

MONISMO E PLURALISMO NA DINÂMICA DO PODER POLÍTICO. DA ROMANIDADE À ACTUALIDADE ¹

MONISM AND PLURALISM IN THE DYNAMICS OF POLITICAL POWER. FROM ROMANITY TO THE PRESENT

José A. A. Duarte Nogueira ²

Universidade de Lisboa - Portugal

Resumo

O monismo e o pluralismo jurídico nas suas múltiplas variantes, encontram-se tendencialmente associados a formas de governo inseparáveis de diferentes níveis de centralização. A observação jurídico-histórica das sociedades desde tempos longínquos até à actualidade, sugere-o sem grande margem de dúvida. Pragmaticamente observadas, as variações no seu próprio tempo permitem, se não antecipar, pelo menos especular sobre a evolução futura dessas variáveis. A decisão política na aparência determinante em cada momento, torna-se assim em alguma medida uma necessidade, na qual apenas os contornos são verdadeiramente manipuláveis.

Palavras-chaves

Poder político. Pragmatismo. Monismo jurídico. Pluralismo jurídico.

Abstract

Monism and legal pluralism in its multiple variants are tendentially associated with forms of government inseparable from different levels of centralization. The juridical-historical observation of societies from distant times to the present, suggests it without much doubt. Pragmatically observed, the variations in their own time allow, if not anticipate, at least speculate on the future evolution of these variables. The political decision in the determining appearance at every moment thus becomes in some measure a necessity, in which only the outlines are truly manipulable.

Keywords

Political power. Pragmatism. Legal monism. Legal pluralism.

¹ Conferência de encerramento do III Colóquio Internacional sobre Teoria do Direito e Pragmatismo Jurídico (*Barreiras ao desenvolvimento institucional do Estado e do Direito: uma análise pragmática*), realizado na Faculdade Damas, na cidade do Recife (Brasil), entre 30 de Março e 1 de Abril de 2017.

² Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

1.A relação entre Direito, tempo e realidade política e social, pela multiplicidade de campos em que se expressa é extremamente atractiva para o jurista, do ponto de vista da investigação científica.

O presente Colóquio - tal como em anos anteriores e se constata pelas intervenções ouvidas - ainda que orientado preferencialmente para vertentes jus-filosóficas, tem constituído um magnífico espaço de reflexão sobre esses temas. Felicitando-os pela iniciativa, agradeço o honroso convite dos Professores George Browne e Cláudio Brandão para aqui, mais uma vez, estar presente.

Recordo, em qualquer caso, que não sou filósofo, mas apenas um académico ligado à historiografia jurídica. A Filosofia, quer a geral, quer a do Direito, são por mim tomadas apenas como instrumentos de trabalho úteis à investigação e não como objectos de investigação em si. Não obstante, por serem componentes essenciais, ou relevantes, dos moldes intelectuais nos quais o Direito surge e se desenvolve, são matérias incontornáveis sempre que os temas considerados extravasam da mera fixação ou descrição de factos jurídicos.

Sensíveis a tal envolvência, procuraremos na presente intervenção reflectir sobre aspectos jurídicos da vida e sociedade, enquadrados, sempre que possível, na respectiva envolvência filosófica e temporal.

2.O estudo histórico do Direito é ocasionalmente tomado como labor de estrita erudição, dado o seu aparente desligamento em relação ao presente. Motivados principalmente pela vertente prática, consciente ou inconscientemente moldada sobre o presente, alguns a qualificaram, mesmo, como a ciência arqueológica do Direito.

A verdade é que, nem é domínio desligado do presente, nem se configura como mera expressão de um saber desligado da realidade.

Sobre a aparente antinomia entre saber puro e prático, reflectida numa suposta contraposição entre Universidade e vida real tomada como lugar comum, poder-se-iam escrever múltiplas dissertações. Entre estas, alguma acabaria certamente por incidir

sobre uma das pedras angulares do saber concreto, qual seja o de experiência feito.

Na verdade, a experiência, enquanto saber recolhido da vida, sobre causas e efeitos ligados a factos naturais ou humanos, nem por isso pode ser considerada a-racional na sua génese intrapessoal. Transportada para o mundo jurídico, reflecte conhecimentos intuitivamente apreendidos através da leitura dos problemas sociais e, nessa medida, contribui decisivamente para a distinção entre agentes do Direito essencialmente memoriosos e agentes detentores de *auctoritas*, enquanto saber socialmente reconhecido. Nada que glosadores e comentadores nos séculos XII e seguintes não soubessem e afirmassem já, apoiados na visão jurisprudencial que perfilhavam, depois minorizada e em parte esquecida à medida que os juristas se foram transformando em serventuários do poder.

Já quanto à hipervalorização da ligação da Ciência do Direito ao presente, poderia invocar-se a inexistência do próprio presente.

