

A. M. HESPANHA *

AS TRANSFORMAÇÕES REVOLUCIONARIAS E O DISCURSO DOS JURISTAS

1. A intenção do texto que se segue é a de reflectir sobre as interacções entre a mudança social e política e os conteúdos do discurso sobre o direito, a propósito da experiência portuguesa dos cerca de dois anos que se seguiram ao 25 de Abril.

O carácter «pacífico» do período revolucionário — pouco marcado por rupturas violentas ou radicais do tecido social, das estruturas jurídico-políticas e, sobretudo, dos quadros mentais — confere aos elementos discursivo-ideológicos e, dentro destes, ao discurso e à ideologia do direito um papel determinante nos mecanismos de luta pelo poder. Na verdade, um conhecido (mas insuficientemente analisado) *habitus* para o arranjo não violento das tensões sociais, bem como a estratégia «legalista» e «pacifista» da generalidade das forças políticas de esquerda (medida de prudência em relação às possibilidades de golpe de Estado ou de intervenção estrangeira e resultado da incerteza dos desfechos no campo da violência «quente») desviaram para o campo da retórica e dos expedientes jurídicos ou para-jurídicos as tensões político-sociais, operando uma sua «despotenciação» («*Depotenzierung*», i.e., uma diminuição do nível da aposta, da parada) ou «eufemização» (i.e., uma aparente banalização dos conflitos).

Aos fazedores de opinião e aos juristas foram cometidas tarefas de mediação dos conflitos sociais e de gestação de *consensus* que, noutros lugares, foram assumidas, «a quente», pelas armas. O campo da comunicação social e o campo do direito foram, assim, o lugar de elevados investimentos políticos. A opinião pública, ela mesma, deu-se conta disso no que respeita à luta pelo domínio da comunicação social, cujos «casos» pon-

* Assistente da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa.

tuaram o curso do PREC — «caso República», saneamentos novembristas da TV, etc. O descaramento das estratégias acabou, de resto, por afectar a eficácia do objectivo por que se lutava, pois a imagem da comunicação social não deixou de ser decisivamente desgastada pela voracidade dos combates aí travados; a breve trecho, o discurso dos *media* perdeu a imagem legitimadora de «mera informação» ou de «análise objectiva» e degradou-se, aos olhos dos destinatários, para o nível da propaganda.

No domínio do direito, as estratégias foram mais subtis, pois a eficácia legitimadora do discurso jurídico vive, ainda mais decisivamente, da sua neutralidade, do seu tecnicismo/hermetismo e do seu recuo face à ribalta da cena política. A discrição profissional, o segredo da justiça, a quietude dos gabinetes, o distanciamento da análise científica, fazem parte do modo de representação/aceitação/legitimação do direito e dos juristas nas actuais sociedades ocidentais. Mas um pouco de subtilidade permitiria surpreender o carácter decisivo das apostas feitas neste plano. Sinais disso foram, por exemplo, o peso dos juristas em todos os níveis dos aparelhos político-partidários, a importância atribuída pelos *mass media* aos processos legislativos e regulamentares, o tom jurisdicista de muitos debates políticos (casos paradigmáticos foram os dos debates em torno da «unidade/unicidade sindical», da punição dos agentes da PIDE, do «saneamento» da função pública, das nacionalizações e da sua irreversibilidade; em todos eles, os modelos argumentativos acabaram por ser de natureza claramente jurídico-conceitual).

Esta tendência para a eufemização dos conflitos sociais pela sua transferência para os níveis do direito articula-se harmonicamente com o esforço dos juristas, como corpo social diferenciado, para se instituírem como mediadores por excelência das relações sociais. Face à sociedade, os juristas procuram impor o direito como fórmula neutral e científica de «engenharia social»; e, face aos políticos/legisladores, procuram impor-se a si mesmos como detentores da competência/legitimidade para «dizer o direito».

O modo como estas duas estratégias concorrentes se harmonizam é complexo, não podendo ser descrito com recurso a fórmulas simplistas como «os juristas ao serviço das classes dominantes». Que, no nosso país — como na generalidade dos países da nossa área cultural —, os juristas compartilham, pela sua origem social e pelo meio escolar em que se formaram, do *habitus* político-cultural dos grupos cultural, social e economicamente dominantes, é ponto que não parece muito discutível

(se bem que não sistematicamente averiguado). Mas explicar a inter-adequação entre, por um lado, a estratégia eufemizadora dos conflitos sociais e, por outro, os desígnios políticos dos juristas através, por exemplo, de uma ideia de solidariedade de classe («privilegiamos a via jurídica porque os juristas são 'dos nossos'») ou de pacto tácito («resolvemos a vosso contento em troca do reconhecimento social da nossa qualidade de árbitros») corresponde a uma visão irrealisticamente maquiavélica (psicologista, finalista) das relações sociais. Ou seja, supõe um modelo explicativo em que tudo passa por estratégias conscientes e explícitas. Mesmo o recurso a conceitos como o de «consciência possível» — i.e., percepção do mundo limitada pela situação de classe —, se se liberta do intencionalismo, não deixa de se defrontar como o irrealismo de pretender que uma caracterização macro-sociológica determina o comportamento individual ou colectivo em todo e qualquer campo restrito da prática social.

Em resumo — e é esta a linha metodológica seguida neste texto —, a correspondência entre a estratégia eufemizadora dos conflitos sociais prosseguida pelos grupos dominantes no plano do espaço social global e a política corporativa dos juristas não é, decerto, um fenómeno aleatório; mas deve ter que ver com a articulação das práticas sociais especializadas decorrentes da matriz de divisão social do trabalho vigente na nossa sociedade. As redes de articulação e de mútua dependência das práticas e dos grupos que as encarnam existem, tal como a experiência no-lo documenta; mas situam-se a níveis anteriores à consciência dos agentes, de tal modo que a concertação não exige contratos expressos, estando já incorporada nas próprias realidades objectivas do *modus operandi* de cada grupo e nas «categorias» profundas das práticas (do «senso comum», o impensado a que nós chamamos «formação — ou deformação — profissional»).

Tem tanto mais interesse afastar, logo de início, uma interpretação intencionalista (ou instrumentalista) das relações entre o discurso dos juristas e a prática política global quanto é certo que este ponto de vista — dominante em muitas análises «de esquerda» do papel político dos juristas — é responsável por um desconhecimento da eficácia dos mecanismos internos de cada campo da prática social. Para muitos, na verdade, tudo se passa como se o campo jurídico fosse um meio inorgânico, perfeitamente permeável a estratégias alheias. Como se os juristas não fossem senão serventúrios disponíveis do poder. Como se o seu discurso não fosse senão a ampliação do sussurrar de «donos» escondidos. Como se o seu recorte do mundo social, a sua versão das relações aí estabelecidas e as propostas quanto ao seu equi-

lívrio se limitassem a um decalque da visão do mundo dos grupos comitentes. Daí que temas como o da «origem social» dos juristas ou das suas ligações ao poder económico sejam tidos como suficientes para explicar o sentido político global do discurso do direito.

De alguma forma, esta visão instrumentalista do direito e dos juristas é subsidiária do mito liberal da sua neutralidade. Num e noutro caso, a eficácia conformadora da própria prática jurídica sobre os resultados produzidos (sobre os efeitos do discurso) é ignorada. Como o é a autonomia do campo jurídico como sede de tensões e de lutas pelo poder.

Na nossa perspectiva, pelo contrário, o proscénio da análise tende a ser ocupado pela descrição do campo de produção jurídica. As condições (desde as puramente materiais até às instituições) da prática jurídica — ou, dito doutro modo, as condições de produção dos seus resultados — são descritas e postas em relação com as formas categoriais profundas (modos de fazer, de dizer, de classificar, de discorrer) que estruturam o discurso sobre o direito; numa relação bi-unívoca, em que a prática estrutura a percepção e esta condiciona aquela. Produto do *modus operandi*, as categorias da prática inculcam um modelo de acção que, por sua vez, legitima as práticas que lhe estão conformes e reage contra as destoantes. Produto da história, o adquirido profissional (o «*habitus*») selecciona, estrutura e legitima as novas aquisições.

Mas o campo jurídico não é homogéneo. Nele se confrontam grupos com inserções práticas distintas, lutando por impor a hegemonia dos seus modelos de acção. A experiência quotidiana mostra-nos a conflitualidade entre, por exemplo, os paradigmas da prática e do discurso dos juristas académicos, em contraposição com os dos juristas práticos; ou do *establishment* do foro, em confronto com os jovens magistrados e advogados. Daí que os modelos de legitimação das práticas (e dos discursos) jurídicas não sejam o produto do consenso, mas antes de lutas pelo poder no seio do campo; lutas em que cada grupo procura impor um paradigma que aumente o seu capital político dentro do campo, reduzindo (ou excluindo) o poder dos concorrentes. Assim, à luta pela reprodução do seu papel global de árbitros das relações sociais soma-se a tensão entre os vários paradigmas de efectivar essa arbitragem.

Mais do que reflectir uma natureza objectiva das coisas ou uma técnica rigorosa de discorrer, os discursos jurídicos são, assim, formas de investimento político, inculcando modelos de agir (de classificar, de argumentar, de julgar) que potenciam o poder dos grupos que os suportam, quer em relação a concor-

rentes não juristas, quer perante sub-grupos rivais no seio do campo do direito.

A criação jurídica tem, assim, um significado eminentemente político. Não tanto no plano da política global do espaço social, como têm pretendido as visões mecanicistas ou instrumentalistas. Mas no plano específico das lutas pelo poder em que os juristas estão imediatamente comprometidos. Desde logo, a luta pelo reconhecimento social da sua legitimidade como mediadores dos conflitos sociais (frente a outros pretendentes a este papel — políticos, burocratas, tecnocratas). Depois, a luta (interna ao campo, mas dependente e condicionante da anterior) entre distintos paradigmas de prática jurídica. Neste contexto, os reflexos locais das estratégias globais de luta pelo poder não podem deixar de aparecer como muito secundarizados, sobre-determinados como são pelas tensões internas ao campo jurídico.

