

A REVOLUÇÃO E O DIREITO (*)

A SITUAÇÃO DE CRISE E O SENTIDO DO DIREITO NO ACTUAL PROCESSO REVOLUCIONARIO

Pelo Doutor A. Castanheira Neves

9. Importa, em primeiro lugar, distinguir sumariamente as intenções principais do conjunto globalmente constituinte e actuante de uma qualquer sociedade histórica, para compreendermos o lugar que aí ocupa a intenção axiológica — e através sobretudo desta última, enquanto dimensão real da existência social, a função que efectivamente é chamada a cumprir a intenção específica do direito.

São três essas intenções fundamentais, que entre si se revelam com a relativa autonomia que já fenomenologicamente se nos impõe, e a excluir, portanto, qualquer unilateralidade reductiva. A intenção socialmente instrumental do útil e do interesse, que se realiza no económico; a intenção socialmente ideológica do domínio e da instituição, que se realiza no político; a intenção socialmente axiológica da validade e do valor, que se realiza no ético. As intenções do *ter*, do *poder* e do *valer* — para usarmos a fórmula de RICOEUR⁽⁴⁰⁵⁾.

(*) Continuação do número anterior (Conclusão).

(405) *De l'interprétation — Essai sur Freud*, cit., 487, ss.

a) A intenção económica, se subjectivamente pressupõe — como ninguém ignora — uma situação de *necessidade*, determinante de um *interesse* sobre certos *bens* susceptíveis de a satisfazer, objectivamente parte de uma situação de *carência* e exige as actividades de *produção, apropriação e distribuição* de meios adequados, numa particular relação de *instrumentalidade*. Estas actividades, com a sua instrumentalidade orientada pelos interesses, operam decerto numa determinada sociedade e a sua autonomização aí traduz apenas a lícita abstracção de um vector no complexo dessa mesma realidade social e da sua dinâmica, autonomização justificada embora pela finalidade e a racionalidade específicas do «puramente» económico⁽⁴⁰⁶⁾, mas que sempre se terá de referir ao todo da ordenação social global⁽⁴⁰⁷⁾. Ordenação social global essa em que as relações sociais económicas, estabelecidas quer pela divergência quer pela convergência dos interesses, encontram decerto o seu último, e afinal decisivo, critério. Pois que o obtêm na linha de opções sociais que, impulsionadas seja também imediatamente pelos interesses seja por outros fundamentos, sempre se impõem, no entanto, aos interesses. Assim, entre interesses opostos ou divergentes há que definir uma qualquer preferência. E no quadro de duas hipóteses: ou se aceita uma qualquer relação de hierarquia social entre eles (um é «superior» ao outro) ou vai excluída em princípio uma tal relação. No primeiro caso, terá de pressupor-se um critério também social de valoração; no segundo caso, teremos de novo duas hipóteses — ou os interesses aceitam uma «razoável» solução do conflito ou apenas pretendem impor-se uns aos outros através do poder que mobilizem. Naquela hipótese, de novo temos de reconhecer um critério de validade que transsubjectivamente ultrapasse os interesses e que eles hão-de acatar; na outra hipóteses, ainda o factor imediatamente decisivo, mesmo que porventura nascido e suscitado pelos interesses, não são os próprios interesses, mas as rela-

(406) Sobre a caracterização do «puramente económico», pode ver-se, por todos, M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, loc. cit., 2.º, I, 31, ss.; C. NAPOLEONI, *A teoria económica no século XX*, 35, ss. (em referência ao pensamento de L. ROBBINS).

(407) V., neste sentido, e por todos, OTA SIK, ob. cit., 53, ss.

ções sociais de domínio em que se enquadram e de que se podem socorrer os interessados ⁽⁴⁰⁸⁾. O mesmo é dizer que sempre os interesses, para se poderem afirmar e realizar no contexto da vida social, remetem para algo ou para outros factores sociais para além deles. Nem se estranhará que assim seja, pois que os interesses, não obstante os casos de uma sua possível comunhão e convergência, e ainda mesmo nesses casos, nunca deixam de traduzir uma intenção e uma apetência individuais, enquanto que, pelo contrário, o modo-de-ser social implica uma determinação transindividual, e assim a realização dos interesses pela mediação social não pode deixar de ir sempre referida a uma intenção ou a elementos também transindividuais.

Um desses outros elementos é desde logo o factor político, com a intenção que lhe é própria. E que é esta: no político, pode dizer-se que a sociedade vem à consciência e à afirmação intencionalmente explícitas de si própria. É na realização da dimensão política que a sociedade global se institucionaliza para actuar os fins que lhe são prescritos por uma certa ideologia e mediante uma determinada organização de poder. Sendo certo, por um lado, que é no poder politicamente legítimo (i. é, reconhecido como tal) que a sociedade encontra a unidade da sua própria manifestação (interna e externa) — e por isso se dirá que o problema político do poder não é outro, no fundo, que o da

(408) Cfr. FECHNER, *Rechtsphilosophie*, 57-63; FREUND, ob. cit., 284, ss. — onde expressamente se pode ler, depois de se acentuar a vinculação e mesmo a dependência do económico relativamente ao político, considerado este na sua autonomia: «C'est pour cette raison que les mouvements ou partis socialistes mettent tout en oeuvre pour s'emparer d'abord du pouvoir politique et procéder ensuite à la socialisation ou à l'étatisation de l'économie. La conscience de cette vérité fut à la base de l'action de Lénine. Dans diverses brochures et en particulier dans *Que faire?* il tourne en ridicule les 'économistes', qui ne voient dans la politique qu'une 'super-structure', et considèrent qu'elle doit 'marcher dernière' l'économie. Une pareille thèse, Lénine la rejette comme 'absolument fausse' car, à faire de la simple agitation économique, on tombe dans les erreurs du trade-unionisme et du réformisme, alors que l'idéologie révolutionnaire exige que le socialisme s'empare d'abord et totalement du pouvoir politique pour appliquer ensuite son programme économique».

vinculação e o da participação dos elementos da sociedade na unidade de decisão que eficazmente a assuma e responsabilize. Mas, por outro lado, o conteúdo dessa sua afirmação será concretamente determinado por uma intenção ideológica que, através do poder, afeiçoa a realidade social — que afeiçoa a realidade social até lograr que essa realidade se estabilize e institucionalize de acordo com a teleologia daquela ideológica intenção. Nestes termos, se na instituição — e no que ela envolve de integração estabilizada e de possível absorção de conflitos — o político tem o resultado, o seu *status*, e no poder o seu *actus*, é no ideológico que obtém o seu conteúdo e a sua intencionalidade. Daí a importância fundamental do ideológico no fenómeno político — além de que é o ideológico aquele elemento que sobretudo devemos considerar se pretendermos confrontar o político com o axiológico.

Só que, antes de nos referirmos a este último, não podemos prescindir de algumas palavras mais para melhor caracterizar o ideológico que assim se nos depara tão fundamentalmente implicado na intenção política. Desde logo, porque o ideológico (a *ideologia*) está longe de ter hoje um sentido unívoco. A mais do seu sentido comum, e que foi o originário, de carácter sociológico-epistemológico negativo — enquanto «a mentira que habita a alma», a «falsa consciência»⁽⁴⁰⁹⁾, e mesmo a «verdade útil», socialmente interessada e parcial — a ideologia conhece também um sentido culturalmente positivo, e mesmo imprescindível, e ainda um sentido estritamente político.

Tem um sentido culturalmente positivo⁽⁴¹⁰⁾, se a identificarmos com a intenção cultural que realiza o esforço de uma compreensão totalizante, de compreensão unitária e coerente de uma certa realidade e prática historicamente social. Um «sistema de ideias — de valores, princípios, intenções, conceitos, etc.

⁽⁴⁰⁹⁾ Cfr. K. MANNHEIM, *Ideologie und Utopie*, cit., 65, ss.

⁽⁴¹⁰⁾ V. W. MAIHOFER, *Ideologie und Recht*, loc. cit., 18, ss.

— inscrito na estrutura social» (411), um sistema de compreensão que dá sentido a uma histórica prática social, que a fundamenta e orienta, no modo da «definição global de uma relação do sujeito e da situação para daí fazer emergir uma finalidade da acção» (412). Desta forma, a ideologia cumpre a função epidíctica de uma intenção de totalidade e de unidade (de convergência e integração), capaz de «ultrapassar a dispersão da história e do sujeito» e de, assim, conferir sentido a uma certa realidade social, à situação histórico-existencial e à prática que a realiza. Pode falar-se aqui de «ideologia total» não valorativa, no sentido de MANNHEIM (413), ou a ideologia pensada com a unidade e a função noológica de uma *Weltanschauung*. E se assim a compreendermos, deverá então dizer-se, com M. CORSALE (414), que «a ideologia social (...) não é em si nem conservadora, nem revolucionária: é ela o que mantém unido e organiza um grupo social, ou seja, permite não só a individualização de um grupo como entidade estática, mas exprime ainda (...) a ideia da mobilização das energias presentes no grupo em direcção ao conseguimento dos fins que o próprio grupo se propõe». É, no fundo, neste sentido que vemos, por exemplo, entendida a «ideia de direito» para que BURDEAU apela, ao pensar nela a intenção fundamentante e compreensiva da ordenação materialmente global (ou segundo um certo projecto materialmente global) de uma comunidade concreta (415).

Já a ideologia naquele seu outro, comum e tradicional entendimento sociológico, tem um carácter diverso e vai referida

(411) F. DUMONT, ob. cit., 5.

(412) DUMONT, *Ibid.*, 65, 113.

(413) Ob. cit., 60, ss.; cfr. DUMONT, 41, ss., e *passim*.

(414) *La certezza del diritto*, 95.

(415) *Traité*, cit., I, 177, ss., 188, ss. Diz o A., a pág. 194: «lorsque nous parlons d'idée de droit, il ne s'agit pas d'évoquer un ensemble de principes transcendants, mais bien de considérer l'image que se font les membres d'une société donnée, à un moment donné, d'un ordre susceptible de promouvoir le bien commun». Cfr. ainda, 331, ss.

a um diferente fenómeno intencional. Aponta-se-lhe agora um carácter mistificador, o carácter de um falso conhecimento ou de uma unilateral caracterização da realidade humano-social, e determinada essa sua unilateralidade por uma perspectiva interessada relativamente à mesma realidade social — pela perspectiva de uma certa posição, que nessa realidade se usufrui, e para sustentar ou legitimar essa mesma posição de vantajosa fruição. Deste modo, a ideologia exprime a implícita ou explícita legitimação sistemática (i. é, oferecida com aparência de um «sistema», de uma racionalização suficiente) de uma certa realidade e situação social, com vista a fundamentar a acção também social que se enquadra e se orienta no sentido dessa legitimação e dela beneficia. E daí o sentido negativo que se liga a este sentido de ideologia, pois que fundamentando uma situação social de que beneficiam, ou beneficiam preferentemente, os que daquele modo a justificam, ou o grupo social que faz sua essa ideologia, mostra-se afinal como uma justificação legitimante de certos interesses e, no fundo, só servirá esses interesses. O que, todavia, não tem de traduzir uma atitude deliberada e consciente, uma atitude de má fé, sendo certo que as mais das vezes a atitude ideológica é inconsciente. «O conceito de ideologia, diz-nos neste sentido MANNHEIM⁽⁴¹⁶⁾, reflecte uma das descobertas emergentes do conflito político, a de que os grupos dominantes podem tornar-se, no seu próprio pensamento, tão intensamente ligados pelo interesse a uma situação, que deixam de ser pura e simplesmente capazes de ver certos factos que iriam afectar o seu sentido de domínio. Está implícita na palavra ideologia a noção de que, em certas situações, o inconsciente colectivo de certos grupos obscurece a condição social real da sociedade, tanto para si como para os demais, estabilizando-a portanto».

Mas assim, se este segundo sentido de ideologia se distingue do primeiro, porque não traduz, como ele, um global esforço

(416) Ob. cit., 36.

construtivo de assimilação compreensiva ou de totalização significativa, e oferece antes a posição intencional supostamente legitimante de um certo grupo social — supostamente legitimante da sua situação e da sua prática sociais —, também por isso se distingue este segundo de um terceiro, e estritamente político, sentido de ideologia. A ideologia, enquanto expressão sociologicamente intencional de um grupo determinado e circunscrito na pluralidade dos grupos sociais (p. ex., a ideologia de uma classe social) revela já as notas de unilateralidade e de parcialidade próprias de todo o conceito negativo de ideologia, só que não ainda um carácter deliberadamente *partisan* e militante (na atitude que determina) e de marcada intencionalidade programática e estratégica (nos objectivos que se propõe), pois visa mais legitimar uma situação social do que apoiar um combate político para a realização prática de certos e deliberadamente conscientes fins político-sociais — notas essas agora características da ideologia no seu sentido estritamente político⁽⁴¹⁷⁾. Neste último sentido, o terceiro atrás aludido, a ideologia é sobretudo uma «arma intelectual» utilizada na «luta teórica», e ao serviço de uma prática de combate e de conflito político — «l'idée mise au service d'une force», nas palavras de FREUND, uma ideia de acção e polémica, «une pensée qui combat et qui parle pour combattre»⁽⁴¹⁸⁾. São ideologias neste sentido o tradicionalismo e o progressismo, o liberalismo e a democracia, o nacional-socialismo e o fascismo, o socialismo e o comunismo, etc.

Intenções assim politicamente partidárias, as ideologias políticas, que se fazem particularmente explícitas num momento revolucionário e que se enunciam expressamente nos programas

(417) Estes dois sentidos de ideologia, que acabamos de separar, nem sempre se distinguem claramente. Assim, MANNHEIM considera fundamentalmente só o sentido sociológico (e epistemológico), FREUND sobretudo o sentido político (ob. cit., 419, ss.), enquanto BURDEAU utiliza indiscriminadamente os dois (ob. cit., 328, ss.).

(418) DUMONT, ob. cit., 7.

dos partidos, nem por isso deixam de ser também intenções globais para a sociedade que pretendem influenciar ou construir. Só que esse *modus* global, por que concebem a sociedade a conformar, é directa função de uma perspectiva estratégica comprometida no conflito e visando o êxito de um combate social, pelo que, ou já por isso, os seus imediatos fundamentos, ideológico-políticos, são inevitavelmente unilaterais, e até deliberadamente unilaterais. O estratégico implica sempre a valorização exclusiva de certos valores, de determinadas posições e de convenientes factores sociais e assim a discriminação ou sacrifício de outros valores, posições ou factores sociais que uma intenção univeralmente integrante, ou não partidariamente comprometida, não deixaria de relevar positivamente no mérito relativo que essa integração lhes houvesse de reconhecer. E daí o ter-se de concluir que uma qualquer ideologia política, ainda que se proponha a constituição de uma sociedade verdadeiramente justa ou seja movida sinceramente por uma intenção de justiça nos resultados a conseguir na nova sociedade, nem por isso nos poderá garantir que avalie justamente, segundo a exigência *actual* de justiça, todos os elementos socialmente participantes e a própria dinâmica social no momento mesmo em que trava o combate construtivo — subordinado como está este combate à sua estratégia e agindo mediante uma tática particular, ambas com fundamento apenas na sua particular perspectiva política. Neste sentido diz exactamente FREUND ⁽⁴⁹⁾ que uma ideologia política é «um pensamento valorizante e não apenas avaliativo» — i. é, trata-se de um pensamento que sobrevaloriza os elementos convenientes à sua estratégia e selecciona apenas as dimensões favorecedoras da sua eficácia: «a avaliação mantém-se na ordem do relativo, a valorização absolutiza uma ordem de coisas determinada», a valorização ideológica «crê poder preencher a distância entre a ideia e o real e fazer coincidir a subjectividade e a objectividade, a teoria e

(49) Ob. cit., 422.

a prática, elevando um objectivo ou um fenómeno particular à paridade com a totalidade».

Assim como, e do mesmo modo, se compreende que a ideologia política implique sempre um pensamento antinómico, de exclusão absoluta, pois não é isto mais do que a projecção, no juízo valorativo, da sua unilateral e parcial (partidária) intencionalidade estratégico-social: a antinomia e a exclusão próprias da discriminação partidárias e que culminam na essencial distinção categorial do político, na discriminação *amigo-inimigo* ⁽⁴²⁰⁾. Pois nesta discriminação política encontra expressão radical a estrutura do conflito.

