

O DIREITO COMO LIMITE DA ACÇÃO POLÍTICA†

Pedro Tiago da Silva Ferreira

Sumário: 1. "Força", "poder" e "autoridade". 2. As três vertentes da acção política. 3. O papel do Direito na acção política. 4. Conclusões

1. "FORÇA", "PODER" E "AUTORIDADE".



Em *The Notion of the State*, Alexander Passerin d'Entreves propõe três abordagens distintas com o intuito de analisar o "problema do Estado", as quais denomina, respectivamente, "might", "power" e "authority". (d'Entreves, p. 6) Advertindo que "[t]he words chosen to describe the three aspects of the problem of the State have the value that mere words have", (d'Entreves, p. 6) uma asserção que intima que estes termos podem, potencialmente, ser substituídos por outros que se revelem mais adequados, na medida em que "[t]heir meaning in common use is far from unequivocal", (d'Entreves, pp. 6 e 7) d'Entreves considera, contudo, que estas palavras são apropriadas porque "in most European languages various expressions and phrases are used when the State is under discussion, and when an attempt is made to describe the ways in which it manifests its presence and action. Forza, potere, autorità; puissance, pouvoir, autorité; Macht, Gewalt, Herrschaft; might, power, authority: these are all words to whose exact implications no great weight is attached in current speech; even the greatest thinkers sometimes use them at random. Yet it is fair to presume that they refer to different properties, and their meaning should therefore be carefully assessed and examined." (d'Entreves, p. 7) A correspondência mais acertada destes termos

para a língua portuguesa é, estamos em crer, "força", "poder" e "autoridade".

Na nossa opinião, a terminologia proposta por d'Entreves é correcta e apelativa; sem embargo, mais importante do que arranjar terminologia apropriada é perceber em que consistem, na realidade, as três perspectivas sob as quais o problema do Estado tem, necessariamente, que ser analisado. Dito por outras palavras, afigura-se-nos necessário averiguar o que se deve, concretamente, entender por "força", "poder" e "autoridade".

Apurar o sentido destes termos ajudar-nos-á na elaboração de um ponto intimamente conectado com o problema da definição do Estado, a saber, a natureza da acção política. A acção política encontra-se ligada à problemática da noção de Estado na medida em que é através da acção que o Estado efectiva os seus desígnios. O Estado é composto pelos indivíduos que fazem parte de uma sociedade; a acção política é o modo como esses mesmos indivíduos agem concertadamente de forma a atingirem objectivos comuns, mesmo quando exista (ou principalmente quando exista), entre eles, desacordo acerca de quais são os objectivos desejáveis e de como os atingir. "Força", "poder" e "autoridade" são termos que não se limitam a nomear as três abordagens diferentes ao problema do Estado; são, igualmente, os nomes que se atribuem às três vertentes da acção política.

2. AS TRÊS VERTENTES DA ACÇÃO POLÍTICA.

2.1 O USO DA "FORÇA" ENQUANTO MANIFESTAÇÃO DA "JUSTIÇA": O ARGUMENTO DE TRASÍMACO.

A vertente "força" da acção política aparece pela primeira vez na história do pensamento político no diálogo de Platão *República*, sendo explanada por Trasímaco, que defende que "a justiça não é outra coisa senão a conveniência do mais forte."

(República, 338c) Contudo, Trasímaco não está a falar de "justiça", se, por tal, se entender o conceito com as conotações morais, jurídicas e religiosas que o mesmo só começou a adquirir depois da Antiguidade Clássica. Na realidade, a palavra que Platão usa nesta passagem é "δίκαιος" (dikaios), que, segundo o dicionário online Grego Antigo/Inglês Perseus significa "observant of custom".¹ Segundo W.K.C. Guthrie, "[t]he word translated 'justice' is dike, from which comes an adjective dikaios, 'just', and from that again a longer form of the noun, dikaiosyne, 'the state of being dikaios'." (Guthrie, p. 6) Originalmente, observa Guthrie, o significado de "δίκη" (dike) "in Greek literature is certainly no more than the way in which a certain class of people usually behaves, or the normal course of nature. There is no implication that it is the right way, nor does the word contain any suggestion of obligation." (Guthrie, p. 6) Por conseguinte, nem "δίκη" nem as palavras de si derivadas tinham, ao tempo de Homero ou Hipócrates, quaisquer conotações valorativas. Apenas descreviam o curso normal da natureza, ou o comportamento habitual dos homens.

Sem embargo, ao tempo de Platão, "δίκη" já tinha adquirido algumas conotações valorativas. Guthrie nota que "[i]t was easy for such a word to slip from this purely non-moral sense of what was to be expected in the normal course of events, and to take on something of the flavour which we imply when we speak of 'what is expected of a man', i.e. that he will act decently, pay his debts and so forth." (Guthrie, pp. 6 e 7) Gradualmente, "δίκη" deixou de ser um termo usado somente para constatar um determinado estado de coisas para passar a ser um termo também usado para descrever como determinado estado de coisas deveria ser, de tal forma que "in the poetry of Aeschylus, a century before Plato, Dike is already personified

1

<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/morph?l=di%2Fkaion&la=greek&can=di%2Fkaion1&prior=sumfe/ron&d=Perseus:text:1999.01.0167:book=1:section=338c&i=2>

as the majestic spirit of righteousness seated on a throne by the side of Zeus." (Guthrie, p. 7) Todavia, apesar das novas conotações adquiridas, "it is impossible the earlier meaning of the word should have ceased to colour the minds of the men who used it, and who as children had learned to read from the pages of Homer." (Guthrie, p. 7) Guthrie conclui este seu raciocínio mencionando o seguinte:

