

Os juristas como couteiros. A ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna

A MODERNIDADE, ANTES E DEPOIS

Num ensaio de 1987 sobre a sociologia dos intelectuais, Zygmunt Bauman¹ estabelece uma polaridade entre duas visões básicas da ordem do mundo, cada uma delas correspondendo ao modernismo e ao pós-modernismo, embora não se esgotando em nenhuma das posições:

A típica visão moderna do mundo é a de uma totalidade essencialmente ordenada; a presença de um padrão de desigual distribuição de probabilidades permite uma espécie de explicação dos eventos que — a estar correcta — é simultaneamente uma ferramenta de previsão e (se disponíveis os recursos necessários) de controle. O controle «domínio sobre a natureza», «planificação» ou «concepção» da sociedade) está simultaneamente associado à acção de ordenação, entendida como a manipulação das probabilidades (tornar certos eventos mais prováveis e outros menos prováveis). A eficácia do controle depende da correcção do conhecimento da ordem «natural». Tal conhecimento correcto é, em princípio, alcançável. A eficácia do controle e a correcção do conhecimento estão intimamente ligadas (a segunda explica a primeira, a primeira confirma a segunda), seja na experiência laboratorial, seja na prática social. Entre ambas fornecem os critérios necessários à classificação das práticas sociais como superiores ou inferiores.

* Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

¹ Zygmunt Bauman (1987), *Legislators and Interpreters. On Modernity, Postmodernity and Intellectuals*, Cambridge, Polity Press. Bauman (professor emérito da Universidade de Leeds) é considerado por Anthony Giddens «o teórico da pós-modernidade». A sua obra mais recente é uma brilhante procura de uma moralidade pós-moderna.

Tal classificação é — uma vez mais, em princípio — objectiva, ou seja, publicamente testável e demonstrável sempre que os critérios acima referidos sejam aplicados. As práticas que não podem ser objectivamente justificadas (por exemplo, as práticas que se legitimam a si mesmas por referência a hábitos ou opiniões ligadas a um local ou período particulares) são inferiores, uma vez que distorcem o conhecimento e limitam a eficácia do controle. Subir na hierarquia das práticas avaliadas por meio da síndrome controle/conhecimento significa também avançar em direcção ao universalismo, deixando para trás as práticas «paroquiais», «particularistas» ou «localizadas».

A visão do mundo tipicamente pós-modernista é, em princípio, a de um ilimitado número de modelos de ordem, cada um deles gerado por um conjunto de práticas relativamente autónomo. A ordem não precede as práticas e, desse modo, não pode servir como uma medida externa da sua validade. Cada um dos diversos modelos de ordem faz sentido apenas em termos das práticas que o validam. Em cada caso, a validação traz consigo critérios que são desenvolvidos dentro de uma tradição particular; são sustentados pelos hábitos e crenças de uma «comunidade de significados» e não admitem quaisquer outros testes de legitimidade. Os critérios acima descritos como «tipicamente modernos» não constituem excepção a esta regra geral; são, em última instância, validados por uma das muitas possíveis «tradições locais» e o seu destino histórico depende da sorte da tradição na qual se integram. Não existem critérios de avaliação de práticas locais que se situem fora das tradições, fora das «localidades». Os sistemas de conhecimento só podem ser avaliados do «interior» das respectivas tradições. Se, do ponto de vista moderno, o relativismo do conhecimento era um problema a combater e eventualmente vencer, na teoria e na prática do pós-modernismo, a relatividade do conhecimento (ou seja, a sua «inscrição» na sua própria tradição no senso comum apoiada) é uma característica perdurável do mundo [Bauman, 1987, pp. 3-4].

A cada uma destas *Weltanschauungen* corresponderá um diferente papel e natureza dos intelectuais:

A estratégia de trabalho intelectual tipicamente moderna é melhor caracterizada pela metáfora do papel do «legislador». Consiste esta em fazer afirmações autoritárias que arbitram controvérsias de opinião e seleccionam opiniões que, tendo sido seleccionadas, se tornam justas e obrigatórias. A autoridade para arbitrar é, neste caso, legitimada por um conhecimento superior (objectivo) ao qual os intelectuais possuem melhor acesso do que o sector não intelectual da sociedade. O acesso a tal conhecimento é melhor graças a regras de procedimento que asseguram o alcance da verdade, a chegada a um julgamento moral válido e à selecção do gosto artístico adequado. Tais regras de procedimento possuem validade universal, tal como os produtos da sua aplicação. O emprego de tais regras de procedimento torna

as profissões intelectuais (cientistas, filósofos morais, estetas) detentoras colectivas de conhecimento de relevância directa e crucial para a manutenção da perfeita ordem social [...] Tal como o conhecimento que produzem, os intelectuais não são limitados pelas tradições localizadas e comunitárias. São, tal como o seu conhecimento, extraterritoriais. Isto confere-lhes o direito e o dever de validarem (ou invalidarem) crenças que podem ser sustentadas em diversos sectores da sociedade. De facto, como observou Popper, é na falsificação de perspectivas mal fundamentadas ou infundadas que melhor funcionam as regras de procedimento.

A estratégia do trabalho intelectual tipicamente pós-moderna é melhor caracterizada pela metáfora do papel do «intérprete». Consiste na tradução de afirmações realizadas no interior de uma tradição de base comunitária, de modo que possam ser entendidas no interior do sistema de conhecimento baseado noutra tradição. Em vez de estar orientada para a selecção da melhor ordem social, esta estratégia visa facilitar a comunicação entre participantes autónomos (soberanos). Preocupa-se em impedir a distorção do significado no processo da comunicação. Para tal fim, promove a necessidade de penetrar profundamente o sistema de conhecimento alheio, do qual a tradução deverá ser realizada (por exemplo, a «descrição espessa» de Geertz), e a necessidade de manter o equilíbrio delicado entre as duas tradições em diálogo, de modo que a mensagem não seja distorcida (em relação ao significado nela investido pelo emissor) e seja compreendida (pelo receptor) [id., *ibid.*, pp. 4-5].

Um pouco mais à frente na explicação, Bauman utiliza outra metáfora que amplia o alcance da distinção, a dos «jardineiros» em oposição aos «couteiros»:

As «culturas selvagens», afirma Ernest Gellner, reproduzem-se a cada nova geração sem intenção consciente, supervisão, vigilância ou especial nutrição. As culturas «cultivadas», ou «culturas-jardins», pelo contrário, são apenas mantidas por meio da intervenção de pessoal literário ou especializado. Para se reproduzirem necessitam de uma intenção e de uma supervisão, sem as quais as culturas-jardins seriam dominadas pela selva. Em todos os jardins existe uma sensação de artificialidade precária; o jardim necessita dos constantes cuidados do jardineiro, já que um momento de negligência ou de simples distração devolvê-lo-ia ao estado do qual emergiu (e o qual teve de destruir, expulsar ou subjugar para emergir). Por muito bem estabelecido que esteja, não podemos confiar em que o jardim reproduza a sua própria ordem por meio dos seus próprios recursos. As ervas daninhas — as plantas intrusas, não planeadas, autocontroladas — lá estão para sublinharem a fragilidade da ordem imposta; alertam o jardineiro para a eterna necessidade de supervisão e vigilância.

A emergência da modernidade consistiu num processo semelhante de transformação de culturas selvagens em culturas-jardins. Ou melhor, um

processo no decurso do qual a construção de culturas-jardins reavaliava o passado — e em que as áreas que se estendiam para além das novas sebes e os obstáculos encontrados pelo jardineiro no interior do seu próprio terreno cultivado se tornavam «zonas selvagens». O século XVII marcou o momento em que o processo ganhou impulso; em inícios do século XIX tinha sido já amplamente concluído no extremo ocidental da península europeia. Graças ao seu sucesso nessa região, tornou-se igualmente o padrão desejado pelo resto do mundo, ou imposto ao resto do mundo.

A transição de uma cultura selvagem para uma cultura-jardim não constitui simplesmente uma operação realizada sobre um retalho de terra; representa também, e talvez mais seminalmente, a emergência de um novo papel, orientado para fins anteriormente desconhecidos e exigindo capacidades anteriormente inexistentes: o papel do jardineiro. O jardineiro passará a assumir o papel até então desempenhado pelo couteiro. Os couteiros não alimentam a vegetação e os animais que habitam o território entregue aos seus cuidados, tal como não têm também qualquer intenção de transformarem o estado desse território, de modo a aproximarem-no de um «estado ideal» imaginado. Em vez disso, procuram garantir que as plantas e animais se auto-reproduzam sem serem perturbados — os couteiros confiam no engenho dos seus protegidos. Falta-lhes, por outro lado, o tipo de autoconfiança necessária para interferirem nos hábitos intemporais dos seus protegidos; não lhes ocorre, portanto, que um estado de coisas diferente do sustentado por tais hábitos possa ser considerado uma alternativa realista. Aquilo que os couteiros pretendem é algo bem mais simples: garantir um quinhão da riqueza de bens que estes hábitos intemporais produzem, garantir a recolha desse quinhão e impedir que couteiros impostores (os caçadores furtivos, como são apelidados os couteiros ilegais) os privem da fatia que lhes cabe [pp. 52-53].

