

Repositório ISCTE-IUL

Deposited in *Repositório ISCTE-IUL*:

2023-01-31

Deposited version:

Accepted Version

Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

Citation for published item:

André, P. (2021). O direito nas dinâmicas paradigmáticas: a leitura realista e pluralista de António Manuel Hespanha. *Themis: Revista de Direito*. 20 (35), 223-261

Further information on publisher's website:

<https://novalaw.unl.pt/revista-themis/>

Publisher's copyright statement:

This is the peer reviewed version of the following article: André, P. (2021). O direito nas dinâmicas paradigmáticas: a leitura realista e pluralista de António Manuel Hespanha. *Themis: Revista de Direito*. 20 (35), 223-261. This article may be used for non-commercial purposes in accordance with the Publisher's Terms and Conditions for self-archiving.

Use policy

Creative Commons CC BY 4.0

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a link is made to the metadata record in the Repository
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

O DIREITO NAS DINÂMICAS PARADIGMÁTICAS: A LEITURA REALISTA E PLURALISTA DE ANTÓNIO MANUEL HESPANHA*

PATRÍCIA ANDRÉ**

SUMÁRIO: I – Enquadramento. II - O direito, os juristas e a ordem na pré-modernidade. III - O direito, os juristas e a ordem na modernidade. IV - O direito na contemporaneidade: transformações e retornos. 1. O *reconhecimento* do pluralismo jurídico contemporâneo: tentativas de *retorno* à constelação normativa. 2. A revisão do projecto pluralista pós-estadual: uma viragem a dois tempos. V - Paradigmas e transições paradigmáticas: perpétuos momentos de incerteza.

RESUMO: Reconstituição do pensamento de António Manuel Hespanha sobre o direito na contemporaneidade, centrada essencialmente nos seus modos de produção e funcionamento e nalguns elementos do modelo teórico de realismo jurídico que procurou desenvolver para apreender, enquadrar e explicar o fenómeno jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: pluralismo jurídico; realismo jurídico; positivismo jurídico; regra de reconhecimento.

ABSTRACT: Overview of António Manuel Hespanha's account of the law in contemporary times, focused mainly on the legal validity criteria within a pluralist setting, and on some elements of the theoretical model of legal realism that he sought to adopt to apprehend, frame and explain the legal phenomenon.

* O presente texto é o resultado de uma condensação e actualização do trabalho realizado, em 2012, para o seminário de Direito e Sociedade do curso de Doutoramento em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, a partir da interrogação temática sugerida pela Professora Cristina Nogueira da Silva: *A “pré-modernidade” e a “pós-modernidade”: o direito, ordem normativa de recurso?* A actualização desse trabalho decorreu, essencialmente, da apresentação feita na *Mesa Redonda: O Direito, Uma Ordem Normativa de Recurso? – Homenagem a António Manuel Hespanha*, organizada por Cristina Nogueira da Silva, em 9 de Março de 2020, na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Agradeço à Professora Cristina Nogueira da Silva o convite para participar nesse evento e a possibilidade de publicar este texto; agradeço igualmente os comentários de Teresa Violante e Susana Santos a uma versão inicial do texto.

** CEDIS – Centro de Investigação e Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (NOVA School of Law); DINÂMIA’CET – Centro de Estudos sobre a Mudança Socioeconómica e o Território (ISCTE); LxLTG – Lisbon Legal Theory Group (CIDP-FDUL). Doutoranda em Direito (NOVA School of Law) e bolsreira de doutoramento FCT (PD/BD/150496/2019).

KEYWORDS: legal pluralism; legal realism; legal positivism; rule of recognition.

I - Enquadramento

António Manuel Hespanha é amplamente conhecido e reconhecido como um historiador crítico do direito e os seus contributos para a historiografia jurídica são notáveis a todos os títulos: da reflexão teórica e metodológica às investigações historiográficas substantivas. No entanto, a sua produção intelectual é marcada por um não-confinamento disciplinar que lhe deve conferir o estatuto geral de um pensador crítico sobre o direito. Com efeito, os seus trabalhos historiográficos foram constantemente temperados com incursões e contributos da teoria do direito, sociologia do direito, ciência política e teorias sociológicas em geral. Foi, assim, neste cruzamento disciplinar que Hespanha procurou saciar a sua curiosidade científica sobre o fenómeno jurídico e é do conjunto desse trabalho que resulta uma visão particular, ampla e multifacetada sobre o direito e as dinâmicas jurídicas em sociedade. Esta visão – que se traduz em mais de 40 anos de produção académica – é muito rica, complexa e matizada e, por isso, não se deixa apreender de um fôlego: obrigará certamente (e felizmente) a muitos retornos e releituras da sua obra por parte de intérpretes, discípulos e outros interessados.

