

O conceito de lei revisitado. Reflexões a proposito do tratado constitucional europeu

Maria Lúcia Amaral

(*Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*)

Resumo:

Numa altura em que a Europa, aparentemente, se reconstitui, as categorias centrais da cultura jurídica europeia devem ser revisitadas através do debate interdisciplinar. Também aqui o que está em causa é a criação de um espaço público europeu. Este artigo usa como pretexto a criação, pelo *Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*, da figura da “lei europeia” para visitar o conceito de lei partindo de referências ao direito positivo português. A abordagem pretende ser inter-disciplinar nesta exacta medida: como é que o termo lei, usado na linguagem corrente dos juristas práticos, foi adquirindo sentidos que resultaram da emancipação da *teoria do Direito* face ao pensamento jusfilosófico?

Palabras-clave: Constituição Europeia - Lei europeia - Conceito de lei - Princípios constitucionais comuns - Teoria do direito - Teoria do Estado.

Abstract:

According to article I-33 of the *Treaty establishing a Constitution for Europe* the legal acts of the Union will be the European laws, the European framework laws, the European regulations, the European decisions, recommendations and opinions. By using here the term *law*, the Convention that drafted the Treaty has chosen to appropriate a concept that until now has been exclusively a state-centered concept. Since there is not, however, an European state, the understanding of the language used by the Treaty asks for the revisitation of the concept of legal act, a central category of the european legal culture. This article focuses on the meaning that this concept has acquired in the portuguese constitutional culture, as a part of the european legal culture.

Key-Words: European Constitution - European Law - Legislative acts - Common Constitutional Principles - Theory of Law - Theory of State

Introdução

A Europa vive um *momento constituinte*. Mesmo que se seja, como alguns são, profundamente cépticos quanto ao alcance histórico do momento, e mesmo que se pense, como alguns pensam, que a sua eficácia constituinte não pode ultrapassar os limites do simbólico¹, a verdade é que é difícil permanecer indiferente à sucessão dos acontecimentos. A proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia na cimeira de Nice em Dezembro de 2000; a Declaração de Laeken sobre o Futuro da Europa em Dezembro de 2001; a Convenção então estabelecida, a sua composição e as suas atribuições²— tudo isto representou, para o processo dinâmico da integração, um *novum* de consequências ainda imprevisíveis. Qualquer que venha a ser o futuro do Tratado Constitucional nada ficará como antes na *constituição* da Europa: em 2004 atravessou-se uma fronteira. O princípio que Schuman tinha erguido em valor essencial —“ A Europa não se fará de um só golpe, nem numa construção de conjunto: far-se-á de realizações concretas que criem em primeiro lugar uma solidariedade de facto (...)”³— deixou de valer. A Convenção, ao decidir conferir ao Tratado um *nome* constitucional, decidiu também que tinha chegado o tempo de uma construção de conjunto. A irreversibilidade da decisão está perante os nossos olhos: o que se pede aos povos dos Estados da Europa, a partir de agora e até Novembro de 2006⁴, é que aceitem ou rejeitem, por consulta directa ou por intermédio dos seus representantes, a *construção* no seu *todo*. Nada, pois, poderá voltar a ser como antes.

Houve no entanto algo que Schuman não disse na Declaração de 1950 e que se foi tornando particularmente claro ao longo das décadas seguintes,

¹ Por último —e fazendo um amplo painel das diferentes “estratégias” que terão justificado o trabalho da Convenção— veja-se Neil Walker, “Europe’s Constitutional Momentum and the Search for Polity Legitimacy”, in Weiler and Eysgruber, eds., *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/04 [http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-01.html]

² Para uma informação adequada —e entre muitos outros— Teresa Freixes/José Carlos Remotti, *El Futuro de Europa, Constitución e Derechos Fundamentales*, Valência, MINIM ediciones, 2002, pp. 47 e ss. Recorde-se que a composição da Convenção sobre o Futuro da Europa, estabelecida em Laeken, era similar à que redigira a Carta dos Direitos Fundamentais. Com a Carta, pela primeira vez, um acto constitutivo da integração não foi elaborado de acordo com os meios tradicionais do direito internacional público, isto é, pelos representantes dos governos dos Estados-membros. A Convenção que redigiu a Carta e, depois dela, a Constituição, era composta de representantes dos Parlamentos nacionais, do Parlamento Europeu, dos governos dos Estados-membros e da Comissão, pela além de integrar como observadores representantes das regiões e de grupos europeus.

³ Declaração de 9 de Maio de 1950, integrada no Tratado de Paris [C.E.C.A.] de 18 de Abril de 1951.

⁴ Data prevista para a entrada em vigor do Tratado, após ratificação pelos Estados-membros “em conformidade com as respectivas normas constitucionais” (artigo IV- 447).

sobretudo por acção da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. A “Europa”, até à redacção do Tratado Constitucional, não se fez só pela criação de uma *solidariedade de facto*; fez-se também pelo reconhecimento crescente da existência de uma *solidariedade de Direito*. A descoberta –ou, melhor dito: a re-descoberta– de um *jus commune europaeum* e a determinação do seu conteúdo foi, com efeito, um dos marcos essenciais da jurisprudência comunitária: algumas das zonas mais importantes do direito da integração foram construídas a partir da decantação, e da interpretação, dos princípios comuns aos direitos dos Estados-membros⁵. Em 1992 e em 1997, em Maastricht e em Amesterdão, reconheceu-se em texto isto mesmo que já se tinha estabelecido na jurisprudência, e levou-se tal reconhecimento ao domínio primordial do direito constitucional. Os nº 1 e 2 do artigo 6º do Tratado da União Europeia, então escrito, referia-se aos “princípio comuns” e às “tradições constitucionais comuns aos Estados-membros”, incluindo nelas, entre outros, o princípio do Estado de direito, o princípio democrático e o princípio da salvaguarda dos direitos fundamentais, e erguendo os dois primeiros em princípios estruturantes da União e o último em fonte dos “princípios gerais de direito comunitário”. Reconhecida estava, portanto, a existência de uma espécie de *direito constitucional comum europeu*⁶, ou de *cultura jurídico-constitucional comum aos Estados da Europa*⁷, existência essa que o nº I- 2 do Tratado Constitucional agora sublinha, enfaticamente⁸.