Não é por acidente linguístico que Bauman utiliza o conceito do legislador para descrever o tipo de intelectual ideal da idade moderna. Na verdade, os legisladores modernos — aqueles que inventaram e depois difundiram por todo o mundo a lei rígida — encaixam perfeitamente na descrição acima apresentada de:

- i) Um intelectual autoconfiante e autoritário;
- ii) Proprietário exclusivo de um conhecimento verdadeiro e geral [tanto supra-empírico como extraterritorial (ou extracomunal)] sobre a natureza e a moral;
- iii) Agressivamente cego a acordos normativos preexistentes ou a abordagens alternativas (nomeadamente enraizadas, tradicionais, comunitárias) à ordem social;
- iv) Capaz de reafirmar a ordem das coisas (ou melhor, capaz de impor uma ordem às coisas);

- v) Capaz de decidir controvérsias de acordo com padrões monótonos;
- vi) Capaz de ultrapassar aporias empíricas por meio de novos arranjos intra-sistémicos e coerentes (tais como interpretação, analogia, equidade).

Em contrapartida, os juristas medievais e modernos não eram legisladores. Eram *prudentes*:

- i) Peritos no escrutínio de ordens diferentes e quase entrelaçadas (*diviniarum atque humanarum rerum notantes*);
- ii) Derivando a ordem de arranjos «naturais» existentes (*ius naturale est quod natura* [isto é, Deus] *omnia animalia docuit*);
- iii) Assumindo a natureza derivada, local e limitada das suas arbitragens (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*);
- iv) Reivindicando um papel de mediadores (tradutores, intérpretes) entre diferentes sistemas normativos (religião, piedade, graça, amizade, usos comunitários, vontade régia) através de conceitos-ponte (como *pietas, natura, gratia, utilitas, usus, potestas absoluta, debitum quasi legalis*) que permitem o diálogo bilateral entre as ordens locais.

Em contraste com os coloridos, pormenorizados e historicamente actualizados capítulos sobre a construção dos intelectuais modernos (legisladores) (pp. 55-109), os capítulos sobre os intérpretes (pp. 110-148) lidam principalmente com os actuais modelos das funções e práticas intelectuais pós-modernas. A referência à cultura popular tradicional (pp. 63 e segs.) é praticamente a única prova de pluralismo pós-moderno. Correspondentemente, a referência à eliminação da sensibilidade pré-moderna surge concentrada na temática (exposta de modo brilhante) da nova hierarquia entre razão, interesse e paixão (pp. 55 e segs.). O súbito esquecimento e a impiedosa repressão da cultura jurídica pluralista mais antiga por parte do iluminismo passaram despercebidos, como é também o caso da ainda dominante cultura histórica sobre a construção da modernidade na Europa.

O brilhantismo da obra de Bauman — este livro, mas também *Postmodern Ethics*, de 1993, uma peça fundamental sobre a reconstrução de uma moralidade pluralista (sob diversos pontos de vista) — é razão suficiente para a tomar como moldura teórica (e subjacente *Vorverständnis*) da minha exposição sobre a flexibilidade do direito medieval e dos inícios da idade moderna. Como caso contrastante — como exemplo do mais autoritário e autoconfiante dos legisladores —, apresentarei alguns tópicos sobre a rigidez do direito ocidental, enquanto «conhecimento imperial», no domínio normativo durante a idade de ouro do imperialismo europeu.

Tomar Zygmunt Bauman como base para uma dissertação sobre o direito pode parecer uma decisão bastante paradoxal. De facto, a maior parte dos juristas, bem como dos leigos, partem do princípio de que o direito está irredutivelmente ligado ao modernismo, tão profundo é o esquecimento a que foram votadas as mais

antigas concepções sobre a ordem social e tão inevitável parece ser hoje a identificação entre direito (hoje lei) e Estado. Pretendo provar que não é assim.

Contudo, mesmo que a demonstração seja bem sucedida, estou também ciente da necessidade de reconstruir quase tudo na teoria jurídica, de modo que sejam restauradas certas capacidades perdidas:

- i) Para tornar visíveis os planos da emergência da ordem;
- ii) Para activar pontes entre diferentes ordens sociais;
- iii) Para controlar a validade de transacções normativas entre aquelas;
- iv) Para preparar hierarquias conjunturais entre constelações normativas.

Mais do que isto, uma importante tomada de consciência, com profundas incidências intelectuais, políticas e existenciais, deverá ser realizada pelos juristas. O conhecimento jurídico não pode excluir decisões geradoras de compromisso político ou pessoal. Uma decisão é sempre uma aposta arriscada, que pode ser bem sucedida ou fracassar. Neste caso, o sucesso ou o fracasso significam a construção ou não de um consenso relevante. Por conseguinte, decidir corresponde a propor, com argumentos localmente vinculativos, uma solução capaz de ser aceite e, assim, capaz de restaurar a paz. Mesmo uma decisão programática deverá estar de acordo com esta natureza compromissória, se bem que a um nível ou escala superior. De facto, e ainda que recusadas pelos representantes do meio social (pelo senso comum), as decisões poderão ser aceites se se revelarem consensuais a um nível comunitário superior, mais vasto, *mas não heterogéneo* (por exemplo, se merecerem um consenso «reflectido», embora enformado por valores locais mais elaborados e menos espontaneamente evidentes)².

OS JURISTAS MEDIEVAIS COMO COUTEIROS

Para a cosmologia medieval, a ordem era uma dádiva original de Deus. S. Tomás de Aquino — que exerceu uma importante influência, antes e depois do Concílio de Trento (1545-1563), mesmo nos países reformados — analisou em profundidade o conceito de ordem. A sua mais incontestável manifestação era essa atracção que movia as coisas para junto umas das outras, de acordo com determinadas simpatias naturais (*amores, affectiones*), transformando a criação numa imensa rede de simbiose orgânica. Numa *quaestio* sobre o amor (*Sum. theol. IIa.IIae*, q. 26, a. 3, resp), Tomás de Aquino define o amor como o afecto (plural) das coisas pela ordem do todo. Sublinha também que:

- i) Estes afectos não são monótonos, mas atraídos pela diferente natureza de cada coisa (e da sua relação tanto com o todo como com as outras);

² Este consenso mais elaborado é o que os juristas provam ao invocarem a opinião comum dos doutores», a «equidade civil», a «elegância (ou a razão) do direito.

- ii) Expressos por diferentes níveis de sensibilidade (intelectual, racional, animal ou natural).

Esta ideia central de uma ordem global, auto-sustentada por meio de impulsos naturais e plurais, é a chave para compreendermos o lugar do direito no interior dos mecanismos de regulação do mundo.

Para começar, esta ideia explica a proximidade e relação íntima entre dispositivos disciplinares hoje considerados tão distantes como o direito, a religião, o amor ou a amizade. Sendo a ordem, na sua origem, um acto de amor, e estando as criaturas interiormente ligadas por afectos, o direito humano (civil) não é senão um dispositivo bastante grosseiro e externo para corrigir um ocasional défice destas simpatias universais. Num estrato superior da ordem — devido à sua maior interioridade — encontram-se outros dispositivos: aqueles que desencadeiam sentimentos religiosos ou impulsos de amizade, de magnanimidade, de gratidão, de sentido de honra ou de vergonha. Num certo sentido, estão ainda mais profundamente relacionados com a justiça, como a virtude que «dá a cada um aquilo que merece» (*ius suum cuique tribuit*), ou com o direito natural, como aquilo «que a natureza ou Deus ensinaram a cada animal» (*quod natura [gl. id est Deus] omnia animalia docuit*). É por isso que teólogos e juristas definem este conjunto de deveres como quase legais (*quasi legali*) (cf. Clavero, 1991, e Hespanha, 1993c), uma prova das fronteiras difusas entre os diferentes territórios normativos.

Os juristas seriam os guardiões deste mundo multiordenado, auto-ordenado.

O seu papel não seria o de criarem ou rectificarem a ordem. Nem o de determinarem autoritariamente o equilíbrio justo. Seria antes o de o induzirem da natureza, tirando proveito de todos os recursos (*virtutes*) da sensibilidade humana (*amor, bonitas, intellectus, sensus*) numa era em que os métodos intelectuais da definição do direito não estavam ainda privados de abordagens não «racionais»³. Assim, os juristas desempenhavam o seu papel assumindo o direito como um dado adquirido, deixando-o ser tal como era, já que emergiria das disposições espontâneas das coisas (nomeadamente as coisas humanas).

A *poiesis* jurídica não seria responsabilidade deles. Responsabilidade deles seria a de observarem, reflectirem, sentirem, acreditarem, lembrarem, meditarem e interpretarem as ordens existentes dentro, fora, acima e abaixo deles. Para realizarem uma hermenêutica ilimitada de Deus, dos homens e da natureza. E para encontrarem formas de a apresentarem de um modo que pudesse receber um consenso comunitário.

³ Cf. Hespanha (1992f e 1997b) (de um modo geral, todos estes estudos estão incluídos em Petit, 1997).