De real, apenas passado, vivido como lembrança; de expectável apenas futuro enquanto antecipação do real, o qual por não o ser, se reduziria afinal à antecipação de uma projecção do passado já vivido. Tal como a saúde consiste num estado transitório que não augura nada de bom, também o presente seria um estado transitório que apenas augura a ligação entre momentos já não existentes e momentos ainda não existentes. A passagem de um a outro, ou seja, o tempo tomado como presente, só por ficção seria real. A radical separação entre ambos não passaria, assim, de uma ilusão e com ela a antinomia entre vertentes do conhecimento jurídico dela dependentes.

Porque reflexões desta natureza podem assumir laivos de sofismo e o sofismo, sendo embora interessante expressão da racionalidade humana, por retórico é frequentemente considerado intelectualmente estéril ou pouco útil, ficaremos por aqui, retendo apenas a ideia de *ficção*, enquanto sal que tempera o pensamento humano especulativo e em particular o jurídico.

Independentemente do que se entenda, atrevemo-nos, portanto, a pensar que um jurista quase só o será de nome, se não transportar na sua bagagem intelectual travejamentos estruturantes da relação entre as normas e o tempo em que surgiram. Não por erudição, como dissemos, mas porque só a percepção evolutiva do Direito lhe permitirá compreender o seu espírito em cada momento, ao confrontá-lo com a mudança.

Mas de que antecipação falamos? Não, certamente, a que um astrólogo prometeria recorrendo a saberes que, por exotéricos, o vulgo julga estarem para além da sua compreensão racional. Sim, seguramente, a que se concretiza em hipóteses evolutivas, distinguindo as mais das menos prováveis, sendo certo que o manuseamento de quadros já experienciados permitirá inferir, com alguma plausibilidade, potenciais modificações, expectáveis ou a ocorrer necessariamente.

Não sendo esses quadros, em regra, perceptíveis à escala da vida do observador, estando, portanto, imunes à experiência individual, só uma visão de longo prazo os permitirá identificar nos seus traços, causas e efeitos.

Nesta linha iremos debruçar-nos sobre questões subjacentes às quais a relação entre o jurídico e o tempo está presente. Pensadas em função da temática proposta para o Colóquio, emergindo tanto do plano da Ciência do Direito como do da sua envolvência política e social, o pragmatismo não lhe será estranho nos contornos e condicionantes. Será, pois, o nosso contributo.

4. Acima se fez referência à ficção, enquanto mecanismo intelectual.

A ficção é um *nomen*, cuja origem etimológica está na *factio*. Esta pode ter diversos significados, entre os quais o de *suposição*, *hipótese* ou *invenção*.

Trata-se de um conceito que interessa aos que trabalham com a ciência em geral, ainda que o seu uso por parte de juristas adquira relevância particular. Enquanto *suposição* ou *hipótese* constitui ponto de partida que nas ciências exactas deve ser demonstrado,

lógica e/ou experimentalmente, consolidando-se então como certeza, eventualmente sob a forma de lei.

Na Ciência do Direito pode também ter este alcance.

Todavia, em geral, não é na dependência de prova argumentativa que se encontra utilizado. Surge mais usualmente quando a doutrina, ou parte significativa dela, incorporou já no conceito subjacente, um sentido de validade que a torna tendencialmente inquestionável, de tal forma que pode ser utilizada, tanto como ponto de chegada de provas futuras com objectivos que nada têm a ver com a sua validade, como como conceito instrumental operativo dentro de um raciocínio. Em suma, um sentido que se não afasta muito do de uma *inventio* que deixou de o ser.

É evidente que o conceito subjacente não está imune à prova argumentativa: em alguns casos terá como objectivo demonstrar a sua invalidade, ou a validade apenas sob determinada natureza; em outros, a necessidade da sua validade em face de efeitos dela decorrentes.

Porém, quando generalizadamente ou por maioria a doutrina a aceita, a probabilidade de o conceito ficcionado fazer o seu curso na sociedade é significativa. Se o modelo jurídico-criativo vigente for claramente pluralista, poderá levar algum tempo, mas acabará por se afirmar. Se for claramente monista, ou mitigado, dependerá da relevância da fonte a que principalmente surgir associada, sendo a possibilidade tanto maior quanto lhe assista utilidade geral avaliada sob uma perspectiva pragmática. Como no domínio do debate jurídico, a doutrina, enquanto processo de busca de soluções, tende a ser dominante, acabará em qualquer caso, provavelmente, por encontrar o seu lugar. Se, por fim, existir um sistema legal-codificante e este a incorporar, na lógica positivista usualmente associada a tais sistemas, a dúvida deixará de se colocar e a ficção passará a existir na dogmática, com as devidas implicações. O debate transferir-se-á então para a natureza do conceito subjacente, abandonando o da validade.

Em suma, a ficção é relevante no mundo da ciência do Direito e os juristas estão habituados a conviver com ela. Resta saber porquê.