A ênfase não é de admirar. Qualquer processo federativo, ou agregador, só pode vir a ter êxito se assentar numa *certa* homogeneidade das partes que se agregam; e a homogeneidade, para poder conviver com a diversidade dos povos e das suas histórias, será seguramente de culturas jurídicas, sobretudo de culturas constitucionais. Sabêmo-lo há muito tempo. Estados cujas culturas jurídicas não estejam entre si ligadas por afinidades substanciais –e, sobretudo, por afinidades de valores constitucionais, juridicamente determinan-

⁵ O caso exemplar é o do direito relativo à responsabilidade civil da Comunidade, construído pelo Tribunal de Justiça nos termos do artigo 288 do Tratado da Comunidade Europeia (“Em matéria de responsabilidade extracontratual, a Comunidade deve indemnizar, *de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros*). Entre a bibliografia, abundante, sobre o tema veja-se por exemplo Schockweiler/Wivenes/Godart, “Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d’actes juridiques dans la Communauté Européenne”, *Révue Trimestrielle de Droit Européen*, 1990, pp. 27-74

⁶ Francisco Lucas Pires, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Editora Almedina, 1997, p. 19.

⁷ A expressão é de Peter Häberle, *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1997, *passim*.

⁸ “A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade e do Estado de direito (...). *Estes valores são comuns aos Estados-membros (...)*”. Itálico meu.

tes— não poderão naturalmente agregar-se. O património constitucional comum europeu é um pressuposto do Tratado, não uma sua criação.

Dentro deste património *o conceito de lei* ocupa um lugar relevantíssimo. O Tratado, agora, a ele volta. Com efeito, uma das suas novidades está justamente na re-nomeação das fontes do direito europeu. Na linguagem inicial das primeiras comunidades —aquela mesma que cumpria o dito de Schuman, e que procurava por isso ser fiel à rejeição da ideia de “construção de conjunto”— as fontes não tinham em geral *nomes* que evocassem as categorias típicas dos direitos estaduais. Os “actos” comunitários (incluindo os vinculativos e os não vinculativos) tinham, de acordo com o artigo 249 do Tratado da Comunidade europeia⁹, designação diversa: directivas, regulamentos, recomendações e pareceres. Agora, nos actos jurídicos da União, contam-se a *lei europeia* e a *lei-quadro europeia*, para além dos regulamentos, das decisões, das recomendações e dos pareceres (artigo I-33 do Tratado Constitucional). A apropriação da simbologia estadual é evidente, e surge como ilação necessária da apropriação da linguagem constitucional.

Sobre esta novíssima “lei europeia” paira, como se sabe, a sombra do tão propalado, e tão pesado, *deficit democrático*. O tema —justamente pelo seu peso— tem sido de tal ordem debatido que não vale a pena agora a ele regressar¹⁰. Mas se é verdade que um dos elementos do *deficit* decorre da debilidade do espaço público europeu, também parece ser verdade que a ausência ou insuficiência de tal espaço pode ser suprida por estratégias que procurem a institucionalização e o alargamento dos debates aí onde eles não existam ou sejam apenas incipientes. Um dos espaços a merecer institucionalização ou aprofundamento é o do discurso interdisciplinar, sobretudo aquele que liga a linguagem dos juristas práticos à teoria do Direito e à filosofia política. É evidente que a experiência da integração europeia oferece terreno fértil para *certas* incursões interdisciplinares em domínios como os da teoria da constituição¹¹ ou a teoria da soberania¹²; mas é menos evidente que o ofereça também noutros domínios, como os relativos à teoria da lei. O tema

⁹ Na renumeração que lhe foi dada pelo Tratado de Amesterdão. Uso no texto tempos verbais passados. Como é evidente, o uso é incorrecto: enquanto não entrar em vigor o Tratado Constitucional, o direito vigente continuará a ser este, a que agora me refiro.

¹⁰ A literatura sobre o assunto é inabarcável. Por todos, J: H: H: Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

¹¹ Dieter Grimm, “Una costituzione per l’Europa?”, em *Il Futuro della Costituzione*, a cura di Gustavo Zagrebelsky, Pier Paolo Portinaro e Jörg Luther, Torino, Einaudi, 1996, pp. 339-367; Juergen Habermas — “Una costituzione per l’Europa? Osservazioni su Dieter Grimm” *Ibidem*, pp. 369-375.

¹² Neil Mac Cormick, *La sovranità in discussione, Diritto, stato e nazione nel “commonwealth” europeo*, Bologna, IlMulino, 2003.

é, hoje, praticamente esquecido. No entanto, o que é poderá vir a ser a “lei europeia”, senão a expressão final de uma categoria pertencente –talvez como nenhuma outra– ao património constitucional comum europeu?