UMA CONSTELAÇÃO DE ORDENS NORMATIVAS

O amor era, portanto, aquilo que mantinha unidas as comunidades humanas. Mais exacto seria falar de amores (*philiae*), cada um deles em conformidade com cada tipo de relação social (comunicação).

Tomás de Aquino (*Summa theologica Secunda secundae*, q. 26) regista uma série bastante longa de afectos humanos:

- i) Amor por afinidade, baseado na comunicação natural;
- ii) Amor por filiação e parentesco, baseado na geração;
- iii) Amor por co-nutrição, baseado em infância comum;
- iv) Amor por eleição, baseado em empreendimentos comuns;
- v) Amor por vassalagem, baseado na instituição do governo;
- vi) Amor por co-cidadania, baseado na partilha de um Estado comum;
- vii) Amor por camaradagem, baseado no companheirismo militar.

A esta lista podem ser acrescentados outros itens normativos. Para começar, a religião, uma avassaladora fonte de obrigações. Mas também essa dura natureza das coisas não humanas que as torna evasivas a muitas das nossas reivindicações e desejos: os ritmos da vida e da morte, as influências climáticas, as distinções sexuais, a força das convicções conceptuais ou lógicas. Numa palavra, a natureza das coisas (*natura rerum*).

Estes diferentes tipos de amor (e respectivos deveres) envolviam seguramente uma hierarquia e uma comunicação. Tomás de Aquino dedica toda a 26.^a questão da *Secunda secundae* da *Summa theologica* à exploração de um modelo de relacionamento destas diferentes ordens do dever: as obrigações domésticas, os deveres da amizade, as solidariedades pragmáticas, as limitações ou imposições políticas.

Em princípio, a proximidade em relação à fonte original da ordem (Deus, natureza) — a interioridade — constituía definitivamente algo de positivo. A revelação, a lei divina, possuíam supostamente uma posição suprema. Depois situava-se o mais exterior e «voluntário» direito canónico. Nalguns casos, a ordem divina excluía as ordens humanas. Os melhores exemplos são os casos em que a observância do direito humano induz em pecado⁴. Noutros casos, a ordem divina apenas podia atenuar a rigidez do direito civil (como no caso em que a ajustava às posições mais moderadas de *aequitas canonica*). Finalmente, o direito civil era também sensível a outros *stimuli* provenientes de cima: v. g., os juízes criminais tinham de temperar a dureza do direito legal (*rigor legis*) com a misericórdia (*miser cordia*).

⁴ Mesmo aqui, a regra não era absoluta: a prostituição, embora fosse um pecado, podia ser permitida para se evitar a difusão da promiscuidade (*coitus vagus*).

Depois, essas ordens onde a natureza «fala alto», como a ordem doméstica, parcialmente absorvida nas anteriores devido à natureza sacramental do casamento. Aqui as transacções com o direito resultam da própria natureza (*natura, honestas*), inscrevendo no *corpus iuris* os mandamentos da *natura sexus*. A fraqueza, a indignidade e a perversidade das mulheres, a natureza do sexo (monogâmico, heterossexual, vaginal — *vir cum foemina, recto vaso, recta positio*), a natureza da comunidade doméstica (unitária, monárquica), tais eram os dados que a prudência dos juristas podia traduzir em normas legais (Hespanha, 1993g e 1994e).

Uma vez que a família não era a única instituição natural, outras matrizes das relações humanas eram também protegidas pelo direito. Mesmo aquelas que a cultura legal dos nossos dias considera inteiramente disponíveis, como é o caso dos contratos. A natureza do contrato (*natura contractus*; também *vestimenta pacti*) foi o conceito cunhado para importar esses ditames da natureza das coisas para a ordem local do direito (cf. Grossi, 1986).

A necessidade e possibilidade da transcrição de valores de uma ordem para outra foram sistematicamente testadas. Entre a ordem política e o direito desenvolveram-se transacções mútuas reguladas por conceitos como (da política para o direito) utilidade pública (*publica utilitas*), bem comum (*bonum communem*), poder absoluto ou extraordinário (*absoluta vel extraordinaria potestas*), posse de estatuto (*possessio status*) (e do direito para a política), direitos adquiridos (*iura quaesita*), estabilidade das decisões legais (*stare decisis*), razão legal (*ratio iuris*).

Uma vez que as hierarquias normativas eram sensíveis aos casos particulares e as fórmulas de transcrição não possuíam uma eficácia fixa, o resultado era toda uma ordem entrelaçada e móvel cujas instâncias concretas não podiam ser previstas com segurança. A isto podemos chamar a «geometria variável» do direito comum (*ius commune*). Em vez de um sistema fechado de camadas normativas cujas hierarquias recíprocas eram definidas de uma só vez, o direito comum era uma constelação de ordens aberta e flexível, cuja arquitectura não podia ser decidida a partir de um projecto concreto de arbitragem. Cada ordem normativa (com as suas soluções e intenções globais: *instituta, dogmata, rationes*) não era mais do que um tópico (ou abordagem) heurístico cuja eficácia (na construção de harmonia tanto normativa como comunitária) tinha de ser provada. Assim, cabia ao juiz fornecer uma solução arbitrativa⁵ em torno da qual a harmonia podia ser encontrada (*interpretatio in dubio est faciendam ad evitandam correctionem, contrarietatem, repugnantiam*)⁶.

⁵ *Arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est.*

⁶ Cf. Grossi (1995), pp. 223-236, e Hespanha (1997), pp. 92-97.

FLEXIBILIDADE POR VIA DA GRAÇA

Contudo, a flexibilidade jurídica era, além disso, o resultado da ideia de que, inscrito num conjunto entrelaçado de ordens, o território do direito era como um jardim suspenso, a meio caminho entre o paraíso e a crua realidade. As normas jurídicas, as máximas doutrinárias do direito e a justiça estabeleciam padrões de vida. Normalmente funcionavam bem. Mas não eram o padrão definitivo.

À semelhança das leis da natureza (*causae secundae*) em relação às coisas não humanas, o justo legal instituíra uma ordem bastante justa para o comportamento social. Contudo, acima da ordem da natureza, bem como acima da ordem da justiça, situava-se a suprema e inefável ordem da graça, intimamente ligada à própria divindade (*causa prima, causa incausata*).

Devido à sua influência para a compreensão da geometria dos diferentes estratos da ordem, é útil recordar a teologia da criação, tal como foi exposta pelos excelentes teólogos ibéricos (e italianos) do catolicismo dos inícios da idade moderna (cf. Domingo de Soto, *De iustitia et de iure*, Cuenca, 1556, liv. 1, q. 1, art. 1.). O acto da criação, enquanto primeiro acto, é um acto livre e sem causa, um acto de vontade puro (absoluto), um acto de *graça*. Contudo, sendo Deus a mais alta perfeição, a criação não é um acto arbitrário. A criação é boa por se conformar a uma bondade, paradoxalmente anterior à vontade de Deus; mas, por outro lado, Deus não podia ter querido outra coisa. Em suma, a criação é um acto de vontade e de liberdade, mas não um acto arbitrário.

Além deste acto primordial, Deus desenvolve a ordem (acrescenta à ordem outra ordem mais elevada) por meio de outros actos, também eles livres — outros actos de graça (dos quais se destacam os milagres). A tendência geral da teologia católica após o Concílio de Trento foi a da limitação do livre arbítrio de Deus, tornando-o menos soberano no domínio dos actos de graça. Passou a dar-se maior ênfase ao papel justificativo das acções humanas. Para a sensibilidade católica, as acções eram factos palpáveis, responsáveis, objectivos, que compeliavam Deus na sua gestão da graça. À semelhança dos serviços de vassalagem, que compeliavam os reis à atribuição de recompensas e mercês.

Ao nível político-institucional, os actos sem causa (como a promulgação de leis ou os actos principescos de graça), que reformulam ou alteram a ordem estabelecida, são, pois, prerrogativas exclusivas e extraordinárias dos representantes de Deus na Terra — os príncipes. Utilizando este poder extraordinário (*extraordinaria potestas*), os príncipes imitam a graça de Deus e, enquanto distribuidores de graça, introduzem, como que por milagre, uma flexibilidade divina na ordem humana. Enquanto senhor da graça, o príncipe:

- Introduce novas normas (*potestas legislativa*) ou revoga antigas normas (*potestas revocatoria*);
- Torna pontualmente ineficazes normas existentes (v. g., desobrigando a lei);

- Modifica a natureza das coisas (v. g., emancipando menores, legitimando bastardos, concedendo títulos nobiliárquicos a plebeus);
- Reformula e redefine aquilo que é devido a cada um (v. g., distribuindo recompensas ou mercês).

De certa forma, estas prerrogativas são a face mais visível do poder taumatúrgico dos reis. Teorizando sobre esta «livre e absoluta» actuação dos reis, João Salgado de Araújo, escritor político português de meados do século xvii, utiliza expressamente a palavra «milagre» (cf. Araújo, 1627, p. 44), ao passo que outro autor declara que «o Príncipe pode transformar quadrados em círculos» (*mutare quadratos rotundis*) (cf. Pegas, 1669, t. ix, p. 308, n. 85).