A dimensão deste artigo não permite uma observância exaustiva e rigorosa do programa metodológico esboçado. Mas permite colocar pontos de partida para ensaios futuros.

Antes de encetarmos uma exposição empírica mais detalhada, traçaremos um panorama esquemático das tensões em que os juristas parecem interessados no imediato pós-25 de Abril.

A tensão determinante no campo jurídico no imediato pós-25 de Abril é a que decorre da luta dos juristas pela reprodução do seu papel de mediadores privilegiados das relações sociais.

Trata-se, afinal, de uma constante da história social e jurídica europeia, desde, pelo menos, a época moderna. Mas a conjuntura portuguesa do início dos anos setenta — e, concretamente, o contexto do restabelecimento da democracia — potenciava-a ainda. Ainda sob o salazarismo-marcelismo, o pensamento jurídico era tido, por muitos, como um factor de racionalização das relações sociais e políticas, enquanto que a ditadura era equiparada ao abuso, à arbitrariedade e à ilegalidade. O peso dos advogados nos movimentos de oposição reflecte a apropriação pelos juristas do capital político decorrente desta imagem social do direito entre os opositores ao regime. No meio dos juristas universitários, o distanciamento «cientista» marcava, mais subtilmente, o descompromisso, quando não a crítica, mais ou menos implícita, em relação ao regime. A oposição entre as «escolas» de Coimbra (politicamente menos comprometida e, paralelamente, mais construtivista) e de Lisboa (bastante enfeudada à política oficial e, ao mesmo tempo, mais «prática» ou «descritiva») é, portanto, mais do que um detalhe. Tópicos de recorte científico-dogmático (como «Estado de di-

reito», «princípio da legalidade», «autonomia e criatividade da jurisprudência») ganharam um significado político de sentido democrático, enquanto a *intelligentsia* universitária que os lançara capitalizava o prestígio político daí decorrente. Havia, naturalmente, juristas universitários da «situação» e da «oposição» (mais da primeira do que da segunda, valha a verdade); mas todos acabavam por recolher a sua parcela dos lucros do prestígio da «jurisdicção». Os absolutamente irrecuperáveis eram preferivelmente classificados como «políticos»; o que, na universidade e nos meios por ela hegemonzados, implicava uma natural desvalorização.

Baseada no prestígio da teoria e da construção, a legitimidade dos juristas como mediadores das relações sociais tinha ulteriores implicações na hierarquização interna do campo jurídico. Nomeadamente, enquanto submetia os «práticos» à hegemonia dos «teóricos».

Os contactos com meios universitários estrangeiros, o uso de literatura em línguas relativamente inacessíveis (nomeadamente, o alemão), o hermetismo da linguagem e a agudeza conceitual eram outros tantos traços que, fazendo parte do *habitus* profissional dos universitários, funcionavam como um capital que os distinguiu não apenas dos profanos, mas ainda de outras categorias de juristas (os «práticos» do foro, os burocratas). Quanto a estes, funcionavam em geral como caixa de ressonância do meio universitário, cujo primado não era atacado explicitamente. A forma de reacção dos «práticos» era, sobretudo, a valorização do direito positivo, nomeadamente do pormenor regulamentar. Impossibilitados de se imporem aos universitários, os «práticos» tinham aí, todavia, as suas preferências — os «mais claros», «mais descritivos», «mais práticos» (v.g., José Alberto dos Reis e Marcello Caetano). Mas podiam ir até opor aos critérios dos universitários, os do legislador ou da jurisprudência. Querelas conhecidas como as que opunham Coimbra a Lisboa, Marcello Caetano a Afonso Queiró, Anselmo de Castro à jurisprudência do STJ eram outras tantas pontualizações destas tensões dentro do campo jurídico entre o polo «teórico-universitário», hegemonzando o campo jurídico, e o polo prático, lutando por uma legitimação, embora dominada.

O advento da democracia introduziu novas tensões neste campo. A mais importante foi, decerto, a abertura de uma nova frente no combate dos juristas pela sua qualidade de árbitros das relações sociais. Na verdade, a democracia trouxe consigo a reactivação do prestígio social do campo político e o advento de uma nova categoria de mediadores dos conflitos — os políticos —, alguns com intervenção directa no campo do direito

(governantes, deputados). O facto de, na sua maioria, se tratar de juristas de formação (sobretudo de advogados), capazes de mobilizar a seu favor o capital de prestígio do direito e de disputar aos juristas «teóricos-universitários» a hegemonia dentro do campo jurídico, tornou ainda mais crítica a situação destes últimos. Não se tratava apenas de novos concorrentes, mas de concorrentes cuja diferença específica era pequena e que, portanto, se podiam aproveitar dos investimentos simbólicos acumulados. Como muitas vezes acontece, o parente mais próximo tornou-se no adversário mais perigoso.

Por outro lado, uma vez que o reconhecimento (ou prestígio) detido em cada campo de actividade pode ser reforçado por capital simbólico acumulado noutra, a posição dos novos concorrentes aparecia fortalecida pelo seu prestígio de participantes no novo poder democrático, embora, como contrapartida, eles estivessem sujeitos à usura decorrente dessa mesma situação.

Esta nova tensão entre «juristas» e «políticos» manifestou-se de várias formas.

Desde logo, na oposição entre a «oportunidade política», reflectindo objectivos sociais limitados e conjunturais, e a «prudência jurídica», guardiã de valores humanos transtemporais. A erupção mais dramática desta oposição foi, talvez, a polémica em torno da forma de punir os agentes da PIDE/DGS, pois, aí, a eficácia pressupunha a adopção de técnicas de incriminação que contrariavam princípios adquiridos da ciência jurídica (nomeadamente, o princípio da irretroactividade da lei penal incriminatória). O facto de a maior parte dos juristas ter reagido contra a aplicação retroactiva da lei punitiva teve um significado que excedia a questão de fundo, colocando um problema fundamental para a defesa do papel político dos juristas — o da descriconariedade do legislador; ou seja, o de saber se o político-legislador podia estabelecer fosse o que fosse, ultrapassando os ditames da «prudência» estabelecida pelos juristas.

Esta mesma questão subjazia, também, à questão da «constitucionalidade material» de certas normas da Constituição de 1976. Defendendo a supremacia de uma «ordem material de valores», os juristas estavam, afinal, a afirmar a superioridade dos seus juízos valorativos aos do legislador constituinte, já que a explicitação de tal ordem de valores era considerada como uma tarefa irrenunciável e indelegável dos juristas. Que essa «ordem de valores» tivesse, no contexto pós-revolucionário, um sentido conservador é menos importante do que a continuidade que existe entre a atitude destes juristas e a dos que, antes

do 25 de Abril, opunham às leis vigentes as suas concepções de justiça e declaravam a «lei injusta» como desprovida de vigência.

Uma outra manifestação da oposição entre «políticos» e «juristas» era a defesa da superioridade do rigor dogmático sobre o discurso pragmático ou emocional. Daí a denúncia do carácter «demagógico» ou ideológico dos argumentos políticos ou das leis feitas no parlamento, as quais careceriam do apuramento técnico que apenas podia ser obtido no sossego dos gabinetes. A acusação de doutrinária, dirigida à Constituição de 1976, pertence a este contexto.

Sentido idêntico tinham as acusações de ignorância dirigidas aos juristas-legisladores, a denúncia do seu empenhamento político, a desvalorização do direito nacional em face do direito comparado (nomeadamente, do direito europeu-ocidental), do episódico (v.g., a legislação avulsa em matéria de inquilinato ou de reforma agrária) perante o permanente (v.g., os institutos do Código Civil em matéria de propriedade ou de contratos), do direito especial (v.g., direito do trabalho) em confronto com o direito comum (v.g., direito contratual comum).

Tal como antes do 25 de Abril, muitos dos novos políticos eram também juristas. A construção da sua hegemonia, dentro do campo jurídico, não decorria, porém, do seu prestígio como políticos, passando antes pela instituição de uma nova matriz das relações entre «lei» e «direito», em que a primeira se impusesse ao segundo. Ou seja, pelo estabelecimento de um modelo positivista da ciência jurídica.

Este combate desenvolveu-se, sobretudo, em torno da questão da legitimidade democrática dos fazedores do direito. Por um lado, insistindo em que o Governo e a Assembleia se fundavam, directa ou indirectamente, no sufrágio, o que não acontecia nem com os tribunais, nem, muito menos, com os juristas-científicos. Quanto a estes, suplementarmente, realçava-se o seu conservadorismo e frequente compromisso com o regime deposto.

O modelo positivista não pôde, no entanto, impor-se no meio dos juristas pois, como é evidente, ele traduzir-se-ia na desvalorização ou, mesmo, na destruição da sua importância como mediadores das relações sociais, transferindo este papel para os feitores das leis, os políticos. O que equivale a dizer que, em geral, os projectos políticos globais em que os juristas se encaixaram foram determinados, quando da prática do direito se tratou, por um projecto corporativo de salvaguarda do seu papel sócio-político.

2. A revolução portuguesa de 1974 foi guiada, na sua fase pré-constitucional, pelo Programa do MFA — ratificado como lei constitucional pela Junta de Salvação Nacional —, cujos traços principais estavam concentrados na fórmula dos «três DDD» — democratização, descolonização, desenvolvimento.

Em face da heterogeneidade dos militares e dos movimentos democráticos, o Programa do MFA foi diversamente interpretado. A leitura menos ousada desembocava num projecto de democratização política do regime, numa solução plebiscitária do problema colonial e numa estratégia de desenvolvimento económico semelhante à dos países capitalistas do sul da Europa ou da América latina. A leitura mais avançada previa um processo de socialização, como exigência de uma verdadeira democracia de um país em que os desníveis económicos eram enormes relativamente aos normais no resto da Europa.