O artigo que se segue procura inscrever-se neste espaço, pouco frequentado, do debate interdisciplinar. Partindo do uso que o termo “lei” tem na linguagem corrente dos juristas, recordam-se em síntese apertada os três momentos essenciais por que terá passado, na tal *tradição constitucional comum europeia*, a construção do correspondente “conceito”: o momento da teoria, o momento da dogmática e o momento da filosofia. A passagem por este três momentos é feita de forma tópica e algo fragmentária. Não pretendi atingir o objectivo de traçar nestes domínios roteiros novos. Provavelmente tal objectivo será de realização impossível, tanto neste como noutros contextos. O que pretendi foi apenas reavivar a nossa memória comum sobre esse trajecto que, algures iniciado, agora culmina na redacção do artigo I-33 do Tratado e na *lei europeia* que ele nos promete. Como a memória comum é também aquela que é comum a juristas e não juristas, o traço grosso com que se procurou reavivá-la é o traço do jurista, que procura escapar ao espaço confinado do seu domínio disciplinar tentando comunicá-lo a outros. A isto acresce que a cultura jurídica de que se partiu é a portuguesa: alguns dos esclarecimentos de direito positivo incluem, por isso, referências pontuais a categorias do direito português, que no entanto –aqui como noutros lados– não é mais do que a realização, num espaço e num tempo, da *cultura jurídica comum à Europa*.

I-Três conceitos de lei

A lei como fonte, como acto e como vontade

No seu sentido mais amplo o termo “lei” significa sempre *ordenação* através de *regularidades*. As leis científicas, que descrevem acontecimentos regulares, ordenam o nosso conhecimento sobre o mundo; as leis das artes, que prescrevem o modo (regular) de fazer determinada coisa, ordenam a actividade do artista; as leis jurídicas, que são “disposições genéricas providas dos órgãos estaduais competentes” (artigo 1º do Código Civil português) ordenam, com a positividade que é própria do Direito, os comportamentos regulares das pessoas no seu relacionamento social. Para além deste vago significado comum de *ordenação por meio de regularidades* não parece possível nem desejável procurar outro sentido geral para a palavra *lei*: mesmo no uso quotidiano da linguagem jurídica é tão extensa a sua plurisignificatividade que tornaria estéril qualquer tentativa de definição do *termo* através da enumeração dos seus possíveis significados. Por isso, o pensamento jurídico

tende normalmente a abordar a ideia de lei, não a partir dos sentidos correntes conferidos à palavra, mas antes a partir do *lugar disciplinar em que o correspondente conceito é construído e trabalhado*. Há, assim, uma definição de lei que é própria da *tecnia geral do Direito*; outra que é própria da *teoria geral do Estado* e ainda outra que é própria da *filosofia (do Direito)*. Em cada um destes campos, o conteúdo do conceito tende a ser obtido negativamente, isto é, tende a ser construído por oposição a outro ou outros conceitos. O problema fundamental da teoria geral do Direito é o problema das fontes da juridicidade; por isso, aí, lei significa tudo aquilo que é oposto quer ao costume quer à jurisprudência. O problema fundamental da teoria geral do Estado é o problema da distinção material das funções estaduais; por isso, aí, lei significa tudo aquilo que se opõe quer à sentença judicial quer ao acto administrativo. Neste domínio, o problema fundamental da (história da) filosofia do direito tem sido sempre o de saber se *é lei tudo aquilo que puder ser decretado como tal pela vontade humana* ou se, pelo contrário, se impõem aqui à *vontade* ou à acção limites conferidos pela *natureza* (ou pelo *logos*, ou pela razão). Por isso, também neste lugar se tem alimentado o conceito de lei (ou a história da construção dele) de uma oposição. Não da oposição *teórica* que sempre distinguiu a lei por referência ao costume, à jurisprudência, à sentença do juiz e ao acto da administração, mas de uma outra oposição, *filosófica*, que associou sempre a discussão sobre a lei à discussão sobre os pares *actio/ratio, auctoritas/veritas*.

Normalmente, ao conceito obtido através da *teoria* (quer da teoria do Direito, quer da teoria do Estado) atribui-se a designação de “conceito técnico-jurídico de lei”, pela imediata utilidade heurística, que o mesmo tem, para a actividade corrente dos juristas. A este conceito, *técnico*, opor-se-ia portanto o modo de tratamento “não técnico”, ou “meta-positivo” do problema da lei na história do pensamento filosófico. Assim apresentada, esta contraposição entre a utilidade “técnica” da teoria (ou da dogmática, que, como veremos, é sobretudo trabalhada pela teoria geral do Estado) e a correspondente “não utilidade” da filosofia torna-se, como é evidente, uma contraposição grosseira. A *teoria da lei*, usada ainda hoje na prática quotidiana dos juristas, não se construiu evidentemente *contra* ou *sem* a filosofia do Direito. Resultou antes de um processo de *emancipação* do pensamento jurídico face ao pensamento filosófico¹³, processo esse que, por razões de necessidade histórica, se iniciou na cultura jurídica do continente europeu durante o século XIX, foi continuado ao longo do século XX, e redundou a final numa espécie “filosofia para uso prático dos juristas”: um corpo sistematizado de

¹³ Assim mesmo, Kaufmann, A. *Rechtsphilosophie*, 2ª ed, München, C.H. Beck, 1997, p. 13.

conceitos, dotados de um elevado grau de abstracção, onde se precipitaram as *formas* essenciais através das quais a nossa cultura jurídica (a cultura da *legalidade*) se autorepresentou e organizou. *Emancipação* não significa separação nem alheamento recíproco. A teoria (e a dogmática) da lei nasceram do debate filosófico sobre a mesma e não são por isso compreensíveis sem ele. Mas também se não pode compreender a *ideia difundida de lei* –e o uso que dela fazem os juristas– se se não compreender primeiro a especificidade da (dita) abordagem “técnico-jurídica” do seu conceito.

II. O conceito “técnico-jurídico” de lei

A lei na teoria geral do Direito e na teoria geral do Estado.

1- A lei como *fonte*. O conceito da teoria geral do Direito

Disse-se atrás que o problema fundamental da *teoria geral do Direito* se confunde com o problema das *fontes da juridicidade*. E que, aí, “lei” significa *tudo aquilo* que, sendo, constituindo ou manifestando Direito, não é no entanto nem *costume* nem *jurisprudência*. Desenvolvamos esta ideia.