Enquanto *extraordinaria potestas*, enquanto acto fora da ordem, a graça não pode ser presumida. Assim — de modo a ser claramente distinguida da irreflexão, erro ou engano —, a intenção de utilização da graça teve de ser expressa por meio de fórmulas apropriadas — *de motu proprio et potestate absoluta, non obstands, pro expressis, de certa scientia*⁷. Através delas, o rei anunciava a sua intenção de abandonar a esfera do seu poder ordinário (de manutenção da ordem, de administração da justiça), recorrendo à sua prerrogativa milagrosa e extraordinária de representante de Deus, senhor da criação.

Contudo, esta passagem para o universo da graça não nos remete para um mundo de flexibilidade absoluta. Por um lado, a graça é um acto livre e absoluto [ou seja, tal como é afirmado numa conhecida fonte jurídica, *plenitudo potestatis, seu arbitrio, nulli necessitate subjecta, nullisque juris publici limitata* (um poder ou vontade plenos, livres de toda a necessidade, livres de todas as limitações da lei pública), Cod. Just., 3, 34, 2]. Mas, por outro lado, a graça não é uma decisão arbitrária, já que a sua invocação deve estar de acordo com uma causa justa e elevada [*salus & utilitas publica, necessitas, aut justitiae ratio* (a salvação e utilidade públicas, a necessidade ou a razão da justiça)]. Finalmente, a graça não dispensava nem a observância da equidade, boa fé e justa razão (*aequitate, recta ratio [...] pietate, honestitate, & fidei data*) nem o dever de uma indemnização justa para os colateralmente afectados⁸.

Uma vez que a graça não constitui uma total arbitrariedade, relacionando-se, pelo contrário, com um nível supremo da ordem, a *potestas extraordinaria* do príncipe surge, não como uma violação da justiça, mas antes como um seu

⁷ Sobre estes, v. Dios (1994), pp. 77 e segs.

⁸ Para mais pormenores, cf. Hespanha (1993f) e Dios (1994), pp. 264 e segs.

complemento sublimado. Para João Salgado de Araújo (*Ley regia de Portugal*, 1627, Madrid), o governo, por meios extraordinários ou fora do devido curso das questões administrativas (isto é, por meio das célebres e controversas «juntas»), representava a forma última de cumprimento da justiça sempre que isto não pudesse ser alcançado pelas vias comuns (Araújo, 1627, p. 46):

Uma vez que o Príncipe soberano é o mar de toda a jurisdição terrena dos seus reinos, que ele exercita através da Sua Real Pessoa e seus ministros [...] em todo o caso que toca a sua real obrigação e consciência, ele pode e deve secar os canais da justiça ordinária e difundi-la por outros, sempre com vista à melhor forma de averiguar a verdade e de fazer justiça [...]

Este tipo de flexibilidade correspondia, portanto, à existência de sucessivos níveis de poder. Quanto mais elevados os níveis, mais secretos e inefáveis eram. A flexibilidade era, assim, a marca da incapacidade humana para esgotar, pelo menos por meios discursivos, a ordem total da natureza e da humanidade.

FLEXIBILIDADE POR VIA DA EQUIDADE

A equidade era outro factor de flexibilidade. Na tradição jurídica europeia a questão da equidade foi longamente debatida⁹, evocando uma série de problemas distintos. No século XII, Graciano associou esta questão à legitimidade dos privilégios, ou seja, das disposições normativas singulares que se opunham às normas gerais: «Assim, concluímos do anterior que a Santa Madre Igreja pode preservar alguns privilégios e, ainda que contra decretos gerais, conceder alguns benefícios especiais, considerada a equidade da razão, a qual, enquanto mãe da justiça, em nada difere dela. Como, por exemplo, os privilégios concedidos em atenção à religião, à necessidade, ou para manifestar graça, já que não causam dano a ninguém» (*Decretum* de Graciano, II, C. 25, q. 1, c. 16).

Esta forma de apresentar a questão identifica o problema da equidade com o da graça. Para expressar a ideia de graça/equidade enquanto ordem normativa suprema, inefável em termos das proposições gerais da justiça, o texto acima utiliza a colorida imagem de uma relação maternal entre mãe e filha. Elas são iguais, ainda que exista uma certa superioridade da equidade enquanto mãe/fonte da justiça.

Um outra, mais elaborada, posição é a de Tomás de Aquino na sua análise da justiça e da equidade (*Summa theologiae*, IIa.IIae, q. 80, art. 1). O ponto de partida é a afirmação de Aristóteles de que a equidade (*epieikeia*) constituía uma virtude anexa à justiça. Utilizando a sua peculiar técnica de raciocínio (*quaestio*, partindo de um problema local para questões cada vez mais amplas), Tomás de Aquino atinge o ponto crucial em que regressa às conclusões de uma

anterior discussão sobre a natureza do *gnome* (*II.IIae*, q. 51, n. 4, «Se o *gnome* é uma virtude especial»):

Respondo que os hábitos do conhecimento são distintos, já que se fundamentam em princípios superiores ou inferiores. Assim, o conhecimento das coisas especulativas lida com princípios mais elevados do que os da ciência. Essas coisas que estão para além da ordem de princípios ou causas inferiores são, evidentemente, dependentes da ordem de princípios mais elevados: por exemplo, embora os monstros estejam para além da ordem das forças activas do sémen, caem sob a ordem dos princípios mais elevados, tal como os corpos celestes, ou, para além deles, sob a ordem da divina Providência [...] Acontece por vezes que é necessário fazer alguma coisa que vai além das regras da acção comum [...] e assim, neste caso, devemos arbitrar em conformidade com princípios mais elevados do que as regras comuns, de acordo com as quais decide o *synesis*. Para arbitramos de acordo com estes princípios mais elevados necessitamos de outra virtude judicativa, chamada *gnome*, que implica uma certa perspicácia de julgamento [...]

[...] Tudo o que pode acontecer para lá do curso normal das coisas deve ser considerado como pertencendo unicamente à divina Providência. Seja como for, entre os homens, aquele que é mais perspicaz pode arbitrar muitas destas coisas por meio da utilização da razão. O *gnome* está relacionado com isto, implicando algum discernimento de julgamento.

Esta análise da psicologia subjacente — que confirma, de um modo expressivo, aquilo que tem sido dito sobre os diferentes estratos da ordem — permite uma distinção mais nítida entre justiça e equidade. Avançando para a análise da afirmação de Aristóteles sobre a diferença entre justiça e equidade (se bem que sob a forma de «virtudes anexas») (*Summa theologica*, *IIa.IIae*, q. 80, art. 1, n. 4 e 5), Tomás de Aquino faz a distinção entre justiça legal (geral) e particular, limitando à primeira a especificidade da equidade. Em contrapartida, a equidade e a justiça particular seriam uma e a mesma coisa, correspondendo ao *eugnomosyna*, que Aquino define como *bona gnome* (conhecimento do bem) e identifica com o atrás referido *gnome*.

Mais à frente, ao discutir a equidade enquanto virtude (*Summa theologica*, *IIa.IIae*, q. 120, art. 1, «Se a equidade [*epieikeia*] é uma virtude [auto-suficiente]»), Tomás de Aquino retoma o problema em termos menos elaborados, lidando com problemas de interpretação, nomeadamente a não correspondência entre palavras da lei e o seu espírito:

Sobre o n.º 1 deve, pois, afirmar-se que a equidade não se afasta de toda a justiça, mas apenas daquela justiça que é fixada pela lei. Nem também se afasta da severidade, quando esta é consequência da verdade da lei, nos casos em que tal severidade é necessária. Pelo contrário, obedecer [rigorosamente] às palavras da lei em casos em que isso não é necessário é algo prejudicial.

Tomás de Aquino passa então a citar uma constituição romana sobre a violação do espírito da lei através da estrita observância das suas palavras (C., 1, 1, 14, 5, «Viola indubitavelmente a lei aquele que, compreendendo as palavras da lei, toma uma posição contra a vontade da mesma»).

Contudo, um pouco mais à frente na mesma obra (*Summa theologiae, IIa.IIae*, q. 120, art. 2, «Se a equidade [*epieikeia*] faz parte da justiça»), as questões recuperam um alcance mais amplo, se bem que sem as referências fundamentais às concepções relacionadas com a articulação dos diferentes estratos da ordem:

[...] Daqui inferimos que a equidade é uma parte subjectiva da justiça. Falamos desta justiça, mais do que da justiça legal. De facto, a justiça legal é dirigida pela equidade. Assim, a equidade é uma regra superior (por assim dizer) das acções humanas.

No que respeita ao n.º 1, deve explicar-se em que medida a *epieikeia* corresponde propriamente à justiça legal, em que medida a equidade está contida nela e em que medida a excede. De facto, se definirmos a justiça legal como aquilo que tempera a lei, seja relativamente às palavras ou à intenção do legislador (o que é ainda mais importante), então a equidade é a parte mais poderosa da justiça legal. Mas, se definirmos justiça legal apenas como aquilo que tempera a lei em termos literais, então a equidade não é uma parte da justiça legal, mas antes uma parte da justiça tomada em sentido comum, distinta da justiça legal no sentido em que a primeira excede a segunda.