A interpretação restritiva do Programa do MFA foi logo ultrapassada ao mesmo tempo pelos movimentos populares (sobretudo nas fábricas, nos grandes latifúndios do sul ou nas cidades em que problemas de habitação eram mais agudos) e pelas propostas dos grupos e partidos de esquerda que tinham em vista uma «via socialista». Passado um ano, os portugueses elegiam uma Assembleia Constituinte mas, nesse momento, a revolução já tinha avançado muito. Além do restabelecimento das liberdades políticas (de opinião, de imprensa, de associação e de reunião, de criação de partidos) e das liberdades sindicais, a banca tinha sido nacionalizada, bem como alguns sectores de base da economia (energia, seguros, transportes), o papel político e social das organizações populares de base tinha sido reconhecido (comissões de trabalhadores, comissões de moradores, comissões de aldeia), o princípio da reforma agrária tinha sido estabelecido, o direito de representação exclusiva dos povos das colónias tinha sido reconhecido aos movimentos de libertação e, sobretudo, tinha-se formado um consenso sobre o carácter inevitável da «via socialista», de resto proposta na altura pelos três principais partidos (socialista, social-democrata e comunista) e «ratificada» pelos resultados das primeiras eleições constituintes.

Salvo nos primeiros tempos, esta revolução não se tinha operado sem conflitos, sem rupturas do tecido social ou sem violações da ordem jurídica (por vezes, mesmo da ordem estabelecida pelos novos poderes). Foi sobretudo nos campos, nas empresas e nos bairros mais sobre-povoados das cidades, que movimentos populares, as mais das vezes espontâneos, forçaram uma marcha mais rápida das transformações sociais. Os lati-

fúndios do sul — primeiro, os deixados ao abandono, mas, progressivamente, os outros — foram ocupados por trabalhadores sem terra; muitas empresas — em geral, as abandonadas pelos patrões ou aquelas em que estes tinham sido acusados de sabotagem económica — foram postas em regime de autogestão operária; as casas desabitadas foram ocupadas por famílias sem tecto ou que viviam em bairros de lata. Também nas escolas apareceram formas de autogestão não permitidas pela nova legislação de gestão democrática do sistema de ensino, sobre as quais era pequeno o controlo do poder. O verão de 1975 assistiu, no norte e no centro, à violência de direita: grupos, espontâneos ou não, destruíram sedes de partidos de esquerda, nomeadamente do Partido Comunista, expulsando ou mesmo matando alguns militantes.

Ao mesmo tempo, consequências directas ou indirectas da revolução introduziam modificações sociais profundas. A crise económica provocou uma subida sensível dos preços (inicialmente compensada pelo aumento dos salários) e dificuldades (reais ou fictícias) em muitas empresas que, por vezes, foram obrigadas a fechar, aumentando o desemprego. A descolonização deu origem ao retorno de centenas de milhares de pessoas, em geral traumatizadas e sem recursos, que vieram pesar ainda mais sobre um mercado de trabalho já pletórico ⁽¹⁾.

Estas modificações da situação social foram acompanhadas por transformações profundas do imaginário social e, desde logo, duma crise de legitimidade do direito pré-revolucionário. Com efeito, as primeiras leis constitucionais foram muito prudentes na revogação do direito anterior. Salvo no caso de disposições legais abertamente contrárias aos novos princípios democráticos, todo o direito anterior foi mantido em vigor, mesmo o que fazia corpo com os princípios constitutivos do regime ditatorial (Código administrativo, Estatuto dos Funcionários, leis de Organização judiciária, Estatuto judiciário). A própria Constituição de 1933 não foi expressamente revogada, tendo certos juristas defendido que ela continuava em vigor. Dada a violência com que o «fascismo» era então denunciado e

⁽¹⁾ Bibliografia de base sobre a revolução portuguesa e o período seguinte: A. Rodrigues *et al.*, *O movimento dos capitães e o 25 de Abril. 229 dias para derrubar o fascismo*, Lisboa, 1974; *Portugal depois de Abril*, Lisboa, 1976; J. Medeiros Ferreira, *Ensaio histórico sobre a revolução do 25 de Abril. O período pré-constitucional*, Lisboa, 1983. Boaventura de Sousa Santos traçou, no n.º 14 desta revista, Novembro de 1984, pp. 7-30, um balanço teórico das transformações sofridas pelo sistema social e político (*A crise e a reconstituição do Estado em Portugal, 1974-1984*).

a adesão generalizada da população aos tópicos «anti-fascistas», tornou-se natural a assimilação — de resto, muitas vezes justificada — do direito pré-revolucionário a direito contra-revolucionário. A denúncia das leis, decretos ou regulamentos como «fascistas» e, logo, ilegítimos, era de todos os dias. A protelação do processo de substituição do antigo direito de legitimidade mais duvidosa fez crescer ainda mais o sucesso popular de um discurso que negava a vigência de vastas zonas do direito pré-revolucionário.

Mas, por outro lado, um certo fetichismo da lei e dos processos e formalidades «legais» não desapareceu. Mesmo no decurso dos movimentos mais «ilegais» (como as ocupações, as expulsões de patrões ou de funcionários) procurava-se sempre «fabricar» uma aparência de legalidade com elementos de formalidades jurídicas correntes. Por exemplo, nos casos de ocupações, fazia-se intervir frequentemente as comissões de moradores, redigiam-se actas das assembleias e comunicava-se as decisões às autoridades (polícia, câmara, governo civil, delegados do MFA); depositava-se, no caso de ocupação de casas, a renda na C.G.D. (2). Mais do que um sinal da consciência da ilicitude do acto praticado e de uma tentativa da sua legalização *a posteriori*, esse modo de actuar parece-me ter antes origem num sentimento de jurisdição da conduta, a ponto de, dominadas por uma imagem burocrática e formalista do direito, as pessoas serem levadas a dar uma «forma jurídica» aos seus actos, macaqueando os processos barrocos do direito oficial (3).

Esta suspeição em relação ao direito pré-revolucionário — e mesmo, por vezes, em relação ao direito posterior à revolução — era acompanhada de uma desconfiança profunda nos aparelhos judiciário, administrativo e policial. O programa do MFA previa o «saneamento» da administração pública, no duplo sentido de uma reforma das estruturas e de um reconhecimento da responsabilidade dos funcionários que tivessem praticado ilegalidades ou actos graves de colaboração com a ditadura. Nos dois anos seguintes, o segundo aspecto levou a melhor

(2) V. «Colectânea de jurisprudência», 1977, p. 393; C. Olavo, *Depoimento*, «Revista da Ordem dos Advogados», 1976 (que, pelo contrário, vê aqui um sinal da consciência da natureza anti-jurídica dos actos praticados).

(3) Esta utilização pelas instâncias jurídicas não formais de elementos dos processos do direito oficial é comum. V., para o direito das «favelas» do Rio de Janeiro, B. Sousa Santos, *O discurso e o poder*, «Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro», Coimbra, 1979.

sobre o primeiro ⁽⁴⁾, tendo sido editadas leis que demitiam os altos responsáveis políticos ou os membros e colaboradores da polícia política e que previam a organização de processos de inquérito nos casos menos claros de corrupção ou de compromisso com a repressão (leis de saneamento, DL 123/75, de 11/3; DL 139/75, de 19/2; CRP 1976, art.º 310.º). Aqui, também, o saneamento legal arrastou-se muito e, finalmente, produziu resultados insignificantes em relação ao conjunto da administração pública. As polícias — salvo a polícia política (PIDE-DGS) não foram tocadas, o mesmo se passando com a magistratura ⁽⁵⁾.

A ineficácia das medidas de democratização dos aparelhos de Estado (sobretudo das polícias e dos tribunais) ⁽⁶⁾ enraizou ainda mais na consciência popular a ideia de ilegitimidade dos agentes de poder, bem como uma crença muito espalhada na incapacidade de a administração pública levar a cabo uma prática correspondente aos objectivos da revolução. A única instância respeitada era o MFA e, por extensão, os militares, o que explica o recurso frequente às autoridades militares para resolver ou arbitrar os conflitos: ratificações de ocupações, solução de conflitos sociais e políticos, manutenção da ordem (as autoridades tiveram, frequentemente, que substituir as forças de polícia, muito mal aceites, por forças militares de prestígio reconhecido).

⁽⁴⁾ Ou melhor, o segundo aspecto criou, muitas vezes, a ilusão de se poder prescindir do primeiro.

⁽⁵⁾ Um ensaio de caracterização sociológica da magistratura portuguesa em F. Ferreira, *Uma abordagem sociológica da magistratura judicial*, Porto, 1972; F. Ferreira e J. Roseira de Figueiredo, *O poder judicial e a sua independência*, Lisboa, 1974; *O estatuto da magistratura e as perspectivas futuras do direito*, Coimbra, 1978; N. Nascimento, *Subsídios para compreender a conduta e a mentalidade do juiz*, «Fronteira». I. 5 (1979), pp. 133 ss. (o peso de uma mentalidade católica e ruralista no imaginário social dos juízes); J. Alcides de Almeida, *Por uma justiça democrática*, Lisboa, 1980; sobre o quotidiano de um juiz durante a ditadura (seu estatuto social, sua mitologia, suas aspirações), o romance de Sá Coimbra (ele próprio, juiz), *A chancela*, Porto, 1978. Falta, todavia, um estudo rigoroso dos condicionamentos sociais e profissionais da nossa magistratura. Introdução metodológica (fundamental) de uma tarefa desse género, com crítica a erros correntes, Hubert Rottleuthner, *Abschied von der Justizforschung? Für eine Rechtssoziologie 'mit mehr Recht'*, «Zeitschrift für Rechtssoziologie», 3 (1982), pp. 82 ss. Para Espanha, J. J. Toharia, *El juez Español*, Madrid, 1976.

⁽⁶⁾ Pouco depois do 25 de Abril, a Ordem dos Advogados pedia a demissão imediata e o julgamento de todos os membros da polícia e da magistratura comprometidos com a repressão da ditadura (cf. «Revista da Ordem dos Advogados», 1974, p. 187).