A imagem metafórica e refrescante das “fontes do Direito” deve-se, ao que parece, a Cícero que a terá primeiro usado no *De Legibus*, I 5-6, tendo sido divulgada a sua utilização a partir do século XVI¹⁴. O significado que lhe é atribuído mantém-se inalterado desde então. A *fonte* não é o Direito em si, mas tão somente a *via pela qual ele jorra*. A ordem do dever-ser jurídico, quando realizada de modo coerente e estável num dado tempo histórico, assenta sempre em *certos* princípios de justificação e tem sempre um conteúdo material determinado por *certos* factores. Mas nem uns nem outros –nem as vias de legitimidade ou de legitimação de uma ordem , nem os factores de determinação dos seu conteúdo– são descritos através da metáfora da “fonte”. Esta última vale apenas para representar os modos através dos quais, em determinado tempo histórico, a juridicidade se constitui e manifesta. Quando repensadas sob um modo ideal-típico, estas *vias de constituição da juridicidade* podem ser resumidas a três categorias: o Direito manifesta-se, ou através da *tradição*, ou através do *caso concreto e do modo da sua resolução pelo juiz*, ou através de “disposições genéricas provindas do órgão estadual competente”, para voltar a usar a “definição” de lei dada pelo artigo 1º do Código Civil português. É claro que a disjunção entre estas três vias (ou *tradição*, ou *jurisprudência*, ou *lei*) não pode ser lida de modo absoluto. Nada, “em teo-

¹⁴ Castanhiera Neves, A., “Fontes do Direito”, in *Enciclopédia Polis*, 2, Lisboa, Editorial Verbo, 1984, p. 1514.

ria”, impede que uma certa ordem, ou uma certa parcela de ordem, venha a ser constituída através de um concurso de fontes. Mas os limites do concurso tornam-se eles próprios inteligíveis graças à riqueza da metáfora, se a compreendermos até ao fim. Embora a “imagem” não inclua nem a nascente nem a qualidade daquilo que (por *causa* dela) jorra, deixando de fora de si mesma quer as forças que se conjungam para que uma certa ordem seja reconhecida como tal quer os factores que determinam o seu conteúdo, a verdade é que a *qualidade*, ou o *modo de ser*, de uma “fonte” acaba por depender sempre da qualidade e do modo de ser da nascente que a determina. Só em sociedades essencialmente descentralizadas, e resguardadas de exigências de mudança impostas por ciclos de transformação social, económica e político-tecnológica, pode o *costume* (ou a tradição) erguer-se em via dominante de constituição da juridicidade; como só aí, também e de certo modo, pode a ordem jurídica manifestar-se sobretudo a partir do caso concreto e da *solução, vinculante para futuros casos análogos, que para ele tenha achado o juiz*. A constituição do Direito através da tradição e da jurisprudência é um fenómeno prémoderno, como aliás o demonstram as origens da *common law*¹⁵. O Direito europeu continental moderno, pós-revolucionário, que foi construindo estavelmente a ordem do Estado e das relações entre privados a partir do século XVIII através do cumprimento das suas duas grandes tarefas históricas (a tarefa da *codificação*, com o exemplo do Código napoleónico de 1804, e a tarefa de *submissão do poder* das administrações régias à autoridade dos parlamentos nacionais), é fundamentalmente um *direito da lei*. Daí que seja a lei mesma, reflectida por antonomásia no Código Civil, que venha a *regular* o modo e as formas do (possível) concurso de fontes.

2- A lei como *acto*. O conceito da teoria geral do Estado

Se, no entanto, para o Código Civil português, é lei toda a disposição genérica provida dos órgãos estaduais competentes, para a Constituição portuguesa “lei” significa essencialmente o *acto* do Estado que resulta do exercício de um dos seus *poderes*, mais exactamente do seu *poder legislativo*. Daí que o seu artigo 112, 1, diga que “são actos legislativos as *leis*, os *decretos-lei*, e os *decretos legislativos regionais*”. A diferença entre estas duas definições –entre o entendimento da lei como *fonte* e do entendimento da lei como *acto*– é justificada pela diversidade das exigências que se impõem, por

¹⁵ Nesta medida, o Direito comunitário terá sido um dos primeiros exemplos de “direito pós-moderno”, pela sua essencial construção jurisprudencial. Sobre ela –e sobre as suas profundas razões de ser– veja-se . J. H. H. Weiler –“The transformations of Europe”, in *The Constitution of Europe*, cit. nota 10. pp. 10-101

um lado, à *teoria* (geral) do Direito e, por outro, à *dogmática* constitucional das funções, ou poderes, do Estado. O grande problema que se coloca à primeira é, como já se disse, o do conhecimento dos *modos de manifestação da juridicidade*; mas o grande problema que se coloca à segunda é o de *saber o que é que, dentro do Estado e da sua organização de poderes, deve caber a quem*: que tipo de tarefas devem ser realizadas por quem legisla, que tipo de tarefas devem ser cumpridas por quem administra, que tipo de tarefas devem ser levadas a cabo por quem julga. Este é um problema não apenas “teórico” – como o das fontes – mas, mais do que isso, “dogmático”, já que a sua resolução depende em última análise da interpretação do *direito positivo*. As questões que aqui surjam, e que convoquem a actividade dos juristas, só podem ser solucionadas tendo em conta o “modo concreto” pelo qual um *certo direito*, de natureza político-constitucional, distribuiu, por diferentes centros de decisão, diferentes tarefas estaduais. Ora, nem sempre este “modo concreto de ordenação [das tarefas estaduais]” é imediatamente perceptível. Todo o direito requer uma “técnica” de interpretação. As normas político-constitucionais relativas à ordenação dos poderes do Estado são interpretadas com o auxílio de um acervo de conceitos e princípios que, desde o século XIX – e, sobretudo, por acção irradiante da cultura jurídica alemã – tem sido construído pela chamada “teoria geral do Estado”.