Neste contexto, proponho-me, aqui, a um modesto exercício de respigadora: o de fornecer uma reconstituição do pensamento de António Hespanha sobre o direito na contemporaneidade, centrada essencialmente nos seus modos de produção e funcionamento e nalguns elementos do modelo teórico de realismo jurídico que procurou desenvolver para apreender, enquadrar e explicar o fenómeno jurídico.

Esta reconstituição panorâmica, mas necessariamente incompleta, assenta na estruturação narrativa das categorias paradigmáticas convencionais que constituem chaves de leitura e decifração da complexidade social *lato sensu*, e cuja referência é essencial para se apreender o modo como Hespanha perspectiva o direito contemporâneo e também as aspirações normativas e político-sociais que o foram animando no desenvolvimento do seu pensamento sobre e para o direito.

Com efeito, a visão de António Manuel Hespanha sobre os juristas, a ordem e o direito na pré-modernidade (a que me referirei no capítulo II) serve de ponto de partida para a sua crítica da modernidade centrada, particularmente, no mundo jurídico. E a sua crítica da modernidade (abordada no capítulo III) é imprescindível para compreender as propostas de leitura de Hespanha sobre o direito na contemporaneidade e a sua teoria realista do direito (capítulo IV). Será, portanto, esta estrutura narrativa que enquadrará a parte nuclear deste texto: a

reconstituição traçada no capítulo IV, na qual procurarei dar conta de algumas das principais ideias que caracterizam a visão geral de Hespanha sobre o modo de funcionamento do direito em contexto pluralista (subcapítulo 1), assinalando os elementos fundamentais daquilo que designo como um *processo de viragem* no seu pensamento (subcapítulo 2).

A importância e significado deste processo de viragem será destacado na parte final do texto (capítulo V), na medida em que, não só revela a exemplar modéstia intelectual de Hespanha, como reforça o seu realismo jurídico e ilustra a sua atitude epistémica face ao direito e ao seu estudo: sempre aberta e atenta às mutações da sociedade, consciente da provisoriedade e transitoriedade dos saberes e modelos teóricos, mas persistente na reformulação de alternativas adequadas às facticidades emergentes e às aspirações normativas de que não prescinde. Como se verá, é neste exercício de reajustamento de expectativas que, no pensamento de Hespanha, o lugar do direito (especificamente a ordem jurídica estatal), enquanto ordem normativa em contexto pluralista, se deslocará do centro para a periferia e depois, novamente, da periferia para o centro.

II - O direito, os juristas e a ordem na pré-modernidade

A conhecida caracterização de Hespanha dos juristas medievais como intérpretes ou tradutores e dos juristas modernos como legisladores, criadores ou jardineiros apela explicitamente para a metáfora de Zygmunt Bauman sobre os intelectuais tipo da modernidade e da pós-modernidade¹.

A analogia que António Hespanha estabelece com a obra de Bauman, *Legislators and Interpreters*², é desenvolvida, entre outros passos da sua obra, num impressionante artigo, desenhado a partir da moldura teórica de Bauman, no qual Hespanha procede a uma síntese da sua visão sobre o direito, a ordem e os juristas na pré-modernidade e na modernidade e expõe as pistas de transformação que a sua crítica reclama: *Os Juristas como Couteiros: A Ordem na Europa Ocidental dos Inícios da Idade Moderna*³.

¹ A metáfora de Bauman tem inspirado muitos autores, sendo de referir, em particular, a utilização que dela faz James C. Scott na sua caracterização dos intelectuais visionários (criadores da nova ordem) do hiper-modernismo, uma vez que a sua crítica da modernidade, ao centrar-se especificamente sobre a acção do Estado, coaduna-se e complementa de modo muito impressionante as leituras formuladas por Hespanha no domínio do mundo jurídico. Cf. JAMES C. SCOTT, *Seeing like a State: How certain schemes to improve the human condition have failed*, Yale, Yale University Press, 1998.

² ZYGMUNT BAUMAN, *Legislators and Interpreters: On modernity, post-modernity and intellectuals*, Oxford, Polity Press, 1987.

³ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “Os Juristas como Couteiros: A Ordem na Europa Ocidental dos Inícios da Idade Moderna”, in *A Política Perdida – Ordem e Governo Antes da Modernidade*, Curitiba, Juará Editora, 2010, pp. 239-264.

A partir desse texto, é possível *entrar* no modelo de representação pré-moderna que Hespanha desenha, começando por caracterizar o conceito de *ordem* – uma ordem universal e indisponível - que para a cosmologia medieval, herdeira do imaginário da filosofia grega e romana e da criação cristã, era uma dádiva original de Deus. [A] "ideia central de uma ordem global, autossustentada por meio de impulsos naturais e plurais, é a chave para compreendermos o lugar do direito no interior dos mecanismos de regulação do mundo"⁴. E esses mecanismos de regulação eram vários e próximos entre si, numa pluralidade de ordens normativas, do direito, à religião, ao amor ou à amizade. Nesta constelação, o direito não ocupa o lugar de destaque a que hoje está habituado, pois num estrato superior da ordem situam-se aqueles dispositivos disciplinares que, pela sua interioridade, estão, num certo sentido, mais profundamente relacionados com a justiça ou com o direito natural.

Este pluralismo de fontes de manifestação da ordem desdobra-se, no caso do direito, num específico pluralismo jurídico, resultante da coexistência de várias ordens jurídicas no mesmo ordenamento jurídico. Assim sucedia na sociedade europeia medieval, na qual o direito comum temporal, o direito canónico e os direitos próprios se articulavam de modo particular, entre si, e com as demais ordens normativas, dando lugar a hierarquias normativas, cujo critério era a proximidade da fonte da ordem (Deus, natureza). Não obstante a existência de hierarquias normativas, o direito comum (*ius commune*) tinha uma *geometria variável*: em vez de um sistema fechado e definitivo de níveis normativos, "constituía uma constelação aberta e flexível de ordens cuja arquitectura só podia ser fixada em face de um caso concreto"⁵.

Hespanha sublinha a flexibilidade (por meio da graça ou da equidade) como característica essencial da ordem jurídica pluralista do direito comum, decorrente das características dessa mesma ordem, mas "também da ideia de que o território do direito era uma espécie de «jardim suspenso», entre os céus e a vida quotidiana. Entre o domínio sobrenatural da religião e o domínio das normas jurídicas terrenas"⁶.

A sociedade e a inscrição das suas representações na sua organização reflectem toda a articulação entre as várias componentes da ordem universal; e não pode ser entendida sem se apreender o universo mágico que ligava todos os elementos da ordem e que António Hespanha consegue capturar e traduzir no seu discurso. Vista pelos olhos *toldados* da ordem racional moderna, a ordem medieval apresenta-se como desordem aparente, repleta de ligações e

⁴ A. M. HESPANHA, "Os Juristas...", cit., p. 244.

⁵ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*, Mem Martins, Publicações Europa-América, 2003, p. 122.

⁶ A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, 2003, cit., p. 129.

articulações não lineares, reflectindo o mesmo paralelismo evocado por James C. Scott ao descrever a transição das cidades medievais para as cidades modernas⁷. Mas tal como a cidade *caótica* medieval era perfeitamente legível para os seus habitantes, também esta articulação diversa e pluralista estava inscrita nos sujeitos da sociedade medieval. Aquilo que certamente mais impressiona o olhar racionalista serão as ligações mágicas e trans-rationais que organicamente se articulavam com o mundo físico do homem e da natureza.

E por isso, o papel dos juristas medievais diferia muito da sua função moderna. Eles não eram apenas os guardiões da ordem jurídica, mas desse mundo multi-ordenado, auto-ordenado. "O seu papel não seria o de criarem ou rectificarem a ordem. Nem o de determinarem autoritariamente o equilíbrio justo. Seria antes o de o induzirem⁸ da natureza, tirando proveito de todos os recursos da sensibilidade humana (amor, bonitas, intellectus, sensus) numa era em que os métodos intelectuais da definição do direito não estavam ainda privados de abordagens não 'rationais'.⁹" Os juristas não criariam, portanto, o direito, antes o traduziam da ordem divina e da natureza interpretando por entre as diversas ordens que compunham a ordem global para, como Hespanha poeticamente refere, "realizarem uma hermenêutica ilimitada de Deus, dos homens e da natureza. E encontrar vias para transformar os resultados desta hermenêutica em consensos comunitários"¹⁰. Eram, portanto, tradutores e guardiões deste espaço e comunicação inter-normativa.

