma tem um alcance limitado, provisório e sujeito a debate. E porque tipo de abordagem e de discussão podem ser superadas as suas deficiências.

UM POUCO DE HISTÓRIA RECENTE – AS RAÍZES DO ANTI-ESTADUALISMO CONTEMPORÂNEO

O reconhecimento de direitos não estatais significa uma grande rutura num paradigma jurídico europeu (e, em parte, norte-americano) que dominou o mundo político-jurídico durante mais de dois séculos.

A partir da Revolução francesa, a Europa foi progressivamente aceitando que o direito é a manifestação da vontade do povo, expressa pelos seus representantes (princípio democrático, soberania nacional), escolhidos estes pela forma que o próprio povo estabeleceu nas constituições dos Estados. Esta conceção obrigava a:

1. Observar o processo de criar direito estabelecido no momento constituinte;
2. Garantir os direitos fundamentais estabelecidos no momento constituinte;
3. Validar como direito a vontade normativa expressa pelos representantes do povo, de acordo com o processo estabelecido no momento constituinte²².

Outras tradições jurídicas – nomeadamente, a norte-americana – combinaram, num equilíbrio diverso, o princípio democrático com o da garantia de direitos dos cidadãos, admitindo que estes se fundavam num direito natural pré-estatal, o qual se mantinha em vigor mesmo depois do estabelecimento da sociedade política e da fixação das normas de convivência na Constituição e nas

²² Descrevi, brevemente, este processo, em *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Lisboa, Europa-América, 2003 (maxime, cap.8.1. e 8.2 (a confrontar com cap. 4).

leis²³. Em todo o caso, mesmo aqui, as leis do Estado (da Federação) tinham uma autoridade superior, que não podia ser ignorada nem pelos Estados em particular, nem pelos tribunais ou quaisquer outros funcionários²⁴.

Assim, a conceção estadualista do direito, ainda comum em muitas “introduções ao direito” usadas nos primeiros anos da formação dos juristas, é o resultado de um modelo de pensar o direito e os saberes jurídicos que se estabeleceu na Europa, há cerca de 200 anos, quando a generalidade das pessoas pensava que o direito tinha que ser uma criação do Estado, o porta-voz do Povo, o resultado da sua vontade, o reflexo do seu poder ilimitado (da sua soberania) - “princípio democrático do direito”). Isto foi ainda reforçado quando, c. de 50 anos mais tarde, pelos meados do sec. XIX, o Estado passou a ser considerado como um fator, neutral e acima dos interesses privados, de racionalização dos múltiplos interesses setoriais em conflito na sociedade. Esta visão do Estado – que nasceu da dialética hegeliana entre o real (a sociedade) e o racional (o Estado), foi ulteriormente teorizada pela doutrina do direito público alemão da segunda metade do sec. XIX, para a qual competiria ao Estado (ao soberano) a tarefa de arbitrar e harmonizar a pluralidade das pretensões dos indivíduos e dos grupos, de modo a manter a coesão nacional e a fazer prevalecer o interesse do todo (o interesse público, nacional); nestes termos, ao Estado caberia racionalizar e hierarquizar os

²³ Por não fazer parte da tradição jurídica da Europa continental é que a importação para os direitos europeus da conceção norte-americana de direitos anteriores à Constituição causa tantas perplexidades e equívocos. Para um jurista europeu é muito menos claro definir direitos fundamentais sem recorrer àquilo que, neste domínio, as constituições e as leis do Estado efetivamente consignaram (ou incorporaram) na ordem jurídica de cada país.

²⁴ *Virgínia, Bill of Rights, 1776*: “Sect. 2. That all power is vested in, and consequently derived from, the people; that magistrates are their trustees and servants, and at all times amenable to them”; “SEC. 7. That all power of suspending laws, or the execution of laws, by any authority, without consent of the representatives of the people, is injurious to their rights, and ought not to be exercised”; *Constituição dos EUA, 1778, art.º III, sect. 2*: “1. The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made under their authority; [...]”; *Constituição dos EUA. 14.º Acto Adicional (amendment)*: “1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (1866-1868, inicialmente pensado para a garantia dos direitos dos ex-escravos, depois da Guerra Civil).

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

interesses particulares e impor a estes o interesse geral, garantindo a ordem pública, a defesa externa, o monopólio da força, a estabilidade, certeza e efetividade do direito²⁵. A criação e efetividade do direito apareciam então entre os fins nucleares do Estado. Concluindo, a criação do direito constituía uma atribuição fulcral e exclusiva do Estado, quer porque este era quem melhor representava a vontade popular, quer porque ele, corporizando o povo (ou a nação), detinha em exclusivo a legitimidade de superar as contradições dos interesses particulares, combinando-os num interesse geral ou público. A própria forma geral e abstrata do direito, bem como a sua organização segundo uma lógica rigorosa (formalismo e logicismo jurídicos) constituiriam elementos de neutralização dos pontos de vista particulares e das pulsões egoístas ou corporativas²⁶.

É este modelo de pensar a relação entre Direito e Estado que tem estado a evoluir para a conceção oposta, devido a fatores de crise do estadualismo que se enunciam brevemente em seguida.

A origem próxima da identificação entre direito e lei que está na base do anti-legalismo contemporâneo parece ter sido a onda de mal-estar que se sentiu depois da II Guerra Mundial perante a aceitação como jurídicas (conformes com o direito) de leis manifestamente desumanas e de políticas bárbaras levadas a cabo por governos formalmente constituídos de acordo com o direito (nazismo, fascismo; mas também estalinismo)²⁷. Porventura, a questão estava mal diagnosticada; e também a terapêutica não era necessariamente o combate à legitimidade da lei, ou sequer um combate a travar no plano do direito. Por um lado, a característica principal destes regimes injustos – nazismo, fascismo, estalinismo,

²⁵ Cf. Gilberto Bercovici, *Soberania e constituição. Para uma crítica do constitucionalismo*, São Paulo, Editora Quartier Latin do Brasil, 2008; António M. Hespanha, *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., cap. 8.2.1.6..

²⁶ É muito clara aqui, como se disse, a influência do esquema hegeliano “contradição-síntese”; mas há também influências da ideia romântica de que as Nações são “grandes atores” da história, com interesses que são mais do que a soma dos interesses de uma geração de cidadãos. V. o meu livro *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., 8.2 e 8.3.

²⁷ A “legalidade” formal destes regimes não é homogénea. Mas o princípio da legalidade exigia então muito pouco: quase apenas que uma lei (do próprio regime a “legalizar”; um referendo por este “organizado”; uma constituição por este promulgada) o legitimasse.

franquismo, salazarismo, etc. – não era a idolatria da lei, pois a teoria política que os sustentava, tal como a prática que os mantinha, se baseava antes na vontade supra-legal do Chefe²⁸, num direito supra-positivo provindo de valores vitais de um povo e do seu Estado (“Lebensrecht des Staates”, Staatsräson) ou na organização natural de comunidades anteriores ao Estado, como as famílias, as comunidades ou as empresas. Pelo que a hostilidade à lei, ao princípio da legalidade e aos juristas legalistas, foi um traço comum destas ditaduras. E, assim, o combate mais eficaz a elas não foi feito, por juristas, nos tribunais ou nas escolas, recusando as leis inumanas em nome de princípios supra-positivos, mas por militantes democráticos, na clandestinidade ou no exílio, combatendo as ditaduras, com as armas da política e mesmo da guerra.

No entanto, a tese mais difundida associou as ditaduras ao “absolutismo da lei” (ou “totalitarismo” da lei); e a recuperação da liberdade à afirmação de princípios jurídicos superiores à lei positiva e à crítica do Estado “totalitário”, em nome de formas pré-estatais de organização e de ação²⁹.

Independentemente destes aspetos relacionados com a política geral, a prestação do Estado – mesmo no campo especificamente jurídico – também

²⁸ Cf., para o nazismo, com grande influência na Europa de então, mesmo em Portugal, Carl Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1921; *Der Hüter der Verfassung*, 1931; *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 1950; para o Salazarismo e para o franquismo, António Manuel Hespanha, «L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 10(1981), 423-454; versão portuguesa: “Historiografia jurídica e política do direito (Portugal, 1900-1950)”, *Análise social*, 18.72-74 (1982), 795-812; “Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado social. Continuidades e rupturas”, *Análise social*, 37.165(2003), 1285-1302; “La función de la doctrina jurídica en la construcción ideológica del Estado Novo”, em Federico Fernández-Crehuet López & António Manuel Hespanha, *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur*, Frankfurt/Main, Vittorio Klostermann, 2008, 583-635; para o franquismo, Federico Fernández-Crehuet, “Recht und Fiktion in Franco-Regime”, *ibid.*, 3-12. Isto também é verdade para o estalinismo e para o maoísmo. V. o meu artigo “Linhas de força da cultura jurídica chinesa contemporânea”, *Administração. Revista da administração pública de Macau*, 9.32(1996) 259-292 (com versão chinesa).

²⁹ Nomeadamente pela exaltação do liberalismo e da ordem do mercado. Cf. *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., 8.6; ou de uma filosofia social próxima da doutrina social da Igreja, que atribuía ao Estado um papel meramente supletivo na organização da sociedade, atribuindo a mais importante função reguladora às “comunidades primárias” (família, comunidades, Igreja). A novidade não era grande em relação a doutrinas políticas que tinham levado às ditaduras; na verdade, o corporativismo, que inspirou grande parte delas, não era diferente disto.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

deixava muito a desejar. O Estado mostrava-se burocratizado; tomado por um legalismo estreito e distante dos anseios sociais; não raramente atreito a tiques autoritários e de desrespeito pelos cidadãos; permeável às clientelas partidárias e aos interesses económicos; infiltrado pela corrupção e pelo favorecimento ilegítimo; esvaziado do ideal de serviço público; ineficiente e descuidado. No campo do direito, debitava um direito auto-suficiente, pouco sensível à mudança social e cultural; frequentemente parcial e solidário com os mais influentes; obscuro e mal difundido; monopolizado por técnicos especializados, caros e pouco solícitos; servido por uma justiça lenta, separada da vida, embrulhada numa cultura pomposa e corporativa, opaca e dificilmente controlável pelos processos democráticos.