Ora, é justamente nestes dois pontos, na unilateralidade intencional absolutizada e na discriminação de radical exclusão, que o político (o ideológico-político) decisivamente se distingue do axiológico. A intenção axiológica — e estamos naturalmente a referir-nos à intenção comunitariamente axiológica —, com fundamento decerto em valores histórico-culturalmente assumidos, mas assumidos enquanto *valores*, é uma intenção de sentido não unilateral, e sim universal. Daí que essa intenção, não só recuse a absolutização de qualquer fim ou objectivo concreto e particular ⁽⁴²¹⁾, como será ainda contrária a uma atitude de exclusão e agonicamente dicotómica, uma vez que, ao intencionar a universalidade ideal, é justamente a sua vocação a de integração: não conhece partidários e é «sem acepção de pessoas». Isto porque, sendo a sua universalidade intencional (e ideal) incompatível com a personalização, o mesmo é dizer que convoca todas as pessoas à realização do seu sentido de validade e por isso são sujeitos do valor também virtualmente todos. Relativizando todos os sujeitos em referência ao valor, integra-os também todos nessa referência. Assim, diremos que a intenção

⁽⁴²⁰⁾ Sobre esta dicotomia, enquanto a essência categorial do político, v. o famoso ensaio de CARL SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, *passim*; cfr. também neste sentido, S. COTTA, *Sul rapporto tra filosofia della politica e filosofia del diritto*, loc. cit., 16, ss.

⁽⁴²¹⁾ V., sobre este ponto, FREUND, ob. cit., 422, s.

política é uma intenção «fechada» ⁽⁴²²⁾, enquanto que a intenção axiológica é uma intenção «aberta». E mais, podemos ainda acrescentar que esta última é, perante aquela primeira, sempre uma intenção do segundo grau: propõe-se integrar, ao nível superior de uma validade universalizante, o que a intenção política, ao nível interessado do estratégico, discrimina ⁽⁴²³⁾.

É que, por um lado, a intenção axiológica, com os valores que a sustentam, postula validades espirituais e estas, como tais, não podem ser justificadas quer pelo objecto externo de uma apetência, quer por um objectivo material da acção, num cálculo de apetências e de objectivos, posto que são antes o *presuposto* de sentido que a acção assume e que, no modo particular da apetência ou no modo concretamente limitado do objectivo, se propõe cumprir ou realizar — mas, por isso mesmo, sem nunca esgotar as possibilidades e exigências desse sentido, ou sem que exclua necessariamente outros modos concretos de cumprimento e realização ⁽⁴²⁴⁾.

Por outro lado, a apetência e o objectivo concretos podem lograr justificação numa racionalidade hipotética, mas só o valor confere validade numa racionalidade categórica. Assim é que os interesses, sejam económicos, sejam políticos, manifestam sempre uma intenção discriminadora e conflituante (o «egoísmo dos interesses»), enquanto que os valores, na sua intenção universal de validade, implicam, ao contrário, uma comunhão cultural-espiritual. Concorre-se nos interesses e comunga-se nos valores. Na verdade, os valores, enquanto intencionalidades de validade, são de índole transsubjectiva, objectivamente comuni-

⁽⁴²²⁾ S. COTTA di-la, neste mesmo sentido, «centrípetas» — ob. loc. cit., 17.

⁽⁴²³⁾ «Si apre — pode dizer-se com S. COTTA, ob loc. cit., 22, embora referindo-se especificamente ao direito — infatti la via non già della solidarietà politica, centripeta e delimitata (...), bensì quella della associabilità illimitata: *difusiva sui*».

⁽⁴²⁴⁾ Cfr. o contributo que para este ponto, num mais detido esclarecimento e fundamentação, nos oferece M. SCHELER, *Ética*, cit., I, 263, ss., esp.^{as} 276, ss.

tários e com a indiscutibilidade de pressupostos. Manifestam-se como «credos» ou «dogmas», a que se adere ou não se adere, pura e simplesmente; não aceitam a racionalidade operatória, a simples oportunidade dos fins-objectivos e o cálculo dos interesses. Podem, é certo, os valores de uma comunidade — e possivelmente até de um grupo — não serem reconhecidos ou verem-se mesmo contestados por uma comunidade diferente. Pode inclusivamente a comunidade que os assume vir a superá-los historicamente na sua historicidade axiológica. Mas só serão valores se e enquanto nessa comunidade — ou nesse grupo — tiverem o carácter de pressupostos axiológicos, de postulados espirituais de validade, assumidos numa intenção de universalidade fundamentante. A sua índole e o seu papel é o de um universal *fundamento de validade*, sendo tudo o mais — acção, fim-objectivo e interesse — apenas concreto *objecto de valoração*.

O que nos permite dizer que aquilo que verdadeiramente constitui e separa as comunidades, assim como o que essencialmente permite a comunicação ou provoca a ruptura humanas, temo-lo nos valores comungados. Comunhão cuja intencionalidade universal não exclui — se é que não postula — a divergência dos interesses, nem é incompatível com os conflitos e a discriminação ideológico-políticos. Pois só terá de ser negada quando não seja possível intencionar acima daquela divergência e para além destes conflitos e discriminação, e a dar-lhes sentido comunicante ou recíproca compreensibilidade, um comum universal de valor ou de validade. Nesse caso é a própria comunicação que cessa e a ruptura absoluta exclui mesmo o conflito. Não haverá então divergência, conflito ou discriminação — haverá tão-só mundos absolutamente separados e incomunicáveis. É este, poderá dizer-se, o limite do pluralismo. Já que, impossibilitado aí o diálogo — só possível, como vimos já, pelo mediador ou pelo «terceiro termo» do valor — apenas fica lugar para a posição ou a exclusão absolutas, seja no modo de total

afastamento por desconhecimento e indiferença, seja no modo da inumana ou desesperada imposição pela força.

b) Não é esta uma distinção acidental — entre o económico, o ideológico-político e o axiológico. Para além de a sua verdade fenomenológica se opor a uma qualquer facilidade reductiva, pode ainda invocar um fundamento essencial (antropológico). E acresce que só essa distinção nos faz exactamente compreensíveis as relações que também havemos de reconhecer entre essas três dimensões da nossa existência social, assim como a posição que perante elas ocupa o direito.

α) Que numa qualquer sociedade historicamente real, ou, se quisermos, numa qualquer ordem social, sempre se manifestam, a mais da evidência do momento económico, um momento político, na sua apontada estrutura e teleologia específicas, e o momento axiológico, com os seus valores pressupostos e as suas validades fundamentantes, é o que se impõe como uma realidade indesmentível⁽⁴²⁵⁾ e em tão vincada diferenciação que, desde logo a este nível, fenomenológico e empírico, a atitude de querer vê-los como meros «reflexos da realidade verdadeira» que não seria a sua própria, significaria o mesmo que tornar-nos «infiéis ao real», para usarmos a expressão de VIRALLY⁽⁴²⁶⁾. Pois vale também aqui a conhecida tese polémica de MARX, enunciada na sua *Contribuição à crítica da economia política* — importa ajuizar as sociedades segundo o que elas são e não segundo o que elas pretendem ser —, mas alargado o seu sentido a todas as visões utopicamente milenaristas, às quais se não furta

(425) E que a sociologia só comprova — v., por todos, TÖNNIES, *Einführung in die Soziologie*, 133, ss., 283, ss., 289, ss., 292, ss., e *passim*; E. E. HIRSCH, *Rechtssoziologie*, in *Wörterbuch der Soziologie*, cit., 877, ss.; ID., *Sociologia do direito*, loc. cit., *passim*; G. GURVITCH, *Vocation*, cit., I, 50, ss., 66, ss., esp.^o 105, ss., e *passim*, II, 199, ss. V. ainda *infra*.

(426) *La pensée juridique*, XX.

o próprio marxismo⁽⁴²⁷⁾. Importa ver a realidade social tal como ela é; na objectiva realidade dos seus elementos, e não segundo uma qualquer visão utópica que se substitua a essa realidade na conclusão de uma realidade meramente pensada e intencionada⁽⁴²⁸⁾, tal como será o caso de se negar ao político e ao axiológico as suas específicas autonomias, considerando o primeiro apenas «um acidente da história» e remetendo sem mais o segundo para o simplesmente ideológico (para o ideológico no seu sentido inautêntico e negativo)⁽⁴²⁹⁾.

Aliás, a distinção tem um fundamento antropológica-mente essencial, uma vez que nela se traduzem as dimensões humanas, todas igualmente irrecusáveis, da *necessidade*, a implicar a relação instrumental com a natureza (através da mediação social), própria do económico; da *existência social ou comunitária*, enquanto tal, a determinar o momento ideológico-institucional característico do político⁽⁴³⁰⁾, e do constitutivo

(427) Cfr., sobre este ponto, RAYMOND ARON, *D'une Sainte Famille à l'autre: Introduction*, 7, ss., e *Equivoque et inépuisable*, 277, ss.; ID., *Les étapes de la pensée sociologique*, 171, ss.; J. FREUND, 69, ss., e 70, ss., 572, ss.; e especialmente VICTOR R. C. MATOS, *O acesso à filosofia platónica — I Problema metodológico*, cap. III, 61, ss., e sobretudo cap. IV, 105, ss.

(428) «C'est ainsi — dit-nos neste sentido F. FREUND, ob. cit., 69 — que Marx est amené à désigner comme 'réelle' une démocratie qui n'a jamais existé et n'existera sans doute jamais e comme 'formelle' celle qui essaie de s'imposer dans le respect de la liberté, malgré d'innombrables obstacles. Il appelle aussi 'préhistoire' le passé réel, vécu et connu de l'homme et réserve le nom d'"histoire" à un avenir absolument indéterminé et purement conceptuel. Autrement dit, tout en utilisant le vocabulaire usuel, le marxisme détourne le sens des mots, il opère un retournement du réel à force d'anticiper sans cesse sur un futur inconnu e il accomplit une véritable torsion du langage qui dépayse le lecteur qui n'a pas conscience d'être un être aliéné, qui ne sait pas qu'il est un autre et qui ignore que l'homme qu'il est n'est pas le vrai homme. Aussi l'homme marxiste apparaît-il comme un individu qui pense dans des catégories autres que celles dans lesquelles il vit. C'est un être qui fait passionnément de la politique pour en dispenser les générations futures, comme si l'intensité pouvait vaincre le temps». Em sentido análogo, STOYANOVITCH, *Marxisme et droit*, 281, 299, 307, 379, 381.

(429) Cfr. *supra*, nota 21. Vide também TÖNNIES, ob. cit., 269, ss.

(430) Para a fundamentação essencial da autonomia do político, assim como para a sua caracterização geral, temos apenas que nos remeter, e por todos, para J. FREUND, ob. cit., *passim*; e BURDEAU, *Traité*, cit., I, 47-176, e *passim*.

transcender espiritual, visando os sentidos e as últimas intenções fundamentais, a manifestar-se naquele momento axiológico em que se assumem os valores que verdadeiramente dão sentido à vida e nos permitem «sofrer a história». O homem é um ser de necessidade, comunitário e espiritual e, como tal, é um ser simultaneamente económico, político e axiológico.

β) Por outro lado, estas três dimensões não se afirmam, evidentemente, numa simples soma aritmética ou como que numa indiferença relativa, antes só existem em relação e através de uma particular dialéctica, de que nos importa considerar rapidamente aqui só alguns aspectos — os que relevem para o nosso tema.

Nesse sentido, diremos que é na dimensão política que a dimensão axiológico-espiritual e a dimensão económica-de-necessidade têm o seu directo, e mesmo espontâneo, ponto de encontro. Não só porque estas duas últimas dimensões carecem das possibilidades sociais daquela primeira para se realizarem eficazmente, mais ainda porque na dimensão político-social se tenta sempre uma assimilação entre as apetências da necessidade, com os seus interesses, e as exigências do valor, com as suas validades. Se são os conflitos (e particularmente os conflitos de interesses) que dinamizam o político, este invoca sempre certos valores no seu projecto ideologicamente estratégico — nos termos que atrás foram considerados — para a solução desses conflitos. Pode, pois, dizer-se que o político é o mediador, mas mediador social ideologicamente estratégico, entre o económico e o axiológico.

O que não é o mesmo que afirmar um razoável equilíbrio histórico entre as três dimensões e negar a possibilidade — que tem sido uma realidade — das suas respectivas hipertrofias. Mas é, isso sim, dar justificação a uma outra intenção específica que, também histórico-socialmente, vise esse equilíbrio, constituindo uma última unidade e uma última validade no todo da realidade social. Porquanto, se o económico não reduz o político,

também o político, na sua unilateralidade ideológica, fica longe de assimilar por inteiro o axiológico e a exigência de universalidade que a este lhe é própria. Fica assim lugar para uma última intenção específica, de unidade e totalização social, ou chamada a integrar o económico para além dos termos em que o atinge o político e a transcender numa intenção de validade integrante (que o axiológico alimenta) a conatural unilateralidade do ideológico-político. Essa última intenção de totalização social com fundamento axiológico — que já tínhamos encontrado ao considerar directamente esse fundamento e que agora voltamos a encontrar, indirectamente, como exigência mediatizada pelas outras dimensões sociais — sabemos-la aquela que se manifesta justamente no direito ⁽⁴³²⁾.

Intenção que não tem, no entanto, previamente garantido — já o sabemos — o seu êxito intencional e menos ainda a viabilidade do seu pleno cumprimento, e justamente porque qualquer daquelas três dimensões sociais, que o direito é chamado a integrar (e a ponderar) através da sua intenção específica, se pode revelar — dissemo-lo também há momentos — em termos de uma hipertrofia. Possibilidade que a relativa autonomia de cada uma dessas dimensões já por si justifica. Assim, se a hipertrofia se verifica do lado do económico, teremos uma sociedade submetida a uma intenção apenas funcional e tecnológica, em que se propenderá a proclamar «o fim das ideologias» e onde o axiológico se vê relegado por um materialismo existencial, que converte a vida num grande mercado amoral onde tudo se submete ao cálculo e ao consumo. Se a hipertrofia cabe ao axiológico, verifica-se o absolutismo do ético sobre o político e o económico, que a história, pelo menos como pretensão, já conheceu, pois foi uma das clássicas intenções do jusnaturalismo anterior a MAQUIAVEL. Se a hipertrofia atinge o político, é o ideológico com o seu voluntarismo de poder e a sua estrutura de conflito que

⁽⁴³²⁾ Cfr. também FREUND, ob cit., 289, 722-733; ID., *Droit et politique. Essai de définition du droit*, in *Archives de Phil. d. Droit*, XVI (1971), 15. ss.

sobretudo e a tudo se impõe — é de novo a *raison d'Etat* sem peias, com a sua totalitária instrumentalização das outras dimensões sociais.

Mas porque, mesmo nas sociedades hipertrofiadas, as dimensões minimizadas não desaparecem de todo e não deixam de algum modo de se afirmar na sua especificidade, com a pretensão latente à harmonia fundada da pluralidade das dimensões humanas — e só pode ser fundada, como veremos ⁽⁴³³⁾ no *epistême* axiológico da cultura histórica de que se trata — é que se poderá afirmar que o direito não desaparecerá de todo, nem desapareceu nunca, em nenhuma delas. O direito, se como intenção (ou «ideia») é a síntese axiológicamente pretendida de uma comunidade válida, nos termos que vimos, como objectivação histórica, que realiza de modo mais logrado ou mais frustrado essa intenção, nunca deixa de ser a síntese concreta, numa institucionalização normativa e global de convivência, do axiológico, do político-ideológico e do económico. Viu-o bem DILTHEY ⁽⁴³⁴⁾, quando considerou o direito histórico (positivo) como a síntese ou a unitária correlatividade do «sistema de cultura» e da «organização externa da sociedade». E daí já a relevante conclusão de que o direito, enquanto realidade normativo-cultural historicamente objectiva, não possa identificar-se sem mais com o ético: só é eficaz no quadro de uma estrutura política, vê-se em grande parte assimilado politicamente nas leis e vai referido a uma certa realidade económica, já como seu pressuposto, já como seu objecto problemático. Mas daí também que não se possa confundir igualmente o direito com o económico e o político: o direito é a intenção socialmente axiológica que confere validade ao político ⁽⁴³⁵⁾ e se impõe mediatamente (atra-

⁽⁴³³⁾ V. *infra*, 10, c).

⁽⁴³⁴⁾ *Introduction à l'étude des sciences humaines*, trad. franc. de L. SAUZIN, 71, ss.; ss.; v. ainda N. KREISSL, *Das Rechtsphänomen in der Philosophie Wilhelm Diltheys*, 42, ss., e *passim*.

⁽⁴³⁵⁾ Cfr. FREUND, ob. cit., 722, ss., 727, ss. «Se o Estado é condição do Direito — pode dizer-se com DILTHEY —, o direito é também condição do Estado».

vés do político) ou imediatamente (na medida da autonomia do pensamento jurídico) ao económico. É o que decerto os desenvolvimentos anteriores nos autorizam afirmar.

c) Por tudo isto se compreende, por fim, que num momento que se possa considerar socialmente constituinte — no momento, p. ex., de originária constituição ou de renovação constitutiva de uma determinada sociedade, em que a sua assimilação do direito pelo político ainda se não realizou ou em que reconhece como problema explícito a sua realização historicamente concreta, já perante o imediato objectivo daquela assimilação numa legalidade, já com vista à concreta solução de conflitos sociais ainda não sistematicamente absorvidos —, compreende-se, com efeito, que nesse momento releve decisiva a autonomia da intencionalidade axiológica do direito, com toda a sua especificidade. É o que justamente acontece, com toda a evidência, numa situação revolucionária e de conflito aberto. Aí, onde o político-ideológico parece ficar sozinho em campo a moldar constitutivamente a vida social presente e futura, ao direito só o podemos invocar na sua intenção axiológicamente específica e num diálogo histórico de intenções autónomas postas originariamente em relação. Pelo que querer pensar o direito nessa situação é ter de pensar a relação, em termos gerais e aí, do ideológico e do axiológico jurídico. Será esse o último objecto destas reflexões, antes de inferirmos delas as conclusões que procuramos.