Essencialmente porque é útil. Sem prescindirem necessariamente de considerações lógico-jurídicas e da ponderação de coordenadas éticas, morais ou religiosas, aos juristas, incluindo àqueles aos quais assistem responsabilidades legislativas, a respectiva utilidade e suas implicações impõem-se, havendo depois apenas que procurar, por razões políticas e de coerência intelectual, uma construção argumentativa que a suporte adequadamente.

Nada que os antigos comentadores do Direito comum não soubessem e praticassem, como o sugere o comportamento do grande Bártolo de Saxoferrato, o qual - segundo um dos seus biógrafos - ao ser-lhe colocado em público um problema jurídico complexo, após ter dado a opinião pediu, depois, ao seu *memoriosus* secretário pessoal que lhe encontrasse na lei - no caso o *Corpus Juris* - passagens do texto que argumentativamente servissem para fundar a opinião já dada.

Faz parte da índole dos juristas e a esta certamente não é estranha a herança romana. De facto, a *fictione juris* encontra-se aí a cada passo. Basta recordar a perplexidade que suscitava aos pré-clássicos a aceitação da continuação da validade *post mortem* da vontade do *de cuius*, para efeito da determinação do destino dos seus bens, para se compreender a necessidade sentida de a ficcionar como condição da validade de um raciocínio especialmente útil para a ordem social. Por isso, durante muito tempo o testamento não fez parte do *ius civile*, optando-se por pactos fideicomissórios com os correspondentes inconvenientes, só mais tarde, depois de pragmaticamente afastadas as reservas intelectuais enunciadas, vindo nele a ser incorporado.

Foi também assim com outras figuras jurídicas da época e ao longo do tempo, mesmo quando a lembrança de Roma se encontrava já diluída. Basta recordar, por exemplo, o entendimento expresso no século XIII pelo célebre jurista Sinibaldo Fiesco - o futuro papa Inocêncio IV - na génese do, hoje, fundamental conceito de pessoa colectiva, quando afirmava “*dever a corporação ser*

ficticiamente tomada como uma pessoa”, abrindo deste modo a porta a uma das actuais correntes que explicam a natureza da respectiva personalidade. Ou recordar a *grund norm* kelseniana no século XX, que, não existindo, teria de passar a existir como pressuposto lógico necessário à pirâmide das normas postulada na construção pura do Direito, abrindo o caminho a debates subsequentes ao final da segunda guerra mundial.

Os juristas convivem bem com as ficções, porque sabem que estas podem ser indispensáveis para estruturar raciocínios, em concreto, úteis ou valiosos na gestão das relações humanas. Fazem-no olhando para as necessidades, fingindo como válidos conceitos a que provavelmente não chegariam através do encadeamento de puros raciocínios lógicos, incorporando-as pragmaticamente na Ciência do Direito.

Existem, portanto, porque a respectiva utilidade foi decisiva num certo tempo. Mas, mesmo que se mantenha e a ficção subsista enquanto conceito operativo, a razão de ser que lhe esteve na base não é necessariamente *perene*. A compreensão do percurso intelectual e material de que resultou é, por isso, relevante para a avaliar em cada momento e só a *jurishistoriografia*, pela respectiva índole, disponibiliza instrumentos adequados.

5. Nas linhas anteriores debruçámo-nos sobre um conceito de inegável envolvência pragmática. Movemo-nos, portanto, no domínio da reflexão própria da Ciência do Direito. Mas outros temas existem nos quais o binómio direito-tempo é igualmente relevante para sobre ele se formar um certo desenho e eventualmente retirar ilações. Iremos em seguida prestar atenção ao relacionamento entre a produção jurídica e o modo como o poder político se organizou em diferentes momentos do decurso histórico ocidental. A intenção é indagar se com base na observação de séries históricas longas, se podem constatar tendências significativamente compagináveis com hipóteses evolutivas futuras, tal como em momento anterior referimos.

6. Julgamos úteis algumas observações preliminares para melhor compreensão da sequência.

Quando se relaciona sociedade e Direito, a ideia que mais naturalmente aflora à mente, é a de que este existe em função de problemas daquela. Os problemas surgem por razões variadas, *maxime* pela colisão de interesses. O Direito entra em cena para os resolver, de acordo com pressupostos pragmáticos ou ideológicos, tendo em conta o sentido de utilidades, sensibilidades culturais não organizadas, ou sistemas de pensamento intencionalmente criados.

Quando a colisão é particularmente forte, porque atinge muitos elementos da sociedade, ou porque afecta os mais influentes, a criação de normas torna-se especialmente relevante. O agente tanto pode ser a comunidade inorgânica, como entidades institucionais nela emergentes e actuanes. O poder político, enquanto conceito sofisticado identificativo do poder exercido pela parte mais apta a controlar a sociedade, porque o detém facticamente, ou porque o exerce no quadro de normas pré-existentes que a sociedade aceita voluntariamente ou é incapaz de alterar, pode interferir na criação do Direito, conforme no todo ou em parte relevante exista a crença de que tal interferência é legítima. Os motivos variarão então, entre o egoísmo individual ou de grupo, o altruísmo, o sentido de cumprimento de um dever superior, ou simplesmente a necessidade pragmaticamente validada.