A este afundar da legitimidade das instituições encarregadas de manter a ordem jurídica (7), juntou-se uma nova imagem social da prática política e dos meios de decidir os assuntos públicos — a prática política e as decisões que diziam respeito às populações não deviam ser objecto de qualquer mediação; pelo contrário, era ao povo que pertencia decidir. Foi a época dos plenários (de inquilinos, de operários, de estudantes, de funcionários públicos, de soldados), das assembleias (de aldeia, de bairro, de fábrica, de escola, de quartel), das reuniões (onde se confrontavam interesses e perspectivas, em vista de uma solução negociada, por vezes a única solução possível, dada a incapacidade dos poderes para impor outra). Foi também o tempo da denúncia das decisões «tomadas nos gabinetes» ou dos arranjos negociados «nas costas do povo». A própria ideia de democracia representativa era tida como insuficiente; nas estruturas dos movimentos populares, se havia uma «directção», as suas reuniões eram geralmene «abertas», sendo as decisões tomadas na presença e sob o olhar da assembleia. Do mesmo modo, o povo sentia-se autorizado a forçar, por meio de manifestações de rua, os órgãos do poder, mesmo que se tratasse do legislador ou dos tribunais (8).

Deste contexto decorriam consequências que dizem directamente respeito ao nosso tema. Por um lado, a crise da ideia de uma resolução dos conflitos empreendida por órgãos «longínquos», não «participados» e cujo processo escapava ao controlo público. Tal era o caso, se não do governo, pelo menos

(7) O que deu lugar ao desespero de muitos juristas, que preferiram os discursos catastróficos (por vezes com intenções também directamente políticas) sobre o fim do direito a uma análise mais serena — e também mais produtiva — dos factores de crise. Ver, como exemplos (com um engajamento político muito diferente), M. Raposo, *Discurso do bastonário da Ordem dos Advogados*, «Revista da Ordem dos Advogados», 1975, 2, pp. 310-11; A. Castanheira Neves, *A revolução e o direito*, Lisboa, 1976, p. 34 s. (separata da «Revista da Ordem dos Advogados»); J. Figueiredo Dias e M. Costa Andrade, *Democracia e criminologia*, «Revista de Direito e Estudos Sociais», VIII, 1 (1982) p. 8 ss. De qualquer modo, não se tratava, como se verá, do «fim do direito», mas antes do conflito entre, se não dois direitos, pelo menos dois paradigmas de sistemas de direito.

(8) Sobre a ilegitimidade destas formas de pressão, como violação da autoridade, da competência responsável, da estabilidade, da objectividade e da igualdade que deveriam caracterizar os actos de produção do direito, A. Castanheira Neves, *A revolução e o direito*, *ob. cit.*, pp. 40 ss. Uma imagem menos idealizada dos processos de produção jurídica deveria considerar todas as outras formas de condicionamento do legislador e dos juizes, cuja eficácia é normalmente directamente proporcional ao seu carácter «doce» e discreto.

dos tribunais. A neutralidade e descompromisso destes últimos, longe de ser vista como uma garantia da justiça, era-o como um factor de alienação em relação aos sentimentos jurídicos vividos e, logo, de injustiça.

Por outro lado, o sentimento de uma legitimidade fundamental das acções dos movimentos populares e das formas da sua institucionalização. «O povo é quem mais ordena» tornou-se a fórmula lapidar (como outrora o *princeps a legibus solutus*) da ideia de um poder constitutivo, originário, absoluto, capaz de ligar e de desligar, que decorreria do papel igualmente constitutivo do povo no processo de produção («o povo é quem mais trabalha»).

Este sentimento duma legitimidade fundamental das novas formas espontâneas de uma acção política e social — que alguns juristas traduziram pelo conceito de «legalidade revolucionária» — comunicava-se às instituições populares que sustinham esta acção. As comissões de moradores, de fábrica, de aldeia, as unidades colectivas de produção da zona da reforma agrária, as assembleias gerais de escola, as comissões paritárias de administração, de gestão ou de controlo de muitos serviços públicos e mesmo os raros tribunais populares, constituíam outras tantas manifestações desta legitimidade originária das populações para criar os organismos necessários ao desenvolvimento da sua acção política e social⁽⁹⁾. Esta crença no seu carácter jurídico levava a uma regulamentação, por vezes bizantina, do seu funcionamento interno e, aquando dos debates e tomadas de decisão, atribuía às matérias regulamentares e processuais um papel muito importante, muitas sessões terminando sem que se entrasse na ordem do dia. As dificuldades surgiam quando era preciso obter o reconhecimento destas organizações junto dos organismos oficiais. Como, por exemplo, quando os operários em auto-gestão queriam levantar fundos das contas bancárias das empresas ou defender em tribunal os direitos dessas empresas

(9) Sobre estas instituições e os problemas postos pelo seu reconhecimento pelo direito oficial, F. Luso Soares, *A constituição e as organizações populares de base*, Lisboa, 1977; M. Vieira e F. Oliveira, *O poder popular em Portugal*, Lisboa, 1976; Oliveira Baptista, *Portugal 1975 — os campos*, Lisboa, 1978; J. A. Dimas de Lacerda, *Reforma agrária*, «Fronteira», I. 1 (1978), p. 18 ss.; Marcelo Curto, *Democracia na empresa*, Lisboa, 1980; L. Brito Correia, *A lei sobre as comissões de trabalhadores*, «Revista da Ordem dos Advogados», 1980, pp. 443 ss.; J. Barros Moura, *As comissões de trabalhadores e o controlo de gestão*, Lisboa, 1980; J. S. Patrício, *A autogestão na lei e na jurisprudência*, Lisboa, 1984; M. Baptista, *Empresas em auto-gestão. Alguns aspectos do seu regime jurídico*, «Revista do Ministério Público», 4. 16 (1984), pp. 65 ss.

perante terceiros; ou quando os trabalhadores da reforma agrária pretendiam obter crédito agrícola ou receber, junto das instituições oficiais de intervenção económica, o pagamento das últimas colheitas de trigo ou de cortiça, depositadas pelos antigos proprietários. Ou, por fim, quando as comissões de gestão das escolas constituídas à margem da lei, queriam movimentar os créditos orçamentais. Era este o momento em que a não correspondência entre a legalidade oficial e esta jurisdição espontânea se manifestava em toda a sua extensão.

3. Cumpre, agora, fazer o balanço das consequências, no plano do discurso jurídico, das mudanças que acabam de ser descritas.

3.1. O primeiro traço que deve ser sublinhado é a perda de contacto entre os antigos padrões normativos e a nova realidade social. Por padrões normativos entendemos o direito de origem legislativa, as correntes da jurisprudência e a doutrina jurídica estabelecida; no que respeita a esta última, tanto as suas consequências directamente praticáveis, como as construções teóricas (conceitos, tópicos, tipos de raciocínio) e o seu sistema de referências.

Quanto à legislação, já se mencionou a continuidade quase global da ordem jurídica pré-revolucionária, salvo nos sectores que se relacionavam directamente com as liberdades públicas. As grandes transformações sociais ou os movimentos populares foram sempre «legalizados» (quando o foram) *a posteriori*. Tal foi o caso das ocupações de terras, parcialmente legalizadas depois de meses de ocupação de facto; das ocupações de casas, legalizadas, em parte, retroactivamente; das experiências de auto-gestão, cujas comissões de trabalhadores só foram reconhecidas em Novembro de 1976 ⁽¹⁰⁾. Muitas outras acções ou

⁽¹⁰⁾ As ocupações de terras foram «legalizadas», sob certas condições, pelo DL. 406-A/75, de 29-7; a ocupação de casas, pelo DL. 445/74, de 12-9 (igualmente sob certas condições). A autogestão de empresas apenas conheceu um estatuto legal, de resto provisório, com a lei 68/78, de 16-10. Sobre os aspectos jurídicos das ocupações, L. Moitinho de Almeida, *As ocupações dos imóveis perante o direito*, «Revista da Ordem dos Advogados», 1976, pp. 225 ss. (considerando as ocupações de terras ou de casas anteriores à legalização como actos de «espoliação», contra os quais seriam fundadas a autodefesa, a reivindicação e as acções criminais respectivas); sobre a autogestão, mais aberto a uma distinção entre a legalidade formal e a legitimidade material e fortemente crítico de uma jurisprudência que ignora tanto os factos como a lei, J. S. Patrício, *ob. cit.* (n. 9); ainda menos «legalista», M. Baptista, *ob. cit.* (n. 9), pp. 65 ss.

organizações nunca tiveram cobertura legal expressa, tendo sido preciso esperar pela Constituição de 1976 para poder fundar, na base dos princípios gerais que reconheciam a legitimidade de uma dinâmica popular revolucionária, a sua jurisdição (11).

O mesmo aconteceu noutros domínios jurídicos, em que o direito positivo não pôde acompanhar a evolução social: o direito da família, a situação da mulher, a sexualidade, o direito administrativo e do funcionalismo, etc.

Quanto à jurisprudência, constata-se igualmente que os padrões de decisão caíram em desuso. Com efeito, a jurisprudência portuguesa é pouco ousada em relação ao direito positivo. As injunções do Estatuto Judiciário que, desde os anos quarenta, obrigam os juizes a julgar segundo a lei, mesmo quando as disposições desta contradizem os seus sentimentos éticos ou jurídicos, pesam duramente sobre os magistrados, em geral pouco inclinados à invocação de argumentos que ultrapassem o texto da lei, quer se trate de princípios jurídicos supra-positivos, de princípios doutrinários com uma base legal menos directa ou de razões de oportunidade (11a). Este apego à lei e a critérios «seguros e certos» de julgamento afecta mesmo a relevância das «cláusulas gerais» previstas pelo sistema jurídico português, como a «boa fé», o «estado de necessidade», a «justa causa» ou a imprevisão (12). Mas mesmo mais: quando surge um conflito entre, por um lado, as prescrições concretas da lei e, por outro, os princípios gerais da ordem jurídica, nomeadamente os novos princípios da Constituição, desenhou-se uma tendência para rejeitar estes últimos como princípios programáticos necessitando de uma ulterior «concretização» pela lei ordinária (13).

(11) Sobre esta revisão, v., em geral, A. de Sá, *A revisão do Código Civil e a Constituição*, «Revista de Direito e Economia», III, 2 (1977), pp. 425-493.