At the conclusion of the attempts to define 'justice' in the Republic, after several definitions have been rejected which more or less correspond to our notions of what we mean by the word, the one which is finally accepted is this: justice, dikaiosyne, the state of the man who follows dike, is no more than 'minding your own business', doing the thing, or following the way, which is properly your own, and not mixing yourself up in the ways of other people and trying to do their jobs for them. Does it sometimes seem to us rather a mouselike result to be born of such mountains of discussion? If so, it may make it a little more interesting to reflect that what Plato has done is to reject the meanings of the word which were current in his own day, and with a possibly unconscious historical sense to go back to the original meaning of the word." (Guthrie, p. 7)

Não disputamos que a definição de justiça oferecida por Sócrates, a de que "executar a tarefa própria, e não se meter na dos outros, era justiça" (República, 433a), e, por conseguinte, "esse princípio pode muito bem ser, de certo modo, a justiça: o desempenhar cada um a sua tarefa" (República, 433b), seja uma reversão histórica inconsciente, da parte de Platão, em direcção ao uso original de "δίκη" ; sem embargo, conjugando as reflexões de Guthrie com as nossas próprias reflexões acerca da República, a conclusão a que chegamos é a de que a "δίκη" Socrática é prescritiva, ou normativa, na medida em que é uma injunção de como se deve governar uma cidade, e, por extensão, de como o indivíduo se deve governar a si próprio, dado que a razão pela qual Sócrates decidiu fundar uma cidade ideal

é a de que "talvez exista uma justiça numa escala mais ampla, e mais fácil de apreender. Se quiserdes então, investigaremos primeiro qual a sua natureza nas cidades. Quando tivermos feito essa indagação, executá-la-emos em relação ao indivíduo, observando a semelhança com o maior na forma do menor." (República, 368e - 369a) A estratégia de Sócrates passa, portanto, por observar a forma como "δίκη" nasce e opera na cidade para, posteriormente, aplicar as conclusões extraídas dessa observação ao indivíduo. Visto que a busca de Sócrates se prende com a Ideia de "δίκη" - um tema recorrente ao longo de todo o diálogo, mas que é especialmente explicitado no Livro VII através do episódio conhecido como "alegoria da caverna" -, e levando em linha de conta que "a justiça (...) é a perfeição dos homens" (República, 335c), a "δίκη" Sócrática é prescritiva, dado que a perfeição não é algo que surja por inércia; a ser possível o alcance da perfeição, tal teria que ser feito à custa de muito trabalho. Não deixa, contudo, de ser verdade que a "δίκη" é parte da natureza humana.

Em todo o caso, parece-nos que Trasímaco usa a palavra "δίκη" no seu sentido mais antigo. Assim sendo, a ideia por trás do argumento de Trasímaco é a de que o que é natural ao homem é procurar o seu próprio benefício. O mais forte é aquele que, naturalmente, conseguirá exercer a força de forma a subjugar os demais, em prossecução daquilo que lhe seja mais conveniente. Passados 2500 anos após estas palavras terem sido escritas, cremos que se mantêm actuais, na medida em que a principal preocupação, hoje em dia, de quem detém a titularidade de um cargo de soberania é mantê-lo. Isto pode não ser "δίκη" no sentido que, contemporaneamente, se dá à justiça, mas certamente que é "δίκη" no sentido original da palavra, isto é, o que é natural é que o mais forte queira aquilo que é mais conveniente para si.

2.2 O EXERCÍCIO DA "FORÇA" ATRAVÉS DO "PODER".

De forma a obter a sua conveniência, ao mais forte não lhe basta ter força; necessita, igualmente, de ter poder. Com efeito, a mera força não garante a supremacia do mais forte durante muito tempo se não for institucional. De forma a ser exercida continuamente, sobre um número de pessoas e uma porção de território mais ou menos vasto, a força precisa de uma máquina institucional. São necessários agentes que a efectuem em nome do líder, como, por exemplo, um exército, forças policiais, agentes administrativos, etc. É necessário que existam, igualmente, procedimentos, ou regras, que possibilitem que o exercício da vontade do mais forte seja feito de uma forma automática, de modo a que aqueles que lhe estão submetidos saibam, de antemão, que condutas devem adoptar, sem terem que estar à espera de ser informados das mesmas, a cada instante, pelos agentes do mais forte. Da mesma forma, é necessária a existência de outros procedimentos, ou regras, especificamente destinadas aos agentes, de modo a que estes saibam como e quando agir, sem estarem dependentes de terem que ser sempre ordenados directamente pelo líder. Sem poder, o exercício da força é extremamente ineficiente; aquele que é mais forte não conseguirá assegurar a sua conveniência sem o auxílio de toda uma máquina institucional que institua mecanismos que façam a sua vontade conhecida, e que apliquem medidas coactivas de correcção quando a mesma não seja acatada voluntariamente.