Ao lado da criação jurídica perfila-se, contudo, o problema da validade do Direito criado. Do ponto de vista do criador, a questão, bem ou mal, encontra-se superada pela própria criação. Já não do ponto de vista do destinatário, singular ou colectivo. Neste plano, uma visão positivista limitar-se-á a avaliar se foram respeitadas as regras que deviam ter presidido à respectiva criação, essencialmente do ponto de vista do título ou do regime. Uma visão não positivista, sem menosprezar aqueles aspectos, tenderá a usar critérios mais amplos, avaliando as normas pelo seu conteúdo, em função de regras ou de valores supra-positivos.

Quando se olha o percurso do Direito ocidental, não se estranha assim que as alternativas historicamente mais perceptíveis, ao nível referido, sejam a jusnaturalista e a positivista, sendo certo

que a segunda - não obstante apenas nos finais do século XVIII se ter ancorado em construções ideologicamente estruturadas, já antes era presentida, como o sugere, por exemplo, a bula papal que depôs o Imperador Frederico Barba Ruiva no século XIII – é hoje, aparentemente, a mais difundida. Alternativas de matriz sociológico, como as jusmarxistas, estruturais, como os institucionalismos, não possuíram historicamente, ou não parecem possuir hoje, influência equiparável. O próprio casuísmo, referenciável desde a Roma antiga pelo menos até ao advento da Idade Moderna, sendo embora talvez aquela onde o pragmatismo é mais visível, posiciona-se actualmente a larga distância, desde logo porque os sistemas jurídicos romano-germânicos dele se afastaram.

Sendo portanto, o positivismo, a formulação com maior acolhimento, consciente ou inconsciente, junto do legislador ocidental e dos juristas em geral, a verdade é que o processo de criação normativa a ele associado se desenvolveu, provavelmente, dentro de quadros formais ou tendências de algum modo pré-existentes, que o ultrapassavam. Trata-se de uma hipótese só equacionável através da observação de grandes séries cronológicas sequenciais no tempo. Em face do tempo disponível, concentrar-nos-emos no relacionamento entre organização política da sociedade e criação do Direito.

7. No conjunto das múltiplas formas de criação e revelação do Direito, vulgarmente denominadas fontes, só a lei e o costume evidenciam características que as tornam claramente autónomas. As demais, independentemente de se se configurarem como jurisprudência, doutrina, precedente ou outra, raramente são modos de criação imediata de Direito, podendo mesmo, não raro, reconduzir-se a formas particulares de alguma daquelas duas.

Costume e lei distinguem-se no que respeita à intenção criadora de Direito. Quando não existe, por não ser logicamente concebível, trata-se de costume. Quando existe, independentemente de em concreto o momento de criação poder ser identificado com alguma segurança no tempo ou no espaço,

trata-se de lei. Lei em sentido amplo, obviamente, pois a denominação utilizada varia muito.

O enfoque na intenção criadora, ao facilitar a distinção conceptual, facilita também o respectivo relacionamento com a organização política da sociedade onde o fenómeno ocorre.

É nesta medida que a lei surge naturalmente associada a formas de organização nas quais o poder político se encontra vinculado a uma entidade claramente identificável, independentemente de ter natureza singular ou colectiva. Já o costume, surge naturalmente associado a formas de organização nas quais o poder se mostra disperso por entidades diversas, ainda que informalmente.

Recorrendo ao conceito de instituição, enquanto *ideia de obra ou empresa que vive e perdura no meio social*, conforme a delineou o talvez mais conhecido dos institucionalistas, Maurice Hauriou, dir-se-ia que a lei se encontra preferentemente ligada a sociedades nas quais uma instituição ocupa posição que a torna capaz de interferir, em geral, na vida interna de todas as demais. Em suma, numa posição dominante. Já o costume tende a encontrar-se preferentemente ligado a sociedades nas quais nenhuma instituição ocupa posição capaz de interferir de modo generalizado e claro na vida interna das demais instituições, sem o seu acordo. Capacidade de interferir não significa necessariamente interferência efectiva, uma vez que a não interferência pode corresponder a uma opção política. Em linhas gerais, pode dizer-se que a instituição dominante antes referida corresponde na actualidade ao Estado, sendo as demais as restantes instituições que entretecem o tecido social.