O primeiro problema que ocupou a “teoria geral do Estado” – e que, aliás, a fez precisamente nascer¹⁶ – foi o de saber se a questão da distribuição das diferentes tarefas estaduais pelos diferentes centros de decisão podia, ou não, ser resolvida com o auxílio de critérios *substanciais* que permitissem distinguir o conteúdo típico da lei por oposição ao conteúdo típico da acção da administração ou da sentença judicial. Assim equacionado, o problema não era outro senão o da *definição substancial das funções do Estado*. Se se pudesse saber, com algum rigor, em que é consistiria (de modo substancial típico) a tarefa de legislar, e como é que ela se distinguiria tipicamente da tarefa de administrar e da tarefa de julgar, estaria também resolvido o problema de saber *o que é que deveria caber a quem*: o acto substancial típico da “legislação” seria atribuído ao poder legislativo; o acto substancial típico da

¹⁶ Sobre o tema, em geral, veja-se a monografia clássica de E. W. Böckenförde, EW, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1981. Sobre a questão específica da formação do conceito dualista de lei no quadro da história constitucional alemã, veja-se o trabalho não menos clássico de I. de Otto Y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, 1987, p. 168 e ss; e ainda M.A. Vaz, *Lei e reserva de lei, a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1992, pp. 126 e ss, e F. Ossenbühl, “Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat”, in Isensee/Kirchhof herg., 2ª ed., *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, C.F.Müller, Heidelberg, 1996, págs. 281-314 [285].

administração ao poder executivo; o acto substancial típico da jurisdição ao poder jurisdicional. A busca de solução deste problema foi-se revelando porém, ao longo de mais de cem anos, como a verdadeira *cruz* dos juspublicistas. Não tanto pela dificuldade em distinguir, de modo substancial típico, o acto de *julgar* de todos os outros (que, sobre ele, a cultura jurídica europeia ainda é capaz de formular uma definição substancial, prova-o, por exemplo, o artigo 202 da Constituição portuguesa), mas sobretudo pela impossibilidade de obter consensos duradouros quanto ao traçado de uma fronteira conceitual que permitisse separar, com segurança, a *matéria* de legislação (recorrendo-se assim o próprio conceito de lei) da *matéria* da administração. Nos finais do século XIX considerava-se este “um dos mais difíceis problemas do direito constitucional”¹⁷. A ciência jurídico-constitucional europeia dos finais do século XX acabou por considerá-lo, pragmaticamente, como um problema insolúvel, procurando-se por isso *de outro modo e em outro lugar* a resposta para as dificuldades geradas pela sua não solução¹⁸.

A permanência, quer na teoria do Direito quer na teoria do Estado, do chamado “conceito dualístico de lei”¹⁹ é bem demonstrativa da atitude pragmática que parece marcar, quanto a este tema, a ciência juspublicística contemporânea. A doutrina dualista foi pela primeira vez formulada por Paul Laband no contexto epistemológico e cultural do “direito do Estado” alemão da segunda metade do século XIX e é ainda hoje vulgarmente utilizada no pensamento corrente dos juristas. Diz ela basicamente o seguinte: para a teoria jurídica (do Direito e do Estado), o termo “lei” pode significar duas coisas bem distintas. Em sentido formal é *lei* todo e qualquer acto do Estado que exprima o exercício de um poder constitucionalmente legislativo, *qualquer que seja o seu conteúdo*; em sentido material é *lei toda a prescrição normativa inovadora*, qualquer que seja o poder do Estado de que provenha. Os dois sentidos podem não ser coincidentes. Um regulamento administrativo pode ser lei em sentido material sem o ser em sentido formal; mas uma decisão legislativa parlamentar de caso-concreto, tomada *à medida* de uma situação e prosseguindo uma bem identificada finalidade, pode ser lei em sentido formal sem o ser em sentido material. A utilidade heurística deste conceito dual torna-se visível por várias razões. Desde logo, é ele que permite a conciliação entre o entendimento da lei como *fonte* e o entendimento da lei como *acto*. Quando os juristas usam o termo de acordo com o primeiro

¹⁷ M.L. Amaral, *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 298

¹⁸ F. Ossenbühl, ob cit nota 16, p. 287; C. Starck, *Der Gesetzbegriff des Grundgesetzes*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1970, p. 169

¹⁹ M.A. Vaz, ob cit nota 16, p. 113; E. W. Böckenförde, ob cit. nota 16, p. 211

entendimento –no quadro, portanto, da linguagem própria da teoria geral do Direito– o sentido que lhe é dado é o *material*; mas sempre que a palavra é usada, no âmbito da linguagem político-constitucional, *apenas* para designar o acto resultante do poder legislativo do Estado, vale em geral a segunda acepção, de índole formal. A compreensão da dualidade de sentidos tem portanto a vantagem de reduzir a ambiguidade do discurso jurídico. Não é, no entanto, esta a sua única utilidade.

Quando, na segunda metade do século XIX, a cultura jurídica alemã a formulou, esta doutrina de separação entre o conceito meramente formal de lei e o conceito material dela prosseguia um objectivo bem identificado: o de solucionar, pela via da argumentação jurídica, o principal problema *político* que se punha, então, à organização dos poderes do Estado. No quadro constitucional da época, marcado pela concorrência entre dois princípios distintos de legitimidade do poder –o monárquico, sediado na estrutura executiva, e o “nacional”, sediado em parlamentos representativos–, resolver a questão de saber *o que é que devia caber a quem* significava *resolver* o problema da partilha de poderes entre o princípio monárquico e o princípio da soberania nacional. Por isso se buscava afincadamente uma *matéria*, ou uma “essência”, ou uma *substância fixa* para a lei. Se tal coisa pudesse ser encontrada saber-se-ia, de antemão, quais os tipos de problemas colectivos que deveriam ser reservados à competência do parlamento e quais os tipos de problemas colectivos cuja resolução poderia ser devolvida à acção livre do Rei. Pela *natureza das coisas*, tudo o que pertencesse ao âmbito da “matéria” da lei pertenceria, também, ao âmbito de poderes dos deputados eleitos. Quando nasceu, portanto, este conceito dualista da “lei em sentido material” e da “lei em sentido formal”, o problema da *definição do conceito de lei* estava histórica, teórica e dogmaticamente ligado, por um elo insolúvel, ao problema *político* da *separação dos poderes em estruturas constitucionais fundadas em legimidades indecisas*. Como é evidente, nos Estados democráticos contemporâneos, fundados num único princípio de legitimidade, este elo de dependência já não existe. A permanência do entendimento “dualista” cumpre portanto hoje outra função.