Chegados a este ponto, permanece a questão: por que razão se haverá de obedecer às regras do líder? Com efeito, a situação é algo paradoxal. O líder consegue obter, em primeira instância, a sua posição em virtude de ser mais forte do que os demais membros da comunidade. Contudo, se a sua força não for exercida através do poder, isto é, institucionalmente, acabará por ser depositado. Sem poder, o líder encontra-se, no limite, em duas situações incómodas para si: por um lado, não lhe é

possível tornar a sua vontade conhecida, pelo que não conseguirá obter o que lhe é mais conveniente. Por outro lado, mesmo que consiga demonstrar qual é a sua vontade, através da promulgação de regras, o líder não consegue, por si só, fazer com que as mesmas sejam cumpridas, ou, em alternativa, efectivar as sanções previstas em resultado de incumprimento. Na medida em que as sanções sirvam propósitos de prevenção geral, têm que ser, pelo menos na maior parte dos casos, efectivadas, dado que uma regra cuja sanção nunca é aplicada após a sua infracção perde a sua eficácia. O líder precisa, portanto, não só de regras que façam a sua vontade conhecida como de agentes que as cumpram. Estes agentes, por sua vez, precisam igualmente de regras que lhes demonstrem como devem efectivar o exercício da força que o soberano lhes delega. Esta descrição do estado de coisas numa dada comunidade pode ser suficiente para justificar a adesão em massa, por parte dos destinatários, à vontade do mais forte: os destinatários, pura e simplesmente, têm medo das sanções que serão aplicadas pelos agentes do líder. No entanto, esta mesma descrição não justifica a razão pela qual os agentes aceitam comportar-se como mandatários do líder. Com efeito, o líder encontra-se numa situação em que se constata que a sua força é ineficaz, e, portanto, deixa de ser força, quando as regras por si emanadas não obtêm a adesão dos seus agentes. É por esta razão que acima identificámos a descrição deste estado de coisas como paradoxal: o líder, por um lado, consegue aquilo que é natural, isto é, aquilo que lhe é mais conveniente em virtude de ser o mais forte. Contudo, ser o mais forte implica a criação de uma máquina institucional, composta por regras procedimentais e agentes que as efectivem, estando, por isso, a força do líder dependente da adesão desses mesmos agentes à sua vontade.

O que estas considerações põem em evidência é o facto de que nem a força, nem o poder, por si sós, ou inclusive em conjunto, conseguem assegurar a manutenção do mais forte no

seu cargo de líder. Paradoxalmente, portanto, o mais forte não se torna mais forte, nem se consegue manter nessa posição, somente através da força ou do poder. Necessita do consentimento, ou adesão, de alguns daqueles que fazem parte do grupo dos mais fracos, nomeadamente dos seus agentes. Este raciocínio é, contudo, igualmente aplicável aos destinatários das regras em geral. Com efeito, se os cidadãos, por alguma razão, se revoltarem contra os agentes do líder, perdendo o medo que a aplicação das sanções, em princípio, consigo acarreta, o exercício da força delegado nos agentes será igualmente ineficaz. De forma a exercerem a força, os agentes do poder precisam que não exista um desrespeito em massa pelas regras do líder. Assim, tal como só com a adesão dos agentes é que o mais forte consegue exercer a força através do poder e obter aquilo que é mais conveniente para si, também só com a adesão, em geral, dos destinatários das regras é que os agentes conseguem exercer a sua força delegada. Quando esta última deixe de existir, o mais forte deixará de o ser, dado que perde o poder, e, por conseguinte, a possibilidade de conseguir aquilo que lhe é mais conveniente, em virtude de perder o seu cargo de líder.

2.3 A "AUTORIDADE" NECESSÁRIA PARA QUE O MAIS FORTE SEJA OBEDECIDO.

Assim sendo, o soberano, para além de força e de poder, precisa, para obter o que lhe é mais conveniente, de algo mais; a sua acção necessita de autoridade. De forma a garantir o eficaz uso da força através do poder, o líder precisa de dar aos seus subordinados razões para que estes lhe obedeçam. A noção de autoridade tem sido longamente estudada por Joseph Raz, que a distingue entre "authority over persons and authority to perform certain actions." (Raz, p. 19) A autoridade sobre pessoas é algo que o líder tem que ter de forma a conseguir exercer a força através do poder. A autoridade sobre acções é

derivada a partir da autoridade sobre pessoas. É por isso que Raz estabelece uma diferença entre ser uma autoridade e ter autoridade: "A person is an authority if he has relatively permanent and pervasive authority over persons, that is, either authority over a large group of people or with respect to various spheres of activity, or both." (Raz, p. 19)

Por conseguinte, "[e]veryone who is an authority has authority over people, but not everyone who has authority is an authority" (Raz, p. 19), na medida em que quem tem autoridade pode tê-la em virtude de quem é uma autoridade lha ter conferido. Conforme Raz exemplifica, "I have authority to open your mail if the censor has given me permission to do so, assuming he has the power to do so. My authority to open your mail is not authority over you." (Raz, p.20) Quem tem autoridade para executar certas acções (e.g., cobrar impostos) obtém-na através da delegação de poder de quem é uma autoridade: "One has authority to do only those things that one is given permission to do by somebody who has authority over the person whose interests are affected." (Raz, p.20) Assim, se o mais forte tiver autoridade sobre o mais fraco, isto é, se o soberano tiver autoridade sobre o súbdito, o soberano pode conferir, a um dos seus agentes, autoridade para executar uma certa acção sobre o súbdito, através da delegação de uma competência, competência essa que é uma manifestação de poder.²

Assim, "autoridade" e "poder" são vertentes da acção política intimamente ligadas, e sem as quais o exercício da força, pura e simplesmente, não é possível. Raz define o poder como

² O esquema que estamos a seguir baseia-se num sistema de governo baseado num único indivíduo. No entanto, nos Estados modernos, especialmente nos que sejam democráticos, a institucionalização do poder leva a que a autoridade sobre pessoas pertença a mais do que um órgão diferente. O facto de que o poder se encontra descentralizado leva a que o esquema de Raz, que temos estado a seguir, não seja assim tão linear. Mas o essencial mantém-se: a autoridade para executar acções só pode ser derivada da autoridade sobre pessoas. Quem é uma autoridade tem autoridade sobre pessoas e acções. Quem *tem* autoridade só a tem sobre acções, e só a adquire através de uma concessão efectuada por quem é uma autoridade.