Na crítica desta situação confluíam, paradoxalmente, esquerdistas, conservadores e liberais. Os primeiros, porque achavam que o Estado era assim, porque era um instrumento na mão dos grupos dominantes. Os segundos, porque continuavam nostálgicos da sociedade de Antigo Regime, organizada em hierarquias políticas tradicionais, repartida em esferas de poder dominadas pelos notáveis; não conseguindo, por isso, desligar o Estado do projeto democrático, anti-feudal, secularizador; até aos meados do séc XX, a Igreja católica inclinava-se francamente para estes pontos de vista, condenando o “modernismo político”, ou seja, a democracia representativa. Os liberais (e neo-liberais), porque criam que a forma mais natural e livre de organizar a sociedade era deixar funcionar livremente as suas dinâmicas espontâneas, quer elas se manifestassem na ordem doméstica, quer na ordem económica, quer nas hierarquias; este foi o património do liberalismo económico clássico; do ordo-liberalismo centro-europeu, depois da II Guerra Mundial; do neo-liberalismo norte-americano, da mesma época; e, mais recentemente, dos partidários de um “Estado-garantia” (Gewährleistungsstaat)³⁰.

³⁰ Que, crendo que deve haver uma garantia pública de certas prestações (isto seria a sua face social-democrática), entendem que o Estado deve contratualizar com organizações da sociedade civil a efetivação dessas prestações, em vez de “totalitariamente e ineficientemente” as tomar diretamente a seu cargo (face liberal). Os custos para o Estado desta “contratualização” raramente são ponderados no cálculo comparado da eficiência das duas soluções.

Ao mesmo tempo, o pensamento sociológico valorizava – seguindo uma linha de reflexão que vinha do início do séc. XX³¹ – elementos de regulação social existentes fora do Estado: a família, as comunidades locais, os grupos étnico-culturais, as comunidades emigrantes ou minoritárias, etc., propondo um pluralismo jurídico que levasse em conta estes fatores de regulação “ao nível do solo”³². Já nos finais do sec. XX, este pluralismo é apropriado pelo liberalismo, reclamando para os grupos surgidos no ambiente dos negócios e noutros setores da sociedade esse estatuto de produtores autónomos de normas sociais. Bastante incoerentemente, estavam, porém, pouco dispostos a reconhecer a grupos subalternos (como os emigrantes, as organizações de trabalhadores, os movimentos ecologistas, etc.) a mesma legitimidade para criar normas jurídicas.

Finalmente, a teoria de uma sociedade informacional destacava que a dinâmica da comunicação e da criação de saber tinha ganho um tal ímpeto e uma tal complexidade que tornava ilusório que uma só entidade – mesmo tão complexa como o Estado – pudesse reunir o saber necessário para regular apropriadamente a complexidade crescente da sociedade³³.

³¹ V. a minha Cultura jurídica europeia [...], cit, 292-305.

³² V. o eu livro, *Cultura jurídica europeia [...]*, cit. 358-359; António Manuel Hespanha (coord.); *Lei, justiça, litigiosidade. História e prospectiva*, Lisboa, Gulbenkian, 1993; ou, mais recentemente, Antônio Carlos Wolkmer e tal., *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva, 2010 (com um artigo meu - “Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo - Perplexidades dos nossos dias”, 139-172). Muito interessantes e vivos, alguns vídeos de M. Foucault e N. Chomsky acerca das formas não estatais de condicionamento/regulação no mundo de hoje. Michel Foucault, sobre o disciplinamento social: I - <http://www.youtube.com/watch?v=Xk9uLS76PW8>; II - <http://www.youtube.com/watch?v=oEsEgwYdzlA>; N. Chomsky, sobre o condicionamento do mercado, <http://www.youtube.com/watch?v=krHOcL-you4>; N. Chomsky, sobre o condicionamento político: 00 - <http://www.youtube.com/watch?v=mVo1lQXzmsu>; 01 - <http://www.youtube.com/watch?v=ku61SbBexzw>; 02 - <http://www.youtube.com/watch?v=XKW-Ymh93g>; 03 - <http://www.youtube.com/watch?v=a7UODZZ-4M>; 04 - <http://www.youtube.com/watch?v=RAiWItKvDoo>.

³³ Cf., sobre o conceito e aplicação ao direito, Alvin Toffler, *The Third Wave*, N.Y., Bantam Books, 1980; *Powershift: Knowledge, Wealth and Violence at the Edge of the 21st Century*, N.Y, Bantam Books; 1990. Sobre o governo e o direito nesta era, v. Karl-Heiz Ladeur, *Public Governance in the Age of Globalization*, London, Ashgate, 2004; Lars Viellechner, "The Network of Networks: Karl-Heinz Ladeur's Theory of Law and Globalization", (http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol10No04/PDF_Vol_10_No_04_515-536_SI_Articles_Viellechner.pdf) (reunião em livro de todos os contributos desta rica discussão das posições teóricas – hoje fundamentais – de K.-H. Ladeur, em Ino Augsberg, Tobias Gostomzyk, Lars *Iusgentium*, v.12, n.6 - jul/déz 2015

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

Conjunturalmente, a construção de espaços políticos multi-nacionais – nomeadamente, a União Europeia – ainda potenciou esta progressiva desatenção pelo Estado e pelos seus instrumentos de regulação, que passa a ser frequentemente considerado como uma instituição obsoleta e portadora de interesses paroquiais, por oposição a novas formas globalizadas de organização política que, pelo aumento da sua dimensão, conseguiram garantir formas de regulação mais libertas dos interesses locais e, pelo aumento da concorrência entre pontos de vista, capazes de opções normativas mais racionais. Estes pontos de vista hipervalorizadores dos macro-espacos políticos estão longe de ser unanimemente partilhada; notando-se cada vez mais vozes que recomendam cautela, não apenas perante os riscos - muito visíveis nestes processos - de descaracterização e de subalternização político-cultural das comunidades mais fracas, como também perante os deficits de regulação a que o processo de globalização tem dado origem³⁴, deficits que estão bem patentes no contexto da atual crise financeira e económica.

PLURALISMO E DEMOCRATICIDADE DO DIREITO

Procurámos descrever, nos parágrafos anteriores, como se gerou e em que consiste a compreensão do direito como uma ordem normativa pluralista, algo que caracterizou o direito em toda a sua história na cultura europeia, mas que hoje goza de uma visibilidade teórica quase perdida há mais duzentos anos³⁵.

Em todo o caso, ao longo desses parágrafos também ficou manifesta a preocupação de não sacrificar a essa abordagem pluralista algo que constitui também um dado civilizacional dos nossos dias – a necessidade de o direito se

Viellechner (coord.), *Denken in Netzwerken. Zur Rechts- und Gesellschaftstheorie* Karl-Heinz Ladeurs, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

³⁴ V. Peter B. Evans, Dietrich Rueschemeyer, Theda Skocpol, *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, 1985.

³⁵ Cf. o meu livro *Cultura jurídica europeia [...]*, cit., maxime 4., 8.1. e 8.2..

legitimar a partir do consenso comunitário, ou seja, de não abandonar o paradigma democrático de legitimação. O que não é mais do que a velha ideia de que o direito deve corresponder a uma vontade geral (*generale iussum*), pois apenas pode pretender vincular todos aquilo que for decidido por todos (*quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*³⁶); de que, por outras palavras, não é direito senão aquilo que resultar de (exprimir) consensos alargados e inclusivos³⁷. Até porque isso á a condição de eficácia e dos efeitos sociais estabilizadores que as normas jurídicas pretendem.

Alguns autores têm posto esta questão, duvidando que, se observarmos fielmente a pluralidade de direitos em vigor numa comunidade, possamos legitimar todos esses direitos do ponto de vista democrático, ou seja, afirmar que todos eles decorem de uma vontade generalizada dos destinatários³⁸. Provavelmente, isto é verdade, porque muitos das normas que se manifestam na vida da comunidade promovem apenas interesses parciais (normalmente, dominantes ou hegemónicos), que estão longe de recolher um consenso global e, por isso, de serem democraticamente legitimáveis. Perante isto, é difícil garantir a sobrevivência da legitimação democrática num contexto normativo pluralista se não introduzirmos uma distinção conhecida – a distinção entre vigência e validade –, tomando aqui validade como significando “vigência como direito”. E, suplementarmente, caracterizando a “vigência como direito” como a vigência que pode conduzir a uma regulação geral e inclusiva³⁹, estabilizadora para todos os destinatários, por

³⁶ Interpretando este *dictum* num sentido que é uma extensão do sentido original: aquela norma que abrange todos deve ser aprovada por todos).

³⁷ Podem vigorar outras normas na comunidade que careçam desta característica da inclusividade; mas não serão, por isso, normas jurídicas (mas de solidariedade grupal, de defesa de interesses particulares, de comportamento egoisticamente orientado). E, se alguma instância jurisdicional as considerar como jurídicas, elas oferecem poucas garantias de constituir uma moldura regulativa sustentável, pois estarão continuamente sujeitas à crítica deslegitimadora dos que não participaram no consenso imperfeito que as estabeleceu.