Ao definir a “lei” como *acto* –qualquer que seja o seu conteúdo– a Constituição portuguesa está a albergar um entendimento essencialmente *formal* do que seja o poder legislativo que ela própria institui e organiza. É justamente essa a conclusão que se retira do seu artigo 112, nº 1, segundo o qual serão “actos legislativos” “as leis, os decretos-lei e os decretos legislativos regionais”. Mas esta opção constitucional pela saliência da forma (que, aliás, é comum a todos os textos constitucionais contemporâneos) não implica nenhuma espécie de desistência. Não significa que, em atitude de derrota, a própria Constituição reconheça que *a lei pode ser tudo e que tudo pode ser*

lei. Significa apenas que, num Estado de direito democrático, as normas constitucionais *formais*, relativas à proveniência dos poderes (mais rigorosamente, neste caso à proveniência do poder legislativo), à ordenação da sua estrutura interna e à disposição dos seus procedimentos, são elas próprias garantia de *alguma racionalidade deliberativa*, na exacta medida em que constituem os veículos possíveis de expressão do pluralismo social e de obtenção dos critérios da razão pública. O facto de, no pensamento corrente dos juristas, se manter a ideia segundo a qual o termo “lei” pode querer dizer duas coisas bem distintas –quer *apenas o acto do poder legislativo*, qualquer que seja seu conteúdo, quer *a prescrição normativa inovadora*, qualquer que seja o poder que a emite– não tem só a utilidade de reduzir a ambiguidade do discurso jurídico. Mais do que isso, com ele se exprime uma ideia maior da cultura jurídico-constitucional contemporânea. Vamos formulá-la do seguinte modo: em Estados como os nossos, estruturados a partir de um *único* princípio de legitimidade do poder mas alimentados por uma pluralidade de concepções do bem, são as *formas* de criação do Direito (através da lei) que conferem os critérios possíveis da *razoabilidade e justeza do conteúdo do Direito que é criado*. Voltaremos a esta ideia– e aos vastos problemas que por detrás dela se escondem– ao longo do ponto seguinte.

III- *Actio/Ratio; Auctoritas/Veritas*

O problema do conteúdo da lei na história da filosofia do Direito:alguns tópicos

Dissemos atrás (I) que os conceitos de lei forjados pela teoria do Direito (quer pela teoria geral das fontes, quer pela teoria geral do Estado) não se construíram, ao longo dos dois últimos séculos, *contra* ou *sem* a filosofia, mas resultaram antes de um processo necessário de emancipação do pensamento jurídico-prático face ao pensamento jusfilosófico. A cultura da *legalidade*, que foi ao fim e ao cabo a cultura do direito europeu continental depois de finais de ‘700, *precisava* dessa espécie de “filosofia para uso (prático) dos juristas” que foi fornecida pelos conceitos de lei-fonte e de lei-acto, ou de lei-matéria e de lei-forma. Que, no entanto, os problemas que ficaram “resolvidos” por esta ordenação conceitual são problemas perenes da história do pensamento jusfilosófico demonstra-o a sua simples equação: o que a “teoria” discutiu, e procurou praticamente ordenar, foi justamente a questão de saber se *a lei pode ser tudo e se tudo pode ser lei*. O debate *jusfilosófico* relativo ao conceito de lei organizou-se sempre em torno desta mesma questão.

A controvérsia sobre a origem etimológica da palavra é, aliás, ela mesma reveladora do conteúdo da querela. Sabe-se que o termo *lei* provém do étimo

latino *lex*; mas já se não tem nenhuma certeza quanto à proveniência deste último. Segundo uns, *lex* viria do verbo *legere*, o que significaria que desde a sua própria origem o nome da coisa estaria associado à atitude *passiva* de quem “lê”, ou “descobre”, ou “interpreta” *algo* pré-existente e exterior à sua própria vontade. Mas, segundo outros, *lex* proviria antes de *ligare*, ou de *eligere*, o que implicaria a atitude activa de quem *escolhe* e impõe o resultado da sua escolha. O termo indo-europeu *legh*, que significaria exactamente “pôr”, seria ainda –quanto a outros– o comum antecessor quer da *lex* romana quer do termo germânico *gesetz*, que nomeia exactamente a qualidade daquilo que está “posto” ou “disposto”²⁰. De qualquer modo, à *lex* latina corresponde o termo grego *nómos*, que tanto quer dizer *lei* quanto *convenção*²¹. Os primeiros filósofos, que foram aqueles que *deixaram* de “discursar” sobre os deuses para *começar* a discorrer sobre a *phýsis*, foram portanto também os primeiros que colocaram o problema das relações entre *convenção* e *natureza*, entre *nómos* e *phýsis*. A discussão “inaugural” da filosofia política grega –relatada aliás no Livro I da República de Platão– é justamente a de saber se haverá sempre um terrível e irremediável desencontro entre as coisas que são da ordem do “convencional” (e, portanto, do *legal*) e as coisas que são da ordem do “natural”, de tal forma que os dois domínios nunca coincidam, ou se, pelo contrário, será possível (e em que termos) a descoberta da existência de uma espécie de “convenção [segundo] a natureza”.