(11a) V. N. Nascimento, *ob. cit.* (n. 5), pp. 144 ss. (análise do legalismo dos juizes por um juiz); sobre as novas tendências, na doutrina portuguesa, a favor de uma «jurisprudência libertada» da lei v., v.g., C. da Mota, *Dos crimes sexuais*, «Rev. Min. Públ.» 4.14 (1983) pp. 9 ss., pp. 48 ss., em que é citado o autor a quem cabe o mérito do lançamento destes tópicos em Portugal (A. Castanheira Neves).

(12) V., «Colectânea de Jurisprudência», 1972 2, p. 348.

(13) Sobre esta problemática, J. G. Canotilho e V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa. Anotada*, Coimbra, 1978, pp. 62 ss.; J. G. Canotilho, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1982, II, pp. 175 ss. O problema do carácter obrigatório dos princípios constitucionais põe-se a propósito da eficácia dos direitos económicos e sociais consagrados na Constituição, nomeadamente no domínio do direito à habitação. Todos estavam de acordo quanto à impossibilidade de reconhecer aos cidadãos um direito de «reivindicação de habitação»

As decisões sobre casos-crime contra os responsáveis por ocupações de terras ou de casas durante o período que nos interessa são sintomáticas desta impermeabilidade da jurisprudência às mudanças de contexto e às *rationes decidendi* que estas podiam justificar, no seio de uma concepção menos legalista do direito. Em geral, a jurisprudência não aceitou, nestes casos, a argumentação da defesa orientada para a ausência de ilicitude ou, pelo menos, de culpabilidade, em vista do contexto revolucionário então vivido e da existência de uma convicção generalizada da legitimidade das ocupações. Mas, entrevendo a bizzaria de uma condenação *stricti iuris*, os juizes reduzem a pena a proporções simbólicas, pelo jogo das circunstâncias atenuantes gerais previstas na lei penal⁽¹⁴⁾. A justiça era salva-guardada; mas a legalidade também. Do ponto de vista da evolução da jurisprudência no entanto, este género de solução não contribui para uma aproximação progressiva entre o direito jurisprudencial e os factos. Na verdade, como a avaliação das circunstâncias atenuantes é sempre uma actividade casuística, nunca é possível chegar — como seria o caso se o tribunal se tivesse pronunciado em termos de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade — a um precedente capaz de fundar uma regra jurisprudencial de aplicação permanente. Do mesmo modo, no domínio da auto-gestão, a jurisprudência mostrou-se muito reticente no que respeita ao reconhecimento das novas situações, mesmo depois da promulgação da legislação que as ratificava⁽¹⁵⁾.

No entanto, depois da promulgação da Constituição de 1976, podem ser encontrados na jurisprudência ensaios de concretização dos valores revolucionários. Paradoxalmente, foi o STA — cuja ligação com o poder era muito forte no período ditatorial — que se mostrou mais aberto à aceitação dos novos padrões de decisão, nomeadamente no que respeita à protecção dos direitos dos administrados e dos funcionários; mais recentemente, no domínio da reforma agrária, ele revogou centenas

contra o Estado; mas desenhou-se uma corrente doutrinal e jurisprudencial no sentido da inconstitucionalidade das acções de despejo, com fundamento no não pagamento da renda: com efeito, estar-se-ia, então, perante um caso de protecção exagerada do senhorio à custa do direito à habitação. V., sobre este tema, N. Nascimento, *Da especialidade processual das acções de despejo nos arrendamentos para habitação. Sua inconstitucionalidade*, «Fronteira», II. 7 (1979), pp. 23 ss.; II, 8 (1979), pp. 56 ss.; v. ainda as decisões em que a questão é discutida em «Colectânea de Jurisprudência», 1977,4, pp. 818 e 880.

⁽¹⁴⁾ Cf., v.g., «Colectânea de jurisprudência», 1977,4, pp. 876 ss.

⁽¹⁵⁾ Cf. J. S. Patrício, *ob. cit.*, n. 9.

de decisões administrativas ilegais de restituição das terras aos latifundiários (de resto, sem consequências práticas, dado que o governo, pura e simplesmente, não tem dado execução a estes acórdãos).

Mesmo nos tribunais comuns, houve sinais de mudança, ainda que isolados, pouco significativos e, em geral, minoritários. Foi o caso, por exemplo, da corrente que, fundada num princípio de não discriminação material, negou a convertibilidade da multa em prisão⁽¹⁶⁾ ou da que, baseada na garantia do acesso de todos à justiça, dispensou da caução exigida em caso de recurso fiscal a parte que prova a impossibilidade económica da prestação.

No entanto, pode assistir-se, também, a usos verdadeiramente abusivos dos novos princípios do direito democrático. Assim, o princípio da liberdade de expressão e de crítica foi utilizado para absolver os jornais de direita dos insultos proferidos contra responsáveis políticos da revolução (Presidente da República, Conselho da Revolução, Ministros)⁽¹⁷⁾; o princípio da igualdade perante a lei serviu para defender a inconstitucionalidade da protecção especial concedida aos delegados sindicais em caso de despedimento⁽¹⁸⁾; de forma singular, enfim, teve-se em conta o contexto «político e emocional» e o carácter espontâneo e massivo dos factos, aquando da apreciação de uma agressão contra professores de esquerda em Fátima, em 1975⁽¹⁹⁾.

No que diz respeito à doutrina, o desnível entre a construção e a vida aumentou ainda no domínio do direito público, em que a marca das realidades políticas autoritárias era mais forte, até porque a censura impedia a difusão de correntes jurídicas verdadeiramente alternativas. A teoria do direito público estava impregnada pelas concepções do Estado autoritário, por vezes de forma aberta (e, portanto, facilmente lisível), por vezes de forma implícita e já «naturalizada» por uma longa tradição doutrinal que arrancava da literatura conservadora e autoritária dos anos trinta. E se, nos casos mais gritantes, a despistagem e afastamento das soluções autoritárias e conser-

⁽¹⁶⁾ V. «Revista do Ministério Público», IV. 14 (1983), pp. 155 ss.; «Colectânea de Jurisprudência», 1977. 2, p. 344; *ibid.*, 1977, 5, p. 1012.

⁽¹⁷⁾ Sobre o tema, com exemplos, v. o número especial da revista «Fronteira», I. 4 (1978), *maxime* 5 ss., 18 ss.; também «Boletim do Ministério da Justiça», 321 (1983), pp. 271 ss. (jurisprudência principal).

⁽¹⁸⁾ V. «Revista do Ministério Público», v. 17, p. 179.

⁽¹⁹⁾ «Colectânea de Jurisprudência», 1977. 5, p. 1079.

vadoras eram fáceis, noutros tais influências eram mais insidiosas e menos diagnosticáveis; assim, no caso do direito da função pública e no da protecção dos administrados.

No direito privado, a dogmática dominante dos direitos da personalidade, do direito de família, do direito de trabalho, etc., tinha falhas semelhantes, enquanto que o reconhecimento da mutabilidade da história no seio da dogmática, tal como era possível pelo jogo das cláusulas gerais, se tornava difícil por uma orientação tímida da doutrina neste plano.

Fosse como fosse, a doutrina também não pôde incorporar as novidades da revolução. A esta incorporação opunha-se o positivismo dominante, por vezes ainda reforçado por um «jurnaturalismo essencialista» (sobretudo no direito da família e no direito das coisas). Não é, portanto, de estranhar que, para a maior parte dos juristas doutrinários, toda esta erupção de experiências jurídicas alternativas apenas tenha representado a vitória do «não direito», dos «abusos da revolução», da «oportunidade» sobre os princípios do direito e da legalidade. As denúncias deste estado de «não direito» não faltam⁽²⁰⁾; como não faltam os que negam qualquer carácter jurídico ao discurso pós-revolucionário sobre o direito, parecendo pensar que os juristas dos tempos de Salazar e Caetano teriam sido os epígonos da ciência jurídica em Portugal.

Em muitas destas opiniões há, decerto, motivações políticas subjacentes; mas, em geral, decisivo é também um certo paradigma do discurso jurídico, das relações entre o facto e o direito e da divisão de trabalho entre o jurista e o político. Numa palavra, o que justifica esta recusa de reconhecer e incorporar o novo direito que brota por todo o lado é o império combinado das concepções de direito e de ciência jurídica provindas, em última análise, quer da Escola Histórica, quer da Escola da Exegese. Se esta última proibia ao jurista tanto a consideração de outro direito que não o do legislador como uma avaliação autónoma da justiça ou da oportunidade política, a Escola Histórica, em contrapartida, outorgava-lhe o privilégio de uma mediação decisiva quanto à definição do conteúdo do direito, com a condição de esta mediação corresponder ao sistema dogmático estabelecido. Então, fora da lei e do sistema doutrinário em vigor, não haveria direito, quaisquer que fossem os sentimentos jurídicos espontâneos ou mesmo os ensaios legislativos «revolucionários» (do ponto de vista do sistema jurídico,

(20) V., por todos, o discurso citado do bastonário (Mário Raposo) da Ordem dos Advogados, «Revista da Ordem dos Advogados», 1975. 2, pp. 310-11.

contra tenorem rationis iuris). É nesta base, como o veremos mais adiante, que a doutrina jurídica portuguesa se transformou numa esponja eficaz que absorvia e apagava a revolução no domínio do direito; donde a perspicácia daqueles que glorificaram o direito e os juristas como o principal obstáculo ao triunfo de um projecto revolucionário ⁽²¹⁾.

3.2. O segundo traço da experiência jurídica durante os anos da revolução foi a não correspondência entre os ritmos de evolução, por um lado, das realidades sociais e políticas e das representações jurídicas e, por outro lado, o devir da ordem jurídica oficial.

Esta não correspondência decorre, desde logo, do facto de os processos revolucionários autênticos não obedecerem nunca a planos pré-estabelecidos. O momento da formalização jurídica é sempre um momento de ratificação, de cristalização, por vezes de recuperação. Depois, há também as demoras inerentes aos processos legislativos ou os necessários ao estabelecimento de precedentes judiciais ou de correntes doutrinárias.