É no contexto que se acaba de descrever que se enquadra a caracterização dos juristas medievais como prudentes, sistematizada por António Hespanha do seguinte modo:

"I – Peritos no escrutínio de ordens diferentes e quase entrelaçadas (...);

II – Derivando a ordem de arranjos 'naturais' existentes (...);

⁷ Para ilustrar os projectos do Estado moderno de criação de legibilidade, simplificação para consolidação e facilitação das funções estatais e controlo das realidades sociais e naturais, Scott utiliza, entre outros, o exemplo desta transição das cidades medievais para as cidades modernas, o qual corporiza e traduz literalmente a ideia de contraposição entre ordem pré-moderna e ordem moderna. Cidades medievais, como Bruges em 1500 (ou como a Lisboa pré-terramoto), eram intrincadamente irregulares e desorganizadas, mas proporcionavam aos seus habitantes um elevado grau de autonomia – pois a ilegibilidade externa constituía uma fonte de autonomia política relativamente a elites estranhas à cidade e a autoridades políticas externas. A sua aparente desordem pré-moderna significava que os forasteiros dependiam dos locais para conhecer e entender a cidade (para os quais esta era perfeitamente legível). As reconversões iniciais das cidades medievais (como a Paris pós-revolucionária) ou as novas cidades modernas irão substituir esta *desordem* por uma regularidade estética geométrica (tributária da estética iluminista), homogénea, uniforme e funcional, passível de melhorar a gestão das cidades, mas ao fazê-lo grande parte da população perderá muita da sua anterior autonomia e domínio da cidade. Cidades-grelha, como a Chicago dos finais do séc. XIX, são imediatamente legíveis na sua forma global e os guias locais e o seu conhecimento são dispensáveis. A visão é ainda mais transparente se as ruas e avenidas rectilíneas forem consecutivamente numeradas como em Manhattan. Agora, a ordem urbana é evidente, mas não ao nível da rua, e sim de cima e de fora. Cf. J. C. SCOTT, *Seeing like a State...*, cit., pp. 53-63.

⁸ Longe, portanto, da construção dedutiva do direito da doutrina jurídica.

⁹ A. M. HESPANHA, "Os Juristas...", cit., p. 245.

¹⁰ A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, 2003, cit., p. 120.

III – Assumindo a natureza derivada, local e limitada das suas arbitragens (...);

IV – Reivindicando um papel de mediadores (tradutores, intérpretes) entre diferentes sistemas normativos (religião, piedade, graça, amizade, usos comunitários, vontade régia) através de conceitos-ponte (como *pietas, natura, gratia, utilitas, usus, potestas absoluta, debitum quasi legalis*) que permitem o diálogo bilateral entre as ordens locais."¹¹

III - O direito, os juristas e a ordem na modernidade

O imaginário da sociedade, da sua organização e da ligação com o direito altera-se profundamente com o racionalismo, o iluminismo e a laicização. Os elementos trans-rationais e *mágicos* da pré-modernidade são erradicados das novas formas de representação das coisas, do homem e da natureza.

A ascensão da razão na modernidade traz consigo a desvalorização das paixões e Hespanha sublinha como "formas de comunicação da sensibilidade que tinham funcionado durante milénios tornam-se relíquias de um pensamento primitivo, que se tornou incompreensível. (...) Refiro-me à comunicação empática dos sentimentos religiosos (...), à comprovação (ao teste) dos impulsos pelo seu enraizamento comunitário (na tradição, no senso comum), à medida das virtualidades de objectivação (da «força») dos argumentos (das perspectivas subjectivas) pela técnica da argumentação, à valorização e estudo dos efeitos não racionais da comunicação (pela retórica), ao recurso sistemático a figuras do discurso que despertam a experiência global de cada um (como o «exemplo» ou a metáfora). Mas, sobretudo, a indignificação das vias não racionais de conhecimento destruiu a ideia do carácter nunca esgotável, nunca interminável, nunca plenamente objectivável e fixável, do processo cognitivo dos valores, fechando a abertura e a provisoriedade do anterior discurso sobre a moral, o direito e a política."¹² A citação é longa, mas para ir apreendendo o desencanto de Hespanha face à modernidade, ela é essencial.