É a esta controvérsia que Aristóteles virá dar forma e ordem com o estabelecimento da oposição conceitual entre o *phusei dikaion* e o *nomikon dikaion* (*Ética a Nicómaco*, V, 10, 1134 b18 –1135 a 5). De acordo com este “par conceitual” –que, a partir da “Ética”, nunca mais deixará de acompanhar a linguagem corrente do pensamento jusfilosófico–, *pode* e *deve* distinguir-se, numa mesma ordem de juridicidade, entre aquela lei que *vigora* pelo “facto” de ser positiva e aquela outra que *vale* pelo “facto” de ser natural. Entre a primeira e a segunda existem diferenças de proveniência e de universalidade. A lei *positiva*, que decorre tão somente de uma decisão tomada pelo corpo governante da cidade (*politeuma*), tem um conteúdo mutável no tempo e variável no espaço; mas a lei *natural*, que é imposta por tudo quanto é “próprio” do homem, tem um conteúdo inteligível pela razão e tendencialmente invariável na história e na geografia. Em caso de conflito entre ambas a supremacia hierárquica deve ser conferida à lei natural: a lei positiva que a

²⁰ Assim, G. Fassò, “Legge (Teoria generale)”, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIII; Giuffrè Editore (1973), págs. 783-794 [783]

²¹ F. E. Peters, *Termos filosóficos gregos, Um léxico histórico*, tradução portuguesa de Beatriz R. Barbosa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 159

contrarie é, portanto, *lex corrupta*²². Como quer que seja –e a ideia vale, por razões óbvias, sobretudo para a lei positiva– não é verdade (como o pretenderia o sofista Trasímaco no diálogo do Livro I da República) que *a lei pode ser tudo e que tudo pode ser lei*. Há uma ligação necessária entre a *nómos* (lei) e o *dikê* (justo), ligação essa que só será assegurada se, na sua actividade, o legislador se distanciar das particularidades do caso concreto e dispuser das coisas de modo igual, geral e abstracto (*Política*, II, 8, 1269 a 10; III, 11, 1282 b; III, 15, 1286 a 10). As ideias de generalidade e abstracção (das prescrições legais) integram portanto, e também a partir daqui, o próprio conceito de lei na exacta medida em que são elas mesmas garantia da moderação, da racionalidade e da “justeza” do agir do legislador²³.

A definição tomista de lei –*rationis ordinatio ad bonnum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata* (Summa Theologica, I,II q. 90, a.4)– demonstra bem o elo de continuidade que, quanto a todos estes pontos, se estabelece entre o pensamento aristotélico e o pensamento cristão medieval. Não é apenas a oposição entre o *phusei dikaion* e o *nomikon dikaion* (oposição sobretudo divulgada e ampliada pelos estóicos e pela sua influência no pensamento tardio dos jurisperitos romanos) que permanece, desde o mundo clássico grego até ao mundo da filosofia cristã do século XIII. O que permanece é também a ideia segundo a qual *o conteúdo da lei* –sobretudo o conteúdo daquela que for “só” positiva– nunca poderá ser um “conteúdo qualquer”. A *rationis ordinatio* da definição tomista corresponde aos elementos de “racionalidade”, de “medida” e de “não-particularidade” que são tantas vezes referidos por Aristóteles ao longo da *Política* como formando a *ratio essendi* da actividade do (bom) legislador. Há, no entanto, algo que inelutavelmente separa (que não pode deixar de separar) o pensamento cristão medieval e o pensamento aristotélico; e esse “algo” reside, precisamente, no modo pelo qual o primeiro “interpreta” a oposição conceitual, já presente na *Ética*, entre o *phusei dikaion* e o *nomikon dikaion*.

Na verdade, a tradição cristã não poderá permanecer fiel à dicotomia clássica sem lhe acrescentar novos elementos de complexidade, elementos esses que virão, afinal de contas, a prenunciar o próprio fim de ambas as tradições –tanto da aristotélica quanto da cristã-medieval. *Lex divina, lex aeterna, lex naturalis* e *lex humana vel positiva*: assim distinguia São Tomás (na sequência da tradição estóica agostiniana) entre aquela ordem das coisas que nos assinalaria o nosso fim sobrenatural, e que só conheceríamos por

²² Kaufmann, ob.cit. nota 13, pp. 22-23.

²³ H. Hofmann, “Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes”, in C. Starck, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Göttingen, Vandoeck & Ruprecht, 1987 págs. 9-48 [15].

meio da revelação, e aquela outra ordem das coisas que não seria só nossa (humana) porque era universal—isto é, assinalava o lugar “natural” de cada ente na harmonia cósmica da criação— e a cujo conhecimento poderíamos aceder através da razão. A primeira correspondia ao domínio da *lex divina*. A segunda ao domínio da *lex aeterna* e da *lex naturalis* (sendo certo que esta última mais não seria do que o resultado da participação da criatura racional na inteligibilidade da ordem universal). Só a *lex humana* ou *positiva* decorreria, portanto, da vontade, ou do poder, de quem tivesse a seu cargo o governo da comunidade. A dicotomia clássica lei natural/lei positiva ganhava, portanto, inelutáveis complexidades.