³⁸ Karl-Heinz Ladeur, “Globalisation and the conversion of democracy in polycentric networks: can democracy survive the end of the Nation State?”, *EUI working paper Law no. 2003/4* = <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/199/law03-4.pdf?sequence=1>.

³⁹ E não apenas local e parcial (de parte, enviesada [*biased*]).

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

assentar num consenso alargado e inclusivo (quod omnes tangit ab omnibus approbari debet).

A fórmula que parece capaz de compatibilizar as duas coisas – a realidade do direito na atualidade e um modelo de legitimação que, embora em risco, parece que tem que ser salvaguardado, tanto por razões de política, como por razões de eficácia – poderá ser algo como: o direito é aquilo que a comunidade reconhece como tal, não apenas por resultar dos processos de manifestação da vontade comunitária próprios do Estado democrático, mas também por ser reconhecido como tal por instâncias cuja legitimidade para fixar o direito também se pode constatar ser reconhecida pela mesma comunidade. Ou seja, observando uma certa comunidade, nós podemos determinar (i) que normas são nela reconhecidas como estipulando o que é direito e (ii) a que instâncias ou instituições atribui ela a legitimidade para levar a cabo esse reconhecimento do direito. Ou seja, o Estado perderia o papel de representante exclusivo da comunidade; talvez perdesse mesmo o papel de seu representante por defeito. Em vez dessa instituição formal e uma vez por todas, pelos processos da democracia representativa e do mandato político, de um porta-voz oficial e exclusivo para declarar o direito, a comunidade reservaria para ela, embora por intermédio de distintas instituições e processos, esse reconhecimento, fazendo isso no próprio curso da vida.

Ao aceitar, no curso da vida, processos e normas de regulação e de resolução de litígios, a comunidade vai tornando manifestas as instâncias a que reconhece legitimidade para declarar o direito, bem como as formas idóneas dessa declaração. Neste contínuo processo de reconhecimento de porta-vozes para a declaração do direito, a comunidade revela o seu dinamismo e complexidade. A lista vai evoluindo, de forma nem sempre consistente; haverá sobreposições, porta-vozes que não declararão normas totalmente compatíveis, instâncias cujo reconhecimento comunitário se vai fortalecendo, enquanto que o de outras vai enfraquecendo. Porém, a comunidade revela também as hierarquias das suas creditações para dizer o direito. Haverá normas e instituições que aparecem creditadas mais enfaticamente, sendo os seus mandatos reconhecidos como tendo

maior peso. Nos Estados constitucionais da atualidade, isto tenderá a acontecer, no plano normativo, com a Constituição e as leis, e, no plano jurisdicional (i.e., de declaração do direito < ius dicere), e com os tribunais supremos ou constitucionais. Mas é também natural que normas que se referem a valores civilizacionais cruciais – como as que protegem valores supremos no âmbito de uma certa cultura (simplificando um pouco, direitos humanos⁴⁰) – sejam reconhecidas com grande ênfase e prioridade. Tudo isto vai sendo objeto de observação, numa espécie de verificação dos resultados de um plebiscito de todos os dias.

Esta perspetiva – a que poderemos chamar realista (por oposição à perspetiva formalista do estadualismo clássico) – permite compatibilizar (i) uma noção de direito que se mantém atenta ao evoluir do modo como, na vida real, se identifica o direito com (ii) uma legitimação democrática deste. Porém, esta compatibilização entre pluralismo e princípio democrático implica uma certa reformatação de um e de outro conceito. O conceito de pluralismo tem que sofrer uma restrição: nem todas as normas que se observe vigorem na comunidade são direito, pois a vigência tem que ser genericamente reconhecida como jurídica (como vigência de direito válido, suscetível de uma aceitação generalizada) pela comunidade. Mas o conceito de democracia também teve que ser enriquecido e flexibilizado, no sentido de abranger mais do que os processos formais de expressão da vontade popular que conduziam à lei ou à constituição; incorporando agora também processos de consensualização que decorrem fora do Estado, a diferentes níveis e segmentos da vida comunitária, mas que esta vai reconhecendo como adequados a identificar o direito; assim como outros que Estado vai incorporando, como os da democracia participativa.

Esta ideia de acrescentar à observação da vigência efetiva das normas a observação do seu efetivo reconhecimento comunitário alargado como direito parece permitir uma abordagem do direito que respeita a vida, mas apenas na medida em que esta vida seja, tendencialmente, a vida de todos, atenta aos pontos

⁴⁰ Simplificamos, na medida em que o conteúdo dos chamados “direitos humanos” é diferente consoante os contextos culturais e políticos; melhor seria dizer, “direitos humanos, seja qual for o sentido em isto seja entendido em cada contexto.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

de vista, interesses e valores de todos, reconhecendo como direito o conjunto de normas estabilizadoras e consensuais para todos.

DEMOCRATICIDADE, AUTORIDADE, PRUDÊNCIA, ARGUMENTAÇÃO

A questão da democraticidade do direito relaciona-se, em particular, com o papel dos juristas na sua revelação. Durante praticamente toda a história do direito ocidental que foi reconhecido aos juristas uma especial capacidade para revelar as regras de direito, a partir da capacidade que teriam, ou de penetrar na “natureza das coisas” e de extrair regras naturais de regulação⁴¹, ou de descobrir, por detrás do texto da norma, o seu sentido profundo⁴², ou de encontrar soluções generalizáveis (regras) a partir de casos particulares⁴³. Esta perspetiva tem conduzido a uma objeção que frequentemente se formula ao princípio democrático: a de que – tal como na matemática, na biologia ou na sociologia – a legitimidade do direito não se mede pelo padrão da democraticidade, mas pela autoridade “científica” - pela “racionalidade” / “razoabilidade” - das suas proposições. Objeção que percorre toda a história do direito ocidental, mas que se tornou mais agressiva em relação aos sentimentos muito compartilhados acerca do bom governo, desde que o princípio do direito democrático se estabeleceu, no período contemporâneo, dando preferência a um direito assente sobre a vontade popular, expressa pelos mecanismos da democracia representativa (um “direito maioritário”), em relação a um direito fundado num saber especializado de um grupo de letrados⁴⁴.

Estas ideias de um direito baseado na autoridade doutrinal assentam em conceções do direito e do saber jurídico hoje mais do que controversas: a de que

⁴¹ “Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia”, Ulpiano, Dig. Iust., 1,1,10,2.

⁴² “Scire leges non hoc est: verba earum tenere, sed vim ac potestatem”, Celso, Dig. Iust., 1.3.17.

⁴³ “Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat”, Paulo, Dig. Iust., 50.17.1.

⁴⁴ Neste sentido, um direito “contra-maioritário” (*counter-majoritarian*, na expressão de Alexander Bickel, *The least dangerous breach*, Bobbs-Merrill, 1962.

existe uma natureza das coisas independente das situações e contextos concretos, a de que as normas têm sentidos fixos e herméticos e a de que os juristas se podem libertar das pré-compreensões, limitações e componentes corporativas ou subjetivas dos saberes e obter um saber neutro, objetivo e generalizável que as transcenda. O estado da arte no domínio da teoria dos saberes e dos discursos aponta, pelo contrário, para a ideia de que há muitos ingredientes no discurso dos juristas que traduzem convicções prévias (pré-compreensões) pouco refletidas ou apenas exprimem pontos de vista interessados e parciais e não perspectivas geralmente consensuais ou que respondam a interesses e expectativas neutrais e geralmente aceites⁴⁵. Para além disto, a ideia de que o direito corresponde a uma ordem consentida pela comunidade é incompatível com a conceção de que a declaração do conteúdo dessa ordem esteja monopolizada por uma elite, com um discurso frequentemente obscuro e pouco controlável por uma discussão acessível ao entendimento comum. Há séculos que – como se disse - se afirma como princípio jurídico que “o que toca a todos deve ser aprovado por todos” (quod ad omnes tangit, ab omnibus approbari debet); e isso implica um tipo de diálogo que todos dominem, para que o possam aprovar de forma refletida.

É também esta necessidade de um controlo generalizado sobre o processo de determinação do direito que obriga à crítica de propostas sobre a existência de princípios jurídicos, positivos, mas não necessariamente explicitados de forma completa na Constituição ou nas leis⁴⁶. A questão que aqui se põe é dupla: não apenas a da necessidade de dar um conteúdo preciso, descritível, partilhável, controlável, a esta forma de “positivação” do direito, mas também a de

⁴⁵ Um artigo recente sobre os méritos e deméritos do direito doutrinal no atual panorama jurídico europeu aponta, justamente, o peso destas pré-compreensões e ideias feitas na produção doutrinal sobre direito comunitário: “Why is European legal research so overwhelming policy driven? Why are there so many implicit assumptions in scholarly legal publications [...]. It is not an important academic responsibility for legal scholars studying EU law to test those implicit assumptions instead of taking them for granted?” (Rob van Gestel e Hans-W. Micklitz, “Revitalizing doctrinal legal research in Europe. What about methodology?”, EUI working papers, Law 2011/05, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16825/LAW_2011_05.pdf?sequence=1); embora a resposta do autor implique que estes fatores de distorção da doutrina jurídica podem ser afastados por da teoria e dos métodos do saber jurídico.

⁴⁶ Como pretende R. Dworkin, numa posição que encontro ecos fortes na Europa; cf., para crítica ao cognitivismo de Dworkin, o meu livro, *O caleidoscópio do direito [...]*, cit, 135 ss..