10. Numa primeira observação, havemos de reconhecer que o axiológico em geral e o ideológico tendem a confundir-se numa sociedade plenamente integrada e historicamente estabilizada. Na verdade, havendo então um fundamental acordo quanto aos fins gerais, e não havendo impossibilidade de encontro ainda quanto aos imediatos objectivos sociais, toda a vida social se orienta no sentido de um mesmo e comungado projecto

de indiscutida validade, posto que com base nesse pelo menos potencial *consensus* universal fica excluída a discriminação entre vários projectos sociais, perante cuja unilateralidade ou parcialidade — agora ideológicas — se tivesse de pôr o problema já da opção entre eles, já, e sobretudo, da sua última validade, para além da disputada justificação da respectiva oportunidade. É assim que só a partir das sociedades plurais e historicamente dinâmicas com a sua caracterizada situação de conflitos e com as exigências críticas que lhe são correlativas, o ideológico se revelou no seu verdadeiro carácter. O ideológico deixa de ocupar então o lugar do *valor* (da validade), com o qual se confundia, para passar a ser um *objecto* intencional e sociológico de discussão e crítica⁽⁴³⁶⁾: vinculadas a determinadas situações e expressões de certos grupos sociais (estejam ou não politicamente organizados) as intenções ideológicas são recusadas por outros grupos que lhe opõem intenções ideológicas distintas — as suas próprias — e vêem-se denunciadas pela superação histórica das situações que as justificavam. Por outras palavras, numa comunidade integrada e de aproblemático *consensus* não há lugar para distinguir a intenção de validade da intenção ideológica — ou de ideologia só poderá falar-se no sentido globalmente significativo da ideologia total. Enquanto que nas sociedades plurais e intencionalmente problemáticas são sobretudo os dois outros sentidos de ideologia que sobressaem — o sentido sociologicamente «negativo» ou crítico de ideologia e o seu sentido estratégico e deliberadamente político⁽⁴³⁷⁾.

(436) Sobre este ponto,, v. K. MANNHEIM, ob. cit., 30, ss. («O *contrôle* do inconsciente colectivo como problema do nosso tempo»), e F. DUMONT, ob. cit., 21, ss. («L'idéologie, objet de la pensée scientifique»).

(437) Mas sem que ainda aí, não deixe de dizer-se, aquele primeiro sentido de ideologia tenha de considerar-se irrelevante, pois numa sociedade histórica, e por exigência fundamental da vida social, nunca deixará de operar-se também uma qualquer compreensivo-significante totalização comunitária. Sobre este ponto, v. a monografia cit. de F. DUMONT, *passim*; cfr. também *infra*.

Terá por isso de concluir-se, contra o que antes ficou dito, que o axiológico é apenas o ideológico ainda não revelado e criticado como tal? A resposta será fundamentalmente negativa — vejamos em que termos.

a) Consideremos, desde logo, uma primeira distinção que neste ponto se não pode, na verdade, deixar de ter em conta e que permitirá que nos aproximemos da diferenciação e do critério aqui decisivos. Referimo-nos àquela distinção que BURDEAU nos oferece, ao referir «os dois níveis do conteúdo da ideia de direito»⁽⁴³⁸⁾ — tomada esta «ideia» no sentido que sabemos já lhe corresponde no pensamento do conhecido juspublicista. A um primeiro nível — «exterior», imediato ou «superficial» —, vários projectos sociais concorrem, em termos de pluralismo ideológico, na determinação do conteúdo daquela ideia: «Dans une collectivité vaste et diversifiée, les facteurs qui déterminent ce contenu de l'idée de droit la feront apparaître *fractionnaire*. Considérée à travers ses implications politiques, elle révélera une conscience *partisane*. Sociologiquement enfin, elle traduira le défaut d'intégration du groupe et, à la limite, elle introduira en lui un risque d'éclatement». Mas já a um nível mais profundo se encontraria uma unidade intencional a integrar o pluralismo daquele primeiro nível: «C'est qu'en effet il existe dans l'idée de droit des éléments plus profonds que ceux que nous percevons dans la conduite habituelle des individus. Il s'agit cette fois de représentations qui concernent non plus la manière d'être de telle ou telle catégorie sociale, mais le destin collectif. Assurément, parce qu'elles sont moins marquées par l'influence de la contingence, ces représentations ont un contenu très général: elles visent ce qui est strictement indispensable au maintien de l'existence du groupe (...), elles constituent une sorte de présumé quasiment instinctif que les membres du groupe ont rarement l'occasion de revêtir d'une formulation

(438) *Traité*, cit., I, 321, ss.

explicitemente». Teríamos então a «*représentation unitaire de l'ordre désirable*», afirmando-se politicamente numa «*conscience nationale*».

b) Não pode efectivamente recusar-se a esta distinção uma parte de verdade. Só que apenas com ela nos poderíamos bastar numa situação de estabilidade social e cultural, ou, melhor, numa situação em que o pluralismo não tenha conduzido a uma situação de radical conflito e ruptura, como acontece justamente num momento revolucionário. Pois aí pode dizer-se que o pluralismo atinge o próprio conteúdo da «*conscience nationale*», ao propor-se revolucionariamente uma global reformulação da existência social. A consciência nacional como que se vê cindida e acaba por ser determinada pela ideologia política triunfante, com a sua imposição de novos fins fundamentais que a comunidade se há-de propor. Não inteiramente, bem sabemos, posto que não se pode romper em absoluto com o passado — impede-o a continuidade histórico-cultural — e, assim, com as intenções identificadoras da comunidade nacional, que sempre persistem para além da ruptura revolucionária. O que permite, aliás, que os elementos sociais que continuem a recusar ou resistam à ideologia agora dominante não deixem de se reconhecer, com os partidários desta e revolucionariamente vitoriosos, membros de uma mesma comunidade. Só que, este «resíduo» comunitário não se reconduz a um projecto de integração que, no próprio plano da histórica intencionalidade social, pudesse ser mobilizado como fundamento relativizante e crítico do projecto ideológico revolucionário que vai moldar a nova sociedade. O mesmo é dizer que a «consciência nacional» sofre, nos momentos de crise e ao nível dos seus precipitados históricos ou das suas intencionais objectivações, uma conversão em «consciência ideológica»⁽⁴³⁹⁾. Pelo que só a partir da ulterior integração

(439) Para exemplos do que acaba de dizer-se, v. as análises de E. d. ROBILLANT, *Sui principi di giustizia*, relativamente aos princípios ideológico-jurídicos que informariam a consciência nacional-intencional de dois sistemas jurídicos diferentes, o sistema prussiano de 1794 e o sistema italiano republicano.

que na nova sociedade se verifique, com base já nesse constitutivo projecto ideológico revolucionário, se suscitarão novos pluralismos que virão a repor a distinção apontada por BURDEAU⁽⁴⁰⁾.

Mas antes desse *posterius* histórico-social ou no próprio momento em que o pluralismo ideológico atinge o ponto de ruptura, no momento revolucionário portanto, teremos de renunciar à possibilidade de um fundamento crítico numa intenção de validade — fundamento que, a ser susceptível de invocar-se, haverá de ser decerto um fundamento último de validade, i. é, um fundamento que afirme uma validade para além e acima de todo o pluralismo ideológico? É esta a questão que constitui o núcleo do nosso problema e que a distinção de BURDEAU, sem o resolver, nos permitiu no entanto compreender no seu exacto significado, e que é afinal este: será possível invocar-se um fundamento de validade distinto daquele que pode ser oferecido pela «consciência nacional» e que se subtraia às contingências histórico-ideológicas que esta, como acabamos de ver, sempre acaba por sofrer? Cremos que é, na verdade, possível responder-se afirmativamente a esta interrogação decisiva com base no sentido das considerações que enunciaremos de imediato, conjugadas com as do número seguinte — breve sugestão de um pensamento a desenvolver, se fossem muito outros o lugar e o tempo.

c) Convoquemos, como que numa redução histórico-transcendental e hermeneuticamente de todo justificada, o sentido último que sempre funda uma qualquer cultura num certo momento histórico, e na medida em que nesse sentido participa, ou

(40) Aliás, o Autor acaba por aceitar também esta conclusão, ao falarmos de uma «ruptura entre a ideia de direito e o poder» (*Traité*, I, 501, ss.) e ao compreender a revolução como «a substituição de uma ideia de direito por outra» (ob cit., IV, 594, ss.). Depois, consideremos o exemplo da própria França. Se esta fora antes o *ancien régime*, não deixou de ser a França depois da Revolução, mas só na base da França reconstituída revolucionariamente, com o novo sentido e objectivação histórico-nacional que desse modo obteve, é possível continuar a falar de uma «consciência nacional francesa», como pressuposto de novos pluralismos. E não estaremos, nós portugueses, a viver um momento constitutivo semelhante: a consciência nacional não é algo que se está revolucionariamente a recompreender e a reconstituir?

é ele também constituído por a compreensão fundamental-origi-nária do homem nesse momento histórico — o sentido com que o homem se compreende, não já ao nível das suas objectivações históricas parciais ou mesmo globais (nacionais), mas ao nível da historicidade transcendental. O significante de todos os significados, o princípio de todos os princípios, constituído àquele último nível da inteligível intencionalidade significante em que o homem se compreende no sentido radical que vai pressuposto em todas as suas axiológico-culturais realizações ou objectivações históricas e, que, como tal, confere inteligibilidade e unidade constitutiva-compreensiva à vida histórica. Sentido-pressuposto que não é, assim, apenas um sentido histórico a distinguir e a opor a outros sentidos históricos, numa análise *onticamente histórica*, mas antes o sentido de todos os sentidos ou o sentido *ontologicamente fundamentante* da inteligível historicidade que exprime o *ser do homem* ⁽⁴⁴¹⁾ (o seu *ipsum esse*) nesse momento histórico e nessa cultura.

Já vimos atrás qual é esse sentido último com que o homem hoje radicalmente se compreende. E pudemos ver também como aí se funda a intenção axiológica capital, os valores últimos ou o fundamental «reino dos fins» ⁽⁴⁴²⁾ que o homem do nosso tempo refere à sua existência comunitária para nela encontrar, e poder cumprir, um autêntico sentido humano.

E que é esse o pressuposto radicalmente significante ou a intenção ontológica e axiologicamente fundamental do nosso tempo, confirmamo-lo se observarmos que ideologias políticas tão diferentes como o liberalismo, o personalismo (político) e o socia-

⁽⁴⁴¹⁾ Tocamos aqui não apenas com o *ser do homem*, mas, através deste, com o próprio problema geral e último do *Ser* — v., neste sentido, HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, cit., Introdução e *passim*; mas sobretudo, do mesmo pensador, *Über den Humanismus*, cit.; K. JASPERS, *Philosophie*, II (*Existenzzerhellung*) e III (*Metaphysik*); MIGUEL BAPTISTA PEREIRA, *Ser e pessoa. Pedro da Fonseca — I. O método da Filosofia*, Cap. I, 5-58.

⁽⁴⁴²⁾ Sobre este «reino dos fins» («os valores últimos que o homem se propõe cumprir pela sua actividade individual ou pela acção das colectividades e dos grupos, com vista a dar um sentido à vida e à história»), a distinguir quer da «intenção específica» do político, quer dos seus «objectivos concretos», v. FREUND, ob. cit., 695, ss.; 650, ss.

lismo⁽⁴⁴³⁾, levam implícitas, na sua essencial intencionalidade axiológica, os mesmos valores últimos da autonomia e dignidade humanas, convergindo assim também todas, embora por caminhos distintos e com diversa acentuação, na intenção final da comunitária (ou pela comunidade mediatizada) libertação do homem para a plenitude da sua humanidade. Por isso invocam em unísono os valores da liberdade, da igualdade, da justiça. O que as distingue são os seus diversos entendimentos das condições e dos objectivos imediatos (estratégicos) de que dependerá a realização concreta ou o cumprimento efectivo daqueles valores últimos — e por isso são ideologias políticas diferentes. Assim como é em referência ainda àqueles mesmos valores últimos que tanto o individualismo radical, comunitariamente dessolidário, como o colectivismo total, pessoalmente opressivo, são tidos hoje unanimemente como modos patológicos daqueles valores. Um, porque sacrifica a dimensão comunitária; o outro, porque sacrifica a dimensão pessoal, ambas condições indefectíveis da autêntica e plena realização humana. Além de que é ainda por uma intencionalidade fundamental àqueles valores que o poder político só pode actualmente pretender uma legitimação democrática⁽⁴⁴⁴⁾, muito embora também aqui se tenha de distinguir entre diversos sentidos, imediatamente políticos e institucionais, por que se poderá entender e realizar a democracia⁽⁴⁴⁵⁾.

Numa palavra, é esse o «inconsciente» axiológico que não só lhes dá o sentido último, como inclusivamente apenas ele elucida das divergências que marcam a distância das várias intenções ideológico-políticas — sem ele, na verdade, não tinha sequer sentido o conflito entre essas intenções, pois apenas haveria a radical incomunicabilidade de posições absolutas em abso-

(443) Sobre o socialismo, relativamente a este ponto, pode ver-se T. MAZOWIECKI, *Sur le personnalisme et le dialogue*, in *Esprit*, 1974, tomo I, 241, ss.; OTA SIK, ob. cit., 124, ss.; R. GARAUDY, *Parole d'homme*, 185, ss. («*La politique*»), esp.^o 198, ss.

(444) Neste sentido, e por todos, G. CALOGERO, ob. cit., 319, ss., no ensaio já cit., «*L'éthique du dialogue et les fondements de la démocratie*».

(445) Cfr. CABRAL DE MONCADA, *Problemas de filosofia política — Estado, democracia, liberalismo, comunismo*, 53, ss.; BURDEAU, *Democracia*, cit., *passim*.

luta separação, mónadas inteiramente fechadas em mundos de todo entre si ignorados. Unicamente por referência a essa possível intencionalidade e inteligibilidade comum é compreensível o próprio discurso polémico e não é absurda a atitude de uma dessas posições se pretender mais justificada do qualquer das outras — i. é, não é absurdo, mas possível, que o diálogo humano e livre das razões se substitua ao embate bruto e cego da força. O que não quer dizer, decerto, que toda a prática histórica se esgote ao nível do diálogo, e sim que a própria força só será humana e lícita se legitimada por um diálogo que lhe confira um sentido de validade.

Assim se justifica que se possa dizer, em paráfrase a FOUCAULT⁽⁴⁶⁾, que para além das divergências ideológico-políticas, ou para além das conscientes diversidades objectivo-intencionais, há que considerar ainda o *epistème* axiológico-cultural que vai pressuposto, fundamenta e dá sentido à unidade intencional do «projecto humano», da prática e criação humanas de cada época histórica⁽⁴⁷⁾. Era, aliás, também fundamentalmente neste sentido que MOUNIER nos convocava a ir até ao fim, até à compreensão dos tipos de civilização através da explicação das suas «formas puras» ou das suas «doutrinas limites», as quais seriam, no entanto, menos teorias do que sentidos de vida, fundamentos de ser, ou, segundo as suas próprias expressões, «profils-limites», «directions d'expérience».

11. E tendo reencontrado deste modo, mediante a análise dos factores que constituem a realidade histórico-social, a inten-

(46) *Les mots et les choses*, Prefácio, 13; 256, ss., e *passim*.

(47) A história do direito conhece duas significativas investigações orientadas fundamentalmente pelo objectivo de explicitar o pressuposto intencional que dava sentido, e autonomizava, uma certa cultura e o direito que lhe correspondia — no caso, a cultura e o direito romanos —: R. v. IHERING, *Geist des römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, e F. SCHULTZ, *Prinzipien des römischen Rechts*. Este último Autor é, aliás expresso (temos presente a trad. ingl. da 2.ª ed. da ob. cit.): «We desire to elucidate the basic views of law and justice animating the Romans responsible for the law; it is from them that the rules of the Roman law system were derived — these are the true principia, the true 'beginnings' of Roman Law » p. 1). Sirvam-nos estas investigações de exemplos aproximados do que pretendemos dizer no texto.

ção axiológica fundamental que pudemos atrás associar à intenção também fundamental do direito, à intenção última da sua ideia, estamos agora em condições de a determinar juridicamente — i. é, de a determinar nos termos normativamente explícitos que o direito histórico haverá de assumir e cumprir⁽⁴⁴⁸⁾.