No que respeita ao n.º 2, devemos afirmar que, como é dito pelo Filósofo [Aristóteles] no livro v da *Ética*, a equidade é uma justiça melhor do que a justiça legal, que se conforma com as palavras da lei. De facto, embora a justiça legal seja uma espécie de justiça, não é a melhor de todas.

Depois da secularização do mundo e do triunfo do racionalismo, a ideia de uma esfera de ordem sobrenatural e oculta, a partir da qual se torna possível a moderação da lei, perdeu todo o sentido. A graça, enquanto critério livre de ajustamento da lei geral aos casos particulares, foi eliminada do direito. Os únicos vestígios — como o perdão e a amnistia — foram confiados ao poder político supremo. Mas mesmo aqui surgem implicitamente condicionados por critérios generalizáveis e objectivos. Definitivamente, a graça e a equidade parecem não fazer mais parte deste mundo.

A ideia de conceitos não racionais, não discursivos, neste estrato supremo da ordem constituiu também a base da teoria jurídica como disciplina argumentativa¹⁰, a teoria do *arbitrium iudicis*¹¹, bem como das linhas de orientação do retrato deontológico dos juristas¹².

¹⁰ Cf. Viehweg (1953).

¹¹ Cf. Hespanha (1988f).

¹² Cf. Hespanha, «*Doctor perfectus*. Para uma antropologia cultural dos juristas na época moderna» (a publicar).

LEGISLADORES COLONIAIS

A primeira constituição jurídica colonial assentava num respeito básico pelas organizações indígenas, enraizado no pluralismo do direito europeu clássico. Embora pertencendo à humanidade, as populações nativas não eram «vassalos naturais» e, portanto, não participavam na esfera legal metropolitana. Esta situação de pluralismo legal, ou de jurisdição mista, era normal no contexto da imagística política e jurídica do início da idade moderna. Diversos poderes, diversos estatutos políticos, diversas leis, partilhavam o espaço social, nenhum deles aspirando à regulamentação social exclusiva¹³.

Esta atitude pluralista era mais alargada nas áreas culturais que impunham respeito aos europeus pelo seu brilhantismo e «neutralidade» religiosa. Foi este o caso, nomeadamente, da Índia e da China, onde os portugueses, desde os inícios da expansão, reconheceram as instituições das comunidades hindu (mas não muçulmana) e chinesa. Nalgumas zonas centrais de Goa (ilha de Goa, Estado Português da Índia), por exemplo, os usos das aldeias hindus foram reconhecidos e codificados em 1526, quinze anos após a conquista portuguesa. Na colónia portuguesa de Macau, as justiças portuguesas nunca lidaram com os litígios, ou mesmo com a criminalidade, chineses¹⁴.

A proto-antropologia da época, baseada em ideias antigas sobre a natureza de homens civilizados e homens bárbaros, atenuou a nitidez deste princípio, permitindo o desrespeito das instituições nativas, na medida em que manifestavam uma humanidade subdesenvolvida¹⁵. Por outro lado, esta mesma ideia da humanidade subdesenvolvida dos nativos promove a sua identificação com as crianças ou os camponeses (*rustici*), submetendo-os ao modelo de um domínio patriarcal, também utilizado na Europa para com os rústicos¹⁶. À semelhança do campesinato europeu (ou de outros «indivíduos mais fracos», como as mulheres e as crianças), os indígenas mereciam também um moderado reconhecimento dos seus costumes e regimes, temperado por uma atenção solícita e paternal, que visava protegê-los e guiá-los. Mais do que implicações regulamentares, deste padrão resultou uma atitude epistémica de desvalorização das instituições indígenas, baseada na sua inferior capacidade. Esta atitude teve também um resultado quotidiano devastador — ainda que sob o disfarce de uma solicitude doméstica protectora —, abrindo caminho ao racismo do século XIX.

Nos países católicos, após o Concílio de Trento (1545-1563), a militância religiosa do colonialismo católico revelou-se ainda mais forte, saltando dos

¹³ Cf. Pagden (1982), Clavero (1994), Hespanha (1995i) e Pagden (1995).

¹⁴ Hespanha (1995i).

¹⁵ Pagden (1982).

¹⁶ Hespanha (1983b; também 1993iv).

assuntos religiosos para os civis e constituindo a mais notória fonte de desmantelamento do direito indígena. Neste sentido, o colonialismo católico deve ser identificado como um tipo ideal específico de domínio colonial. Deverá sublinhar-se que esta militância religiosa existia tanto na metrópole como no ultramar. Foram identificadas determinadas similaridades entre os povos indígenas e os estratos religiosos dissidentes ou resistentes da sociedade europeia, retirando-se da analogia inferências práticas de ordem disciplinar ou catequética¹⁷.

O «colonialismo católico» introduziu uma dinâmica centrífuga no colonialismo da coroa. O poder régio era concebido como um «braço» solidário do poder eclesiástico. Assim, a Igreja (nacional ou romana) conheceu uma espécie de supremacia que lhe dava o direito de controlar as políticas coloniais — pelo menos em matérias relacionadas com a fé ou moral e a disciplina eclesiástica — e de impor as normas jurídicas correspondentes. Não obstante os perturbadores conflitos entre a coroa portuguesa e a Igreja, relacionados com o tráfico de escravos em África, com o controle de aldeias nativas no Brasil e no Paraguai ou com a organização e disciplina eclesiásticas na China, o modelo funcionou durante quase três séculos. A instituição emblemática desta união política foi o Tribunal (régio) da Inquisição, que teve uma profunda e permanente acção disciplinar na América Latina e no Estado Português da Índia. Tanto os assuntos eclesiásticos como os seculares estavam sob a sua jurisdição. O seu papel na subversão da ordem local quotidiana foi o mais decisivo entre todos os dispositivos políticos coloniais.

Estas excepções a um reconhecimento total do autogoverno indígena foram combinadas com um conceito bastante autocrático de governação colonial. Ao contrário dos funcionários públicos comuns da metrópole, os funcionários coloniais eram considerados magistrados extraordinários¹⁸ (vice-reis, capitães, comissários), cuja competência escapava ao domínio do direito. A sua governação era orientada por critérios decisionistas, oportunistas, casuísticos e experimentais, e não pelos padrões do direito legal ou doutrinal. A sua actuação tinha lugar a milhares de quilómetros de distância da metrópole, numa paisagem completamente estrangeira onde os *exempla* codificados pelos juristas não podiam funcionar. Apenas o seu julgamento e vontade constituíam a lei.

Estas últimas características do imperialismo jurídico não desmantelaram a abordagem substancialmente pluralista do direito nativo por parte do colonialismo clássico europeu. Contudo, o dogmatismo católico e o governo decisionista foram certamente precursores do imperialismo jurídico do século XIX.

¹⁷ Sobre a assimilação entre actividades missionárias e disciplina entre os *rustici* europeus e os índios americanos, v. Proserpi (1997).

¹⁸ Utilizando *extraordinaria potestas*, como os chefes militares (*duces*) ou os delegados *ad hoc* do rei (*commissarius*); para a definição dos conceitos, v. Hespanha (1984).

CONHECIMENTO IMPERIAL

No período tardio do colonialismo (finais do século XVIII-século XX), o direito desempenhou um papel mais sistemático e, contudo, paradoxal. Neste período tornar-se-ia central o axioma de que o direito e ordem europeus constituíam a moldura de qualquer ordem humana. Assim, aquilo que deveria ser promovido era uma atitude de mera brandura para com as instituições indígenas.

A nova (racionalista) *episteme* política dizia tanto respeito ao direito como ao Estado. O direito era então entendido como o produto de uma razão humana natural e universal (jusracionalismo) que cintilava em cada mente humana. Por outro lado, considerava-se que as formas adequadas de organização social obedeciam a um governo único e centralizado (o soberano ou o Estado), que protegia os interesses públicos, de acordo com uma sabedoria política racional (iluminada).

O modelo incluía um aspecto paradoxal que embaraçaria a teoria colonial durante décadas. Como era possível que, sendo a razão legal e política uma característica universal, existissem contradições evidentes entre os valores jurídicos dos colonizadores e os dos indígenas? E, sendo as coisas assim, por que motivo haveria a razão dos colonizadores de corrigir a razão dos nativos? Não obstante, o vigor expansivo do modelo racionalista, tanto na sua dimensão política (Estado) como jurídica (lei, justiça oficial), foi suficientemente forte para dissimular o paradoxo. Só em finais do século XIX um «realismo» sociológico, fundamentado em teorias racistas, solucionaria este paradoxo ao defender um gradualismo da realização da razão entre os seres humanos.