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

compatibilizar a existência deste direito hermético, escondido no bojo de um saber só acessível a poucos, com o fundamento democrático que rege os modernos Estados constitucionais. Ou seja, de que modo é que os estes princípios apenas implícitos podem ser referidos ao consenso popular, elemento legitimador básico do Estado democrático ? A este propósito, há quem tenha considerado que atribuir aos juristas – como, em geral, aos tecnocratas – o poder para revelar - ou ponderar mutuamente - princípios jurídicos seria substituir o consenso alargado e inclusivo pelos consensos internos de um grupo corporativo⁴⁷ assentes nos seus pontos de vista particulares, egoístas ou não, sobre os equilíbrios de interesses desejáveis numa sociedade.

Há, porém, quem entenda que os consensos dos juristas sobre o direito poderiam ser tornados compatíveis com o princípio democrático se, por um lado, os seus pressupostos e motivações fossem explícitos, acessíveis, transparentes, de modo a que pudessem ser objeto de escrutínio e discussão públicos. E, por outro lado, se essa discussão pública pudesse convertê-los em consensos públicos assumidos por todos⁴⁸.

Este processo de conversão de um consenso restrito num consenso alargado, como forma de atribuir à doutrina jurídica uma legitimidade de tipo democrático, obrigaria a discutir duas questões. A primeira é a de saber como tornar geralmente acessível e controlável um discurso especializado. A segunda, a de saber se a intervenção de especialistas esclarece ou não a discussão pública. A primeira questão remete para a teoria da argumentação jurídica. A segunda para o papel dos especialistas na “racionalização” das opções públicas.

⁴⁷ Cf., por último, Karl-Heinz Ladeur, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr, 2004.

⁴⁸ Nos termos da teoria de J. Habermas sobre a legitimidade dos consensos estabelecidos no “espaço público” (cf. J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (Habilitationsschrift). Luchterhand, Neuwied 1962 (ou Suhrkamp, Frankfurt am Main 1990); *Theorie des kommunikativen Handelns* (1: *Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*; 2: *Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*), Frankfurt a.M., 1981).

À primeira questão procura responder a teoria da argumentação jurídica que tem como objetivo tomar explícitos os argumentos usados no discurso jurídico para fundamentar as decisões⁴⁹. Alguns dos seus cultores⁵⁰ têm dúvidas de que possa fazer mais do que clarificar a tipologia e as regras de uso dos argumentos efetivamente usados num certo contexto de discussão (num certo contexto jurídico), sem tentar averiguar da validade geral de cada argumento e das respetivas regras de uso⁵¹. Trata-se de uma posição relativista quanto ao conhecimento jurídico, que apenas pretende descrever quais são os argumentos realmente recebidos como válidos numa certa comunidade de locutores (num certo auditório); se estas perspetivas contém algum momento normativo, ele consiste apenas em determinar a que regras deev obedecer o uso de um argumento para este ser recebido como válido nesse contexto discursivo. Neste sentido, tem um paralelo estreito com as posições realistas no domínio da teoria do direito, as quais também apenas se preocupam com as regras de reconhecimento de normas jurídicas em vigor no âmbito de uma certa ordem jurídica e não com uma sua validade independentemente do contexto. Apesar das suas limitadas pretensões, este entendimento da teoria da argumentação já contribui de forma importante para a tal conversão de um consenso entre especialistas num consenso generalizado, pois torna mais explícitas e claras as razões dos juristas, facilitando a sua verificação (intersubjetiva) por uma comunidade comunicativa mais alargada. Deste modo, verificam-se ganhos na transparência, objetividade, acessibilidade e legibilidade das opções normativas dos juristas, de modo que o debate sobre elas pode ser alargado

⁴⁹ Literatura vastíssima: saliento, como panorama e síntese de um especialista com grande influência, Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007 (disponível em <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/01/00168-las-razones-del-derecho-teorias-de-la-argumentacion-juridica-manuel-atienza.html>); *Las piezas del derecho*, Madrid, Ariel, 2004; *El derecho como argumentación*, Madrid, Ariel, 2006.

⁵⁰ V.g. Ch. Perelman, *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*, com Lucie Olbrechts-Tyteca, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009; e Stephen Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, 1958. Estes autores evoluíram para posições mais assertivistas quanto à possibilidade de determinar em geral a força dos argumentos.

⁵¹ Cf. Giovanni Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè Editore, Milán, 1980, maxime, 341-396.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

à esfera pública⁵² e depurado das pré-compreensões e ideias feitas do grupo especializado dos juristas. Embora cada argumento, e suas regras de utilização, não possa ter uma validade objetiva geral, como pretende uma segunda corrente da teoria da argumentação, pois está envolvido em contextos culturais e antropológicos mais profundos, que remetem para o uso da linguagem e as próprias regras da lógica, pelo menos a discussão é recolocada num plano em que os seus pressupostos implícitos são largamente partilhados, pelo que as opções tomadas representam consensos também muito gerais e partilhados⁵³. Uma segunda corrente da teoria da argumentação tem, porém, objetivos mais ambiciosos, pois pretende determinar regras gerais de validade dos argumentos e das suas modalidades de uso, independentes das concretas situações discursivas. Isto implica que haveria soluções jurídicas únicas, independentes dos contextos culturais e sociais em que se desenvolvesse a argumentação jurídica. Esta posição cognitivista (R. W. Alexy⁵⁴, Neil McCormick⁵⁵) reforça, em contrapartida os pontos de vista contra-maioritários, constituindo um argumento desfavorável a uma legitimação democrática do direito: nem um pedigree democrático, ligado à observância dos procedimentos democráticos de formação de normas, estabelecidos pelo modelo do Estado de direito democrático, nem a dependência de um consenso alargado e inclusivo, nem a natureza estabilizadora das soluções jurídicas ligada a um consenso deste tipo, fazem parte dos requisitos de validade

⁵² Esta preocupação é antiga, pois já os humanistas do século XVI propunham que o discurso técnico dos juristas se abrisse a um entendimento popular (*populariter intelligere*): "abstenhamo-nos, na verdade, daquelas discussões que não estão nos usos e costumes da vida e dos povos, porque já Aristóteles advertiu seriamente que a estes não agradam tanto as sentenças e interpretações que são subtis e argutas, quanto as simples e próprias, as quais podem ser usadas na vida comum com maior frequência", escreveu o jurista alemão Elen (século XVII), cit. por Vincenzo Piano Mortari, "Dialectica e Giurisprudenza. "Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI", em *Annali di Storia del Diritto* I(1957), pp. 293-401 (p. 310).

⁵³ Em sentido idêntico, Virgílio Afonso da Silva, "Ponderação e objetividade na interpretação constitucional" em Ronaldo Porto Macedo Jr. & Catarina Helena Cortada Barbieri (orgs.), *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011, 363-380.

⁵⁴ *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M. 1983; Robert Alexy, Hans-Joachim Koch, Lothar Kuhlen, Helmut Rübmann, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden 2003.

⁵⁵ *Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, *Rhetoric and The Rule of Law*, 2005.

das normas; mas apenas a sua consistência com critérios gerais e abstratos de validade argumentativa ou de validade material, definidos autoritariamente por juristas especializados (não apenas em direito, mas em teoria do direito). Ou, como R. Dworkin coloca a questão, com uma verdade objetiva, que paira por cima de consensos e resiste a todas as objeções teóricas de sentido relativista⁵⁶.

A teoria da argumentação pode constituir um quadro para resolver as questões de conflitos de normas num contexto pluralista. Na verdade, já serviu para isso na história da cultura jurídica europeia⁵⁷. Entre os sécs. XIV e XVII, os cultores da dialética jurídica distinguiam, no método jurídico, entre uma *ars inveniendi*, dirigida para a identificação de normas aplicáveis aos casos (apresentadas como argumentos, pontos de vista [Topoi]), e uma *ars iudicandi*, visando a eleição da norma mais provavelmente adequada à resolução do caso. Esta probabilidade de adequação era determinada pelo seu poder persuasivo – pela sua capacidade de suscitar consensos – no âmbito do auditório perante o qual a questão estava a ser discutida. Este auditório não era entendido como um grupo concreto perante o qual se discutia e se julgava o caso, nem como um grupo de especialistas, que discutiam o caso (doctores); mas, antes, como o conjunto das pessoas (dos grupos portadores de interesses) a quem o caso interessava e que, por isso, sobre ele tinham pontos de vista. Na verdade, aqui não se está a falar de coisa muito diferente. Vários ordenamentos são virtualmente aplicáveis a uma situação. Do que a instância jurisdicional tem de tratar é de verificar qual deles suscita um consenso mais alargado, refletido e, logo, sustentável.

Esta questão acerca da relação entre consenso alargado (popular) e consenso restrito (de especialistas) levanta outro assunto pertinente: ainda que não se substitua o consenso alargado por um consenso especializado, que papel podem

⁵⁶ Ronald Dworkin, “Objectivity and Truth: You'd Better Believe it”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 25, No. 2. (Spring, 1996), pp. 87-139. Este artigo, pela sua agressividade, parece-me documentar bem os perigos (anti-democráticos) de desqualificação dos dissidentes contidos nas posições cognitivistas.