Essa determinação conhece também três níveis ou três planos de objectivação — aqueles mesmos três planos de determinação do que se pode designar por «consciência jurídica geral» de um certo tempo e de uma certa comunidade.

a) Numa sociedade tendencialmente integrada e estabilizada, igualmente a «consciência jurídica geral» propende a confundir-se com a concreta objectivação histórico-social que a juridicidade obteve no sistema jurídico dessa sociedade. Determina-a então o «espírito» desse sistema, a intencionalidade totalizada dos princípios positivos da sua juridicidade. Sabe-se, no entanto, que estes princípios são em boa parte o resultado da assimilação jurídica de intenções ético-sociais e mesmo normativo-sociais dominantes no *ethos* social histórico da comunidade de que se trate, assimilação obtida embora através da prática da resolução de problemas jurídico-sociais concretos, seja a nível legislativo, seja a nível jurisprudencial-doutrinal, e potenciada pela experiência normativa que se vai revelando nessa prática⁽⁴⁴⁹⁾. Pode assim dizer-se que nessa mesma parte os princípios normativos informadores da juridicidade vigente são expressão da intenção político-jurídica dominante, da intenção político-social integrante (e, portanto, vigorando socialmente como ideologia em sentido positivo e total) assumida pelo direito. O mesmo é concluir que se apaga, nos termos já referidos, a distância entre o ideológico e o axiológico e se pode falar de uma unitária e historicamente concreta «ideia de direito» (BURDEAU) em que aquelas duas intenções se equilibram (ou melhor, se não distinguem).

(448) Cfr. a nota anterior.

(449) Sobre este ponto, v. a nossa monografia sobre *As fontes do direito* — O problema da positividade jurídica, § 2.º (em preparação).

Já numa sociedade plural e conflituante, em que o ideológico-político se manifesta, como vimos também já, em todo o seu relevo polémico e crítico, a objectivação jurídica do sistema de direito vigente ou que foi vigente — no caso de quebra revolucionária — vê-se submetida à mesma crítica ideológica que atinge a intenção ideológico-social que em grande parte exprime ou exprimia. O que leva facilmente a concluir que o direito, todo ele, vale tanto como essa intenção ideológico-social que objectiva ou objectivava — com o corolário radical de que caindo essa intenção, cai também o direito na sua totalidade. O que é inexacto nestes termos globais, justamente porque a «consciência jurídica geral» conhece um outro plano normativo que se subtrai às contingências e à precaridade da objectivação jurídica comunitariamente histórica e concreta, a que temos estado a aludir.

b) Esta objectivação histórica de um certo direito não parte de uma consciência jurídica vazia, nem constitui absolutamente *ex novo* a sua consciência jurídica. E o que encontra já, ou aquilo de que parte, não é apenas a estrutura noética dessa consciência, ou em termos de isso que unicamente pressuporia e de que partiria oferecer só a possibilidade classificatória de remeter a tarefa histórica que o novo direito positivo é chamado a cumprir para o tipo estrutural-qualificativo de uma tarefa «de direito» — tão-só, no fundo, a possibilidade de a qualificar como uma estrutura jurídica. A estrutura própria de um qualquer direito e de um qualquer pensamento jurídico, e que se apoia tanto em elementos construtivos (como são os conceitos fundamentais, o esquema formal da norma, os tipos de sanções, etc.), como em elementos institucionais (uns orgânicos, p. ex., os tribunais; outros dogmáticos, como a lei, o contrato, a pessoa colectiva, etc.), mas agora no quadro de outra constituição jurídico-social e com outro conteúdo.

Não apenas a estrutura noética, mas ainda a substância noemática, a própria intenção material da consciência jurídica é em grande parte recebida e prosseguida. É-o justamente àquele nível constitutivo em que se terá de reconhecer a subsistência de um específico património axiológico-normativo e jurídico que,

uma vez revelado, fica verdadeiramente adquirido para sempre — pelo menos no âmbito de uma mesma intencionalidade axiológico-cultural fundamental, no âmbito, se quisermos, do mesmo *epistême* axiológico e histórico-cultural. Estamos-nos a referir ao conjunto daqueles princípios normativo-jurídicos fundamentais que se vão subtraindo à imediata dialéctica histórica — transcendendo o plano da «existência» jurídico-positiva em que os direitos positivos ou históricos se manifestam e se sucedem uns aos outros —, e isto porque se trata de princípios que, ao serem uma vez intencionalmente assumidos, se compreendem como determinações da própria intenção axiológica constitutiva do direito enquanto tal. Princípios que nos remetem agora, portanto, ao nível da *intenção essencial* do direito, no nível daquela intenção axiológico-normativa que constitui o direito *como direito*.

Pense-se — e só queremos referir-nos a alguns exemplos mais evidentes — nos princípios sem os quais hoje, e onde quer que seja, se não pode admitir como válida a individual responsabilidade criminal — a definição dessa responsabilidade nos termos objectivos que apenas um *princípio de legalidade* pode assegurar, e segundo uma imputação subjectiva que exige o respeito pelo *princípio da culpa* ⁽⁴⁵⁰⁾. Considere-se o *princípio da autonomia* ou a irredutível subjectividade de uma esfera jurídica pessoal e privada, a manifestar-se nos problemas dos direitos de personalidade ⁽⁴⁵¹⁾, dos direitos subjectivos, da negocial autonomia privada — autonomia decerto hoje profundamente correlativa, e a conexionar-se, com um *princípio de responsabilidade ou vinculação social*, nos seus limites e no seu exercício ⁽⁴⁵²⁾. Contra o arbítrio do poder e a prepotência da autori-

⁽⁴⁵⁰⁾ Sobre este princípio jurídico-criminal v., por todos, relativamente ao pensamento ocidental, EDUARDO CORREIA, *Direito penal. Projecto da parte geral* (motivação, *passim*); e J. FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude*, cit., 165, ss.; ID., *A reforma do direito penal português*, 14, ss.; relativamente ao pensamento socialista, especificamente o pensamento soviético, U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, 167, ss.

⁽⁴⁵¹⁾ Sobre este problema em geral e hoje, v. ORLANDO DE CARVALHO, *Os direitos do homem no direito civil português*.

⁽⁴⁵²⁾ Cfr., para uma referência geral a este princípio, nas suas diversas implicações, as nossas *Lições de Introdução ao Estudo do Direito* (policopiadas), 154, ss.

dade, postula-se o *princípio da legalidade* da função ou actividade executiva, por um lado, e o *princípio do contróle jurídico geral e jurisdiccional* do seu exercício, por outro lado⁽⁴⁵³⁾. O *princípio da jurisdição*, com os seus corolários da *independência* e da *imparcialidade* da função judicial. O *princípio da igualdade jurídica* — a entender já hoje para além da mera igualdade perante a lei⁽⁴⁵⁴⁾. O *princípio de defesa* perante quaisquer acusações ou incriminações, etc. Assim como, e em geral, todas aquelas exigências normativas que decorrem dos universalmente reconhecidos «*direitos do homem*».

Todos estes princípios, exigências e postulados normativos foram-se decerto manifestando com base numa histórica experiência jurídica. Só que, uma vez assumidos no sentido normativo que revela a sua formulação explícita, não podem deixar de reconhecer-se como definitivamente adquiridos na determinação do próprio sentido do direito, posto que a intencionalidade normativamente fundamental do jurídico, a partir da revelação e assunção desses princípios, só com eles e através deles pode ser especificamente compreendida. Verifica-se aqui o mesmo que FECHNER⁽⁴⁵⁵⁾ refere ao conteúdo da decisão humana existencialmente criadora, à decisão autêntica e humanamente reveladora: enquanto essa decisão revela algo autenticamente humano, esse seu conteúdo revelado adquire força vinculante e «o homem não pode mais preterir-lo sem destruir uma parte de si mesmo». Pois que, com a explicitação-constituição desse novo conteúdo ou dessa sua nova dimensão, o homem modificou-se e enriqueceu-se essencialmente, de tal modo que sem esse novo conteúdo ou dimensão, «com a qual se tornou naquilo que é, não poderá continuar a ser aquilo que era». Volve-se assim essa aquisição

(453) Quanto a este último princípio, vemos inclusivamente que se pretende assegurar o seu cumprimento, para além do recurso geral à impugnação por via judicial, através mesmo de instituições criadas especificamente para potenciarem esse *contrôle* (o *Ombudsman* nórdico e agora entre nós o *Provedor de Justiça*) ou chamadas particularmente a exercê-lo (assim a *Prokuratura* soviética — v., para uma informação geral, R. DAVID, *Les grands systemes de droit contemporains*, 3.^a ed., 216, ss.; E. L. JOHNSON *An introduction to the soviet legal system*, 132, ss.).

(454) Vide o nosso estudo e loc. cit. *supra*, nota 107.

(455) *Rechtsphilosophie*, 260, ss.

em «parte de si próprio, pelo que cada vez que a abandona, abandona uma parte de si mesmo, e pode tão pouco fazê-la desaparecer como pode fazer-se desaparecer a si próprio: sem auto-diminuição não pode mais voltar atrás, para antes dela, até porque ela lhe permite sentir a carência de algo novo, de maior plenitude de ser». E como exemplo de uma dessas humanas aquisições definitivas, aponta FECHNER justamente os direitos e liberdades fundamentais, direitos que sendo embora «uma das grandes e originais criações do homem ocidental» adquiriram uma intenção vinculante universal, que não mais pode ser ignorada. Na verdade, sempre que se verifica — e algumas vezes se tem verificado — a preterição formal ou o abandono, seja desses direitos, seja de qualquer daqueles princípios fundamentais, vinca-se o sentimento de uma situação humanamente regressiva e mesmo de degradação, contra a qual sempre se protesta ou nunca se deixa de resistir, e que, posto logre sobrepor-se transitoriamente a essa resistência e protesto, só aguarda o momento de ser de novo recuperada no sentido daquela validade a que se não renunciou.

Assim se compreende, por exemplo, a inconformada censura de que sempre foram objecto as totalitárias preterições do *nullum crimen...*, do princípio da legalidade criminal e mesmo o seu eclipse no direito penal nacional-socialista e na primeira fase do direito penal soviético. Direito este último onde, todavia, esse princípio havia de ser restaurado em 1958, com os «*Fundamentos do Direito Penal*» do mesmo ano, para ser reafirmado no novo Código de 1960. Restauração que no mesmo direito foi, aliás, acompanhada de outras, como a do princípio da legalidade (embora decerto «legalidade socialista»⁽⁴⁵⁶⁾), de

(456) O que não significa minimizar a importância e o valor jurídico dessa *legalidade socialista* — sobre ela, pode ver-se *Le concept de légalité dans les pays socialistes*, vol. colectivo (1961); I. SZABÓ, *Le droit socialiste*, in *Introduction aux droits socialistes*, 74, ss., R. DAVID e J. H. HAZARD, *Le droit soviétique*, 159, ss., R. DAVID, ob. cit., 207, ss.; STANISLAW EHRlich, *Quelques observations sur la légalité socialiste*, in *Rev. Int. des Sciences Sociales*, XVI (1960), 233, ss.; A. M. NASCHITZ, *Orientations actuelles dans le développement du régime de la légalité dans les pays socialistes*, in *Rev. Int. de Droit Comparé*, XVII (1970), 711, ss., M. CERRONI, ob. cit., 90, ss. —, pois se é certo que se trata de uma legalidade deliberadamente ao serviço de

uma mais clara diferenciação e acentuação da autonomia dos direitos subjectivos, dum renovado reconhecimento do princípio da culpa (⁴⁶⁷), etc.

c) O que nos permite afirmar uma inegável universalidade — a sobrepor-se às divergências ideológicas de sistemas político-sociais tão diferentes — dos princípios de que demos exemplos e, portanto, do nível da consciência jurídica que concorrem a determinar. Sem deixar de observar — num confronto que corrobora essa afirmação — que já não se nos mostra com a mesma universalidade o reconhecimento, e menos ainda a realização, do Estado-de-direito. Nem isso deverá estranhar-se, pois traduz este Estado uma certa relação, ou assimilação global, entre o Estado e o direito, entre o direito e o político, e no sentido de uma particular vinculação desde por aquele, que os Estados propostos deliberadamente à inversão ideológico-política dessa relação não estão dispostos a aceitar, nem realizam. Pelo que o Estado-de-direito, não deixando de fazer sempre seus aqueles princípios universalmente adquiridos, traduz ainda uma caracterizada intenção político-jurídica que vê circunscrito o seu domínio de aceitação e cumprimento aquém dos actuais Estados socialistas. É que aqueles princípios relevam apenas do domínio intencional do normativo-jurídico, enquanto que o Estado-de-direito tem a ver sobretudo com o domínio da realidade político-jurídica.

Nem deixe de acrescentar-se, já aqui, que o sentido actual do Estado-de-direito não é totalmente inequívoco. Pois se o seu sentido puramente formal está hoje superado, ao exigir-se, para além da forma legal e de uma estrutura de separação de pode-

uma política, e que só por referência a esta deverá no fundo ser interpretada e aplicada, nem por isso deixa de marcar, por um lado, uma certa distância jurídica relativamente ao político (v. a evolução que neste sentido se verificou na Rússia Soviética, *apud*. U. CERRONI, ob. loc. cit.), e de exercer, por outro lado, uma importante função de garantia dos direitos individuais e contra as arbitrariedades do poder (sobre estes últimos pontos, v. MONIQUE e R. WEYL, *Revolução e perspectivas do direito*, cit., 66, ss.).

(⁴⁶⁷) V., sobre estes pontos e outros mais, U. CERRONI, ob. cit., 115, ss., 153, ss.

res, ainda o reconhecimento absoluto dos «direitos fundamentais», pode continuar a perguntar-se que direito vincula o Estado e de que modo o vincula. O direito tão-só a expressão normativo-racional e formal do voluntarismo político legitimado numa suposta *volonté générale*, o direito a persistir na sua identificação com a lei, a juridicidade a manter-se confundida com a legalidade — ainda que legalidade democrática — e de que os outros poderes deviam ser menos executores, pois, segundo a palavra de LOCKE, «*the legislative is supreme power*»? Ou o direito enquanto uma intenção normativa materialmente específica que encontra na lei apenas um dos seus modos de manifestação, mas sem se esgotar nela e estando para além dela, em termos de serem unitariamente responsáveis pelo cumprimento dessa intenção todos os poderes do Estado e não só o poder legislativo? ⁽⁴⁶⁸⁾

α) Problema este do Estado-de-direito que, nos termos em que acaba de ser aludido, só por si nos confirma, com efeito, que a intenção jurídica conhece uma particular autonomia perante a intenção política: os mesmos princípios jurídicos fundamentais são postulados onde se não pode reconhecer a mesma forma de Estado e não obstante a diversidade ideológico-política.

É certo que se poderá dizer que a autonomia jurídica de alguns desses princípios se deve em parte ao seu carácter formal assim desde logo os que mais directamente exprimem uma existência de legalidade, e que os restantes carecem, na sua indeterminação intencional, de uma específica concretização a obter com fundamento em critérios materiais que eles não definem. Com o que se toca o problema, de novo último e decisivo, da sede e natureza desses critérios que são chamados, já a dar uma intenção material aos princípios jurídicos formais, já a impor um sentido materialmente determinado aos princípios jurídicos intencionalmente indeterminados. E a resposta comum é pronta: a determinante material oferece-a unicamente a intenção ideoló-

⁽⁴⁶⁸⁾ V. a nossa *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, 540, ss., e agora também, entre outros, U. SCHEUNER, *Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, in Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, II, 229, ss.; e *infra*, conclusões, b).

gica-política que constitua em termos dominantes a comunidade em causa. Seria este, afinal, o decisivo critério material do jurídico — e seria assim ilusória a autonomia da sua intenção normativa, que nos tinha sido possível reconhecer a um certo nível da consciência jurídica.

β) Nem coisa fundamentalmente diferente se teria de concluir do que nos diz um autor como o próprio BURDEAU, o qual, apelando embora para a «ideia do direito», a entende todavia nos termos que vimos atrás: a «representação da ordem social desejável», a «ideia que a colectividade se faz do seu futuro e da organização política capaz de a orientar» — ideia que é «a base primeira do poder e também o fundamento do direito». Pois do que aí se trata é de uma ideologia político-social total em que se apoia o *consensus* político ⁽⁴⁶⁰⁾. Pelo que se compreende que o mesmo Autor seja levado a concluir que na revolução se verifica «a substituição de uma ideia de direito por outra», que seria mesmo esse o efeito caracterizador do fenómeno revolucionário e o fundamento da sua legitimidade: — «la révolution trouve sa légitimité dans l'idée de droit dont elle se fait instrument» ⁽⁴⁶⁰⁾, enquanto que «principe directeur de l'activité sociale» ⁽⁴⁶¹⁾.