"the ability to change protected reasons for action". (Raz, p. 19) Estas razões protegidas para agir são normas jurídicas, ou seja, são uma manifestação da estrutura do poder, são institucionais. Uma razão para agir não tem, por si só, de ser necessariamente institucional. Contudo, o carácter institucional da razão para agir torna-a "a reason for an action and an (exclusionary) reason for disregarding reasons against it." (Raz, p. 18) Assim, o indivíduo pode ter uma razão para não pagar impostos (e.g., precisa do dinheiro para comer) e outra razão para o fazer (e.g., pode ver-se privado, por exemplo, da liberdade ou da vida, caso o soberano seja extremamente severo). Na medida em que a segunda razão é institucional, visto que é uma regra emanada do poder, é, em si mesma, uma razão para pagar o imposto, ao mesmo tempo que é uma razão para ignorar a primeira razão. Raz afirma que, quando estamos perante razões do segundo tipo, estamos diante de "reasons to refrain from acting for a reason." (Raz, p. 17) O ser humano tem sempre razões para pautar a sua conduta. Contudo, uma razão é autoritária na medida em que é emanada por quem tem autoridade para exercer a força através do poder, funcionando como uma razão para descartar as outras razões que não têm esta autoridade.

Desta forma, conclui-se que "força", "poder" e "autoridade" estão de tal forma interligados entre si que a efectivação da acção política, por parte do Estado, não é possível se se descartar uma das vertentes. O mais forte não consegue obter aquilo que lhe é mais conveniente somente através da força. Necessita do poder para exercê-la e, para que a máquina institucional que constitui o poder funcione, é preciso autoridade.

2.4 A LEGITIMAÇÃO DA AUTORIDADE.

Chegados a este ponto da discussão, permanece por apurar como é que o líder obtém a sua autoridade. Com efeito, o mais forte é-o somente devido à natureza, isto é, nasceu com

mais força do que os outros. Quanto ao poder, este é oriundo das instituições criadas pelo mais forte, isto é, da criação de regras e procedimentos que manifestam a sua vontade, delegando competência a agentes para que executem essa mesma vontade. Contudo, para conseguir que a máquina institucional funcione, o líder necessita de ter autoridade. Esta autoridade, por conseguinte, tem que ser legítima.

A ideia de legitimidade está bastante próxima da ideia de governação através do Direito, e não através dos homens. Este é, aliás, o argumento de Aristóteles que, em *Política* (3, 16) refere que o governo através do Direito é preferível ao governo dos homens. É um facto que Aristóteles desenvolve o seu pensamento no pressuposto de que o Direito é divino e, por conseguinte, conceder a governação ao Direito é o mesmo que a conceder a Deus e à Razão. Tal é preferível a concedê-la aos homens na medida em que estes governam subjugados ao desejo, sendo que a paixão subverte as mentes dos soberanos. O Direito, por ser divino, não é afectado pelo desejo; por conseguinte, os homens que assumam a titularidade de cargos políticos devem governar segundo o Direito, e não segundo a sua própria vontade. A existência de cargos políticos justifica-se através do facto de o Direito não ser auto-exequível e de, ocasionalmente, necessitar de modificações instanciadas pela experiência, o que afasta o argumento de que, numa sociedade composta por iguais, é injusto que se atribua a alguém autoridade sobre outros. Contudo, esta autoridade é para ser exercida por indivíduos que funcionam como guardiães do Direito, não por indivíduos que procuram impor a sua vontade através da força e do poder.

A concepção aristotélica de governação pelo Direito está em claro contraste com o argumento de Trasímaco. Com efeito, sendo o Direito divino, pressupor-se-ia que o que seria conforme à natureza seria deixar a governação a cargo de Deus e da Razão. Contudo, o contraste é meramente aparente. O argu-

mento de Trasímaco vai no sentido de que o que é conforme à natureza humana é que o homem queira obter vantagens para si, e que o curso natural das coisas é o de que os mais fortes governem. Aristóteles parece estar de acordo ao notar que as paixões humanas subvertem as mentes dos homens, e, na medida em que eles sejam governantes, provocam alterações no Direito tendo em vista os seus próprios interesses. O argumento de Aristóteles é o de que isto não é desejável, não que não se possa verificar. Trasímaco tem razão quando defende que o mais natural é que os mais fortes queiram governar, buscando a sua conveniência. O que Aristóteles vem dizer é que este estado de coisas não tem que ser assim; é, aliás, nocivo para a polis que assim seja. De um ponto de vista pragmático e empírico, o que a experiência demonstra é que não existe nenhum homem que seja claramente mais forte do que todos os outros. Deste modo, ser o mais forte não será tanto uma questão de natureza, mas sim um estado transitório. O mais forte é aquele que, através da acção política, consegue assumir o cargo de líder. A partir do momento em que tal seja atingido, é parte da natureza humana, conforme defende Trasímaco, que o líder, que, momentaneamente, é o mais forte, queira obter a sua conveniência. O que Aristóteles argui é que a polis deve enveredar por um tipo de acção política que garanta que nenhum homem, quando titular de um cargo político, ponha os seus interesses à frente dos interesses da polis. Aqui, arguimos nós, está a génese do conceito de autoridade legítima. Quem exerce a força através do poder com o intuito de obter a sua conveniência, de forma consistente, fá-lo porque tem autoridade, mas essa autoridade será ilegítima. Quem, por outro lado, exercer a força através do poder em cumprimento do Direito terá autoridade legítima, visto que o Direito é divino, racional e garante a governação perfeita da polis.