Ao longo desta fase imperialista, o papel colonialista do direito não foi assim tão diferente do papel que desempenhou nas metrópoles europeias no desmantelamento dos sistemas organizacionais do *Ancien Regime*. Os argumentos e estratégias que foram desenvolvidos para minar a ordem tradicional, as hierarquias sociais e os «costumes» locais (sendo a palavra «lei» reservada para a disciplina estatal), a resolução informal das disputas, a argumentação e invenção populares, tudo isso se verificou tanto no caso das comunidades tradicionais europeias¹⁹ como das sociedades coloniais.

As principais características do novo padrão do direito colonial eram:

- O universalismo: os valores jurídicos são universais e, desse modo, comuns às metrópoles e às colónias;
- A abstracção, a generalidade e o igualitarismo: as normas jurídicas devem ser abstractas e gerais, no sentido em que não podem admitir diferenças (de cultura, posição social, sexo);
- A soberania: o poder estatal é único e não pode reconhecer transacções com poderes e governos inferiores;

¹⁹ Hespanha (1983); Hassemer (1976); Santos (1980); no geral, sobre a repressão da cultura popular, v. Bauman, pp. 63 e segs.

- O publicismo: o poder estatal é confiado para proteger (e apenas para tanto) o interesse geral da comunidade; os interesses privados devem ser excluídos do cálculo político.

Teoricamente, a flexibilidade deveria ser totalmente eliminada. Qualquer compromisso com as regras locais ou com as circunstâncias peculiares (nomeadamente culturais) dos novos cidadãos violaria, por um lado, o novo projecto de uma sociedade universal, mantido por legisladores e jardineiros inflexíveis. Por outro lado, contradiria (ou, pelo menos, iludiria perversamente) os dogmas fundamentais do Estado liberal. Visto da perspectiva peculiar dos nativos, o preço era certamente elevado, já que nenhum dos novos valores, procedimentos ou terapêuticas jurídicos faziam qualquer sentido para eles. Num esforço para demonstrar a completa realização das políticas assimilatórias nas colónias portuguesas, nomeadamente no domínio da justiça, um magistrado colonial em Angola não pôde evitar uma pungente admissão:

Contudo, o julgamento de um nativo deixa-nos sempre uma desagradável impressão, trazendo à memória aqueles julgamentos medievais em que os animais respondiam em tribunal pelos danos causados [...] o réu compreendia apenas que era posto em liberdade ou reenviado para a prisão. A leitura dos actos processuais, da acusação, da defesa e da sentença eram para ele sons sem sentido²⁰.

Defrontamo-nos aqui com a suprema forma de despersonalização das culturas jurídicas dissidentes numa cultura legalista. Os valores dissidentes não eram sequer considerados para efeitos de derrogação ou limitação. E os seus portadores eram meramente transformados em objectos brutos, cuja mera obediência externa à ordem jurídica era considerada como bastante.

Outro sinal desta absoluta niilificação da dissidência era o facto de que — não obstante as populações nativas não poderem corresponder aos pressupostos da constituição e do direito liberais, nem ser suposto que neles se integrassem — o tema raramente foi debatido na arena política ou jurídica. Os nativos tendiam a não ser, pura e simplesmente, visíveis.

Pelo menos a este nível dogmático.

A GRAÇA IMPEDITIVA: IMPÉRIO, HUMANIDADE E DECÊNCIA ENQUANTO LIMITES AO AUTOGOVERNO

Na prática, contudo, a vida era aquilo que era e estabelecia dispositivos práticos para lidar com os nativos. Quando a solução não era prejudicial aos

²⁰ Joaquim de Almeida e Cunha, *Os indígenas nas colónias portuguesas d'África e especialmente na província de Angola*, Luanda, Imprensa Nacional, 1900, p. 29. Resposta a um inquérito do comité organizador do Congresso Internacional de Sociologia Colonial, Paris, Agosto de 1900.

projectos coloniais, permitia-se aos nativos viver sob o seu direito costumeiro. Quando as transacções com os colonizadores eram mais íntimas, provocando conflitos ou ferindo o sentido de humanidade ou de decência dos colonizadores, o autogoverno era abandonado ou tinha de ser restringido.

Uma vez que o novo direito geral e abstracto não reconhecia nenhuma ordem jurídica ou política particulares, tais limitações ao autogoverno não podiam assumir uma forma legislativa. Eram introduzidas por meio de decretos do governo metropolitano ou colonial ou pelo *arbitrium* dos juízes. Finalmente, recorria-se uma vez mais à graça, enquanto conceito não legal que permitia uma arbitragem mais sensata em cada caso concreto. Os novos tempos não eram, contudo, tempos para atropelos à sólida legalidade democrática em favor desta evanescente e metafísica hermenêutica da natureza. Em Portugal, não obstante a concessão pela Constituição (desde 1838, mas, em termos definitivos, após 1852)²¹ de prerrogativas legislativas às autoridades supremas coloniais, esta abertura pluralista não funcionaria até ao fim do século, já que entrava em choque com diversos axiomas sagrados do constitucionalismo liberal (como a generalidade da lei e a separação dos poderes)²².

Seja como for, a um nível inferior, o da prática legal quotidiana, o pragmatismo dominou certamente sob a forma de uma justiça de *cadí*, administrada por magistrados coloniais ou mesmo por juízes letrados. De facto, se os magistrados não podiam aplicar a lei metropolitana à maior parte das situações nativas, também não podiam arbitrar de acordo com os costumes nativos, dos quais não tinham conhecimento e sobre os quais os informadores — justamente porque eram apenas informadores e não intérpretes — produziam versões mal traduzidas ou até mesmo intencionalmente distorcidas²³. A situação é descrita por testemunhas contemporâneas:

Do conflito entre o cumprimento do dever, que obriga à aplicação da lei, e a impossibilidade de, racionalmente, o conseguir emerge este estado anómalo, comum no nosso ultramar, onde a maior parte das nossas leis são letra morta: algumas delas nunca foram aplicadas, outras são voluntariamente transgredidas [...] para se fazer justiça [Magalhães, 1907, p. 39].

²¹ Cf. Hespanha (1995i).

²² Após um ensaio na Constituição de 1838 (art. 137), o poder das autoridades coloniais para adaptarem a legislação geral à situação colonial foi previsto pelo Acto Adicional de 1852 (art. 15). Mas a medida foi fortemente limitada pela doutrina e prática constitucionais [«este sistema não está em execução, pois as propostas chegam e não se lhes dá execução» (Magalhães, 1907, p. 81); reacções contra a descentralização legislativa (pp. 95 e segs.)]. Todas estas rotundas afirmações podem ter de ser matizadas em função de estudos em curso (nomeadamente de Ana Cristina Nogueira da Silva).

²³ Sobre a situação africana, v. Magalhães (1907), pp. 131-132; sobre a Índia portuguesa (a imprecisão da lei tradicional hindu devido a informações contraditórias e a sua corrupção pelos modelos conceptuais europeus), v. Pinto (1901), pp. 133 e segs.; sobre Macau, v. Hespanha (1995i) e Magalhães (1907), p. 144 (mentiras dos informadores chineses sobre a lei chinesa); há estudos relevantes, ainda não publicados, de Carla Araújo).

UMA QUESTÃO PRÁTICA...

Por volta de meados do século XIX, o pensamento social europeu começou a problematizar o programa liberal. A igualdade do homem e o universalismo dos valores humanos pareciam uma construção utópica ou metafísica sem correspondência nas características «positivas» da convivialidade humana. As formas de organização humanas e mesmo o conjunto da humanidade começavam a ser concebidos como entidades orgânicas, marcados por hierarquias naturais, diversidades funcionais e diferentes estádios de evolução. Em vez de uma natureza fixa, aquilo que caracterizava os indivíduos e sociedades humanas era um pluralismo de valores e instituições. De qualquer modo, uma vez que o pensamento social era marcado por um modelo evolucionista (progressivo), a diversidade humana tornou-se uma hierarquia de formas de pensamento e organização, desde as primitivas até às modernas.

Este novo quadro de referência intelectual serviu para conciliar o modelo liberal com um domínio colonial marcado pelo paternalismo ou pela autocracia. Renovando certas distinções com uma muito longa tradição no pensamento europeu sobre o outro, a nova teoria colonial limitava a eficiência da constituição liberal às nações civilizadas, considerando que os povos não civilizados, ou menos civilizados, teriam ainda de esperar pelo seu momento, sob a orientação e domínio do homem branco. Esta distinção não só justificava a recusa de direitos políticos liberais aos nativos, como recomendava também a manutenção da sua organização original por parte do colonizador, de modo que fossem evitados saltos civilizacionais artificiais. Autogoverno, desenvolvimento dual, estabelecimento de um sistema jurídico baseado em costumes e tribunais nativos, trabalho forçado (como meio de encorajar o autodesenvolvimento), «estatuto do indigenato» (como no caso português das colónias africanas) — todas estas características se tornaram parte essencial do novo programa constitucional para as colónias.

A diferenciação de estádios evolucionistas permitiu também um diferente tratamento das populações coloniais, de acordo com uma velha hierarquia da antropologia europeia. Os africanos estavam no fundo da escala. Os asiáticos, em contrapartida, ocupavam o escalão intermédio, se bem que desvalorizados por caracterizações difusas, como «a doença do turco», a «feminilidade do indiano», a «imobilidade do chinês». Esta hierarquia influenciava o grau de autogoverno permitido, bem como a divisão do trabalho administrativo nas colónias²⁴.