Com efeito, a entrada na modernidade e o seu desenvolvimento introduz-nos num universo de pretensa clareza, onde reina a promessa da compreensão total, da decifração dos mistérios, que, agora, a razão humana poderá apreender. O conhecimento certo e demonstrável sobre todas as

¹¹ A. M. HESPANHA, "Os Juristas...", cit., pp. 242-243.

¹² ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, "Recensão de "Legislators and Interpreters. On Modernity, Post-Modernity and Intellectuals", de Zygmunt Bauman", in *Análise Social*, vol. XXXIII (5º), nº 149, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 1998, p. 1166.

coisas permite fomentar a crença no controlo da natureza, da sociedade e do homem. Desse modo, a ordenação racional do real ambiciona a expurgação da contingência, da surpresa, do inesperado, de tudo aquilo que pudesse surpreender e fazer falir a visão humana.

Nas palavras de Zygmunt Bauman, que António Hespanha cita, este desígnio da modernidade é bem claro: "a visão tipicamente moderna do mundo é a de uma totalidade essencialmente coordenada; a presença de um padrão regular de distribuição das probabilidades permite uma espécie de explicação dos acontecimentos que – se o padrão estiver correcto – constitui simultaneamente um instrumento de previsão e (se os recursos necessários estiverem disponíveis) de controlo. O controlo («domínio sobre natureza», «planeamento» ou «desenho» da sociedade) está estreitamente associado com o ordenamento da sociedade, concebido como a manipulação das probabilidades de modo a tornar certos acontecimentos mais prováveis e outros menos prováveis [...]"¹³ Hespanha completa este retrato com a referência às particularidades epistemológicas desta modernidade: "associada a esta estratégia de controlo está um modelo de saber que corresponde ao ideal cientista: objectivo, unívoco, controlável e demonstrável, geral, ignorando (e discriminando, portanto) o particular, o subjectivo, o indemonstrável em termos discursivos."¹⁴ A descrição de Bauman e Hespanha revela novamente uma nítida sintonia com a visão de Scott, tanto pela leitura dos processos de controlo e ordenação, como pela tónica no ideal cientista – hiper-modernista diria Scott – que exclui o particular, o local e o subjectivo – uma forma de *métis* na conceptualização de Scott¹⁵. Neste quadro de radical alteração no plano da ordem e do conhecimento, o direito jogou também o seu papel como factor da transformação e, simultaneamente, transmudou a sua própria face em resultado da viragem operada com o caminho para e da modernidade.

Desde logo, a arquitectura diversa e complexa, na qual o direito se inseria e a partir da qual desempenhava as suas funções, é desmontada, sendo levada a cabo, aquilo que António Hespanha designa como uma "impiedosa repressão da cultura jurídica pluralista mais antiga por parte do iluminismo"¹⁶.

¹³ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, "Que Espaço Deixa ao Direito uma Ética da Pós-Modernidade?", in *Themis*, ano VIII, nº 14, Coimbra, Edições Almedina, 2007. pp. 66-67. A transcrição citada por Hespanha é uma tradução de Z. BAUMAN, *Legislators and Interpreters...*, cit., p. 3.

¹⁴ A. M. HESPANHA, "Que Espaço...", cit., p. 67.

¹⁵ Scott recorre à ideia grega de *métis* para conceptualizar a sua noção de saber prático, incorporando as práticas, aptidões, habilidades, ou capacidades que exprimem conhecimento que apenas pode derivar da experiência prática e que não é codificável formalmente. Por contraponto a um conceito (genérico) de *techne* (na linha de Martha Nussbaum), Scott sublinha o carácter contextual e particular da *métis*, como um saber prático e plástico, irredutível a fórmulas lógicas, alheio a treino centralizado, mas aberto à diversidade e ao pluralismo. Para Scott, a exclusão ou destruição da *métis* por parte das narrativas hiper-modernistas é uma das razões fundamentais de alguns dos insucessos e desastres da modernidade. Cf. J. C. SCOTT, *Seeing like a State...*, cit., pp. 311-333.

¹⁶ A. M. HESPANHA, "Os Juristas...", cit., p. 243.

Com efeito, o apagamento do pluralismo jurídico sobressai no discurso crítico de Hespanha como pedra de toque deste direito da modernidade, no qual a ordem jurídica estadual prossegue o monopólio da definição do direito, em que o primado da lei remete para a periferia de uma legitimidade derivada quaisquer outras fontes de direito.

Neste contexto, a crítica da modernidade jurídica revela-se especialmente acutilante na forma como Hespanha *lê* o papel, função e actuação dos juristas.