Quando transpostas para o funcionamento do Estado moderno, tanto as asserções de Trasímaco como as de Aristóteles

têm que ser qualificadas. Em primeiro lugar, o Direito é criação humana, não é divino, e, por isso, a sua criação, interpretação e aplicação são, inerentemente, afectadas pelas paixões humanas. A governação através do Direito não alcança o grau de eficiência e imparcialidade propugnados por Aristóteles. Contudo, evita que o mais forte, isto é, o líder circunstancial procure obter somente a sua conveniência, descurando totalmente os interesses da sua comunidade.

O que pretendemos fazer na próxima secção do presente estudo é analisar até que ponto o Direito funcionará, por um lado, como restrição ao uso da força através do poder por parte de quem detenha autoridade, ou se, por outro lado, é o instrumento através do qual quem detenha autoridade exerce a força através do poder. Com as necessárias qualificações, o primeiro ponto de vista corresponde à ideia aristotélica de governação pelo Direito. O segundo ponto de vista é uma construção baseada no argumento de Trasímaco, já que o mais forte procura, através dos meios à sua disposição, obter a sua conveniência.

3. O PAPEL DO DIREITO NA ACÇÃO POLÍTICA.

3.1 DIREITO E LEI.

A teoria e a filosofia do Direito laboram, desde há séculos, no sentido de encontrar uma definição de "Direito" que abarque todas as vertentes sobre as quais esta área do conhecimento opera. Não é nossa intenção, tendo em vista o escopo do presente trabalho, contribuir para essa discussão. Limitamo-nos a postular que, sob o conceito de Direito, incluem-se tanto as várias doutrinas do Direito Natural como as do Direito positivo, de forma a salientar que a lei, fazendo parte do Direito, não se identifica com este. É nossa contenção que a lei é o produto da acção política. Esta qualificação é importante porque, normalmente, os termos da discussão que iremos encetar passam

por considerações como debater se "o Direito limita o poder político ou é o instrumento do poder político?" Muitos autores, inclusive, optam por uma resposta mitigada, nos termos da qual o Direito limita o poder político através, por exemplo, da proibição da supressão de direitos tidos por fundamentais, da imposição de limites materiais de revisão constitucional, da instituição de mecanismos de fiscalização da constitucionalidade das normas, da interdição de aprovar leis que contrariem o disposto num texto sagrado (como acontece no Direito Islâmico), etc. Por outro lado, o Direito seria simultaneamente instrumento da acção política na medida em que, desde que o legislador não infrinja quaisquer das proibições que o próprio Direito preveja, é livre de tomar as opções que bem entender (inclusive a de obter a sua própria conveniência em detrimento da dos governados). Em suma, o Direito funcionaria como limite na medida em que prevê um conjunto de disposições que não podem ser alteradas pelo legislador. Fora destes casos, funcionaria como instrumento para que o legislador efective as opções políticas que bem entender.

Estamos em crer que estas conclusões, não sendo erradas, são imprecisas. O instrumento através do qual o legislador efectiva as suas opções políticas é a lei. Na medida em que a lei é uma fonte do Direito, poder-se-á dizer que o Direito funciona como instrumento da acção política. Contudo, é algo impreciso colocar a questão nestes termos, visto que o Direito não se identifica com a lei. A acção política não afecta as restantes fontes do Direito. O costume, a jurisprudência ou a doutrina, por exemplo, não surgem em resultado da acção política, nem funcionam como instrumentos da mesma. É um facto que os membros da comunidade que cria o costume, bem como juizes e juriconsultos são, sem excepção, influenciados, nas suas opiniões, pelas suas ideologias políticas. Estas fazem parte das suas idiossincrasias. No entanto, ao decidir um caso concreto, o juiz não está a avançar uma agenda política, não, pelo menos,

na medida em que actue enquanto juiz. A sua decisão será, naturalmente, influenciada pelas suas preferências políticas, mas não será um instrumento de efectivação de uma qualquer medida política. O mesmo sucede com o jurisconsulto enquanto autor de um manual de Direito. Ele poderá, ocasionalmente, tomar posições que sejam reflexo das suas opiniões políticas; contudo, um manual é, essencialmente, um relato do Direito vigente, não uma forma de efectuar mudanças nesse mesmo Direito.

O ponto onde queremos chegar é o de que o produto da acção política, o instrumento através do qual o legislador introduz mudanças políticas na sociedade, é a lei, não o Direito no seu conjunto. Assim sendo, somos da opinião de que o Direito, globalmente considerado, funciona como limite da acção política. O instrumento da acção política, por seu turno, é uma fonte do Direito, não o Direito em si mesmo.

3.2 O FÓRUM DO PRINCÍPIO.

Um dos principais defensores contemporâneos da dignidade da legislação é Jeremy Waldron que, ao longo de duas obras, a saber, *Law and disagreement* e *The dignity of legislation*, aborda várias questões que, no entanto, se centram à volta de um único tema: a legislatura é um fórum do princípio, o que implica que todas as decisões legislativas são ponderadas e obedecem a critérios de racionalidade bem definidos. Waldron insurge-se, ao longo das obras mencionadas, contra o facto de os autores, em geral, verem a legislação com desconfiança, preferindo abordar temas como a adjudicação. Esta acusação é, inclusive, deduzida contra autores positivistas como H.L.A. Hart e Raz:

In some positivist theories, legislation is barely visible at all. Joseph Raz argues, for example, that it is a mistake to think of the legislature as key to the systematicity of a body of law.