Esta síntese é corroborada através da observação histórica. Desde logo porque quando se constata que o Estado só na modernidade adquire lugar activo e cativo na teoria política e jurídica, significa isto que só nessa altura a dominância lhe assiste com plenitude suficiente. Mesmo que o termo seja aplicado a épocas mais recuadas, o sentido subjacente não é o mesmo. De facto, o conceito moderno de Estado, ao integrar elementos de natureza política e jurídica anteriormente referenciáveis apenas em

separado, guindou-se a um plano claramente superante do das demais instituições que com ele coabitam. Povo, território e poder político, entendidos como elementos indissociáveis de um conceito, têm natureza diferente da dos mesmos conceitos isoladamente tomados.

Quando se observa a evolução das sociedades no tempo, aquilo com que nos deparamos é, assim, frequentemente, uma maior proximidade entre formas de organização nas quais o poder político não se mostra exercido por uma instituição dominante e formas de criação jurídica predominantemente consuetudinárias. Em contraposição, quando a sociedade se organiza de forma concentrada, a forma preferida é a lei, nas suas múltiplas variantes.

8. Fixadas estas linhas passemos à observação das referidas séries cronológicas.

A evolução do Direito ocidental moderno, entendido como o ordenamento em cujas raízes se encontram componentes romanas, germânicas e canônicas, para efeito do relacionamento entre organização política da sociedade e produção de Direito, pode ser observado essencialmente em duas grandes séries a que chamaremos, por comodidade, épocas: a romana e a pós-romana. Trata-se de uma sistematização intencionalmente breve, mas que para o efeito pretendido é adequada. A qual, obviamente, não substitui outras direccionadas para diferentes fins.

9. A primeira série corresponde ao momento romano. Este releva desde logo porque legou à posteridade as bases fundamentais do Direito ocidental ainda hoje utilizado.

Do Direito privado - *dir-se-á* - e não tanto do público. Mas, se nos recordarmos que parte significativa dos conceitos *jus civilísticos* que a *pandectística* oitocentista dogmatizou, foram depois recebidos ou exportados para ramos do ordenamento actualmente considerados de natureza pública à medida que se foram organizando como áreas científicas, a relevância desse momento, enquanto matriz relevante do Direito ocidental, é inquestionável. Além do mais, nem todos os ordenamentos

ocidentais preservaram a distinção entre hemisfério público e privado e nem por isso conceitos de raiz romana deixam de neles estar presentes, ainda que ocasionalmente mais camuflados.

Mas releva também porque se tratou de uma experiência milenar, tão extensa e rica que constitui, de certo modo, um círculo completo, pois dentro dele, do ponto de vista organizacional e político, a sociedade teve tempo para experimentar quase todas as modalidades de regime que ainda modernamente são concebíveis, desde formas nas quais o poder estava extremamente disperso na sociedade, na dependência de magistraturas numa base de controle recíproco claramente inspirador dos mecanismos de *checks and balances* modernos e de formas autoritárias que, *mutatis mutandis*, só tiveram paralelo nas modernas ditaduras.

Relacionando a variedade de regimes experimentados e a produção jurídica, verifica-se que até ao advento da época republicana, ainda que mal conhecido, o Direito parece ter sido predominantemente consuetudinário. Eventuais leis oriundas desse momento não o seriam plenamente, mas antes prescrições de sentido e alcance essencialmente religioso. Não traduzindo, portanto, verdadeira criação normativa, mas apenas revelação de preceitos de natureza superior, não se está perante leis, mesmo em sentido amplo. A criação do Direito está assim tendencialmente reduzida a uma fonte, qual seja o costume. A lei seria inexistente ou pouco relevante. Pode assim, provavelmente, falar-se de um monismo consuetudinário.

Com a fase republicana, em teoria o poder fica ao alcance de todos os cidadãos por via eleitoral. Surgem múltiplas formas de criação jurídica, correspondendo a diferentes formas políticas de intervenção do povo, em total convivência na vida social. Provavelmente nunca em outro momento das sociedades europeias voltou a existir tal nível de pluralismo. O quadro das fontes adquire uma latitude até hoje não superada e ainda que certas formas de criação tenham tido alguma predominância, não se pode dizer que existisse uma hierarquia de fontes. Todas se mostravam aptas a fixar soluções, sendo o equilíbrio determinado pelos juristas através

da *interpretatio*. A lei existe sob diversas modalidades, mas não tem primazia.

Com a passagem à fase imperial, a qual inicialmente se apresenta como um regime híbrido entre república e monarquia, a relação entre poder político e criação do Direito afunila-se.

À medida que o príncipe concentra em si o poder, o controle da criação jurídica vai passando para as suas mãos. De início não o faz destruindo o pluralismo anterior. Limita-se a tentar condicioná-lo, o que não raro consegue. Poderá por isso falar-se em mudança do pluralismo para o monismo? Não o cremos! O que se passa é que a autonomia criativa das fontes se acomoda à vontade de uma figura tutelar, desde logo porque os jurisprudentes, enquanto principais agentes da criação do Direito, se acomodam eles próprios à figura do governante. Será por isso preferível descrever esses primeiros momentos - aos quais os romanistas dão genericamente a designação de principado - como de pluralismo mitigado ou enfraquecido.