Com efeito, no pensamento de António Hespanha, os juristas são, em grande medida, lidos através do seu *projecto* de manutenção do *poder* e do monopólio de *dizer* o direito, seja através do desenvolvimento do saber e pensamento jurídico com vista a essa manutenção, seja pelo movimento equivalente em reacção a transformações culturais, sociais ou políticas que ponham em causa esse *poder*. No entanto, raramente essa dinâmica é explícita ou manifesta; pelo contrário, a manutenção dessa exclusividade é habitualmente prosseguida pela garantia de um papel discreto, neutro, de apagamento político, que *esconde* numa aparente redutora tecnicidade o pódio desse *monopólio*, e para o que o ideal cientista moderno em muito contribuiu.

A seguinte descrição de Hespanha de dispositivos do *comportamento* dos juristas e elementos do discurso jurídico é elucidativa: "a eficácia legitimadora do discurso jurídico vive (...) da sua neutralidade, do seu tecnicismo/hermetismo e do seu recuo face à ribalta da cena política. A discrição profissional, o segredo de 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."¹⁷

No contexto do quadro epistemológico em que o saber jurídico se passou a mover na modernidade e do papel que os juristas nele assumem, na perspectiva interna da forma como representam os seus próprios modos de acção nesse saber, António Hespanha também sublinha criticamente essas dinâmicas e evidencia as suas consequências. Na sua perspectiva, o racionalismo moderno também é *culpado* pelo mistério que se adensou sobre o raciocínio jurídico. Com efeito, a teoria do direito tem profusa e diversamente apresentado propostas para explicar e dar conta do raciocínio jurídico e do processo de produção do conhecimento jurídico, oscilando genericamente entre modelos de raciocínio jurídico normativistas (*rule based*), casuístas (*case based*) e argumentativos. A propósito do projecto da inteligência artificial para o desenvolvimento de modelos computacionais baseados no raciocínio jurídico (que têm tido

¹⁷ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, "As Transformações Revolucionárias e o Discurso dos Juristas", in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 18/19/20, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 1986, p. 312.

assinaláveis desenvolvimentos nos últimos anos, especialmente ligados às teorias da argumentação), António Hespanha notava, num artigo de 2000, que as dificuldades verificadas neste projecto não se deviam a insuficiências tecnológicas, estando antes o problema do lado do direito. "Não é que o direito seja um saber 'mais difícil' ou 'mais humanamente impadronizável' do que outros, por muito que a arte jurídica se baseie num raciocínio prático, subtil e nebuloso. Do que se trata é que os juristas dominam mal os seus processos mentais. E têm dificuldade em fornecer ao engenheiro do conhecimento a informação meta-discursiva de que este necessita. Em parte, isto explica-se pelo facto de os juristas se terem desinteressado há cerca de duzentos anos dos modelos de raciocínio específicos da sua arte. Como se, racionais e atemporais, eles fossem auto-evidentes. A mitologia racionalista e jusnaturalista continua a fazer os seus estragos. E, neste caso, estragos reprodutivos."¹⁸

Para finalizar este ponto, importa estabelecer a ligação entre a visão dos juristas modernos de Hespanha, os intelectuais modernos de Bauman e os visionários hiper-modernos de Scott. Com efeito, o processo intelectual através do qual os juristas da modernidade recuperam e procuram manter o exclusivo de dizer o direito investe-os, no quadro epistemológico específico da modernidade relativamente ao conhecimento e domínio e apreensão da natureza e da sociedade, no papel de legisladores e jardineiros que criam e determinam a ordem e promovem os arranjos transformadores da sociedade. Assim, os legisladores/juristas modernos encaixam na descrição de Bauman do tipo de intelectual ideal da idade moderna e o paralelo com os intelectuais e planeadores utópicos do hiper-modernismo é evidente:

- I – Um intelectual autoconfiante e autoritário;
- II – Proprietário exclusivo de um conhecimento verdadeiro e geral (...) sobre a natureza e a moral;
- III – Agressivamente cego a acordos normativos preexistentes ou a abordagens alternativas (nomeadamente enraizadas, tradicionais, comunitárias) à ordem social;
- IV – Capaz de reafirmar a ordem das coisas (ou melhor, capaz de impor uma ordem às coisas);
- V – Capaz de decidir controvérsias de acordo com padrões monótonos;
- VI – Capaz de ultrapassar aporias empíricas por meio de novos arranjos intrassistémicos e coerentes (tais como interpretação, analogia, equidade).¹⁹

¹⁸ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, "Os juristas que se cuidem ... Dez anos de Inteligência Artificial e Direito", in *Themis*, ano I, nº 1, Lisboa, Edições Almedina, 2000, p. 165.