Daí que, tanto na resposta comum como nesta — que é, afinal, também só uma expressão particular daquela — coubesse ao político, em último termo, determinar a própria intenção material da consciência jurídica. Teria, pois, razão R. WIE-TÖLTER ⁽⁴⁶²⁾, ao sustentar que o direito é fundamentalmente uma *tarifa política*, que nem verdadeiramente existiria «o direito», mas meramente a «formulação de condições que devem ser preenchidas ou afastadas para que se possa realizar a existência terrena, temporal e finita, dos homens em sociedade, a existência de homens o mais possível adultos numa sociedade o mais possível adulta e aberta» ⁽⁴⁶³⁾.

⁽⁴⁶⁰⁾ *Traité*, 318, ss.

⁽⁴⁶⁰⁾ *Ob. cit.*, IV, 592.

⁽⁴⁶¹⁾ *Ibid.*, 595, s.

⁽⁴⁶²⁾ *Rechtswissenschaft — Funk-Kolleg (Grundlagen)*.

⁽⁴⁶³⁾ *Ibid.*, 75.

γ) Simplesmente, o mero confronto entre estas duas posições revela-nos algo de paradoxal que acaba por nos apontar o último passo a dar. BURDEAU pretende encontrar um fundamento materialmente autónomo para o direito, mas, porque o não soube procurar para além do político, acaba por confundir a ideia de direito com uma ideologia — o que é no fundo a negação do que procurava. WIETHÖLTER nega em geral a autonomia material do direito perante o político e acaba por compreender o direito numa intenção que se diferencia de uma qualquer ideologia — com o carácter intencionalmente particular e socialmente limitado que a esta corresponde —, pois essa intenção exprime uma compreensão fundamental do homem a impor-se à realidade da sua coexistência.

Havemos assim de inferir que a intenção material (axiológica) do direito se autonomiza da intenção material (ideológica) do político, se e no modo como nos for hoje inteligível uma compreensão essencialmente significativa do homem, capaz de iluminar de sentido, e fundamentar, uma exigência normativa universal referida à sua existência comunitária. Não se trata então de um certo projecto de vida social discriminadamente determinado por fins e objectivos particulares, a exigir o sacrifício de quaisquer outros fins e objectivos particulares que não caibam nesse projecto concreto e a conduzir-se pelos imperativos imediatos do êxito a assegurar a esses mesmos fins e objectivos preferidos — o selectivo projecto, portanto, de uma estratégia. Trata-se antes de uma intenção em que se assume e pela qual se pretende cumprir o sentido autenticamente humano do homem em comunidade, na sua plenitude e, assim, de axiológica validade — sem discriminações partidárias e sem o cálculo ideologicamente unilateral de uma estratégia.

Esta intenção, cujo fundamento e sentido específico pudemos já compreender, é ela própria susceptível de uma análise intencional em que vamos encontrar — cremos poder dizê-lo — o autêntico critério material da «consciência jurídica geral». Para além dos princípios com que se vai historicamente determinando, tem a consciência jurídica naquela intenção axiológico-

-normativa última o núcleo intencional em que verdadeiramente radica já a sua autonomia, já a sua possibilidade constitutiva — e que é agora o momento de explicitar.

d) Vimos serem duas as dimensões axiológicas a compreender nessa intenção última e fundamental — a dimensão e o valor pessoal, por um lado, a dimensão e o valor comunitário, por outro lado. Dimensões e valores que admitem o seguinte desenvolvimento.

A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o *respeito incondicional da sua dignidade*. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que ele é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos seus membros considerado pessoalmente — a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte⁽⁴⁶⁴⁾.

E postula mais a dimensão pessoal. Postula ainda a possibilidade da sua realização, a possibilidade da realização pessoal

(464) Daí a necessidade de distinções que nem sempre se fazem. Sirva-nos como exemplo de uma dessas distinções necessárias este pensamento de BERDIAEFF, *Le christianisme et la lutte de classes*, cit., 157: «Si le christianisme prend, dans le conflit social, la cause de la classe ouvrière, il doit le faire non pas au nom de cette classe, mais au nom de l'homme, de la dignité de l'ouvrier, au nom de son droit humain, de son âme écrasée par le capitalisme».

quer em si, quer perante os outros. E temos as implicações da *liberdade* e da *igualdade*. Implicações decerto correlativas, como se sabe ⁽⁴⁶⁵⁾, pois se a igualdade se pode dizer a condição social da liberdade, a liberdade é uma possibilidade pessoal que só será universal se todos nela se reconhecerem iguais ou se nenhum for já privilegiado já diminuído nessa possibilidade. Só que a liberdade significa sobretudo o assumir-se o homem a si próprio, no originário de si mesmo e no irrecusável da sua responsabilidade, vindo a manifestar-se, portanto, em termos de uma auto-realização responsável. Enquanto que a igualdade exprime antes de mais a não dependência do arbítrio de outrém — nisto reside o que diremos o aspecto libertador da igualdade —, que o mesmo é afirmar a possibilidade de impor uma geral reciprocidade, e assim a exigência de que quaisquer diferenças concretas não-de ser justificadas *perante* os outros por referência ao mesmo fundamento que justificará as diferenças *dos* outros — e é agora o aspecto simultaneamente desprivilegiante e diferenciador da igualdade. O que significa que a liberdade, como valor, não é a mera condição empírica e negativa da ausência de impedimentos, como a pensou um HOBBS, nem a igualdade a mera parificação formal e abstracta do igualitarismo mecanicista. Além de que só têm sentido autêntico através das condições concretas da sua realização, as quais não-de ser respectivamente, condições de libertação e de diferenciação ⁽⁴⁶⁶⁾: como a dignidade pessoal, assim também a liberdade e a igualdade não são puros inteligíveis, mas exigências axiológicas de efectiva realização ⁽⁴⁶⁷⁾.

⁽⁴⁶⁵⁾ Sobre este ponto, tão amplamente debatido, podem ver-se, para além da já clássica posição de A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, I, 2.^a P., cap. XV; II, 2.^a P., cap. X; 4.^a P., cap. XXVII, 33, e *passim*; por último, R. DAHRENDORF, *Reflexionen über Freiheit und Gleichheit, in Gesellschaft und Freiheit*, 363, ss.; A. PODLECH, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, 185, ss. Recorde-se ainda ALMEIDA GARRETT, *O dia vinte e quatro de Agosto, in Obras de A. G. (Lello & Irmão)*, I, 1053, ss.; e OLIVEIRA MARTINS, *Portugal contemporâneo*, II, Liv. VI.

⁽⁴⁶⁶⁾ Sobre o carácter diferenciador de uma intenção de igualdade real e socialmente concreta, v. o nosso estudo sobre «*O instituto dos assentos*», loc. cit., anos 106.^o, 226, ss.; 107.^o, 51, ss. (Separata, 219, ss., e 160, ss.).

⁽⁴⁶⁷⁾ Cfr. *supra*, n.^o 6.

Realização que, por outro lado, não será viável sem uma efectiva participação nas condições comunitárias da sua possibilidade. Mas com este específico sentido: se a comunidade é — sabemos-lo — condição da realização humana, e isso implica, na verdade, um direito fundamental de participação comunitária, não implica todavia menos uma responsabilidade comunitária — a responsabilidade nos valores e nas condições sociais em que se participa, enquanto possibilidades da própria realização. Pelo que vai aqui implícita a afirmação de deveres comunitários correlativos do direito também comunitário de participação (com as já referidas exigências e possibilidades de liberdade e igualdade). Tanto o *dever de solidariedade*, a traduzir-se em todos os vínculos e deveres sociais concretos como correspectivos do «ter» socialmente possível e usufruído; como o *dever de corresponsabilidade*, a manifestar-se nas múltiplas formas de responsabilidade social, enquanto por sua vez correspectivo do «poder» (seja axiológico-cultural, seja político-social) comunitariamente realizável e realizado. No equilíbrio entre a participação (que pressupõe o valor da pessoa e é implicante de liberdade e igualdade) e a responsabilidade (implicante, por sua vez, de solidariedade e corresponsabilidade), ambas comunitárias, temos de novo o que se haverá de entender por justiça — a intenção, e a exigência, normativamente integrante e dinâmica, do reconhecimento de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo constituído por todos.

Não vai com isto dito qual a índole histórica, a estrutura e os conteúdos concretos da comunidade em que se participa e se é chamado a responder. Apenas se exige que não sejam recusadas as condições possíveis, no contexto das disponibilidades histórico-sociais, para que todas e cada uma das pessoas, sem sofrerem violação da sua dignidade, ascendam aí à viabilidade da sua realização pessoal e se vejam integralmente convocadas à participação e à responsabilidade comunitárias. Não será justa, ou será inválida perante o *direito* (enquanto «ideia» e intenção), a sociedade histórica que recusar essas condições, mas não fica só assim definido o modelo concreto da sociedade a que essa validade se deverá impor. Esse modelo concreto será

sobretudo da competência do político, não já do axiológico. Caberá ao político definir a estrutura concreta dos poderes e optar pela índole e os objectivos sociais da organização económica — com uma condição e um limite, porém: que na realidade política-económica constituenda ou constituída aqueles valores fundamentais, que explicitámos, sejam não só não recusados, mas efectivamente possíveis. A realidade político-económica que respeitar esta condição e não ultrapassar aquele limite será então, não apenas uma ordem política-económica, será também uma *ordem de direito*.

Sendo ainda exacto, como atrás se disse, que só na síntese histórica e socialmente concreta do axiológico e do político-económico teremos o direito como realidade social e histórica — como um certo direito, ou enquanto «direito positivo». Mas devendo sempre entender-se que a relação entre o direito-ideia e o direito-positivo é a que levamos implicada. Só no direito positivo a ideia de direito realiza *o direito*, só pela ideia de direito o direito positivo se realiza *como direito* ⁽⁴⁶⁸⁾.

e) É pela totalização dos três planos intencionalmente jurídicos que acabamos de discriminar — o plano jurídico da assimilação ideológico-social, o plano dos princípios jurídicos fundamentais e o plano da intenção axiologicamente última do direito — que se forma e objectiva a consciência jurídica de uma qualquer comunidade humana do nosso tempo que não recuse o direito como uma das suas dimensões constitutivas. E se no primeiro desses planos se tem por certo de reconhecer o condicionamento ideológico ⁽⁴⁶⁹⁾ a que não pode furtar-se um sistema jurídico histórico, já nos outros dois planos o condicionamento que se terá de considerar é sobretudo o da experiência transcendentalmente axiológica-intencional da historicidade humana. Pelo que é verdadeiramente na unidade destes dois últimos planos que ao direito se revela a autonomia da sua intenção específica. Uni-

⁽⁴⁶⁸⁾ V., sobre este ponto, a nossa *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, 570, ss.

⁽⁴⁶⁹⁾ Foi esse condicionamento ideológico que sobretudo se preocupou em revelar-nos a investigação de ROBILLANT, cit. *supra*, nota 439. Só que, se o A. ficou por aí, pode-se e deve-se ir mais longe.

dade constituída pela síntese entre o sentido fundamental do direito, com a axiologia que lhe vai inerente — os valores tanto da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, como da realização participante e da comunidade responsabilizante (em solidariedade e corresponsabilidade) —, e os princípios normativo-jurídicos que se manifestam como modos já explicitamente determinados desse sentido. Unidade que queremos designar por «*consciência axiológico-jurídica*».

Trata-se de uma consciência ou intenção comunitariamente *integrante* — como sempre corresponderá à intencionalidade do direito —, posto que, nos termos por que a podemos compreender, oferece a possibilidade de um autêntico *consensus omnium* de carácter axiológico-normativo. Revela-se-nos o pressuposto axiologicamente intencional do que podemos dizer o comunitário «auditório universal» — aquele «auditório» que a própria comunidade há-de constituir, enquanto a realidade da coexistência eticamente fundamentada e responsável —, pois que, ao manifestar-se como o fundamento e critério de validade susceptível de se impor «a todos os membros razoáveis e que se sintam eticamente responsáveis da comunidade jurídica», é por isso também apta a convocar todos os membros da comunidade à responsabilidade do autêntico sentido humano que lhes cumpre. E intenção integrante, não decerto porque exclua os conflitos da prática histórico-social (ideológico-políticos e outros), e sim porque é a sua vocação e a sua possibilidade a de superar e reduzir comunitariamente esses conflitos⁽⁴⁷⁰⁾.

O que justamente atribuí à sua intencionalidade axiológica, constituinte daquele *consensus omnium*, uma possibilidade normativa de decisiva importância, pois lhe confere o carácter de uma verdadeira *instância crítica*: permite-lhe tomar posição de validade quer perante quaisquer outras intenções sociais que não tenham a mesma universalidade (desde logo, as intenções ideológico-políticas), quer perante quaisquer comportamentos sociais

⁽⁴⁷⁰⁾ E isto, como vimos *supra*, n.º 8, através da intenção integrante de justiça (de concreta ponderação justa) que ela pode oferecer e é chamada a constituir.

conflituantes. É a intenção última da validade comunitária e o possível critério de solução concreta dos seus conflitos ⁽⁴⁷¹⁾.

E não só *integrante e crítica* — são ainda notas da consciência axiológico-jurídica, e da intenção normativa que ela exprime, o seu carácter *histórico* e *aberto*. Histórico, porque participa da historicidade humana (historicidade ontológica), nos termos que vimos. Aberta, já que, sendo susceptível de uma objectivação histórica, não se esgota todavia nessa objectivação. Pode assim dizer-se dela o que igualmente se dirá do direito, considerado na sua intencionalidade normativa global — é um contínuo constituendo. Pois relativamente ao direito histórico-positivo em que se vai precipitando, em que se cumpre e concretamente se objectiva, impõe-se ela sobretudo como uma «ideia» e um «projecto» ou — e são agora palavras de MAIHOFER ⁽⁴⁷²⁾ — como um «absoluto deveniente» (*werdendes Absolutes*).

Tudo o que nos permite considerar a consciência axiológico-jurídica como que uma *sintéresis* histórica do jurídico, pois também ela manifesta a seu modo os «*innati fines connaturales hominis*» reconhecidos em direito. E por isso será chamada a ocupar hoje o lugar que o pensamento jurídico milenarmente atribuiu ao «direito natural» ⁽⁴⁷³⁾. Mas com a diferença fundamental — para além daquela dimensão de historicidade que vimos lhe é própria — de não ter essa consciência de «seguir a natureza», porventura inumana, nem se poder compreender como a mera «determinação natural do homem», já que se nos

⁽⁴⁷¹⁾ Cfr. ainda *infra*, *Conclusões*, a).

⁽⁴⁷²⁾ *Ideologie und Recht*, cit., 30.

⁽⁴⁷³⁾ Pressupõe-se aqui a superação do jusnaturalismo clássico, na sua intenção de definir os fundamentos e critérios essenciais do jurídico. Ponto que não é agora ocasião de considerar — dele nos temos ocupado, directa ou indirectamente, noutros lugares: v. *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, 699, ss., e *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, *passim* — mas que se pode ver estudado concludentemente desde logo, e por todos, na monografia de H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.ª ed. Por isso temos de dizer uma tentativa frustrada a posição recente de Ph. I. ANDRÉ-VINCENT, *Les révolutions et le droit*, que procura ver no «direito natural e bem comum», entendidos em termos aristotélico-tomistas, o «dato fundamental» em que o direito se haveria de julgar as revoluções. Para um confronto com a nossa posição, v. *infra*, nas *conclusões*.

revelou, ao contrário, como «expressão da sua autodeterminação espiritual» (474).

Numa palavra, e em conclusão: nesta axiologia, de que se ilumina o sentido do direito, e na normatividade que ela fundamenta, temos o «absoluto» de validade que relativiza todas as outras intenções sociais e que, suscitando uma «metódica e sistemática análise dos projectos sociais do homem sobre a sua própria determinação», permite à intenção jurídica fundamental o ser ela aquilo que autenticamente é chamada a ser: a intenção «não do direito que é, mas do direito que deve ser». Formulações estas ainda de MAIHOFER (475) e que a análise anterior nos permite fazer também nossas, para exprimirmos o que elas próprias já directamente significam: que o sentido do direito não o compreendemos simplesmente nas objectivações histórico-positivas em que ele é, e sim essencialmente naquela fundamental axiologia humana em que o intencionamos no que ele *deve-ser*. Se nas suas objectivações histórico-positivas essa intenção fundamental se pode ver lograda ou frustrada, nunca essas objectivações se poderão, no entanto, entender e ajuizar, positiva ou negativamente, senão por referência a essa intenção de *dever-ser* específico que lhes constitui o seu sentido de obra humana comprometida com a humana axiologia.