What makes the legal system a system, he argues, is not the dominating position of a legislature, but the fact that there is an organized set of norm-applying institutions which recognize norms as valid in virtue of the same source-based criteria. On the traditional positivist understanding, a phrase like 'source-based criteria of validity' would refer us automatically to a legislator. But in principle, Raz says, there is no reason why courts need to orient themselves towards a legislature at all. (Waldron, *Disagreement*, p. 34)

É preciso ter em atenção que Waldron escreve numa tradição de Direito onde o costume e a jurisprudência, por ser vinculativa, têm um peso incomparavelmente maior do que o que sucede na tradição de Direito Romano. Não deixa, de facto, de ser contra-intuitivo, para um jurista continental, que se discuta se a legislação tem ou não dignidade para ser fonte do Direito. Naturalmente, na hierarquia das fontes do Direito, a lei, logo abaixo da Constituição, ocupa uma posição primordial. Em termos puramente formais, não existe qualquer diferença entre a tradição de Common Law e a de Direito Romano; nos ordenamentos jurídicos de ambas as tradições, costume e jurisprudência ocupam uma posição subalterna em relação à lei. Sem embargo, após a Revolução Francesa, a lei adquiriu, nos ordenamentos da tradição de Direito Romano, uma importância que nunca tinha tido até então, e que, na realidade, nunca chegou a ter no Common Law. A desconfiança de que Waldron fala, contudo, é transversal às duas tradições. O público em geral vê a actividade do político como uma de "deal-making, horse-trading, log-rolling, interest-pandering, and pork-barreling - as anything, indeed, except principled political decision-making" (Waldron, *Dignity*, p. 2), uma visão que é partilhada, ou talvez causada, segundo Waldron, pelos teóricos do Direito estado-unidenses com o intuito de "lend credibility to the idea of judicial review (i.e. judicial review of legislation under the authority of a Bill of Rights), and to silence what

would otherwise be our embarrassment about the democratic or "counter-majoritarian" difficulties that judicial review is sometimes thought to involve." (Waldron, *Dignity*, p.2) Com efeito, na tradição onde Waldron escreve, há uma oposição muito nítida entre legislatura e tribunal, entre legislador e juiz, onde o primeiro exerce, supostamente, a função política, ao passo que o segundo a função jurisdicional, mas onde ambos competem pela distinção de operarem num "fórum de princípio". Autores como Ronald Dworkin põem ênfase na actividade dos tribunais, que, segundo o próprio, não conseguem evitar tomar opções políticas:

[W]e must accept that the Supreme Court must make important political decisions. The issue is rather what reasons are, in its hands, good reasons. My own view is that the Court should make decisions of principle rather than policy. (Dworkin, p. 69)

Para Waldron, a questão não se põe tanto em relação a saber se os tribunais são, ou não, um fórum do princípio; o que Waldron argumenta é que a legislatura é, igualmente, um fórum do princípio. Para além da visão extremamente negativa que o público e os teóricos do Direito têm da figura do político, Waldron identifica um aspecto procedimental que, aos olhos dos detractores da dignidade da legislação, serve para negar à legislatura a nomenclatura de "fórum do princípio", a saber, o facto de a legislação ser aprovada não por unanimidade, mas por maioria. O argumento é, portanto, o de que, mesmo que o político não fosse forçado a entrar em negociações com os seus pares, de forma a obter uma maioria conjuntural para avançar a sua própria agenda, mesmo que todas as discussões fossem orientadas somente pelos princípios morais norteadores da consciência de cada um, ainda assim a questão seria resolvida através de votação, o que demonstra que as alterações introduzidas no Direito, através da lei, não têm, necessariamente, que ser baseadas em princípios; podem, pura e simplesmente, re-

flectir a opinião de uma maioria conjuntural, e, por isso, contêm algo de arbitrário em si mesmas. Waldron responde a este argumento observando que "[a]ppellate courts are invariably multi-membered bodies whose members often disagree, even after deliberation. When the judges on a panel disagree, they too make their decisions by voting and majority-decision. (...) So, if voting yields arbitrary decisions, then most of constitutional law is arbitrary." (Waldron, *Disagreement*, p. 91) Dito por outras palavras, os juízes dos tribunais, especialmente os dos superiores, têm que resolver as suas diferenças de opinião através do voto, pelo que se encontram exactamente na mesma posição do legislador.

No nosso entender, cremos que legisladores e juízes partilham uma ambição: a de alcançarem a titularidade do seu cargo e mantê-lo. Na medida em que a maioria dos ordenamentos jurídicos consagra o princípio da inamovibilidade dos juízes, com a cessação de funções dos mesmos a operar somente em casos muito especiais, a tarefa de manter o cargo é muito mais simples do que a do legislador num Estado democrático, sujeito a eleições periódicas livres. A razão pela qual os juízes são, em princípio, inamovíveis, é a de que, tendo completa estabilidade ao nível da manutenção da titularidade do seu cargo, podem desempenhar as suas funções sem pressões externas, isto é, podem decidir questões de Direito livremente, no sentido de não terem um eleitorado ao qual agradar. Com efeito, na medida em que a função jurisdicional não é a de conduzir os destinos políticos da comunidade, a avaliação do desempenho do juiz não pode estar sujeita a apreciações de índole político. Quanto ao legislador, a titularidade do seu cargo tem que ser renovável, de forma a que o público possa validar o seu desempenho, através de reeleição, ou censurá-lo, optando por eleger representantes diferentes. "Representação" é, aliás, a palavra-chave nesta discussão. O legislador representa a comunidade, ou seja, o seu trabalho político é feito em prol dos inte-

resses dessa mesma comunidade, e por isso, tem que estar sujeito à avaliação por parte da mesma. O juiz não representa ninguém e, por isso, somente nos casos em que viola dolosamente os interesses da comunidade através da prática de crimes no exercício das suas funções é que pode ser afastado.

