

Ensaaios sobre o tema do Estado

«Meus senhores, eu vejo aqui um dever dividido.»

(Otelo, I, 3)

1. ABERTURA

Do ponto de vista de uma ciência a sério, seja ela qual for, estes ensaios não passam dos preliminares. Não se domina um método, é insuficiente a informação e até espaço falta. Mas não é cultivando a hesitação que se aborda o Estado. O presente texto tem mais olhos do que barriga. Mas procede de uma confiança no olhar.

As suas várias partes foram esboçadas em diversas alturas¹ e em torno de distintos autores. Duvido que a redacção definitiva as tenha agora unificado satisfatoriamente. Melhor: sei que o não fez.

De modo que o título («Ensaaios...») convém a tudo isto. Ao glosar motes alheios utilizarei uma forma literária menor, estilisticamente permissiva, alheia ao rigoroso encadeamento dos motivos. Trata-se aqui de sugerir e de sondar, sem resolver. Mas com uma lógica, espero, na qual certa música entra.

Parece que tem de entrar. Pois o Estado, se requer amplo tratamento, não tem cabal solução. Delicioso pungir de acerbo espinho, gostaria até que estas páginas lhe reflectissem o complicado carácter. Seriam suaves e severas, divertidas e dolentes, infantis e doutorais. Mas tanto por ora não posso. Ficar-me-ei pelo sério, salvo erro.

Para dar o tom, quero referir desde já a intuição fundamental, animadora de quase tudo o que escrevi. Diz-me ela que a mania de destruir o Estado tem tanto e tão pouco sentido como a de o adorar. Favoráveis ou desfavoráveis a determinadas formas do poder político, as históricas paixões alinham impressionantes motivos. E chegam a extrapolar contra a entidade em si. Mas, no fundo, a abominação do Estado corre paredes meias com a sua interminável necessidade: temos de o carpir quando falta; somos, fomos ou seremos por ele e contra ele. Por um lado, o Estado protege dos excessos da desgraça e da opressão e sem ele não há direitos,

¹ Esta introdução e o capítulo «Direito e Estado» foram primeiro escritos em fins de 1973 para um número da revista *Polémica* que não chegou a sair. Já então se esboçava o capítulo seguinte, «Estado e poder político», cuja redacção só avançou em meados de 1975, altura em que o anterior também foi revisto e aumentado, para irem ambos à Faculdade de Direito fazer exame de Ciência Política. O capítulo final, «Teoria geral do Direito e marxismo», é de Dezembro de 1975-Janeiro de 1976.

garantias nem maneira de em comum se viver e melhorar. Mas, por outro, ele também nunca deixa de confirmar pesados entraves à liberdade, à igualdade e à fraternidade humanas. Não há liberdade sem ordem, mas é sempre uma ordem de certo constrangimento.

Consequências: não se sai definitivamente do Estado sem se perder a vida; mas resignarmo-nos à sua lei seria dizer adeus a aspirações fundamentais. Há aqui um destino por assumir. Não se lhe escapa. Porém, como diz um poeta, «no destino do homem está que o homem começa e o destino acaba».

2. PLANO

O problema do Estado interessa-me aqui a dois títulos: enquanto elemento decisivo da teoria e da prática socialistas e como nó górdio das chamadas questões nacionais. Prende-se, por um lado, à prolongada crise do liberalismo, bem como à trágica perplexidade que as comunas e as «ditaduras do proletariado» suscitam. Corresponde, por outro, à emergência, à transformação ou ao trespassse de novas e velhas nações.

Atinentes à teoria geral do Estado, as considerações a que venho hão-de por força ecoar nos dois planos acabados de mencionar: mas neste primeiro ensaio tocam sobretudo (e por tabela) no socialismo tout court. Só depois chegará a vez de encarar o tema «nação e Estado»; para desaguar-mos, enfim, em assuntos portugueses. De resto, Portugal não constitui a única meta do percurso.

Explicando-me:

a) Não vou ocupar-me do Estado em geral como mera introdução ao caso português. O que equivale a dizer que o presente escrito se basta a si próprio. Insere-se num debate sem fronteiras. E procede da constatação de uma falha grave, comum a todas as escolas clássicas do pensamento socialista. A falha política: o marxismo revolucionário e o anarquismo claudicam perante Estado, sem por isso podermos considerá-los pura e simplesmente errados; ao passo que os vários reformismos se têm comprometido com a suprema instância em termos de substancial passividade. De modo que o socialismo ou fica para as Calendas gregas ou provoca amargas desilusões e custa caríssimo.

Não tentará aqui refazer-se uma história irreversível e parcialmente fecunda. Ou conciliar inconciliáveis doutrinas. Nem me anima a vocação de rever ou aperfeiçoar uma delas. Ver-se-á como estou longe de rejeições em bloco. Mas vou repensar ao desamparo (relativo) uma problemática difícil, na convicção de que é o próprio conteúdo político (ou antipolítico...) do projecto socialista que tem de ser posto em causa — e não só a forma de praticamente o realizar. Já disse noutra sítio as razões dessa convicção, pelo que me dispenso de as repetir aqui². Apenas situo o meu propósito, que pede uma leitura tão vigilante como despreconcebida.

Ao mesmo tempo, também peço ao leitor alguma paciência, ao longo de uma via sinuosa, por vezes assaz abstracta. Procuro salpicá-la de

² «Revolução socialista, democracia e totalitarismo», in *Polémica*, n.º 4; artigo transcrito in *Polémica Socialista*, Lisboa, Iniciativas Editoriais, 1975. Ver igualmente, sobre o totalitarismo, a introdução de *A Evolução do Sistema Corporativo Português*, vol. 1, O Salazarismo, Lisboa, Perspectivas e Realidades, 1976.

referências históricas, que talvez forneçam o pressentimento de que os pés, afinal, continuam bem assentes na terra. Admito, porém, que os contornos do planeta, a páginas tantas, se esbatam, por exigência do tema ou culpa do autor.

Começarei pelas relações do Estado com o Direito e com o poder político, a caminho de uma sua provisória definição. E continuarei (no próximo número) pela questão da origem.

Depois, o concreto aproximar-se-á: nação e Estado; Estado e classes sociais; o Estado e a evolução do capitalismo; Estado e revolução; o Estado e os seus intelectuais.

No fim virá o problema do Estado em Portugal. Como vem longe, não será mau antecipar o seguinte:

b) A reflexão geral não constitui mero instrumento para em seguida se tratar do nosso país. Mas o tratamento deste também se não deixará deduzir das conclusões a que ela chegar. É cedo para explicar por que razões — e não subscrevendo eu embora miragens de socialismo nacional — me afasto dos que se limitam a propor vias nacionais para o socialismo. Observe-se apenas, por ora, que esta proposta plural (mas mantendo certa apetência ecuménica que também se me afigura justa) costuma, no entanto, repousar numa severa predeterminação das metas, daquilo que o socialismo ficará obrigado a ser e fazer. Ora, se o concebermos como empresa de popular auto-emancipação, isso implicará necessariamente (parece) que aos povos cabe ir-lhe definindo o próprio conceito. E não só a tarefa de praticamente o realizar, em acordo forçoso, se não forçado, com científicas visões, que apenas autorizam originalidades marginais. As propostas científicas (ou, melhor, doutrinárias), que são indispensáveis, por certo não têm todas igual peso e valor. Mas mesmo as mais ilustres, porque correspondem a hipóteses arriscadas e a desejos mortais, não valem lei.

O problema do Estado em Portugal só em parte depende das conclusões a que chegar uma reflexão genérica. Eis o que desde logo resulta da ideia da auto-emancipação, bem como do reconhecimento de uma dialéctica a sério entre pensar e agir. Mas veremos que a própria teoria do Estado aponta neste sentido. E há mais: quem considere que o quadro nacional é valioso tentará arduamente inseri-lo numa perspectiva mais ampla. Não poderá, todavia, pressupor que toda e qualquer melhoria da Nação corresponde obrigatoriamente a um passo em frente simultâneo do projecto socialista. Para dar uma ideia: só muito de viés a liquidação da hipoteca argelina terá aproximado do poder as classes trabalhadoras francesas. O fim da guerra foi todavia benéfico também para elas. E a França tinha, de uma forma ou de outra (mas depressa), de fazer pela vida; e de se redefinir em termos geopolíticos. Estou, é claro, a pensar na questão colonial portuguesa e num país-charneira entre três continentes. Um país em que a descolonização, a democratização política e o progresso social me parecem mais intimamente conexos do que o estiveram em França; e onde, portanto, as possibilidades à vista de um arranque socializante serão maiores; mas onde o sentido dos limites se revela mais necessário do que em parte alguma. E a imaginação também, que não dispensa o rigor: nem tudo o que luz é ouro e não convirá baptizar à pressa de socialista uma transição positiva, mas eventualmente bastarda³. A dialéctica a que me

³ Estas linhas, tal como as da alínea seguinte, são de 1973.

venho referindo, bem como a virtude política, só têm a perder com confusões mentais.

c) Quero prevenir, enfim, um mal-entendido. À luz do que precede, poderá concluir-se que este ensaio introduz uma descontinuidade notável entre a problemática socialista global e o problema português; que se estará olhando a primeira pelo prisma do Estado tout court, ao passo que se encara a segunda à luz de princípios que só valem para o Estado-nação, figura particular, quicá historicamente condenada. Mas não. As questões nacionais continuam interferindo em cheio e em toda a parte com as lutas de classe, às quais se não reduzem. E este cruzamento condiciona nomeadamente o futuro europeu. A definitiva ultrapassagem das soberanias existentes deixaria, aliás, no tapete o caso da nova nação-Europa... Muito se tem escrito sobre a resistência oposta pelo capitalismo avançado à revolução socialista. Ora esse sistema vigora nas nações mais estruturadas, que são quase sempre as de mais antiga raiz. A integração capitalista tem sido integração nacional. Mesmo quando os quadros se romperem, eis o que não pode deixar de reagir, quer sobre a forma das revoluções até então «adiadas», quer sobre o conteúdo do socialismo que no seio das actuais sociedades estará porventura em gestação. Este ponto de vista, que noutro ensaio desenvolverei, sugere que a originalidade portuguesa releva muito mais da situação geopolítica do País do que das nossas peculiares estruturas internas.

3. ESTADO E ESTADO

Numa primeira abordagem, o Estado ora aparece como a sociedade politicamente organizada, ora como o poder que a organiza. Os manuais de ciência política mencionam este dualismo, no qual certo dissídio se pressente. Mas costumam considerá-lo como expressão de dois aspectos complementares da mesma coisa. Mesmo quando julgam que um deles é determinante, pressupõem quase sempre uma profunda harmonia. E assim se ladeia, ou, pelo menos, se desvaloriza, a questão essencial. Pois no primeiro sentido o Estado quase coincide com a sociedade, ou com a sua perfeição: é a sociedade politicamente organizada⁴; ao passo que na segunda acepção se lhe apresenta exterior: é o poder que a organiza. E ainda: no primeiro caso (e na medida em que, apesar de tudo, surge distinto), a conotação do Estado é filial e ancilar. Esse poder serve, como a virtude o virtuoso. No segundo caso vem o Estado a modos de mentor, se não amo, ficando a sociedade como seu objecto, tendencialmente passivo⁵.

Objecto dos extremos cuidados do Estado, dir-se-á que só para bem dela actua. Eis o que permite reintroduzir a dimensão do serviço público. O Estado não manda no seu próprio nome, mas sim tendo em vista a realização do bem comum, correspondente a interesses e valores que transcendem

⁴ Ou, como diz Marcello Caetano, «é um povo fixado num território de que é senhor e que [...] instituiu por autoridade própria órgãos [...]» [1]

⁵ Tem muito a ver com isto o *topos* da soberania, situada em a nação pelo constitucionalismo democrático francês do século XIX e atribuída ao Estado pela doutrina alemã. Esta, que não era, em geral, antidemocrática, tentou estabelecer um compromisso com a monarquia absoluta, a caminho do Estado burguês de Direito, para tal inventando a personalidade estadual, terreno neutro entre os monarcas e uma nação imperfeitamente formada [1a].

o «seu» poder. Interpreta-os, não os cria; impõem-se-lhe, antes que os passe a impor. Instrumento privilegiado, o Estado poderá mesmo considerar-se como «fim relativo», admirável maneira de se promover um meio. E merecerá até certo culto, porém limitado e condicional.

Alibis? Não só. Teremos até ocasião de verificar a relevância, num certo sentido, dessa complementaridade em que falam os manuais⁶. Mas já se antevê o seguinte: que o poder vem da sociedade para sobre ela se debruçar, de modo todavia muito pouco idílico. Ou digamos que a «perfeição» social é conflituosa; e que o Estado, ao exprimir as relações sociais, também lhes imprime carácter, sendo bem capaz de as forçar.

Se a impressão é justa, não haverá sociedade inteiramente inocente, nem Estado apenas tirano. Mas disto se dirá adiante. Adiante veremos também que a equivalência entre Estado e poder político tem bastante que se lhe diga. Ainda estamos no princípio, que nunca é refinado.

Salvo indicação expressa em contrário, estarei a falar do Estado enquanto força jurídica. Ou ainda: enquanto consagração e disciplina institucionais do poder político. Na verdade, o Estado é ainda mais do poder do que o poder é do Estado.

Deste ponto de vista relevam, sem dúvida, outras noções, que o não esgotam. Uma é a de «aparelho burocrático de funcionários cuja cabeça é o governo» [2]. Outra, a de aparelho de Estado lato sensu, em que não há só funcionários (um deputado não é um funcionário) e em que, por extensão, se compreendem os meios materiais da «máquina estadual».

Mas assinale-se um problema que será retomado mais tarde. Com o desenvolvimento capitalista e a crise do Estado liberal, a noção de aparelho conheceu uma desmedida expansão. E ao lado do aparelho de Estado tradicional, dito jurídico-repressivo, muito se fala hoje em outros: no aparelho económico e social (as empresas públicas, as homónimas obras, a saúde, a previdência...) e no aparelho ideológico (informação, propaganda, educação...). Veremos que estes «novos» aparelhos, na medida em que de facto extravasem da esfera jurídica (o que nem sempre ou só em parte sucede), não são propriamente aparelhos do Estado. Mas a expressão designa um movimento real da sociedade e do poder político, que cada vez mais se compenetraram, e é pois aceitável, desde que a saibamos aproximativa. Mas deixa de proceder quando o plural desembesta. Utilizando impoliticamente algumas indicações de Antonio Gramsci, há hoje, por exemplo, quem chame aparelhos ideológicos do Estado, não só à informação, à propaganda e à educação oficiais, mas também, inter alia, às igrejas separadas e à edição, ao espectáculo e à publicidade privados. Eis um confusonismo que inconscientemente prepara o terreno para soluções totalitárias de esquerda. Mas note-se que não é monopólio de correntes dessa mão. Sob outros nomes, também se encontra à direita. Referi o caso a Gramsci por duas razões: por ser significativo que certas tentativas de repensar e reabilitar a autonomia do Estado se acomodem com uma sua evidente difusão na sociedade e porque o meu trabalho implica um áspero debate com Marx e a sua posteridade.

Mas é altura de começar.

⁶ Na *Filosofia do Direito*, Hegel procede a uma integração dialéctica dos dois aspectos. Diz-nos que o Estado se opõe à sociedade civil ao discipliná-la, mas que também constitui, por outro lado, o fim imanente para o qual a sociedade desde sempre tendeu. Marx não concordou com este passo, cuja discussão está, no entanto, bem longe de considerar-se arrumada.

1. Ensaio sobre a definição de Estado

«Com as baionetas, Senhor, pode fazer-se tudo, excepto uma coisa: sentarmo-nos em cima delas. Ora mandar não é o gesto de arrebatrar o poder, mas sim o seu tranquilo exercício. Em suma, Senhor, mandar é sentarmo-nos. O Estado, em definitivo, é o estado da opinião pública.»

(Talleyrand)

I

OS MESTRES PERCORRIDOS

Este ensaio faz então parte de um todo mais vasto. Constitui a indagação preliminar. Sem termos uma ideia do que seja o Estado, aventureiro seria ir-lhe à procura da origem; e tentar depois apanhá-lo em movimento, nas suas múltiplas relações: com a economia, a nação, as classes, os intelectuais... Vai portanto inaugurar-se aqui uma longa reflexão paciente. E ainda terá de considerar-se provisória a definição a que chegarmos.

Na medida do possível, as seguintes páginas organizam-se de forma que o leitor possa assistir ao pensamento, e não só apreciar-lhe os resultados. Quer isto dizer que apresentarão contradições e perplexidades, embora tentando não ficar por elas. Na sua base está o confronto de dois grandes teóricos do Estado, Hans Kelsen e Carl Schmitt, o primeiro liberal (*cum grano salis*) e o segundo imperfeitamente nazi. Tomá-los-ei como «irmãos inimigos», propiciatórios de uma discussão cerrada das mais estimulantes que há.

Essa discussão ocupa os dois seguintes capítulos, onde, em filigrana, logo desponta um *terzo incommodo*: Karl Marx. Abordá-lo-emos para terminar. Porque todo o texto privilegia (justificadamente) o Direito, tal abordagem far-se-á através de Pasukanis, talvez o maior dos seus discípulos juristas.

II

DIREITO E ESTADO

1. INTRODUÇÃO

Numa primeira e grosseira abordagem, dir-se-á que o Direito é o sistema das normas de conduta obrigatórias porque coactivas; e coactivas enquanto dotadas de uma precisa sanção, «soberanamente» imposta. Exterior e superior aos destinatários das normas, uma força pública (um órgão do Estado, que é, em princípio, irresistível) tem por missão sancionar — e normalmente sanciona — as acções ou omissões contrárias ao dever jurídico. É próprio do Direito compelir os recalcitrantes ao cumprimento ou fazer que os infractores «paguem» um preciso preço pelos delitos cometidos. E esse preço consiste numa maior ou menor privação de bens patrimoniais ou de bens pessoais, como a liberdade e a vida. Cumpre acentuar, desde já,

o carácter socialmente organizado da sanção jurídica. Onde a inobservância das normas mais não suscite do que uma censura interior não há Direito: é caso de moral. E também não há Direito se a desaprovação da comunidade for difusa (um mal-estar, um escândalo), como sucede ao desrespeitarem-se meros usos ^{6a}. Mas a violação dos costumes imperativos já nos introduz (como a das leis) no domínio jurídico, que é o da autoridade ou poder constituído, com o seu monopólio da violência legítima. Em necessário sendo, dá-se aí o recurso à força pública. Mas a simples ameaça chega, o mais das vezes, para dissuadir os súbditos de comportamentos antijurídicos.

Estou a referir-me ao Direito positivo, e não ao duvidoso Direito natural, que considera tortas demasiadas leis. É verdade que um mesmo preceito (por exemplo, «respeitar pai e mãe») pode simultaneamente figurar na Moral, no Direito e na simples cortesia. E as sociedades primitivas caracterizam-se até, ao que parece, pela indiferenciação normativa ⁷. Eis o que, de resto, também se observa, muito curiosamente — e imprimindo-lhes carácter —, nos regimes totalitários contemporâneos. Mas, no plano de uma teoria científica, a distinção nunca decai. Basta lembrar que a Moral só proíbe o que acha mal; ao passo que o Direito só acha mal o que tiver proibido...

É da íntima relação entre o Direito positivo ⁸ e o Estado que se ocupam as seguintes páginas. Como atrás se disse, a inspiração delas deve-se a Hans Kelsen, autor de uma célebre «teoria pura do Direito», revolução teórica ocorrida há mais de cinquenta anos, mas que ainda está por digerir. Ora eu vou muito pelo seu lado, mas sem grandes preocupações de exaustiva fidelidade. Sobreretudo nos primeiros passos, que ainda trabalham com termos e concepções correntes, hão-de abundar as imprecisões e os desvios. Só pouco a pouco me irei afinando e aproximando de Kelsen. Até que ponto ao certo, francamente não sei. Dando por alguns desajustes, que me parecem secundários, falta-me todavia espaço para os debater convenientemente. O espaço e a própria vontade, confesso, porque isso prejudicaria o ritmo e perturbaria a limpidez do discurso. Mas fica o leitor prevenido.

A teoria pura do Direito, no fundo assaz humilde, julga-se aplicável a toda e qualquer ordem jurídica, passada, presente ou mesmo futura. É absolutamente geral. Mas foi elaborada no princípio deste século xx e no

^{6a} Entre os meros usos e o Direito, Max Weber situa aquelas convenções sociais obrigatórias cuja sanção, por vezes muito dura (por exemplo, um *boycott* do infractor que lhe torne a vida «impossível»), não é todavia imposta por uma instância especializada, monopolizadora da violência legítima [2a]. Tais convenções são, a meu ver, verdadeiras normas jurídicas. Mas só mais tarde discutirei devidamente o caso. A par de outros aspectos da contribuição weberiana, ele virá muito a propósito quando abordamos o Direito «primitivo». Neste primeiro ensaio, todas as referências a Weber serão *en passant* e como que reservando o lugar.

⁷ Esta opinião corrente terá de ser controlada e não é impossível que tenha de sofrer alguma revisão. Talvez a sua verdade diga sobretudo respeito à polivalência institucional, e não a uma incapacidade psicológica de distinguir entre diferentes espécies de normas. Um conhecedor como Malinowski conta que os primitivos as distinguem bastante bem. Eis o que não favorece a imagem das nossas modernas regressões.

⁸ O Direito positivo é o conjunto das normas jurídicas que efectivamente vigoram numa sociedade. E diz-se *grosso modo* positivista a atitude científica consistente em só tomar em conta esse material, sem curar da justiça intrínseca das normas, da sua adequação política, das suas eventuais conexões com um «direito natural», etc.

quadro de um liberalismo em crise, que, no fim de contas, ela é capaz de subtilmente defender. Adiante se irá referindo essa sua possível, se bem que secundária, vocação política. Mas convém chamar desde já a atenção para outra coisa, a saber: a necessidade de não confundirmos uma linha de pensamento com certas suas formulações obviamente datadas, que se devem tomar a título meramente exemplificativo. A este respeito gostaria de afastar *in limine* algumas confusões e objecções:

a) Os degraus da «pirâmide normativa» de Kelsen, que adiante teremos ocasião de descer (constituição, leis, regulamentos, actos jurídicos individuais...), vêm evidentemente referidos à estrutura e à nomenclatura dos Estados constitucionais modernos. É claro que a imagem piramidal não resulta na «radiografia» de todos os tipos de Estado. É auxiliar e (*pars pro toto*) designa a estrutura hierárquica que a análise estadual nunca deixa de revelar. Trata-se, aliás, de uma hierarquia entre normas à qual nem sempre corresponde uma diferenciação entre os órgãos do Estado.

b) A coacção jurídica traz à baila a autoridade, a «soberania» do Estado; e esta traduz-se materialmente em termos de força pública. Ora estamos habituados a conceber a força pública como um aparelho especializado, separado e sobranceiro. Mas Kelsen toma o cuidado de salientar duas coisas: em primeiro lugar, que os conceitos jurídico-materiais são subalternos; e, em segundo lugar, que um órgão do Estado não tem forçosamente de ser especializado. A especialização resulta de um desenvolvimento e de um aperfeiçoamento histórico. A seu ver, uma ordem normativa não perde o carácter jurídico por consagrar a *vendetta*; nem escapam ao Direito certas sanções só por fazerem parte de sacrifícios rituais. Esta plena consagração do Direito primitivo levanta por certo algumas dúvidas que abordarei adiante, no ensaio dedicado à origem do Estado. Entre outras coisas, teremos então de aprofundar em que consiste a coacção jurídica e que formas é susceptível de revestir.

c) Ao conceber a *Reine Rechtslehre*, Kelsen olhava sobretudo para os sistemas jurídicos legalistas e codificados do continente europeu. Mas deve entender-se que a palavra *lei*, em sentido lato, é sinónima de *norma jurídica*, nada decidindo sobre a hierarquia das fontes. Deste modo, a teoria pura também abrange os Direitos positivos baseados na jurisprudência ou no costume. E é o próprio Kelsen, uma vez instalado nos E. U. A., quem reformula a sua obra (em vez de apenas a traduzir), num esforço de adaptação às tradições anglo-saxónicas. Sem produzir alterações essenciais, a reformulação levou-o ao debate cerrado com Austin, no fundo, um seu precursor — sinal de que os grandes problemas são deveras comuns... Ora insistamos desde já na distância (um abismo) que vai do normativismo ao legalismo e do jurista ao legista. Há que bater esta tecla, que muitos críticos da teoria pura ignoram, às vezes dir-se-ia que de má-fé: por definição, o Direito é norma; e só enquanto normativas se podem chamar jurídicas as instituições, as acções ou as decisões que certos amantes do concreto preferem ao «formalismo» das leis. Adiante se retomará este tema, quando nos aparecer Carl Schmitt⁹.

⁹ Mas a assimilação do normativismo ao legalismo é muito corrente. Um autor tão distante de C. Schmitt como Nicos Poulantzas, cujo ataque à teoria pura é dos mais sofisticados, também nela cai. Serve-lhe para afirmar expeditivamente que o esforço analítico de Kelsen — cuja profundidade tem de reconhecer — apenas vale no interior dos Direitos de tipo ocidental moderno, caracterizados pelo formalismo, a generalidade, a abstracção, etc. [3]

d) Ainda, depois disso, será a vez, com Pasukanis, de uma outra *vexata quaestio*. Já ouviremos a crítica marxista censurar o carácter escolástico (por género próximo e diferença específica) da definição do Direito de que estamos partindo. Daria ela um conceito descritivo, estático, incapaz de situar a forma jurídica no fluir da história como expressão da troca de mercadorias; e expressão essa que apenas se torna perfeita (acabada e *acabável*, repare-se) em pleno capitalismo — pelo que a insistência numa abstracta continuidade entre o Direito actual e os sistemas de *in illo tempore* simplificaria enfim uma concepção consciente ou inconscientemente reaccionária, etc. Mas não antecipemos. Neste momento, apenas posso prometer que o caso não ficará no tinteiro.

e) No tratamento de Kelsen servir-me-ei sobretudo de duas traduções, uma espanhola e anterior à segunda guerra mundial (*Teoría General del Estado*, Labor S. A., 1934) e outra em inglês de 1945 (*General Theory of Law and State*, Nova Iorque, Russel & Russel, 2.^a ed., 1961). Ora esta última como que afasta ou põe em surdina a originária inspiração neokantiana da teoria pura. Mas a referência ao neokantismo, sem dúvida indispensável para compreendermos a génese, bem como certas conotações, do pensamento de Kelsen, talvez o não determine essencialmente. Eis uma questão que ficará em aberto, embora aflore aqui e ali, pois me não pareceu bem deixá-la inteiramente à sombra. Posso informar o leitor de que só indirecta e inconscientemente poderei ter sido influenciado pela escola de Marburgo. Acho que isso não sucedeu. Mas daí, quem sabe?

Como bibliografia deste capítulo apenas se referem as obras que mais directamente o influenciaram. Do próprio Kelsen — e além das duas acima citadas —, a *Teoria Pura do Direito*, na tradução portuguesa de J. Baptista Machado (Coimbra, Studium, 2.^a ed., 1962), a *Natural Law Doctrine and Legal Positivism* (publicada em anexo à *General Theory*), «El fundamento de validez del Derecho» (*Revista del Derecho*, Concepción, Chile, n.º 108, 1959) e ainda as obras metajurídicas *The Political Theory of Bolchevism* (Berkeley, University of California Press, 1949) e *I Fondamenti della Democrazia e Altri Saggi* (trad. italiana de *Foundations of Democracy*, «Vom Wesen und wert der Demokratie», «What is Justice?») e mais alguns ensaios, Bolonha, Il Mulino, 1970). Também consultei detidamente uma *Teoria Pura del Derecho*, versão espanhola da primeira *Reine Rechtslehre*. Mas foi há anos e fiquei com umas notas irreferenciadas que não utilizei ao citar.

Pelo que diz respeito a comentários de vária índole, servi-me dos de Recasens Siches (*Filosofía del Derecho*, México, Porrúa S. A., 1959), Karl Larenz (*La Filosofía Contemporánea del Derecho y del Estado*, Ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1942), Legaz y Lacambra (*Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1953), Francesco Oliati (*Il Concetto di Giuridicità Nella Moderna Scienza del Diritto*, Milão, Vita e Pensiero, 1950), Nicos Poulantzas (*Nature des choses et Droit*, Paris, Libr. Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1965) e Reinhold Zippelius (*Teoria Geral do Estado*, Lisboa, Gulbenkian, 1974). Acrescentem-se alguns passos de C. Schmitt, cuja bibliografia se detalha no cap. III. A discussão de Pasukanis vem largamente exposta no capítulo V. Max Weber (*Économie et Société*, Paris, Plon, 1971) aflora aqui e ali e outras vezes palpita em surdina, deixando certos problemas que só mais tarde abordarei frontalmente.

2. EXPOSIÇÃO

A benefício de inventário, chamemos então **Direito** ao sistema normativo que o Estado tutela e impõe. Quando a ameaça da sua soberana intervenção não basta para assegurar a observância das normas, a força pública sabe levar os recalcitrantes a fazerem o que devem, a absterem-se do que não devem ou a repararem as ofensas cometidas. Nesta perspectiva, o Direito surge como obra do Estado. Justa ou injusta: com efeito, não coincide necessariamente com a justiça, seja ela popular, natural ou divina. Obriga porque o polícia pode vir cá a casa prender-me.

É. Mas, por outro lado, talvez não seja. O polícia pode vir prender-me porque uma lei o assiste e outra institui a polícia. De outro modo, não passaria de assaltante vulgar; nem teria quicá mais força do que o súbdito, se não houvesse esquadra à qual pedir ajuda; ou se não estivessem proibidas as ligas armadas. O monopólio da violência é de atribuição normativa, do mesmo modo se regulando as condições do seu uso. Nesta nova perspectiva, o Estado é que nos surge como criação do Direito.

Galinha e ovo? Iremos vendo. Mas Kelsen explica que o problema das relações entre o Direito e o Estado é um falso problema que põe a teoria do Estado na mesma situação, epistemologicamente insustentável, em que se acha a teologia, teoria de Deus. O divino é, por definição, o «absolutamente outro» (*ganz andere*), alheio portanto ao mundo; mas, por outro lado, os homens não poderiam ter dele a menor noção se Deus de algum modo não estivesse presente (contido) na criação. Assim também o Estado, supremo criador e tutor do Direito, mas inconcebível fora dele... E, se bem repararmos, a teoria da autolimitação do Estado pelo Direito desempenha no pensamento jurídico-político a mesma função desesperada que a teologia reserva à doutrina da encarnação do verbo, na sua tentativa de superar *in extremis* uma insanável contradição. Mas a contradição desaparece se (panteisticamente) reconhecermos que, tal como Deus mais não é do que a totalidade do mundo e o símbolo da ordem universal, *sem existência à parte*, assim também o Estado não passa, essencialmente, de uma expressão que designa a totalidade e a unidade da ordem jurídica. É verdade que costumamos pressentir «atrás da árvore o sátiro, dentro da fonte a ninfa». Mas, na realidade, Júpiter coincide com o trovão. Não é o senhor das tempestades, que nos atira com os raios e os coriscos. De modo que o Estado, bem vistas as coisas, constitui, quando muito, uma alegoria do Direito. E a famosa soberania estadual também não é nenhuma força natural ou social exterior às normas. Ao falarmos em soberania, designamos tão-só a validade de um sistema normativo que não procura fundamento fora de si [4].

Nada obsta, contudo, a que se personifiquem ideias e relações abstractas, além de coisas e bichos. A tendência antropomórfica está-nos na massa do espírito, foi personificando que a própria ciência se constituiu; e, em Direito, as personificações são tecnicamente utilíssimas, indispensáveis até. Mas cumprirá não atribuir realidade substancial e autonomia (não hipostasiar) a utensílios mentais a que nenhuma coisa em si corresponde. Como, no fundo, o Direito e o Estado coincidem, a introdução de um dualismo é geradora de perplexidades sem fim.

A analogia teológica oferece, de resto, a Kelsen a ocasião de um brilhante desenvolvimento a propósito da «antijuridicidade». Tal como um Deus bom não pode querer o mal, assim também o Estado, como cria-

dor do Direito, não poderia cometer qualquer ilegalidade. E, do mesmo modo que o mal é pretensamente integrado pela teodiceia (que o imputa ao Diabo e o considera condição do bem), assim também o dualismo de Estado e Direito só mediante admiráveis tratos de polé fugiria a ter de inventar um Satanaz antijurídico; e a ter de recorrer aos «milagres» do Estado, sempre que este viola a sua própria lei¹⁰. Mas adiante.

Incorrecção summa seria então, diz-nos Kelsen, «conceber o Estado como o poder por detrás da lei», quando o poder estadual mais não é do que «a eficácia da ordem coactiva reconhecida como lei». E também não vale defini-lo (ao Estado) como a organização política da sociedade, se por esta definição se pretende reintroduzir à sucapa o dualismo. E porquê? Porque resta apurar em que consiste o carácter político dessa organização social a que se chama Estado. Uma organização é uma ordem. Mas qual? Sempre teremos de confessar que o traço distintivo (o elemento político) da organização estadual «está no facto de [ela] ser uma ordem coactiva [...] ora [...] eis aí uma característica essencial do Direito» [5]. A organização política da sociedade dá-se na forma jurídica e jamais dela sai.

Nem se diga que o Estado consiste, antes do mais (ou sobretudo), naquilo a que normalmente se chama o seu aparelho coactivo, ou seja, numa organização material, no conjunto dos funcionários profissionais e não profissionais que controlam uma impressionante panóplia de meios. Kelsen também elabora subsidiariamente um conceito «material» de Estado, correspondente ao conjunto dos seus órgãos¹¹. Mas os órgãos do Estado são as insubstanciais personificações de uma parte da ordem jurídica (já veremos qual) — e não os homens de carne e osso em que o desprevenido leitor estará pensando. E isto porque uma conduta humana só é do (ou imputável ao) Estado na medida em que uma norma jurídica o preveja. Dito mais simplesmente: uma pessoa só «é» órgão do Estado «porque desempenha e enquanto desempenha a função de criar ou aplicar a lei». Ou ainda: a expressão «órgão do Estado» só designa pessoas para comodamente unificar e articular condutas. No fundo só estas contam [6].

De tudo isto decorre que nem sequer o Estado em sentido material (o aparelho) nos surge com um cariz lá muito «materialista». Antes constitui a expressão unitária, normativa, de certas e determinadas condutas que interessa recortar com particular nitidez na ordem jurídica total (no Estado *tout court*)¹², desde que certas funções se foram historicamente especializando. E que condutas são essas? Kelsen refere, por um lado, a «realização do acto coactivo» e, por outro, a «formação da vontade estadual nos graus superiores, especialmente a legislação». Mas na actividade dos órgãos do Estado também compreende depois coisas mais práticas, tais como «construir hospitais e tratar enfermos, criar escolas e ensinar, explorar caminhos-de-ferro [...]». Correspondem às funções económicas, sociais e culturais, imprecisamente ditas não-jurídicas¹³, cuja expansão caracteriza o *Welfare*

¹⁰ Liga-se a isto a tese (política) de presunção de juridicidade de todos os actos dos órgãos superiores do Estado, bem como certo autonomismo administrativista.

¹¹ Do qual derivará, por sua vez, como já veremos, outra aceção ainda.

¹² Na linguagem kelseniana, este é o Estado em sentido «jurídico-formal», do qual todas as pessoas jurídicas são órgãos, tanto as públicas como as privadas.

¹³ É claro que não nos estamos agora a referir às normas que criam ou regulamentam os liceus, hospitais, etc., mas sim aos próprios actos de construir, ensinar, tratar... Cumpre, porém, acrescentar que mesmo estes são actos jurídicos, previstos nessas leis ou regulamentos. Actos de execução do direito, só enquanto jurídicos podem imputar-se ao Estado.