¹⁹ A. M. HESPANHA, "Os Juristas...", cit., p. 242.

IV - O direito na contemporaneidade: transformações e retornos

A partir da crítica da modernidade jurídica, António Hespanha questiona o direito do presente e começa por re-imaginá-lo como um direito da *pós-modernidade*. Durante muito tempo, fá-lo fazendo apelo expresso a este imaginário de *pós-modernidade*, acompanhando alguns dos eixos dos principais movimentos do pós-modernismo. Aliás, em 2012, a sua obra *Cultura Jurídica Europeia* é reformulada de acordo com uma estruturação narrativa que dá lugar expresso à *pós-modernidade*, passando o texto do seu livro a ser organizado em torno da grande divisão entre *pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade*, e referidos estes como os “termos correntes na teoria social contemporânea para designar (...) grandes épocas de autocompreensão do mundo humano”²⁰. A estrutura de oposição paradigmática na organização da cultura jurídica europeia tem, como refere Hespanha, “a capacidade [de] destacar sensibilidades muito difundidas e muito profundas”²¹, o que fica bem patente nos retratos impressionantes que Hespanha nos ofereceu, ao longo de toda a sua obra, a partir do contraste pré-modernidade/modernidade. Sem prejuízo disso, no entanto, tal como a discussão dos pós-modernismos perdeu fôlego nos últimos anos, cedendo ao cansaço da sua utilização profusa e confusa e fazendo quase desaparecer o termo das discussões actuais²², também a expressão *pós-modernidade* foi desaparecendo do discurso de António Hespanha. Isto não significa que tenha deixado de pensar o direito depois-da-modernidade, mas apenas que, em face das dúvidas generalizadas sobre o sentido específico de uma *pós-modernidade*, terá preferido designar o

²⁰ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*, Coimbra, Edições Almedina, 2012, p. 91.

²¹ A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, 2012, cit., p. 91.

²² É bem conhecido, por exemplo, o incómodo de Bauman com a sua própria utilização inicial do termo *pós-modernidade*, bem como a sua crítica às conotações desenvolvidas, o que, aliás, levou a que viesse a desenvolver a metáfora da liquidez no contexto da modernidade líquida. Em *conversa* com Carlo Bordoni, o sociólogo esclarece que, “[p]essoalmente, como sabe, não fiquei à vontade quando, por falta de um termo melhor, tive de usar o rótulo «pós-modernidade» para denotar uma mudança no cenário sociocultural que exigia ferramentas analíticas revistas ou completamente novas para ser captada, compreendida e descrita. Eu não fiquei à vontade por dois motivos sobretudo. Em primeiro lugar, qualquer que seja o significado pretendido pelo seu utilizador, o termo implicava que já estávamos além da era moderna, o que era falso. (...) A segunda razão para não me sentir à vontade era o conteúdo puramente negativo sugerido pelo termo. Ele implicava (de modo erróneo (...)) o que as realidades presentes já não são, mas dava muito pouca – se é que alguma – informação sobre os seus próprios atributos definidores.” ZYGMUNT BAUMAN e CARLO BORDONI, *Estado de Crise*, tradução de Renato Aguiar, Lisboa, Relógio d’Água Editores, 2016, p. 111. No âmbito da teoria do direito, veja-se o exemplo de Douglas-Scott que, não deixando de se referir a um eventual depois-da-modernidade, prefere afirmar o tempo presente como de transição paradigmática e recua também na utilização do termo *pós-modernidade*: “(...) the assertion that we are now in a ‘postmodern’ era is controversial. Therefore, although I believe that it is possible to identify particular understandings of law which became dominant during the modern period and are now being superseded, it should be acknowledged that any attempt to write about law in modernity and postmodernity as if these concepts possessed singular, straightforward meanings is doomed to fail.” SIONAIDH DOUGLAS-SCOTT, *Law after Modernity*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 16.

paradigma emergente de acordo com os termos que expressam o núcleo central da sua leitura crítica e respectivas propostas de renovação. Assim, especialmente a partir de 2013, na obra de António Hespanha, o paradigma emergente passa a ser designado mais comumente como *paradigma pluralista pós-estadual* e por isso, essa ou outras expressões similares serão aqui preferidas.