O que não deixa de ter ainda uma consequência imediata, e do maior relevo, sobre o próprio pensamento jurídico e, assim, sobre a função mesma do jurista. Pois diremos, de novo com MAIHOFER (476), que implica isso «não só uma nova compreensão da jurisprudência, mas ainda do jurista, o qual deixa de entender-se como mero serventuário dos interesses socialmente mais fortes, como porta-voz da *Weltanschauung* dominante, para se entender antes como parte daquela inteligência comprometida a que compete, num Estado secular e plural (...) a função de constituição e realização do direito em termos de crítica social

(474) Formulações de MAIHOFER, *Naturrecht als Existenzrecht*, *passim*; ID., *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 29, ss.; ID., *Ideologie und Recht*, 28, ss.

(475) Última ob. cit., 35.

(476) *Ibid.*, 35.

e de crítica ideológica»⁽⁴⁷⁷⁾. E com este corolário, de dignidade e de responsabilidade: o jurista, deste modo ou «quanto verdadeiro jurista, é o anti-ideológico por profissão».

Depois, ao reconhecermos assim uma intenção normativamente específica ao direito, compreendemos ao mesmo tempo que lhe vai excluída — tanto a ele como ao jurista, a quem compete pensá-lo e realizá-lo — uma atitude de neutralidade axiológica, fosse esta considerada em termos kantianos, vendo o jurídico apenas como *limite* formalmente racional da afirmação simultânea de arbítrios extrajurídicos, seja postulada no modo, que sobretudo tem aceitação nos nossos dias, de mera coordenação relativista e céptica de todos os subjectivismos. Mas sem que por isso se corra o risco de negar o pluralismo, nas intenções e nas realidades sociais. Antes o pluralismo, que não negue evidentemente o outro termo daquela dialéctica em que, como pluralismo e assim como «diálogo social», unicamente pode ter sentido — a responsabilidade e a integração comunitárias —, é ele próprio, já o dissemos, um pressuposto da justiça e, portanto, do direito: só os partidarismos dogmáticos se fecham à alteralidade e recusam o diálogo dos méritos atendíveis. Mas esses também nada têm a ver com o direito e a justiça — e é a sua linguagem, nunca é demais repeti-lo, apenas a linguagem opaca, desesperada e niilista da força⁽⁴⁷⁸⁾.

(477) Não deixemos de anotar uma recente interpretação — «uma reconstrução crítica» — do pensamento de K. MARX relativamente ao direito, no sentido de ver nele decerto uma «crítica do direito», mas não uma sua desvalorização radical, e antes uma intenção que seria em último termo positiva, embora no modo de uma atitude crítica — de crítica ideológico-social — perante o direito positivo ou o direito historicamente objectivo. Nestes termos, poderá dizer-se que também o pensamento jurídico de MARX contribuiria fundamentalmente para o esclarecimento de uma intenção construtiva e crítica do direito, a intenção que levamos referida no texto à consciência jurídico-axiológica. Falamos da monografia de um discípulo de MAIHOFER, WOLF PAUL, *Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts* — que se propõe mostrar que, desse modo, a teoria marxista do direito constituiria afinal uma «ciência do direito *sui generis*».

(478) Assim se poderá dizer, com R. MARCIC, *Rechtsphilosophie*, 224, 240, e *passim*, que numa sociedade onde sejam valores fundamentais a dignidade e a liberdade humanas a política deverá culminar no direito. V., aliás, também B. DE JOUVENEL, *Du pouvoir — Histoire naturelle de sa croissance*, 375, ss. («*Le droit au-dessus du pouvoir*»), e *infra*, as nossas conclusões.

f) Chegados aqui, eis-nos em condições de dar resposta às perguntas que motivaram estas reflexões: o que poderá dizer o direito à revolução no próprio momento revolucionário? Haverá um direito *para* a revolução, um direito que se imponha à revolução como critério de *validade* do próprio comportamento revolucionário? Ou é ele a voz que aí se terá de calar, porque não tem discurso para a oportunidade nem auditório que a entenda?

As respostas tê-las-emos nas conclusões que agora podemos enunciar. E são as que se seguem.

12. *Conclusões.*

a) Dentre as funções que os desenvolvimentos anteriores nos foram revelando como próprias da intenção jurídica — a função de integração da sociedade global, a função de legitimação de um poder político através da síntese político-jurídica que constitui o histórico e positivo sistema de direito vigente, a função de uma justa e constitutiva resolução dos conflitos que dinamizam historicamente a vida social, assim como a função axiológicamente regulativa e crítica em que se nos oferece o critério último da validade social — é decerto esta última que sobretudo releva para o nosso problema.

Pudemos ver em que se funda essa intenção regulativa e a sua possibilidade crítica. Vão, uma e outra, implicadas na universalidade do *epistême* axiológico que reconhecemos pressuposto e se impõe constitutivamente ao nosso actual mundo humano — com a sua fundamental dimensão histórico-cultural e enquanto nele se exprime o sentido radical com que o homem hoje a si mesmo se compreende. Sentido em que se postulam os valores de que nos demos conta: da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, da comunitária participação e da responsabilidade social. Valores que são todos eles, poderemos dizer, dimensões analíticas da humanidade do homem, ou daquela *humanitas* em que afirma o autêntico «reconhecimento do homem pelo homem».

Mas vimos também que a esta universalidade axiológica, em que o encontro e a comunhão num pressuposto comum são possíveis, e pela qual se atinge a comunicante convergência que dá sentido aos conflitos e os convoca à sua válida superação — vimos que a essa universalidade normativa, histórica, integrante, aberta e crítica, se opõe a particularidade da intenção ideológico-política, com as suas características de unilateralidade estratégica e partidarismo militante. Mas sem que isto signifique quer o minimizar dessa outra intenção, quer o desconhecimento de que nela se manifesta uma não menos fundamental dimensão da realidade social. Pois não se ignora — já o dissemos, aliás — que é à intenção ideológico-política que sobretudo cabe constituir, no seu conteúdo imediato e historicamente concreto, a realidade histórico-social, ao impor à sociedade de que se trate os seus fins imediatos e a realização destes através de certos objectivos particulares. Simplesmente, o que agora antes de mais pretendemos considerar é que a particularidade e a unilateralidade intencionais do ideológico-político o que afinal verdadeiramente traduzem é o comprometimento num *modus* socialmente determinado e limitado de garantir (ou que se pretendem e actuam como os mais adequados para garantir) o êxito histórico da intenção axiológica última que sempre pressupõem e lhes confere o seu decisivo e autêntico sentido. Perante essa intenção axiológica universal e última cada intenção ideológico-política, num certo momento histórico-cultural, revela-se, na verdade, fundamentalmente como uma particular interpretação estratégica (político-socialmente estratégica) a impor uma específica metodologia de cumprimento. Daí, como pudemos já observar, que as diferentes ideologias políticas que conflituam no nosso tempo não divirjam essencialmente nessa axiologia, com os valores que lhe sabemos implicados, e sim apenas no tipo e estrutura da sociedade — nos seus fins imediatos, objectivos concretos e estrutura institucional — que melhor a realizaria. E só porque é assim, com efeito, é que a comunicação humano-social é possível, e o diálogo, apesar de tudo ou não obstante os conflitos ideológicos, é uma realidade em que nos sentimos situados e se nos impõe como um apelo que nos convoca e que humanamente não podemos recusar. O mesmo é

compreender que qualquer ideologia política a si própria se nega, não decerto na possível coerência da sua estratégia, mas no seu sentido fundamental de validade, que é o seu decisivo sentido humano, se os fins, os objectivos e o modo ou a prática que socialmente realize negarem (ou forem incompatíveis) com esse sentido axiológico último em que apenas pode encontrar o seu verdadeiro fundamento de validade. Possível contradição esta entre o axiológico e o político que acaba por ser, no fundo, a contradição entre a eficácia e a validade sociais.

E sem esta validade, as forças que triunfem num conflito ou luta ideológica-política, em *réussite* estratégica e num logro tático e militante, bem podem pretender justificar-se perante os seus «inimigos» pelo próprio êxito histórico, mas carecem, e fundamentalmente, de um sentido autêntico e de uma verdadeira justificação humana — actos de força e violência que a história contabilizará apenas como tais.

Ora, se uma revolução é sempre uma prática de força que não fica, pode dizer-se nunca, imune à violência⁽⁴⁷⁹⁾, no seu esforço de reconstituir a sociedade no sentido programado de uma certa ideologia política, perante ela se haverá, pois, de pôr de uma forma claramente consciente e dramaticamente aguda o problema da validade desse seu esforço social, ideológico-estratégico e de eficácia política, mobilizado em prática revolucionária. Daí a pergunta decisiva. Em que medida o sentido axiológico-humanamente fundamental — que, na verdade, encontra a sua expressão normativa na intenção, também última e fundamentante, do direito e se determina no conteúdo da consciência jurídica já adquirida — vai implicitamente afirmado ou violado nesse esforço constituinte da prática revolucionária? E a resposta concreta a esta pergunta é possível, porque aquela intencionalidade axiológico-normativa, com o conteúdo adquirido da sua determinação, nos oferece o seu critério.

Será, portanto, o sentido geral de resposta o seguinte. Toda a intenção revolucionária, assim como todo o acto revolucionário

(479) Sobre a distinção, e a dialéctica, entre a «força» e a «violência», v. FREUND, *Le droit d'aujourd'hui*, 9, s.

que, por um lado, viole fundamentalmente a dignidade humana, que anule numa prática de opressão social a liberdade, que pretira a igualdade através de discriminações arbitrárias e meramente partidárias, e que recuse a participação comunitária, seja a quaisquer pessoas ou a quaisquer grupos, embora decerto no novo contexto comunitário e de responsabilidade; e, por outro lado, não determine na comunidade reconstituída quer os deveres sociais em termos da correlatividade exigida pela solidariedade (impondo, por exemplo, só deveres e encargos a uns e só direitos e benefícios a outros, e uns e outros partidária e ideologicamente discriminados), quer as diversas responsabilidades em função, por sua vez, da corresponsabilidade humano-cultural e política, que as pessoas ou os grupos assumam pela participação no todo social e comunitário — quando, pois, assim actue, é essa uma intenção e uma prática revolucionárias cujo possível êxito histórico não absolve, porque nem é libertadora, nem justa — i. é, porque não é humanamente positiva.

E o mesmo se diga relativamente àqueles princípios normativo-jurídicos que dissemos adquiridos pela actual consciência jurídica, e que traduzem determinações ou explicitações normativas dos valores fundamentais da axiologia humana e do direito. Queremos referir apenas dois exemplos. Privação ou violação da liberdade pessoal, alegando embora uma justificação política geral, mas sem imputação objectiva e controlável de responsabilidade, ou sem fundamento em culpa concretamente averiguada com possibilidade autêntica de defesa. Julgamento e imposição de sanções, por forças ideológico-politicamente militantes adversas ao julgado e condenado, invocando para tanto a intenção revolucionária e recusando a intervenção de um tribunal que ofereça as suas conaturais garantias de verdadeira independência e imparcialidade. No primeiro caso, teremos o arbítrio do poder; no segundo caso, teremos o arbítrio do ideológico, a cobrirem, respectivamente, uma hipocrisia normativo-jurídico e uma brutal vingança de facções — em ambos os casos, objectivamente, uma simples prepotência e uma injustiça.

Assim se entenderá o direito e a juridicidade que se impõe no próprio momento revolucionário e à revolução. E como norma-

tividade que deverá acompanhar, numa intenção axiológico-intencionalmente crítica e juridicamente constitutiva, tanto a estratégia como a prática histórico-política da intenção revolucionária. Na verdade, se é pela axiologia já da dignidade já da libertação humana, e através de uma participada e responsável existência comunitária, que se compreende hoje o sentido da história e o nosso compromisso perante ela, e se, por isso mesmo, só nesse sentido pode ter fundamento uma revolução autêntica — com tudo o que esta conota de validade histórica e humana, enquanto um passo e um esforço dramático ao encontro da nossa própria humanidade, ao encontro da libertação e da justiça —, então a revolução, nesse seu sentido positivo ⁽⁴⁸⁰⁾, não pode deixar de afirmar o direito nos termos que vimos. Pois tão-só essa afirmação a revelará libertadora e justa, a imporá como uma revolução consonante com o seu próprio fundamento, no momento mesmo em que é acto revolucionário. Unicamente assim se poderá dizer que a revolução não nega o seu objectivo último no processo para o atingir, que o fim justo não vê anulado a sua validade pelo emprego de meios injustos.

É este, por conseguinte, o verdadeiro, e válido, *direito revolucionário*: aquele que a revolução é convocada a realizar, assumindo e cumprindo constitutivamente a intenção fundamental do direito, antes mesmo que se estabeleça, numa nova síntese político-jurídica, um outro direito ou outro sistema jurídico positivo — como resultado ou expressão normativa, este agora, da sociedade post-revolucionária. Neste sentido, o direito revolucionário não será um direito normativamente menos exigente, proposto

⁽⁴⁸⁰⁾ Não que este sentido positivo, e progressivo — se assim quisermos dizer —, da revolução exclua as revoluções sem esse sentido, quer enquanto efectivos fenómenos históricos, quer enquanto categoria do pensamento histórico-político — sobre a questão aqui aludida, v. J. ELLUL, *Autopsie de la révolution*, 78, ss. Só que, sem esse sentido, a ilegitimidade e a invalidade da revolução é uma evidência histórica e com ela se terá de conceder, com igual intensidade, a prioridade ao direito. Enquanto que o nosso problema foi, desde o início, o da relação de validade e da discutível prioridade entre a revolução e o direito, uma vez que aquela pretenda justificar-se por um humano e progressivo sentido positivo. Só neste caso tem efectivamente lugar a questão de saber que tipo de relação (ou que possível reconhecimento recíproco) se pode e deve pensar entre ambos.

apenas a invocar como seu fundamento não já uma validade axiológica e antes uma oportunidade revolucionária, será, pelo contrário, um direito chamado a impor ao próprio *iter* revolucionário aquilo mesmo que está no objectivo final da revolução e lhe dá sentido — o encontro do homem consigo próprio, em libertação e justiça. Direito esse tanto mais necessário e iniludível, quanto é certo que no acto revolucionário, que é também acto de força, será sempre forte a tentação de se ceder apenas à força. E ainda com esta consequência importante: deste modo o direito não estará em oposição à revolução, nem esta significará uma ruptura no direito — antes o direito é a própria consciência axiológica da revolução, a consciência do seu autêntico sentido de validade em todos os momentos e actos da sua prática. Como que é ele a fazer a vocação da revolução ao seu próprio sentido. E por isso podemos dizer que a revolução válida haverá de ser a afirmação fundamental do direito e não a sua negação.

Só assim, com efeito, compreendendo a essencial convergência e mesmo concordância intencional entre o direito e a revolução, podemos resolver o aparente enigma, sempre renascido, da relação entre o direito e a revolução, e excluir que a opção entre o direito e o não-direito acabe por ser uma questão de mero acaso. É que, como observa N. HARTMANN⁽⁴⁸¹⁾, «o agente revolucionário vai contra o poder e o direito existentes. Se falha, o que existia antes mantém-se em vigor e ele torna-se réu de alta traição. Se vence, com o novo poder adquire validade um novo direito, do qual ele é o legislador legítimo. O que é que afinal decide aqui? É só uma questão de sucesso ou de insucesso e, em última análise, de circunstâncias externas e casuais?». E o próprio HARTMANN dá uma resposta que podemos já compreender, e com a qual se haverá fundamentalmente de concordar: «se o revolucionário se torna um traidor à pátria ou um legislador com poder legítimo, se a novidade ascendente cede à força das velhas instituições ou triunfa, sobre isso decide em

(481) *Das Problem des geistigen Seins*, 239, s.

último termo a direcção para a qual tende realmente a vontade de direito e social do tempo. O que corresponde a esta direcção terá como sua toda a força viva do espírito objectivo; o que se lhe opõe tê-la-á contra si. Porque, num caso, existe já a tendência histórica de que nasce a revolução e nisso reside o seu direito. No outro caso, a revolução nasce de uma tendência exterior — e nisso reside o seu não-direito». Se pudemos, na verdade, entender em que medida e com que sentido fundamental o direito, com a sua intenção axiológica, informa o nosso *epistême* axiológico-cultural histórico, então podemos compreender também agora que o «direito da revolução» se há-de fundar na afirmação, através dela, desse sentido e intenção do direito enquanto tal.

b) Esta primeira conclusão permite-nos aceitar uma outra: que será não só inadequado como incorrecto, porque em boa parte impossível e no fundo normativamente contraditório, pretender o respeito pelo sentido do direito e a sua realização tão-só pela exigência da legalidade e do seu efectivo cumprimento.