State contemporâneo. Os funcionários que delas se ocupam concorrem, por via de regra, com os simples cidadãos no prosseguimento dos respectivos fins, pois essas funções não têm de constituir, por força, monopólios estaduais. Pode suceder que constituam em casos de nacionalização integral. Mas, do ponto de vista teórico, isso não tira nem põe. Não é da natureza das actividades não-jurídicas que resulta para as entidades que delas se ocupam a qualificação de «órgãos do Estado». Pelo contrário: só o facto de serem atribuídas a funcionários as reveste, «acidentalmente»¹⁴, de um cariz estadual [7].

Temos, assim, dois conceitos de Estado em sentido «material»: um deles abrange órgãos centrais, com destaque para o momento da coacção jurídica; o outro refere-se, *grosso modo*, às obras do fomento prático. Mas ambos se nos revelam bem subalternos do conceito formal e primordial. Designam uma ordem jurídica parcial, ou então a mera execução de normas primárias ou secundárias¹⁵. Nenhum deles nos situa fora do sistema normativo. Em qualquer caso, continuamos à distância da base social, do jogo de forças reais, desse poder irresistível em que logo pensamos ao ouvir a palavra *Estado*. Eis um ponto que merece ser desenvolvido.

Kelsen é peremptório ao excluir nomeadamente a análise sociológica do campo visual da teoria do Direito. E porquê? Porque o objecto a que a sociologia também chama Estado, construído por um diverso método, tem de ser radicalmente outro, só no nome idêntico. A sociologia toma o Estado «como um facto natural... efeito de certas causas»; ao passo que o Direito procura a justificação normativa, não-causal, de um dever ser. Muito kantianamente, considera-se aqui que o método engendra o objecto; e que é inatingível uma (estadual) coisa em si sobre que diversas ciências se possam à vez debruçar. Como objecto da ciência do Direito, o Estado só pode, portanto, ser ou a ordem jurídica no seu todo, ou uma ordem jurídica parcial. Consequência: não podemos supô-lo composto por homens e colectividades reais. Partes do Estado são apenas essas insubstanciais abstracções chamadas *pessoas jurídicas*, individuais ou colectivas. A personalidade jurídica não está perante o Direito nem por detrás dele, mas nele. Ouçamos: «a ordem jurídica produz, por assim dizer, as comunidades, não pode produzir homens.» [8] Ainda voltaremos a este ponto.

Outra consequência do normativismo, ainda mais estupenda, diz respeito à coacção. Kelsen define o Direito como ordem coactiva. Mas evacua da coacção os elementos fácticos, que usualmente a conotam e sem os quais dificilmente a imaginamos. Em «teoria pura», a coacção não surge como uma acção física ou pressão psíquica determinante das humanas condutas; nem como um poder de constrangimento exercido sobre os súbditos e, em princípio, irresistível. Em que consistirá ela então? Apenas no «conteúdo da norma juridicamente válida» [9], a norma primária, a qual determina que, em se dando certo facto, lhe seja imputada uma dada sanção¹⁶.

¹⁴ Acidental não significa aqui ocasional, caso fortuito ou de pouca monta, mas apenas que não pertence à essência do Estado.

¹⁵ Adiante se explica a distinção entre normas primárias e secundárias.

¹⁶ E, portanto, esse facto nada tem de antijurídico. Não é propriamente um mal. O conceito de ilicitude só floresce quando se adopta o ponto de vista das normas secundárias (deduzidas das primárias). As normas secundárias não prescrevem a coacção, mas sim as condutas contrárias às que desencadeiam a coacção. De «quem matar apanhará tantos anos de cadeia» (norma primária) é que se extrai o «não matar» como preceito juridicamente secundário.

Nada mais. E bem se compreende porquê: se o Estado não é o criador e tutor do Direito; se nenhuma entidade natural ou social desponta por detrás ou acima das normas; se o Estado figura como mera personificação da ordem jurídica — então há que sermos lógicos. Segue-se que a sua «vontade» (estadual) também não pode ser uma vontade real. Não passa de *voluntas legis*. Designa pura e simplesmente o dever-ser objectivo da norma; ou (o que é o mesmo) a validade dela, de todo indiferente aos motivos concretos que a tornam efectivamente obedecida: convicções, medo, conveniência, para o caso tanto faz. No fundo, «uma proposição jurídica não é um imperativo, não tem destinatário a quem se dirija [...] é um juízo hipotético»: em acontecendo A, deve impassivelmente seguir-se B [10].

Chegados a este ponto, sobrevém a tentação de denunciar em Kelsen um inadmissível alheamento da vida social autêntica, em que o Direito mergulha e cujas relações têm outra consistência, intrincando os interesses, opondo forças, afectando gente. A teoria pura teria qualificado o Direito pela coacção a fim de melhor escamotear a violência que o funda. Relega a violência (eventualizando-a) para o domínio da execução das normas, quando a verdade é que a sua ameaça se dá como condição de todo o existir jurídico. Embora algo discretamente o faça, a própria «teoria pura» tem de reconhecer que «as normas jurídicas só são válidas quando a representação delas é eficaz» [11]. Por definição, o dever-ser pode não ser. E aquilo que fatalmente *tenha de ser* pertence à natureza, não tem estatuto jurídico. Mas, por outro lado, se «normalmente» o que deve ser não fosse, também não haveria Direito. Só empedernidos legalistas negarão ainda a caducidade de normas que ninguém cumpre.

Sem um mínimo de eficácia não se concebe nem é válida nenhuma ordem jurídica positiva. Ora a positividade constitui-se precisamente como implicação entre o dever ser e o acontecer efectivo, entre a esfera ideal das normas e as realidades sociais. De um ponto de vista sociológico, Max Weber — e com razão — só considera válidas as normas violadas desde que continuem de qualquer modo a orientar a acção humana — o que, por exemplo, sucede quando os criminosos procuram ocultar os seus crimes [11a]. E o próprio Kelsen é levado a reconhecer algures a extraordinária dificuldade da sua posição. Consiste ela na antinomia que opõe a afirmação do «dualismo [...] entre ser e dever ser, realidade e valor; e o reconhecimento iniludível (não obstante) de uma relação material entre esses mesmos sistemas que se pressupõem inconexos». Relação essa aparentemente constitutiva...

De modo que sobra uma perplexidade. Ocorrendo perguntar se, para sairmos de apuros, não seria melhor assumir provisoriamente (e até ver) certa sobreposição metodológica, provida embora de uma directriz. Ver-se-ia então no Direito o sistema abstracto das normas. E reservava-se a palavra *Estado* ao sistema dos entes jurídicos: mas aqui de modo a também caberem (além das formais personificações) as relações práticas e as condutas efectivas. Que, sem dúvida, só contam enquanto juridicamente estruturadas; mas que simultaneamente dão corpo ao Direito e lhe garantem a eficácia, condição, como se disse, da própria positividade...

Quiçá neste sentido, Hermann Heller, jurista da social-democracia alemã, avançou a fórmula de uma «unidade dialéctica do ser e do dever ser, do acto e do seu sentido». E Max Weber definiu o Estado como «um certo complexo do obrar humano em comum» [12]. Ora pode situar-se a sua especificidade («um certo...») justamente na necessária referência ao

Direito¹⁷. Estamos aqui perante tentativas de superar a mera justaposição de um sentido sociológico a um sentido jurídico da palavra *Estado*, em que encaixava o positivismo, incapaz de tratar unitariamente o fenómeno estadual. E adiante teremos de retomar estas sugestões ilustres. Mas entretanto ainda não podemos nem podemos sair do princípio. Não se deve invocar a dialéctica como pau para toda a colher, ou para fingir que os bugalhos não ficam misturados com os alhos¹⁸.

Há que sondar muito atentamente esta tão estranha quão óbvia confluência do Direito e do Estado. Ora repare-se agora em que há uma palavra que nos aparece como uma espécie de placa giratória entre ambos. É a palavra *instituição*, que tanto designa *mecanismos* jurídicos, conjuntos de normas (por exemplo, a tutela de menores, a justa causa dos despedimentos, o *habeas corpus*...), como *entes* públicos ou privados (da P. S. P. ao grupo onomástico dos Josés de Portugal, passando pela Universidade, pelo Banco Totta e pelas caixas de previdência...). Por vezes nem se sabe, à primeira vista, se enfrentamos o mecanismo ou se encaramos o ente: eis o que acontece se ouvirmos falar, sem mais, no registo civil. Irão fazer-nos uma conferência sobre as próprias regras do registo ou dizer-nos onde fica a conservatória de Campo de Ourique? Em qualquer caso, tratar-se-á de uma instituição. Dá-se, porém, uma inflexão no sentido do termo — e até podemos recorrer à palavra *instituto* para matizar. A Penitenciária (o ente) será uma instituição; o mecanismo da liberdade condicional, um instituto. Pois. Mas logo nos lembramos do Instituto Nacional do Vinho...

Esta persistente ambivalência terminológica parece confirmar o íntimo conluio entre o Direito e o Estado, considerável (este) como sendo a instituição por excelência. E anote-se, a propósito, mais o seguinte: instituição tanto pode ser a «coisa» instituída como o acto de instituir, a voz activa e a passiva; designando um objecto ou aludindo ao sujeito e ao seu poder... Mas é provável também que tudo isto favoreça a concepção acima apontada de uma unidade dialéctica do jurídico e do estadual — e não tanto a identificação entre o Estado e o Direito. Ficaria prejudicada a verdadeira e própria redução a que procede Kelsen.

Teremos de regressar a este ponto, numa tentativa de superação (relativa) do mestre austríaco. Mas será, em definitivo, por impulso seu. Perderíamos entretanto bastante se não quiséssemos ter a paciência de lhe seguir a árdua pista. E vamos segui-la, mesmo que tal se afigure às primeiras um rodeio inútil.

A primeira coisa a dizer é que Kelsen, feitas as devidas contas, não escamoteia nada. É verdade que a abordagem normativa não explica sociologicamente a eficácia da ordem jurídico-estadual, tal como não desvenda o mistério das origens do Direito e do Estado. Mas não pretende fazer nem uma nem outra coisa. E mais: não tinha deveras a obrigação de se debruçar sobre esses formidáveis assuntos. Ao invés, podia perfeitamente — e até

¹⁷ O próprio Kelsen chega a falar na «norma de dever ser como sentido do acto de ser que a põe» [12a]. Mas a sua perspectiva não é weberiana.

¹⁸ É claro, como diz Zippelius na esteira de Weber, que a realidade sociológica contém elementos de proveniência normativa, representações axiológicas que motivam e coordenam o comportamento dos homens. Ao passo que a ordem jurídica estadual ostenta, por seu turno, componentes fácticas — e desde logo as relativas à vigência das normas. Mas dizer só isto não é criticar a «teoria pura». É ensinar o padre-nosso ao vigário [13].

devia — deixá-los fora da «teoria pura», que só assim pode constituir-se como ciência. Eis o que pede uns esclarecimentos adicionais.

Enquanto cientista, Kelsen parte, o que é normal, de uma consideração do Direito e do Estado constituídos, que *já aí estão*. De modo que o problema das origens começa por não se pôr: teremos de aguardar que ele nos surja (ou não) implicado na questão do ser dessa ordem *que aí está*. Enquanto existe (enquanto for válida), a ordem jurídica, que prevê e disciplina as suas próprias transformações, não considera, porém, a ideia do próprio fim e instala-se numa pressuposta eternidade. Pressuposição tão-só normativa, note-se, constituindo como que uma implicação da soberania; e em nada contradizendo, como é óbvio, a consabida mortalidade (a historicidade...) de todas as construções humanas.

A esta luz, bem se entenderá então que a «teoria pura», além de não explicar as origens do Direito, também não dê conta de todas as suas transformações. No quadro de hierarquias normativas *já dadas*, apenas analisará o *iter* das reformas normais. Que reformas são estas? As que não resultem de (nem acarretem) uma ruptura essencial — e, pois, a destruição — da ordem vigente, antes a vão actualizando na relativa paz do Senhor. Bem vistas as coisas, uma revolução nunca transforma o sistema jurídico: traz sempre consigo uma nova legitimidade, da qual um novo sistema brotará [14]. Mas antes acaba com o antigo, assim eliminando (provisoriamente) o objecto da ciência jurídica.

Em breve será retomado este ponto, que é capital. Mas entretanto, e para podermos prosseguir, necessário se afigura recordar a concepção da hierarquia normativa segundo Kelsen (a famosa «pirâmide»); bem como a correlativa ideia de uma produção escalonada da ordem jurídica, que pertence a um seu discípulo.

Deixemos por ora de parte a «norma fundamental hipotética», que designa o órgão criador do Direito (o primeiro legislador) ¹⁹, fundamentando logicamente todo o sistema jurídico estadual. Essa norma é a constituição em sentido lógico-jurídico... E passemos à constituição em sentido jurídico-positivo, a qual «surge como grau imediatamente inferior, no momento em que o primeiro legislador estabelece as normas que regulam a própria actividade legislativa» [15]. Aqui atenção: ao contrário do que por vezes insinuam os críticos (e não dos menores), nada obriga a que a constituição positiva seja escrita, e muito menos a que tenha um carácter «legalista», interditando ou reduzindo sistematicamente o papel da jurisprudência e do costume como fontes do direito. E também nada impõe que seja rígida, proibindo ou dificultando excessivamente posteriores revisões. Isto posto e bem assente, consideremos então a constituição positiva. Ela é a «lei das leis», a norma reguladora da produção de todas as restantes normas, seja qual for o aspecto que historicamente assumir. Pode, inclusivamente, acontecer que não tenha existência avulsa.

Seguem-se-lhe as leis ordinárias. Estas leis são válidas desde que formal e materialmente conformes à constituição. Ou seja: quando correspondem a actos de um órgão do Estado previstos (e ocorridos na forma prevista) pela «lei das leis»; actos esses cujo conteúdo normativo respeite, além disso, o espírito e a letra constitucionais.

¹⁹ Está-se a ver que esta norma fundamental hipotética pronuncia (é) princípio da legitimidade.

Analogamente, as leis ordinárias prevêem (suscitam e comandam) os decretos de aplicação. E estes prolongar-se-ão eventualmente por regulamentos gerais e particulares, portarias, posturas locais, etc. Na base da pirâmide, enfim, acham-se os actos jurídicos individuais «públicos» e «privados» (uma sentença judicial, uma decisão administrativa, um testamento, um contrato...), previstos e disciplinados por tudo o que precede; os quais actos completam, *como verdadeiras normas que são* (as mais concretas e de menor raio) o ordenamento jurídico.

A pirâmide do Direito positivo parte do vértice para a base. Vem da constituição até estes actos individuais ultimamente referidos, reguladores dos casos da vida. E cada degrau da pirâmide, que é um facto previsto no degrau anterior (superior), regula como norma os degraus seguintes (inferiores). Só a montante da constituição positiva é que achamos uma pura norma, a norma fundamental hipotética, a que já iremos. E só a juzante dos actos normativos individuais é que vemos puros factos que, embora jurídicos, já nada têm de normativo. A ordem de prisão ainda é norma, o agarrar do preso já não [16].

Como muito bem adverte Luis Recasens Siches, esta concepção não afirma «que na realidade histórica as normas se produzam efectivamente por um perfeito sistema de sucessivas delegações de competência» [17]. O que oferece, isso sim, é um método científico para compreender e articular sistematicamente o material jurídico. Por outro lado — e como já foi referido —, basta pensar no Direito anglo-saxão (bem como nas ordens jurídicas primitivas e no feudalismo) para sentir a necessidade de realizar adaptações de terminologia. E não só: os concretos esquemas configuram-se tão diversamente que a imagem datada e situada da pirâmide nem sempre será sugestiva. Mas nada disto invalida o que precede. De uma maneira ou de outra, sempre uma norma jurídica extrai das que lhe estão acima higiene e conselho, dependendo a sua validade da conformidade com elas. Em todos os escalões prossegue uma criação do Direito que é simultânea aplicação dos preceitos hierarquicamente superiores.

Não há aqui que distinguir senão relativamente (por comodidade prática e técnica e com referência ao conceito «material», subalterno, de Estado) entre o Direito público e o Direito privado. Todo o Direito é público, como desde logo se adverte pela definição da mais privada das suas formas, que é o contrato, «lei das partes». E todo o Direito é objectivo. A justificação dos chamados *direitos subjectivos*, quando não seja inadmissivelmente política, liga-se a simples conveniências de arranjo sistemático e de regulação prática do material e da actividade jurídicos. Mas não há «direitos subjectivos» anteriores ou superiores às normas — e que juridicamente prevaleçam contra elas. Enquanto tais, as normas jurídicas não devem nomeadamente obediência a quaisquer direitos naturais preexistentes, como seja, por exemplo — e é exemplo de Kelsen —, o direito de propriedade [18]. Todos os direitos e faculdades subjectivos são uma criação (ou, melhor, um aspecto) das normas objectivas, que aliás definem essencialmente deveres. O (eventual) direito de propriedade não passará aí do dever de abstenção perante a coisa imposta a todos menos um, ao encarar-se tal dever pelo prisma deste único isento e beneficiado que é o proprietário; ou ao desencadear-se, por iniciativa sua, uma providência cautelar ou uma acção judicial reparadora...

636 Nesta ordem de ideias — e como já acima se disse —, a própria personalidade jurídica nos aparece como criação do Direito; e não como reco-

nhecimento de uma personalidade natural. Não há então, em Direito positivo, nenhuma diferença de fundo entre as pessoas colectivas (como associações, fundações, sociedades) e pessoas individuais. Estas últimas não são, com efeito, *identificáveis* com as humanas criaturas da vida em comum. Tal como a personalidade colectiva, assim também a personalidade jurídica individual (que pode ser atribuída a bichos, como o cavalo *Calígula*) se reduz, na teoria pura, à categoria de expediente técnico. A personalidade é um centro de imputação de certos conjuntos normativos mais ou menos numerosos e mais ou menos densos, que regulamentam determinadas condutas humanas ou aspectos delas, analiticamente isoladas (ou recortadas) no comportamento humano global [19]. *A problemática dos direitos humanos e das homónimas liberdades sem dúvida que está na base do Direito, mas não faz parte dele*. E certamente o seu tratamento depende das opções ideológicas que, triunfando no terreno da luta política, animarem uma legislação. Apenas sucede que as ideologias não são objecto de ciência jurídica.

Toda esta posição é obviamente muito difícil de tragar quer pelos adeptos conservadores do Direito natural (cristão ou racionalista...), quer pelos jusnaturalismos encapotados da actualidade, reaccionários, reformistas ou revolucionários, aos quais Kelsen também alude. E que actuam em nome de novas leis naturais, ou naturalisticamente entendidas.

Eis outro ponto para reflexão posterior. Mas, antes de lá chegar, temos de completar esta muito esquemática exposição da teoria pura do Direito (e geral do Estado...). Ainda não abordámos a estrutura da norma jurídica em si mesma considerada, a qual também não dispensa duas palavras.

O que sobremodo interessa aqui relevar é o intelectualismo extremo da concepção kelseniana. O Direito é uma ordem coactiva, mas as suas normas não aparecem a Kelsen (em Viena) como comandos imperativos, tendentes a obter dos destinatários (como súbditos) certos e determinados comportamentos. Há quem julgue que, essencialmente, as normas coagem os súbditos (coação psicológica). Ora não é assim. Primariamente, as normas jurídicas apenas formulam «juízos hipotéticos», extraíndo da ocorrência de uma prevista hipótese (um facto simples ou complexo) uma dada consequência; ou seja, imputando-lhe a competente sanção jurídica. O Direito só diz que «em sendo A, B deve ser». E assim, por exemplo, é que, na lei penal (e todo o Direito primitivo foi penal), quem cometer um dado homicídio (A, hipótese de facto) deve ser punido com tantos anos de cadeia (B, sanção jurídica).

Ao lado desta primária norma, é verdade que pode conceber-se outra, a norma secundária. Uma vez que se sanciona com a prisão o facto A, é natural concluirmos que, no desejo das autoridades, «deve ser não-A». Este segundo preceito já não aparece como juízo hipotético. Constitui um imperativo verdadeiro e próprio, que no nosso exemplo será o de não matar. Sucedendo simplesmente que, para o Kelsen de Viena, «a norma secundária é juridicamente acessória, instrumental, sem verdadeira autonomia»²⁰ [20]. É certo que o Kelsen «americano» veio posteriormente distinguir entre a norma de direito positivo (a qual seria, afinal, imperativa, uma injunção do legislador aos súbditos) e a regra legal, correspondente à reelaboração daquela pela ciência jurídica, a qual seria como acima se

²⁰ Será talvez *politicamente* decisiva, mas isso já não diz respeito à ciência do Direito.

diz [21]. Mas não somos forçados a segui-lo nesta reviravolta, cujo alcance não é de resto tão grande como o pintam. Na capital definição do «delito», por exemplo, Kelsen não variou. *Non sunt mala in se sed mala prohibita*. Como bem reafirma, «uma certa conduta não incorre em sanção por constituir um delito; constitui um delito porque incorre na sanção» [22]. Eis o que parece óbvio, se definirmos o Direito como ordem de constrangimento. Só resta advertir desde já, na esteira de outros autores, que esta concepção intelectualista da norma jurídica é perfeitamente compatível com o mais extremo voluntarismo ao nível da sua criação. Pois a validade de uma norma jurídica não resulta da sua intrínseca bondade ou racionalidade; deriva, isso sim, de uma conformidade material com normas superiores e da verificação de requisitos sistemáticos e formais: ter sido devidamente elaborada por um órgão competente, etc. E, portanto, o conteúdo concreto das leis — que tanto afecta a sorte dos homens — fica na total dependência do poder que cria o Direito. Admiti-lo em princípio e sem rodeios, eis o que scandaliza muito boa gente contra a teoria pura: que deixa a ordem jurídica à mercê da bruta força!; que fomenta o arbítrio político!; que chama Direito até ao pior dos tortos! Eis algumas acusações frequentes. Mas há em tudo isto uma enorme confusão de géneros.

Da identificação entre o Estado e o Direito e da radical positividade deste último extraem-se, é certo, conclusões assaz incómodas para as teses ideológicas do Estado de Direito e da autolimitação do Estado. Mas, por muito que nos convenha promover politicamente as «declarações universais», não se pode pretender que elas determinem a validade (ou invalidade) do Direito positivo. O contrário é certo: nenhuma prova do pior despotismo nos autorizará a negar o carácter jurídico a um sistema de normas coactivas que se mantenha estável e eficaz. Como Kelsen muito bem explica, a única coisa exacta na teoria da autolimitação do Estado (pelo Direito) está no facto de a ordem jurídica regular a sua própria produção: todas as leis devem ser feitas como disposto noutra(s) lei(s). Mas isso, por muito que nos pese, nada tem a ver com pressupostos humanistas e jusnaturalistas.

O erro vem de se ver no Estado um *dominus*, amo e senhor do Direito. A concepção vulgar vê no Estado o «aparelho coactivo» e diz que o Direito é a vontade dele. Ora nós já sabemos (desde a elementar reflexão sobre o polícia) que esse esquema não resiste à análise. Pareceu-nos então que o Estado e o Direito mutuamente se engendram — e, em apoio desta ideia, começamos a reflectir sobre a palavra *instituição*... Mas veio Kelsen, que também reconhece grande intimidade entre ambos, afirmar intemera-mente a prioridade da ordem jurídica e reduzir o Estado à expressão da sua unidade. Ora continuamos a ouvi-lo, cheios de curiosidade e dúvida. Agora, ao «passar» (por assim dizer) da teoria pura do Direito para a teoria geral do Estado, vai extrair da redução as mais cerradas consequências. Trata a teoria do Estado, em termos estrita e exclusivamente normativos, como uma parte da teoria do Direito. E assim é que, em catadupa, a teoria do poder estadual nos surge como teoria da validade da ordem jurídica; e a do território e do povo, como questão do âmbito dessa mesma validade; e a teoria das funções do Estado reduz-se à das etapas da criação do Direito, compreendendo o problema da divisão dos poderes; e a teoria das formas estaduais será a dos métodos de produção jurídica; e assim por diante [23]. Numa harmonia que seduz o espírito, mas insatisfaz a alma, pois em tudo o que fica dito se deixam de fora, naturalmente, aquelas me-

ditações relativas aos domínios ético, político e socioeconómico, liminarmente excluídos, onde é uso encontrarmos o sal da terra em tema de Estado. A teoria pura não nos fala das profundezas do poder nem do «acesso ao poderoso»; nem dos fins do corpo político e dos temerosos meios; nem das ligações do Estado com a nação e com as classes sociais. E mais: tendo começado por atribuir-lhe o monopólio da violência (que se exprime na irresistível coacção), parece, afinal, acabar por subalternizá-la, quando se desinteressa pela dimensão material (sociológica) do Estado, que é onde as relações de força se enraízam e afinal se decidem. Parece uma grave falha que teríamos vindo a ladear.

Repare-se, porém, no seguinte e repare-se bem: normalmente, ou seja, enquanto não há ruptura da ordem estabelecida (que é ruptura da legitimidade), o temor ou o consenso mais ou menos extenso, activo e esclarecido dos cidadãos leva a que o pacífico acatamento das normas ou das sanções seja a regra; e a que a rebeldia (contra a qual seja deveras preciso desembainhar a força pública) constitua a excepção. Claro que o Direito é copiosamente «violado» todos os dias, como se vê pela simples leitura dos jornais, na rubrica da cidade, crimes e contravenções. Mas dizer que ele é violado é falar grosseiro, pois as sanções realizam (não repõem) o Direito...²¹ Certo se antolha, não obstante, que a força pública se mantém no horizonte de todo o sistema jurídico, o qual é sustentado, em última instância (prática), pela ameaça da violência dita estadual. Mas trata-se da força pública instituída, habitual, submissa às leis e que actua em detalhe contra delitos dispersos. Daí que Kelsen, *no plano jurídico-positivo a que se reporta*, possa operar sem mal (no duplo sentido da dificuldade e do defeito) a identificação do Estado e do Direito por anexação do primeiro ao segundo. Remete para outras sedes certos problemas capitais e elabora «uma ciência jurídica sem preocupações». No que é capaz de ter bastante razão.

Para auscultar essa razão, percorreremos agora alguns desses problemas à porta dos quais a «teoria pura» não bate.

3. DESENVOLVIMENTO

De todas as questões evacuadas, vamos levantar aqui três onde a pesquisa terá *a priori* o maior interesse, por serem questões directa e imediatamente ligadas à emergência e ao destino da ordem jurídico-estadual. São as questões das origens, do reconhecimento e da «transformação» revolucionária do Direito e do Estado.

a) *As origens da ordem jurídico-estadual.* Após tudo o que temos exposto, seria arriscado censurar Kelsen por não responder a uma pergunta que a teoria pura essencialmente exclui: a pergunta sobre a origem *histórica* do Direito e do Estado.

Em primeiro lugar, trata-se de uma questão de facto, que talvez nunca possa realmente aflorar em sede normativa.

²¹ A chamada *violação* não passa de condição para que se realize o Direito. A norma jurídica (válida) é, por sua própria natureza, inviolável. Uma eventual não aplicação da norma primária (isto é, cominadora da coacção) contém-se no conceito de dever ser que pode não ser. E uma inaplicação sistemática significará caducidade por desuso.

Em segundo lugar, parece legítimo elaborar-se a ciência de um existente tal como existe. E o que Kelsen pretende levar a cabo é isso mesmo, a saber: interpretar e sistematizar, de forma rigorosamente lógica, uma realidade *sui generis*, o direito que aí está. Ora dentro deste desígnio não cabem, porque metajurídicos, os problemas propriamente históricos, salvo, porventura, os da história interior das normas. Mas essa é relativa à metamorfose orgânica delas, e não às suas motivações económicas, sociais e políticas. Estas motivações ficarão entre parênteses, tal como o caso do nascimento, por decisivas que sejam e são. É da (e na) história que brotam as ordens jurídicas estaduais. Mas a fonte não é a água.

E o mesmo se diga do fundamento ou origem ética, bem como da legitimidade. É certo que o Direito pode ser considerado como realidade cultural, na medida em que realiza um enlace entre factos e valores. E, com efeito, é na base de uma prévia valoração das condutas que o legislador sanciona aqui, não acolá. As imputações jurídicas procedem de juízos de valor. Mas o legislador opera com os valores que são ou se tornam dominantes, que se impõem «de facto», no espaço social que pretende disciplinar. Toma frequentemente posição partidária e «subjectiva» nas querelas axiológicas. E a decisão legislativa impõem-se ao jurista, independentemente da sua maior ou menor valia intrínseca. A ciência jurídica nunca deveria, mesmo que pudesse, açambarcar funções que lhe não pertençam, como as da filosofia, as da moral e as da ciência ou arte política. Entre as quais questões figura a da justiça e também a da legitimidade: o jurista, enquanto tal, não lhes toca; e, quando toca, logo se arrisca a perder autonomia científica, arregimentado pelas ideologias em luta. Nem é por acaso que nos regimes totalitários, que tendem a abolir toda a distinção interdisciplinar, o Direito decai.

Em Kelsen, pelo contrário, a purificação científica é extrema. A norma jurídica *repousa* certamente sobre uma prévia valoração de condutas; e serve fins sociais: mas *consiste* tão-só no nexó entre os factos cuja hipotética realização prevê e a consequência que desses factos extrai. Realizado o previsto, cumpre-se o disposto. Nada mais. Neste preciso quadro, erro seria considerarmos a «norma fundamental hipotética», da qual ainda não tratei, mas vou agora tratar, como uma tentativa logicista falhada de resolver a questão da origem histórica ou da legitimidade política da ordem jurídico-estadual.

A «norma fundamental hipotética» não tenta resolver nenhum problema histórico nem ético. Resolve um problema lógico. Como já vimos, cada norma extrai consistência jurídica, validade, de uma conformidade com as que lhe são hierarquicamente superiores. Resumindo e simplificando: o acto jurídico individual (sentença, decisão administrativa, contrato) «descende» do regulamento, que descende da lei. E a juridicidade de uma lei ordinária deriva da constituição positiva. Esta constituição prevê um facto (por exemplo, certa deliberação votada de determinada forma por uma dada assembleia) e dispõe que esse facto, essa deliberação, obrigará a generalidade dos cidadãos. E assim por diante até à base da pirâmide. Mas pergunta-se: de onde virá o carácter jurídico da constituição positiva, norma que nenhuma outra norma prevê? De onde extrai ela a validade, onde está o seu fundamento jurídico?

A «norma fundamental hipotética» (que também é designada por Kelsen como *constituição* em sentido lógico-jurídico) vem apenas garantir a coesão de todo o sistema ao fundamentar logicamente a constituição juri-

dico-positiva. Ora fundamenta-a mesmo, e de maneira satisfatória, por muito que isso pese a alguns críticos, que navegam em pleno mal-entendido.

É necessário perceber que a «norma fundamental hipotética» está à entrada ou no limiar do Direito, que é também, por aparente paradoxo, uma das saídas da ciência jurídica. Senão vejamos, por partes:

- 1) A validade global (jurídica, não ética) do Direito que aí está (enquanto aí esteja) é uma evidência: ele aplica-se, ora a eficácia global implica validade; e, como esse Direito, é sempre o fruto de uma escalonada produção normativa, em que a validade de cada norma particular depende da sua conformidade com a(s) do degrau superior;
- 2) Assim, é *logicamente necessária* uma norma fundamental que fundamente a Constituição positiva que institua o primeiro legislador, seja ele o rei, um directório revolucionário, uma assembleia constituinte, etc.;
- 3) E não adianta acusar de logicismo esta dedução; pois que, designando esse «ismo» (de logicismo) um censurável excesso, tal excesso se não dá aqui; e não se dá porque, como também já vimos, o próprio ser do Direito (que é um dever-ser) consiste justamente nas lógicas operações de abstrair e imputar. Como temos estado a ver...²²

Dura lex sed lex é um aforismo velho que observa por outro prisma o rigor dessa lógica. A teoria pura despe as roupagens moralistas e jus-naturalistas, num tempo em que se quebram velhos encantos. E nem vale, enfim, arguir que por essa lógica se desemboca no supra-sumo da ficção, porque Kelsen confessa honestamente o que o Direito é. *E o Direito é o frágil, contestável e indispensável sistema de abstrações e de ficções que lá vai garantindo (entre baldões) a coesão social; a ordem de que precisa a aventura humana.* Não sei se ele estaria inteiramente de acordo com esta sua defesa, mas não é isso o que aqui mais importa.

Cumpré, sim, advertir que nada obsta, antes pelo contrário, a que se procure noutra sede uma resposta à questão das origens. É a própria «teoria pura» que nos convida a procurá-la fora do Direito. De regime para regime, a «norma fundamental» varia: o primeiro legislador por ela designado ora é um rei, ora um directório, uma assembleia, um partido, um ditador... Cada nova investidura corresponde a uma revolução, repropoñdo a infindável querela das legitimidades, que a filosofia política discute; e renovando radicalmente os mecanismos do poder, dos quais a sociologia se ocupa. Ao jurista basta verificar que, em virtude de uma qualquer dosagem da razão e do sentimento, do acordo dos interesses e do uso da força, está achado (ou foi politicamente imposto) um primeiro legislador.

²² Kelsen salienta que a norma hipotética não é de modo algum fruto da sua imaginação, antes se baseando em factos objectivamente verificáveis, tais como a vigência de uma constituição e das leis que nela entroncam. É uma hipótese necessária se quisermos considerar válida e obrigatória uma ordem coactiva; e constitui uma aplicação do princípio da eficácia, que desempenha um papel de primeira plana no mundo do Direito enquanto princípio normativo. Mas é preciso compreender do mesmo passo que a *Grundnorm*, que «não pode ser querida, mas tão-só pensada [...] não está contida na ordem jurídica positiva». É «pressuposta, e não posta». Constitui, diz o primeiro Kelsen, como que uma proposição lógico-transcendental [24].

Porque assim se garante a existência do Direito: de todo o Direito, e não só da constituição positiva. O poder político, diz-nos Kelsen, é o poder da lei, «a eficácia da ordem coactiva» [25].

Teremos de voltar a este assunto, *et pour cause*. De modo algum fica ele arrumado aqui. Mas já se vê que é ousado acusar de cegueira a «teoria pura». O que nela se dá é um voluntário e lúcido alhear-se do aquém e além-Direito. Não é culpa sua se depois a utilizaram para defesas de avestruz de um liberalismo à deriva.

b) *O reconhecimento da ordem jurídico-estadual* também não é problema cujas dimensões caibam, todas elas, na teoria jurídica. E levar-nos-á, por um curioso caminho, até assuntos da maior actualidade.

Se a ordem jurídica se caracteriza por ser coactiva, se é uma «ordem de constrangimento», dir-se-á então, à primeira vista, que existe Direito (e pois Estado) sempre que toparmos com uma ordem assim. Será pois jurídico o sistema das regras coactivas de uma quadrilha — e esta um mini-Estado, de oscilante território e variável alçada. Mas será mesmo?

A coacção caracteriza necessariamente, mas não suficientemente, o Direito. Teremos de lhe notar outros traços: a soberania, que é «o exclusivo da validade de um sistema normativo» [26]; e ainda, mormente, a eficácia e a estabilidade²³ do conjunto das normas jurídico-estaduais. Estas normas são normalmente acatadas. A conduta dos súbditos conforma-se-lhes — e nisso consiste a eficácia delas. Estamos a contemplar *factos* ao falarmos na eficácia das normas, inconfundível com a actividade delas. A validade é normativa (em sendo A, *deve* ser B), nada tem de factual. E, no entanto, diz-nos Kelsen, a eficácia é condição (um *se*, não um *porque*) da validade. O dever ser das normas pressupõe a constante possibilidade de elas não serem acatadas: o dever ser, por definição, é o que pode não ser; se fatalmente tivesse de ser, não deveria. Mas este é um falar avulso, que toma o Direito norma a norma. Nada do que acabámos de dizer nos tolhe a compreensão de que um sistema normativo habitual e sistematicamente desrespeitado é um Direito inexistente ou que está a caducar. A eficácia qualifica, antes do mais, o conjunto da ordem jurídico-estadual. E, como só é possível julgar da eficácia das normas se o conteúdo delas não variar de momento a momento, segue-se que, além da eficácia, o sistema jurídico tem de ser assaz estável para existir. Eis uma coisa, de resto, que a própria palavra *ordem* desde logo sugere: uma ordem que se altere dia sim, dia não, não passa de uma desordem.