Com o tempo, o controle do poder por parte do governante fortalece-se e a convivência entre fontes torna-se aparente. Existem, mas já não criam Direito. O príncipe inicia a prática de legislar através da constituição, a qual mais não é que uma entre múltiplas designações que, com o tempo, serão dadas à lei. Remonta a esta época a contraposição entre *lex* e *ius* (Lei e Direito), a qual na contemporaneidade ilustra algumas das mais interessantes clivagens do mundo jurídico actual. Mas, é também de notar que essa preservação revela um sentir jurídico diferente daquele que no futuro caracterizará o absolutismo oitocentista, quando o poder político propôs a substituição do Direito antigo por um novo, apenas não sendo concretizado porque o *ius civile* mostrou uma resiliência insusceptível de ser quebrada pelas mentes iluministas, mesmo as mais alambicadas.

Nesta fase, a criação jurídica fica exclusivamente dependente do governante, o qual a exerce através de múltiplas modalidades de actos normativos (*constitutiones*). O Direito anterior mantém-se se não for revogado através de constituições. Em suma,

podemos falar então claramente de monismo jurídico pleno de incidência legal.

Temos assim em síntese, quatro fases principais: um monismo mitigado de predisposição tendencialmente consuetudinária, um pluralismo pleno, um pluralismo mitigado de predisposição tendencialmente legal e um monismo pleno de natureza exclusivamente legal. Estas variações acompanharam alterações na organização da sociedade e na forma como o poder foi exercido: concentração incipiente, desconcentração plena, concentração incipiente e concentração plena.

Será esta relação, casual, ou corresponderá a um padrão tendencialmente repetitivo, independentemente do momento? Para o apurar há que continuar a observar a evolução histórico-jurídica e política do ocidente, agora fora do mundo romano.

10. A segunda série cronológica a considerar é igualmente extensa, mas não tanto como a anterior. Considera o tempo que medeia entre o fim do mundo romano e a actualidade próxima, sensivelmente até ao terceiro quartel do século XX. Corresponde a um conjunto de momentos que na historiografia tradicional são descritos como épocas medieval, moderna e contemporânea.

Também neste caso há que ter em conta, preliminarmente, alguns aspectos. Dois em particular.

Consiste um no facto de esta segunda série cronológica não possuir a homogeneidade política da anterior, na qual tudo se passou dentro de uma mesma entidade político-jurídica. De facto, não obstante incidir sensivelmente sobre o mesmo espaço geográfico em que a primeira série incidira – em linhas gerais trata-se do território que correspondeu ao Império Romano do ocidente - no respectivo decurso afirmar-se-ão numerosas entidades político-jurídicas (reinos) independentes entre si. Com o tempo, várias transformar-se-ão em Estados europeus actuais. Outras desaparecerão, integrando-se nas subsistentes.

Consiste outro, no facto de as fases agora a considerar, terem na sua génese, não alterações no regime político, mas modificações do perfil do governante, mantendo-se

tendencialmente o regime. Só já próximo da actualidade alguns desses espaços ensaiariam a transição de monarquia para república.

Não obstante as diferenças a estes níveis, para o efeito que nos interessa cremos legítimo tratar o decurso subjacente como uma única época, porquanto os quadros mentais e políticos foram sensivelmente os mesmos em todas as entidades existentes neste espaço, ao longo do tempo considerado.

11. Numa primeira fase, que estendemos aproximadamente até ao século XII, o governante pouco mais é um *primus inter pares*³. Não dispõe de legitimidade natural, indo buscá-la às oligarquias a que ele próprio pertence. O Direito é predominantemente consuetudinário, de matriz local ou de traça germânica, ocupando algumas outras fontes nichos sem peso relevante. Os reis não se sentem, em geral, motivados pela elaboração do Direito, mas mais por um papel equilibrador de interesses de grupos ou pessoas e de garante da justiça. Pode falar-se num monismo de incidência tendencialmente consuetudinária.

Numa segunda fase, aproximadamente partir do século XIII, os vários espaços políticos europeus começam a receber e a aplicar internamente o Direito romano renascido, num processo de recepção que se iniciara no século anterior. Os juristas adquirem peso relevante como interpretes desse Direito e como criadores de doutrina, evidenciando-se alguma semelhança com os antigos jurisprudentes romanos. Tornam-se conselheiros dos reis e induzem-no a assumir a elaboração de leis como acto normal de

³ Esta afirmação merece um pequeno aditamento, já que em diversos reinos medievais ibéricos (Portugal, Galiza, Leão e Castela), o rei rapidamente adquiriu um poder superior ao dos demais próceres da nobreza. Este facto tem sido utilizado para distinguir o regime senhorial neles vigente, do feudal que vigorou durante muito tempo em toda a Europa central e mesmo em zonas mais orientais da Península Ibérica, neste caso talvez por influência franca. A ideia de que o feudalismo correspondeu a um modelo generalizável a toda a Europa ocidental é, assim, questionável, podendo dizer-se que se do ponto de vista social e económico as diferenças não são significativas, já do ponto de vista jurídico e político, a diversidade é patente.

autoridade. Os municípios afirmam-se como entidades económica e autonomamente relevantes, em torno dos seus ordenamentos locais. O rei assimila facilmente as novas tendências, mas em larga medida continua ainda a ver-se a si mesmo como garante da justiça perante Deus e a comunidade. Convivem numerosas fontes jurídicas, podendo falar-se em pluralismo pleno.