Pese embora estas diferenças quanto à manutenção dos respectivos cargos, juízes e legisladores estão, conforme começámos por dizer, interessados em mantê-los. Para o conseguirem, aos juízes basta-lhes, basicamente, não cometerem crimes no exercício das suas funções. Os políticos têm que garantir uma reeleição, o que normalmente é conseguido através da tomada de opções políticas que tragam benefícios à comunidade. O problema, contudo, é que, conforme Waldron menciona várias vezes ao longo das suas obras, os membros de uma comunidade, em geral, bem como os políticos, em particular, estão em desacordo acerca do que constitui uma opção política benéfica para a comunidade. No seio de um órgão legislativo, esse mesmo desacordo propicia, de forma a que se consigam tomar decisões, o surgimento de blocos partidários e de coligações. Isto leva a que, por vezes, um ou vários membros de um desses blocos ou coligações tenha que votar a favor da aprovação de uma lei com a qual, pessoalmente, não concorde. Pode-se ler uma atitude destas a partir de dois prismas, que não são mutuamente exclusivos: ou o membro do órgão legislativo aceita votar a favor da aprovação de leis com as quais não concorda pessoalmente, em certas circunstâncias, por tal fazer parte de um acordo no sentido de granjear apoio da parte de outros membros que votarão a fazer de legislação favorecida pelo membro do nosso exemplo; ou, então, pura e simplesmente o membro do órgão legislativo vota sempre de acordo com a disciplina partidária ou da coligação porque está somente interessado em manter o seu cargo. Como dissemos, estas duas possibilidades não são mutuamente exclusivas. O facto de, no nosso entender, o legislador pretender manter o seu cargo não implica

que não o faça actuando segundo a sua própria consciência, entrando no jogo político necessário para efectivar as políticas que ele considera mais benéficas para a sociedade, ainda que, para tal, tenha que colaborar na introdução de políticas que o próprio considere não tão benéficas.

Em todo o caso, estas considerações demonstram que, ao contrário do que se passa nos tribunais, a actuação do legislador não é baseada sempre em questões de princípio. Os juízes actuam sempre de acordo com os seus princípios porque não estão sujeitos a influências externas. Os legisladores, por vezes, actuam segundo os seus princípios ao passo que, outras vezes, actuam somente tendo em vista o desiderato de manterem o seu cargo.

3.3 O Direito como limite da acção política

Na medida em que o legislador toma sempre decisões tendo em vista o objectivo de se manter no seu cargo, acaba, ocasionalmente, por aprovar leis que são inconstitucionais. O nosso argumento não vai no sentido de defender que existe má-fé por parte do legislador neste aspecto; com efeito, a hipotética inconstitucionalidade de uma lei não é um dado objectivo, uma realidade ontológica, um facto. Juristas competentes, por vezes, discordam se determinada disposição infringe, ou não, a Constituição.

Sem embargo, o facto de o legislador ter como objectivo primordial a manutenção do seu cargo obriga-o a tomar certas providências, algumas das quais já por nós mencionadas: procurar que as suas medidas políticas agradem à comunidade;³

³ A existência de sufrágio universal nos sistemas democráticos pode, algo contra-intuitivamente, contribuir para que o legislador não efective todas as medidas políticas que, na sua opinião, seriam necessárias para beneficiar a comunidade. Dado o componente populista da eleição, poderá ser perigoso, para o objectivo da manutenção do cargo, introduzir medidas benéficas mas que sejam anti-populares. Neste sentido, é provável que o legislador opte por introduzir medidas não tão eficazes

entrar em acordos pontuais com membros de outros partidos; coligar-se com partidos que não partilhem a mesma ideologia; sujeitar-se à disciplina partidária ou à da coligação; introduzir medidas pragmáticas para resolver problemas actuais mesmo que isso implique abdicar de certos princípios. A lista é interminável.

Estes, e outros factores, podem levar à aprovação de leis inconstitucionais. Na medida em que a fiscalização da inconstitucionalidade das leis compete aos tribunais constitucionais, ou aos supremos tribunais, consoante o ordenamento jurídico em questão, e não à legislatura, o legislador acaba por se ir demitindo, gradualmente, do seu dever ético de não formular e aprovar leis que infrinjam a Constituição. De facto, é bem possível, como, de resto, por vezes acontece, que o legislador formule e aprove leis inconstitucionais com o objectivo de responsabilizar politicamente os tribunais pelo falhanço na prossecução de determinados objectivos de governação. Quando isto acontece, o público fica sem a possibilidade de responsabilizar politicamente o legislador, visto que ele fez o seu "melhor" para aprovar uma medida política benéfica. O poder de "veto" dos juízes, tal como é entendido pelo público em geral, é que arruína os projectos benéficos e bem-intencionados do legislador.

Por outro lado, o legislador, na sua busca por encontrar soluções que compatibilizem a obtenção do que lhe convém⁴ com o agrado do público em geral, acaba, inadvertidamente, por violar a Constituição. Aqui, o Direito funciona, uma vez mais, como limite à acção política. A consequência de todo este jogo político, no qual o legislador procura conciliar interesses que, por vezes, são antagónicos entre si, como, por exemplo, obter o que lhe convém, assegurar a reeleição, intro-

mas que não sejam recebidas com desagrado por parte do público em geral.