Tudo isto chega para eliminarmos as vulgares quadrilhas do nosso horizonte. Que dizer, porém, de uma Mafia solidamente organizada e profundamente enraizada (e até instalada em múltiplos órgãos do «poder legítimo», cuja actividade em seu proveito confisca), Maffia essa que, ano após ano, e mesmo geração após geração, controla a vida social de uma vasta zona? E que dizer sobretudo de um movimento guerrilheiro bem implantado em determinado território, onde assegura uma administração, controla uma economia, mantém certos serviços sociais, etc.? Ou seja ainda, formulando a questão em termos mais gerais: como reconhecer em tempo de crise — é então que o problema se torna deveras interes-

²³ Mencione-se ainda que a ordem jurídica tem de fazer sentido. A garantia do sentido (*meaningfulness* na tradução inglesa: cf. *Natural Law Doctrine and Legal Positivism*) integra inclusivamente o conteúdo da norma fundamental hipotética, a qual, portanto, se não limita a designar o primeiro legislador [26].

sante — a presença do Direito e do Estado? Como escolher, em havendo concurso de estruturas? Com Fidel Castro já instalado em Havana, somos facilmente tentados a concluir, retrospectivamente, que as «leis» da Sierra Maestra cedo constituíram verdadeiras normas jurídicas. E, aliás, ladeia-se a questão (que não era só da Sierra, mas sim de Cuba) sempre que entre rebeldes e governamentais se tenha dado uma estável partilha territorial. Mas um Douglas Bravo, que talvez nunca venha a entrar em Caracas, deambula e campeia em certas regiões há anos e anos. No interior de uma vasta área, está hoje aqui e amanhã acolá. Naturalmente, o problema prático não se põe acima de um certo nível de instabilidade. Mas a partir de quando, ao certo, é que devemos chamar Estado a uma «zona libertada»? Num país estremecido pela revolução ou pela guerra civil, a partir de que momento exacto passa o polícia a fazer figura de insurrecto? Quando é que a ordem velha se desagrega e desaparece? A partir de quando devemos dizer que já existe uma ordem nova?

Pense-se o que se pensar de um reconhecimento pela comunidade internacional nos termos do homónimo Direito²⁴ — cuja eficácia (e portanto cuja validade) é duvidosa —, a verdade é que, se nos lembrarmos de muita coisa que atrás ficou dita, logo veremos que a teoria jurídica não tem lá muito que se interessar pelo caso. Limita-se a fornecer o critério geral do reconhecimento, ao definir o que seja a ordem jurídico-estadual. E deixa à política a grave questão do momento exacto em que devemos reconhecer um novo Estado, ou deixar de reconhecer o antigo — o que frequentemente equivale a favorecer o parto ou a abreviar a morte. Reconhece-se então urgentemente esse novo Estado para que seja, e não porque já é. Aconteceu isso há pouco tempo, quando o PAIGC proclamou a independência da Guiné-Bissau.

Em plena convulsão, é claro que não há Direito nem Estado. E em plena pacatez também não há dúvida nenhuma sobre a respectiva existência. Nas transições é que a questão se põe. Mas põe-se no terreno político. Tendo fornecido o critério geral do reconhecimento, a teoria jurídica aguardará paulatinamente que a desagregação se confirme ou a construção se afirme. Ou seja: aguarda que o seu objecto «já aí esteja», de contornos suficientemente nítidos, para sobre ele se debruçar. É verdade que o jurista também costuma participar — e muito — na criação do objecto, na construção da ordem jurídico-estadual. Mas fá-lo-á enquanto *técnico* de leis, ou como *homem político*, ou colaborador de quem governa, e nunca propriamente como cultor da ciência do Direito.

Em matéria de reconhecimento, também é possível jogar habilmente com a impavidez da «teoria pura», transpor a sua tranquila expectativa para o terreno político a favor de um «constitucionalismo» conservador. Ou (inversamente) servirmo-nos do critério geral de reconhecimento atrás formulado para favorecer, mediante uma interpretação elástica, soluções politicamente avançadas. Mas nada disso a qualifica nem afecta. É uma ciência nem fria nem quente, como o anjo da igreja de Laodiceia.

c) A *transformação revolucionária da ordem jurídico-estadual* não é uma transformação como as demais. Nem é propriamente uma transfor-

²⁴ Kelsen explica que o critério do reconhecimento é o seguinte: «Se A manda e B obedece a maioria das vezes, [então] A *deve* mandar e B *deve* obedecer *sempre*.» Requer-se pois certa continuidade no efectivo poder, uma «eficácia duradoira». Parece ter sido este o caso, referido por Kelsen, dos velhos piratas barbarescos de Argel e Tunes, que de resto ninguém «reconhecia» [26a].

mação do Direito e do Estado existentes. Passa por uma morte. Já sabemos que a «norma fundamental hipotética» (ou constituição em sentido jurídico-formal) é a que designa o «primeiro legislador», o órgão criador do positivo Direito. Implica, portanto, uma opção em matéria de legitimidade, validando todo o sistema jurídico por ela engendrado nos diversos escalões da pirâmide normativa. Pode haver reforma da constituição positiva, mas nunca da norma fundamental «que não é criada por um processo legal». Quando esta norma muda, dá-se «uma anulação da ordem jurídica que ela sustentava e a sua substituição por outra nova» — e é isto o que sucede no caso da revolução [27].

Como atrás se disse, a «teoria pura» não analisa os períodos de ruptura da ordem jurídica, que são (vistos pelo outro lado) os períodos de gestação da que lhe há-de suceder. Apenas constata uma vacância: sabe que, atingido um certo limite, a agitação revolucionária suspende ou destrói o objecto da ciência jurídica. E porquê? Porque essa ordem, globalmente considerada, perdeu o seu ponto de apoio, porque deixou de ser estável e eficaz. Se os revolucionários acabam por ser vencidos, a suspensão termina, a velha autoridade estabelecida retoma o seu curso ²⁵. Se os revolucionários triunfam, «a velha ordem cessa e a nova ordem começa a ser eficaz» [28]. Começa a ... Mas também já sabemos que a «teoria pura» desdenha (e não seria capaz de) definir um critério rigoroso para acharmos o exacto momento em que «o processo» de criação jurídico-estadual (nem o da destruição) se deve considerar consumado. É assunto para oficiais de outros officios.

O advento — e depois a consolidação — da nova ordem demorará mais ou menos tempo. Pode suceder que os revolucionários a desenhem com grande nitidez desde as primeiras horas. Pode suceder que o programa da primeira proclamação venha a ser cumprido à risca. Mas, enquanto a revolução dura, enquanto não triunfa e não se instala, as suas normas e instituições são de uma eficácia duvidosa e de uma instabilidade evidente. Ainda não há novo Direito e Estado. Ao falarem, como tanto costumam falar, em construir este último, os revolucionários atestam justamente a sua inexistência. Não se faz o já feito. E, ao clamarem por uma «legalidade revolucionária», uma das duas palavras está sempre a mais: porque ou se referem a uma exigência de justiça em movimento, que nenhuma lei vigente consagra, ou prometem deveras criar novas regras; mas, quando estas se acharem estabelecidas, a revolução acabou.

Não têm os revolucionários nenhum interesse em negar nada disto, fora da episódica propaganda, à qual por vezes convém beneficiar da «sacralidade» do domínio jurídico-estadual (se não da sua mera «respeitabilidade»), por aí começando, de resto, a trilhar caminhos conservadores. E, de facto, os revolucionários costumam tratar o Direito e o Estado sem grandes complexos. Nunca lhes votam um verdadeiro culto senão quando justamente a revolução esfria (e eles também), ou quando querem que ela tacticamente se acalme. Eis uma simples constatação de facto, que não implica em si mesma nenhuma adesão (nem repulsa) ideológica ou sentimental a teses de revolução continuada ou de revolução permanente. Talvez fosse necessário introduzir aqui algumas distinções: o caso dos re-

²⁵ Terminologia nada rigorosa esta nossa. No fundo, também neste caso se dá criação de Direito novo, só que de conteúdo idêntico ou semelhante ao anterior. A «teoria pura» não reconhece restaurações.

volucionários de 1789 (e mesmo os do ano II) parecerá duvidoso, porque eles se conceberam como legisladores romanos... Mas nenhuma dúvida tem lugar quanto às grandes revoluções ideológicas contemporâneas, anti-institucionais, levadas a cabo em nome da luta de classes ou da luta de raças, em constante «processo» superador; e que nunca aconteceram, repare-se, em países anglo-saxões nem latinos de grande tradição jurídica ²⁶. Viria a propósito analisar deste ponto de vista o legalismo da revolução portuguesa posterior ao «25 de Abril»...

Seja como for, o poder revolucionário sempre levará o seu tempo até completar a demolição das estruturas antigas e continuará assim, num certo sentido, a merecer (enquanto continuar demolindo) que lhe chamem revolucionário; mesmo quando seja por outro lado claro que já se instalou. Mas, ao instalar-se, passa a actuar cada vez mais pausada e regradamente — e autoconservando-se. Quando então proclama que «a revolução continua» ou que «o processo não pára», apenas quer dizer, em verdade verdadinha, que o novo Estado evolui, cumprindo e traindo mais ou menos as promessas do primitivo movimento revolucionário.

Cumprе salientar um ponto «impopular», a saber: todas as chamadas *reformas de estrutura* (económicas, sociais e políticas) levadas a cabo pela revolução são essencialmente «post-revolucionárias», por mais profundas que se julguem e efectivamente sejam. Mesmo as que são decididas a quente, em pleno furor e fervor insurreccionais, têm depois de cristalizar para deveras serem, para podermos dizer que governam a conduta dos cidadãos de modo estável e eficaz, ou seja: *juridicamente*. O que só pode suceder, por força, quando simultaneamente amainarem o ímpeto subversivo e os manejos reaccionários. O *ancien régime* feudal terá, em princípio, acabado na noite de 4 de Agosto de 1789, por um voto da Assembleia Nacional Francesa. E esse voto não foi nada pio. Mas cabe perguntar o que teria sucedido sem a série de *jacqueries* subsequentes e muitas outras lutas que ainda estavam para vir. As quais, impondo e confirmando na generalidade aquele voto, lhe completaram e em parte modificaram o sentido. Conquistaram o que teria sido uma concessão, coisa sempre notável e cheia de consequências, a começar pelo acréscimo do carácter revolucionário da reforma. Mas só com autoritarismo napoleónico e com o Código Civil o novo sistema fundiário se estabilizou e irreversivelmente se definiu. *O Direito encerra a revolução ao consagrar-lhe as conquistas*.

Não há Direito nem Estado em plena revolução. Contra esta ideia costuma notar-se que, mesmo durante as fases mais agudas do processo revolucionário, muitos ramos do Direito se mantêm em vigor, continuando os cidadãos a regular como dantes muitíssimas relações. Mas, enquanto durar a crise de autoridade, o sistema normativo acha-se globalmente desprovido da eficácia e da estabilidade que caracterizam o universo jurídico. E o que os cidadãos continuem a fazer como sempre fizeram deve-se então à convicção moral, ou ao hábito, ou ao temor da *vendetta*, ou a outro mo-

²⁶ A Alemanha também é terra de juristas. Mas a doutrina alemã é muito ambígua, percorrida desde a recepção do Direito romano (século XVI) por correntes antiformalistas de fundo bárbaro, tendencialmente antijurídico. E, de resto, Hitler nunca anunciou que ia acabar com o Direito. Prometia era repô-lo segundo a mais antiga concepção germânica... Se mesmo um homem como Engels já tinha criticado o formalismo romanista e elogiado as primitivas instituições germânicas em termos análogos [29], é de supor que a promessa hitleriana bateu numa tecla extremamente sensível do sentimento nacional.

tivo qualquer — e não à validade de um Direito caduco ou suspenso. Mesmo quando, mais tarde, a nova ordem jurídica mantenha inalterado o conteúdo desses ramos do Direito (e nunca será uma revolução tão radical que desde logo os transforme a todos de fio a pavio), deve entender-se que o que houve foi uma recepção dos antigos conteúdos como forma abreviada de criar novas leis, cujo título de validade é porém diverso e que, portanto, devemos considerar verdadeiramente outras... Ou digamos que se deu uma como que «recepção» de Direito «estrangeiro» [30].

A contraprova de que em plena revolução não há propriamente Direito é-nos fornecida pela consideração da maioria dos processos penais ditos revolucionários, em que raramente se aplica correctamente um autêntico Direito substantivo e processual. A justificação desses processos é ideológica (boa ou má), invocando a vontade e o sentimento populares, uma mais alta justiça ou a lei natural variadamente entendida. E os próprios juízes não são muitas vezes verdadeiros juízes, ou não actuam como tais.

Esses processos desempenham uma função sociopolítica de primeira plana no ritual das revoluções e é portanto natural que os respectivos juízes não sejam os magistrados normais. Mas, para falar rigorosamente, teremos de conceder, afinal, que de magistrados se não trata, e sim de sacerdotes, sem que nenhum *a priori* pejorativo vá implicado na denominação. Com efeito, não é só das coisas mínimas, mas também das coisas máximas que «o pretor se não ocupa». Eis o que Robespierre admiravelmente explicou na Convenção, ao afirmar que se não tratava de julgar Luís, mas sim de matar o rei: *il n'y pas de droit à faire, mais une mesure de salut public à éditer*. Cito de memória. A revolução é vingança e promessa numa grande conjuntura sacrificial. E a justiça de que se reclama não é Direito positivo, por muito que possa vir a fundá-lo e sobrelevá-lo. O Direito positivo não contempla a revolução senão para tentar evitá-la — e está certo. A revolução, em troca, ultrapassa-o — e oxalá tanto melhor. Não vale a pena tentarmos ocultar um trágico afrontamento mediante pequenas artimanhas. Não há criação sem destruição e sem dor.

Nas páginas que precedem, o acento tónico foi posto na impossibilidade do Direito enquanto a revolução dura, ficando o problema do Estado numa relativa penumbra. Na medida, porém, em que previamente se estabeleceu nestas páginas a existência de uma estreita conexão entre ambos (temos falado em «ordem jurídico-estadual»), julgar-se-á que a lacuna é irrelevante; ou até que lacuna de todo não há, caso se conceba a referida conexão, como Kelsen queria (como identidade), no quadro aliás de uma redução do Estado ao Direito. Qualquer que seja a *nuance*, é claro que onde falte o Direito não pode comparecer o Estado. Porque não ficar por aqui, dando-nos já por satisfeitos?

Fariamos, contudo, mal se ficássemos, embora sem ser propriamente um erro. A perspectiva que aqui se desenha anda longe do vocabulário enraizado e das concepções dominantes. Se a não desenvolvêssemos, deixaríamos demasiada estranheza no ar. Estaríamos falhando no plano da eficácia expositiva. E mais: do ponto de vista do aprofundamento da nossa própria reflexão, estaríamos a perder a oportunidade de descobrir uma boa pista que nos oriente na opção entre anexar o Estado *sic et simpliciter* ao domínio jurídico; ou conceber uma unidade dialéctica do jurídico e do estadual, que nos permitiria, entre outras coisas, articular satisfatoriamente a ordem normativa com a «história real».

4. PASSAGEM

Por ora ainda não saímos da «teoria pura». Esta teoria, contudo, que, no seu melhor entendimento, representa um esforço (revolucionário) de purificação anti-ideológica, já nos trouxe generosamente até à porta, convidando-nos a sair para o ar livre. Não substitui a filosofia, a sociologia, a ciência política. E também não funciona em termos de técnica jurídica, não sendo portanto avaliável no terreno desta, ao contrário do que certa crítica julga. Mas, ao constituir-se como rigorosa ciência do Direito, contribui notavelmente para a adequada definição e tratamento dos domínios que exclui. Obriga-nos à clareza do pensamento e ao esforço de pensar, antídoto contra as mixórdias teóricas habituais. E não só teóricas...

Vou sobretudo extrair de Kelsen, mas fugindo a uma redução verdadeira e própria do Estado ao Direito (que é o seu calcanhar de Aquiles), uma definição provisória da ordem jurídico-estadual. A benefício de inventário, chamarei *Direito* ao sistema globalmente estável e eficaz das normas coactivas; e reservarei a palavra *Estado* para o sistema dos *entes* juridicamente instituídos (instituições) cujos órgãos e agentes, em sentido material, tanto conotam a sua noção vulgar.

Admita-se (até ver) que estamos perante uma unidade indissociável. O Direito e o Estado formam uma como que «santíssima parelha» em que não há pai nem filho. Não é o Direito que engendra o Estado nem este que faz aquele. Há «igualdade» entre ambos e é uma igualdade sem mistério *se, por hipótese, brotam os dois de um Espírito Santo, «primum movens», mas humaníssimo, que é o poder político; o poder político que através deles se afirma e pauta, mas que neles se não esgota e lhes é anterior.* No qual se banham e que neles entra e sai, como uma maré.

Ora é justamente em termos de poder político (e não especificamente de Direito ou de Estado) que se põem as questões deixadas em aberto por Kelsen: a das origens, a da legitimidade, a do reconhecimento e a da revolução. É também em termos de poder político que cabalmente se resolverá a *vexata questio* das pretensas funções não jurídicas do Estado: a intervenção socioeconómica do *welfare state*, a chamada *função governativa*, a ideológica. E, enfim, só tendo em conta a dinâmica própria do poder político se recortará, no Estado *lato sensu* (que compreende todas as pessoas jurídicas colectivas ou individuais) ²⁷, o aparelho de Estado em *stricto sensu* como sistema do poder, o *dominus*, senhor soberano. Mas chegámos a outro capítulo.

III

ESTADO E PODER POLÍTICO

1. INTRODUÇÃO

A crítica das ideias de Kelsen tinha dois caminhos à escolha. O primeiro, efectivamente percorrido, representou uma retirada conservadora,

²⁷ O Estado será, pois — e por definição —, juridicamente totalitário, se abrange (é) todas as pessoas individuais e colectivas; e se tudo nelas é dele (nele). Mas as pessoas jurídicas é que, por sua vez, só abrangem uma parte das condutas humanas. Este totalitarismo jurídico nada tem a ver, como é óbvio, com o seu temível homónimo político.

por vezes hábil, para velhos bosques filosóficos e morais; retirada essa bem protegida por argumentos técnico-jurídicos, de conveniência prática e ordinário bom senso. Jogou-se aí com a ressonância afectiva das questões metajurídicas desmistificadas ou evacuadas pela «teoria pura»; invocaram-se oportunas contradições irreparáveis entre o kantismo de Kelsen e o de Kant ou os «defeitos» deste último; e brandiram-se dados brutos da realidade imediata, aparentemente irretorquíveis: pois não se mete pelos olhos dentro que o Estado invade dia a dia novos domínios, menos do que nunca se confinando nas suas funções jurídicas? Como chamar-lhe norma? É este um dos argumentos de Marcello Caetano [31]. E dir-se-ia, assim, que só um formalismo aberrante e um obsessivo logicismo explicarão que alguém persevere ainda numa linha que o próprio Kelsen parece ter sido forçado a (parcialmente) enjeitar. A crítica conservadora ostenta cambiantes diversos, por vezes vermelhos. Já sugeri na passada os vícios metodológicos de que enferma e não vou agora insistir neles.

Outro será o caminho de uma crítica revolucionária, cujo propósito não consista na mera refutação. E que, pelo contrário, tente assumir, prolongar e (relativamente) superar o discurso de Kelsen. Nesta direcção, um recontro com temas marxistas, rijo e mutuamente fecundo, afigura-se inevitável. Mas, que eu saiba, ainda se não deu. O marxismo só há pouco voltou a interessar-se pela análise da «instância política». Em procissão que vai no adro e como quem teme o sol, limita-se o mais das vezes a arejar velhos dogmas, que continuam a predeterminar-lhe a reflexão. Nesta conformidade, gosta de aproveitar comodamente a ideia de que o Estado é uma ordem coactiva: chamando classista à coacção, interpreta-a grosseiramente e logo se dispensa de aprofundar o que deveras a ordem seja, quer no espaço normativo ideal, quer na relação concreta com os interesses sociais tutelados²⁸. *Et pour cause*. Como em breve se verá, a «superação» de Kelsen cria sérios embaraços à *vulgata* marxista no próprio momento de levar a teoria pura ao encontro da história.

Muito curioso é que os mais sérios elementos de «ultrapassagem» da escola de Viena tenham aparecido pela extrema direita, na órbita do nazismo. Weimar caiu sob o fogo cruzado, político e ideológico, da extrema direita e da extrema esquerda. Mas os argumentos filosóficos e jurídicos desta última não iam longe. Navegava então em pleno esquematismo leninista, já agravado por Estaline e do qual, cinquenta anos volvidos, ainda não acabou de sair. Já o nazismo, que, a seu modo, foi revolucionário e internacionalista, mas se serviu de impulsos nacionalistas tradicionais; que se constituía em casta de senhores, mas a coberto de um fraseado socialista; e que combinava exclusivamente o mais esquizofrénico idealismo com grande senso prático e talento técnico — já o nazismo, dizia, favorecido por uma conjuntura cultural de outra riqueza, nos serviu pratos teóricos de apimentado sabor. Acresce que a Alemanha era um país de juristas, ao passo que a grande tradição russa, predominante no comunismo desses anos, ignora, quando não hostiliza, o Direito. Não houve advocacia organizada na Rússia até ao século XIX...

Vou considerar nestas páginas o pensamento jurídico-político de Carl Schmitt. Não na sua complexa totalidade, mas, basicamente, enquanto

²⁸ Assim, entre nós, Piteira Santos, polemizando com Sottomayor Cardia e num intuito de manutenção ortodoxa, mais significativo por vir de um «herético» («Do Estado neutro», in *Seara Nova*, n.º 1538, Dezembro de 1973).

oposto ao de Kelsen e na medida em que estimula o meu próprio pensar; tal como no capítulo anterior, não se trata, portanto de uma exposição meticulosa nem meticulosamente fiel.

Carl Schmitt foi o mais importante e original dos juristas que com Hitler colaboraram. Ocupou no regime uma posição, por assim dizer, centralista, caracterizada por um «maquiavélico» empirismo, entre uma direita fascizante (onde encontramos Koellreuter, discípulo do «corporativista» Gierke, a par de hegelianos de estrita observância, como K. Larenz e J. Binder) e uma linha extremista compreendendo a «nova dogmática» (Reinhardt Höehn, Franz Jerusalém) e outros doutores S. S., como Werner Best e Gottfried Neesse. Esta distribuição não é rigorosa. Para situar Schmitt entre os flancos recorrerei quase exclusivamente a comparações com Koellreuter e R. Höehn. Falta, infelizmente, espaço para caracterizar adequadamente as várias escolas nazis. Mas irei fornecendo, sempre que a talhe de foice, algumas indicações.

A bibliografia essencial deste capítulo compõe-se:

a) Em primeiro lugar, de obras do próprio C. Schmitt. Tive entre mãos: *Acerca das Três Modalidades do Pensamento Jurídico (Über die Drei Arten...*, trad. port. de A. J. Brandão, *Boletim do Ministério da Justiça*, 1954, n.ºs 27/28); *Légalité et Légitimité (Legalität und Legitimität*, trad. franc., Paris, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1936); *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre*, trad. esp., Madrid, Ed. Rev. Derecho Privado, 1934); *La Defensa de la Constitución (Hütter der Verfassung*, trad. esp., Barcelona, Labor S. A., 1931); *Romantisme Politique (Politische Romantik*, trad. franc., Paris, Librairie Valois, 1928); os *Diálogos* (trad. esp., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962), e ainda, *last but not least*, o *Begriff des Politischen*, na tradução francesa (sob o título de *Considérations Politiques*, Paris, Librairie du Droit et de la Jurisprudence, 1942), que comporta, em anexo, o escrito de 1929 *Aux Confins de la Politique ou l'Âge de la Neutralité (Das Zeitalter des Neutralisierung und Entpolitisierung)*; mas utilizei igualmente velhas notas pessoais de uma tradução espanhola, melhor intitulada (*El Concepto de lo Político*) e talvez levada a cabo a partir de uma diferente edição alemã.

Referências em segunda mão são feitas a *Povo, Movimento, Estado (Volk, Bewegung, Staat)*, bem como a *Situação Histórica e Espiritual do Parlamentarismo Contemporâneo (Geistgeschichtliche Lage der heutigen Parlamentarismus)*.

b) Francesco Olgiati («La teoria del Diritto del nazional-socialismo», in *Il concetto di giuridicità nella moderna scienza del Diritto*, Milão, ed. Vita e Pensiero, 1950) e Roger Bonnard (*Le Droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, Paris, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1936) foram as principais fontes de informação acerca da restante doutrina jurídica nazi. Mas não deve esquecer-se Karl Larenz (*La Filosofia Contemporânea del Derecho y del Estado*, já atrás citado), bem como — em matéria de Direito penal — Jacques Donnedieu de Vabres (*La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, Sirey, 1938) e ainda — em matéria político-constitucional — Gueydan de Roussel («L'évolution du pouvoir exécutif en Allemagne, 1919-34», in *Revue du Droit Public*, 1935, pp. 393 e segs.) e Walther Jellinek («Le Droit Public en Allemagne en 1934», *ibid.*, pp. 346 e segs.).

c) Quanto à compreensão global do nazismo, devo salientar a influência de três autores: Hannah Arendt (*The Origins of Totalitarianism*; trad.

ital., *Le origini del totalitarismo*, Milão, Ed. Comunità, 1967), Franz Neumann (*Behemoth, the Structure and Practice of National-Socialism*, Nova Iorque, Harper and Row, 1963) e Ernest Nolte (*Der fachismus in seiner epoch*; trad. ital., *Itre Volti del Fascismo*, Milão, Ed. Sugar, 1969).

2. NORMAS E DECISÕES

Contrariamente ao que acaba por fazer Carl Schmitt, é perfeitamente possível levar a cabo a crítica do normativismo à revelia de concepções metafísicas e transcendências axiológicas cientificamente infundáveis. E sobretudo sem recorrermos a uma perturbada concepção do Direito (do dever-ser) como expressão de uma «magnitude do ser» [32], na linha do romântico *Volksgeist*²⁹. Ao espírito do povo sempre se infligiram infinitos tratos de polé, como pau para toda a colher em que facilmente se torna.

Noutra das suas veias, C. Schmitt define o Direito como «estrutura do facto social». Como bem viu um tradutor espanhol, a «crítica schmittiana do Estado burguês de Direito [...] deve, sem dúvida, a sua base e posição fundamental ao pensamento marxista» [33]. Talvez nem tanto ao mar. Mas é verdade que há um Carl Schmitt apontado a pôr a nu o fundamento e a função por assim dizer «materiais» das normas jurídicas, como expressão de relações de força entre grupos humanos. Vejamos como.

Como aparecem as puras normas de que é feita a pirâmide de Kelsen? Não vindo de Deus, têm de vir dos homens. Primeiro daqueles homens que, pela legitimidade estabelecida (designados pela norma fundamental), integrem o primeiro legislador; e depois dos que, degrau a degrau, servem de suporte aos outros órgãos criadores do Direito. Mas, como a «teoria pura» não pergunta por valores que em absoluto se imponham — que obriguem a legislar assim, e não assado —, é claro que as puras normas só podem exprimir (e encobrir) puras decisões, ligadas, como é notório, aos impuros interesses. O normativismo é um decisionismo por assumir. E da pior, mais fria e positiva espécie, indiferente à bondade, à justiça, à própria rectidão do Direito — que outra coisa não é considerar justo, por definição, todo o legal. Eis o que fazem os positivistas, no termo, aliás, de um complexo processo de secularização, onde nos sobra um eco de discussões antiquíssimas. Já a escolástica, e antes dela Tertuliano, perguntara se Deus quer o que é bom ou se é bom o que Deus quer. E Soto, tentando escapar à dificuldade, definiu a lei como *ordinatio et mandatum rationis*, ou seja, como razão poderosa, emanção de uma ordem universal. Depois, a predestinação protestante veio acentuar o momento voluntarista nos divinos decretos: o Deus de Calvino é *legibus solutus, sibi ipsa lege, summa magestas*. Estava à porta a soberania do Estado moderno, que, no fundo, é incondicionada. Os liberais bem procuraram limitá-la pelo Direito, mas eis um voto pio. As decisões legislativas do liberalismo brotam de um vazio axiológico. E o positivismo, ao procurar fundamentar-se, não acha nada

²⁹ Cumpre, no entanto, observar, a bem do rigor, que as relações de Schmitt com a escola histórica não são simples. Ele é, a vários títulos, um anti-romântico. Mas homens como Savigny também se afiguram ambíguos: concebiam o Direito como pura criação do *Volksgeist* germânico, mas elogiaram a recepção do Direito romano, facilitando afinal o advento da codificação...

melhor do que a «força normativa dos factos» (Jellinek), as valorações da classe dominante (Bierling) ou a norma fundamental hipotética (Kelsen). Qualquer destas formas abre caminho à prepotência do legislador positivo, quer a legislação se deva a um poder concentrado, quer resulte de transacções sem princípios, as democráticas partilhas. Em vão o liberal se defenderá elogiando a livre concorrência como valor laico e valor neutro. Não é tal: repousa, como os demais, num *a priori* axiológico, numa subjectiva preferência. E não resiste à prova dos factos: da livre concorrência emergem os monopólios económicos e políticos que a desfiguram. Os mais puros normativistas aceitam assim, à partida, embora não gostem de o confessar, que *auctoritas non veritas fecit legem*. E a positividade que no Direito enaltecem consiste numa combinação entre a abstracção das normas gerais e a opressiva indiferença de decisões eticamente infundadas. Com o que até se perdem as virtudes de um decisionismo assumido, que em certas circunstâncias pode expandir-se em «criadoras ditaduras»³⁰.

No Estado liberal, a lei afirma-se como suprema fonte (em princípio a única autónoma) e combate o melhor Direito consuetudinário. Mas a actividade legislativa já não é, como dantes era, relativamente rara e pausada; descambou num afogadilho de decretos que são a «lei motorizada», veículo de intervenções estaduais constantes. É um tempo de crise o nosso, o pior de todos para o normativismo: «este modo de pensar [...] numa situação estável mostra-se plausível [...] é então] viável a abstracção que opera de todos os pontos de vista metajurídicos.» [34] Mas hoje «não passa de um engano [...] sem a confiança o Estado legislador não é mais do que um complicado absolutismo». Nas mãos de sucessivas, mudadiças maiorias... Cada nova maioria «deixa de ser um partido para ser o Estado [...] cria a lei e aplica-a ela própria» [35]. E a detenção do poder, ao conferir uma superioridade política, desfaz a presumida igualdade concorrencial...

Mas tudo isto se revela afinal muito frágil. As crises sucedem-se. Enfim, periódica e invariavelmente, o Estado liberal reencontra a contragosto o princípio monárquico. Sucede-lhe isso nas horas de grande apuro nacional: recorre então a protectores e defensores paternalistas, frequentemente fardados e dotados de poderes excepcionais. Não admira: as grandes nações modernas foram obra de reis... E os presidentes representam o princípio monárquico nas constituições republicanas. Proclamam elas que a soberania é do povo. Mas C. Schmitt não reconhece o valor dessa ficção, à qual responde algures: «soberano é quem decidir do estado de sítio.»

Mas adiante. Uma assembleia vota (e depois o governo regulamenta) a lei que a todos obriga. Mas, para se votar, tal como ao regulamentar, discute-se — quando não se batalha. E, se formos examinar as discussões, depara-se-nos substancialmente um afrontamento de interesses. Para que a lei nasça e visite Hans Kelsen, necessário se torna, a páginas tantas, optar, promovendo total ou parcialmente certa(s) posição(ões) em detrimento de outra(s), satisfazendo ou não este ou aquele interesse. É pois a decisão que faz o Direito, imposta por um poder, no quadro da luta política em que os mais fortes prevalecem. Como diz Schmitt, «não se pode hoje deter-

³⁰ Agora, pelo contrário, «os fautores da *lex* subjugam o *rex* [...] não é geralmente outro o objectivo político do jogo concreto que leva os normativistas a contraporem a *lex* ao *rex*» [34]. Schmitt tem aqui em mente, não só o constitucionalismo monárquico, como o republicano antiautoritário. Ao escrever assim, queria reforçar a mão de Hindenburg, o primeiro *rex* que lhe passou à mão de semear.

minar a política a partir do Estado, é preciso determinar o Estado a partir da política» [36]. A decisão da qual brota a lei (veremos que é uma maneira de dizer) corresponderá à resultante ou diagonal das forças em presença, como vem na física. Mas esta analogia não pertence a C. Schmitt: remonta a R. von Ihering, teórico da «luta pelo Direito», tendo sido depois trabalhada pela escola da «jurisprudência dos interesses».

O mecanismo «decisionista» reencontra-se a todos os níveis da pirâmide normativa. Mesmo deixando de parte as margens mais ostensivamente discricionárias da actividade governativa, administrativa e judicial, verificamos que a presença do elemento decisionista é constante, tanto na criação como na aplicação das normas jurídicas. E não só nos graus superiores. Ao sentenciar, por exemplo, raramente o juiz se limita à dedução silogística: a interpretação é acto cheio de incerteza, uma incerteza que a autoridade desfaz como quem corta um nó górdio. E nos contratos, que são lei das partes, bem como nos estatutos de uma qualquer associação, raramente se acham os cristalinos entendimentos e as amoráveis igualdades que o direito pressupõe. Há conflito e desequilíbrio por toda a parte, variamente superados, assumidos ou disfarçados.

A sacra «pirâmide» normativa de Kelsen abre-se, quando atentamente nos aproximamos dela, revelando uma outra de decisões profanas, analogamente hierárquica. No topo, a constituição. Vale a pena determo-nos sobre a teoria da constituição de Carl Schmitt.

Carl Schmitt distingue cuidadosamente entre várias acepções da palavra *constituição*. Apenas tomarei aqui as principais, no que interessem para o confronto com a «teoria pura». Deixo de parte, por exemplo, a «constituição ideal», objecto de um conceito puramente ideológico: é a única que cada partido reconhece como verdadeira, o objecto dos seus amores [37]. E também não considero aqui todos os conceitos absolutos, bastando-me o primeiro e principal: constituição em sentido absoluto «é a concreta situação de conjunto (ou maneira de ser) da unidade política» [38] ³¹. Neste sentido, um dado país não *tem*, antes *é*, a sua constituição: acepção decisiva esta, ordinalista e antinormativa, sobre a qual tudo o mais repousará. A unidade política, a que outros chamam Estado, tem a sua razão de ser em si mesma. Não deriva de nenhuma norma. «O que existe como magnitude política ³² é juridicamente digno de existir [...] pretende, antes de mais nada [...] perseverar em seu ser [...] defende a sua existência, segurança e *constituição*.» [40] Neste sentido, constituição é como se diz de uma pessoa bem ou mal constituída, só que neste caso é um povo. Eis o conceito básico, na sequência do qual virá a «*constituição positiva*», decisão do poder constituinte que determina «a forma e o modo (actuais) da unidade política, cuja existência, porém, lhes é anterior» [41]. Fruto de um acto soberano, sem dúvida, mas que não cria o corpo político, a constituição positiva de Schmitt é intangível no sentido de não admitir revisão nem suspensão. Porquê? Porque determina a forma essencial do corpo político, indissociável da legitimidade que prevaleceu — e a qual só mediante revolução poderá mudar.