Mas, no nosso caso, houve também do lado do poder, além das indecisões e dos conflitos sobre a via a seguir, uma crença bastante ingénua na irreversibilidade e na legitimidade irrefutável das «conquistas da revolução». A formalização nas leis dos estatutos das novas realidades foi muitas vezes adiada como assunto de urgência secundária, como preocupação bizantina, como alienação provinda de um «fetichismo legalista», ou mesmo como tentativa de congelar a criatividade revolucionária nas fórmulas rígidas do direito escrito ⁽²²⁾.

3.3. No entanto, o traço talvez mais característico da experiência jurídica dos anos 1974-1976 foi justamente o confronto entre duas estratégias discursivas, cada uma delas ligada a um sistema específico de prática discursiva, o qual, por seu turno, se enxertava sobre vários sistemas institucionais e sociais.

A primeira estratégia correspondia, no domínio do direito, ao projecto revolucionário; a segunda, ao projecto conservador. Não pelo facto de os defensores de uma e outra se terem deixado dividir, de forma mecânica, entre estes dois campos ideológicos ou de uma ou outra terem defendido soluções norma-

⁽²¹⁾ V.g., M. Raposo, *Os advogados são livres*, «Revista da Ordem dos Advogados», 1976, p. 155.

⁽²²⁾ V., sobre este ponto, V. Moreira, *A constituição e os seus críticos*, «Vértice», 416 (1979), pp. 28 ss.; O. de Carvalho, *Doenças infantis da democracia*, in: «Vértice», 370-1 (1974), pp. 830 ss.

tivas coincidentes, ponto por ponto, com os projectos políticos respectivos. Mas porque, por um lado, cada uma delas supunha contextos institucionais, sociais e simbólicos da prática dos juristas que, em definitivo, só os projectos políticos correspondentes permitiam realizar. E, por outro lado, porque cada um destes projectos não podia encontrar uma cobertura jurídica harmoniosa fora da estratégia do discurso jurídico que lhe correspondia.

A primeira estratégia supunha uma nova definição do sistema de produção do discurso jurídico — ao nível semântico (uma nova definição dos objectos do discurso), ao nível pragmático (novas regras de designação dos produtores do discurso), ao nível sintático (conceitos novos, diferentes sistemas de validação dos enunciados, novas estratégias discursivas).

Começamos pelo nível semântico, ou seja, pelo conjunto das regras que regem as relações entre o discurso e os seus objectos (as coisas de que nele se fala). Neste plano, exigia-se, desde logo, uma nova definição do domínio geral de objectos visados — as normas jurídicas ou «o direito». Estas normas não seriam somente as normas legais mas também as normas que brotavam espontaneamente das exigências do desenvolvimento do projecto revolucionário. Para designar este conjunto, a doutrina criou um nome — «legalidade revolucionária», a que equivalia um conceito — i.e, fonte não escrita de direito, revelada pelo dever do processo revolucionário e pelas instâncias dotadas de uma legitimidade revolucionária (sobretudo, MFA, Conselho da Revolução), fonte de hierarquia superior ao direito anterior e de que o direito formal pós-revolucionário constituía uma manifestação e uma garantia apenas provisórias⁽²³⁾. É evidente que, em relação a este conceito de legalidade, não eram válidos muitos dos dogmas da teoria tradicional do direito — v.g., a não-retroactividade das leis, o princípio da legalidade, etc.

Ainda ao nível semântico, insiste-se sobre a necessidade de reduzir a estilização e o formalismo do recorte doutrinal e judiciário do caso jurídico. Longe de reduzir o caso vivido a um modelo formalizado, separado da vida e do contexto, o jurista deveria enriquecer os objectos do seu discurso com as determinações histórico-concretas que lhes dão sentido no plano da consciência popular. Daí a necessidade, por um lado, de fazer

⁽²³⁾ V., neste sentido, V. Moreira, *Constituição e revolução*, «Vértice», 374-5 (1975), pp. 161 ss.; M. Baptista, *ob. cit.*, n. 9, pp. 65 ss.; J. Miranda, *A revolução de 25 de Abril e o direito constitucional*, «Boletim do Ministério da Justiça», 242 (1975), p. 5.

acompanhar a aprendizagem do direito pelo manuseamento de casos concretos ⁽²⁴⁾ e, por outro, de valorizar suficientemente o contexto nas decisões judiciais ⁽²⁵⁾.

Depois, no plano pragmático, este novo sistema discursivo exigia novas regras de designação dos sujeitos socialmente legitimados para manter um «discurso jurídico». Neste domínio, a modificação das estruturas implicava transformações institucionais, ou seja, modificações das condições institucionais da prática jurídica, garantindo a participação na administração da justiça de intervenientes não profissionais, bem como mudanças profundas no ensino do direito. A crítica da imagem do jurista profissional corresponde ao primeiro aspecto: o jurista tende a ser visto como um elemento parasitário que abusa de um discurso hermético para ganhar a vida ou que se deixa transportar mais pelos jogos formais da eloquência e pelos malabarismos conceituais do que por considerações de humanidade ou de justiça material. As preocupações de renovação do direito e da justiça exigiriam, portanto, senão a substituição deste tipo de jurista, pelo menos a intervenção, ao seu lado, do homem da rua, o que explica as proposições, maximalistas, visando a criação de uma «justiça popular» ⁽²⁶⁾ ou, mais limitadamente, as medidas tomadas para assegurar a participação popular no funcionamento da justiça ⁽²⁷⁾ ou para quebrar o corporativismo

⁽²⁴⁾ Tal era uma das directivas do projecto de plano de curso da Faculdade de Direito de Lisboa, em 1975.

⁽²⁵⁾ Na prática jurisprudencial, no entanto, manteve o fosso entre o caso vivido e o caso jurídico. Salvo nas tentativas de «justiça popular» em que o contexto jogava a fundo (v. B. Sousa Santos, *Justicia popular, dualidad de poderes y estrategia socialista*, «Revista de sociologia», 13 (1980), pp. 256 ss.).

⁽²⁶⁾ Os casos de tribunais populares foram raros (cf. B. Sousa Santos, *ob. cit.*, n. 25). Eram vistos pelos seus partidários como a alternativa popular a uma «justiça cara, académica e marcada pelo espírito de casta. A sua organização devia nascer das organizações populares de base e os seus juizes deviam ser elementos do povo comprometido nas lutas populares (A. L. Sabino, *Depoimento*, «Revista da Ordem dos Advogados», 1976, 191). As opiniões sobre as vantagens destes tribunais não eram unânimes, mesmo entre os juristas de esquerda.

⁽²⁷⁾ Reintrodução do júri nas causas criminais, DL 605/75, de 3-11 (CRP 1976, art.º 216); instituição de juizes populares, L 82/77 («juizes de paz» nas freguesias, «juizes sociais» em domínios como o do arrendamento rural, o direito dos menores ou o direito do trabalho) e CRP 1976, art.º 217 (discussão parlamentar, «Diário da Assembleia Constituinte», n. 96 ss.). Sobre a participação popular na administração da justiça, v. as actas do colóquio «A participação popular na administração da justiça», Lisboa, 1980.

dos juristas, nomeadamente dos juizes (28). No plano do ensino do direito, este caldeamento entre juristas e elementos populares constituiu o objecto da organização, pela direcção maoísta da Faculdade de Direito de Lisboa nos anos de 1975 e 1976, de «cursos populares», sob a direcção de activistas comprometidos nas «lutas populares».

Mas este novo discurso exigiria, ainda, uma nova forma de organização sintática, ou seja, um novo sistema de relações entre os elementos intra-discursivos (conceitos, meios de argumentação, de prova e de demonstração), o que se traduziria por modificações em pontos-chave da organização discursiva. Desde logo, sobre o equilíbrio entre elementos construtivos e elementos teleológicos. Os primeiros teriam de sofrer sempre uma análise crítica, dirigida para o desvendamento das suas raízes teleológicas e para a verificação da oportunidade dos seus resultados. Tinha-se, com efeito, uma consciência bastante aguda do impensado político e ideológico importado com os conceitos e as teorias. Esta consciência manifestou-se, por exemplo, a propósito do conceito de «Estado de direito». Apesar de um consenso generalizado em torno das suas implicações normativas manifestas (limitação da actividade do Estado pelo direito), desconfiava-se da carga política e ideológica de um conceito utilizado no contexto do sistema político da Europa capitalista, em que a tradição teórica aí tinha depositado os valores próprios deste sistema (nomeadamente, a garantia da propriedade privada e da economia de mercado). A Assembleia Constituinte, depois de ter evocado expressamente este risco, preferiu uma expressão menos marcada («legalidade democrática»); e foi apenas no voto final do preâmbulo, nas últimas sessões da Constituinte e quando o ambiente político se caracterizava já por um claro refluxo do movimento revolucionário, que se conseguiu introduzir uma referência ao «Estado de direito», ainda que atenuada pelo acrescentamento da palavra «democrático» (29).

(28) Inclusão (mitigada) no Conselho Superior da Magistratura de membros estranhos ao corpo dos juizes, L 85/77, CRP 1976, art.º 223; criação do Provedor de Justiça como via informal e não judiciária de recurso, DL 212/75, de 21.4, CRP 1976, art.º 24.

(29) V., no que respeita aos debates sobre o «Estado de direito», as indicações dadas por H. E. Hörster, *O imposto complementar e o Estado de direito*, «Revista de Direito e Economia», III. 1 (1977), pp. 41 ss.; V. Moreira, *Estado-de-direito e legalidade revolucionária. A propósito dos novos arautos do Estado-de-direito*, «Vértice», 369 (1974), pp. 724 ss.; *A constituição e os seus críticos*, «Vértice», 416 (1979), 12 (crítica a Hörster); A. Martins, *O Estado de direito e a ordem política portuguesa*, «Fronteira», III. 9 (1980), p. 10 s. (maxime, 22 s.); M. Raposo, *Nota breve sobre a Constituição portuguesa*, «Re-

Por outro lado, a análise teleológica não poderia de modo algum reduzir-se a uma combinatória dessas finalidades abstractas e formalizadas usuais no discurso jurídico oficial (como, «segurança das relações jurídicas», «justiça», «protecção dos interesses de terceiros»), mas deveria incluir também referências às finalidades sociais concretas estabelecidas pela revolução — direito à habitação, defesa da ordem democrática, reforma agrária, concretização da via socialista. Tais deviam ser os interesses que deveriam ser considerados no momento da decisão. E os critérios da *Rechtsfindung* deveriam ser, também, os implícitos no projecto social e político em curso de realização (v.g., para os efeitos do art.º 335.º do C. Civil que, em caso de conflito, manda sacrificar os interesses menos importantes⁽³⁰⁾).