Com elas viriam todas as dificuldades sentidas, depois do séc. XIII, por este “jusnaturalismo” de feição ainda “clássica”. Os primeiros e mais importantes problemas que o pensamento moderno coloca à dicotomia inaugurada na *Ética* são, evidentemente, de índole gnoseológica. A distinção entre a lei que “vale” por ser universal e aquela outra que “vigora” pelo simples facto de ser positiva só pode manter-se se se mantiver, também, algum acordo quanto ao próprio conceito de “natureza”. Mas é precisamente a possibilidade da *persistência deste acordo* que virá a ser negada pela razão crítica dos modernos. Como é que se acede à intelecção daquilo que é bom para o homem porque lhe é “próprio” ou *natural*? De acordo com a *teleologia* da resposta aristotélica —não muito diversa aliás da resposta tomista—, “o natural [corresponde] sempre ao melhor estado de uma coisa” (*Política*, I, 2-1252 b,) ²⁴. O que conduz em última análise à seguinte *petitio principii*: o que se toma primeiro como bom é apresentado como natural e que o que é apresentado como natural fornece o critério do conhecimento do bom ²⁵. A história da filosofia jurídica moderna é a história do quebrar deste círculo; e o seu início encontrar-se-á numa outra —*radicalmente outra*— concepção de “natureza”.

Ao eleger, como postulado fundante das suas próprias construções, a hipótese da não existência de Deus (“Et haec quidem locum aliquem habent, etiam si daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum aut non curari ab eo negotia humana”: Grócio, *De jure belli ac pacis*, Pról., 11), o jusnaturalismo de feição racionalista dos modernos buscará só na “natureza do homem” —não metafisicamente concebida, mas empiricamente observável através da *clara et distinta perceptio*— os derradeiros critérios de distinção entre aquela lei de conteúdo universal, pré-existente à história e à

²⁴ Veja-se quanto a este ponto a obra clássica de H. Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho, Derecho Natural y Justicia Material*, tradução espanhola de *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (1951) por Felipe Vicén, Madrid, Aguilar, 197, p. 25.

²⁵ Assim mesmo, Welzel, ob cit. nota anterior, p. 59.

circunstância variável dos homens nela imersos, e aquela outra de conteúdo mutável porque *só* positivo, isto é, *só* decorrente da “vontade” ou da “autoridade” de quem a impôs ou escreveu. O processo através do qual esta busca de distinção de critérios substanciais acabaria por redundar, a final, na eleição da “forma” como único elemento de identificação da *lei justa* (ideia que se transformará no próprio coração da concepção moderno-iluminista de lei, com Rousseau e Kant) é um processo por demais conhecido, tanto na sua *antevizibilidade* quanto na sua complexidade, para poder ser aqui resumido²⁶. A este propósito basta agora que recordemos duas coisas.. A 26 de Agosto de 1789 é aprovada em Paris a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. No texto do seu articulado a palavra “lei” aparecerá, pelo menos, nove vezes. A possibilidade da re-constituição do Mundo através da Revolução depende da possibilidade da existência de um Direito convertido em *legalidade*. Décadas mais tarde, em 1804, é aprovado o *Código de Napoleão*, expressão histórica pujante dessa juridicidade que se converte (ou melhor, que se exaure) em lei. Toda a cultura jurídica europeia continental do século XIX e da primeira metade do século XX –nas suas oscilações várias entre positivismos e historicismos, racionalismos e organicismos de diferentes extracções– é incompreensível sem estes dois factos. O seu mais eloquente acontecimento ocorrerá por isso em meados de ‘800, no contexto do debate alemão (inaugurado por Savigny) sobre as funções da legislação e da jurisprudência *do nosso tempo*, e em que se terá finalmente dito que *o sonho do direito natural já foi sonhado*²⁷.

Quando hoje, em atitude autoreflexiva, a cultura jurídica do continente europeu pensa em si mesma *e no seu próprio tempo*, não se revê por certo naquele mesmo tempo de que falava, no princípio do século XIX, Savigny. A identidade do nosso presente remonta, claramente, à segunda metade do século XX. Para a tradição de pensamento que se inaugurou com a distinção aristotélica entre a *lei positiva* e a *lei natural* o que se passou nas primeiras décadas de ‘900 constituiu um *novum* inexplicável. 1945 assinalou, por isso, tanto um momento da ruptura quanto um momento de re-início; e o que se reabriu foi justamente a questão antiga de saber *se a lei pode ser tudo e se tudo pode ser lei*. Mas a resposta que a Europa foi dando, depois da segunda metade do século, a esta questão velha é verdadeiramente uma resposta *nova*; e é ela que marca a identidade do nosso tempo.

²⁶ Kaufmann, ob cit. nota 13, p. 26.

²⁷ K. Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª ed., tradução portuguesa de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 45.

Hoje, o discurso filosófico sobre o conteúdo da lei situa-se muito para além da dicotomia simples jusnaturalismo/juspositivismo²⁸. Por um lado, sabemos agora que não pode haver *lei justa que não seja positiva*. Logo depois de 1945 disse-o Radbruch com uma clareza inexcusável: faz parte da essência mesma do direito justo o “facto” de ser positivo²⁹, pelo que não pode haver pautas de *validade* da lei que se inscrevam em uma qualquer esfera de “meta-positividade” que seja *desconhecida* do legislador democrático ou exterior à sua autoridade. Depois, sabemos também que, em sociedades como as nossas, marcadas por uma pluralidade de concepções do bem, as formas de organização dos procedimentos legislativos são elas próprias garantia de *alguma racionalidade deliberativa*, na exacta medida em que constituem os veículos possíveis de expressão do pluralismo social e de obtenção dos critérios da razão pública. Finalmente, e por causa de tudo isto, os nossos critérios de distinção entre a lei *justa* e a lei *injusta* –porque os temos, efectivamente– são eles próprios critérios positivos, intersubjectivamente aceites, imersos antes do mais naquilo a que já se chamou a “cultura dos direitos fundamentais”. Semelhante “cultura”, em Portugal incipiente e ainda tão mal compreendida, não pretende na verdade ser mais do que isso mesmo: uma pauta de valores comuns que nos permita distinguir *positivamente* entre as leis *que valem* e aquelas outras que não devem nem podem *valer*.

²⁸ Kaufmann, ob. cit. nota 13, p. 39.

²⁹ Welzel, ob. cit. nota 24, p. 25.