³¹ Constituição em sentido absoluto será também a forma do domínio político num Estado; e ainda o princípio do seu devir dinâmico, da sua contínua renovação «a partir de uma força e energia subjacentes, operantes na base» [39].

³² E ainda: «uma magnitude do ser como origem do dever ser [...] uma unidade [que] reside na existência política do Estado, e não em leis, regras [...]» [40]

É claro que poucas normas das nossas constituições escritas ficam ao abrigo da suspensão e da mudança. Apenas se revela inatacável o limitado número das que verdadeiramente imprimem carácter. Schmitt dá como exemplo algumas disposições da constituição de Weimar: que a Alemanha era república; que o matrimónio constituía a base da família legal; que a todos se garantia a liberdade religiosa. Não era de facto admissível que um estado de sítio as suspendesse ou uma revisão lhes tocasse. Uma revolução sim: mas aí toda a nação mudaria também.

Ora nem todos os preceitos constitucionais são desta força. Em certas condições, e dentro de certos limites, as próprias liberdades fundamentais serão por vezes suspensas, parcelas do território alienadas. E as disposições que têm por objecto estas matérias também podem, dificilmente embora, sofrer modificações ou eclipses. Mais facilmente isso sucederá, porém, a muitas outras normas que podemos ler nas usuais constituições, que não se limitam a conter normas supremas e últimas. São colectâneas de leis constitucionais, cheias, por vezes, de coisas sem estatura para lá figurar; mas que lá figuram ou por defeito técnico ou porque a maioria constituinte, sabendo-se efêmera, quis dificultar uma posterior revogação de preceitos que lhe convinham. Assim é que, na Constituição de Weimar, não só se estipulava a manutenção das Faculdades de Teologia, como se dispunha que os inspectores escolares tinham de ser técnicos especializados...

Ora bem: às constituições escritas chama C. Schmitt *constituições relativas*, séries de leis constitucionais de desigual dignidade (porventura reunidas num só texto), mas que têm de comum o seguinte: o terem sido elaboradas por um legislador especial e serem de difícil, se não impossível, reforma.

E daqui parte o nosso autor para um ataque cerrado ao positivismo e ao normativismo. Para os positivistas, ridiculamente, não é a importância em si de um preceito que o torna constitucional, mas sim a forma de o elaborar e de o rever; eventualmente, não fazem nenhuma diferença hierárquica entre a norma que defina os fins do Estado e a que estipule, por exemplo, que os contínuos dos ministérios serão funcionários públicos. Schmitt pretendia (compreensível preocupação) defender a dignidade da sua constituição positiva e é no terreno político que esta argumentação colhe. Impressiona deveras, por exemplo, que o positivismo não reconheça dignidade jurídica aos preceitos constitucionais programáticos (pelo menos não lhes reconhece facilmente uma juridicidade autónoma), como sejam o que consagra sem mais o direito ao trabalho ou promete a segurança social; ou o que declara que um dado país é socialista. Como esses preceitos não têm sanção, passam por meras declarações de intenção.

Ocorre a propósito o dito célebre de que o assassinio é crime por vir punido na lei (não vem punido por ser crime), coisa que à primeira vista tem de escandalizar³³. Como tinha de escandalizar C. Schmitt a defesa por Kelsen, de se cometer a juízes o controlo da constitucionalidade, a defesa da constituição contra os abusos do poder. Schmitt, para quem a constituição positiva era intangível e a constituição escrita quase sempre uma série de leis desiguais, frequentemente duvidosas, punha ainda acima de

³³ «Já não é normativo considerar o crime como desordenamento [...] O criminoso, portanto, não quebra a paz ou a ordem; nem sequer viola a norma geral e abstracta [...] A imparcialidade e a objectividade do puro normativismo transmudam-se assim em absurdo jurídico, que perturba o ordenamento e o desagrega.» [42]

tudo, como vimos, a constituição em sentido absoluto, expressão para outros pré-jurídica (mas para ele superior a qualquer norma) da unidade alemã. Via, portanto, na jurisdicionalização da sua defesa (que achava competir ao Chefe do Estado) uma ameaça de dissolução, expressiva aliás da tendência a reduzir as constituições a meros contratos [43]. E a esse respeito afirmou que, para assegurar uma defesa eficaz da constituição (da unidade política profunda), não podia o defensor ser vinculado a uma acção legalista refeeda por normas constitucionais relativas. A preocupação do acessório impediria então o essencial.

Intui-se a relação histórica deste antiformalismo de C. Schmitt com o que estava para vir na Alemanha. Mas, se, em vez de uma defesa da raça, pusermos a defesa da revolução socialista contra as exigências de uma legalidade burguesa (ou até socialista «formal»), logo sentiremos como o tema continua a ser da maior actualidade.

Ao «desmistificar» o Estado liberal, bem como ao contribuir para a dissolução da República de Weimar, que era um compromisso de elementos liberais e autoritários, C. Schmitt utilizou argumentos que a extrema oposta podia subscrever. E adiantou que a luta política determina o Direito e o Estado — não o contrário — em termos tais que, como vamos ver, ficam a dois dedos de concepções marxistas. Não serão dois insignificantes dedos. Mas isso só aumenta o interesse de que as suas ideias se revestem para o prosseguimento da nossa investigação.

3. A POLÍTICA

C. Schmitt afirma que o homem, «na actividade política a que se entrega, [...] fica preso pela própria raiz do seu ser» [44], acrescentando alvures que a política nos abrange inteiros. Refere-se a uma tragédia, pois vê na guerra algo como a raiz da politicidade.

O princípio constitutivo desta última está, segundo nos diz, na distinção entre o *amicus* e o *hostes*. Este último não é um qualquer privado inimigo (*inimicus*) daqueles que o Evangelho nos exorta a amar. Não. Por um lado, apenas será *hostes* o inimigo mortal, pois a hostilidade implica «negação essencial de um outro ser». E, por outro lado, devemos guardarmos de ver a relação entre *amicus* e *hostes* numa base psicológica e individualista. Por definição, o *hostes* é o inimigo público [45]. E aquilo de que se trata, entre amigos, é de defender a própria existência da comunidade e dos seus valores fundamentais: um existir que é um desenvolver-se, ameaçado pela absoluta maldade política do *hostes*³⁴. Toda a acção é tendencialmente maniqueia. Mas este mestre promove o maniqueísmo.

No próprio campo nazi, tal atitude pessimista (há quem a vá filiar em Maquiavel...) foi criticada. Otto Köllreuter, por exemplo, protestou contra a definição negativa da comunidade e achou a essência da política na camaradagem racial do *Blüt und Boden*, numa idêntica cultura e num

³⁴ Atenção: trata-se de maldade política, ou seja, de uma peculiar perigosidade. E tão-só: o inimigo político não tem de ser moralmente mau, nem feio, etc. Pode até suceder que nos seja pessoalmente simpático. E Schmitt protesta a propósito contra a guerra ideológica moderna, pretensamente a última do género humano, «particularmente atroz e desumana porque, ultrapassando os limites da política, faz [do inimigo] um monstro de iniquidades que é preciso não só combater [...] como eliminar para sempre» [46].

destino comum. Contrariamente, Schmitt fala na guerra como sendo o «pressuposto necessário da política». É a perspectiva da guerra «que determina de modo peculiar o pensamento e a acção humana». E, embora a guerra não constitua propriamente o «fim supremo nem o conteúdo da política, apenas o seu pressuposto», refere-a noutro passo como a «acção política por excelência». E não é um passo desgarrado. Precisando o seu pensamento de que «a guerra está contida na noção de inimigo», Schmitt esclarece logo que se não trata de viver constantemente em guerra nem de a considerar um ideal. E continua dizendo que não é a própria luta armada, «mas sim a eventualidade da guerra», que engendra a política. É o homem político, e não o soldado, quem passa a vida inteira a combater; e não pertence aos militares a decisão sobre quem será o inimigo [47]. Podíamos multiplicar as citações. E também já vimos quem é para ele o soberano: «aquele que determina o estado de sítio.» Ora o estado de sítio pressupõe a eclosão ou a eminência da guerra, estrangeira ou civil: é dos mortais conflitos que extrai a sua verdadeira razão de ser. O próprio Köllreuter, de resto, embora opondo-se a Schmitt, considera que a camaradagem das trincheiras (1914-18) nos fornece o protótipo do sentimento comunitário... E assim se coloca numa débil posição.

Mas não interessa agora insistir neste ponto. Deve mas é salientar-se o acento tónico posto no conflito; e também que, uma vez ele aceite, nenhuma razão há para privilegiar sistematicamente a guerra de nações ou a de raças, recalçando ou subalternizando a luta de classes³⁵. É certo que, para C. Schmitt, o inimigo por excelência é o estrangeiro. E recorda Platão, para o qual a verdadeira guerra era a que opunha os Helenos aos Bárbaros. Declara, além disso, que a guerra civil é estéril, incapaz de criar um Estado ou um povo; e que o princípio da unidade política consiste na supressão da hostilidade interna. Quando o Estado é sólido, todas as divergências políticas, religiosas, económicas e sociais decorrem, usualmente, «no interior de uma esfera por assim dizer pacificada». E é isto o que se requer³⁶. Mas Schmitt bem sabe que nem sempre assim pode ser. Então, quando os conflitos partidários se tornam agudos, «a política interna atinge o seu desenvolvimento máximo e é no seio da nação que temos de procurar o par *amicus-hostes*, que preside à luta armada. Perpétua aliada da política [...] a guerra torna-se civil» [48].

Ora entre as possíveis causas de uma guerra civil conta-se a divisão da sociedade em classes, economicamente baseada. A referência à luta de classes figura nomeadamente em C. Schmitt quando este se debruça sobre as transformações da sociedade, observando a proletarianização em acto de estratos sociais cada vez mais numerosos. Afirma então que o estatuto próprio, no século XIX, do proletariado *stricto sensu* se está a generalizar no século XX. Consiste na separação entre os trabalhadores e os meios de produção; na subordinação ao capital; na alienação cultural. O nosso autor estava atento, além disso, à crescente intervenção do Estado na economia, afirmando algures que esta última se transformara numa actividade directa e imediatamente política. Eis uma transformação de pesadas conse-

³⁵ Teoricamente, a alternativa põe uma questão subalterna: a da determinação dos critérios materiais de amizade e hostilidade.

³⁶ E o Estado define «o inimigo público interno quando a situação se torna crítica». A política não suprime inteiramente o pluralismo desde que ele não ponha em causa a unidade. Mas, por outro lado, a luta política «hostil» também se nos revela indispensável à formação dessa unidade... [49].

quências que C. Schmitt ousadamente extrai: «a classe, no sentido marxista, deixa de ser um elemento puramente económico, para se tornar um factor político. E, quando soa a hora decisiva, quando a guerra de classes toma o carácter de guerra civil, a classe adversária vê-se tratada como classe verdadeiramente hostil [...]. O combate deixa de seguir as leis da economia e tem de conformar-se às da política.» [50]

Por aqui vai-se dar, com efeito, não só a Marx, mas também a Lenine...³⁷ Carl Schmitt não foi e em breve trataremos disso. Até nos passos acabados de citar sopra, inegavelmente, uma distância; averba-se um pessimismo, promissor de verdadeira e própria incompatibilidade. Não interessa contudo fixarmo-nos nela. Mais importa anotar, por exemplo, que o optimismo de Marx não é político; ou, se se prefere, que repousa na convicção de que caminhamos, inelutavelmente, para a abolição (com o fim das classes e do Estado) da política tal qual tem sido. Mas a política «tal qual tem sido» (e Hegel dizia que «a essência é o que tem sido»: *Wesen ist was gewesen ist*) não aparece a Marx como algo essencialmente diferente da guerra. Sabe-se como o marxismo gosta de citar Clausewitz: «A guerra é a continuação da política por outros meios.» No fundo, o mesmo...

Ora esta política, segundo Carl Schmitt, e por ele profundamente enraizada na história³⁸, determina o Direito e determina o Estado. Tanto um como outro são conceitos políticos. E, «como todos os conceitos e termos políticos têm um sentido polémico³⁹, assim também o Direito, em concreto, se define pelo inimigo [52]. O Direito é «a estrutura do facto social» neste conflituoso horizonte situado. E a modificação das normas jurídicas mais se afigura a consequência do que a causa de uma mudança na ordem material. Quanto ao Estado, entendido como «unidade de vontade» (política) — uma unidade que o Direito exprime —, «cada uma das suas formas é o reflexo fiel das circunstâncias políticas internas que o viram nascer» [53]. De quanto essas circunstâncias devem ao processo do capitalismo nos falam (embora sem redução do político ao económico — já denunciada, contra Engels, desde o prefácio da *Politische Romantik*) [54] as múltiplas e brilhantes análises constitucionais schmittianas, sobretudo das constituições alemãs.

Mas voltemos agora à discussão com Kelsen, que a precedente exposição nos permite retomar com grande utilidade e sem que Marx nos desapareça do horizonte.

Partindo das normas, fomos levados às decisões. As decisões são actos políticos, inscritos em conflitos sociais que procuram resolver. Não obedecem a valores em si: só os tomarão em conta enquanto expressivos de interesses ou geradores de potência. Nunca é desinteressadamente que um valor acha guarida na lei, embora isso não deva desanimar quem se bate

³⁷ Segundo C. Schmitt, o sentido da obra de Marx consistiu «em dar ao liberalismo uma dimensão política». Com a primeira industrialização — diz-nos —, a passagem à economia (como categoria dominante) fora realizada. Então, os dois principais personagens do marxismo, o burguês e o proletário, «oferecem o exemplo típico de uma oposição destinada a servir de base a uma divisão política» [51].

³⁸ A história é objectiva. Eis uma raiz do anticontratualismo e do transpessoalismo schmittiano. Mas tem-se por igual a impressão de que ele só «maquiavelicamente» (não convictamente) pode ser nazi.

³⁹ Tomemos (diz Schmitt) os termos, *papa, marxismo, Estado, ditadura*, etc. «Se formos incapazes de dizer [...] a quem e contra quem [...] se dirigem, todas estas noções resultarão incompreensíveis...» [52]

pela justiça. E o mesmo se diga do «interesse comum», bem como da «vontade geral», que são sempre mais de uns e pouco ou mesmo nada de outros. Chamam-se esses lindos nomes ao que as decisões decidiram, por obra e graça dos grandes deste mundo. E o povo lá diz, na sua sabedoria, que quem pode manda.

A lição crítica de Schmitt (com a qual ele se não conformou) é esta: uma concepção política do Direito e do Estado, assente em relações de força e enquadrável (contra o nosso autor) num esquema materialista dialéctico. Incompatível, porém, quer com a parte profética, quer com as simplificações mecanicistas do marxismo vulgar. Compatível, pelo contrário, apesar das aparências, com um normativismo bem entendido. Ora vamos lá ver.

4. A MEDIAÇÃO JURÍDICO-ESTADUAL

É verdade que o poder político, enquanto vontade dominante (*grosso modo*, a vontade dos mais fortes), sustenta em definitivo o Direito e o Estado. Mas urge desde já compreender o seguinte, que leva longe: esse primado dos mais fortes necessariamente se relativiza e disciplina ao estadualizar-se. A consagração jurídica da força política de modo algum solta as rédeas à arbitrariedade. E não só por se tratar de uma força social, que, por definição, não é nua (é projecto, por mais fruste, não mero apetite), tal como também nunca é absolutamente una: conhece tendências, facções... Tudo isto, que é incontestável, diz, porém, respeito aos limites sociológicos do poder. Alude à existência de condições de formação e de actuação da vontade política, submissa, seja ela qual for (mesmo a mais tirânica), ao jogo de uma objectiva dialéctica⁴⁰. Ao passo que a operação característica do domínio estadual é outra, de limitação e racionalização propriamente jurídicas, impeditivas da tirania autêntica. Marx parece referir-se a isto num passo de *A Ideologia Alemã*, destruidor de muitas simplificações, onde afirma que «o poder tem de constituir-se em Estado, [dando] à sua vontade, determinada por condições precisas, a expressão geral de uma vontade estadual, de uma lei» [55]. Mas vejamos por partes.

Mesmo que absolutamente os identifiquemos com o sistema de decisões políticas (o que não é inevitável), nem por isso o Direito e o Estado se reduzem ao fluir de relações de força. *Consistem, sim, numa cristalização durável delas e que sobre elas reage. O momento jurídico-estadual é aquele em que a decisão, ao impor-se, fica como que prisioneira de si própria, limitando, por conseguinte (ao ordená-la e estabilizá-la), a força que a ditou.* Ou seja ainda: a vontade dominante e os interesses por ela veiculados *ganham forma legal e institucional, mas perdem a bárbara, primitiva energia.* A barbárie reproduz-se no pré-jurídico, todos os dias. Não há, porém, triunfo e consagração informal, nem forma que não limite. Mesmo quando, no xadrez político, o desequilíbrio seja enorme e uma parte (eventualmente uma exígua minoria ou um só homem) monopolize o poder, a emanção jurídica discipliná-lo-á. Vai nisso, sem dúvida, muito do seu próprio interesse: a certeza, a estabilidade, a eficácia e o enraizamento das dominações

⁴⁰ A dialéctica imanente do «poder e despoder» humanos (*poder y sin poder* na tradução espanhola), objecto de um *Diálogo* tardio de C. Schmitt. Há «uma normatividade própria e objectiva do poder que ao próprio poderoso se impõe» [56].

sociopolíticas é isso mesmo que pedem. E a dosagem entre as facções internas do grupo ou classe dominante também o requer.

Mas não só: é certo ainda que, para a generalidade dos súbditos ou dominados, a definição de uma ordem traz garantias e vantagens não despendidas, cuja violação, enquanto essa ordem for sólida, será excepcional. Em regra, o súbdito saberá com o que contar (a começar, se quisermos, pelo «como» e pelo «até onde» poderão explorá-lo e submetê-lo) — sabedoria que representa para ele um bem inapreciável enquanto não possa reformar o sistema, se não mesmo sacudir os exploradores e os senhores. Do mesmo passo, conhece o súbdito as compensações da sua obediência e do seu trabalho, por magras que sejam. Enfim, achar-se-á normalmente ao abrigo das violências arbitrárias, embora quiçá nada possa contra outras, as legais, variáveis em número e em gravidade. E pode prever para, magramente embora, prover. Falo tão-só nas garantias mínimas que se acham implicadas no próprio conceito de ordem jurídico-estadual e que, portanto, se dão na pior das imagináveis, sob pena de não ser. E saliento uma vez mais que nos estamos a reportar a um sistema de normas e de instituições globalmente estável e eficaz, o qual não tem de consistir única ou principalmente no disposto em leis escritas. Mas anote-se, já agora (e não obstante), que, mesmo quando uma lei escrita cai em desuso, pode suceder que não seja letra inteiramente morta. Sob a forma de homenagens prestadas pelo vício à virtude, da cautela que é necessária para evitar escândalos e «exageros», essa lei modera por vezes os atropelos que não evita. Assim o famoso artigo 8.º da nossa Constituição de 1933, que não era violado sem alguns remorsos. Mediante uma reinterpretação, o jurista considerá-la-á, por isso, norma dotada de certa eficácia, integrando a esse imprevisto título o sistema realmente em vigor.

Mesmo ao ver na vontade dos mais fortes a razão suficiente das leis e das instituições, o mais encardido pessimismo jurídico conhece assim um limite interno, implicado na própria definição da ordem jurídico-estadual. Daí que os juristas (e os homens de Estado) jamais confundam *realmente* poder e arbítrio, sob pena de liquidarem o objecto das respectivas actividades e de perderem a própria função social.

Chegados a este ponto, temos de afinar a terminologia, que anda perturbada pela noção dominante (ideológica, não científica) do «Estado de Direito». Aproximativamente, podemos defini-lo como aquele que se autolimita pelos grandes princípios constantes das *Declarações dos Direitos do Homem*, que integram o fundo comum dos regimes políticos de inspiração liberal. Esse fundo é valioso, mas leva frequentemente à convicção errada (que todo este ensaio rejeita) de que só é verdadeiro Direito o que vier nessa linha; e de que não são de Direito os «Estados» (autoritários) que dela gravemente se afastem. Ora, quando atrás digo que a ordem jurídico-estadual não pode ser reino do arbítrio, de modo algum estou a fazer reentrar pela janela o que saiu pela porta. A luz do que precede, é bem evidente que conceitos, por exemplo, como os de *ditadura* (individual ou colectiva) e *despotismo* (iluminado ou não) dão formas do poder político que não apresentam nenhuma incompatibilidade de princípio com a existência de uma ordem jurídico-estadual. Tanto a ditadura como o despotismo (que diferem essencialmente pela legitimidade, que é estável neste, excepcional e transitória naquela, o que não é sinónimo de breve), tanto o despotismo como a ditadura, dizíamos, concentram o poder e cerceiam as liberdades. Mas a forma política que significa visceral arbi-

trariedade — e que é, portanto, se bem me tenho explicado, *contradictio in adjectu*, uma *forma informe* — tem outro nome e chama-se *tiranía*.

Em tirania, a concentração do poder político é máxima e a sua forma mínima. À medida que uma tirania se afirma, a ordem jurídico-estadual desconjunta-se: seja ela uma tirania individual caprichosa, de Calígula, Amin Dada, ou Duvalier, homens bizarros; seja (paradoxalmente) a de uma liderança revolucionária, de cunho ideológico, em fase de revolução permanente. Nos dois casos se instalam a instabilidade e a imprevisibilidade, princípios opostos ao Direito e ao Estado: instabilidade, insegurança, incerteza — jurídicas e não só...

A consideração da tirania, sobretudo das tiranias ideológicas contemporâneas, é da mais extrema importância para a pesquisa em que andamos, porque revela, sem margem para grandes dúvidas, a insuficiência da noção dominante de Estado, usualmente identificado com o poder político. Constituem, com efeito, exemplos esplendurosos (o de Hitler, o de Estaline...) *de como a uma extrema concentração e reforço do poder político pode corresponder uma concomitante decadência do Direito e uma tendência à dissolução do Estado — e até (quem diria!) uma destruição dos próprios partidos revolucionários, que perdem toda a vida interior e se reduzem a meras correias de transmissão, aparelhos, máquinas*⁴¹.

Não tenho aqui espaço para retomar e desenvolver ideias que já expus algures. Mas a própria carreira de Carl Schmitt e o destino prático imediato de algumas teses que advogou permitir-nos-ão ilustrar uma sugestão teórica que perderia se ficasse demasiado elíptica.

Quando um jurista adere ao «direito do mais forte», ou a uma ideologia revolucionária santificadora de todos os meios, pode ser levado a admitir e a apoiar «quaisquer» decisões. Mas sempre exigirá que sejam jurídicas — e por isso é que a palavra «quaisquer» vai entre comas. Para que a decisão pertença ao Direito exige-se-lhe um mínimo de racionalidade, coerência e estabilidade — que a distingam da mera veleidade, por um lado, e, por outro, do cego, variável impulso, incompatíveis ambos com *uma formulação*. Um jurista talvez aceite que o supremo chefe disponha em absoluto da lei como tutor do Direito (*der Führer schutz das Recht*), mas, ditada ela, quer vê-la, em geral, respeitada, univocamente interpretável, relativamente duradoira... De outro modo, não a reconhecerá como lei. O dissabor de C. Schmitt com Hitler situou-se exactamente nestas paragens. E interessa examiná-lo agora, com a possível brevidade.

5. DO ANTI-ESTADO

Na crítica «decisionista» ao normativismo de Kelsen, C. Schmitt ombreou com temas marxistas na desmistificação de um Direito burguês. Mas não seguiu em direcção ao materialismo dialéctico e à visão do desaparecimento do Direito e do Estado, ligado ao fim das classes. Nem aceitou, por outro lado, um simples direito do mais forte. A sua maneira, desejava

⁴¹ O partido nazi foi concebido desde as origens como *factotum* do Führer. Deve apenas mencionar-se a veleidade contrária dos Strasser, não por acaso chefes da facção operária. O partido bolchevista era coisa bem diversa: embora as raízes do estalinismo já se achem em Lenine, também é verdade que o triunfo de Estaline em 1936-38 constituiu uma sua verdadeira vitória sobre o partido, acabando de o destruir como tal.

um Direito intrinsecamente justo e um Estado ético, opondo à legalidade liberal uma nova legitimidade política encontrada pelas paragens naturalistas e anti-individualistas «do sangue e do solo». Ora sobre isso há duas palavras a dizer, antes de chegarmos ao que propriamente nos interessa.

Cabe, antes de mais nada, notar que, para o nacional-socialismo, todo o Direito é *Volksrecht*, Direito de um povo, nada ecuménico. E que povo se não entende aí em termos de nação (essencialmente históricos e culturais), mas sim de raça, comunidade de estirpe. Tendencialmente, toda a juridicidade será portanto interna. No plano internacional fazem-se frágeis pactos, no fundo simples tréguas. A maior proximidade racial desembocará, quando muito, numa espécie (ameaçada) de Direito internacional «de primos», um *jus gentium* selectivo que regularia talvez as relações do Reich com os países nórdicos e anglo-saxões. Sabe-se que o Império Britânico foi visto por Hitler como o segundo pilar da sua ordem mundial.

Com esta leve reserva, assentemos, portanto, em que todo o Direito é, na perspectiva nazi, Direito da raça. E acrescente-se agora que, na linha de lições da escola histórica (mas não só), C. Schmitt desenvolveu uma concepção jurídico-política, dita «ordinalismo concreto», que frontalmente recusa a supremacia do Estado legislador, com as suas normas gerais e abstractas, sua formal igualdade. Essas leis decerto convêm às esferas não institucionais da vida social onde as relações sejam de essência contratual ou meramente técnicas: são boas para regular o tráfego e disciplinar os contratos em economia de mercado. Mas o absoluto predomínio da lei deve considerar-se passageiro. Aconteceu na sociedade individualista e burguesa do século XIX, tendo por efeito separar o Direito do justo e degradar as mais preciosas comunidades humanas: familiares, municipais, profissionais, religiosas, militares... Todas estas instituições, tomadas na sua realidade e enraizamento profundo, têm substância jurídica própria, indissociável da respectiva existência e processo histórico. E nessa substância também se dão regras gerais, mas regras que emanam (as adequadas e fecundas) da concreta intimidade dos referidos organismos. Constituem o ordenamento interno deles — e autónomo. Não se devem confundir com as leis gerais e abstractas de um liberalismo que os ignora, quando os não oprime.

O ordenamento concreto de um povo, que integra os múltiplos ordenamentos parciais, constitui assim a realidade juridicamente decisiva, de onde emergem os valores típicos, concretamente apurados através do «soldado corajoso, do funcionário consciante, do colega leal» [57]. Acrescentemos nós a «mãe extremosa», a «esposa fiel» e por aí fora... Então, as regras gerais aparecem como simples meios de se realizar o Direito intrinsecamente justo, porque adequado à vida popular. Não criam o ordenamento. Cabe-lhes tão-só «uma função reguladora [...] com relativa autonomia» [58]. Função essa, de resto, no desempenho da qual se acalenta o pluralismo das fontes: nem sequer aí haverá monopólio da lei, com a qual concorrem a jurisprudência e os costumes.

Eis uma teoria que se aproxima, em alguns passos, de certo colectivismo revolucionário em outros dos institucionalistas latinos⁴². Prócere destes últimos, Hauriou também gabava o pluralismo das fontes: achava que «as instituições fazem as regras jurídicas, e não as regras jurídicas as

⁴² Num diverso contexto, também lembra a distinção entre regras normativas e regras simplesmente construtivas de Léon Duguit. Mas não coincide com ela.

instituições»; nada teria a objectar ao aforismo, tão caro a C. Schmitt, segundo o qual *lex est quod populus jubet*, o que convém ao povo, concretamente situado — embora sem disso extrair consequências extremas; enfim, também não confundia legalidade com legitimidade, embora não dissesse que eram «duas noções essencialmente contrárias», posição a que Schmitt chegou na polémica antiliberal [59].

Enquanto o institucionalismo latino se revelava conservador (por vezes reformista), Schmitt e os seus tendiam para as do cabo. E como? *Por um lado*, ao atropelarem o princípio generalidade da lei; ao serem tentados pela coincidência (no seio do povo e nas mãos do Führer) entre a formulação e a aplicação do Direito; ao pôrem em causa o princípio da irretroactividade das leis; e ainda ao negarem a igualdade dos cidadãos perante elas ⁴³, bem como ao impossibilitarem a previsibilidade dos direitos e deveres, correspondente a uma aspiração de segurança burguesa. *Por outro lado*, ao verem no Estado um mero aparelho burocrático, uma correia de transmissão, submissa aos impulsos do movimento nazi, dirigido pelo Führer-Chanceler. Este *Staat als apparat*, que não tem nenhum fim próprio, não será, pois, objecto de nenhum culto. E a outra entidade à qual Schmitt também chamou Estado não tinha paralelo com nada do que tradicionalmente a palavra designa: era o *totaler Staat*, integrando a trilogia «povo-movimento nazi» ⁴⁴ — aparelho de Estado», mirífica e totalitária unidade em processo de auto-afirmação e acrescida potência. Só no *totaler Staat* (concentração e dinamização da vontade de viver alemã) o nazificado povo tomaria plena consciência de si como raça superior, subjugando as demais. Outra diferença grave com o institucionalismo latino (cuja racionalidade é diurna e que prefere São Tomás) reside neste antiuniversalismo imperialista, que não prometia, e de facto não deu, nada de bom...

C. Schmitt desejou a revolução nazi. E aceitou-lhe o tumulto. Enquanto Kelsen emigrava, ele serviu o novo regime. Elaborou-lhe a teoria geral e forneceu-lhe, além disso, alguns fortes argumentos em casos de espécie. Justificou, por exemplo — e pelo *Führerprinzip* —, a sangrenta liquidação da velha guarda S. A. (Camisas Castanhas) em 1934. Servindo-se ardilosamente da doutrina de Monroe, escogitou uma defesa do *Lebensraum* (teoria do espaço vital), que havia de levar a hecatombes ainda mais consideráveis. Com razão, chegou a ser considerado a maior figura jurídico-política do III Reich. E, todavia, ó surpresa!, outros o suplantaram; e não numa concorrência oportunista, mas por avançarem princípios muito mais adequados ao nazismo do que os seus. É curioso e é irónico, mas houve uma fidelidade ao Direito na base da derrota deste homem e da sua relativa desgraça. Eis a parte da história que agora nos interessa.

Schmitt censurara ao normativismo kelseniano o facto de, uma vez trocadas as coisas por miúdos, nos deixar entregues ao maior dos arbítrios voluntaristas, a um puro decisionismo. Era ao que levava «uma concepção absolutamente neutra e formalista da legalidade, caracterizada pela au-

⁴³ Primeiro foram visados os Judeus, que passaram a ser simples nacionais, ou meros súbditos, não gozando de autêntica cidadania. Mas a discriminação «biológica» não parava aí, alcançando nomeadamente os germanos degenerados (sifilíticos, aleijados, etc.), para já não falar da situação dos europeus orientais nos territórios ocupados.

⁴⁴ A palavra alemã é *Bewegung* e não *Partei*. Para o movimento ideológico, o partido também não passa de um meio, um aparelho, de que o Führer se serve despreconcebidamente, tal como se serve da máquina estadual.

sência de qualquer intrínseco valor [60]. Ora os valores nazis supunham-se procedentes do «ventre» do povo alemão, cristalizando depois nas mais lídimas criações do seu espírito: o folclore, as tradições, os costumes — e era a tudo isso queurgia regressar, fechado o parêntese individualista, cosmopolita e burguês que o positivismo jurídico exacerbava. Mas não se julgue que, por esta ordem de ideias, se cai num puro espontaneísmo, se leva a descentralização até desembocar na anarquia, se não dá lugar à vontade de uma vanguarda política. Nada disso. Muito pelo contrário: o elogio das criações populares (que era sincero) casava-se — numa pressuposta harmonia — com o dinamismo da vanguarda ideológica, garante da conservação e alavanca da expansão germânica, no quadro das quais se daria o exercício, pelo povo, de suas excelsas virtudes. Este género de casamento (um populismo vanguardista ou vice-versa) não constitui, aliás, apanágio das revoluções de direita, como bem sabemos — e costuma servir como esteio de mui severas autoridades... *Der Führer schützt das Recht* teve tradução em várias línguas...

Mas não divaguemos. Desde sempre favorável ao pluralismo das fontes e à descentralização, o pensamento ordinalista concreto concede, todavia, muito espaço ao elemento decisionista característico das vanguardas políticas. Segundo C. Schmitt, o Direito é concebível ou como norma, ou como decisão, ou como ordenamento concreto (*entweder eine Norm, oder eine Dezision, oder eine Konkrete Ordnung*) [61]. Mas é claro que só idealmente poderá ser abolida a oposição entre estas três modalidades (*die drei Arten*) do jurídico. Na realidade social, todas elas recorrem e têm de recorrer constantemente, de muitas maneiras se combinando umas com as outras. Nenhuma é suprimível⁴⁵; a hierarquia das três é que varia, consoante os tempos e os lugares. Ora o nosso autor pensou que se estava precisamente a entrar num período histórico em que o Estado legislador, «evolucionista, revisionista e reformista» — Schmitt *dixit* — cede o passo a um Estado governamental⁴⁶ muito mais apto «para operar transformações radicais» [62]. Ainda estamos a considerar neste passo o Estado-aparelho, mas é claro que já muito perto do seu enlace com as tarefas magnas. Visto que a ordem normativista weimariana cunhava uma grave debilidade política alemã, natural foi que homens como Schmitt apelassem para o vigor decisivo de uma alta instância «nacional» (a estirpe germânica achava-se por vários Estados aos pedaços repartida...), alta instância essa, primeiro vislumbrada em Hindenburg, o marechal-presidente, e só depois em Hitler... De qualquer modo, o processo de restituição da Alemanha a si própria teria de inaugurar-se autoritariamente: na cabeça do Estado haviam de concentrar-se poderes. É uma música clássica...

Com Adolfo Hitler, porém, o concerto ia dar em orgia. E tanto aquela restituição como esta concentração assumiram um sentido muito peculiar, que subverteu tudo: a restituição significou ilimitada expansão; e a con-

⁴⁵ O positivismo é que, segundo Schmitt, estava condenado; mas enquanto combinação, historicamente datada, de procedimentos normativistas e decisionistas.

⁴⁶ Na classificação de Schmitt figuram, ao lado do Estado legislador e do Estado governamental, outros dois: o Estado administrador, em que impera a burocracia, e o Estado jurisdicional, em que predomina uma magistratura independente. É claro que as quatro funções (legislativa, administrativa, judicial e governamental) têm sempre de ser exercidas. E, portanto, a classificação diz respeito ao acento tónico: cada um destes Estados está fadado para certas situações e falha noutras.

centração de poderes, com a célebre *Gleichschaltung* (sincronização) hitleriana, cedo desembocou na arbitrariedade de uma tirania *proprio sensu* — sobre os indivíduos, as comunidades e os próprios órgãos do Estado — que é incompatível com o verdadeiro autoritarismo. Este último pode ser muito pesado, mas exclui o puro arbítrio; assenta, por definição, numa hierarquia sólida, numa clara definição de competências e na estabilidade de ambas. Eis o que enquadra e limita a vontade dos superiores, ao mesmo tempo que lhe assegura a maior eficácia, a mais precisa e pontual obediência dos subordinados às ordens regularmente emanadas. Ora o nazismo, bem vistas as coisas, não queria nada disto. Era, a seu modo, «revolução permanente»⁴⁷, inserida num processo histórico da luta de raças (como o bolchevismo na das classes), uma luta que devia saldar-se pelo triunfo «milénar» dos senhores, raça apurada (ou criada?) através de titânicas convulsões. Só um poder total, ou seja, ilimitado, podia levar os Alemães, como vanguarda dos arianos (aqui atenção, porque houve S. S. árabes...), até à vitória final. Poder esse que, tendo obviamente de ser de um só homem (a colegialidade emperra), não admitiria que normas ou instituições lhe opusessem uma qualquer inércia ou barreira; nem sequer as normas e instituições tradicionais, as mais iniludivelmente filhas do *Volksgeist* arcano; e nem sequer as normas ou instituições devidas à acção directa do próprio *Führer*: toda e qualquer cristalização jurídico-política se volve em obstáculo potencial — e temível obstáculo — para quem acalenta desmedidos projectos de «nova ordem» europeia e mundial. Ordem essa cujo artífice precisa de ter as mãos absolutamente livres. Eis o que se obtém quando não só cada súbdito, mas também cada órgão do Estado, vivem completamente isolados e ao desamparo, cortados das suas habituais solidariedades, perdida a segurança nos apoios de sempre (de classe, profissionais, familiares e locais), suspensos tão-só da conduta do chefe, reveladora de uma lei transcendente; e que a seu belo talante manipula as ordinárias, abstractas, reaccionárias e autoritárias leis. Os ideólogos mais convictos supunham, aliás, que a *Führung* não só nada tinha de arbitrário, como nem sequer de autoritário. Não seria arbitrário porque as decisões do *Führer* deviam obedecer ao espírito objectivo do povo. E não seria autoritário porque o espírito do povo habitava realmente cada alemão, embora em graus diversos. Deste modo, cada qual obedeceria de certo modo a si própria (e sempre ao melhor de si) quando seguisse Hitler...