Havia, pois, um novo impulso para o pluralismo. Uma sucessão de especialistas coloniais começou por propor formas abertas de autogoverno para as

²⁴ Nas colónias do Leste africano, os indianos constituíam a camada intermédia do funcionalismo público; na Ásia, os africanos eram frequentemente utilizados como força militar «bruta» (*sipaios*).

populações nativas, bem como um reconhecimento formal das suas ordens jurídicas. Alguns deles tentaram ligar esta nova política à sabedoria do colonialismo português original, nomeadamente a protecção outorgada por Afonso de Albuquerque ao governo hindu de Goa²⁵. Outros foram inspirados pela política inglesa na Índia ou pela mais recente (orientada pela sociologia positivista) doutrina colonial²⁶. Mas todos eles eram contrários ao doutrinário liberal que sacrificava os factos da vida a concepções abstractas ou metafísicas da humanidade. Mesmo nos textos jurídicos, esta tendência antidoutrinária torna-se visível: «Não é fundamento para a boa administração estabelecer legislação geral igual para povos em diferentes condições, sendo necessário romper energicamente com os pressupostos doutrinários» (provisão real de 9-12-1890). Em 1906, o Congresso Internacional de Sociologia Colonial, em Paris, recomendava também: (a) o estudo das instituições nativas; (b) a preservação do direito nativo em matérias de família e propriedade; (c) a preservação das jurisdições nativas em assuntos civis; (d) o impedimento aos nativos de recurso à jurisdição colonial; (e) a organização de códigos penais e de códigos de processo criminais para os nativos; (f) a organização de um sistema penitenciário independente para os nativos (Moreira, 1952, p. 9).

Os governadores e altos comissários das províncias africanas de finais do século XIX, ainda mais informados sobre a situação local, mantinham também pontos de vista similares²⁷.

O reconhecimento formal do direito nativo começou, em Portugal, com a extensão ao ultramar do Código Civil de 1867. O decreto de 18-11-1869 (art. 8, 1) garante:

- i) Na Índia, os usos das «Novas Conquistas» (novos territórios *maratha* incorporados em Goa em finais do século XVIII), de Damão e Diu, reunidos em códigos organizados algumas décadas antes²⁸, desde que não entrem em conflito com a moral e ordem públicas;
- ii) Em Macau, os usos dos chineses;
- iii) Em Timor, os usos nativos nos casos de litígio entre nativos;
- iv) Em África, os usos de algumas tribos (na sua maior parte islamizadas) de Moçambique e da Guiné²⁹.

²⁵ Pinto (1901).

²⁶ Magalhães (1907); Costa (1903).

²⁷ Albuquerque (1934), II, pp. 243 e segs.; Couceiro (1948), p. 436.

²⁸ Código dos Usos e Costumes das Novas Conquistas, 1824 (revisto em 14-10-1855); compilação dos usos de Damão e Diu, 31-8-1854, 4-8-1855 e 16-12-1880; novos códigos: 16-1-1894 (Diu) e 30-6-1894 (Damão). Já em vigor de acordo com a reforma da justiça do distrito da Relação de Goa, decreto 7-12-1836 (cf. Gonçalves, 1923, pp. 146-163 e 344-363, e 1950).

²⁹ Sobre este direito, v. Gonçalves (1937).

Na realidade, esta nova orientação política, associada ao facto de que o princípio do carácter oficial da justiça não tinha sido abandonado, deu origem a um dilema prático:

A codificação ou, pelo menos, o estudo dos usos e costumes dos nativos de cada região impõe-se com uma força que não pode ser ignorada. Não podemos esperar que cada juiz ou funcionário do Estado que chega a um país para fazer justiça ou para administrar se submeta a tal estudo; levaria mais tempo do que a sua estada aí; e, enquanto não adquirisse esse conhecimento, aplicá-lo-ia perigosamente, como acontece hoje; e, já que eles, de um modo geral, não possuem informação, guiam-se pela lei metropolitana! Juízes e administradores necessitam de códigos ou, pelo menos, de livros pelos quais possam aprender rapidamente esses usos e costumes; mesmo codificados, não é tarefa menor aplicá-los às hipóteses correntes³⁰.

A elaboração de códigos foi também prevista no decreto que punha em vigor o Código Civil de 1867. Contudo, sem resultados visíveis.

A codificação foi a derradeira vingança do legalismo. Existiram certamente razões práticas que promoveram a redução a escrito do direito tradicional. Mas a própria empresa da codificação representava não apenas uma oportunidade única de purificação normativa, como também uma mudança dramática na natureza do direito tradicional. Estudos em curso sobre os resultados desta política de codificação mostrá-lo-ão com maior pormenor.

CONCLUSÃO. VOLTANDO A BAUMAN: FLEXIBILIDADE E ÉTICA CONTEMPORÂNEA

Zygmunt Bauman não é historiador. Embora a *nomenklatura* académica o classifique como sociólogo, aquilo que realmente lhe interessa é a ética. Em *Legislators and Interpreters*, o tema crucial é, afinal, o do papel moral dos intelectuais. Como podem os intelectuais (se é que podem) averiguar as regras para a convivalidade humana? Numa obra posterior, *Postmodern Ethics* (1993), a sua agenda moral é integralmente explícita.

Partindo da sua anterior exegese do papel dos intelectuais antes, durante e depois do modernismo, Bauman rejeita a possibilidade de fundamentar uma ética para os dias de hoje num projecto jurídico — tal como no racionalismo, no tecnologismo, no positivismo lógico ou no neocontratualismo. Mais impor-

tante ainda, Bauman acusa o projecto jurídico (racionalista) de anestesiar o impulso moral:

Se os sucessivos capítulos desta obra sugerem alguma coisa, é que as questões morais não podem ser «resolvidas», nem a vida moral da humanidade garantida, por meio dos cálculos e esforços normativos da razão. A moralidade não está a salvo nas mãos da razão, embora seja precisamente isto o que os porta-vozes da razão prometem. A razão não pode ajudar o ego moral sem o privar daquilo que o torna moral: essa urgência infundada, não racional, indiscutível, indesculpável e incalculável de alcançar o outro, de acariciar, de ser para, de viver para, aconteça o que acontecer.

[...] A moralidade pode ser «racionalizada» apenas a expensas da autonegação e do auto-atrito. Da autonegação assistida pela razão, o ego emerge moralmente desarmado, incapaz de enfrentar a multiplicidade de desafios morais e a cacofonia das prescrições éticas. No extremo da longa marcha da razão aguarda-nos o niilismo moral, esse niilismo moral que, na sua mais profunda essência, não significa a negação de um código moral vinculativo, nem os erros da teoria relativista, mas a perda de capacidade para se ser moral [*Postmodern Ethics*, pp. 247-248].

Ao invés de um «código moral que se subscreeve», propõe Bauman, a consciência deve ser guiada, nos nossos dias tal como no período anterior ao modernismo, por uma quase amputada força de impulso moral interior. «Em caso de dúvida, consulta a tua consciência»:

A responsabilidade moral é a mais pessoal e inalienável das pertenças humanas e o mais precioso dos direitos humanos. Não pode ser roubada, partilhada, cedida, penhorada ou depositada num banco. A responsabilidade moral é incondicional e infinita e manifesta-se na constante angústia de não se manifestar suficientemente. A responsabilidade moral não procura garantia para o seu direito de existir nem desculpas para o seu direito de não existir. Está antes de qualquer garantia ou prova e depois de cada razão ou absolvição [*ibid.*, p. 230].

Privados do seu papel de legisladores, jardineiros, guias ou guardiões, os intelectuais recuperariam de novo um antigo papel a cumprir: o da clarificação de opções, da intertradução de valores entre diferentes corpos normativos locais (comunidades, culturas, discursos, tradições morais, métodos práticos quotidianos) [o de «mediarem a comunicação entre ‘domínios finitos’ ou ‘comunidades de sentido’» (*Legislators and Interpreters*, p. 197)]. Forneceriam matéria sobre a qual decidir, tornando compreensíveis a cada um a enorme pluralidade de

abordagens parciais. Uma vez mais, tornam-se intérpretes, empenhados numa estratégia que nada tem que ver com a missão autoritária do legislador:

Abandonam abertamente, ou rejeitam como irrelevante, a tarefa em curso, o pressuposto da universalidade da verdade, do julgamento ou do gosto; recusam-se a estabelecer diferenças entre comunidades que produzem significados; aceitam os direitos dessas comunidades, como o único fundamento de que necessita o significado de base comunitária [*Legislators and Interpreters*, p. 197].

Paradoxalmente, Bauman não se alarga tanto relativamente ao tema dos juristas. Aparentemente, na sua ampla perspectiva sobre a institucionalização da ordem no Ocidente, os juristas não passavam de funcionários menores. A ordem provinha de cima, dos filósofos, desde que instituíssem a razão como o padrão obrigatório universal para a acção humana. Neste sentido, o direito natural racionalista não era senão um passo secundário. Em primeiro lugar, porque não representava mais do que uma instância local do princípio geral do primado da razão. Em segundo lugar, porque, no seu âmago, era um passo inútil, já que a razão não necessita da força da lei (do Estado) para se tornar convincente.