⁵⁷ Cf., em síntese, António M. Hespanha, *Cultura jurídica Europeia [...]*, cit., 562; desenvolvidamente, Luigi Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967; para o pluralismo do direito colonial sul-americano, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

ter os juristas como orientadores do debate público alargado ? O tema foi objeto de dois livros sucessivos de Cass Sunstein, defendendo, sucessivamente, dois pontos de vista opostos. Num primeiro⁵⁸ livro, Sunstein adotava uma posição próxima da de J. Habermas, defendendo que uma deliberação pública era tanto mais refletida quanto mais forte fosse a participação nela de especialistas nas matérias discutidas ou na arte de discutir, que introduzissem pontos de vista diferentes dos do senso comum, que submetessem estes últimos a uma análise refletida, produzindo argumentos contra-intuitivos e contra-maioritários, que constituíssem estímulos fortes para dirigir a discussão num sentido de maior exigência de reflexão. Num segundo livro⁵⁹, o autor parte de experiências empíricas que, combinadas com a substituição da influência de J. Habermas pela de F. Hayek, um apologista da racionalidade do conjunto das escolhas no mercado, o encaminham para a posição de que a intervenção de especialistas tem um efeito nefasto na gestação de melhores escolhas, nomeadamente por poder dar origem à formação de círculos de opinião modelados pela influência dos especialistas, mais dogmáticos e fechados ao diálogo ("information cocoons" e "echo chambers") e acriticamente aceites pelos não especialistas. Sunstein não deixa de aplicar esta conclusão a problemas práticos de política do direito, criticando a primazia de um direito modelado pela Supreme Court sobre o direito que corresponda à interpretação popular, embora docilmente guiada (to nudge) por “arquitetos de escolhas” (choice architects)⁶⁰.

O efeito de fechamento sectário salientado por Sunstein na segunda fase da sua obra é tanto mais provável quanto os especialistas – neste caso, os juristas – assumirem uma atitude intelectual mistificadora quanto à autoridade do seu próprio saber, apresentando-o como necessário, inacessível à compreensão dos

⁵⁸ *Republic.com*, Princeton University Press 2002; *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, 2003.

⁵⁹ *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*, Oxford University Press 2006; depois seguido de *Republic.com 2.0* (Princeton University Press 2007; [Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness](#), com Richard Thaler, Yale University Press, 2008; *Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide*, Oxford University Press, 2009).

⁶⁰ Recensão: Ethan Zuckerman. “Cass Sunstein’s “Infotopia””, em <http://www.ethanzuckerman.com/blog/2006/11/30/cass-sunsteins-infotopia/>.

leigos e à sua avaliação. O consenso alargado que se forme por influência de um saber deste tipo corresponde antes a manipulação do que a reflexão, contrariando os fundamentos de um paradigma democrático para o direito. Este é um risco muito presente na discussão pública acerca do direito e, até, do poder, com as opções normativas que daí decorrem. Frequentemente, a discussão pública de questões políticas acerca do modo de regular certos temas é interrompida pela invocação de argumentos autoritários de natureza jurídica (“isso é inconstitucional”, “ofende direitos adquiridos”, “não é juridicamente possível”, “corresponde à aplicação retroativa da lei”, “está em segredo de justiça”, “já está fixado pelos tribunais”). Nenhum destes argumentos é definitivo, embora alguns deles possam ter um peso importante, mas nunca incomensurável com outros interesses a que o direito – como arte prudencial – também tem que ter em conta. E o resultado dessa plurilateral ponderação terá que ser feita por um diálogo inclusivo, alargado, justo e isento de argumentos absolutamente decisivos ou de terrorismo argumentativo.

DEMOCRATICIDADE E ALARGAMENTO DOS ESPAÇOS DE NORMAÇÃO

Um outro exemplo de situações em que o princípio democrático se pode encontrar em risco é o das tensões existentes entre direitos globalizados e o consenso de uma comunidade. O exemplo típico é o do direito comunitário. Na verdade, a “constituição económica” da União Europeia (cujos princípios estão consagrados, nomeadamente, nos arts. 2 e 3 do Tratado da União) tem apenas uma débil legitimação democrática, tal como é débil a democraticidade dos ulteriores tratados que modificaram a natureza, âmbito e atribuições da União. No caso concreto de alguns Estados europeus, acresce que o modelo económico subjacente à constituição económica da Europa é o de um mercado sem grandes restrições⁶¹,

⁶¹ Embora o art.º 2 preveja uma correção dos objetivos económicos por políticas sociais (“A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou ações comuns a que se referem os artigos 3º e 4º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das atividades económicas, um elevado nível de emprego e de proteção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

bastante diferente daquele que subjaz a algumas constituições nacionais, estas baseadas na vontade constituinte do povo, que – como, v.g., a portuguesa e a italiana – preveem políticas económicas muito mais interventoras (cf. CRI, art.º 41⁶²; CRP, art.º 1; Tit. III, cap. I).

A questão é de considerável importância, na medida em que o direito comunitário goza de eficácia interna direta. De facto, a doutrina da aplicação direta interna do direito comunitário, mesmo contra as disposições da lei e das Constituições dos Estados membros, foi sendo estabelecida autonomamente pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, hoje Tribunal de Justiça da União Europeia, desde há mais de 40 anos⁶³, sem que tal estivesse contido nos tratados fundadores nem tivesse sido objeto de decisões dos cidadãos ou órgãos representativos dos Estados membros, pelo menos até há muito pouco tempo. Daí que tenha surgido nas cenas jurídicas nacionais um direito sem qualquer pedigree democrático. Embora, em alguns casos, este direito forçasse à inclusão no processo de achamento das soluções jurídicas de interesses e perspetivas alheias aos direitos nacionais. Por exemplo, o direito comunitário promoveu a não discriminação de não nacionais pelo direito de trabalho e previdência social de cada Estado membro; estabeleceu a liberdade contratual de atletas profissionais; vai quebrando certos monopólios corporativos quanto à propriedade de estabelecimentos comerciais (v.g., farmácias). E, em casos como estes, tornou o consenso normativo mais

convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de proteção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-Membros”), as alíneas do art.º 3, n.º 1, reduzem estes objetivos “sociais” ao previsto nas alíneas: i) (Uma política social que inclua um Fundo Social Europeu); j) (O reforço da coesão económica e social), k) (Uma política no domínio do ambiente); o) (Uma contribuição para a realização de um elevado nível de proteção da saúde); p) (Uma contribuição para um ensino e uma formação de qualidade, bem como para o desenvolvimento das culturas dos Estados-membros); q) (Uma política no domínio da cooperação para o desenvolvimento). V. textos em <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/index.htm> (o citado, versão de Tratado de Roma depois da atualização de Nice: http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/12002E/htm/C_2002325PT.003301.html).

⁶² “L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali” (cf. <http://www.quirinale.it/costituzione/costituzione.htm>).

⁶³ V. António M. Hespanha, *O caleidoscópio do direito [...]*, cit., 16.1.1..

inclusivo e as soluções jurídicas que daí decorrem mais estabilizadoras e, logo, mais democráticas.

Uma outra ilustração do mesmo problema. A centralidade da soberania constituinte do povo – centralidade política e jurídica da Constituição – convive com algo que também pode ser encarado como um património do Estado democrático: a valorização dos direitos humanos como um ordem jurídica autónoma, decorrente de um valor irrenunciável - a dignidade humana - e superior à própria vontade popular; vontade, por isso, limitada, e não soberana⁶⁴. Se atendermos a que o conceito de dignidade humana não pode ser definido de forma unívoca, pois está ligado a valores culturais e, até, à sensibilidade de cada um, entendemos facilmente que, na tradição constitucional e política ocidental e ainda nos dias de hoje, o primado da vontade constituinte do povo e a garantia dos direitos humanos não tenham sido e não sejam ainda, frequentemente, valores facilmente acomodáveis. Nisso se traduz a conhecida polémica oitocentista entre “democratas” (partidários da vontade geral como supremo critério de justiça: liberdade = participação) e “liberais” (defensores dos direitos humanos como esfera de proteção de cada um contra a vontade das maiorias: liberdade = garantia)⁶⁵. Somar “primado da soberania popular” com o “primado dos direitos humanos” pode, por isso, ser uma soma de valores de sinal contrário, em que ambos mutuamente se anulam. Pode, de facto, acontecer que uma cartilha de direitos não coincida com aquilo que uma comunidade acha que deve ser reconhecido como prerrogativas ligadas à dignidade humana. Ou que, numa situação em que valores orientadores têm que ser confrontados uns com os outros, pode acontecer que se entenda que estes direitos têm que ser confrontados com deveres (de solidariedade, de salvaguarda do bem comum, de direitos de outras pessoas, etc.) que podem limitar o alcance concreto de certos direitos⁶⁶. Pode dizer-se que, posta a questão num plano formal, não é

⁶⁴ Cf., sobre esta acoplação constitucional, Maria Lúcia Amaral, *A forma da república [...]*, 199 ss..

⁶⁵ Cf. A. M. Hespanha, *Guiando a mão invisível [...]*, cit., 11.2.

⁶⁶ Cf. António Manuel Hespanha e Teresa Pizarro Beleza, “On witches, fairies and unicorns. Perplexities about an apparently neat idea (Are Human Rights a dire illusion?)”, a publicar, em Julio Pinheiro Faro (coord.), “On witches, fairies and unicorns. Perplexities about an apparently neat idea *Iusgentium*, v.12, n.6 - jul/déz 2015

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

muito difícil comprovar que existe consenso sobre o facto de as pessoas serem portadoras de direitos inerentes à sua personalidade. Todavia, se se passar de um plano meramente formal, para um plano substancial, este consenso desaparece rapidamente, pois falta uma enumeração verdadeiramente universalista de “direitos humanos”. Se compulsarmos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948 pela Assembleia Geral da ONU ⁶⁷, e testarmos a probabilidade de cada um dos direitos aí evocados ter uma aceitação universal, surgem-nos dúvidas de que isso aconteça em muitos artigos ⁶⁸. Sendo também certo que, sem exceção, todos estes direitos se formaram na tradição política ocidental, não deixando de ser insólito que as culturas políticas não europeias não tenham conseguido introduzir no catálogo nem um único valor político próprio – desde a solidariedade familiar e comunitária e o respeito pelos mais velhos ou mais cultos, da tradição confuciana, à caridade e hospitalidade, da tradição muçulmana, à resistência pacífica, da tradição política hindu, ou à propriedade coletiva da terra, de tantos povos africanos e americanos ⁶⁹.