Noutros trabalhos falei disto um pouco mais longamente, na esteira dos melhores analistas do totalitarismo contemporâneo [63]. Aqui temos de nos contentar com pouco. Mas o que fica já terá sugerido aos leitores atentos onde é que, a páginas tantas, C. Schmitt deve ter ficado com os cabelos em pé. Foi exactamente no passo em que, sob Adolfo Hitler — e perdidas com a guerra todas as estribeiras —, o Estado nacional-socialista descambou vertiginosamente em anti-Estado, Estado instável, «informe», o Behemoth de que fala Franz Neumann⁴⁸.

⁴⁷ Hitler disse que queria desenvolver nos seus fiéis «uma vontade revolucionária sem finalidade precisa». Em certo indesejável sentido, foi o maior revolucionário do século.

⁴⁸ É o Behemoth de Hobbes (negação de toda a lei, gémeo inimigo do Leviatã e ainda mais voraz do que ele). Behemoth é monstro da terra e Leviatã o do mar. E a profecia judaica diz que a terra será devastada por ambos pouco antes do final dos tempos. Mas lutarão entre si até à mútua morte. E depois os homens serão felizes. O *Behemoth* de Hobbes só em 1889 foi pela primeira vez editado em Londres, por Ferdinand Tönnies [64].

Schmitt fora longe na vassalagem — a qual, porém, se inscreve, quando autêntica, numa ordem que o suserano também respeita... Teorizara o *Führerprinzip*. Aceitara, pois, praticamente que Hitler impusesse decisões e normas digamos «quaisquer» e que transformasse «à sua vontade» o aparelho de Estado. Pressupusera, julgando imunizá-la, que a *Führung*, porque fundada numa comunidade de estirpe, nunca decairia em ditadura, no absolutismo ou numa dominação burocrática⁴⁹. Estava, pois, por *quase* tudo. Mas tinha de defender, ao nível do estadual e do jurídico, aquele mínimo de forma, de consistência, de clareza, certeza e estabilidade sem as quais Direito não há. Isto parece óbvio. E decerto que o era, mesmo na Alemanha nazi. Apenas sucedia que *essa* Alemanha não estava necessitada do Direito. E por isso é que, *no quadro do nazismo e da nazificação*, a escola extremista de Gottfried Neesse e Reinhard Höhn teve por si a razão política adequada ao tempo. E triunfou com relativa facilidade, teoricamente apoiada em intervenções do próprio Hitler.

É fascinante a consciência que os principais actores tiveram do que estava deveras em jogo. Com uma lógica implacável, Hitler tinha já declarado anos antes, num encontro de juristas, que o Direito se reduzia à moral. E que esta, como imperativo categórico, exprimia as exigências vitais da estirpe, em perpétua actualização. Assim, cada alemão devia a todo o momento intuir, de acordo com as mudáveis circunstâncias, o conteúdo (variável) dos preceitos a cumprir. As leis escritas não passariam de indícios, de orientações e presunções elidíveis acerca do comportamento realmente devido. Ou seja: o conteúdo das normas legais tinha de entender-se, por assim dizer, *rebus sic stantibus*. E quanto mais grave o caso fosse maior o sintoma de degenerescência racial fornecido por quem se não revelasse capaz de (ou não quisesse) intuir o interesse e a vontade gerais: *lex, quod populus jubet*... Quando o Führer ditava uma lei vulgar (*Gesetz*), agia como supremo (mas humilde) intérprete do Direito maiúsculo (*Recht*) não escrito e que já podia, e por vezes devia, ter sido intuído pelos súbditos...

Está-se a ver o abismo. E tudo isto levou, com efeito, a que as leis e as decisões hitlerianas pudessem (porque interpretativas) aplicar-se sem dificuldade retroactivamente, mesmo as leis penais; e a que o crime fosse considerado como sintoma do tipo de personalidade criminosa, purgando-se esta, não aquele⁵⁰; e a que se exortassem os juízes a julgar intuitivamente, comportando-se no pretório como autênticos revolucionários — saudavelmente indiferentes às ordinárias garantias da defesa; enfim, a que nos restem, compilados por Martin Bormann, cinco bons volumes de leis secretas, dadas ao conhecimento tão-só de certos (variáveis) sectores da *élite* nazi. Secretas, porém obrigatórias...

Por outro lado, o Führer-chanceler cultivava igualmente, e com alegria, as directivas voluntariamente equívocas, vagas ou obscuras; gostava

⁴⁹ Acrescente-se que, ao nível das relações políticas, a *Gemeinschaft* (comunidade) seria uma *Gefölgschaft*, um séquito, mas como que arturiano, de cavaleiros do rei Adolfo. E a *Führung* era apresentada ora como regência ora como simples direcção no sentido da *Leitung* musical. Bem se compreende então que o conceito clássico de soberania, aparentado ao de um pesado senhorio (*Herrschaft*), tivesse andado mal visto. «Não sou um chefe de Estado no sentido de ditador ou monarca», disse Hitler, «mas sim um chefe do povo alemão [...]» [65]

⁵⁰ Isso deu, por exemplo, a condenação à morte e execução de jovens por reincidência em pequenos furtos ou pecadilhos sexuais. A reincidência denotava, segundo certos juízes, uma índole anti-social irrecuperável.

de sobrepor e de confundir as competências dos funcionários e dos serviços; e estava sempre a transtornar as hierarquias e as precedências entre os diversos órgãos (quer partidários, quer estatais e para-estatais) — numa sarabanda sem fim —, tendo um dia retorquido a altos funcionários sequiosos de ordens claras e de competências, enfim, bem definidas que eles ainda não tinham bossa de verdadeiros nazis. Posto isto, não admira então que, chegado ao problema central do Estado, Hitler o resolvesse de modo a obter um Estado «informe», o Estado que lhe daria o máximo poder: um pau para toda a colher, coisa que aliás também devia ser o partido. Assim, foi muito logicamente que o Führer acabou por preferir, contra Schmitt, as teses de Höhn, antiestaduais, que nenhum vago obstáculo já lhe opunham ao desvairado galope.

A polémica das escolas é a este respeito iluminante. Köllreuter, um moderado, ainda definira o III Reich como Estado nacional de *Direito*. Achava que «só através da forma Estado e por meio do Direito o povo se torna consciente» e que, nessas estruturas, «os indivíduos teriam a sensação [...] de que o Direito se actua segundo precisas e seguras normas, de modo que a regulamentação jurídica pode ser prevista pelo cidadão» [66]. Köllreuter conservava as velhas formas para as encher de conteúdo novo. Era uma alma cândida, dir-se-ia quase um fascista português. Carl Schmitt já é de outra força, muito mais radical — ele para quem o Estado-aparelho, sem finalidade própria, não passa de um meio; e para quem o autêntico Direito não está nas abstractas normas; ele, enfim, que definira «maquiavelicamente» a politicidade e de tal modo alargara, pelo Führerprinzip, o poder do seu Bórgia. Mas mantinha na manipulação jurídica um elemento propriamente normativo, subalterno embora⁵¹; e imaginava, além disso, a constante modificação do Direito équo (inseparável da aplicação) pelo modelo da lenta evolução dos costumes. Admitia, sim, o tumulto decisionista hitleriano, mas a título transitório e como expressão de um centro revolucionário que não iria anular a criatividade popular e que respeitaria «a realidade concreta dos ordenamentos periféricos». A sua inquietação deve ter sido extrema ao ver que as melhores tradições, costumes e instituições «germânicas» sofriam tratos de polé, como tudo o mais, e quando se tornou evidente que o «período transitório», diferente do previsto, ameaçava transformar-se em definitivo.

De modo que, ao estalar a querela do Estado, Schmitt se contou entre os defensores do reconhecimento da personalidade jurídica estadual, ao passo que Höhn e Neesse, além de se manifestarem contra a personificação, «rejeitavam o próprio conceito de Estado [...] porque, se se aceita o [conceito de] Estado, então quem exerça o poder não passará de um órgão dele». Ora, na Alemanha nacional-socialista, o Führer era a personificação da comunidade, «agindo não só *para* o povo [...] mas *como* povo». Servia-se do partido, do exército e do Estado unicamente por não poder *fazer sozinho* tudo o que de certo modo *era*...⁵²

⁵¹ A norma não cria o Direito, apenas lhe cabendo «uma certa função reguladora». No entanto, logo acrescenta que «essa função reguladora é por ela cumprida com relativa autonomia, na medida em que a sua validade não depende da situação momentânea das coisas» [67].

⁵² Nesta concepção, o Führer não representa o povo (representação implica distância), antes aparece como sua personificação real. A noção de ditadura é pois rejeitada *in limine*. E a ideologia pode, além disso, ver no povo o sujeito activo da história. C. Schmitt é que só em parte alinha neste esquema: o seu *Volk* é sobretudo

Assim se destruíra o Estado, que é sempre *mediação*, jamais um instrumento inteiramente passivo; e se impossibilitava, entretanto, qualquer relativa estabilização da máquina estadual nazi, bem como a criação de um sistema de resistentes «corpos de Estado». E assim se passava da trilogia schmittiana do *totaler Staat* para a parêntese «povo-Führer», que acabariam por fazer um, numa só carne... Carl Schmitt acentuara precisamente que o povo, o movimento director (ideológico) e o aparelho estadual guardavam uma certa autonomia: «diversos, embora indivisíveis; unidos, mas sem fusão.» Como a igreja católica, desconfiava dos excessos místicos. Höhn e Neesse é que na mística se precipitaram, executando o salto qualitativo da plena, *imediata* identificação do povo e do chefe, que é um salto mortal. A sua expressão sintética *ein Volk, ein Führer* tanto pode aplicar-se a uma seita religiosa como a uma horda (impolíticas ambas) — e no caso nazi deu-se a mais explosiva mistura destas duas categorias. Um jurista, *malgré tout*, como Carl Schmitt tinha de acabar por se sentir mal dentro delas. Pois «tanto a teoria como a prática jurídicas, a fim de existirem, carecem de conjecturas sucessivas e duradouras»⁵³. Estas linhas, escritas por ele em 1934 [68], aparecem-nos hoje como uma espécie de velada advertência que um aprendiz de feiticeiro a si próprio se faz.

Quanto a Hitler, que num primeiro tempo se manifestara disposto a reconhecer a personalidade jurídica do Estado, acabou porém por concordar com a escola extremista. E seguiu para o caos.

Deixemos Carl Schmitt nesse passo, obscuro entre todos, do romantismo alemão. Já vimos dele quanto por ora nos basta para retomar o fio da discussão com Kelsen, dela extraindo algumas (provisórias) conclusões.

5. REGRESSO A NORMA

O parêntese que acabámos de fechar é iluminante. Mas alude a feitos políticos de um dramatismo intenso, através do qual se poderia insinuar subtilmente o argumento *ad terrorem*. Ora trata-se aqui de pensar sem concessões sentimentais. Então pensemos: estão por retomar as três modalidades do pensamento jurídico.

O Direito, diz-nos Carl Schmitt, pode ser tomado como norma, como decisão ou como ordenamento concreto. Na realidade, dão-se sempre estes três indestrutíveis elementos. As proporções, as combinações e a hierarquia entre eles é que variam. Mas o que o nosso autor quer não é só, nem sequer principalmente, conhecer os vários Direitos, sistematizá-los cientificamente, desvendar por seu intermédio o carácter dos povos e o espírito das épocas.

um reservatório pré-político de energias e de valores, por si só incapaz de acção e ao qual o movimento ideológico dará forma e rumo. Schmitt chega a dizer que o povo não seria concebível sem o nazismo.

⁵³ Höhn também viu que nas formas (normas ou instituições) tende a albergar-se uma permanência (*das moment der Dauer*), oposta à constante mutação dos conteúdos jurídicos. Mas o seu direito era «moralidade vivida», um ordenamento vital (*Lebensordnung*) em que a forma jamais devia separar-se do conteúdo. E denunciou todo o apreço por ela como expressão do individualismo burguês. Para ele não há indivíduos, mas tão-só personalidades comunitárias. E nem o velho corporativismo escapa à crítica, pois a corporação não absorvia totalmente os seus membros. Höhn, vendo no corporativismo medievo o embrião do individualismo burguês, combateu ardentemente contra a tendência que filiava em Otto von Gierke a teoria jurídica nazi [69].

Indo mais além na teoria, manifesta clara preferência por uma das três modalidades referidas. E essa é a do Direito como ordenamento concreto, capaz de englobar as outras duas e ao qual atribui uma maior participação na essência do jurídico, que vem de *jus*, o justo. Mas o que é justo?

Acerca do justo — o que, pois, deve ser —, C. Schmitt manifesta sempre um forte pendor naturalista, que vislumbra no dever-ser um aspecto do próprio ser, aquilo a que ele chama a sua *magnitude*. Magnitude de um ser que é povo, social e política. O que magnamente seja deve perseverar, desenvolver-se, comandar.

Mas, a partir daqui, oscila. *E, por um lado*, refere a juridicidade a valores institucionalmente situados: a bravura do soldado, a fidelidade do funcionário, a diligência do aluno e do aprendiz, a castidade da noiva... Justas serão assim as condutas concretamente conformes a tais valores, os quais são valiosos, repare-se, enquanto históricas maneiras de ser, elaborados por uma certa cultura, respeitadores de uma certa tradição. Eis aqui um Direito estável, porventura conformista, tendencialmente costumeiro e que só lentamente evolui. *Ao passo que, por outro lado*, Schmitt também nos diz que é justo tudo quanto ao povo convenha: o simplesmente adequado entrará aqui. E, embora esta popular conveniência venha inserir-se numa longa história e desenvolver antigas virtudes, já deste modo se abre um espaço de possível ruptura: ou com tradições fossilizadas, ou com um passado próximo que as alterou. E temos portanto a possibilidade de um Direito reformador, por um pouco revolucionário...

Não cabe agora especular sobre o conteúdo desejável do ordenamento concreto. A escolha dos modelos de conduta a promover não pertence ao nosso foro científico. E talvez até nem pertença a nenhuma outra ciência. Mas o que, de qualquer modo, não podemos é deixar de perguntar pela forma necessária, comum a todos os (ou que se descobre em qualquer) ordenamentos desses. Que forma é essa?

A de um sistema de normas coactivas. Com efeito, bem se pode querer enraizar o Direito na vida, até ao ponto de o situar «à bica», por assim dizer, da prática social. Mas uma prática, na sua exterioridade, não passa de um facto ou de uma série de factos. Ora os factos em si nada ordenam, precisam é de ser ordenados. De modo que os usos, por mais difundidos, as tradições, por mais velhinhas, e os «modos de ser», por mais típicos de um povo que sejam, nunca podem, na sua facticidade, formar um ordenamento jurídico. Para formá-lo, necessária se torna uma certa (e vinculativa) leitura e vivência desses factos, que os transforme em (ou deles extraia) obrigatórios modelos de conduta: o zelo de milhares de funcionários ou a castidade de milhões de noivas nada nos dizem, em si mesmos, contra a preguiça e a luxúria. Só uma consciência normativa poderá deduzir das condutas havidas uma regra segundo a qual isso que foi ou é deve ser⁵⁴ e de que, portanto, os futuros comportamentos se devem pautar pelos pretéritos ou pelos actuais, sendo assim «normalmente» de exigir

⁵⁴ E se a palavra *deduzir* repugna ao temperamento jurídico ordinalista, então deduza como quem sente está pensando — e em companhia. Max Weber, falando das convenções sociais obrigatórias, define-as como «comportamentos por tácito acordo», o qual acordo como que se apodera das «constâncias da acção». E Hoebel afirma que, para ser Direito, o comportamento habitual da maioria tem de assumir um carácter compulsivo, uma qualidade normativa. Só assim «the folkways are the right ways» (Graham Sumner). Pois todo o Direito é norma e a norma é «uma construção» [70].

— e não apenas de desejar — que os soldados sejam bravos, os alunos estudiosos e as mães caseiras, destas ou daquelas maneiras. Na teoria geral do Direito, é mais ou menos a isto que se chama a *opinio juris vel necessitatis* e que serve para distinguir os costumes imperativos dos meros usos desprovidos de sanção. Claro que, na prática social, a normas jurídicas coexistem e interpenetram-se com regras de todas as procedências: religiosas e técnicas, morais e de etiqueta. O ordenamento concreto da vida em sociedade, só muito parcialmente é assegurado pelo Direito. Mas a sua parte jurídica é como aqui a concebemos.

E ao mesmo, *mutatis mutandi*, se chegará a partir das decisões. As decisões jurídicas são por força normativas: definem um dever ser. Criam e aplicam normas, gerais ou individuais, que, no seu conjunto, têm de fazer sentido e de se manter relativamente estáveis, sob pena de se não ordenar nem disciplinar coisa que valha. Como vimos, o capricho é, por definição, antijurídico e não há Direito quando a instabilidade se torna radical.

Resumindo: o momento normativo é que propriamente *constitui* o Direito. O resto será de onde o Direito vem ou para onde vai, matéria em que (conformando-a) se integra. Pode a norma brotar de uma soberana decisão criadora, que do nada (normativo) a tirou; ou como que borbulhar, pelo contrário, no oceano comunitário, limitando-se a seguir um sentimento popular peremptório; ou obedecendo a qualquer dinamismo imanente. Não importa: constitui o conteúdo da decisão que aprisiona, de outro modo vazia, e forma as instituições que, de outro modo, porque «concretamente desordenadas», também não seriam Direito. Dela provém sempre (dela norma) a qualidade jurídica.

Nas suas críticas antipositivistas, C. Schmitt confunde por sistema normativismo e legalismo⁵⁵ e as normas com as leis do Estado legislador, gerais e duplamente abstractas, cujo predomínio implica certa hierarquia das fontes, cuja forma é atreita a descambar em formalismo e que também facilmente se deixam petrificar na codificação. Ora é contra tais normas que lança certas flechas. Mas já as podemos aparar. E, assim:

a) «A norma tem por pressuposto uma situação e um tipo normais [...] [que] nunca poderá ser deduzido de normas gerais [...] estas é que dele são deduzidas.» [71] Ora é evidente que, fora do estrito legalismo, nada nos impede de chamar norma (sob certas condições) à normalidade da situação e do tipo... Argumentos semelhantes são o de que o conteúdo das normas (leis) integra frequentemente noções extralegais, tais como a boa-fé, os bons costumes, os cuidados normais a ter com a coisa...; e também o de que a toda a interpretação das leis se deparam fatalmente conceitos jurídicos indeterminados; de modo que o intérprete (o juiz), a páginas tantas, não interpreta, antes decide, perante os casos da vida. E isto está certo. No entanto, e superando o legalismo, nada nos impede de considerar a sentença como a norma (o dever-ser) do caso concreto, coisa que deveras é.

⁵⁵ E a mesma confusão se esboça num autor como Poulantzas, quando ele acentua certas «relações particularmente imediatas» entre a infra e a superestrutura. Trata-se, nomeadamente, daquilo a que chama «as situações de facto no Direito». Os seus exemplos dizem respeito à sociedade de facto, ao contrato de trabalho de facto e à concubinação, em princípio juridicamente «nulos», mas que, não obstante, produzem certos efeitos. Poulantzas diz que, nestes casos, «a infra-estrutura é imediatamente convertida em valor jurídico [...] e investida em si de efeitos legais» [70a]. Retomaremos esta questão adiante, a propósito de teoria geral do Direito e marxismo.

b) O juiz não é juiz, acrescenta Schmitt, só porque uma lei (norma) o fez tal, mas sim «enquanto referido ao ordenamento concreto», porque há uma concreta organização dos tribunais e se fizeram... nomeações concretas... [72]. Mas Kelsen já nos ensinou que as concretas nomeações constituem verdadeiras normas. E a concreta organização dos tribunais também não é pensável à revelia de um sistema normativo. Sem um sistema normativo, como distingui-la de «tribunais selvagens»? Todas as instituições implicam uma acumulação normativa: o que ela pode é relevar dos costumes mais do que de legislação geral e abstracta.

c) «A decisão desconforme à regra também cria Direito. Qualquer ordenamento [...] abrange as decisões jurídicas de sentido contrário ao sentido das normas [...] em vigor. O normativismo consequente, que não admite isto, cai no seguinte absurdo: a decisão jurídica conforme à norma jurídica vigente retira desta a eficácia [...]; a decisão jurídica contrária [...] em si tem a fonte da própria eficácia.» [73] Melhor será, propõe C. Schmitt, confessar que as normas se submetem ao ordenamento, não sendo a modificação delas a causa (mas sim o efeito) da mudança dele. E vá de nos encontrarmos mais uma vez com o decano Hauriou e com Santi-Romano. E também, por outro lado, com Max Weber, nas suas múltiplas referências aos problemas vizinhos dos conflitos de autoridade, dos regulamentos que se contradizem e das *klacunas* intencionais...

Mas aqui atenção, que se nos deparam duas distintas questões. A primeira resolve-se, na embalagem das alíneas precedentes, pela recusa a identificar norma e lei; remete-se pois a censura antinormativista para o cartório do severo, mas impotente legalismo, que a certas violações só reage como o avestruz; ou então tomando ares de virtude ofendida. Porém, qualquer normativista sabe, por um lado, que há violações da lei por assim dizer legais, que a própria lei as prevê ou cobre. Ao instituir, por exemplo, o caso julgado ou certas irresponsabilidades, certos poderes discricionários, a lei não convida a que a tratem mal, mas integra *ab initio* certas eventuais «maldades». Isso é ordinária administração... Diferente se afigura, porém, o caso das violações que imprimem carácter. É verdade que o normativista também sabe, por outro lado (como atrás se disse), que a validade de uma norma não deriva *sic et simpliciter* da conformidade hierárquica⁵⁶; que se lhe exige outrossim um mínimo de eficácia; e ainda (tal se volta a salientar) que a pirâmide jurídica profunda não coincide necessariamente com a do formalismo constitucional: a roupagem nem sempre adere ao corpo. E, portanto, as decisões que eficaz e sistematicamente violem uma norma geral revelam ou constituem a caducidade ou a invalidade dela, parcial ou total; e podem até acarretar, em certos casos, uma alteração do próprio modo de produção normativa⁵⁷. Temos assim que nunca a existência de decisões dessas contraria um normativismo bem entendido (concreto) pela boa razão de que essas decisões, quando praticamente se impõem, constituem norma. E o legalismo que se encolha...

⁵⁶ Ter sido elaborada da maneira estabelecida em normas superiores; não ter um conteúdo contrário ao delas...

⁵⁷ Eis o que sucede quando, anticonstitucionalmente, um governo legisla por sistema sobre certas matérias reservadas a outro órgão do Estado. Se os seus decretos se revelam eficazes, terá de entender-se, contra a constituição escrita, que a atribuição do poder legislativo se modificou, *de jure*, embora informalmente — e não só *de facto*.

Mas sobra um problema a que já aludimos: o do contributo que o normativismo tem de pedir à eficácia para que as suas normas sejam válidas, coisa que não parece nada pacífica, sobretudo ao acalentar-se uma «teoria pura». Mas já lá vamos. Antes disso — e para terminar com o outro ponto —, ainda é preciso falar do *nomos basileus*, da lei-rei.

Na opinião de C. Schmitt, a expressão de Píndaro tem desmedidamente servido as pretensões do normativismo, que chega a sobrepor a lei «à eticidade e à não eticidade, ao Direito e ao Torto», diluindo as criadoras antíteses entre a razão e a vontade, a verdade e a autoridade [74]. Para ele, *nomos* é o Direito, e não propriamente a lei; e «o Direito, para ser soberano, não pode coincidir com quaisquer normas ou regras positivas, com quaisquer determinações legais [...] precisa de ostentar certas qualidades altas e imutáveis, de ordenamento concreto». E porquê? Porque ao normativista «é vedado referir-se ao poder e ao querer concretos [...] Rei, juiz, chefe, Estado correspondem tão-só a funções normativas [...] e mesmo a norma suprema, a lei das leis [...] não passa também ela própria de uma norma ou lei [...]». No fundo, é uma lei contra o rei, aqui no sentido de monarca ou governante efectivo: «os fautores da *lex* subjugam o *rex*... Mas do *nomos* real, como rei real, só se pode falar quando por este vocábulo se designa uma comunidade, dotada de um ordenamento em que se concretiza o conceito de Direito [...]. Rei é representação jurídica que não se obtém fora do ordenamento concreto»⁵⁸ [...]. Se *nomos* e *basileus* não fossem representações jurídicas da mesma espécie, a frase composta com essas palavras seria mera ligação exterior [...] Se, porém, se trata de verídica associação, teremos de admitir que assim como a Lei é Rei, assim também o Rei é Lei.» [76] Lei com maiúscula, repare o leitor, isto é, Direito. Já sabemos que o Führer não era para os nazis um ditador sobreposto, mas sim o grande camarada racial, máxima expressão do concreto ordenamento, da comunidade de estirpe...

Já andámos o suficiente em torno deste assunto para compreender que o Direito de Carl Schmitt, o ordenamento concreto, mais não é do que a própria comunidade nacional-racial enquanto indistintamente ordenada; ou seja, ordenada por valores (ou, melhor, segundo «modos de ser») que nós tendencialmente afectamos a diversas esferas normativas: a da religião, a da moral, a da cortesia, a da estética e, enfim, a do limitado e profano Direito. É certo, não obstante, que o positivismo jurídico ainda se refere à majestade da lei. Mas trata-se de uma linguagem figurada; e lá que, por seu intermédio, se tente uma sacralização à sucapa, através da exaltante soberania popular do Estado-nação, isso não tira nem põe. É outra questão. Não vamos discuti-la aqui, tal como também não discutiremos a substância política do *nomos basileus* schmittiano. Eis um argumento de notável interesse, mas doutrinário, como o do «Estado de Direito», seu rival. Ora não é de doutrina política este nosso discurso. Se o deixámos desviar-se numa direcção especulativa, foi com outros desígnios. Primeiro, para situar C. Schmitt numa mais vasta perspectiva e para dela nos recordarmos adiante, ao surgir diante de nós o *nomos basileus* marxista. E depois para, partindo de uma certa frase acabada de citar, ver umas últimas coisas entre Schmitt e Kelsen.

⁵⁸ Noutro passo, Schmitt diz que *nomos* e *basileus* são «conceitos que reciprocamente se determinam» [75].

«Se *nomos* e *basileus* não fossem representações jurídicas da mesma espécie, a frase composta por essas palavras seria mera ligação exterior [...]» É muito curioso acharmos esta observação *en passant* num tal autor, pois corresponde ao tipo de exigência lógica e metodológica a que Kelsen nos habituou... Como o leitor estará recordado, o *rex* de Kelsen (o Estado) representa a unidade da *lex*... entendida como norma. Não se encontra por detrás nem acima do sistema jurídico; é Direito ele próprio. Ora uma interpretação legalista do normativismo não é fatal, conforme temos dito e repetido. Contrariamente ao que Schmitt repetidamente inculca, a teoria pura não confunde norma e lei. Até nos convida a examinar à sua luz as ordens jurídicas mais concretas, ao dizer, por exemplo, que uma chefatura africana não é menos estadual do que a Suíça... [77]. E mais: define-se, em passagens decisivas, como normativismo concreto, indo, de certo modo, ao encontro de muitos temas caros a C. Schmitt e liquidando, simultaneamente, alguns grandes «mitos» liberais.

Com efeito, a concepção kelseniana (formal) da norma jurídica de modo algum implica as liberalmente sacrossantas generalidade, publicidade e irretroactividade da lei, antes admitindo expressamente (o que não significa desejar politicamente) normas individuais, secretas e retroactivas. Por outro lado, a ideia de uma produção escalonada da ordem jurídica elimina *a priori*, como se viu, aquele abismo entre a *legis latio* e a *legis executio*, que tanto repugna a C. Schmitt, atribuindo, sem qualquer hesitação, o carácter de norma ao contrato, ao acto administrativo, à sentença. Enfim, Kelsen considera a clássica separação dos poderes como um processo técnico (ao serviço de interesses políticos), processo esse cuja ausência perfeitamente se concebe; e a «teoria pura» engeita liminarmente as pretensões ideológicas do «Estado de Direito» a uma especial dignidade, se não a um monopólio jurídico. Em tudo isto, o mestre de Viena escandalizou a ciência oficial, sacudindo-a, como noutros terrenos a sacudia o conterrâneo Sigmund, fazendo empalidecer as boas almas liberais e atraindo sobre si acusações de niilismo tão injustas quão significativas de uma conjuntura ideológica e cultural... Conjuntura essa, de resto, em que os extremos se deram as mãos: como Kelsen justamente observou, há Direitos naturais para todos os gostos, conservadores e reformistas, reacçãoários e revolucionários, todos eles se reclamando de uma bondade, naturalidade, necessidade ou magnitude do ser. Uns chamaram a Kelsen fascista e os outros bolchevista. Nenhum serviu com isso a razão humana nem a ciência jurídica.

Tudo visto e considerado, o normativismo não só resiste à crítica de C. Schmitt, como responde a algumas das suas exigências e preocupações. E a recíproca não é verdadeira. Mas num aspecto a crítica acerta, põe a nu uma perplexidade: é quando diz que o normativismo nunca alcança o poder e o querer concretos — o que é verdade: apenas os pressupõe. E, no entanto, a validade das normas (a do sistema delas e a de cada qual) releva, na «teoria pura», da eficácia prática. Acima se explicou, em defesa de Kelsen, que é teoricamente legítimo considerar a ordem jurídica como um dado, algo que já *ai está*. E é de manter tal defesa. No entanto, ela não basta. Na sua validade ideal, seria de esperar que as «puras» normas jamais se comprometessem com uma facticidade. Subsiste pois uma insatisfação, que nos obriga a ir mais além. Dizia Carré de Mallberg,

a vários títulos tão próximo de Kelsen ⁵⁹, que «a constituição originária [...] é um facto refractário a toda e qualquer qualificação jurídica». E que errado seria quereremos «encontrar indefinidamente Direito na base dos Estados e das suas constituições» [77a]. Mas agora talvez já possamos relacionar o dever ser com o ser sem cair em mixórdias.

IV

O QUE É O ESTADO

1. DEFINIÇÃO FRIA

Todo o nosso deambular confirmou *grosso modo* as noções de que partiu: a do Direito como sistema de normas coactivas e a do Estado enquanto correlativa série de instituições (pessoas) jurídicas. Nada nos impede de o tomar, outrossim — ao Estado —, como a instituição por excelência — ou instituição das instituições —, compreensiva de todas as demais; ou como personificação da ordem jurídica total. Mas, em sentido inverso, também podemos recortar nesta totalidade um conceito restrito e material: o Estado não será então o conjunto de todas as pessoas jurídicas individuais e colectivas, mas tão-só o subsistema daquelas que merecem usualmente o nome de *órgãos* ou *autoridades* e que constituem o chamado *aparelho estadual*.

O Direito consiste, portanto, nas normas elas mesmas e o Estado nas jurídicas instituições. É claro que o conceito de instituição permanece aqui essencialmente normativo. Não designa o agregado social; antes constitui uma maneira de olhar e de trabalhar o material jurídico. Mas as normas, que formam as instituições, também de certo modo nascem delas (agora, vistas em termos de acção, enquanto reais comunidades humanas) e por elas são aplicadas, tuteladas. Para elaborar a constituição positiva, o poder constituinte constituiu-se. No vértice da pirâmide, o Direito surge como um fortíssimo facto. E só quando o sistema das normas já aí esteja, bem assente e comprovadamente eficaz, é que esse facto se dilui em «norma fundamental hipotética», pressuposto da validade de toda a ordem jurídica. O primeiro acto normativo é o acto extraordinário e imprevisto pelo qual se autodefine a suprema autoridade. Iluminante conúbio do Direito e do Estado nascentes...

Já sabemos não haver nele mistério algum. *Ambos, Direito e Estado, se explicam pelo poder político, pela potência bem humana e descritível que os transcende e os anima — e que através deles se consolida, sacraliza e ordena, sofrendo-lhes, porém, o choque em retorno: uma determinação que o limita.* Como muito bem viu C. Schmitt, «a categoria da politicidade é originária perante os conceitos de estatal ou jurídico» ⁶⁰. E temos de deter-

⁵⁹ No rigoroso positivismo jurídico, na definição da norma, no abater de mitos liberais, como o da autolimitação do Estado ou o da necessária generalidade da lei, etc.

⁶⁰ «Hoje não se pode determinar a política a partir do Estado. É preciso determinar o Estado a partir da política.» [79] Esta frase pode ser lida fora do *politique d'abord* (versão voluntarista) que nela sem dúvida ecoa.

minar estes dois últimos a partir da política, onde palpita ou tumultua toda a sociedade. Mas também parece que o poder *tem de* constituir-se em Estado e de passar pelo Direito se quiser perseverar. Ora a consideração desta dialéctica permite resolver toda uma série de dificuldades.

Para resolvê-las mesmo — e uma vez aceite a fundamental justeza da «teoria pura» do Direito — temos, no entanto, de acentuar o momento da decisão «impura» que Schmitt veio iluminar. E porquê? *Porque aí uma acção que é (sociologicamente determinada) só é enquanto diz o que deve ser. Porque o momento da decisão é o momento do enlace entre o político e o normativismo, ou o momento em que o poder passa do facto ao Direito. E o momento, portanto, em que poderemos considerar unitariamente (unidos, mas sem fusão) o poder como realidade social e o Estado como sistema de entes jurídicos.*

Com efeito, e como logo viu K. Larenz (mas de um ponto de vista hegeliano de direita, antinormativista), «a decisão não é algo puramente sociológico [...] mas sim um elemento formal especificamente jurídico». Trata-se, acrescenta ele, «do momento político de todo o Direito» [78]. E isto deve, na verdade, entender-se quanto a cada norma — acrescento eu. Não diz unicamente respeito à norma fundamental, que é suprema expressão do poder antes de «se tornar» na hipotética garantia lógico-jurídica de Kelsen. E porquê? Porque a eficácia condiciona a validade global não só do sistema jurídico, como também das suas partes — incidindo até, como vimos, na própria determinação dos conteúdos normativos reais... De Direito positivo são as normas «normalmente» aplicadas, nem sempre coincidentes com as escritas na lei. Lei essa, de resto, que se realiza no espaço político, numa prática que é quotidiana inflexão...⁶¹

O momento da decisão — convém anotá-lo — é complexo: melhor se diria uma sucessão de cristalizações. E o espaço político acabado de referir também se não reduz à esfera do poder constituído central: há poderes periféricos e poderes «informais», por vezes ilegais, co-determinantes das normas. De resto, todo o poder é uma contrastada articulação de poderes, ou a diagonal resultante. Mas o uso da palavra no singular impõe-se — mesmo nos casos de descentralização extrema e de federações em que um efectivo direito de ruptura seja reconhecido aos Estados-membros — como expressão da unidade política. Enquanto ela exista...