A partir do século XV, com a disseminação do humanismo, o conceito de Estado aprimora-se. Entra-se na terceira fase. Maquiavel e Bodin fazem a sua aparição em cena e os governantes apercebem-se, finalmente, do poder de que podem dispôr, poder esse que os juristas lhe haviam revelado com base no conhecimento aprendido com o Direito romano, mas que não haviam ainda exercido na sua plenitude. A lei régia torna-se então a base da criação jurídica e as demais fontes começam a sentir o peso da sua desconformidade face ao centralismo emergente. Surgem as primeiras colectâneas legais. As diferentes fontes não desaparecem, mas todas se vêem condicionadas à vontade do rei expressa sob forma legal. Pode, assim, falar-se de um pluralismo mitigado.

Com o século XVII o regime avança para o absolutismo iluminista. A lei passa a ser entendida como expressão da razão. Não extingue formalmente as demais, mas condiciona-as, tornando-as quase irrelevantes em matéria de aplicação e criação. Pode falar-se em monismo mitigado.

A partir dos finais do século XVIII as revoluções liberais transformaram os regimes monárquicos absolutos em constitucionais, ocasionalmente em republicanos. A figura do rei, mantendo embora relevo, tende a reduzir-se ao plano simbólico, mas o poder de que anteriormente era detentor, não desaparece. Transfere-se para o povo, que o entrega ao Parlamento através de mecanismos da representação. A lei atinge então o nível mais elevado e transforma-se, sob a forma de Código, na razão escrita. As demais fontes do Direito tendem a desaparecer, ou a uma existência residual ou simbólica. Entra-se numa época de monismo pleno de incidência legal. Sempre em linha ascendente no que respeita à importância da lei, esta fase durará em alguns locais até ao terceiro quartel do século XX, em outros até ao XXI.

Temos, portanto, nesta época, em síntese quatro momentos: um monismo mitigado de natureza tendencialmente consuetudinária, um pluralismo pleno, um pluralismo mitigado de natureza tendencialmente legal e um monismo pleno de natureza exclusivamente legal. Estes momentos acompanham alterações na organização da sociedade e na forma como o poder se exercia: desconcentração plena, concentração incipiente e concentração plena.

12. Reflectindo sobre a síntese descrita, quando se observa o modo como o poder se relacionou com a produção de Direito no espaço europeu, não pode deixar de se notar o paralelismo, *mutatis mutandis*, entre o que se passou na época romana e na pós-romana. Duas são as constatações mais evidentes.

Consiste uma na aparente ligação, em ambas as séries, entre concentração do poder político na pessoa do governante e monismo jurídico fundado na lei e, inversamente, da ligação entre desconcentração do poder exercido na sociedade e pluralismo jurídico concretizado em diversas fontes. Já quanto aos momentos de transição, caracterizar-se-iam por monismos ou pluralismos mitigados.

Consiste outra na repetição tendencial do mesmo perfil evolutivo nas duas séries cronológicas, pois independentemente do regime político em concreto vigente nos momentos considerados, a tendência foi, aparentemente, no sentido da passagem do pluralismo ao monismo, passando por fases intermédias.

Mas, enquanto a primeira não oferece grandes dúvidas, quanto à segunda, uma reflexão mais atenta sugere que o percurso é mais complexo do que aparenta à primeira vista, ou, se se quiser, menos linear. A fase romana mais antiga parece ter algumas semelhanças com a mais antiga da época pós-romana, já que ambas parecem conviver com um certo grau de monismo centrado no costume, mas não na lei.

O enquadramento deste dado no tempo a que se reporta, deixa admitir que o ponto de contacto entre momentos tão distantes no tempo, poderá ter estado no exercício do poder por

parte de uma oligarquia, face à qual o governante seria essencialmente um *primus inter pares*. Em situações desse tipo, o monismo tenderia a ser consuetudinário, por não se verificarem condições favoráveis ao legal. De facto, este dependeria da existência na sociedade, com algum nível de difusão, da crença na legitimidade própria do detentor do poder para governar, fosse ele um concreto governante (independentemente de se assumir como rei, príncipe, imperador, ditador ou outro), ou o povo, directamente ou através de mecanismos de representação, como ocorre na actualidade.