Seja como for, o direito natural racionalista — tal como *o pandectista*, que se lhe segue, e todas as formas de cientismo jurídico do século XIX — desempenhou um papel importante no desmantelamento da anterior estrutura (pluralista, probabilista, hermenêutica) do discurso jurídico. Com este movimento intelectual, produziu-se também um importante resultado moral a dois níveis. Em primeiro lugar, protegeram-se os juristas — enquanto guardiões neutrais de um código pré-escrito — da responsabilidade moral e política. (Mais tarde, com o positivismo estatalista do século XIX, esta responsabilidade seria entregue aos políticos.) Em segundo lugar, uma vez que o normativismo elimina tanto o casuísmo como o decisionismo do juiz, os juízes seriam igualmente libertos da ansiedade moral da arbitragem concreta.

Contudo, se o programa ético de Bauman for adoptado pelos juristas, o direito conhecerá uma viragem copernicana:

- A teoria das fontes do direito e a teoria da interpretação terão de ser revistas de ponta a ponta (no sentido daqueles que dominaram sob o *ius commune*);
- A estrutura discursiva deve ser renovada com uma estratégia argumentativa, tópica, orientada para o caso e para a *quaestio*;
- Os juristas e os juízes devem estar conscientes da natureza incerta das suas arbitragens;

- O público deverá ser informado da natureza política da decisão jurídica e do elo indissociável entre o caso jurídico e o caso de vida, a razão jurídica e a razão comum.

E, acima de tudo, os juristas têm de esquecer o optimista «projecto jurídico» e de assumir a humildade esquecida dos velhos tempos, combinada com o cauteloso e sábio desencanto recomendado pela nossa época. E contentem-se com isso.

«À objecção provável ‘esta proposição é irrealista’, a resposta adequada será ‘é bom que seja realista?’» (Bauman, *Postmodern Ethics*, p. 240).

BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Mouzinho de (1934), *Moçambique, 1896-98*, Lisboa, Agência Geral das Colónias.
- ARAÚJO, João Salgado de (1627), *Lei régia de Portugal*, Madrid.
- BAUMAN, Zygmunt (1987), *Legislators and Interpreters. On Modernity, Postmodernity and Intellectuals*, Cambridge, Polity Press.
- CARRIVE, Paulette (1994), *La pensée politique anglaise: passions, pouvoirs et libertés de Hooker à Hume*, Paris, PUF.
- CLAVERO, Bartolomé (1994), *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en America*, Madrid, Siglo XXI.
- COISSORÓ, Narana Sinai (1964), «As instituições de direito costumeiro negro-africano», in *Angola. Curso de Extensão Universitária, 1963-1964*, Lisboa, ISCPU.
- COSTA, Eduardo da (1903), *Estudos sobre a administração das nossas possessões africanas. Memória apresentada ao Congresso Colonial Nacional*, Lisboa.
- COUCEIRO, Paiva (1948), *Dois Anos de Governo: Junho 1907-Junho 1909. História e Comentário*, Lisboa, Edições Gama.
- CUNHA, J. A. (1885), «Estudos acerca dos usos e costumes dos banianes, bathias, parses, mouros, gentios e indígenas», in *Moçambique*, 42 (1885).
- CUNHA, Joaquim de Almeida e (1900), *Os indígenas nas colónias portuguesas d’Africa e especialmente na provincia de Angola*, Angola, Imprensa Nacional.
- DIOS, Salustiano de (1994), *Graça, Mercê e Patronazgo Real. La Camara de Castilla entre 1474-1530*, Madrid, CEC.
- GONÇALVES, Luís da Cunha (1923), *Direito hindu e mahometano. Comentário ao decreto de 16 de Dezembro de 1880, que ressaltou os usos e costumes dos habitantes não cristãos do distrito de Goa na Índia Portuguesa*, Coimbra.
- GONÇALVES, Luís da Cunha (1950), *Usos e Costumes dos Habitantes não Cristãos do Distrito de Goa na Índia Portuguesa*, Lisboa.
- GROSSI, Paolo (1995), *L’Ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza.
- GROSSI, Paolo (1986), «Sulla ‘natura’ del contratto (qualche note sul ‘mestiere’ di storico del diritto, a proposito de un recente ‘corso’ di lezioni)», in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 15, pp. 593-619.
- HESPANHA, A. M. (1983b), «Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique», in *Ius commune*, 10, pp. 1-48, Frankfurt/Main.
- HESPANHA, A. M. (1988f), «Da ‘iustitia’ à ‘disciplina’. Textos, poder e política penal no Antigo Regime», in *Anuario de História del Derecho Español*, Madrid (versão portuguesa: *Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia*, Coimbra, Faculdade de Direito

- de Coimbra, Coimbra, 1989; versão francesa: «Le projet de Code pénal portugais de 1786. Un essai d'analyse structurelle», in *La Leopoldina. Le politique criminali nel XVIII secolo*, vol. 11, pp. 387-447, 1990, Milão, Giuffrè).
- HESPANHA, A. M. (1993f), «Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce», in J.-F. Schaub (1993) (ed.), *Recherche sur l'histoire de l'État dans le monde ibérique (15^e-20^e siècle)*, Paris, Presses de l'École Normale Supérieure, pp. 67-86 [também in A. M. Hespanha (1993), *La Gracia del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales].
- HESPANHA, A. M. (1995I), *Panorama da história institucional e jurídica de Macau*, Macau, Fundação Macau [ed. chinesa: Ye Shi Peng (1996), *Ao Mem Fa Zhi Shi Gai Lun*, Macau, Fundação Macau].
- HESPANHA, A. M. (1992f), «O poder, o direito e a justiça numa era de perplexidades», in *Administração*, Administração Pública de Macau, 15, pp. 7-21 (incluindo a versão chinesa).
- HESPANHA, A. M. (1993g), «Carne de uma só carne: para uma compreensão dos fundamentos histórico-antropológicos da família na época moderna», in *Análise Social*, n.ºs 123-124, (1993), pp. 951-974.
- HESPANHA, A. M. (1994e), «O estatuto jurídico da mulher na época da expansão», in *O Rosto Feminino da Expansão Portuguesa. Congresso Internacional*, Lisboa, Comissão da Condição Feminina, pp. 54-64.
- HESPANHA, A. M. (1997b), «La senda amorosa del derecho. Amor e iustitia en el discurso jurídico moderno», in Carlos, Petit (ed.) (1997), *Pasiones del Jurista. Amor, Memoria, Melancolía, Imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 23-74.
- KOSAMBI, D. D. (1974), «The village communities in the old conquests of Goa», in *Journal of the University of Bombay*, 15, pp. 63-78.
- MAGALHÃES, Albano de (1907), *Estudos colonias I. Legislação colonial. Seu espírito, sua formação e seus defeitos*, Coimbra.
- NELSON, Daniel Mark (1992), *The Priority of Prudence: Virtue and Natural Law in Thomas Aquinas and the Implication for Modern Ethics*, Pensilvânia, Pennsylvania State University.
- PAGDEN, Anthony (1982), *The Fall of the Natural Man. The American Indians and the Origins of Comparative Ethnology*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PAGDEN, Anthony (1995), *Lords of All the World. Ideologies of Empire in Spain, Britain and France, 1500-1800*, New Haven, Yale University Press.
- PEGAS, Manuel Álvares (1669), *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae*, Ulyssipone, 1669-1703, 12 + 2 vols.
- PEREIRA, Carlos Renato Gonçalves (1954), *História da Administração da Justiça no Estado da Índia. Século XVI*, 2 vols., 1954-1955.
- PETIT, Carlos (ed.) (1997), *Pasiones del Jurista. Amor, Memoria, Melancolía, Imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PINTO, Christovam (1901), *O antigo imperialismo português e as leis modernas do governo colonial. Memoria apresentada ao Congresso Colonial Nacional*, Lisboa, Imprensa Nacional.
- PROSPERI, 1997, *Tribunali della coscienza*, Milão, Einaudi.
- VIEHWEG, Theodor (1953), *Topik und Jurisprudenz*, Munique (versão italiana: *Topica e giurisprudenza*, 1962, Milão).
- WILENSKY, Alfredo Héctor (1971), *La Administración de Justicia en África Continental Portuguesa (Contribución para Su Estudio)*, Lisboa, Junta de Investigações do Ultramar.
- XAVIER, Filipe Nery (1840), *Collecção de bandos e outras diferentes providencias [...] para o governo económico e social das Novas Conquistas, 1840-1851*, 3 vols., Nova Goa.
- XAVIER, Filipe Nery (1851), *Collecção de leis pecculiares das comunidades agricolas das aldeias dos concelhos das Ilhas, Salsete e Bardez, 1851-1853* (2 partes), Nova Goa.
- XAVIER, Filipe Nery (1861), *Códigos dos usos e costumes das Novas Conquistas*, Nova Goa.