Isto posto, chegou a altura de pegar de caras, ponto por ponto, as grandes questões até aqui bordejadas:

a) Num primeiro tempo, devemos ter presente que todos os conceitos de Estado atrás fornecidos ainda são puramente jurídicos. É certo que uma tradução sociológica deles se nos apresenta com o ar mais natural: encarada «pelo lado» das realidades sociais, a instituição das instituições mais não

⁶¹ Passa ao lado a crítica de que há uma contradição, na teoria pura, «entre a validade global de uma ordem jurídica positiva, fundada na sua efectividade, e a validade interna de cada norma singular, fundada na imputação a uma norma superior». Acessoriamente, cabe anotar que também para Kelsen «uma norma jurídica singular perde a sua validade quando deixa de ser eficaz». Mas o principal está em que a norma fundamental não faz parte do direito positivo, não sendo por isso de estranhar que a questão do seu fundamento se ponha diversamente. Ora é ela que valida todo o sistema... Mas tem razão o crítico citado (Poulantzas) ao salientar que a dialéctica entre a infra-estrutura social e a superestrutura jurídica se não dá só ao nível da *Grundnorm*. [80]

será aí do que a sociedade politicamente organizada, sociedade perfeita ⁶²; ao passo que o conceito dito material (conjunto dos órgãos) corresponde ao poder que a organiza, o poder político...

É esta, no fundo, a proposta de um dos melhores comentadores de Kelsen, um dos poucos que, não se limitando a receá-lo, compreenderam que para trás da «teoria pura» não valia a pena voltar. Refiro-me a Luis Recasens Siches, na sua *Filosofía del Derecho*, quando procura ultrapassar o dualismo na teoria do Estado e propõe, a certa altura, que se considere «a legislação como ordem ordenadora Direito e como ordem ordenada Estado» [82]. Mais adiante, todavia, e após ter observado que «o fenómeno real do poder consiste na existência de uma unidade efectiva de decisão suprema sobre a regulamentação da vida em comum», acha que «o Estado representa uma unidade colectiva que cristalizou no ordenamento jurídico» [83]. Deste modo inverte as vozes passiva e activa de há pouco, passando o ordenador a ordenado. Parece que, afinal, não saímos da perplexidade (galinha e ovo) pela qual há tantas páginas iniciámos esta nossa reflexão. E, no entanto, a deambulação de Recasens ajuda-nos, ao pôr o dedo, incidentalmente, sobre o poder de decisão.

b) Se, coisa que Recasens não faz, considerarmos esse poder de decisão suprema — o poder político — como originário, determinante tanto do jurídico como do estadual, já escaparemos à perplexidade acima observada. Sem dúvida colhe a afirmação de que as instituições se não reduzem às normas: há nelas «uma weberiana acumulação de energias humanas formando uma especial estrutura» [84] — e na especial (formal) estrutura reside a juridicidade, forma onde, porém, já se adverte o pulsar da vida social... Mas, se considerarmos o Estado como o sistema das instituições, também é claro que, «embora a realidade estadual e o ordenamento jurídico não sejam idênticos, se implicam mutuamente de um modo essencial». Entrarão pois «na realidade estadual todas as relações e processos sociais cujo sentido intencional se refira ao jurídico [...] tudo o que tende a criar, manter, modificar ou revogar normas jurídicas». A realidade efectiva do Estado abarcará, portanto, elementos metajurídicos, «mas só enquanto intencionalmente se referem ao Direito» [85].

Até aqui tudo certo. Mas Recasens conclui com uma recaída o seu notável esforço, ao definir o Estado, «em suma e essencialmente, [...] como essa instância de poder que impõe inexoravelmente as normas» [86]. A confusão resulta de ele não ver que tanto o Estado como o Direito são veículos, criações do poder. *Mas desaparece caso se afirme com clareza que o poder político, força unificadora, cristaliza simultaneamente nas normas que definem as instituições (estaduais) e nas instituições que elaboram ou aplicam as normas* ⁶³. Não é a instância estadual que impõe inexoravelmente as normas. É o poder político que juridicamente se define e institucionalmente actua. Uma assembleia legisla, um juiz sentencia, o governo manda a polícia — eis outras tantas actividades estaduais que pressupõem o Direito. Mas este

⁶² O próprio Kelsen, às vezes, quase se descai: «O Estado», diz ele, «é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional [...]» Mas logo adverte: trata-se de uma «comunidade jurídica, e nada mais». Não se lhe descobre outro cimento que não seja o do Direito [81].

⁶³ Recasens: «O Estado [...] é uma espécie de precipitado ou de expressão normativa de uma série de acontecimentos da vida social [...] com um sentido político.» [87] Como se vê, andamos perto. Para Spengler, o Estado era a história em repouso.

último, pelo seu lado, tem por si a força pública, que, ao garantir-lhe a eficácia, lhe condiciona a validade... Entre o Direito e o Estado não há, portanto, qualquer primazia. Primaz é o poder político, que por ambos passa... No quadro de relações dialécticas necessário se torna, em suma, acentuar que o Estado é muito mais do poder do que o poder é do Estado. Mas, como *basileus* (poder) só como *nomos* (norma) se consagra, também há uma realza na ordem jurídico-estadual...

Esta dialéctica — e recíproca pertença — do poder político e da ordem jurídico-estadual tem de ser aprofundada. E sê-lo-á em sucessivos ensaios. Limito-me por agora a duas ou três observações a seu respeito, indicativas de uma fecundidade teórica.

c) Em primeiro lugar vem a consideração de que, como já sugeri, o poder político também é capaz de existir — e de existir num máximo de concentração — à revelia do Direito e do Estado. Recorrendo à teoria dos limites (consabidamente inatingíveis), melhor aliás se dirá que o poder político foge por vezes a todo e qualquer ordenamento jurídico-estadual. E então tende a destruir o Direito e o Estado. É o que sucede nas tiranias, e nomeadamente nos regimes totalitários contemporâneos.

Aqui volta, porém, a ideia de que o poder tem de assumir forma jurídico-estadual. Para quê? Para assentar, como diz o Talleyrand da epígrafe; para se consagrar, enraizar e durar. Ora trata-se de uma condição *sine qua non*, de modo que o totalitarismo ou se refreia ou se estampa — e a comparação de Estaline com Hitler (do realista com o doido) é das mais instrutivas. A questão, de resto, não consiste só, nem principalmente, em durar: duração é consequência, sintoma. Alude a outra coisa, essa, sim, fundamental.. Indo à raiz, *o problema é o da capacidade de integração social e política*. Por ela se avalia a consistência da ordem jurídico-estadual. Pois o Direito e o Estado constituem, de lés as lés, empresas de integração, que resultam ou não. Quando o aparelho do poder começa a notabilizar-se pela arbitrariedade, é porque está a perder o carácter estadual, sinal porventura de que a revolução se aproxima. Só que a linguagem não costuma dar pela mudança. E os revolucionários, embora, no fundo, jamais o ignorem, «esquecem-se» frequentemente de que derrubaram o que já não passava de cadáver adiado, uma caricatura do Estado. E chegam a supor que a nova ordem, emergente do caos revolucionário, poderá um belo dia (com a última e cabal revolução) deixar de ser uma ordem coactiva.

Mas, chegados a este ponto, temos de remeter para a discussão com o marxismo, que principia daqui a poucas páginas. A definição marxista do Estado parece situar-se em definitivo nos antípodas de tudo isto, malgrado certas indicações «extravagantes» do próprio Marx e dos marxistas políticos, como António Gramsci⁶⁴.

d) Só pela dialéctica entre o poder político e a ordem jurídico-estadual se pode resolver satisfatoriamente a *vexata quaestio* das funções não jurídicas do Estado, que crescem dia a dia sob todos os regimes políticos. Um dos grandes argumentos contra a «teoria pura» do Direito acusa-a precisamente de não tomar nem poder tomar em conta este destino intervencionista e desenvolvimentista do Estado contemporâneo, que escaparia, por definição,

⁶⁴ Gramsci chegou a definir o Estado como *um consentimento*, embora «revestido [courageado] de coacção». Este consentimento é correlativo ao conceito de hegemonia (da classe dominante), o qual, por sua vez, tem muito que ver com a capacidade integradora.

ao «formalismo» jurídico. Mas, à luz do que precede, tal objecção é falaz. Senão, vejamos.

As funções não jurídicas são, por um lado, as funções técnicas, a que já atrás aludimos a propósito dos actos de fomento⁶⁵, e, por outro lado, a chamada *função política* ou *governamental*. Como esta última é a que levanta a maior dificuldade, nela me vou concentrar aqui.

Com efeito, a governação de que se trata consiste numa animação fundamental do corpo político, na discussão e adopção das grandes linhas de rumo gerais ou sectoriais — e ainda na propaganda, na mobilização das energias necessárias para realizar o decidido, etc. Ora tudo isto parece anteceder logicamente o Direito, ao passo que as obras do fomento se lhe sucedem... Eis um aquém e um além não jurídicos... E podemos, é certo, dizer que a constituição prevê a «animação» governativa, tal como as leis de fomento prevêem que aquela estrada se abra, ou que estes médicos actuem como funcionários públicos no Serviço de Saúde. Num caso e noutro estaríamos afinal perante regularíssimos actos jurídicos, observando-se apenas que os de fomento são puramente executivos e os da governação se afiguram essencialmente discricionários. É uma hábil defesa estática⁶⁶, que não satisfaz inteiramente e à qual não precisamos de nos agarrar. E bem se entende porquê: porque estamos em condições de afirmar *in limine* que as funções do Estado, quando deveras escapem ao Direito (ou na medida em que escapem), não são afinal do Estado. Serão apanágio do poder político *tout court*, superior e sempre parcialmente exterior à ordem jurídico-estadual. A multiplicação das funções técnicas corresponde até, antes de mais nada, ao movimento contemporâneo de interpenetração, a todos os níveis, entre o poder político e a sociedade civil. E, quanto à função governamental, eminentemente política e pré-jurídica, cabe advertir, com Rudolf Smend, que «a política é o domínio em que se resolvem as questões por regulamentar, o domínio das possibilidades ainda em suspenso e da livre decisão» [89]. Esta liberdade de decisão caracteriza — diz-nos ele — as funções legislativa e governamental *do Estado*. Mas nós podemos perfeitamente introduzir aqui a nossa distinção (que, de resto, não é rígida) entre o Estado e o poder. É verdade que o poder político cristaliza em normas e instituições, mas isso não quer dizer que o Direito o possa conter por inteiro. O contrário é verdade: desde logo, a ordem jurídico-estadual não contém a soberania que a define e a impõe, correctamente definida por C. Schmitt como «um poder decisório [supremo] que não é absolutamente delimitável por normas» [90]. E também não contém a totalidade dos poderes que sobre a sua aplicação se exercem, poderes centrais ou periféricos, formais ou informais, por vezes clandestinos e ilegais, mas que tanto contribuem «realmente» para a adopção, confirmação, modificação, reforma ou ruína das leis...^{66a}

⁶⁵ Cf. cap. II, § 2.

⁶⁶ É a defesa de Kelsen, correcta na sua esfera, e segundo a qual o poder discricionário, por maior que seja, «não pode retirar a um acto do governo o seu carácter de acto executivo de uma lei» [88].

^{66a} Cabe aqui referir aqueles «conflitos crónicos de autoridade» — entre a Igreja e o Estado, com os respectivos ordenamentos; ou entre o Direito legislado e persistentes costumes *contra legem* — de que fala Max Weber. Esses conflitos decerto ameaçam a unidade política. Mas, *enquanto ela se não dissolver*, haverá, pelo menos, um modo «normal» de resolução desses conflitos (por afirmação de uma hegemonia ou por transacção e compromisso) correspondente a relações de força relativamente estabilizadas. Aproveite-se esta ocasião para salientar outra vez que o nosso discurso

Apenas sucede que as formas jurídico-estaduais também representam (são), por seu turno, uma grande acumulação de poder. Têm muita história dentro e a força enorme das ideologias: os povos consideram-nas sagradas, votando-lhes grande afeição ou um reverencial temor; os políticos têm de cuidar delas, por muito que sejam aparências e quer queiram conservá-las, quer mudá-las, quer destruí-las; e todo o poder é no seu interior que em grande parte se forma e deforma, se faz e desfaz.

Por isso, e também por comodidade, já que o constante vaivém entre poder e Estado nos obrigaria, de outro modo, a uma esgotante ginástica verbal), é aceitável que continuemos falando no Estado como poder e no poder como Estado, sem a cada passo nos refinarmos. Desde que se não percam de vista os limites da terminológica identificação.

e) Mais em geral, a concepção dialéctica das relações entre o poder político e a ordem jurídico-estadual aplicar-se-á para levar a cabo toda uma série de investigações sobre o Estado que muito têm a ganhar se procedermos ao enlace das dimensões jurídica e social do nosso objecto. Eis o que requer um método que não se limite a adicioná-las, mas que, por outro lado, também as não misture numa confusão sem nome.

Quer se trate então de analisar a evolução histórica das formas estaduais, quer as relações delas com a economia, com as classes, com a nação, etc., já sabemos onde se efectua o rigoroso enlace: é ao nível das decisões político-normativas, lá onde, ao longo de toda a «pirâmide», o poder se torna Estado, o facto determina o Direito e se disciplina por ele.

«Na afirmação de uma vontade directora da comunidade já se acha pressuposta uma ordem jurídica. O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional. E, num certo sentido, toda a ordem coactiva estadual terá de ser qualificada como organização baseada no poder. Mas, com o poder juridicamente ordenado, surge em lugar do poder nu a ordem jurídica; e o seu objecto já não é 'poder' no sentido originário, mas sim poder inseparável da forma, ou seja, Direito: cuja validade nos aparece como poder do Estado.» [91]

Isto foi uma montagem de textos de Hans Kelsen. Facciosa naturalmente, mas brotando com grande naturalidade. Chegámos a este ponto «em estado» — espera-se — de nos não deixarmos transviar nas alquimias do verbo. Com as suas estaduais instituições, o Direito é uma ordem da conduta humana não mais do que a partitura do comum viver⁶⁷. De modo que o Estado, em si mesmo, também não é acção. É apenas a regularização do poder político. Mas agora já sabemos situar correctamente aquela dialéctica do ser e do dever-ser, do acto e do sentido, cuja fácil aceitação se nos tinha afigurado estéril. As melhores lições de Weber e Marx podem entrar rigorosamente por aqui.

f) Enfim, sai daqui facilitada a abordagem científica do problema do «Estado de Direito» e da chamada *autolimitação do Estado*. Nos quadros do positivismo vulgar — e uma vez que a instância estadual nos surge como suprema fonte que põe as normas e delas soberanamente dispõe —, a ques-

visa todo e qualquer Estado, de modo algum pressupondo formas necessariamente centralizadas e de um absolutismo tendencial.

⁶⁷ O exemplo da música, a qual se não esgota em partituras, tem sido usado contra a teoria pura, que reduz à norma o Direito vivido. Mas esta crítica até cai bem. Pois apenas acerta, involuntariamente, na distância que deveras existe — e tem de ser assumida — entre o Direito e a sinfonia social. Nem o idealismo socialista consegue transpô-la, como já veremos.

tão torna-se obviamente desesperada. E em termos jusnaturalistas também não ficamos mais bem servidos, uma vez que (e à parte o facto de os jusnaturalistas se não entenderem sobre o conteúdo da justiça) o jusnaturalismo se coloca, por definição, num terreno pré-jurídico, *de lege ferenda*, limitando-se a intimar o legislador a que não entorte o Direito e concedendo eventualmente aos súbditos um «direito de resistência» perante a ordem injusta. Ora é verdade que nada disto nos permite avançar na ciência jurídica. Mas também é claro que tudo isto pode assumir o mais alto relevo político, sobretudo quando determinada escola de Direito natural consegue inspirar uma «ideologia de massas»; e quando a *élite* que a define acede ao poder. Caberá então analisar cientificamente como e até que ponto é que uma influência jusnaturalista se exerce (em sentido conservador ou revolucionário) no sentido da normalização ou anormalização do poder político. Estaremos em sociologia jurídica, na contemplação do corpo-a-corpo do poder com as poderosas formas do Direito e do Estado, relativamente autónomas e que também o determinam.

Em Direito, o problema da autolimitação também é tratável, mas nuns termos diversos, que de resto já facilmente se adivinham. Como vimos, a ordem jurídica também regula a sua própria produção, uma produção escalonada, em que se deve sempre observar o disposto nos degraus superiores da pirâmide normativa. Ora, neste facto de a ordem jurídica «poder ter por objecto a sua própria produção», Kelsen descortinava «o que há talvez de exacto, de um ponto de vista teórico, na teoria da *chamada autolimitação do Estado*» [91]. E descortinava bem. Carré de Malberg, apesar de todo o seu positivismo, também negou que o Estado fosse propriamente onnipotente, pois há sempre uma constituição, «que determina as formas e as condições do exercício do poder». Ou seja: quando o soberano desmanchar a constituição, ficará obrigado a reconstituir-se. O Estado é sempre poder organizado, que, pela própria organização, necessariamente se limita [92]. E o mesmo se deduz directamente da ideia de ordem ⁶⁸.

É claro que estes limites (tanto o da organização estadual, como o que é posto pelo modo regado da produção jurídica) são limites «formais», que apenas nos guardam da desenfreada desordem. *A priori*, apenas garantem que nem tudo na cidade é possível. Por si sós, não promovem nenhum bem específico. Eventualmente, até deixarão entrar e poderão consagrar todas as espécies de mal. Pois «todo e qualquer conteúdo pode ser Direito» [94]. Eis o que parece inadmissível. E não conviria encerrarmos este capítulo sem dizer mais alguma coisa acerca disso.

2. O EMPENHO MORAL E POLÍTICO

Recorrendo a uma imagem poética, Kelsen diz que o Estado é um rei Midas que transforma todo o poder em Direito. E o Direito aparece-nos como uma técnica social que pode ser posta ao serviço dos mais variados desígnios. A teoria geral tem, por isso, de ser neutra, embora o Direito concreto não costume imitá-la.

Já dissemos mais do que o suficiente para mostrar que não cabe à ciência do Direito substituir-se à arte e à vontade políticas na imposição de conteúdos justos (e portanto desejáveis) à ordem jurídico-estadual. Não

⁶⁸ Kelsen: «O Estado é o poder juridicamente ordenado.» «O Estado, por constituir uma ordem, tem de ser limite e limitação.» [93]

interessa agora insistir na demonstração, mas apenas salientar algumas conexões e desenvolvimentos metajurídicos da jurídica impavidez kelsiana. E, assim:

a) Como o leitor já terá pressentido, não é apenas à ciência jurídica, mas também a todo e qualquer procedimento científico que Kelsen nega o acesso à verdade ou ao valor absolutos. De modo que nunca será legítimo determinarmos *cientificamente* ⁶⁹ o que deve ser. Para o relativismo gnoseológico e axiológico, a descoberta do que deve ser nunca passará de opinião. Não quer isto dizer que certas opiniões se nos não possam afigurar mais razoáveis ou prováveis do que outras. Significa, porém, teimosamente, que os valores são matéria de opção subjectiva e que quem opta nunca deixará de arriscar.

Este relativismo, que, por um lado, inclina à tolerância [94a] e ao pluralismo político, desemboca, por outro, num apelo à responsabilidade dos cidadãos. Ora é dela que depende a autêntica democracia, que tende a ser governo *pelo* povo — e não só *para* o povo... Ao advertir que o relativismo impõe ao indivíduo a difícil tarefa de decidir por si próprio do justo e do injusto, Kelsen acrescenta que o temor da responsabilidade pessoal é que leva muitos homens a descarregarem-na numa qualquer autoridade, ou, em última instância, em Deus. Quando não aguentam o peso do relativo, evadem-se para o absoluto — e a liberdade também se exila no azul dos céus.

b) A liberdade que Kelsen elogia e promove nos seus livros metajurídicos não é uma liberdade natural, mas sim política, que não sonha poder vir a dispensar a autoridade ou a abolir um belo dia toda a coacção. Concede-se como esclarecida participação dos cidadãos na criação da ordem jurídica, na formação da «vontade estadual». E contrapõe-se à ideia ou sentimento dos antigos Germanos, «para os quais liberdade queria dizer ausência de todo e qualquer domínio ou Estado» [95]; ideia e sentimento esses que reafioram nas teses revolucionárias modernas sobre a extinção da instância estadual. Para Kelsen, o íntimo sentido da submissão ao Estado não é de modo algum o de um domínio de certos homens sobre outros. É o de uma comum sujeição ao Direito. Decerto «são homens quem cria as normas — mas em obediência a outras normas» ⁷⁰.

Quem siga por este lado não tem de desconhecer que as liberdades políticas tantas vezes se revelam «formais»; nem que a celestial figura do cidadão por de mais tem ocultado as misérias e dependências do homem concreto, nomeadamente se é membro de uma raça ou de uma classe dominada. Mas jogará no alargamento da participação política e social efectiva. Sabendo que a forma jurídica não está condenada a ser formalismo vazio ⁷¹, reconhece, no entanto, a permanência desta mortal inclinação. E lutará, portanto, pelo Direito justo, sem desfalecer nem se iludir, revolucionariamente até, se necessário for, mas sabendo que se trata de um combate duvidoso e sem fim, recomeçável por cada nova geração.

⁶⁹ No sentido de uma ciência rigorosa. E não no de uma mais larga justificação intelectual das preferências éticas e políticas.

⁷⁰ Embora, contrariamente ao ideal democrático, homens mandem em homens. Pois a pessoa do Estado «não passa de uma máscara que oculta os meus iguais» [96].

⁷¹ Não há liberdade sem forma. «Todos os povos que praticaram o culto da liberdade sentiram instintivamente o valor da forma», diz Ihering. O apogeu da liberdade romana foi também o do rigor na forma jurídica. E o declive de uma correu paralelo ao relaxamento da outra [97].

A grande objecção a tudo isto é a objecção do marxismo, do qual nos temos vindo a afastar ponto por ponto. O marxismo não ignora o papel do Estado no desenvolvimento da civilização. Sabe — e diz — que a conquista das (relativas) liberdades tem sido inseparável do Direito, da desnaturalização jurídica. E acha, mesmo assim, preciosas as conquistas da democracia «formal», chegando a constatar que no Estado, por vezes, se equilibram efectivamente as classes sociais. Mas não renuncia à miragem de uma liberdade e de uma igualdade absolutas. Atribui aos eventuais equilíbrios interclassistas o carácter da excepção que confirma a regra e considera que as liberdades políticas são, *no fundo*, ilusórias, que o Estado, *em definitivo*, apenas garante a exploração do homem pelo homem — a caminho de uma situação catastrófica —, como *factotum* de uma burguesia minoritária, e mesmo exígua. Pois tal é a sua *essência*, que a ciência marxista desde já nos revela e que na história está a pontos de plenamente se realizar — em termos de bancarrota.

Erro seria, assim, fixarmo-nos na contemplação das mediações que têm sido e que constituem empíricas, ilusórias aparências. Bem vistas as coisas, não há fundamento sólido para uma democratização do Estado. Porque, muito hegelianamente, as aparências devem ser consideradas no movimento global da essência, cabe, pelo contrário, jogarmos na desapareição da instância jurídico-estadual — que dará lugar a uma feliz coincidência entre o desejo e o dever.

Não podemos terminar este ensaio sem encetar esta discussão.

V

TEORIA GERAL DO DIREITO E MARXISMO

1. PONTO DE ORDEM

Em princípio poderíamos ficar pelo que precede e que, de certo modo, basta como predefinição do Estado; pois disto tão-só se ocupa este primeiro ensaio. Mas também é verdade que outros virão, trazendo a passagem, por assim dizer, das formas aos conteúdos, a entrada na história. Por outro lado, estive até agora a navegar entre dois pensamentos pejorativamente taxados de idealismo e como tal marginalizados pela ideologia alemã que predomina entre os meus potenciais leitores: levada por um movimento pendular, a nossa cleresia está, com efeito, ficando marxista. E, portanto, não conviria despedir-me, mesmo provisoriamente, sem entabular uma conversa com o materialismo dialéctico. Desse modo se prepara, aliás, a prometida continuação, na qual essa conversa ocupará, por força, um lugar cimeiro; e se enriquece a posição até aqui assumida, facilitando-se, além disso, o seu correcto entendimento.

O que nestas páginas cabe é de cariz jurídico, uma vez que tem procedido à luz do Direito, por ora, esta pesquisa do Estado. Depois de um liberal e de um nazi, vamos agora abordar o homem que é considerado o maior jurista soviético dos tempos áureos, por ele completando uma primeira volta às maiores inspirações político-culturais contemporâneas. O homem em questão, Pasukanis, não é apenas o autor de um livro notável, *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, escrito em 1924 e várias vezes reeditado na

União Soviética até 1927. Tal como Carl Schmitt, também teve do Direito a prática — e à sombra de um desconfinado poder. E também acabou por ser ultrapassado pelos acontecimentos, tendo, aliás, um fim pessoal bem pior.

Eugénio Pasukanis desapareceu em 1937, numa das hecatombes que vitimaram tantos velhos bolchevistas. E ainda hoje se não sabe ao certo o que foi feito dele, embora o tenham reabilitado em 1957, depois do XX Congresso. Frequentava, ao que parece, ambientes da oposição de esquerda (e foi acusado de trotskismo), mas, apesar disso, conservou até às vésperas da desgraça os seus cargos de vice-comissário do povo para a Justiça e de director do Instituto Soviético do Direito. A última campanha contra ele foi conduzida pelo famigerado Vichinsky, que lhe sucedeu naquele cargo oficial e que, entre outras coisas, o acusou de tentar deliberadamente enfraquecer o Estado. E, com efeito, já em 1931 Pasukanis fora forçado a retractar-se — dessa vez devido à intervenção do próprio Estaline no XVI Congresso (1930) — por causa de umas teses sobre o desaparecimento da forma jurídica e da instância estadual, que adiante se referem. A sua influência legislativa declinava há bastante tempo. Exercera-a nomeadamente no terreno do Direito penal post-revolucionário, como co-autor dos respectivos «princípios directores» de 1919 e do Código de 1922. Mas manteve até ao fim uma grande presença doutrinária.

A escolha de Pasukanis, nesta nossa digressão, pode ser discutida. Mas não vou discuti-la previamente, convencido de que, em andamento, facilmente se lhe reconhecerá o valor. Apenas quero adiantar duas coisas:

a) As seguintes páginas não visam expor a melhor ou a «verdadeira» teoria marxista do Direito. Isso pressuporia um confronto das múltiplas escolas que se reclamam de Marx, a que nem posso nem quero proceder. Antes se trata aqui de ir utilizando, ao pensar, aquilo que me parece mais forte ou estimulante nas ideias dos outros. Consequentemente, também claro está que nunca refutarei o marxismo, mas sim *determinadas* posições marxistas. Só no termo de sucessivas e distintas abordagens poderá eventualmente acontecer (ou não) que se tenham exposto com o devido rigor as várias linhas contemporâneas dessa sagrada família.

b) A escolha de Pasukanis parece-me, não obstante, a melhor possível. Tentei seguir certo conselho do próprio Karl Marx, ao partir de uma forma mais desenvolvida (contemporânea) do pensamento jurídico marxista; em vez de começar pela *Crítica da Filosofia do Direito* e ir depois à procura de fragmentos dispersos pelas obras completas de Marx e Engels. Ora, como se sabe, os marxistas só muito recentemente voltaram em força à análise «superstrutural». E eu não conheço nenhuma grande «testa de ponte» jurídica como fruto dessa ofensiva teórica dos últimos dez a quinze anos. De modo que tinha de me voltar ou para as produções «sociais-democratas» weimariana e austro-marxista, ou para os juristas de Outubro. Tendo optado por estes, Pasukanis desde logo se me impôs por duas razões quase suficientes: à uma, porque está traduzido em português e, à outra, porque critica extensamente o normativismo, com explícitas referências a Kelsen e à «teoria pura» do Direito. Eis uma atracção irresistível e um contributo notável para a unidade deste trabalho.

Para a redacção do que vai seguir-se usei a tradução portuguesa *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, de Soveral Martins (Lisboa, 1972, Perspectiva Jurídica). Não conheço as restantes obras de Pasukanis, que julgo por traduzir no Ocidente. As referências biográficas colhi-as no prefácio do tradutor português e em L. Shapiro (*The Communist Party of the*

Soviet Union, Londres, Methuen and Co., 3.^a ed., 1974). As informações sobre o Direito soviético provêm nomeadamente da obra de Jacques Donnedieu de Vabres (*La politique criminelle des états autoritaires*, Paris, Sirey, 1938) e de René David (*Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 3.^a ed., 1969).

Quanto a Marx, Engels e Lenine, a bibliografia é abundante. Mas basta mencionar as obras que mais têm a ver com as páginas que se seguem: *A Sagrada Família*, a *Introdução à Crítica da Economia Política*, a *Crítica do Programa de Gotha*, o *Anti-Dühring*, a *Origem e o Estado e Revolução*. Nas notas darei as edições do que citar.

Não quero deixar de referir, de críticos não marxistas, duas obras tão diferentes como as de Jean-Yves Calvez, S. J. (*La pensée de Karl Marx*, Paris, Ed. du Seuil, 6.^a ed., 1963), e Nicolai Berdiaeff (*Les sources et le sens du communisme russe*, Paris, N. R. F., 1935). E ainda a *Political Theory of Bolchevism* e o ensaio sobre os fundamentos da democracia, ambos de Kelsen e já atrás referidos, que também influenciaram a minha maneira de ver.

O esboço filosófico-jurídico de Nicos Poulantzas *Nature des choses et droit* (Paris, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, 1965) é representativo de um marxismo nos antípodas do de Pasukanis e, por isso, algumas vezes citado. Mas, *en passant*: tenho a sua discussão prevista para mais adiante, junto com a de outras obras do mesmo autor.

2. PONTO DE PARTIDA

«Nós não sabemos — e isso nem sequer nos preocupa — que género de leis deveis decretar. Isso pertence à arte da legislação, que nos é estranha. Decretai como bem vos parecer. Logo que o tiverdes feito, nós vos explicaremos em latim de que género de lei se trata.» Pasukanis retoma complacentemente, logo à entrada da sua obra [98], esta paródia antinormativista de Julius Ofner. Paródia fácil, dir-se-á: cinquenta anos volvidos, não se suspeita que os juristas russos percam o seu latim de modo muito diverso; nomeadamente, não se vislumbra como é que da ciência marxista do Direito se estará agora extraindo seja onde for o conteúdo revolucionário das leis. E seria necessário invertermos a sentença ilustre, dizer que o rei é a lei, regressar, em suma, ao absolutismo (o que em certa medida sucedeu) para sovieticamente assentarmos o dever ser em um ser... Mas esta réplica também passa ao lado. E porquê? Em primeiro lugar, porque o regime soviético evoluiu contra os desejos de Pasukanis, desgraçado pelo «pai dos povos», esse novo imprevisto Führer. Eis um argumento de facto. Mas, em segundo lugar (argumento «de direito»), porque essa desgraça foi logicamente fundamentada em divergências de princípio. Vejamos como.

O nosso autor situava-se no horizonte do desaparecimento do Estado; e prevenia os seus leitores contra a alienação a novas categorias jurídico-estaduais «proletárias»⁷²... Nunca pensou que o Direito pudesse ser *outro*,

⁷² Na Alemanha nazi viria a pôr-se uma questão análoga. Partidários de um Direito estável e certo, como Köllreuter, pretenderam conservar, embora enchendo-os de novo conteúdo, certos conceitos clássicos da dogmática jurídica, que consideravam indispensáveis e «eternamente» válidos. Ao passo que os ultra-revolucionários, como Hoehn, ridicularizando esta posição como de pura astrologia jurídica, lutavam por formas inteiramente novas — e não só conteúdos. Ora, como atrás se viu, estas formas eram fugazes e já só tinham de jurídicas o nome...

que um belo dia se tornasse intrinsecamente lírico e justo. Anunciou, pelo contrário, que «o aniquilamento das categorias do direito burguês significará o aniquilamento do direito em geral, o desaparecimento do momento jurídico das relações humanas» [99]. E ligou muito claramente esta ideia à do paralelo aniquilamento das categorias do valor, do capital e do lucro, que também não dará lugar ao aparecimento de homónimas figuras proletárias... Ora a ligação não é fortuita, pois o Direito, segundo Pasukanis, constitui um domínio essencialmente burguês: as categorias jurídicas, «na sua aparente universalidade, representam um determinado aspecto da existência de um determinado sujeito histórico: a produção mercantil da sociedade burguesa» [100]. De modo que, bem vistas as coisas, Kelsen talvez até tenha razão. Tê-la-á enquanto representante de uma especialidade em vias de extinção. E o extremo formalismo corresponderá porventura a um Direito chegado ao termo do seu desenvolvimento; a um Direito em estado de perfeição — decomposição (dissociação) que plenamente desvende a sua essência, dela extraindo as mais extremas consequências, *in articulo mortis*...

Já na *Crítica do Programa de Gotha* Marx advertia de que, no período de transição para o comunismo, hão-de sobrar durante algum tempo estigmas da antiga sociedade, entre os quais o «horizonte limitado do Direito burguês». Mas não se pense que outro existe: «pela sua natureza, o Direito só pode consistir no emprego de uma mesma unidade de medida.» Ora o regime de transição para o comunismo dará a cada um segundo o seu trabalho, ainda não segundo as suas necessidades. Ainda continuará a predominar a troca de equivalentes, que não tem em conta as desigualdades naturais entre os homens. E o Direito de transição será, portanto, «no seu conteúdo, um Direito baseado na desigualdade, como todo o Direito». No *Estado e Revolução*, Lenine acrescenta que «durante um certo tempo subsistem, não só o Direito burguês, mas também o Estado burguês, sem a burguesia. Este encadeado de passos célebres pertence a Pasukanis [101]. Ele levou tudo isto muito a sério, coisa que não podia ser apreciada nem longamente tolerada pelo estalinismo.