A forma de compatibilizar as duas grandezas é reduzi-las a um denominador comum – e esse dominador comum é constituído pela verificação de que um certo catálogo de direitos humanos foi concretamente recebido como consensual na comunidade a que nos reportamos ⁷⁰. O que se pode verificar pela sua constitucionalização ou por outra forma inequívoca de receção, das várias que podem existir numa situação de pluralismo jurídico.

(Are Human Rights a dire illusion ?)”, a publicar em Julio Pinheiro Faro (cord.), *O tempo e os direitos humanos: entre a eficácia pretendida e a conquistada*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011; António M. Hespanha, *O caleidoscópio do direito [...]*, cap., 355 ss.; Mary Ann Glendon, *Rights talk. The impoverishment of political discourse*, New York, The Free Press, 1991;

⁶⁷ Cf. <http://boes.org/un/porhr-b.html>.

⁶⁸ Cf. António M. Hespanha, *O caleidoscópio do direito [...]*, cit., 355 ss..

⁶⁹ V. Boaventura Sousa Santos, “Towards a multicultural conception of Human Rights”, em *Zeitschrift f. Rechtssoziologie*, 18(1997) 1-18.

⁷⁰ Cf. António M. Hespanha, *O caleidoscópio do direito [...]*, cit., 355 ss..

De alguma forma, este requisito de apropriação “local” de catálogos universais de direitos corresponde àquilo a que se tem chamado “glocalização”: o mais provável é que o direito funcione mal - que dê origem a maus resultados (insatisfatórios, perturbadores ou pouco estabilizadores das relações sociais) – quando é estendido para fora do seu “ambiente” de origem. Por isso é que as operações de importação ou exportação de soluções jurídicas (legal transfers) não conduzem, geralmente, a bons resultados. O mesmo se passa com decisões de adotar direitos “globais”; nunca é certo que produzam os resultados esperados, pois há fatores do ambiente “local” que distorcerão os modelos jurídicos “globais”, dando-lhes “um tom” local. O mais certo é que os projetos de globalização do direito acabem por dar origem a um direito “glocal”⁷¹, ou devam mesmo transformar-se nisso para serem localmente aceitáveis.

GOVERNAÇÃO PLURALISTA E FEITURA DAS LEIS

Mesmo antes da sua aplicação, as normas podem ter ou não a virtualidade de realizar a sua função estabilizadora. Isso depende de, no processo da sua feitura, se terem observados boas práticas, ou seja, práticas destinadas a promover a aceitação consensual da norma nos vários setores da vida que elas visam estabilizar, de modo a promover um acordo sobre a solução genérica que elas estabelecem.

Por outras palavras, uma norma de direito do trabalho não é boa apenas por o seu processo de feitura ter obedecido aos requisitos formais previstos nas constituições dos Estados democráticos. Tão pouco é boa apenas por na sua feitura terem intervindo os melhores técnicos de direito, os melhores consultores jurídicos,

⁷¹ Ou seja, composto de elementos globais e locais. Uma boa ilustração em Shalini Randeria, “Glocalization of Law: Environmental Justice, World Bank, NGOs and the Cunning State in India”, *Current Sociology*, May/July 2003, Vol. 51(3/4): 305–328 (também em SAGE Publications (London, Thousand Oaks, CA and New Delhi), www.sagepublications.com). Pistas sobre o conceito de glocalização, em <http://en.wikipedia.org/wiki/Glocalisation>. Este mesmo objetivo - de mapear e exemplificar as relações entre várias ordens jurídicas concorrentes de âmbito diferente - é um capítulo do livro de um notável jurista brasileiro, Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, 2009.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

os mais famosos escritórios de advogados. Ou por, no processo de consulta prévia a que for sujeita, for apenas aceitável (pelos gestores) no universo da prática gestonária das empresas, mas não no universo da práticas dos trabalhadores; isto porque, enquanto teria um efeito estabilizador no primeiro universo, teria, pelo contrário, consequências desestabilizadoras no segundo. E, por isso – por causa deste seu caráter parcial ou enviesado – tal lei não favorece a realização sustentada das expectativas de todos os intervenientes na prática empresarial e económica. Suplementarmente, deve ainda concitar o consenso de outros grupos de cidadãos que sofrem o seu impacto colateral (candidatos a emprego, contribuintes e muitos outros grupos sociais, pois o direito do trabalho não é algo que diga respeito apenas a empregadores e empregados, antes tem um forte efeito sistémico sobre toda a sociedade). Outro exemplo (hoje bem atual): uma norma que desresponsabilize os administradores de (por exemplo) sociedades financeiras pelos resultados a longo prazo da sua gestão, mesmo para além do horizonte dos seus mandatos, sendo porventura consensual no mundo dos gestores (sobretudo dos temerários e levianos), não corresponde às expectativas nem de acionistas, nem de utentes, nem de terceiros que possam ser afetados pela gestão imprudente e egoísta, ditada apenas pelo desejo dos gestores de maximizarem os lucros (e os seus prémios de produtividade) durante os seus mandatos.

Por isso, uma norma de direito (bem como uma sua concretização para um caso específico) é boa (i) se se funda em consensos informados e refletidos; (ii) se corresponde à satisfação de expectativas gerais; ou (iii) se gera a possibilidade de produção de conhecimento e de modelos experimentais de solução, mesmo se baseados apenas no conhecimento fragmentário dos problemas e das soluções permitido pela dinâmica social. A maneira de conseguir isto será uma ligação mais estreita entre o processo de decisão normativa, o conhecimento controlado e refletido e a experiência partilhada ⁷². Parte disto pode ser, apesar de tudo razoavelmente garantido pelo cumprimento das normas constitucionais sobre o

⁷² V. sobre a importância de um conhecimento complexo, refletido e sensível ao *feedback* social para a criação de boas normas, K.-H. Ladeur, *Kritik der Abwägung [...]*, cit..

processo legislativo, nomeadamente se elas integraram processos de participação e de concertação que se somem aos requisitos tradicionais de aprovação parlamentar.

CONCLUSÃO

Voltamos à questão inicial.

De que modo é que, nesta época de um direito que a observação da prática jurídica nos mostra manifestar-se a muitos níveis para além do do Estado, é que se pode salvaguardar – sem forçar a realidade das coisas – o princípio da legitimação democrática do direito, um dos elementos centrais dos fundamentos dos Estados constitucionais avançados ?

A dificuldade central é, como vimos, a de saber a quem cabe decidir quais são as normas - de entre aquelas que regulam comportamentos sociais e cuja vigência efetiva pode ser observada - que são normas jurídicas e em que âmbito comunitário é que o são ?

Se não resolvermos este problema, o direito tornar-se-á incerto, tornando também incertas as normas de convívio, destruindo, com isto, os fundamentos da ordem social, ou entregando esta à discricionariedade das forças sociais hegemónicas.

Se o resolvermos confundindo vigência com validade – ou seja, reconhecendo como jurídicas todas as normas que se comprovar que vigoram na sociedade – não será mais possível relacionar este universo normativo com uma qualquer legitimação democrática, para além de – sendo essas normas o produto dos grupos sociais mais poderosos – cairemos, não já numa anarquia hegemónica, mas sim numa regulação hegemónica, que já hoje se deixa claramente antever.

Ou, então, como há uma grande pressão social para que isto não aconteça, se entregarmos a sua resolução a um grupo de especialistas, este passará a dispor

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

do poder de decidir o que é direito, frustrando o tal princípio que parece estabelecido nos modernos Estados democráticos – o princípio de que o direito tem por base o consenso da comunidade (e não apenas a autoridade de uma elite social, cultural ou política).

Qualquer das vias conduz, portanto, a um abandono do princípio de legitimação democrática do direito.

Um início de resposta que, ao mesmo tempo, salvaguarda este princípio e não ignora a realidade de um direito que se manifesta a outros níveis que não o do Estado pode ser: o direito é aquilo que os destinatários – o Povo - estiver, no momento relevante, a considerar como tal. Trata-se de uma resposta denominada de consensualista, porque se baseia na ideia de um consenso tácito quanto ao que vigora como direito.

Este consenso que tem que ter uma generalidade apreciável, não podendo abranger apenas um pequeno número de pessoas, portadoras de uma visão egoísta, parcial, partidária, da ordem social; mas, antes, devendo ser largamente comum a todos os interessados naquele domínio de regulação, incorporando uma perspetiva da ordem social que inclua pontos de vista e interesses diferenciados e diferentes.

Por outro lado, este consenso tem que ser observável, fazer parte da “realidade”; e, por isso, ser suscetível de ser descrito, discutido e comprovado. De outro modo, poderíamos estar a trabalhar sobre versões subjetivas do consenso, como aquelas afirmações tão comuns quanto como inverificáveis (e normalmente manipuladoras): “A esmagadora maioria do povo acha isto ou acha aquilo”. A observação do consenso pode ser levada a cabo por dois processos, não absolutamente coincidentes nos resultados. Pode dizer-se que é consensual uma norma que foi formulada com o acordo da maioria dos membros da comunidade, segundo um processo que também reúne um consenso maioritário; uma norma, portanto, que tem um certificado respeitável de origem (um pedigree). Poderíamos chamar a este consenso, “constitutivo” ou “decorrente do processo”. Ou,

diferentemente, pode dizer-se que é consensual uma norma que – qualquer que tenha sido o processo da sua formulação - obteve um reconhecimento comunitário generalizado, não irritando a sensibilidade social, antes estabilizando as suas expectativas e diminuindo, assim, a incerteza da vida em comum. A esta forma de consenso poderíamos chamar “ratificativo” ou “decorrente do resultado”. Trata-se de processos diferentes de avaliar o consenso; mas têm alguma coisa em comum, pois o primeiro propicia (embora não garanta) o segundo. Enquanto que o segundo indicia (embora de forma mais fraca) o primeiro.