13. Por fim, interessa ainda reflectir sobre o motivo pelo qual a uma fase de concentração do poder associada ao monismo jurídico absoluto centrado na lei, como ocorreu no final da época imperial romana tardia, sucedeu uma época de monismo de incidência consuetudinária.

Não custa admitir que a causa tenha estado na desestruturação da sociedade associada à entrada dos povos bárbaros e à subsequente dissolução do Império, com as suas implicações face aos cânones anteriores, fortemente controladora. Sabemos que isso ocorreu no final do mundo romano e é aceitável admitir que uma tal desestruturação tenha sido acompanhada de recusa, dúvida ou desconfiança generalizada quanto à legitimidade do poder existente regular a sociedade, através do Direito.

14. Será possível retirar das observações ilações para o futuro? Já antes dissemos que a antecipação é apenas hipotética. Todavia, a análise feita parece conter evidências difíceis de contrariar e pode servir, pelo menos, para equacionar hipóteses evolutivas, na linha antes referida.

Acontece que, como sabemos, a Europa na versão comunitária encontra-se actualmente numa encruzilhada para qual não é fácil antever claramente a saída. Ao abandono anunciado de um Estado, que dificilmente se não concretizará, podem seguir-se outros.

Mais por fé do que pela razão, acreditamos que tal não irá acontecer. A Inglaterra identifica a parte do espaço europeu cujo povo menos se identifica com a identidade europeia e que nela menos investiu ⁴. É certo que segmentos de outros povos europeus não desdenhariam dar passos semelhantes ⁵, mas não cremos que a pressão cultural e o desligamento identitário seja, nesses casos, suficiente para, maioritariamente, os povos aceitarem renunciar às vantagens do que já foi feito em conjunto, em especial quando a ameaça terrorista islâmica começa a focar-se, em geral, sobre todos. Parte-se assim do princípio de que, com alguns ajustamentos, a Comunidade se irá manter.

15. Dito isto, o que pode ser retirado das observações anteriores? Sendo certo que quase todos os países europeus dela integrantes, viveram até há pouco em sistemas monistas de forte incidência legal, existirá a possibilidade de a este nível ocorrer uma alteração relevante, como já anteriormente sucedeu?

Quanto ao regresso a um monismo de incidência consuetudinária, dificilmente ocorrerá. A complexidade da sociedade ultrapassou já o nível em que um episódio deste tipo poderia suceder de modo natural. Mas, caso acontecesse uma desestruturação muito significativa, não o excluimos, sendo certo que a reorganização tenderia a ser mais rápida do que em outras épocas.

⁴ Cf. o nosso, *Direito Europeu e Identidade Europeia* (reed. com alterações), in “Revista de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa, série II, 4/5 (pp. 385-420), Editora Universidade Lusíada, Lisboa 2007.

⁵ O que actualmente se passa na Itália é ilustrativo a este título, no que respeita ao peso do pensamento eurocético em países da União Europeia. Em parte, o mesmo se passa na Hungria, República Checa, Eslováquia e Polónia, ou seja genericamente no chamado Grupo de Visegrado. Ainda que sem se advogar claramente uma postura de saída da União, mais parecendo a opção desejada ser no sentido de escolher “à la carte” a parte que interessa das regras comunitárias, recusando as demais, não deixa de ser revelador de uma faceta do actual pensamento post-Brexit europeu.

Mas também parece inegável a existência na actual Comunidade, de uma pulsão no sentido de recuperar algum nível de pluralismo.

A convivência entre ordenamentos nacionais e ordenamento comunitário, ele próprio constituído por normas assentes em fontes diversas, como regulamentos, directivas, *soft law*, etc., sugere que os Estados podem ter ido longe de mais na senda do monismo legal. Ou, pelo menos, que não é conveniente ou possível reproduzi-lo a nível comunitário na ausência de pressupostos políticos indispensáveis, hoje seguramente inviáveis e eventualmente desadequados.

Para além disso, o próprio poder político encontra-se distribuído por níveis comunitários, estaduais e regionais, distribuição que assume actualmente enorme importância no equilíbrio interno de diversos países.

Trata-se de um momento que, do ponto de vista em análise, se assemelha ao que se passou na fase final da recepção do Direito Romano no século XIII, quando os ordenamentos nacionais conviviam em todo o espaço europeu com o *utrumque*, ou seja, com o ordenamento resultante da simbiose entre o Direito romano e o canónico. No qual também o poder se distribuía pelo nível local, nacional e supra-nacional, neste último nível em ligação ao Sacro-Imperio e à Igreja.

Como vimos, a esta fase pudemos caracterizá-la como de pluralismo jurídico mitigado. Convolar-se-ia depois num monismo mitigado antes de passar a um monismo legal pleno. Na modernidade, a provável inviabilidade do reforço dos poderes estaduais e comunitários sugerem que a progressão não se fará nesse sentido, mas eventualmente no inverso, rumo a um pluralismo reforçado, quiçá mesmo, pleno.