Esta crítica das implicações sócio-políticas dos conceitos exigia um combate contra o fetichismo conceitual típico dos juristas tradicionais; daí decorria a necessidade de dar aos futuros juristas uma formação que lhes permitisse ter consciência das raízes históricas e sociológicas do direito e do seu discurso. Esta preocupação conduziu à introdução nos estudos jurídicos de disciplinas que correspondiam a estes objectivos, nomeadamente a sociologia do direito, a teoria política e a história (história económico-social, história do trabalho, história das instituições, esta última concebida, não como uma seca descrição das normas jurídicas separadas do contexto, mas como um relato atento às conexões que entre o direito e a realidade social se podiam manifestar).

Esta nova matriz discursiva conduzia, naturalmente, à produção de outros resultados normativos, mas provocava, também, uma mudança decisiva no estatuto social dos juristas e na função social do seu discurso.

vista da Ordem dos Advogados», 1977, 24; J. G. Canotilho e V. Moreira, *ob. cit.*, n. 13, pp. 7 ss.; J. G. Canotilho, *ob. cit.*, n. 13, II, pp. 13 ss.; J. Miranda, *A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, pp. 473 ss.

⁽³⁰⁾ A questão põe-se, por exemplo, em matéria de locação: saber se o interesse do senhorio no pagamento pontual da renda (de resto, realizável por formas diferentes do despejo) devia ou não ceder perante o interesse do inquilino a ter uma casa, interesse que seria protegido pela garantia constitucional dum direito à habitação (cf. CRP 1976, art.º 65). V. CL 1977.4, 818, 830; cf. «Revista do Ministério Público», I. 1 (1980), pp. 146 ss.; em geral, sobre o tema, E. Figueira, *A constituição e o direito de habitação*, Lisboa, 1977; do mesmo modo, em matéria de direito de trabalho, em que o direito ao trabalho deveria prevalecer sobre o direito de propriedade (v. J. Barros Moura, *A constituição portuguesa e os direitos dos trabalhadores*, in: «Fronteira», 10/11 (1980), p. 32).

Na verdade, este discurso teria tendência para perder algumas das características que lhe dão, justamente, a sua força social: nomeadamente, o sublinhar, primeiro, a natureza «técnica» («neutral») da mediação jurídica dos conflitos sociais e, depois, a inacessibilidade desta técnica de mediação ao comum dos cidadãos. Por um lado, o peso da «ciência jurídica», como corpo codificado de um «acquis» dogmático, como *thesaurus* de regras já provadas de resolução justa dos conflitos seria desgastado pela crítica político-ideológica dos conceitos e dos dogmas. O carácter probabilista das soluções doutrinárias seria desvendado e, assim, poder-se-ia pôr fim à «naturalização» das relações sociais por meio dos dogmas jurídicos. Por outro lado, atenuar-se-ia a distância entre a linguagem dos juristas e a linguagem corrente, o raciocínio jurídico tornar-se-ia menos hermético e, portanto, mais controlável pelo público, enquanto que o terrorismo da forma e das fórmulas perderia ambém o seu vigor.

Os juristas perderiam, assim, muito da auréola de «técnicos do social», de engenheiros neutros das relações colectivas, de oráculos de uma justiça supra-histórica. Por outras palavras, perderiam a possibilidade de efectuar esta mediação dos conflitos que lhes permitiu impor aos grupos e ao legislador a sua concepção de uma justiça permanente (se não eterna), por oposição à justiça conjuntural («oportunismo», «pragmatismo») dos políticos.

O afrontamento destes dois discursos jurídicos não era, assim, uma questão que apenas dizia respeito ao destino da revolução. Pelo contrário, ela tinha também que ver com o destino social dos próprios juristas, o que explica — talvez de uma forma mais decisiva do que os sentimentos políticos pessoais de cada um destes — o seu desfecho final. Pois, no fundo, este desfecho — contrário, como serve ao proto «revolucionário» representa o triunfo da única forma de inserção dos juristas nas relações sociais compatível com uma estrutura da prática jurídica que a revolução não pôde modificar.

Foi, portanto, a segunda estratégia que colheu a vitória. Com efeito, as condições da prática discursiva estabelecida dos juristas estavam profundamente enraizadas e, por isso, a maior parte das exigências de uma reforma do sistema de produção discursiva não pôde ser levada a bom termo.

Por um lado, a redefinição do conceito de direito patinou num legalismo largamente dominante, apoiado — no caso da magistratura — numa certa interpretação da letra do Estatuto Judiciário, que proíbe a submissão da lei aos sentimentos de justiça do julgador. Mesmo para os juristas que defendiam uma

nova prática jurídica, a necessidade de encontrar uma solução «legal» (e, portanto, aceitável pelos tribunais) era obsessiva, conduzindo a verdadeiros malabarismos dedutivos. Por outro lado, num momento em que o «jusnaturalismo» ou o construtivismo eram as armas preferidas daqueles que atacavam as novas soluções legais⁽³¹⁾, os juristas que sustentavam as transformações sociais e políticas consagradas nas novas leis viam-se obrigados a serrar fileiras em torno de um positivismo que defendia a «legalidade revolucionária» contra o «uso alternativo» dos juristas conservadores⁽³²⁾.

Por outro lado, o sistema de acesso às profissões jurídicas ou às instâncias em que o discurso jurídico era produzido permaneceu grandemente intocado, apesar de algumas tentativas de reforma, muito contestadas pelo corpo dos juristas e, na prática, quase sem importância⁽³³⁾.

Também a imagem institucionalizada do juiz se manteve. Os órgãos corporativos disciplinares da magistratura exigiam dos juizes uma «neutralidade» política e social absoluta. Mas esta neutralidade não era concebida como uma igual disponibilidade para aceitar os projectos conservador e revolucionário. Como o projecto conservador, o da manutenção da ordem estabelecida (tanto ao nível da estrutura social global, como ao do papel do direito e dos juristas nessa estrutura), aparecia como «natural», o «engajamento político» era apenas a atitude de disponibilidade em relação às soluções revolucionárias (mesmo quando consagradas na lei). Uma ponderação dos interesses sócio-políticos de cada questão era, também, proibida; o juiz não podia ousar aplicar directamente os princípios gerais da ordem jurídica revolucionária, sendo necessária a mediação legislativa ou regulamentar do legislador para que esses princípios se tornassem efectivos. Por isto, mesmo depois da entrada em vigor da Constituição de 1976, em que a estratégia revolucionária tinha deixado muitos sinais, era proibido ao juiz actualizar concretamente os princípios constitucionais cuja concretização legislativa não existisse⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ V. *infra*.

⁽³²⁾ J. G. Canotilho, *ob. cit.*, n. 13, II, pp. 65 ss.; F. Ferreira, *Reflexões...*, «Fronteira», III.10/11 (1980), p. 114; J. Alcides de Almeida, *ob. cit.*, n. 5, pp. 68 ss.

⁽³³⁾ V. *supra*, notas 27 e 28. O sistema elitista de recrutamento universitário agravou-se ainda pela introdução do «*numerus clausus*», enquanto que a Ordem dos Advogados, temendo aparentemente o aumento da concorrência profissional, encetou uma política malthusiana de acesso ao foro.

⁽³⁴⁾ Sobre este tema, v. J. G. Canotilho, *ob. cit.*, n. 13, pp. 15 ss.; pp. 58 ss.; J. G. Canotilho e V. Moreira, *ob. cit.*, n. 13, I, pp. 176 ss.

O «caso Dengucho» foi sintomático desta imagem passiva e obediente do juiz. Celso Dengucho era juiz numa vila do centro litoral, região industrial e por tradição de esquerda, em que os movimentos populares tinham atingido, durante o período revolucionário, uma grande amplitude. Aderindo pessoalmente aos projectos democráticos da revolução — como muitos outros jovens juizes —, tentou introduzir uma prática da justiça menos distante da vida, mais comprometida em relação às realidades quotidianas e mais aberta à consideração dos projectos de modificação social. Logo depois da posse, encontrou-se com os membros da câmara, com os responsáveis pelas comissões de trabalhadores e de moradores, oferecendo a sua colaboração na resolução de matérias de interesse geral. No tribunal, organizou uma comissão de apoio à reforma agrária (que então já estava instituída por lei) e, depois da promulgação da Constituição, começou a rejeitar *in limine* as acções de despejo, considerando-as anti-constitucionais ⁽³⁵⁾. Sujeito a uma inspecção pelo Conselho Superior da Magistratura, o juiz Dengucho foi considerado como carecendo da «idoneidade moral», do «bom senso, equilíbrio e sensatez» necessários aos magistrados, apesar de se reconhecer a sua inteligência, o seu saber e a sua honestidade. As suas decisões controversas não foram submetidas a uma crítica jurídica pela inspecção, mas foram taxadas de «ousadas» e «estranhas», enquanto que o seu estilo literário foi julgado pouco conforme às regras da urbanidade próprias dos escritos de um magistrado. Mas o Conselho ficou também chocado com a «inversão» da inserção sociológica da justiça operada por Dengucho: enquanto que ele era suspeito aos olhos dos conservadores, a parte da população comprometida com o projecto revolucionário «sentia-se no tribunal como em casa» ⁽³⁶⁾.

Enfim, no plano da organização argumentativa e conceitual do discurso, não se deu uma reformulação da matriz das *rationes decidendi*. As mediações do direito e do discurso jurídico oficiais mantiveram-se, impedindo qualquer abertura a uma tomada em consideração autónoma dos sentimentos jurídicos espontâneos da comunidade ou das exigências jurídicas de um projecto de reforma política e social.