Realçar este requisito de que o consenso tem que ser algo de objetivamente observável visa colocar o direito à vista de todos, impedindo que a sua identificação e a discussão sobre o seu conteúdo sejam monopólio de um grupo de iniciados, como acontecerá se a identificação do direito estiver dependente de critérios obscuros, como a sua conformidade com a justiça, com a moral, com princípios implícitos na ordem jurídica, etc.⁷³.

Na verdade, os riscos que ameaçam hoje o princípio democrático do direito decorrem, em grande parte, da submissão do direito querido ou aceite consensualmente pelo povo a esses “valores” que escapam ao controle da sensibilidade jurídica popular⁷⁴.

Nomeadamente, a consensualidade entre os juristas – a quem geralmente se reconhece uma capacidade especial para descortinar esses “valores” mais fundamentais (e também mais “escondidos”), mas que frequentemente tendem a

⁷³ Mesmo normas tão fulcrais como as que definem os direitos do homem têm que ser manifestamente aceites por uma comunidade; entregar a sua definição à especulação filosófica ou à sensibilidade jurídica de cada um, ou de um grupo de especialistas pode significar sacrificar a sensibilidade consensual de uma comunidade a visões ideológicas de grupos; v., Michel Troper, “Le positivismo juridique et les droits de l'Homme”, em *Recherche, Droit et Justice. Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice*, 26(printemps-été 2007) (<http://www.gip-recherche-justice.fr/>); António M. Hespanha e Teresa Pizarro Beleza, “On witches, fairies and unicorns. Are Human Rights a dire illusion? [Perplexities about an apparently neat idea]”, cit..

⁷⁴ Este problema não é de hoje. Ao longo de toda a cultura jurídica ocidental se notou esta tensão dramática entre a sensibilidade jurídica popular e aquilo que os juristas letrados diziam ser direito (cf. António M. Hespanha, “Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique”, *Ius commune*, Frankfurt/Main, 10(1983) 1-48; versão portuguesa, *Revista crítica de Ciências Sociais*. 25/26 (1988) 31-60). Só que, hoje, o primado de uma definição de direito próxima dos sentimentos comunitários de justiça é uma exigência do nosso particular modo de legitimar o poder e o direito – a legitimação democrática.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

ter uma visão acentuadamente corporativa do mundo e consideravelmente diversa das valorações sociais mais comuns – deve ser prudentemente confrontada/acomodada com o consenso que se forma em setores alargados da sociedade, nomeadamente naqueles que são portadores de interesses (direta ou indiretamente) relevantes naquele domínio de normação.

Decisiva, portanto, deve ser a identificação do direito com aquilo que uma comunidade manifesta reconhecer como tal, ou de uma forma solene e refletida⁷⁵ – como acontece com a Constituição, as leis e as normas reconhecidas legítimas emanadas de autoridades legítimas -, ou de forma menos solene, quando expressa uma aceitação generalizada de normas jurídicas identificadas como tal por outras entidades que forem - também de forma manifesta, geral e refletida - reconhecidas como idóneas para dizer o direito.

Por outro lado, havendo conflito entre normas jurídicas, parece, nestes termos, que devem prevalecer as que apresentes um grau maior de validade, por serem mais amplos e refletidos os consensos em que se baseiam. É com este fundamento que se pode afirmar que as normas provenientes de órgãos democraticamente legitimados e funcionando segundo princípios democráticos (como a constituição e as leis dos Estados democráticos) devem merecer uma consideração especial face a outras normas em que tal condição de validade não seja tão clara (ou mesmo, em que seja problemática e obscura; v.g., a autorregulação de grupos que ofenda princípios fundamentais da convivência mais alargada; as normas editadas por grupos que defendam interesses particulares, egoístas ou lesivos dos interesses/pontos de vista de comunidades mais vastas; as normas aceites de forma pouco refletida ou provenientes e consensos viciados –

⁷⁵ Por “forma refletida” entende-se um reconhecimento que decorre de uma ponderação de razões contraditórias, incorporando uma atitude crítica; e não de um consenso apressado, acrítico, não ponderado ou induzido pelo senso comum.

não adequadamente inclusivos, obtidos por manipulação, que excluíram o contraditório)⁷⁶.

Estes princípios não são meramente teóricos; eles abrangem necessariamente questões habitualmente pensadas como de técnica jurídica (ou, utilizando outra designação, de dogmática jurídica). Assim, as opções que egermos em matéria de teoria das fontes e em matéria de teoria da norma (v.g., interpretação) terão que realizar esse equilíbrio difícil entre o reconhecimento do pluralismo e os limites deste pluralismo aconselhados por um adequado respeito do consenso comunitário, expresso de forma observável, quanto à conformação do direito.

Estamos a tratar de uma questão de equilíbrios difíceis e problemáticos, onde é arriscado formular regras gerais. Só o caso – confrontado com a ideia condutora de um direito fundado na vontade popular e orientado para a garantia dos interesses e pontos de vista concretos dos indivíduos ou das comunidades - dirá qual é o âmbito com que se deve entender o reconhecimento (local, geral) de uma norma, qual a força (eficácia, hierarquia) que lhe é reconhecida (infralegal, supralegal ou, raramente e com todas as cautelas, supraconstitucional), qual o sentido com que ela foi, é, está a ser, reconhecida.

É com este magra e não muito seguro património de reflexões que deixamos abordado um aspeto menos referida da atual crise dos fundamentos do Estado constitucional de recorte democrático.

APÊNDICE: DIÁLOGO COM UM LEITOR

⁷⁶ Por exemplo, o Ac. do STJ nº SJ200312040034347, de 04/12/2003 ensaia uma certa ponderação entre princípios constitucionais (representatividade, neutralidade e democraticidade das entidades produtoras de direito) e novas realidades normativas não estaduais (autorregulação): “Várias vezes, aliás, em situações algo similares, se pronunciou já o próprio Tribunal Constitucional no sentido de que a liberdade de organização interna e de autorregulação estatutária pode sofrer os limites impostos pela garantia dos princípios de organização e gestão interna democráticas e que se mostrem adequadas e proporcionadas a garantir esses princípios”.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

O caráter compactado do texto anterior torna-o abstrato e aparentemente afastado de questões concretas da prática dos juristas. A reação de muitos leitores será a de procurar lançar pontes entre a proposta do texto e as questões concretas de decidir em direito. As perguntas seguintes, propostas por um leitor do original, poderão contribuir para concretizar alguns aspectos.

P. Entendo que a questão que introduz sobre os problemas de legitimidade de grupos privados para dizerem o direito (dispor de poder jurisdicional) é hoje fulcral. Entendo, porém, que a existência de ordens normativas fora da esfera estadual não leva a uma destruição do edifício normativo estadual, mantendo-se este, assim, fechado a este ambiente normativo “privado”.

R. Se considerarmos que a adoção de uma abordagem pluralista deixa intocado o direito estadual, não estamos a adotar pluralismo nenhum, pois este só teria uma existência nos intervalos deixados pelo direito do Estado. Por isso, o pluralismo não pode aceitar o crivo ou primado absoluto do direito estadual. Este tem que discutir com o direito não estadual âmbitos de vigência e hierarquias mútuas. Serão os “tribunais” (ou instâncias jurisdicionais, no sentido que esclareço abaixo) que determinarão a hierarquia respetiva das (normas estaduais ou não). Porém, com esta precisão: uma opção dos “tribunais” num sentido da primazia de uma norma menos consensual e menos estabilizadora não vai ser, provavelmente, sustentável. A comunidade e os equilíbrios mais consensuais de interesses vão receber mal essa opção; não a vão reconhecer. Como esta irritação social vai atingir as instâncias jurisdicionais, estas serão estimuladas a rever a opção num sentido mais consensual e estabilizador. Por isso é que, no longo prazo, a identificação realista do direito (i.e., realizada pelas instâncias jurisdicionais) há de coincidir com identificação a partir da natureza consensual e estabilizadora das normas.

P. Será que um órgão que se intitula de órgão jurisdicional e se comporta como tal deve ser considerado como tal, no âmbito do pluralismo normativo ? Se sim, porquê?

R. Não. Uma perspetiva realista lida com a “realidade” do direito; ou seja, com o seu efetivo reconhecimento (para evitar objeções epistemológicas ... com aquilo que estipulámos como sendo o seu efetivo reconhecimento ...). Este reconhecimento verifica-se em dois planos: (i) reconhecimento das normas por uma entidade jurisdicional, cuja creditação para dizer direito decorre do seu (ii) reconhecimento comunitário como entidade jurisdicional. Logo, uma norma pode não ser tida como de direito: (i) por não ser reconhecida por uma entidade jurisdicional; (ii) por ser reconhecida por uma entidade que carece de reconhecimento jurisdicional pela comunidade.

P. Poderemos, com base em critérios “realistas”, afirmar que a decisão de um tribunal «estadual» - que decida em última instância não ser direito o quadro normativo de uma entidade «não estadual» - revela uma hierarquia das normas favorável às normas estaduais?