Tout se tient. A fidelidade de Pasukanis à inspiração acabada de citar determina no plano metodológico três posições fundamentais, cuja conexão é límpida:

a) Em primeiro lugar vem uma crítica àqueles marxistas que julgam poder dispensar-se de uma reflexão específica sobre a forma jurídica, limitando-se a referi-la ao momento da luta de classes. Nesta crítica incorrem todos os que, como Podvlockij (um discípulo de Bukharine), definem o Direito, em «latim vulgar», como sistema de normas coactivas, limitando-se a baptizar a definição com o acrescento de que essas normas «exprimem o desenvolvimento económico e são introduzidas pelo poder do Estado das classes dominantes» [102]. Grosseiro empirismo este, do qual «resulta apenas uma história das formas económicas com matrizes jurídicas... ou uma história das instituições, mas em caso algum uma teoria geral do Direito». Eis o que favorece o inaceitável oportunismo de quem queira limitar-se a utilizar o Estado burguês para outros fins. Como se bastasse modificar o conteúdo das normas... Mas, deste modo, não só se perdem de vista os objectivos últimos da luta de classes, mas também se deixa escapar a melhor lição científica de Karl Marx.

b) Essa lição diz-nos, com efeito, duas coisas. Em primeiro lugar, que «a evolução jurídica não implica apenas uma mudança no conteúdo das normas e uma modificação das instituições jurídicas, mas igualmente um

desenvolvimento da forma jurídica enquanto tal». E, em segundo lugar, que «apenas poderemos alcançar definições claras e exaustivas se basearmos a nossa análise na forma jurídica inteiramente desenvolvida», que é a do Direito burguês. Pasukanis situa-se aqui explicitamente na linha da célebre *Introdução à Crítica da Economia Política*, de 1857, decisiva para toda a *démarche* científica que se reclame de Marx. Consequentemente, acha que o Direito, tendo surgido em determinado estágio civilizacional, permaneceu durante muito tempo embrionário, «com fraca diferenciação interna e sem delimitação relativamente às esferas próximas do costume, da religião e da moralidade» [103]. Tal como as classes sociais, que foram longamente envolvidas pelas ordens ou pelas castas...

c) E deste modo se antolha vã a costumeira tentativa de definir o Direito *et nunc et semper*, muito «escolasticamente» aliás, por género próximo e diferença específica. Assim, por exemplo, a nossa definição inicial: o Direito é o sistema de normas de conduta obrigatórias, coactivas, etc. No seu aparente universalismo, tais definições revelam-se afinal estáticas e até mentirosas. Ao abarcarem todas as épocas, esquecem que «só a sociedade burguesa capitalista cria todas as condições necessárias para que o momento jurídico esteja plenamente determinado nas relações sociais» [104]. E mais: ocultam a íntima relação existente entre a forma jurídica e a forma-mercadoria; e também a verdade de serem ambas mortais; e ainda o facto de a segunda exprimir a instância decisiva. Destarte impossibilitam enfim a própria construção do concreto pela ciência jurídica, a qual, por via delas, é tradicionalmente lançada numa série de contradições, autênticos becos sem saída, que adiante se especificam. Ao contrário dos normativistas, Pasukanis vai partir das relações reais: primeiro os factos (situados num modo de produção) e só depois as normas. E acabará por identificar na troca mercantil a fonte da categoria de sujeito jurídico, sobre a qual todo o Direito, diz ele, «realmente» se edifica; e sem cujo correcto posicionamento jamais seria possível sair dos tradicionais *impasses* acabados de mencionar: o do Direito objectivo e subjectivo; o do Direito público e privado; o do Estado e dos órgãos do Estado; o das funções não jurídicas do Estado, etc.

Vamos agora acompanhar Pasukanis no seu esforço teórico. Só depois de o seguir na sua bela coerência, rica de sugestões vivazes, relevarei algumas fraquezas de alto lá com elas.

3. AS HARMONIAS INTERIORES

Em Pasukanis, o Estado não nos surge como entidade essencialmente jurídica. É o poder político e não só enquanto «normalizado» pelo Direito. Desponta até, pelo contrário, uma certa contradição entre as duas esferas, a jurídica e a estadual; embora, por outro lado — e no quadro de uma relativa flutuação terminológica —, Pasukanis também nos fale na íntima conexão do Direito e do arbítrio. Começa por citar a observação de Marx, para o qual o *Faustrecht* é verdadeiro Direito (do mais forte) [105]; mas parece, em seguida, inclinar-se numa peculiar direcção, ao dizer-nos que «o Estado, enquanto organização do domínio de classe [...] não carece de interpretação jurídica e até de modo algum a permite». E porquê? Porque «é um sector onde reina a razão de Estado, que outra não é senão o princípio da oportunidade pura e simples» [106].

No entanto, nada fica assim tão óbvio. Certo que, segundo Pasukanis, num curioso prolongamento hegeliano, toda a autêntica juridicidade é racional e que «a interpretação jurídica, isto é, racional, do fenómeno do poder só se torna possível com o desenvolvimento da economia monetária e do comércio». Por isso, «a autoridade, como garante da troca mercantil, pode não só exprimir-se na linguagem do Direito, mas também revelar-se ela própria como Direito e apenas como Direito, ou seja, confundir-se totalmente com a norma abstracta, objectiva» [107]. Mas o domínio de classe não se exprime apenas ao nível do mercado e arredores, nem o papel do Estado se limita à garantia das trocas mercantis. Pasukanis distingue entre Estado e Estado ao afirmar que «o domínio de classe, tanto na sua forma organizada como na sua forma inorganizada, tem um âmbito bastante mais extenso do que o sector que pode designar-se como a esfera oficial do poder do Estado» [108]. O Direito não prevê, com efeito, que os governos dependam da banca, nem que os interesses privados corrompam os funcionários, ou que os grupos de pressão imponham «informalmente» a sua lei. E também não contempla a hegemonia sociocultural «pacífica». Há, portanto, um domínio jurídico e outro ajurídico, quiçá antijurídico, em que opera a vontade estadual ⁷³. E que se afiguram heterogêneos. Cumpre, no entanto, salientar desde já que este marxista se não contenta com a justaposição deles. Nem, de resto, os delimita rigidamente. Antes nos surgem, em Pasukanis, dialecticamente entrançados. Vejamos de mais perto.

Só na medida em que o Estado «se volta» para o mercado é que a sua vontade se pode realizar «como vontade geral e impessoal, como autoridade do Direito». E porquê? Porque «aí [...] a vontade autónoma dos que trocam é uma condição indispensável. O valor deixa de ser valor, a mercadoria deixa de ser mercadoria, quando as proporções da troca são determinadas por uma autoridade situada fora das leis imanes do mercado [...] Para o mercado, os proprietários de mercadorias [...] representam o facto primário, enquanto a ordem autoritária é qualquer coisa de derivado [...] no mercado, cada proprietário possui esta qualidade por vontade dos outros e todos são proprietários de mercadorias por vontade comum» [109]. Eis-nos — e de um só golpe — no cerne das teorias burguesas da origem contratual do Estado e da soberana objectividade e generalidade da lei.

Agora atenção: é da categoria de sujeito, titular dos chamados *direitos subjectivos*, que procede usualmente toda a construção jurídica. Mas (coisa que a teoria burguesa costuma ocultar) trata-se de uma categoria implicada na troca se devem relacionar entre si a título de pessoas cuja vontade habita mercado. *Das Kapital* explica isso muito bem ao dizer que os intervenientes na troca se devem relacionar entre si a título de pessoas cujas vontades habitam as coisas trocadas, «de tal modo que a vontade de um é também a vontade do outro e que cada um se apropria da mercadoria alheia, abandonando a sua, por meio de um acto voluntário comum. Devem, portanto, reconhecer-se mutuamente como proprietários privados» [110]; ou seja, como titulares de um direito que fixa e assegura o que de outro modo seria mera posse, flutuante e instável [111].

⁷³ Carl Schmitt, na sua crítica à oposição liberal entre Estado e sociedade, também refere as forças que, «sob a protecção das liberdades liberais, podem desempenhar em segredo, anónimas, invisíveis e irresponsáveis, o seu papel de entidades politicamente decisivas». Mas esclarece correctamente que, «embora nada apolíticas, não são forças e potências estatais, mas antes, de algum modo, superestatais» [112].

Chegado a este ponto, Pasukanis vincula o amadurecimento histórico da categoria de sujeito ao desenvolvimento das trocas de mercadorias. E salienta a decisiva extensão da personalidade jurídica no modo de produção capitalista, em que o assalariado livremente vende no mercado a sua força de trabalho, através do respectivo contrato. Ao passo que a escravidão, pois o escravo se acha totalmente à disposição do senhor, «não carece de qualquer construção jurídica particular» [113].

Nesta óptica, a realidade fundamental e fundadora é a troca de mercadorias feita contrato. O contrato é o elemento fulcral do Direito e até, de certo modo, engendra os demais. Embora, «no sistema lógico dos conceitos jurídicos, ele figure como «simples variedade do acto jurídico em geral», a verdade é que, «independentemente do contrato, os conceitos de sujeito e de vontade [...] apenas existem como abstrações mortas» [114]. E só por artimanha ideológica se continuará a professar que a personalidade devidamente reconhecida humana constitui o alfa e o ómega do ordenamento jurídico. Não senhor! A personalidade surge, pelo contrário, como um instrumento do mercado. E «a relação jurídica entre os sujeitos é apenas o reverso da relação entre os produtos do trabalho tornados mercadorias» [115].

À luz do que precede, Pasukanis formula então a sua teoria geral do Direito, que passo a resumir:

a) A relação jurídica constitui o alfa e o ómega: «é unicamente nela que o Direito realiza o seu movimento real [...] pois como conjunto de normas não passa de abstracção sem vida.» [116] E convém observar desde já que, neste discurso, aquilo a que se chama relação jurídica é a própria relação socialmente dada enquanto portadora de uma certa racionalidade, de uma certa ordenação⁷⁴. Para disto nos convenceremos basta continuar a citar. Acerca da norma jurídica lemos em Pasukanis que ela «ou é directamente deduzida das relações já existentes; ou então, quando promulgada como lei estadual, representa apenas um sintoma que permite prever com certa probabilidade o futuro advento das correspondentes relações».⁷⁵ E ainda, contra Kelsen: «o método jurídico-formal [...] só pode conservar a sua autonomia [...] enquanto a tensão entre o facto e a norma não ultrapassa um certo máximo.» [117] E, enfim: «O poder do Estado confere clareza e estabilidade à estrutura jurídica, mas não cria as premissas, as quais se enraízam nas relações materiais, isto é, nas relações de produção.» [118]

Jurídicas serão, portanto, primariamente, estas relações de produção, quando observadas de um certo ponto de vista, ou, melhor, enquanto a si mesmas se disciplinam, segundo a lógica do sistema produtivo. Pois «o caminho que vai da relação de produção à relação jurídica — ou de propriedade — é mais curto do que pensa a chamada jurisprudência positiva, que não pode passar sem um elo intermediário: o poder do Estado e as suas normas» [119]. Neste passo, Pasukanis está a seguir de perto o mestre

⁷⁴ No fundo estamos muito próximos daquilo a que Carl Schmitt chama a *estrutura do facto social*.

⁷⁵ Nem outro foi, no III Reich, o significado das leis como directivas condicionais, indicação das condutas que viriam «provavelmente» a ser consideradas justas. O poder totalitário, reconhecido ao Führer enquanto suprema expressão do *Volksgeits*, devia, com efeito, exercer-se por forma a manter e desenvolver a cada passo, contra ventos e marés, a comunidade de estirpe, não admitindo (como o poder soviético não admitiu) nenhum limite propriamente jurídico. E, se Hitler falhasse na sua missão, só um novo Führer poderia depô-lo, nunca a invocação de uma legalidade nazi.

quando ele afirma, na *Sagrada Família*, que a coesão da vida civil não é produto do Estado, antes, «pelo contrário, a coesão do Estado [...] é mantida enquanto produto da vida civil». Do mesmo modo, a injustiça nas relações de propriedade não se deve à supremacia política dos burgueses; antes, pelo contrário, o predomínio político da burguesia é que tem a sua fonte nas modernas relações de produção» [120].

Isto diz Marx. E Pasukanis vá de desenvolver: «onde quer que se encontre uma camada primária da superestrutura jurídica, a relação jurídica é directamente gerada pelas relações materiais de produção.» [121] Ouçamos outro passo, para não sobrares dúvidas: «As relações de propriedade, que constituem a camada fundamental e mais profunda da superestrutura jurídica, encontram-se em contacto tão estreito com a base que se revelam como sendo as próprias relações de produção, das quais constituem a expressão jurídica.» [122] Não sobram, portanto, dúvidas. E também é clara a importância estratégica deste passo. Pois se, pelo contrário, uma norma fosse o momento juridicamente primário, então seríamos obrigados, confessa o nosso autor, «a considerar que a superestrutura jurídica é uma consequência da superestrutura política» [123]. Fixe o leitor isto, pois por aqui vai o gato às filhoses, como adiante veremos. Mas neste momento só exponho.

b) A existência (acabada de referir) de camadas mais ou menos profundas do jurídico contraria decididamente outras duas posições do positivismo, a saber: por um lado, a costumeira hierarquia, em que o Direito constitucional vem à cabeça; por outro, a noção (não obstante) de uma substancial homogeneidade do universo jurídico, em que todos os ramos analogamente participariam de uma mesma «natureza». Mas nada disso. Aquela hierarquia é entre normas, entidades juridicamente subalternas. E da análise marxista que estamos a percorrer logo resulta que o Direito é primariamente uma ordem de condutas privadas; que o seu centro de gravidade é civil, se não mesmo comercial. Discutindo com Glumpowicz, para o qual todo o Direito romano foi durante algum tempo Direito público, Pasukanis enaltece o papel do *jus gentium*, ordenamento informal e aderente à vida do comércio com os estrangeiros. E chama-se «esse modelo da superestrutura jurídica» [124].

Concebido como é, qual expressão directa (com a disciplina imanente) das relações de produção, bem se compreenderá também que o Direito não dependa essencialmente de uma coacção exterior, estadual. Segundo Pasukanis, as relações contratuais do feudalismo não eram garantidas por qualquer «terceira força». E ainda hoje não há super Estado que tutele o Direito internacional. Mais profundamente, e na linha de Hauriou (que neste passo cita), diz-nos que é na reciprocidade — e não na força pública — que reside a mais sólida garantia da propriedade [125]. É apenas sob a forma da reciprocidade que nos surge a coacção no Direito primitivo ⁷⁶, lá onde não existe aparelho estadual separado [126]. E, de resto, essa forma é sempre, e de longe, a mais importante: pagam-se as dívidas sobretudo para se evitar a sanção do descrédito, a perda do crédito, bem mais temível para um comerciante do que a própria prisão... A coacção exterior decerto

⁷⁶ No ensaio seguinte (sobre a origem do Estado) teremos de trabalhar este ponto. As observações da antropologia contemporânea sobre a lei e a ordem nas sociedades primitivas (Malinowski...) parecem confirmar a decisiva importância da reciprocidade nas trocas económicas. Mas é muito duvidoso que nela se esgote a coacção «primitiva».

qualifica as normas estaduais. Porém, o Direito, que não é sobretudo norma, também não releva essencialmente da instância política...

Isto não quer dizer que a teoria geral marxista se desinteresse do sistema normativo estadual; mas acha que só reduzindo-o às suas devidas proporções poderemos entendê-lo, sem cair naqueles aludidos *impasses* em que o positivismo é pródigo. Senão vejamos.

c) *O primeiro é o do Direito subjectivo e objectivo.* Quem só veja normas, apenas pela redução do primeiro ao segundo escapará (assim Kelsen) aos pântanos em que se atola o jusnaturalismo. Mas será para cair numa concepção irrealista, em que o dever predomina como senhor absoluto, não se entendendo que «a norma jurídica deve a sua especificidade [...] ao facto de pressupor uma pessoa munida de direitos, que através deles activamente faz valer pretensões» [127]. Também já assistimos à trituração da própria personalidade jurídica, transformada pela «teoria pura» em mero expediente técnico. Ora Pasukanis considera, pelo contrário, que a estrutura jurídica consiste fundamentalmente «na cadeia de sujeitos ligados uns aos outros por recíprocas pretensões». Pois lhe parece evidente (com a ajuda de algum ordinário bom senso) que «a organização social, senhora dos meios de coacção, constitui a totalidade concreta a que só devemos chegar depois de concebida a relação jurídica na sua forma mais simples» [128]. Mas na relação jurídica desde logo figuram os sujeitos, esses homens vindos à compra e venda no mercado, irreductíveis às normas... De modo que a tese objectivista não satisfaz... E é necessário ultrapassar decididamente o normativismo para explicar cabalmente essa «estranha dualidade» e contradição do Direito, que é simultaneamente «a forma de regulamentação autoritária externa [...] e a forma da autonomia privada subjectiva» [129]. O problema que assim se põe é «o problema do homem como indivíduo burguês privado e do homem como cidadão do Estado» [130], que não tem tratamento satisfatório nos quadros estáticos do positivismo jurídico. Vamos retomá-lo agora a propósito do Direito público e do Direito privado.

d) *Direito público e Direito privado.* Tal como reduz ao Direito objectivo os subjectivos, o normativismo consequente também tende a decretar que só há Direito público. Em primeiro lugar, quando achar que todas as normas são do Estado, impostas e tuteladas por ele. Em segundo, quando não vê maneira de identificar e estavelmente delimitar os interesses particulares dos interesses gerais. E em terceiro lugar, quando chega a dissolver os sujeitos (como faz na teoria de Kelsen), roubando por tabela muito sentido à distinção. Bom. Mas nós já sabemos que o Direito de Pasukanis só derivadamente se configura como norma; que consiste sobretudo em relações reais; e que tem o seu centro nas relações privadas de uma economia de mercado. Eis o que permite ao nosso autor um brilhante desenvolvimento teórico, muito agradável de seguir na sua dialéctica elegância. Ora sigamo-lo.

É partindo das relações sociais e reconhecendo a primazia do Direito privado que o caso se poderá solucionar. Então se há-de ver que o «direito público, a esfera da organização política, só pode existir como reflexo da forma jurídica privada». E esta conclusão não é fruto tão-só de uma lógica dedução que parta das premissas anteriormente assentes. Deriva muito concretamente «do facto, característico da sociedade burguesa, de os interesses gerais se destacarem dos interesses privados e se oporem a eles. E nesta oposição assumirem ele próprios, involuntariamente, a forma de interesses privados; ou seja, a forma do Direito» [131]. São os direitos do

Estado e os direitos subjectivos públicos dos cidadãos. E decerto as fronteiras se mantêm instáveis e o Direito público frágil, incerto ⁷⁷, tal como vária crítica anota. Mas isso constitui algo deveras inevitável, que dialecticamente se assume e não nos tolhe o claro entendimento: o conceito de Direito público não pode ser captado senão no seu movimento pendular, «pelo qual é constantemente repellido do Direito privado, na medida em que tende a determinar-se como o seu oposto; e pelo qual a ele sempre regressa, como ao centro de gravidade.» ⁷⁸ [133]. Independentemente de acordo ou desacordo, esta é de se lhe tirar o chapéu. O que fica feito; e adiante.

e) *Chegámos portanto ao Estado*: e àquele Estado juridicamente ambíguo, que desde que começámos a ler Pasukanis nos faz sinal. Dele se afirmou então justamente que só «ao voltar-se para o mercado» (o que nem sempre sucede) se realiza sob a forma do Direito. Quando se não volta, logo tende para o *Faustrecht*, a razão de Estado, o arbítrio. É pois bifronte, ou tem, por assim dizer, duas almas, como o manhoso camponês: uma é jurídica e a outra não. Dar conta do histórico debate destas duas almas não se afigura fácil. Eis uma tarefa que o materialismo dialéctico do nosso autor se propõe levar impecavelmente a bom porto.

Se, como atrás sugeriu Marx, o Direito assenta directamente nas relações materiais de produção, sem passar pela (formulação da) instância política (*nota bene*: o Direito enquanto ordenamento concreto, e não as normas, o Direito legislado), se assim for, então o Estado não constitui essencialmente uma superstrutura jurídica. Mas também é verdade, por outro lado, como diz Pasukanis, que «somente pode ser pensado como tal» [134] ⁷⁹. Temos aqui duas afirmações numa única, que pedem, parece-me, desenvolvimentos distintos: a de que «pode» e a de que «somente pode». Ora vamos lá.

O Estado *pode* ser pensado como superstrutura jurídica quando, embora sem o criar, confere clareza e estabilidade ao Direito «privado». Isso sucede nomeadamente através da emanação normativa do Estado legislador, que *ai* (bem como na sua actividade jurisdicional) nos aparece qual instância jurídica, garante das relações mercantis ou mercantilizadas. Fixa a posse, tornando-a propriedade; tutela as trocas, que eleva a contratos; cria a personalidade jurídica, ponte por onde vivamente transitam as mercadorias... ⁸⁰ Depois, prolongando este primeiro esforço ⁸¹, tenta também enquadrar normativamente toda a vida social e política. Mas surge aquela dialéctica oscilação que acabámos de ver entre o *jus* público e o privado; sinal de que, *aqui*, já «somente pode»...

⁷⁷ Um exemplo: «Tal como é simples, compreensível, 'natural', o direito do credor ao pagamento da dívida, assim é precário, problemático, ambíguo digamos, o direito de o deputado votar o orçamento.» [132]

⁷⁸ Atribuir esta absoluta *primazia* ao Direito privado não deixaria de pôr certos problemas a quem, na Rússia post-revolucionária, conhecia a opinião de Lenine (na carta a Koursky) de que todo o Direito se tornara público...

⁷⁹ Como superstrutura jurídica. É o sentido do texto.

⁸⁰ Convém relembrar que, nesta concepção, o mercado constitui a realidade decisiva. Já atrás se disse que a categoria de sujeito é requerida pelas trocas mercantis. Mas o mesmo se passa com o direito de propriedade. Pasukanis cita uma célebre passagem de Hauriou: «A formação de um mercado estável cria a necessidade de uma regulamentação do direito de dispor das mercadorias e, por conseguinte, do direito de propriedade.»

⁸¹ «Depois» e «primeiro» na ordem lógica.

E compreende-se. O Estado *somente pode* ser pensado como superestrutura jurídica (como Estado de Direito), porque tem de mascarar a sua íntima natureza de «comité executivo dos negócios da burguesia» [135]; natureza essa de dia para dia mais evidente, até ao ponto de o disfarçar ir ao ar, pois «o extraordinário agravamento da luta de classes forçou a burguesia a arrancar completamente a máscara [...] e a desvendar a essência do poder do Estado, como violência organizada de uma classe social sobre todas as demais» [136]. Eis quanto: chegámos à definição marxista clássica.

Se na violência classista organizada é que reside a essência do Estado, deve porém entender-se que só no termo de um certo e demorado processo histórico a realidade empírica plenamente se lhe conformará. Processo aliás não muito longo: Pasukanis refere uma existência «embrionária» do Estado em remotos tempos e longes terras. Mas situa muito precisamente o seu advento na idade moderna: «O processo começou na Europa ocidental, nas comunidades urbanas [...] [lá onde] o espírito dos negócios do Estado adquire então, por assim dizer, o seu assento material.» [137] Assento onde? No modo de produção capitalista, que se vai definindo, impondo a sua dominância, desde finais da Idade Média.

Ora esse modo de produção evolui. Não cabe aqui retrair-lhe os meandros, mas tão-só focar a transição que de mais perto nos toca. Nesta ordem de ideias, o que Pasukanis salienta é que, se o capitalismo industrial, nos seus primórdios, «envolveu com uma certa auréola o princípio da subjectividade jurídica [...] como qualidade absoluta da pessoa humana [...], começa hoje a considerar-se este princípio apenas como uma determinação técnica, que permite delimitar os riscos e responsabilidades; ou [...] [até] como hipótese especulativa sem fundamento real» [138]. Assistimos ao declínio do Estado de Direito (e da actividade propriamente jurídica do Estado), consequência de ter sido ultrapassada a livre concorrência de mercado, a qual deu lugar ao capitalismo monopolista. Ora este último cria as premissas de um novo sistema económico ⁸², que não mais há-de operar por intermédio das trocas (contratos) particulares entre uma miríade de agentes autónomos e dissociados ⁸³, mas sim pelos mecanismos de uma economia centralizada e planificada. Só enquanto não triunfar completamente este novo sistema ⁸⁴ «se manterá em vigor a forma jurídica» [142], subsistindo, de resto e paralelamente, a instância política.

Mas é evidente que tanto aquele *manter-se* como este *subsistir*, cada vez mais precários, descrevem a parábola de uma decadência irreparável. Ao criar as premissas da nova ordem, o capitalismo monopolista destrói as bases da antiga. Não se deve então achar estranho que comece a predominar a face sombria e violenta do Estado, que prevaleça agora o seu

⁸² Por exemplo: «Em consequência da evolução [...], o proprietário liberta-se progressivamente das funções técnicas de produção; e, assim, perde igualmente o domínio jurídico total sobre o capital.» [139] Pasukanis refere-se em seguida à subordinação dos pequenos accionistas, nas sociedades anónimas, ao predomínio do capital financeiro, etc.

⁸³ «O Direito é, como a troca, um meio de comunicação entre elementos sociais dissociados [...]» [140]

⁸⁴ «No capitalismo do Estado proletário, e não obstante a sobrevivência da troca de mercadorias, as oposições de interesses no interior da indústria nacionalizada são suprimidas e a separação ou autonomia dos diferentes organismos económicos [...] é mantida apenas como método. Deste modo, as relações económicas quase privadas [...] entre a indústria do Estado e as pequenas economias, bem como entre as diferentes empresas [...] no interior da própria indústria do Estado, são contidas dentro dos mais estreitos limites.» [141] Pasukanis é ideólogo da burocracia.

cariz não jurídico e mesmo antijurídico. As suas leis serão cada vez menos Direito, cada vez mais mera forma formalista, desligada de uma racionalidade socioeconómica profunda, inserindo-se na desesperada resistência de uma classe prestes a cair no alçapão da história: minoria cada vez mais isolada e exígua, cujos argumentos se vão, por tudo isto, reduzindo a simples factos. Daí que o Estado de Direito «se realize unicamente como o seu próprio contrário» [143]: em vez de planar imparcialmente por sobre a conflituosa sociedade civil, descamba no mais desenfreado facciosismo «pró-burguês»; em vez de obter o livre consenso dos cidadãos, governa-os à força; e, por fim, nem sequer nacional será, mas antes o *factotum* de interesses capitalistas sem pátria.

Eis um triste destino, inscrito no movimento da história. A prática observável dos Estados nem sempre parecerá a tal ponto catastrófica. Mas, em última análise, é para a revolucionária (e libertadora) catástrofe que *realmente* se tende; e Pasukanis escreveu convicto de que ela já tinha chegado. Viu nos sucessos russos a proximidade de um paraíso na Terra. Ou, digamos, para não sair do jurídico, que profetizou a vinda de um ordenamento concreto intrinsecamente justo, valioso em si, plenamente adequado ao (e expressão do) homem novo comunista. Vamos examinar agora esta sua religião, que harmoniosamente se enquadra em tudo quanto precede; e na qual se nos revela, por mais estranho e aberrante que isso à primeira vista pareça, um naturalismo que tem analogias com o dos nazis.

4. CONTRADIÇÕES E UTOPIA

No parágrafo anterior absteve-me de criticar e acentuei, na construção de Pasukanis, a sua lógica interna, aquilo a que se pode chamar uma harmonia interior. Mas o edifício apresenta partes fracas, que agora serão passadas em revista. Tratar-se-á, primeiro, de uma contradição quanto à própria natureza do Direito e, em seguida, na linha das últimas considerações expostas, do modo religioso na superação do jurídico. A ordem escolhida não é arbitrária, pois uma coisa conduz à outra.

I. Tal como o Estado, o Direito é em Pasukanis bifronte. Por um lado, lei formulada e garantida (embora não criada) pela instância política, da qual constitui uma função; por outro lado, ordem imanente das relações de produção, sobre as quais assenta (melhor: das quais constitui um aspecto, uma estrutura, um «modo de ser»), sem ter de passar pela mediação política. Se nos recordarmos agora da trilogia schmittiana da norma, da decisão e do ordenamento, diremos que o Direito de Pasukanis ora surge como norma estadual subalterna, ora como decisivo ordenamento concreto, como instituição (e ambos os autores, com *nuances*, admiram Hauriou...); ao passo que o seu Estado, ou é instância jurídico-normativa ancilar ou se configura essencialmente como decisão. Mas, nesse caso, uma decisão arbitrária, expressiva de um puro direito do mais forte, *Faustrecht*, dominação classista tendencialmente irracional...

Despontam aqui duas grandes contradições, ambas atinentes à própria definição do Direito bifronte. Mas expô-las não é fácil, pelo que irei devagar.

Numa primeira observação (e na linha das posições de Marx atrás citadas), as normas não constituem a superestrutura jurídica essencial: «Onde quer que se encontre uma camada primária da superestrutura jurídica, a relação jurídica é directamente gerada pelas relações materiais de pro-

dução [...] Daí resulta que não é necessário partir do conceito de norma como lei autoritária externa.» [144] O conteúdo da relação jurídica «é dado pela própria relação económica»⁸⁵. E a norma mais não será, derivadamente, do que «a forma legal dessa relação jurídica». Como só a forma legal pressupõe a actividade do Estado, Pasukanis pode contestar que a superestrutura jurídica seja «filha» da superestrutura política. E mais: opera uma distinção, ao nível das próprias normas legais (estaduais), entre as que garantam, prolonguem se conformem ao Direito profundo, institucional, aderente às relações de produção, e as que, pelo contrário, sejam arbitrárias, artificiais, inadequadas, «tortas»... Fica, portanto, em condições de situar e avaliar sociologicamente as normas legisladas, em condições de seguir a par e passo, «cientificamente», a emissão legislativa e a aplicação das leis... Ao passo que o método jurídico-formal, que se desinteressa do enraizamento delas, «só pode conservar a sua autonomia [...] enquanto a tensão entre o facto e a norma não ultrapassa um certo máximo» [146]. Eis uma apreciável vantagem para o materialista dialéctico.

Mas não é tudo: o mais importante vem agora. E é que, ao manter a camada primária da disciplina social à distância do poder político, Pasukanis fica igualmente em condições de dispensar o Estado sem que essa dispensa ameace descambar num essencial desregramento. Ao desaparecimento do Estado (da instância política) apenas corresponderá uma anarquia (etimologicamente: uma ausência de autoridade), e não uma balbúrdia insensata.

À primeira vista, tudo isto é excelente, apenas com o senão de que, ao reduzir a autonomia do político, talvez nos prometa o advento de uma liberdade obrigatória. Mas isso, que não é novo nos despotismos da liberdade, também não constitui incoerência. As verdadeiras dificuldades teóricas são as que a seguir se enumeram:

a) Quem tenha seguido atentamente o nosso anterior debate com C. Schmitt, desde logo terá torcido o nariz a esta concepção marxista da superestrutura jurídica primária, espécie de direito natural das relações de produção⁸⁶, a qual, com efeito, constitui uma outra forma (menos romântica e não racista) de ordinalismo concreto. Mas a objecção levantada a Schmitt vale *mutatis mutandi* aqui. Todo o Direito é dever-ser; ora o que deve ser *pode* não ser, portanto não *tem de* ser. O trabalho das abelhas, o modo de produção do mel, certamente que é ordenado; e, se quisermos exagerar um pouco, diremos que se autodisciplina. Pois é. Mas não constitui nenhuma ordem jurídica. A ordem jurídica é, por definição, normativa. De modo que a superestrutura jurídica primária em que fala Pasukanis, ou constitui uma estrutura normativa (normativismo concreto quanto se queira...), ou não releva do Direito. E daqui não há que sair.

⁸⁵ O marxismo estruturalista põe as coisas noutro pé. Reconhecendo a autonomia relativa das várias instâncias, Poulantzas diz que a norma jurídica integra uma ordem com características próprias, embora «seja devida à infra-estrutura, do ponto de vista genético» [145]. E isto abre uma porta à análise científica. Mas fecha a da profecia — e não o diz...

⁸⁶ Já de um autor como Poulantzas não seria de esperar a recadida jusnaturalista. E, no entanto, ela dá-se quando ele recorre «funcionalmente» à noção de Direito natural como «possibilidade e vontade de acção concretamente historicizada», depois de ter reconhecido que só há Direito positivo. Esta contradição vem ligada à ideia de que o Direito positivo «deve ser avaliado em nome de certos valores situados para além da positividade», revolucionários valores esses que Poulantzas também designa como «direito natural» [147].

Como os homens não são abelhas, é provável que as relações de produção, a que adere «a camada fundamental e mais profunda da superestrutura jurídica» [146], nem sempre *tenham de ser* e que, por vezes (ou em certos aspectos), se limitem a *dever ser*, ou seja, possam não ser. Ou, dito em termos de bom senso: é provável que a determinação dessas relações pelas leis económicas deixe uma margem de manobra à vontade e à inventiva humanas. E dar-se-ia nessa margem (Pasukanis não o diz, estou a tentar defendê-lo) a constituição da tal juridicidade primária, ou «camada mais profunda da superestrutura jurídica»: uma camada feita de normas, embora não formais, não legais, uma como que *opinio juris* acompanhante das práticas-condutas. E que torna obrigatórias estas, não aquelas...

Mas, ao aceitar-se esta interpretação, que é a única razoável, estamos igualmente a pressupor (contra Pasukanis) o momento da coacção como indissociável das normas jurídicas, e portanto a existência de uma instância política sancionadora das normas, e portanto a filiação do jurídico no político, que o nosso autor, *et pour cause*, rejeita... Pode faltar um aparelho coactivo separado, mas nunca a própria autoridade. E também pode ser que a coacção nos apareça sobretudo sob as espécies da mera reciprocidade^{86a}. Mas, de qualquer modo, tem de dar-se onde houver Direito.

b) Assim queda vacilante, muito vacilante, um pilar da construção em análise. E o próprio Pasukanis lhe vai agora carregar com outro safanão, ao situar o processo no centro do universo jurídico. Para ele, com efeito, «o litígio é o elemento fundamental de todo o estado jurídico» [148] e «o tribunal representa até, na sua forma mais primitiva, a superestrutura jurídica por excelência» [149]. Ora isto equivale a pressupor a instância política, a vincular o jurídico ao político, a contrariar tudo o que dissera antes...

Tentando descortinar, não obstante, uma coerência no discurso de Pasukanis, dir-se-á, em primeiro lugar, que a superestrutura *por excelência* não tem de ser a superestrutura *primária* e que o nosso autor tinha em mente o processo como a forma primitiva mais desenvolvida (já estadual), e não a mais profunda, do jurídico. No mesmo sentido iria ainda a sua referência ao carácter dramático do processo judiciário, «o qual criou, de maneira patente, ao lado do mundo real, uma singular existência jurídica» [150].

Mas esta interpretação dificulta-se quando ouvimos Pasukanis falar na «supremacia do Direito privado, onde as polémicas doutrinárias [...] em nada se distinguem das análogas querelas que ocorrem perante os tribunais [...] a diferença não é [aí] maior do que a existente entre os torneios de cavalaria e as guerras feudais [...]» [151]. E acrescenta: «No litígio, isto é, no processo, os sujeitos económicos privados aparecem já como partes [...] é precisamente o litígio que produz a forma jurídica, a superestrutura jurídica [...] pelo processo judicial o momento jurídico separa-se do momento económico e aparece como momento autónomo.» [152] Todo este encadeado de citações não bastará para de todo excluir a possibilidade de um *distinguo* salvador. Mas que seria escolástico.

c) De resto, ainda por outra via se vai dar a Roma. O próprio Pasukanis estabelece, como vimos, uma íntima ligação entre Direito e mercado, ou seja, entre o universo jurídico e as relações de concorrência que

^{86a} O problema da reciprocidade será abordado mais tarde, no ensaio sobre a origem do Estado — e nomeadamente a propósito de Malinowski e Marcel Mauss, bem como de Weber, para quem o interesse egoísta de manter as relações de troca pode ser a garantia por excelência, se não única, do cumprimento de uma obrigação.

opõem os homens uns aos outros e das quais o litígio (como possibilidade real) nunca anda ausente. Eis, assim, uma base económica cuja existência parece implicar, por definição, a de uma tutelar superestrutura política. Pasukanis tem razão (e contribui para o entendimento da ordem jurídica burguesa) ao explicar que a economia mercantil e concorrencial «põe», embora não como uma galinha, certos mecanismos jurídicos: requer os sujeitos de Direito, pede uma consagração da autonomia da vontade e leva a uma dominância das relações contratuais, que o Estado («contratual» ele próprio na ideologia burguesa) só deve garantir e estabilizar, etc. Bom. Mas tudo isto é «pré-jurídico», diz respeito às condições gerais de um dado sistema normativo. As relações da produção mercantil por si sós, isto é, sem nenhuma mediação, não formulam nenhuma norma (não devem ser; são) e, portanto, não constituem nenhum concreto ordenamento⁸⁷. Dá-se assim um nítido abuso das premissas quando este marxista, ao denegrir as definições clássicas do Direito como norma coactiva, tende a conferir a um dado sistema histórico (a ordem mercantil burguesa) o monopólio da autêntica forma jurídica^{88, 89}, da qual o Estado seria mero garante ou tutor sem autonomia, e considera todas as restantes manifestações de autoridade estadual como puro arbítrio classista, *Faustrecht*, organizada violência...