Inadequado seguramente, porque a plena realização do princípio da legalidade, em todos os seus aspectos, pressupõe, como se sabe e também já dissemos, um sistema jurídico estabilizado de cujo espírito ele seja expressão formal, em explicitação e desenvolvimento. Por outro lado, o normativo legal é simplesmente um *dado* jurídico de que se parte, para respeitar ou transgredir, cumprir ou não cumprir. Ora, no momento revolucionário não existe ainda justamente um sistema político-jurídico estabilizado — nas suas específicas intenções fundamentantes, na organização legitimada dos poderes, no mecanismo de limitação e *contrôle* do poder legítimo, seja legislativo ou outro. Pelo que aí, como em nenhum outro momento, o dado legal, imposto por um poder que num esforço revolucionário apenas como tal se afirma, não ofereça em si, só com ser expressão legal ou ter a forma de lei, suficiente garantia da sua validade normativa de *direito*. O conteúdo dessa forma, intencionado pelo exercício do poder legisferante, pode bem exprimir uma intenção de mera oportunidade e eficácia políticas, que não recua perante as possí-

veis violações de valores e princípios em que o político encontraria os seus limites, de validade e críticos. Quer dizer, o que impede já hoje, e em geral, que se confunda a juridicidade com a legalidade, o direito com a lei, impõe-se com forte maioria de razão perante uma legalidade emergente de um processo revolucionário. E daí a contradição daqueles que pretendem respeitar a intenção ao direito apelando apenas para uma legalidade que se aceitaria sem limites.

Tem decerto esta posição implícita uma concepção de «lei» que, na linha da tradição demo-liberal do Estado-de-direito, pôde de algum modo e num certo momento histórico justificar essa identificação — do direito com a lei, da intenção jurídica com a intenção de legalidade. Isso, não obstante ser já aí a lei a expressão e a forma — embora uma certa expressão e uma certa forma — da absoluta *voluntas* política. Sabe-se, por outro lado, que essa concepção se insere numa ampla evolução histórica sobre o conceito de lei que, para um seu exacto entendimento, devemos ter presente.

α) Eram duas as linhas de compreensão da lei antes que o pensamento revolucionário de 1789, e na medida em que foi inspirado no *Contrat Social*, se orientasse para um outro que passou a predominar até aos nossos dias. Uma dessas linhas, em que se afirma o pensamento clássico, com fundamento no jusnaturalismo também clássico, e que partindo de ARISTÓTELES havia de culminar em S. TOMÁS — com algum eco ainda em MONTESQUIEU, embora neste já sob a influência de uma outra perspectiva —, via na lei a expressão da *ratio* chamada a determinar o «justo natural». Decerto que ARISTÓTELES distinguia o *dikaion physicon* do *dikaion nomikon*, e em S. TOMÁS não se confundia o *ius naturalis* — abstraímos agora do *ius divinum* — com o *ius temporalis*, cabendo em ambos a prescrição e a positivação dos segundos à vontade do legislador legítimo. Só que, assim como as leis da *polis*, o «justo legal», não teriam outra função, nem outro fundamento de validade, que não fosse a de determinar ou de optar positivamente perante a indeterminação e as reconhecidas diferenças, no tempo e no espaço, próprias do «justo natural» — e em CÍCERO, com todo o pensamento estóico,

mais vincadamente ainda a validade das leis se fundaria na sua racionalidade natural —, também em S. TOMÁS, e sobretudo posteriormente em SUAREZ, as leis positivas do legislador soberano nada mais poderiam ser do que *conclusiones* (ou desenvolvimentos normativos) e *determinationes* (ou concretizações) exigidas pelo «bem comum», segundo o tempo e as circunstâncias, das intenções fundamentais do racional direito natural — a lei «*quaedam rationis ordinatio ad bonum commune*». E algum eco deste pensamento, não obstante o posterior empirismo histórico, se encontra, com efeito, em MONTESQUIEU, ao dizer-nos ele que as leis «*sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*» — natureza das coisas de que a razão humana seria intérprete, e por isso «*les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine*»⁽⁴⁸²⁾. Nesta linha, portanto, a *voluntas* política seria apenas uma função determinativa que tinha na *ratio* material o seu fundamento. Nem com outro sentido pôde dizer ARISTÓTELES que «a lei é a inteligência sem paixões»⁽⁴⁸³⁾.

A outra linha, porém — e não vamos referir aqui os seus antecedentes na crise sofística, no pensamento agostiniano e no nominalismo e individualismo medievais —, arranca fundamentalmente de HOBBS e aí é, pelo contrário, a vontade política, soberana e incondicionada, não só a fonte mas o próprio fundamento das leis civis — *auctoritas non veritas facit legem*. Todo o positivismo jurídico, com a sua particular identificação do direito com a lei, tem aí, na onnipotência do *Leviathan* (sincronizada, aliás, com as realidades políticas da Europa moderna das monarquias absolutas) a sua origem intencional e político-jurídica. Simplesmente, entre esse radical positivismo legalista e aquele outro que corresponde às mais próximas tradições legalistas do Estado-de-direito, havia de interpor-se o pensamento de ROUSSEAU — o qual, repudiando o absolutismo político de HOBBS e não po-

(482) *L'Esprit des lois*, Liv. I, Cap. I.

(483) *Política*, trad. cit., Liv. XI, 1287 a).

dendo regressar, no seu racionalismo iluminista e formal, ao jusnaturalismo da racionalidade material clássica, oferece a síntese entre a *voluntas* e a *ratio*, que havia de caracterizar a legalidade democrática e do respectivo Estado-de-direito.

A lei seria agora a expressão da *volonté générale*, votada em assembleia pelos seus representantes — e por ela se realizaria um não menos incondicional voluntarismo político. Só que, assimilando e transformando racionalmente num projecto global as vontades individuais e as suas divergências de interesses, encontraria a lei na sua universalidade racional o seu verdadeiro fundamento. É que essa universalidade, tradução normativa da liberdade e igualdade dos «cidadãos», exigiria uma certa forma de expressão e essa só podia ser a *forma racional* — a forma da racionalidade própria da razão iluminista, da generalidade e abstracção. Depois, a vontade geral impondo-se mediante esta forma realizava o «princípio da legislação universal» exigido por KANT, enquanto o fundamento racional do jurídico. A prescrição normativa em que se exprimisse a vontade geral de um modo racional (universal), tal era agora o verdadeiro sentido da lei.

Decerto que era ela também a manifestação da vontade política, mais absoluta e ilimitada do que nunca, no seu conteúdo prescrito e contra o qual nada se poderia opor⁽⁴⁸⁴⁾. Mas postulava-se que a universalidade da sua intenção e a racionalidade da sua expressão lhe garantiam a impessoalidade, a imparcialidade e a objectividade, e que, desse modo, realizariam simultaneamente a justiça — até porque, sendo a lei a expressão de uma vontade geralmente participada, «il ne faut plus se demander, segundo ROUSSEAU, si la loi peut être injuste, puisque nul ne sauraît être injuste envers soi-même»⁽⁴⁸⁵⁾ —, a igualdade e a liberdade. Esta última, não apenas porque, participando todos, com a sua autonomia, na constituição da vontade geral, seriam afinal, também todos e cada um, legisladores de si próprios, pelo

(484) Cfr., por todos, G. RIPERT, *La déclin du droit*, 1 ss.

(485) *Contrat Social*, Liv. II, cap. VI. Decerto que haveria ainda a acrescentar, se quiséssemos ser completos, o factor «liberal» dos «direitos naturais e do homem» como objectivo e limite da lei — Cfr. M. A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, 185, ss., e *passim*.

que mesmo na «sociedade civil» ninguém «n'obéisse pourtant que à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant»⁽⁴⁸⁶⁾; mas sobretudo porque obedecendo apenas a uma vontade geral e racional, ninguém estaria dependente de ninguém ou sujeito ao arbítrio de quem quer que fosse. Daí que a liberdade estivesse em obedecer às leis e não aos homens, que a democracia e a liberdade se identificassem com a exclusiva soberania da lei. A lei como que recuperava deste modo, embora num outro contexto histórico-político, o seu carácter de «inteligência sem paixões».

Simplesmente, entre a construção doutrinária deste pensamento e as efectivas realidades políticas, e sobretudo atenta que seja a evolução dessas realidades até aos nossos dias, fica toda a enorme distância que nos obriga à denúncia do carácter utópico e historicamente não logrado desse modelo político-jurídico.

Não só a igualdade formal — a igualdade da generalidade e abstracção —, com que se pretendia atingir a justiça, se revelou a cobrir as maiores desigualdades reais (com o seu cortejo de injustiças sociais), como se esteve sempre longe da efectiva participação de todos na formação da legislativa vontade geral. E nem é necessário referirmo-nos às discriminações censitárias, que começaram por seleccionar os cidadãos eleitores. O próprio sufrágio universal nunca pôde assegurar que a vontade geral, na sua autenticidade, se manifestasse legislativamente. Por um lado, cedo as assembleias legislativas foram dominadas por maiorias partidárias, que as minorias, mesmo quando admitidas a fazer-se ouvir — e nem sempre, pode mesmo dizer que nunca o foram em termos relevantes —, dificilmente podiam contrabalançar. Por outro lado, no Estado interventor dos nossos dias, a invadir em medida crescente a «sociedade civil» e a assumir o papel de gestor global da vida social, o poder legislativo tende cada vez mais a repartir-se com (se não mesmo e transferir-se para) o «poder executivo»⁽⁴⁸⁷⁾, cabendo ao governo, quando não já o exercício autónomo da legislação, pelo menos grande parte da

(486) *Ibid.*, Liv. I, cap. VI.

(487) Pode ver-se sobre este ponto, e por todos, J.-P. LASSALE, *Introdução à política*, trad. port. de ALICE NICOLAU e A. PESCADADA, 61, ss., 74, ss.

iniciativa e um indesmentível *contrôle* político da actividade legislativa. E se a maioria partidária parlamentar o que transforma em lei é por certo expressão da suas intenções ideológico-políticas, mais fortemente assumirá esse carácter a legislação autónoma do governo ou da sua iniciativa, pois o governo será sempre uma ideologia partidária — quando muito uma coligação ideológico-partidária — no poder. Domínio este da actividade legislativa pelo poder executivo que arrasta ainda a uma outra consequência de negativa importância: dá lugar ao que rigorosamente se designa por «legislação burocrática», ao fenómeno da burocratização da lei e até da «*loi règlementaire*»⁽⁴⁸⁸⁾. Legislação burocrática que, sendo elaborada em gabinetes técnicos e por isso subtraída ao *contrôle* jurídico e político, se poderá considerar até menos ideologicamente comprometida — em referência, pelo menos às suas imediatas intenções determinantes — do que tecnologicamente indiferente aos fundamentais valores jurídicos — ou legislação em que a racionalidade tecnológica e de eficácia predomina sobre a intencionalidade axiológica e de validade. Acresce, por último, que a própria generalidade e abstracção das leis, com o característico esquema jurídico-normativo que lhes ia associado, está a ceder perante outras modalidades legislativas, seja de intenção executiva e individualizante, como são as «leis-providência», seja de intenção prospectiva e gestor-administrativa, como são as leis-plano⁽⁴⁸⁹⁾.

Se considerarmos sobretudo estas últimas notas da legislação do nosso tempo, podemos decerto repetir com redobrada razão a conclusão de BENJAMIM CONSTANT⁽⁴⁹⁰⁾: «as leis não são a justiça, são formas para a administrar», e até muito simplesmente formas de administrar. E tendo, por outro lado, em conta aquele carácter ideologicamente partidário das leis, como

(488) Sobre o fenómeno da burocratização das leis e as suas consequências jurídicas, v. as observações de J. CARBONNIER, *Droit Civil (Thémis)*, I, 90. Sobre o actual carácter «*règlementaire*» das leis, v. G. RIPERT, ob. cit., 69, s.

(489) Cfr. o nosso *O Instituto dos «assentos»...*, loc. cit., ano 106.º, 259, s. (Separata, 136, ss.), com indicação bibliográfica.

(490) *Apud* FREUND, *L'essence du politique*, 239.

actos que são também cada vez mais de uma particular vontade política, havemos de reconhecer, por tudo isto, que não é sem perigo que identificaremos o direito com a lei. Por uma razão e outra, a lei não garante, só pelo facto de ser lei, que tenha assumido e cumprido a intenção do direito e da justiça, nem é seguro que obedecer só à lei não seja obedecer ou ficar dependente afinal de «alguém» determinado — de um certo grupo, de um certo partido, de uma certa ideologia. E se é assim, igualmente se terá de concluir que obedecer só à lei — lei identificada ao direito ou sem que haja contra ela recurso possível em nome do direito — não define a situação verdadeira de liberdade. Não fica excluída a possibilidade da opressão, do arbítrio, da discriminação legal. Pelo que tinha mais uma vez razão BENJAMIN CONSTANT — já contra ROUSSEAU, mas com irrecusável razão sobretudo hoje, depois da experiência histórica que o comprova — quando dizia que ao instaurar-se o reino exclusivo da lei, sob a cobertura da vontade geral, se entregara ao poder «o mais terrível auxiliar de todos os géneros de despotismo»⁽⁴⁹¹⁾.

Daí que se não faça afinal oposição à natureza que a lei nestes termos assumiu — tão-só, na verdade, a expressão normativa de uma específica intenção política, apenas o «direito do Estado» na expressão de EHRlich⁽⁴⁹²⁾, o seu direito de mera programação política e administrativa — se, numa marcada intenção ideológico-partidária, se proclamar a legitimidade de uma «legislação revolucionária», ou se, numa explícita e bem deliberada intenção política, se vir na lei, não o instrumento do direito, enquanto uma intenção específica e autónoma, mas o instrumento de um certo processo histórico-social de direcção apenas ideológica.

Por tudo o que, como pudemos antes dizer e agora claramente compreendemos, pretender o triunfo do direito pela exigência apenas do «primado da lei» é não só insuficiente, como susceptível de conduzir mesmo a resultados inversos daqueles que se pretendem.

(491) *Ibid.*, 243.

(492) *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 110, ss., 295, ss.

Será sempre insuficiente, porque a lei, participando do direito apenas ao nível político-jurídico, está longe de esgotar aí toda a intenção jurídica — além de que, mesmo a esse nível, conhecerá sempre limites extensivos e limites intensivos na indispensável determinação e realização histórico-concretas do direito ⁽⁴⁹³⁾. E sobretudo não fica excluída a hipótese de leis de sentido normativamente negativo, posto que a lei bem poderá ser — em geral, mas antes de mais pela sua condição actual, aquela a que aludimos e pelas razões que referimos — uma lei radicalmente injusta ⁽⁴⁹⁴⁾, frontalmente contrária à intenção axiológicamente autónoma do direito ou violadora das exigências normativas fundamentais da consciência jurídica. Possibilidade a que sobretudo num momento revolucionário, e perante a sua «legislação revolucionária», devemos estar particularmente atentos.

β) Decerto que se poderá dizer que já hoje se não aceita sem limites, e sem recurso, a validade, mesmo positivo-jurídica, das leis, uma vez que elas ficam condicionadas à crítica da sua constitucionalidade — e constitucionalidade, como é também já hoje adquirido, juridicamente vinculante, não apenas politicamente programática. Mas ainda aqui devemos estar de sobreaviso para evitar o erro de identificar agora a axiologia e a normatividade especificamente jurídicas com a axiologia e a intencionalidade político-constitucionais.

Sem dúvida que a constituição se impõe como o pacto social e o estatuto político-jurídico fundamental da comunidade que através dela se institui em sociedade jurídica e se organiza em Estado. O mesmo é dizer que pela constituição a comunidade a si mesma se define nos seus valores político-jurídicos fundamen-

⁽⁴⁹³⁾ Para desenvolvimento deste ponto, v. o nosso «O Instituto dos «assentos»...», loc. cit., ano 107.º, 259, ss. (Separata, 198, ss.).

⁽⁴⁹⁴⁾ Para uma consideração geral do problema da «lei injusta», pode ver-se a nossa *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, 531, ss.; G. RADBRUCH, *Gesetzliches und Übergesetzliches Recht, in Rechtsphilosophie*, ed. p. p. E. WOLF; H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 416, ss.; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, n. éd., 306, ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Gezetz und Recht, in Rechtsphilosophie im Wandel*, 136, ss. H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. cit. de M. CATTANEO, 241, ss.

tais. Simplesmente, tanto o voluntarismo como o positivismo jurídicos dominantes vêm a postular que o *prius*, e o fundamento mesmo, do direito o teríamos unicamente na juridicidade constitucional. Os valores ético-sociais, os valores jurídicos e a própria intenção do direito a assumir pela ordem jurídica ter-se-iam de encontrar apenas nas intenções materiais e nos pressupostos formais expressamente prescritos na constituição.