A luta entre um sistema conservador e um sistema progressista das fontes de direito desenrolou-se, então, inteiramente no seio das «fontes oficiais» de direito — entre os partidários de

⁽³⁵⁾ V. nota 30.

⁽³⁶⁾ Sobre este caso, v. Sá Coimbra, *O retrato de um juiz*, «Fronteira», I. 1 (1978), pp. 118 ss.; N. Nascimento, *O juiz e a actividade política*, «Fronteira», I. 2 (1978), pp. 151 ss.

um legalismo revolucionário ou constitucionalista e os defensores das diversas formas de mediação doutrinal. Os primeiros defendiam a superioridade dos critérios legais da legislação pós-revolucionária e, depois da sua entrada em vigor, da Constituição. Na sua opinião, esta seria a única forma de respeitar a legitimidade revolucionária e o princípio democrático⁽³⁷⁾. Contra estes, no entanto, elevava-se a vaga do anti-estatismo e anti-legalismo que domina, depois da segunda guerra mundial, uma parte importante da doutrina jurídica da Europa ocidental. Em Portugal, estes tópicos tinham feito fortuna, pela cobertura teórica que eles tinham dado aos juízes e aos juristas contra as legislações da ditadura. Ao positivismo da doutrina jurídica oficial ou oficiosa, opunham-se então anti-legalismos diversos, desde os jusnaturalismos (neo-escolásticos ou dos direitos do homem) até às correntes que valorizavam o papel do juiz na realização histórica concreta do direito⁽³⁸⁾.

Os anos revolucionários — com o advento de uma legislação que consagrava as rupturas da ordem social e política estabelecida — trouxeram ao pensamento anti-legalista o seu movimento das «cem flores». De um dia para o outro, muitos — antes defensores do positivismo mais acabado⁽³⁹⁾ — descobriram-se «jusnaturalistas». Ao seu lado, encontravam-se os que, desde há muito e sem oportunismos, tinham adoptado pontos de vista favoráveis a uma supremacia prática dos juízes sobre o legislador, de acordo com o modelo do *Richterstaat*⁽⁴⁰⁾. Um traço comum a todos era o facto de restringir este direito não legislativo ao direito de produção doutrinal ou jurisprudencial; o seu anti-legalismo nunca foi até ao ponto do reconhecimento de um direito proveniente dos sentimentos comunitários da justiça, sem a intervenção de qualquer mediação

⁽³⁷⁾ V. a literatura citada na nota 32.

⁽³⁸⁾ A. M. Hespanha, *Historiografia e política do direito (Portugal 1900-50)*, «Análise Social», 72/74 (1982), pp. 795 ss.; L. C. de Mendonça, *As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição*, *ibid.*, pp. 829 ss. Sobre o positivismo da doutrina pré-revolucionária, apesar das suas afirmações jusnaturalistas, M. M. Malheiros, *Fiscalização judicial da constitucionalidade das leis*, «Revista da Ordem dos Advogados», 1971, p. 1 ss.

⁽³⁹⁾ Sobre este fenómeno, ver V. Moreira, *ob. cit.*, n. 29, pp. 734 ss.; E. Figueira, *A problemática do direito na construção do socialismo*, «Fronteira», I.3 (1978), pp. 86 ss.; Roseira de Figueiredo, *Encerramento*, «Fronteira», II.6 (1979), p. 107; F. Ferreira, *ob. cit.*, n. 32, pp. 123 ss.

⁽⁴⁰⁾ Antes de todos, A. Castanheira Neves (*Questão-de-facto e questão-de-direito*, Coimbra, 1967; *O papel do jurista no nosso tempo*, Coimbra, 1968; *A revolução e o direito*, Lisboa, 1976).

dos juristas. Um pouco como para a Escola Histórica, o *Volksrecht* tornou-se num *Professorenrecht*.

As manifestações deste anti-legalismo foram diversas. Antes da promulgação da Constituição de 1976, a manifestação dominante foi a afirmação da existência de limites jurídicos ao voluntarismo revolucionário. Não se trataria, certamente — nos autores mais conscientes — dos limites da ordem jurídica pré-revolucionária, mas de limites postos pela «ideia de direito», com a sua referência irreduzível à Justiça; a revolução, longe de ser o fim do direito, era o seu recomeço, numa fase mais livre, mais humana e, portanto, mais exigente. Na enumeração feita pelo autor que melhor teorizou esta perspectiva, estes limites eram, desde logo, os postos pela dignidade da pessoa humana, tal como era concebida na nossa área político-cultural e, depois, a garantia da dignidade e independência dos tribunais, como instâncias primeiras da realização do direito. As leis que incriminavam retroactivamente os membros da polícia política, as que suspendiam temporariamente os direitos políticos de certos responsáveis do antigo regime, as que previam o «saneamento» da administração pública ou que instituíram um Tribunal Revolucionário — estas últimas, de resto, não praticadas — eram os alvos principais desta corrente ⁽⁴¹⁾.

O jusnaturalismo de inspiração católica também desempenhou o seu papel, sustentando posições políticas e ideológicas mais marcadas (v.g., a defesa da propriedade privada contra as leis revolucionárias — e, depois, contra a Constituição — que previam as nacionalizações; a defesa da família, contra a admissão do divórcio para os casamentos católicos; a «defesa da vida», contra os projectos de descriminalização do aborto). Havendo mesmo quem, num artigo sobre uma questão tão técnica como o direito fiscal, se tenha servido da ideia de uma dependência do direito em relação aos dados, anteriores, da natureza («natureza das coisas») para censurar ao legislador constituinte as suas opções «social-marxistas» num país em que o carácter pacífico e doce do povo contradizia claramente a ideia de luta de classes... ⁽⁴²⁾.

Depois da promulgação da Constituição de 1976, este jusnaturalismo tentou, de algum modo, encontrar um terreno mais firme. Foi então que se pôde ver funcionar em pleno a teoria

⁽⁴¹⁾ A. Castanheira Neves, *ob. cit.*, n. 40, *maxime*, pp. 14, pp. 22 ss., pp. 34 s., p. 43, p. 220; ver também J. Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1983, pp. 36 ss., pp. 286 ss.

⁽⁴²⁾ H. E. Hörster, *ob. cit.*, n. 29, p. 124.

das implicações normativas dos conceitos e das palavras, mesmo que aquelas não tivessem sido expressamente queridas pelo legislador ou mesmo que contradissem o projecto global consagrado pela Constituição. Os mesmos que se queixavam do carácter doutrinário da Constituição não hesitaram em admitir a eficácia normativa autónoma dos conceitos doutrinários que aí se encontravam de forma expressa ou implícita.

Neste plano, o papel dominante foi desempenhado pelo conceito de «constituição material», combinado com o de «Estado de direito». Na verdade, estes conceitos permitiam alargar e corrigir a vontade do legislador constitucional, submetendo-a a critérios doutrinários ou de direito comparado. Por esta via, tentou-se não apenas incluir na Constituição o conjunto de conteúdos normativos da concepção ocidental de Estado (e das suas relações com a sociedade civil), mas também defender a inconstitucionalidade de certas normas constitucionais, nomeadamente as que contradiziam esa mesma concepção ⁽⁴³⁾.

No entanto, esta submissão da vontade da Assembleia Constituinte a uma interpretação «objectiva» fundada sobre elementos hermenêuticos estranhos à realidade histórica do processo constituinte português apoiou-se sobre outros conceitos. Fundando-se na natureza não técnica da Assembleia Constituinte e sobre um pretendido confucionismo teórico e intelectual dos seus deputados, um autor já citado propôs que, em geral, se tomassem os conceitos da Constituição, não no sentido que decorria dos debates da Assembleia, mas naquele que eles tivessem na doutrina jurídica, política e social europeia — salvo o conceito de «socialismo», cujo sentido técnico seria demasiado carregado... ⁽⁴⁴⁾.

Após a manifestação, pelos sucessivos governos, da intenção de aderir à CEE e da definição desta intenção como um objectivo nacional prioritário (de resto nunca sujeito à prova plebiscitária...), o «direito europeu» passou a constituir o substituto (mais «positivo») da tal referência à «constituição material», no sentido de desvalorizar os critérios legislativos, submetendo-os a uma ordem normativa trans-positiva e, num caso

⁽⁴³⁾ Sobre os fundamentos teóricos da ideia de constituição material como ordem de valores (*Wertordnung*), v. J. G. Canotilho, *ob. cit.*, (n. 13), II, pp. 50 ss.; J. G. Canotilho e V. Moreira, *ob. cit.* (n. 13), pp. 16 ss. A tese da inconstitucionalidade de certas normas da Constituição de 1976, consideradas como contrárias a uma ordem de valores supra-constitucional apoiou-se na oportuna tradução portuguesa de E. Bachoff, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen* (trad. port. *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Lisboa, 1977).

⁽⁴⁴⁾ H. E. Hörster, *ob. cit.* (n. 29), p. 54 s.

como no outro, revelada sobretudo pelo discurso dos juristas. Juristas que, assim, recuperavam, perante os políticos, o seu estatuto de mediadores sociais privilegiados.

A aceitação desta eficácia pré-determinante da doutrina — é preciso notar que se tratava da doutrina dominante nas democracias da Europa ocidental e, entre elas, na Alemanha Federal — tinha certas consequências evidentes no plano dos principais traços do sistema político-constitucional. Em geral, ela permitia uma reabsorção doce das novidades políticas surgidas da revolução. Mas, a meu ver, o seu significado mais profundo dizia respeito, de facto, ao papel social dos juristas e do seu discurso. No fim de contas, tratava-se de outra manifestação de uma velha ideia, desde sempre cara à tradição jurídica letrada europeia e que esta vem opondo, desde os inícios do séc. XIX, aos princípios democráticos. A ideia de substituir aos sentimentos espontâneos de justiça e aos mecanismos imanescentes da resolução dos conflitos, os quadros normativos e as técnicas de composição de conflitos de um grupo de juristas eruditos, que se concebem a si mesmos como os depositários, por uma longa tradição, da *ars boni et aequi*, ou seja, de uma técnica científica e neutral de resolução dos conflitos sociais e políticos.