A esta luz, mesmo o mais pacato *welfare state*, porque enquadra externamente, autoritariamente, os mercados e os contratos, faz figura de empresa antijurídica, ou Direito que, enfim, se realiza como o seu próprio contrário. No fundo, Pasukanis, que nos interdiz o acesso a qualquer Direito post-liberal, o que pretende é fundamentar a profecia de que está iminente a extinção de todo o Direito. A isso passamos, para terminar.

II. Como o leitor já terá pressentido (mas chegou a altura de o explicitarmos), Pasukanis joga dialecticamente entre duas «modalidades» do jurídico, das quais só uma se acha votada ao desaparecimento. Constata, por um lado, que «a disciplina das relações sociais, em certas condições, reveste um carácter jurídico» [154] e pergunta-se, por outro, porque é que a dominação de classe reveste uma tal forma, cujo processo histórico analisa. O Direito é então sinónimo da *forma jurídica* tutelada pelo Estado, se não mesmo definida por ele; e, quando doravante falarmos em «forma jurídica», estaremos sempre a referir esta disciplina exterior e coactiva. Ou seja: o Direito mortal, destinado a desaparecer com as classes sociais. Mas, por outro lado, também já sabemos que o nosso autor, na sequência de algumas

⁸⁷ E Pasukanis presente isso mesmo quando, ao dar o direito de propriedade como exemplo de uma superestrutura jurídica colada às relações de produção, acrescenta que, «sob esta forma puramente jurídica, a propriedade tem logicamente poucas coisas em comum com o princípio natural e orgânico da apropriação privada [...]» [153]. A sua concepção das camadas jurídicas é, com efeito, de uma heterogeneidade manifesta.

⁸⁸ O que talvez seja desvalorizar a radiosa promessa libertária do marxismo. Marx e Engels, ao profetizarem o desaparecimento do Estado (e do autoritário Direito), falam de um fardo que sobre os homens pesa desde os alvares da civilização. Ora isto parece justamente pressupor uma definição por género próximo e diferença específica, sem dúvida abstracta, mas racional e valiosa, capaz de cobrir toda a história humana.

⁸⁹ A crítica marxista das definições ou tipologias abstractas e das ilusórias generalizações afigura-se, não obstante, da maior justeza, desde que o seu campo de aplicação precisamente se delimite. Uma genérica definição do Estado não nos impede de mergulhar as formas políticas no fluxo das concretas formações sociais. O que importa é saber-se, a cada passo, onde se está.

indicações do próprio Marx, considera que a superestrutura jurídica essencial adere, por assim dizer, às relações materiais de produção, das quais não se deixa separar, constituindo a sua (delas) disciplina imanente. Ora, como é óbvio, o modo de produção comunista não se anuncia intrinsecamente indisciplinado: apenas promete dispensar a forma jurídica autoritária. Não terá leis, mas andarão direito...

Para nos dar ideia deste Direito, deste ordenamento comunista «informal» (mas não informe), Pasukanis serve-se de uma muito esclarecedora analogia com a moral. Num primeiro sentido, ele também profetiza o fim da Moral: da Moral como imperativo categórico, tendente a obter que «o homem cumpra livremente, isto é, por convicção íntima, aquilo a que seria constrangido na esfera do Direito» [155]. Complementar do Direito enquanto forma jurídica, esta Moral constitui, como ele, um sistema normativo artificial e violento, embora de violência interior, domesticação das consciências. E extinguir-se-á «quando o vínculo vivo que liga o indivíduo à classe se tornar tão forte que os limites do seu eu como que por assim dizer se apaguem; então será absurdo falar do cumprimento de um dever moral e, seja como for, o fenómeno da moral deixará de existir» [156]⁹⁰. A própria classe também, de resto, com o advento comunista. Mas, noutro sentido, a Moral continua, «se se concebe a moralidade em sentido amplo, como desenvolvimento das formas humanas superiores, transformação do homem num ser genérico» [159]. O tema religioso da dissolução do eu (passível, noutra sede, de uma interpretação moderada e razoável) é da maior importância, na medida em que parece deveras condicionar a inseparável extinção das instâncias jurídica e política. Falta espaço para longas citações a estabelecer este ponto. Mas um sinal de que assim é encontramo-lo logo na teoria do Direito penal revolucionário de Pasukanis e na sua peculiar concepção acerca dos conflitos na futura sociedade.

Perguntado, com efeito, sobre se todos os conflitos desaparecerão quando se extinguirem as classes (e com a prevista superabundância), o nosso autor confessa não serem de excluir mesmo então contradições entre os homens, de cariz pessoal, que podem dar azo a delitos: não já contra a propriedade — esclarece —, mas contra as pessoas. Porém, como a viva força pretende excluir da futura organização social os tribunais e as leis, declara que não devemos «tomar por essenciais e fundamentais momentos que são secundários e derivados». E acrescenta que «a própria criminologia burguesa chegou teoricamente à conclusão de que a luta contra a criminalidade pode ser considerada em si mesma como uma tarefa médica e pedagógica; e de que os juristas de modo algum podem dar qualquer auxílio para resolver a questão» [160]. E pronto.

Este passo é preocupante a dois títulos: teoricamente, não se vê lá muito bem como é que, sem Direito externo (forma jurídica), se levará a tratamento e à reeducação quem lá espontaneamente não queira ir. E praticamente pode temer-se que o pretexto naturalista (médico-pedagógico)

⁹⁰ E a tensão religiosa é evidente quando Pasukanis em seguida se lamenta: «ao lado do homem novo continua a subsistir também o antigo. Ao lado do homem social do futuro, que deixa o seu eu diluir-se na colectividade [...], continua [...] o velho homem moral, que acarreta aos ombros o fardo de um dever mais ou menos abstracto.» [157] E já agora ouçamos o nazi R. Hoehn proclamar que, no seio da comunidade, «o indivíduo é totalmente absorvido (*ganz erfassen*) por ela, orientando-se comunitariamente em tudo» [158]. Para os nazis extremistas, o próprio comunismo constituía, apesar de tudo, uma derradeira metamorfose do individualismo burguês.

sirva para cobrir as piores arbitrariedades. Vêm logo à ideia as actuais clínicas psiquiátricas da U. R. S. S. Mas nem temos de avançar tanto no tempo: o próprio Pasukanis se encarrega de nos informar sobre o novo curso do Direito penal soviético, definido (com o seu contributo) entre 1919 e 1922. E não se mostra inteiramente satisfeito. É verdade que a pena já aí nos aparece «como medida judiciário-correctiva de defesa social e já se prescinde da noção de culpabilidade», de um subjectivismo burguês inaceitável. Continuam, porém, na parte geral do Código, conceitos da velha lavra, tais como os de inimizabilidade, tentativa, cumplicidade e premeditação; e mantêm-se, na parte especial, os corpos de delito distintos, «quando o puro princípio da defesa social exigiria uma sistematização de sintomas e métodos protectivos e curativos» [161] ⁹¹. Pasukanis protesta aqui contra a sobrevivência de certas garantias burguesas, e sobretudo contra a insistência em se conceberem as penas como retribuição de certos factos típicos, ditos criminosos (a cada espécie de crime a sua), em vez de se partir desses factos para uma compreensão (e posterior tratamento) das pessoas «doentes» — sem nenhuma estéril e contraproducente submissão à tipologia jurídica. Mas cumpre notar, contra ele, que esta orientação terapêutica, com as melhores intenções do mundo, promove o arbítrio dos médicos, e sobretudo de quem controlar a medicina; e desemboca numa metodologia jurídica semelhante à do nazismo, que também eliminava muitas distinções formais da parte geral do Código e que partia dos delitos para uma tipologia das personalidades criminosas, as quais, com certa frequência, lhe apareciam como «racialmente degeneradas» ou «socialmente irrecuperáveis»...

De resto, são múltiplas as semelhanças «jurídico-penais» entre o nacional-socialismo e o comunismo russo, sobretudo o do período em que a influência de Pasukanis mais se fez sentir. Essas semelhanças verificam-se a diversos níveis, quer substantivos quer processuais: carácter expeditivo do processo; subordinação da instrução à Prokuratura (Ministério Público), com total ausência de garantias; tratamento desfavorável dos crimes políticos; desigualdade dos cidadãos perante a lei, segundo critérios raciais na Alemanha, classistas na Rússia ⁹²; tendência para não distinguir entre a autoria, a cumplicidade e o encobrimento dos crimes, bem como entre os delitos consumados, a tentativa e a simples preparação; e ainda, *last but not least*, inexistência de um princípio de legalidade. No pólo oposto ao do liberalismo, para o qual não há crime nem pena que não estejam expressamente previstos numa lei anterior, o direito criminal soviético, além de definir muito vagamente numerosos delitos ⁹³, veio consagrar *expressis*

⁹¹ Em 1931, o projecto de reforma de Kyrilenko (um discípulo de Pasukanis) volta à carga, sem êxito, no sentido de se abolir a parte especial do Código. À luz de toda a experiência posterior, esta tendência para dissolver as penas em medidas de segurança e cura parece-nos sinistra. Mas Pasukanis, que sonhava cor-de-rosa, propunha-se simultaneamente acabar com a pena de morte, adoçar extraordinariamente os regimes prisionais, etc. Parece um sonhador inveterado.

⁹² Na Alemanha, a desigualdade foi posta como princípio geral por uma das leis de Nuremberga, que distinguiu entre a mera nacionalidade e a cidadania plena, excluindo desta última os Judeus. Na Rússia post-revolucionária nunca se foi tão longe; além de medidas discriminatórias pontuais (contra aristocratas, *koulaks*...), o mais significativo foi o incitamento aos juizes para que julgassem tomando em conta a classe ou a opção política do arguido.

⁹³ Lenine recomendou a propósito do Código de 1922: «O artigo sobre o terror deve ser formulado em termos tão largos quanto possível, porque só o sentido revolucionário da justiça e a consciência revolucionária podem determinar as condições da sua aplicação na prática.» E acabou por redigir ele próprio esse artigo, que

verbis o recurso à analogia nos mais generosos termos. Seria um erro julgar que, a partir da promulgação do Código Penal de 1922, desapareceu o arbítrio do juiz como elemento decisivo na elaboração do Direito aplicável a cada caso concreto. Esse arbítrio, que naturalmente não era como tal ressentido pela doutrina soviética, fora formalmente promovido no período imediatamente posterior a Outubro, quando os tribunais populares receberam ordem de preencher todas as imensas lacunas da lei (desabara a ordem czarista, mal se esboçava ainda a nova legislação) de acordo com a consciência revolucionária ou socialista do Direito⁹⁴. Do mesmo modo, os juizes populares do nazismo vieram a resolver pela sua (deles, é claro) «saúdável intuição popular» (*Gesunde Volksanschauung*) todas as dúvidas e omissões encontradas. E o que aconteceu na Rússia, com o termo da guerra civil e com a provisória estabilização da N. E. P. (1922-29), foi apenas um primeiro e indeciso enquadramento (de modo algum a supressão) da actividade revolucionária dos juizes. Ora a N. E. P. foi pensada pelos bolchevistas de esquerda como recuo tácito e, como tal, impacientemente suportada. Mas, quando sobreveio o grande salto em frente da colectivização, o papel desses bolchevistas diminuiu, em vez de aumentar. Muito curiosamente, a influência decisiva de Estaline exerceu-se para que o princípio da legalidade socialista — da subordinação do regime à lei — fosse triunfando nos textos (na prática é outra história) contra a opinião de homens como Pasukanis. Este último, habilmente acusado pelos estalinistas de ser o inspirador de uma satrapia de juizes, fez a sua autocritica (1931), mas ressaltou tenazmente (tenacidade admirável quando pensamos no risco assumido) a tese de que a política determina a lei, não podendo subordinar-se-lhe. C. Schmitt diz o mesmo: é tese de todos os revolucionários, de direita ou esquerda...

Honni soit... Tal como ao apreciarmos as teses de Schmitt, também agora nos devemos guardar do argumento *ad terrorem*, o qual, no fundo, ao insistir em que a árvore se julga só pelos seus frutos, acabaria por também cair no naturalismo que contesta. A crítica de Pasukanis, que dispensa simplificações, tem, aliás, ao seu dispor uma via interna, não precisando de obsessivamente se referir às reais ou presumíveis consequências práticas da teoria. Apenas as não ignora.

No termo das suas observações penalísticas, Pasukanis afirma que «a coacção como medida de defesa social é um acto de pura oportunidade, adequada a um fim, e pode, como tal, ser determinada por regras técnicas» [163]. Subentenda-se: por regras *meramente* técnicas, ou seja, não jurídicas, único modo de se estabelecer uma distinção radical com a coacção do passado... Ora temos de relacionar isto com a distinção por ele anteriormente feita entre a planificação ferroviária, por um lado, regulamentação técnica que disciplina o tráfego dos comboios, e a lei sobre a responsabilidade dos caminhos-de-ferro, por outro, regulamentação jurídica — que são, diz-nos, coisas totalmente diferentes [164]. Tem-se a impressão — embora tal não chegue a ser expresso — de que, para Pasukanis, o futuro ordenamento social, o Direito comunista imanente, deve conceber-se

fala em prisão e morte para quem de qualquer modo participe ou ajude, mesmo «da mais leve maneira», actividades contra-revolucionárias. Isto em 1922, após o termo da guerra civil [162].

⁹⁴ Decreto de 24 de Novembro de 1917 que institui os tribunais revolucionários e decreto de 30 de Novembro de 1918 sobre o preenchimento das lacunas legais.

como idêntico à nova desentrevada e fraterna moralidade que há pouco referimos (a dos «homens genéricos»), apenas circunscrita (a traço ligeiro) por indispensáveis regulamentações técnicas. Neste contexto, a ordem de internamento de um «anormal» que matou a mãe não representa dominação de ninguém sobre alguém, mas simples administração de uma coisa. Dir-se-á que a alienação coisifica...

No termo de um percurso exemplar, o pensamento de Pasukanis, inaugurado como marxismo crítico, ameaça assim realizar-se como desca-belada utopia, que não suporta contestações. Mas não diremos que seja este o destino obrigatório da linhagem teórica a que pertence. A discussão com ela ainda mal começou.

5. QUESTÕES EM ABERTO

Este ensaio apenas prepara essa discussão. Aqui apenas cabe — e para concluir — situar algumas questões. E, assim:

a) Ao definirmos o domínio jurídico-estadual — onde cristalizam as decisões políticas — como constituindo essencialmente *uma mediação*, que assenta, estabiliza, reforça, mas também limita, o poder político; e que, ao racionalizar os interesses dominantes, introduz uma distância relativamente a eles; ao definirmos assim esta superestrutura, estamos a fundamentar teoricamente a sua autonomia ao nível mais profundo. De resto, trata-se de uma dupla autonomia: por um lado, a da ordem jurídico-estadual perante o poder político, que *tem* de realizar-se através do Direito e do Estado; por outro, a do próprio poder político perante os interesses e as forças sociais que «representa».

Ora o marxismo dominante, se é verdade que já vai reconhecendo uma autonomia relativa da instância política perante a base económica e social, não parece nada disposto a reconhecer a essa autonomia o estatuto que aqui se lhe atribui. Tende a situá-la (subalternizando-a) a um nível de realidade intermédio e indeciso, inessencial, quando se não limita a constata-la empiricamente. Como vimos, há em Marx melhores indicações. Mas é duvidoso que mesmo essas abram caminho de modo inteiramente satisfatório.

b) E é duvidoso que o façam porque, *em definitivo*, Marx (e sobretudo Engels) vêem no Estado uma empresa de subjugação, e não de integração social. Ligam-no, umbilicalmente, à existência das classes sociais em luta, no decurso da qual assegura o predomínio de umas sobre as outras. E votam-no ao desaparecimento quando, desaparecidas elas, ficar sem objecto a força dele. Ouçamos Engels: «como o Estado nasceu da necessidade de refrear as oposições de classes, mas como nasceu no meio do conflito, é, em regra, o Estado da classe mais poderosa, da que domina do ponto de vista económico e que, graças a ele (Estado), se torna também politicamente dominante; e adquire assim novos instrumentos para domar e explorar a classe oprimida.» [165] E acrescenta que só excepcionalmente, «quando as classes em luta quase se equilibram, o poder do Estado como *pseudomediador* guarda durante algum tempo uma certa independência» [166]. Terá sido esse o caso em certa fase das monarquias de *ancien régime*.

Eis o que parece contrariar de todo em todo a concepção acima exposta da ordem jurídico-estadual *como sendo essencialmente mediação*. E contraria mesmo. Mas convém salientar, para nos não perdermos em meras oposições de palavras, que a mediação a que Engels se refere, apoucando-a,

talvez não tenha o mesmo objecto que a nossa. Aquilo que ele primeiro nega é que o Estado seja um «árbitro imparcial», coisa que a nossa ideia de mediação de facto também não implica, pelo menos à primeira vista; pois a mediação de que falamos será até, possivelmente, a melhor e mais inteligente maneira de se obter a obediência dos súbditos, de se assegurar o predomínio de uma classe (ou grupo social) sobre as outras. E, assim sendo, talvez se pudesse organizar, *malgré tout*, uma convergência com o marxismo.

Mas talvez não. Porque, embora Marx e Engels (sobretudo o Marx historiador, que é um grande político) de modo algum ignorem que, em termos de história havida, o Estado não tem aderido perfeitamente às classes dominantes, consideram que a perfeita aderência é o limite para o qual a história se encaminha — a caminho também do fim das classes e do Estado. Deste ponto de vista profético e catastrófico, a mediação autónoma, empiricamente inegável, poderá, em «última instância», considerar-se irrelevante e mesmo pura aparência. Em profundidade, não merece estatuto. Não está implicada na definição do Direito e do Estado. *Se estivesse, a profecia marxista caducava.*

c) O conceito marxista de Estado apura-se à semelhança do conceito de classe social. Na história, as classes aparecem por vezes envolvidas em outra coisa, nas ordens ou nas castas, o que altera e quiçá obscurece por vezes as relações entre elas. De certo modo, as classes só se autonomizam e se constituem plenamente com o capitalismo moderno, só então revelando a sua essência, o que não quer dizer que dantes não existissem e que toda a história não tenha sido, no fundo, a da luta de umas contra as outras. Ora o mesmo se dirá, em marxismo, acerca da plena constituição do Estado, que é o Estado moderno, laico, livre do invólucro religioso e revelando a sua verdadeira natureza de servidor dos interesses económicos dominantes. São os interesses de uma burguesia cuja actividade necessariamente engendra e desenvolve o proletariado, sua revolucionária negação...

Acresce o seguinte: que Marx teve diante dos olhos o Estado liberal, expressão do individualismo e de uma concorrência selvagem...; um Estado cuja força integradora era das mais fracas e que parecia, com efeito, preluir os sucessos escatológicos previstos pelo autor do *Manifesto Comunista*. Não só era evidente que o Estado liberal não arbitrava imparcialmente entre a burguesia e o proletariado, como também se não antolhava mesmo nada, até muito tarde no século XIX, que pudesse evoluir, como veio a fazê-lo, em termos de *welfare state*, capaz de longamente adiar (se não digerir) as explosivas contradições, desafiando a profecia marxista para uma batalha incerta...

Ora pode pensar-se que o Estado liberal do século passado, longe de constituir a mais perfeita realização da essência estadual, a manifestou, pelo contrário, de um modo particularmente débil; e débil porque, comparado a muitas formas políticas anteriores e posteriores, nos surge como um Estado muito pouco integrador.

Eis um ponto a discutir⁹⁵. Mas anote-se, desde já, que o objecto dessa discussão não consiste em apurar se a luta de classes existe, se influi

⁹⁵ Poulantzas censura Pasukanis por não ter conseguido captar a especificidade do fenómeno jurídico, apesar de para ela chamar a atenção. E acusa-o de «economicismo». Diz em seguida (desculpando-o?) ser «porém» de notar que as explicações de Marx sobre o assunto foram formuladas a partir das coordenadas fundamentais do capitalismo livre-cambista [167]. Isto é quase assacar o mesmo defeito ao mestre que ao discípulo — e constitui uma sugestão crítica a explorar.

ou não na marcha dos assuntos políticos, etc. Só o «como» dessa existência e dessa influência estarão em causa. Pois de tudo o que temos visto se infere que a ordem jurídico-estadual, hierárquica e coactiva, exprime relações de força, relações de dominação. Mas só? O que se pergunta, isso sim, é se o momento propriamente jurídico-estadual (enquanto racionalizador e limitador) não será também indispensável na perspectiva do possível progresso histórico. A saber: de um desenvolvimento simultaneamente político, económico e social (gradual ou por sucessivas rupturas), em que as liberdades se aprofundem e uma certa igualdade (não uniformidade) entre os homens se instaure.

A história sugere (de acordo com a nossa definição) que o poder forma tanto mais um Estado quanto mais benéfico se revela para a grande massa dos que lhe estão sujeitos. E é bem conhecida a teoria de Tocqueville, de que as revoluções não estalam quando os privilégios de um regime se encontram no apogeu, mas sim quando, quicá declinantes, já se não justificam pelo desempenho de uma útil função. As revoluções confirmam, acelerando-a, uma prévia dissolução do Estado. Ora a teoria não deve contemplar sobretudo ruínas, tal como não pode elaborar-se a partir de formas demasiado incipientes...

Mas tudo isto dará pano para mangas em futura ocasião.

d) Outro ponto de discussão com o marxismo — e encerro aqui a inexaustiva enumeração — será o de sabermos se os conflitos sociais que requerem o Estado são por força lutas de classes; ou se outros há capazes de, por si só, determinar a necessidade de uma «ordem de constrangimento»: conflitos raciais, clânicos, etários, sexuais e outros, de fundo económico ou não. Em princípio parece que as noções «formais» de Direito e Estado a que acabámos por chegar cobrem muito mais coisas debaixo do Sol, e até ao ponto de se nos afigurarem implicadas na de organização social. Mas vamos agora debruçar-nos sobre isso, à luz de tudo o que precede, numa discussão das ideias de Engels sobre a origem do Estado. Partimos para essa crítica armados de uma definição do Direito e do Estado que, como dizia Karl Marx, não corresponde, na sua abstracta generalidade, a nenhum processo histórico real. Mas há abstracções muito fecundas. Talvez a nossa se revele indispensável na abordagem das «realidades» a que vamos passar.

(Continua)

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- [1] MARCELLO CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 4.^a ed., p. 102.
- [1a] C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pp. 57-64, e R. BONNARD, *Le droit et l'état dans la doctrine national-socialiste*, p. 123
- [2] Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, II, p. 188.
- [2a] MAX WEBER, *Économie et Société*, t. I, pp. 33 e segs.
- [3] N. POULANTZAS, *Nature des choses et droit*, pp. 278-279.
- [4] Kelsen, *Teoria General del Estado*, pp. 100-105 e 135
- [5] ID., *General Theory of Law and State*, p. 190.
- [6] ID., *Teoria General*, pp. 81-94. *General Theory*, pp. 93-99. *Teoria Pura*, I, pp. 320-326 e 359-360.
- [7] ID., *Teoria General*, pp. 340-346, 351-352 e 357-358. *General Theory*, pp. 192-196. *Ibid.*, II, pp. 183-202.
- [8] ID., *Teoria General*, p. 89.
- [9] ID., *Teoria General*, pp. 69-70. *General Theory*, p. 255.
- [10] ID., *Teoria General*, pp. 62-71. *General Theory*, p. 44.

- [11] ID., *Teoría General*, pp. . . . *General Theory*, pp. . . .
- [11a] MAX WEBER, *Économie et Société*, t. I, pp. 31 e 323 e segs.
- [12] *Apud* Kelsen, *Teoría General*, p. 25, e RECASENS SICHES, *Filosofía del Derecho*, p. 336.
- [12a] Kelsen, *Teoría Pura*, II, p. 46.
- [13] R. ZIPPELIUS, *Teoría Geral do Estado*, pp. 6-8.
- [14] Kelsen, *General Theory*, p. 118.
- [15] ID., *Teoría General*, p. 325. *Teoría Pura*, II, pp. 10-38. *General Theory*, pp. 115-122.
- [16] ID., *Teoría General*, pp. 300-307. *General Theory*, pp. 123-142. *Teoría Pura*, II, pp. 64 e segs.
- [17] RECASENS SICHES, *Filosofía del Derecho*, p. 295.
- [18] Kelsen, *General Theory*, pp. 10-11. E também, contra Hegel, cf. *Teoría Pura*, I, p. 326.
- [19] Cf. nota 6.
- [20] Kelsen, *Teoría General*, p. 70.
- [21] ID., *General Theory*, pp. 40-45. Quanto à evolução de Kelsen cf. sobretudo a 2.ª edição da *Teoría Pura*, I, pp. 137-165 e 157-162.
- [22] ID., *ibid.*, p. 51.
- [23] ID., *Teoría General*, pp. 59 e segs.
- [24] ID., *El fundamento de la validez del Derecho*, pp. 167-175. *Teoría Pura*, II, pp. 38-50.
- [25] ID., *General Theory*, p. 190.
- [26] ID., *Teoría General*, pp. 134-138. *Natural Law Doctrine and legal Positivism*, pp. 401-404.
- [26a] ID., *Teoría General*, p. 167. *Teoría Pura*, I, pp. 91-96.
- [27] ID., *General Theory*, p. 116. *Teoría General*, p. 332.
- [28] ID., *General Theory*, p. 118.
- [29] ENGELS, «Sur l'histoire de anciens germains», in *L'origine de la Famille*, Ed. Sociales, 1945, p. 189, e «La marche», *op. cit.*, pp. 281-285.
- [30] Kelsen, *General Theory*, p. 117. *Teoría Pura*, II, pp. 35-36.
- [31] MARCELLO CAETANO, *Manual...*, 4.ª ed., pp. 124-128.
- [32] C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, pp. 10 e 26
- [33] F. AYALA, *op. cit.*, p. xv.
- [34] C. SCHMITT, *Das Três Modalidades Científicas do Pensamento Jurídico*, pp. 26-31.
- [35] ID., *Légalité, légitimité*, pp. 62-64 e 79.
- [36] ID., *Begriff des Politischen*, *apud* Olgiati, *Il concetto di giuridicità...*, p. 227.
- [37] ID., *Teoría de la Constitución*, pp. 39 e segs.
- [38] ID., *ibid.*, p. 4.
- [39] ID., *ibid.*, pp. 5-8.
- [40] ID., *ibid.*, pp. 5, 10, 11 e 26.
- [41] ID., *ibid.*, pp. 24 e segs.
- [42] ID., *Begriff des Politischen*, *apud* Olgiati, *op. cit.*, p. 231.
- [43] ID., *Defensa de la Constitución*, pp. 78-81 e 163.
- [44] ID., *Begriff des Politischen*, *apud* Olgiati, *op. cit.*, p. 231.
- [45] ID., *Considérations politiques*, pp. 5-6.
- [46] ID., *ibid.*, pp. 16-17.
- [47] ID., *ibid.*, pp. 14-15.
- [48] ID., *ibid.*, pp. 5-7 e 10-11.
- [49] ID., *ibid.*, pp. 18-19, 26 e 30.
- [50] ID., *ibid.*, pp. 18-19.
- [51] ID., *ibid.*, pp. 69-69.
- [52] ID., *ibid.*, pp. 8-9.
- [53] ID., *Légalité, légitimité*, p. 47.
- [54] ID., *Romantisme politique*, p. 26.
- [55] K. MARX-F. ENGELS, *L'idéologie allemande*, Paris, Ed. Sociales, 1968, p. 362.
- [56] C. SCHMITT, *Diálogos*, pp. 72-73
- [57] ID., *Das Três Modalidades Científicas do Pensamento Jurídico*, pp. 18-19.
- [58] ID., *ibid.*, p. 11.
- [59] ID., *Légalité, légitimité*, p. 50.
- [60] ID., *ibid.*, p. 68.
- [61] ID., *Das Três Modalidades Científicas do Pensamento Jurídico*, p. 5.
- [62] ID., *Légalité, légitimité*, p. 56.

- [63] M. LUCENA, «Revolução socialista, democracia e totalitarismo», in *Polémica Socialista*, Lisboa, Iniciativas Editoriais, 1975, e *A Evolução do Sistema Corporativo Português, I—O Salazarismo*, Lisboa, Perspectivas e Realidades, 1976, pp. 28-87.
- [64] F. NEUMANN, *Behemoth...*, pp. 459 e segs.
- [65] HANNAH ARENDT, *Le Origini del Totalitarismo*, p. 493.
- [66] KÖELLREUTER, *apud* Olgiati, *op. cit.*, pp. 239-251.
- [67] C. SCHMITT, *Das Três Modalidades Científicas do Pensamento Jurídico*, pp. 15-16.
- [68] *Id.*, *ibid.*, p. 9.
- [69] R. HÖHN, in Olgiati, *op. cit.*, pp. 253 e segs.
- [70] MAX WEBER, *op. cit.*, p. 339, e E. A. HOEBEL, *The law of primitive man*, pp. 14-15.
- [70a] N. POULANTZAS, *Nature des choses et droit*, pp. 289-292.
- [71] C. SCHMITT, *Das Três Modalidades Científicas do Pensamento Jurídico*, p. 21.
- [72] *Id.*, *ibid.*, pp. 15 e 26.
- [73] *Id.*, *ibid.*, pp. 23-24.
- [74] *Id.*, *ibid.*, p. 12.
- [75] *Id.*, *ibid.*, p. 14.
- [76] *Id.*, *ibid.*, pp. 13-14.
- [77] Kelsen, *General Theory*, p. 19.
- [77a] CARRÉ e MALLBERG, *Contribution à la théorie générale de l'état*, t. I, p. 66.
- [78] K. LARENZ, *La Filosofia contemporánea del Derecho y del Estado*, p. 166.
- [79] C. SCHMITT, *apud* Olgiati, *op. cit.*, p. 227.
- [80] N. POULANTZAS, *op. cit.*, pp. 54-62 e 278-279, e Kelsen, *Teoria Pura*, II, p. 42, e *General Theory*, pp. 119-122.
- [81] Kelsen, *General Theory*, pp. 181-183.
- [82] RECASENS SICHE, *Filosofia del Derecho*, p. 348.
- [83] *Id.*, *ibid.*, p. 362.
- [84] *Id.*, *ibid.*, p. 360.
- [85] *Id.*, *ibid.*, p. 365.
- [86] *Id.*, *ibid.*, p. 565.
- [87] *Id.*, *ibid.*, p. 350.
- [88] Kelsen, *General Theory*, p. 256.
- [89] R. SMEND, *apud* Gueydan de Roussel, «L'évolution du pouvoir exécutif en Allemagne», in *Revue du Droit Public*, p. 433.
- [90] C. SCHMITT, *apud* K. Larenz, *op. cit.*, p. 166.
- [91] Kelsen, *Teoria General*, p. 128.
- [92] CARRÉ DE MALLBERG, *op. cit.*, t. I, p. 232; cf. Georges Burdeau, *Revue du Droit Public*, 1935, pp. 371-372.
- [93] Kelsen, *Teoria General*, p. 140.
- [94] *Id.*, *Teoria Pura*, II, p. 10.
- [94a] *Id.*, *I Fondamenti della Democrazia*, sobretudo pp. 245 e segs.
- [95] *Id.*, *ibid.*, p. 9.
- [96] *Id.*, *Teoria General*, pp. 129 e 88.
- [97] IHERING, *Esprit du droit romain...*, t. III, p. 164, *apud* Legaz y Lacambra, *Filosofia del Derecho*, pp. 100-101.
- [98] PASUKANIS, *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, p. 31.
- [99] *Id.*, *ibid.*, p. 43.
- [100] *Id.*, *ibid.*, p. 56.
- [101] *Id.*, *ibid.*, pp. 43-44.
- [102] *Id.*, *ibid.*, p. 32.
- [103] *Id.*, *ibid.*, p. 57.
- [104] *Id.*, *ibid.*, p. 39.
- [105] *Id.*, *ibid.*, p. 142, e KARL MARX, «Introduction à la critique de l'économie politique», in *Contribution à la Critique de l'Économie Politique*, Paris, Éditions Sociales, 1972, p. 153.
- [106] *Id.*, *ibid.*, p. 145.
- [107] *Id.*, *ibid.*, pp. 145-146.
- [108] *Id.*, *ibid.*, pp. 145-146.
- [109] *Id.*, *ibid.*, pp. 152-154.
- [110] K. MARX, *Das Kapital*, I, II, p. 95, *apud* Pasukanis, *op. cit.*, p. 119.
- [111] PASUKANIS, *op. cit.*, p. 115.
- [112] C. SCHMITT, *apud* Olgiati, *op. cit.*, pp. 233-234.

- [113] PASUKANIS, *op. cit.*, p. 109.
- [114] ID., *op. cit.*, p. 123.
- [115] ID., *op. cit.*, p. 75.
- [116] ID., *op. cit.*, p. 70.
- [117] ID., *op. cit.*, pp. 77-78.
- [118] ID., *op. cit.*, p. 87.
- [119] ID., *op. cit.*, p. 85.
- [120] K. MARX, *La Sainte Famille*, Ed. Sociales, p. 147. *A Crítica Moralizante ou a Moral Crítica*, «Euvres», Ed. Molitor, III, p. 130, *apud* Pasukanis, *op. cit.*, p. 85.
- [121] PASUKANIS, *op. cit.*, p. 90.
- [122] ID., *op. cit.*, p. 83.
- [123] ID., *op. cit.*, p. 83.
- [124] ID., *op. cit.*, pp. 89-90.
- [125] ID., *op. cit.*, p. 81.
- [126] ID., *op. cit.*, pp. 81 e 127.
- [127] ID., *op. cit.*, p. 97.
- [128] ID., *op. cit.*, p. 95.
- [129] ID., *op. cit.*, p. 91.
- [130] ID., *op. cit.*, p. 98.
- [131] ID., *op. cit.*, pp. 100-101.
- [132] ID., *op. cit.*, p. 104.
- [133] ID., *op. cit.*, p. 103.
- [134] ID., *op. cit.*, p. 100.
- [135] ID., *op. cit.*, p. 57.
- [136] ID., *op. cit.*, p. 162.
- [137] ID., *op. cit.*, pp. 159-160.
- [138] ID., *op. cit.*, p. 135.
- [139] ID., *op. cit.*, p. 134.
- [140] ID., *op. cit.*, p. 143.
- [141] ID., *op. cit.*, pp. 138-139.
- [142] ID., *op. cit.*, p. 138.
- [143] ID., *op. cit.*, p. 157.
- [144] ID., *op. cit.*, p. 90.
- [145] N. POULANTZAS, *Nature des choses et droit*, p. 278.
- [146] PASUKANIS, *op. cit.*, p. 77.
- [147] N. POULANTZAS, *op. cit.*, pp. 350-351.
- [148] PASUKANIS, *op. cit.*, p. 69.
- [149] ID., *op. cit.*, p. 86.
- [150] ID., *op. cit.*, p. 185.
- [151] ID., *op. cit.*, p. 69.
- [152] ID., *op. cit.*, p. 86.
- [153] ID., *op. cit.*, pp. 130-131.
- [154] ID., *op. cit.*, p. 67.
- [155] ID., *op. cit.*, p. 168.
- [156] ID., *op. cit.*, p. 173.
- [157] ID., *op. cit.*, pp. 174-175.
- [158] R. HÖHN, *apud* Olgiati, *Il Concetto di Giuridicità...*, p. 258.
- [159] PASUKANIS, *op. cit.*, pp. 175-176.
- [160] ID., *op. cit.*, p. 46.
- [161] ID., *op. cit.*, p. 207.
- [162] L. SHAPIRO, *The Communist Party of the Soviet Union*, pp. 269-270.
- [163] PASUKANIS, *op. cit.*, p. 210.
- [164] ID., *op. cit.*, p. 67.
- [165] ENGELS, *Les origines de la famille, de la propriété privée et de l'état*, Paris, Ed. Sociales, 1954, p. 157.
- [166] ID., *ibid.*, p. 157.
- [167] N. POULANTZAS, *Nature des choses et droit*, pp. 256-257.