⁴ Ser reeleito não é a única coisa que interessa ao legislador. A manutenção do seu cargo é, bastas vezes, apenas um meio para alcançar outros fins.

duzir medidas que agradem à sociedade, aprovar medidas que efectivamente sejam benéficas para a sociedade, fazem, gradualmente, com que o legislador se desinteresse por conformar as suas opções dentro dos parâmetros da Constituição, visto que os tribunais, desde que alguém suscite a fiscalização das leis, terão, de toda a maneira, que se debruçar sobre a questão. Conforme observa Alexander Bickel, a propósito da experiência estado-unidense,

Initially, great reliance for principled decision was placed in the Senators and the President, who have more extended terms of office and were meant to be elected only indirectly. Yet the Senate and the President were conceived of as less closely tied to, not as divorced from, electoral responsibility and the political marketplace. And so even then the need might have been felt for an institution which stands altogether aside from the current clash of interests, and which, insofar as is humanly possible, is concerned only with principle. (Bickel, p. 25, *itálicos nossos*)

Precisamente por se sentir que o legislador está sujeito a pressões políticas, não se mantendo, por conseguinte, sempre, ou pelo menos grande parte das vezes, fiel aos seus princípios, o sistema sentiu a necessidade de arranjar uma forma de compensar a falta de zelo do legislador pela constitucionalidade das suas leis. No caso dos Estados Unidos, tal surgiu através do caso *Marbury v. Madison*, decidido em 1803, onde o relator do acórdão, o Chief Justice do Supreme Court dos Estados Unidos John Marshall, declarou inconstitucional uma lei aplicável ao caso, usando o argumento de que, se os tribunais não tivessem o poder de declarar as leis inconstitucionais, então a legislatura poderia, através de lei ordinária, revogar a Constituição. Isto significaria que o Direito não funcionaria como limite da acção política, e, por isso, o legislador poderia efectivar, sem restrições, todas as suas opções políticas. Esta decisão inaugurou a prática da fiscalização da constitucionalidade a nível mundial,

marcando o funcionamento efectivo do Direito enquanto limite da acção política.

Sentindo, portanto, que os tribunais são, efectivamente, os guardiães da constitucionalidade das leis, os legisladores vão, gradualmente, deixando de se preocupar em conformar as suas opções políticas dentro do quadro jurídico fornecido pela Constituição. Devido à existência do princípio do pedido, segundo o qual uma causa tem que ser levada por uma parte a tribunal, é perfeitamente possível que leis inconstitucionais produzam efeitos no ordenamento jurídico, dado que não existe, em nenhum sistema jurídico, uma espécie de fiscalização preventiva automática da constitucionalidade das leis. Alguém tem que levar a questão a tribunal. Assim sendo, o legislador preocupa-se somente em garantir o seu objectivo: obter o que é mais conveniente para si, assegurando a manutenção do seu cargo através do agrado do eleitorado, independentemente dos limites constitucionais impostos pelo Direito.

4. CONCLUSÕES.

Em suma, o mais forte, que é o legislador, procura obter aquilo que é mais conveniente para si. Num Estado moderno, o mais forte é-o politicamente, não em termos naturalísticos. O legislador procura, então, exercer a sua força através do poder institucional. Este poder institucional é dotado de autoridade legítima, que existe independentemente do fundamento filosófico da mesma. É indiferente, de um ponto de vista pragmático, que se considerem como boas as teorias contratualistas (Hobbes, Rousseau, Locke), de se advogar que a legitimidade assenta em algo análogo à "virtù" de Maquiavel, de se defender, como Hanna Arendt o faz, que a autoridade "vanished from the modern world" (Arendt, p. 91), ou propugnar qualquer outro argumento filosófico. Naturalmente, é importante que os pensadores continuem a indagar acerca do fundamento

filosófico da autoridade legítima. Contudo, o legislador vai-a exercendo mesmo perante o desacordo existente entre os autores.

A força é exercida por um legislador, dotado de autoridade, através do poder. O instrumento de construção do poder é a lei. A lei é o resultado da acção política. Todo o jogo político, começando pelos acordos, passando pelo debate acerca das questões e culminando na votação que finalmente põe termo político à discórdia (esta poderá continuar na mente da oposição, mas deixa de estar disponível para debate devido à aprovação da nova lei) resulta numa lei. A lei é o instrumento da acção política. É um produto que tanto pode surgir em resultado de decisões de princípio, cuidadosamente ponderadas, como em consequência de manobras políticas que obriguem um membro do órgão legislativo a votar a favor da aprovação mesmo sem concordar com a bondade do conteúdo da lei. A acção política propicia o desrespeito, por parte do legislador, da Constituição. Este desrespeito pode ser voluntário ou inadvertido. A lei é, seguramente, como defende Waldron, uma fonte do Direito digna, à qual o jurista deve prestar grande atenção quando resolve um caso concreto. Mas não é infalível, visto que é produzida por pessoas que, por muito que pautem a sua conduta por princípios, estão essencialmente interessadas em manter-se na posição do mais forte, desrespeitando, se necessário, a Constituição. Tudo isto leva, paradoxalmente, a que a lei seja a única fonte do Direito com capacidade para infringir o próprio Direito.



REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah, *Between Past and Future - Six Exercises in*

- Political Thought*, The Viking Press, Nova Iorque, 1961.
(= Arendt)
- ARISTÓTELES, *Política*. Edição bilingue (português-grego) com tradução directa do grego, trad. António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes, Vega, Lisboa, 1998.
- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch - The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., Yale University Press, New Haven e Londres, 1986. (= Bickel)
- D'ENTREVES, Alexander Passerin, *The Notion of the State - An Introduction to Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1967 (reimpressão 1969) (= d'Entreves)
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Oxford University Press, 1986. (= Dworkin)
- GUTHRIE, W.K.C., *The Greek Philosophers: From Thales to Aristotle*, Routledge, 1997. (= Guthrie)
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009 (reimpressão 2011).
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999 (reimpressão 2004) (= Waldron, Disagreement)
- WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999. (= Waldron, Dignity)