R. Num paradigma pluralista, não podemos estabelecer hierarquias fixas e absolutas de normas. O mesmo acontece, de resto, num paradigma realista, em que tudo depende da configuração das normas de reconhecimento (que identificam entidades jurisdicionais por parte da comunidade, que identificam normas jurídicas por parte das entidades jurisdicionais). Assim, tudo vai depender da configuração (momentânea) da norma de reconhecimento comunitária relativa à hierarquia das entidades jurisdicionais. Nos atuais Estados constitucionais, é de supor que deparemos com uma norma de reconhecimento comunitária que dê bastante peso a tribunais constitucionais ou de última instância e, por sua vez, que a norma de reconhecimento que se infere da sua prática de julgar atribua muito peso às normas constitucionais e legais. Mas isto é apenas uma regra heurística, que é preciso confrontar com a observação.

P. Fiquei com algumas dúvidas sobre a concretização prática das suas posições teóricas. Em primeiro lugar, quanto ao seu entendimento de que apenas caberia aos tribunais dizer o direito. Como devemos proceder se os tribunais - mormente um tribunal constitucional - reconhecerem como direito as normas exigidas pelo respeito da dignidade humana, que representa, na verdade, um princípio meta

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

jurídico ? Poderíamos, por exemplo, identificar, a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional, um conjunto de normas exigidas pelo conceito de «dignidade humana», logo, referidas a valores ideais?

R. Começo por esclarecer que “tribunais”, numa abordagem pluralistas – não podem ser apenas os tribunais oficiais, devendo antes incluir todas as instâncias (Jurisdicionais) a quem a comunidade reconhece muito consensualmente a legitimidade de dizer o direito (“iurisdictio”, para usar a palavra antiga). Uma instância jurisdicional pode reconhecer como norma jurídica uma norma originalmente fazendo parte de outro universo normativo (ética, religião, economia); mas esse reconhecimento tem (nos termos do que disse antes) de se apoiar numa prognose de um consenso inclusivo, para poder traduzir-se num reconhecimento estabilizador e, por tanto, sustentável. Um conceito etnocêntrico de dignidade humana é culturalmente enviesado e traduz pretensões de hegemonismo cultural. Uma vez que toma por base apenas os valores de uma cultura – a dominante – ele constitui uma mitificação, pois tenta fazer passar por natural aquilo que, na verdade, é apenas cultural. Num mundo globalizado e multiétnico não ele é aceite por todos e, por isso, não é sustentável; e, provavelmente, o tribunal irá ter que o rever face à desestabilização social que ele provoca (mais ou menos, de acordo com a abertura multicultural da comunidade).

P. Como concretiza, na prática, consensual inclusivo e estabilizador ? Existe alguma forma de o descobrir? Será feito com base em dados estatísticos? Será que a legitimação que defende não será, de alguma modo, idêntica à dita «consciência social geral»?

R. A observação do consenso faz-se ... observando. Por todos os meios idóneos de observação (não de opinião, nomeadamente sobre os conteúdos da “consciência social geral” [se é que isso existe...; o que não creio]). Há fatores que aumentam a qualidade da observação. Um deles é a existência de “observatórios” de legislação e de jurisprudência (mesmo de doutrina ... faltam estudos sobre o impacto social das correntes doutrinárias ...) que reúnam informação sobre o impacto comunitário, estabilizador ou irritante, das normas jurídicas (legislativas, jurisprudenciais [num

sentido amplo]). Por impacto comunitário entende-se impacto sobre as várias esferas de formação de opinião, incluindo também a fortuna de uma norma ou de uma decisão judicial sobre a jurisprudência futura; e, com todas as cautelas a que se aludiu, a propósito das opiniões dos juristas, da doutrina jurídica. Esta tarefa de reunião de informação é essencial. Porém, enquanto ela não atinge níveis desejáveis, não se pode deixar de decidir. Por isso, terá que se trabalhar com a informação que exista, toda a informação que exista. Neste plano, é necessária uma mudança de mentalidade dos juristas, que os torne abertos (sequiosos, mesmo ...) em relação a toda a informação e não apenas à informação jurídica. Muitos juristas nem sequer sabem onde e como poderão encontrar informação sobre o contexto e impacto sociais das normas jurídicas. Naturalmente que esta mudança de mentalidade há de começar a ser fortemente promovida nas Faculdades de Direito, incorporando conhecimentos não jurídicos e métodos de pesquisa social na educação dos juristas.

P. E o que se faz com os resultados esta observação ? Nomeadamente se eles apontarem para o carácter não estabilizador de uma norma / decisão?

R. Se uma instância jurisdicional chegar a esta conclusão, deve corrigir a norma / decisão que se mostrar não consensual, não estabilizadora, irritante, inválida. Logo se verá – pelo mesmo processo de observação – que consenso obtém a nova decisão. Trata-se, portanto, de um processo iterativo, em que o progresso se faz por tentativas. Na verdade, é assim que o direito evolui: estabelecimento de uma norma e sua substituição em caso de inadequação. Só que, atualmente, o processo de observação e de juízo sobre a inadequação das normas / decisões não tem a preocupação de exaustividade, pouco incorpora dados sobre o impacto social do direito, está frequentemente embebido em juízos de valor opinativos apresentados como descritivos e indubitáveis.

No caso de a avaliação negativa de uma norma / decisão provier de uma instância não jurisdicional (doutrina, opinião pública), ela incorpora-se no património de juízos comunitários sobre essa norma. Logo se verá que peso terá nesse contínuo debate sobre o direito.

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

P. Se bem entendo, a qualificação de um órgão privado enquanto órgão jurisdicional careceria do reconhecimento pela «maioria». Ora, seguindo a sua lógica, isto deixaria, muito provavelmente, de fora um «tribunal eclesiástico», um «tribunal desportivo» ou um «tribunal de uma ordem profissional», pois estes apenas são reconhecidos por uma minoria ...

R. Não se trata da “maioria” (sufragística, digamos) dos membros da comunidade. Mas do mais alargado consenso dos afetados (direta ou indiretamente) pela norma / decisão. Portanto: (i) só se observa a reação dos interessados; (ii) cujo peso no “cálculo do consenso” há de ser proporcional à proximidade dos seus interesses relativamente à norma / decisão. Trata-se, afinal, de um consenso ponderado em função da afetação de cada grupo pela norma / decisão. Se está em causa, por exemplo, uma norma sobre as meras formalidades do reconhecimento civil do casamento católico, primordial no consenso é a opinião dos casados catolicamente; importante é a dos católicos (que possam vir a casar); pouco importante é a dos cidadãos em geral (que possam vir a converter-se ao catolicismo e a vir a casar catolicamente). Já se se tratar de uma norma sobre a possibilidade de reconhecimento civil do casamento católico, a opinião geral dos cidadãos, independentemente da sua religião, ganha bastante importância, já que a questão envolve um problema geral de liberdade religiosa (igualdade de tratamento de todas as religiões, neutralidade religiosa do Estado, irrelevância da religião para a definição do estado civil). No caso da avaliação das opiniões gerais dos cidadãos é provável a comunidade reconheça como relevante a opinião dos órgãos representativos do Estado (parlamento). Já o conhecimento das opiniões de grupos particulares poderá ser avaliada ou por entidades de representação particular do grupo institucionalizadas e geralmente aceites por este, ou por outro tipo idóneo de sondagem de opinião.

P. Apesar de tudo, será que isto não nos leva a um perigoso caminho? Imagine-se que o consenso se gera em torno de um ideal totalitário? Imagine-se que são criados campos de concentração para eliminar uma minoria que se opõe aos desígnios da maioria?

R. É o tradicional argumento anti-relativista e anti-consensualista; que recorre a esta hipótese, que me parece académica no caso de os consensos serem inclusivos e não manipulados ...

P. Mas esse reconhecimento terá que obter uma observação prévia, cujos parâmetros ficarão definidos até nova observação. Certo?

R. O reconhecimento nunca é definitivo, sendo continuamente reassertado pela interação entre normas / decisões, seu impacto comunitário, nova norma / decisão, etc..

P. Assim sendo, será que é comportável sujeitar o sistema a observações constantes? Será que podemos até confiar sempre na «maioria»? Imaginemos que a «maioria» está manipulada por uma «minoría». O que fazer para libertar e dar condições livres de decisão à minoría?

R. Os consensos têm que estar sujeitos a escrutínio constante. E devem tender para processos de formação que respeitem os requisitos de justiça (fairness), reflexividade e inclusividade. Pois estes requisitos condicionam a sua validade. Voltando ao caso, acima, da opinião dos católicos: pode acontecer que um observador (um órgão jurisdiccional) considere que a opinião dos católicos não é representada, de forma inclusiva, imparcial e livre, pela hierarquia da Igreja (por exemplo, se resultar claro da observação do grupo que a sua opinião generalizada não coincide com a posição oficial da Igreja; embora uma boa regra de heurística desaconselhe que se prefira uma fonte informal a uma fonte institucionalizada: se os católicos discordarem fortemente da Igreja oficial, saem dela ...).

P. Apesar de tudo, será que isto não nos leva a um perigoso caminho? Imagine-se que o consenso se gera em torno de um ideal totalitário? Imagine-se que são criados campos de concentração para eliminar uma minoría que se opõe aos desígnios da maioria?

R. É o tradicional argumento anti-relativista e anti-consensualista; que recorre a esta hipótese, que me parece académica no caso de os consensos serem inclusivos e não manipulados ...

*IRÁ A LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO DESAPARECER DO
MODELO DO ESTADO CONSTITUCIONAL ?*

P. Mas, com isto, perde-se a estabilidade valorativa; ou seja, um âncora a valores permanentes ...

R. A estabilidade valorativa pressupõe alguma espécie de cognitivismo ético. A mais frequente origem dos totalitarismos foi o cognitivismo ético, não o relativismo e a sua superação por meios dialógicos e consensuais. Se vejo bem as coisas, os “valores permanentes” de um sistema auto-poiético são aqueles que o mantêm em funcionamento, no sentido do equilíbrio interno, face às irritações do ambiente.