No entanto, o próprio pensamento constitucionalista se dá conta de uma juridicidade constitucional mais exigente do que aquela que se defina apenas ao nível constitucional-positivo — é o que significam as distinções, tomadas em certo sentido, entre a constituição material e a constituição formal, entre a constituição escrita e a constituição não-escrita, etc. — além de que, e fundamentalmente, o estatuto constitucional traduz sobretudo a assimilação jurídica de certos valores políticos, a instituição do projecto político-jurídico e político-institucional da ideologia ou da transacção ideológica que logrem impor-se por qualquer forma que seja — revolucionariamente, plebiscitariamente, etc. — no momento constituinte. Daí que esse estatuto não só esteja longe de poder esgotar o universo jurídico, existente e a existir — traduz-se nele apenas o jurídico que se tem por politicamente mais relevante —, como a sua intenção fundamental continua a ser ideológico-política e, portanto, o que sobretudo se propõe é perspectivar juridicamente uma certa intenção política. Do que verdadeiramente se trata é, pois, de um compromisso (a implicar a distinção) entre a intenção política e a intenção jurídica, tomada esta agora na sua específica autonomia — a constituição não é senão o *estatuto jurídico do político*. Compromisso e distinção que se hão-de manifestar sempre numa certa tensão — a intenção política pretenderá que seja o político a determinar e a dinamizar o jurídico e a intenção jurídica não renunciará à sua axiologia e normatividade próprias, numa intencionalidade material que, como sabemos, com aquela primeira se não confunde. Mas tensão que num verdadeiro Estado-de-direito — e que hoje significa Estado-de-direito material ou de justiça, a superar o simples Estado de legalidade, e que culminará insti-

tucionalmente um verdadeiro Estado-de-jurisdição ⁽⁴⁹⁵⁾ — tenderá a encontrar aquele ponto de equilíbrio em que não haja possibilidade de as inaceitáveis unilateralidades ou parcialidades simplesmente ideológico-políticas virem a prevalecer sobre a intenção axiologicamente universal e verdadeiramente fundamentante do direito. Pelo que se fala hoje da possível «inconstitucionalidade de leis constitucionais ⁽⁴⁹⁶⁾», no reconhecimento, pois, de uma axiologia transpositiva que não está na absoluta disponibilidade do positivo constitucional ou de que não é titular sem limites o poder constituinte — sobretudo se este poder foi delegado sem *contrôle* pela comunidade total em certos seus representantes ou se perante ela foi revolucionariamente assumido. Pense-se nas hipóteses que MARCIC, entre muitos outros ⁽⁴⁹⁷⁾, nos aponta e que se sabem não estarem excluídos das realidades do nosso tempo: propor-se uma constituição o sacrifício de uma raça, a discriminação jurídico-social de uma classe, de uma minoria religiosa, etc. Casos estes de arbítrio e partidarismo injusto, e outros análogos, em que se pode dizer, na verdade, que o povo (ou os representantes que falam em seu nome) «se faz ele próprio um exercício arbitrário do seu mais alto poder, se priva do seu direito e da sua liberdade, casos em que o próprio povo se desvia da fonte do direito do seu Estado e da medida do próprio direito» ⁽⁴⁹⁸⁾. Isto porque recusa a uma parte da comunidade aquilo mesmo que ela justamente é — parte e elemento da comunidade de que se trata. Sendo certo que só a comunidade na sua totalidade é soberana e *suprema potestas constituens*. Por isso se terá de concluir, também com MARCIC ⁽⁴⁹⁹⁾, que «*absoluta não é a constituição, absoluto é o direito*».

⁽⁴⁹⁵⁾ V., por todos, BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht, passim*; R. MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richtersstaat, passim*; R. EHRHARDT SOARES, *Constituição* (separata do *Dicionário Jurídico da Administração Pública*), 13, s.

⁽⁴⁹⁶⁾ V., por todos, BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*; A. SÜSTERHENN, *L'étatisme vaincu, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, XXI* (1955), 168, ss.

⁽⁴⁹⁷⁾ R. MARCIC, *Rechtsphilosophie*, 235; J. DABIN, ob. cit., 379, s.; HENKEL, ob. cit., 458; a nossa *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, 577.

⁽⁴⁹⁸⁾ MARCIC, *Rechtsphilosophie*, 242.

⁽⁴⁹⁹⁾ *Ibid.*, 235.

Só o direito, na verdade, com a sua axiologia universal e com a sua totalização integrante de justiça — contra, respectivamente, a unilateralidade e a parcialidade ideológico-políticas — pode oferecer não só o último fundamento de validade, mas ainda a intenção global, não discriminatória e legítima, da comunidade. Por isso a verdadeira soberania comunitária é a *soberania do direito* e só nele o povo encontrará a suprema garantia de uma sua realização verdadeiramente democrática. Pois que esta realização será unicamente aquela em que se verifique um autêntico «reconhecimento do homem pelo homem», em que todos e cada um sejam chamados a participar comunitariamente com o seu direito e a sua liberdade.

c) Tudo o que nos conduz a uma última conclusão — conclusão que poderemos dizer institucional, enquanto têm sido as anteriores sobretudo intencionais.

Trata-se de identificar o «sujeito» concreto da intenção jurídica, o sujeito institucional convocado a realizá-la para além dos pluralismos e dos conflitos, e na vocação universalmente integrante, imparcial e de justiça que é própria dessa intenção. O que só pode competir, em tarefa e responsabilidade, a quem tenha por única norma o direito e não o interesse de qualquer partidarismo, e seja qual for o sentido e a intenção desse partidarismo. Ou, por outras palavras, quem possa ser o representante originário da comunidade no seu todo e da sua última intencionalidade axiológica, não de qualquer ideologia política, partido ou classe. Sujeito esse que unicamente se poderá ver no *juiz* — nos tribunais ou na função judicial verdadeiramente independentes⁽⁵⁰⁰⁾.

Em primeiro lugar, porque é próprio da sua função — com ser essa verdadeiramente a *eidos* de juiz e de qualquer tribunal enquanto tal — a atitude de imparcialidade. Ele é, deve ser, *tertium inter partes*. Até porque, como observa MAR-

(500) V., neste sentido, além da larga fundamentação desta conclusão nas duas obras cit. de R. MARCIC, o nosso *O papel do jurista no nosso tempo*, 57, ss.; e ainda P. RICOEUR, *Le paradoxe politique*, loc. cit., 282.

CIC⁽⁵⁰¹⁾, «a estrutura da função judicial, a natureza do tribunal como instituição e o hábito dos homens que executam essa função, e considerados que sejam todos estes factores em conjunto, reduzem a possibilidade do arbítrio a uma medida tolerável».

Mas sobretudo, e em segundo lugar, porque só dos tribunais é lícito esperar a neutralidade ideológica — condição da afirmação autónoma do direito, como temos vindo a ver — desde que, por um lado, saibam eles assumir essa *intentio* que está na sua própria vocação, por outro lado, lhe sejam asseguradas as indispensáveis condições de independência social e institucional — em todos os seus aspectos, independência perante as forças sociais e o poder político — e, por último, factor este decerto também fundamental, o pensamento jurídico não se furte ao seu autêntico dever, à indeclinável responsabilidade ético-social de coadjuvar com o seu esclarecimento axiológico-normativamente crítico a função judicial na afirmação, revelação e determinação constitutiva do direito. Caberá aqui aos juizes assim como ao pensamento jurídico, aos juristas em geral, relativamente ao direito e à justiça, uma responsabilidade e um esforço análogos, já em intenção de validade já em função crítica, que MANNHEIM⁽⁵⁰²⁾ aponta à «*intelligentzia*» relativamente à verdade — para todos é dever e tarefa o saberem vencer criticamente os obstáculos que lhes impeçam, ali o acesso à verdade, aqui a realização da justiça⁽⁵⁰³⁾.

(501) *Rechtsphilosophie*, 243.

(502) *Ideologie und Utopie*, cit., 134, ss.

(503) Já noutra oportunidade nos tínhamos permitido pôr em relevo o dever comunitário que cabe à função judicial de assumir como autêntica vocação (no sentido ético e responsabilizante do termo) a sua própria independência — i. é, a independência judicial, enquanto pressuposto da realização autónoma do direito, não é apenas uma condição sociológica e uma condição jurídico-institucional, pois é também, se não mesmo decisivamente, uma condição «subjectiva», no sentido de uma exigência pessoal que se impõe aos juizes. O que tem tanto mais importância quanto se sabe hoje da irredutível participação da *personalidade* do juiz (ou do jurista em geral) no processo hermenêutico da concreta e histórica realização do direito. Sobre este último ponto, vide agora ARTHUR KAUFMANN, *Die Sprache als hermeneutischer Horizont der Geschichtlichkeit des Rechts*, in *Rechtsphilosophie im Wandel*, 359, ss., onde se conclui, a convergir com o que vimos de dizer, com a seguinte observação: «A independência do juiz — e em geral a independência do homem

Em terceiro lugar, a função judicial é aquela de que, dentre as funções do Estado ou socialmente institucionalizadas, menos há que temer um poder de domínio, pela própria natureza da actividade que desempenha — actividade de juízo, avaliação e *contrôle*. Di-lo, muito exactamente também MARCIC⁽⁵⁰⁴⁾: «O poder judicial é de uma natureza tal, que é domínio no menor grau possível. (...) Ajuizar, examinar, controlar surgem como as menores formas de domínio». Na verdade, o tribunal actua menos em termos de *poder*, que pura e simplesmente se impõe, do que no modo de um *juízo* decisório, que dá conta do seu critério e se pretende validamente fundado: menos um poder que, com base na sua autoridade apenas, exige obediência do que um juízo que, embora com autoridade, se comunica justificado para um convencimento de concordância.

Ora, se a intenção do direito, tal como a pudemos compreender, é uma intenção axiológico-normativa universal, não partidária e justificada pela sua própria validade, bem se pode dizer que o juiz — se verdadeiramente o for ou na medida em que pela sua voz fale autenticamente o direito — é «o representante originário da soberania ainda não delegada do povo»⁽⁵⁰⁵⁾: proclamando o direito, reconhece todos e cada um dos membros da comunidade, na sua dignidade, na sua liberdade, na sua igualdade, na sua participação e na sua responsabilidade social.

E se, deste modo, o verdadeiro Estado democrático⁽⁵⁰⁶⁾, assim como o verdadeiro Estado-de-direito, não será o Estado simplesmente de legalidade, mas aquele em que a *última palavra* de validade e a própria *medida do poder* é o direito, então já por isso é decerto indispensável que a função judicial seja ainda

— cresce na medida em que ele se faz consciente da sua dependência. Ou formulado de outro modo: só pode compreender correctamente o direito quem a si mesmo se compreenda correctamente. Não há nenhuma objectividade do conhecimento do direito que não seja filtrada através do filtro da subjectividade».

⁽⁵⁰⁴⁾ Ob. cit., 243.

⁽⁵⁰⁵⁾ R. MARCIC, *Rechtsphilosophie*, 242.

⁽⁵⁰⁶⁾ Neste sentido, v. especialmente, R. MARCIC, ob. cit., 246, s.

reconhecido o poder de controlar a constitucionalidade das leis⁽⁵⁰⁷⁾ e que ela própria não renuncie nunca à sua responsabilidade de realizar incondicionalmente o direito — de realizá-lo histórico-concretamente com a lei, decerto, mas ainda para além dela e mesmo contra ela, se a vir afectada de uma radical invalidade de direito. Pontos estes que, não obstante toda a sua decisiva importância, não é aqui o lugar para desenvolver⁽⁵⁰⁸⁾.

Apenas acrescentaremos que não se trata nem de juridicizar, nem de justicializar a política, mas de reconhecer que com dimensão social do homem, que a política realiza, concorre a dimensão radical ou o sentido do homem, enquanto homem, que

(507) Não podemos deixar, por isso, de lamentar profundamente que, sacrificando a razões puramente políticas, se tenha imposto na nova Constituição, que acaba de ser promulgada, um regime de fiscalização da constitucionalidade que em boa medida, se não mesmo fundamentalmente, a subtrai do poder judicial. E com consequências, pelo menos num ponto, que se terão de considerar intoleráveis para quem se reclame dos princípios do Estado-de-Direito. Assim é que, se é certo que os tribunais detêm o poder de não aplicar normas inconstitucionais, não o é menos que o órgão a que fundamentalmente compete aquela fiscalização, e o único com competência para decidir com «força obrigatória geral», é já uma instância de natureza puramente política — o Conselho da Revolução, assistido pela Comissão Constitucional (art.º 277.º a 285.º). E com esta relevantíssima agravante: ainda aquele poder de apreciação da constitucionalidade atribuído aos tribunais o não foi em plenitude (salvo o caso, decerto secundário, do n.º 3 do art.º 282.º). É que das suas decisões, mesmo de última instância (do Supremo Tribunal de Justiça), cabe recurso para um órgão não judicial, nem integrado na ordem jurisdicional, e que igualmente se terá de considerar de natureza política — a Comissão Constitucional —, não obstante composta em parte também por juizes, mas parte que é minoria. O que implica esta consequência que não nos pode deixar indiferentes: das decisões de órgãos de soberania, como são os tribunais (art.º 113.º) e inclusivamente do «órgão superior da hierarquia dos tribunais judiciais», como é o Supremo Tribunal de Justiça (art.º 215.º), haverá recurso para uma instância — a Comissão Constitucional — que não é órgão de soberania, mas tão-só órgão que assiste, com funções em princípio só consultivas, a um outro órgão de soberania — o Conselho da Revolução —, sendo certo que quem decide desse recurso é aquela Comissão e não este Conselho (art.º 284.º, c). Assim, o Supremo Tribunal de Justiça, e com ele o poder judicial dito soberano, fica neste domínio subordinado a uma decisão de um órgão político não soberano — e onde inclusivamente três dos quatro juizes participantes pertencerão a instâncias hierarquicamente inferiores àquele Supremo Tribunal! E este regime tão edificante foi aprovado pela Assembleia Constituinte por unanimidade — *Diário da Assembleia Constituinte* n.º 116, de 10 de Março de 1926, pág. 384.

(508) V. os autores e obs. cit. *supra*, nota 494. Cfr. as nossas *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, 538, ss.: e *O instituto dos «assentos»*... loc. cit., anos 106.º, 291, ss.; 1007.º, 83, ss., 292-371. (Separata, 139, ss., 163, ss., 205-217).

direito afirma. E se o ser social e político é condição do homem, não terá isso de significar o sacrifício do mais profundo da sua própria humanidade nesse seu encontro social com os outros homens.

Creemos que é esta a palavra que o direito tem a dizer à revolução e que a revolução não deverá deixar de ouvir se, como revolução, o quiser verdadeiramente ser: *institutio libertatis*, esforço de libertação do homem em que este se não negue àquela axiologia em que verdadeiramente se afirma como homem. Encontro do homem consigo próprio, através da *justiça* — reconhecimento de cada um perante o outro — que é condição de *liberdade* — enquanto exclui o arbítrio e a opressão — para um objectivo possível de *paz* — a violência tem as suas raízes na injustiça e no arbítrio opressivos. Assim, pois, *pax opus iuris atque iustitiae*.

As intenções ideológicas-políticas do processo revolucionário cabe sem dúvida constituir a índole e a estrutura da nova sociedade, mas nesse processo, que é também uma responsabilidade em que a comunidade se empenha, tem o direito um papel indefectível, já que é ele que lhe garantirá um rosto humano ou assegurará que ao homem se não desconheça no que se lhe deve, em liberdade e em justiça. Sem o que, como vimos, a revolução se negará a si própria, porque recusa no seu *iter* o seu próprio sentido.

Não renunciemos, pois, a viver, e a superar, este nosso momento revolucionário segundo a «lei dos homens» para construir uma verdadeira ordem de paz — que é, ensinou-no-lo JOÃO XXIII⁽⁵⁰⁹⁾, «a ordem fundada na verdade, constituída segundo a justiça, alimentada e consumada na caridade, realizada sob os auspícios da liberdade». Obra humana unicamente digna do homem, resultado não decerto do instinto, do ódio, do irracional animal e agressivo, mas da razão, do dever fundado no valor e na luz do espírito, pois não esqueçamos que, como

(509) *Pacem in terris*, V.

disse S. PAULO ⁽⁵¹⁰⁾, «a prudência da carne é morte e a prudência do espírito é caminho de vida e paz».

Vençamos, numa palavra, a cínica dicotomia de MAQUIAVEL, saibamos lutar apenas com as armas humanas, que são as do direito e da justiça, não repudiando nós hoje a sabedoria que vem da aurora da nossa idade, quando os homens, em ascese primeira de humanidade sob a luz infinita do céu da Hélade, coroavam de oliveira brava a frente dos heróis e descobriam os deuses que em si havia, ao proclamar, por HESÍODO, nos «Trabalhos e Dias» ⁽⁵¹¹⁾ :

E tu, Perses, põe isto bem firme na tua mente :
 atende à justiça, esquece-te por completo da violência.
 É essa a lei que o Crónida prescreveu aos homens :
 que os peixes, os animais selvagens e os pássaros alados
 se devorem uns aos outros, pois entre eles não há justiça :
 mas aos homens deu ele a justiça, em muito o maior
 dos bens

⁽⁵¹⁰⁾ *Epistola aos Romanos*, 8, 6.

⁽⁵¹¹⁾ Segundo a tradução de MARIA HELENA DA ROCHA PEREIRA, in *Hélade — Antologia da Cultura grega*, 86.