Esta menção à mudança verificada na utilização da expressão *pós-modernidade* visa, em primeiro lugar, alertar para a possibilidade de usos mais ou menos intercambiáveis dos termos mencionados que, neste texto, decorram de citações ou referências a passos da obra de António Hespanha. Mas acima de tudo, esta menção terminológica visa esclarecer a minha própria opção de, neste texto, preferir expressões alternativas, por entender que exprimem melhor a sua visão nas últimas obras. Apesar de Hespanha não ter anunciado explicitamente esta mudança ou lhe ter atribuído algum significado particular²³, a leitura que faço da evolução dos seus escritos é, efectivamente, no sentido de que terá tencionado ir substituindo a expressão *pós-modernidade* por outras, menos difusas, menos controversas e mais esclarecedoras.

Em qualquer caso, esta nuance discursiva não afecta o sentido do pensamento crítico de Hespanha sobre as formas do direito hoje e os conteúdos que a sua renovação teórica deverá considerar.

Com efeito, as linhas de força que identifica na transição paradigmática mantiveram-se e decorrem da sua leitura crítica da modernidade e da sua interpretação daquilo que é o direito nas sociedades contemporâneas. As suas propostas para o paradigma emergente também se mantiveram coerentes nos seus principais eixos, mas, por razões específicas a que me referirei mais à frente, sofreram inflexões e viragens importantes, especialmente, nos últimos anos da sua obra.

Assim, procurarei aqui descrever panoramicamente a visão de António Hespanha sobre este

²³ É assim, pelo menos, na literatura que revi para a actualização deste texto. É possível, no entanto, dar conta da perspectiva problematizante que Hespanha terá passado a adoptar face a esta questão. Por exemplo, nos materiais de apoio ao curso "A dogmática jurídica na modernidade: contornos e contextos não jurídicos da teoria do direito da modernidade (sécs. XIX-XXI)", dado no âmbito do curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (disciplina Teoria do Direito), em 2013, António Hespanha refere-se aos modelos não modernos contrastantes da modernidade (abordando tanto a *pós-modernidade* quanto a *hiper-modernidade*), às perspectivas não modernas como plataformas de crítica da modernidade e referindo-se explicitamente ao recuo crítico em relação ao pós-modernismo e ao hiper-modernismo (os materiais estiveram disponíveis em <http://ua-hi-2013.blogspot.com.br>, sendo ainda possível consultar o sítio). Numa perspectiva próxima quanto a este afastamento das lógicas epistémicas de uma pós-modernidade, veja-se também o comentário sobre o enquadramento de Hespanha no âmbito geral da teoria dos sistemas, "o que não o impediu de namorar ciclicamente com as posturas epistemológicas pós-modernas, sem nunca a elas se render completamente." ÂNGELA BARRETO XAVIER e NUNO GONÇALO MONTEIRO, "Obituário – António Manuel Hespanha: o passado é um país estranho", *Análise Social*, 235, LV (2º), 2020, p. 478. pp. 473-479.

direito emergente, articulando ideias produzidas em diferentes momentos e assinalando os efeitos daquelas inflexões no seu pensamento, mas procurando traduzir essencialmente aquilo que acabou por ser a formatação final das suas ideias.

Deste modo, em vez de traçar um *antes* e um *depois* da viragem (o que poderia ser adequado a uma reconstrução de uma qualquer ruptura forte, mas que aqui não se verifica), procurarei descrever as suas ideias ao longo do *processo de viragem* que é, afinal, constitutivo do seu pensamento. Assim, no subcapítulo 1, exponho algumas das principais ideias que caracterizam a visão geral de Hespanha sobre o modo de funcionamento do direito em contexto pluralista, tendo em conta essencialmente produção bibliográfica de 2009 e 2010 – numa altura em que a inflexão ainda não se instalara, mas já se pressentia, o que faz com que o quadro pintado com referência a estas obras o ligue directamente e em continuidade com o resultado do processo de viragem que será depois mais especificamente descrito no subcapítulo 2, onde assinalarei as inflexões que o próprio descreveu e que as revisões de textos anteriores ou textos inéditos a partir de 2013 reflectem.

Deste modo, espero, o conjunto das duas partes constituirá uma reconstituição aproximada da visão final de António Hespanha nestas matérias e das propostas reflexivas que nos legou.

1. O reconhecimento do pluralismo jurídico contemporâneo: tentativas de *retorno à constelação normativa*

O estudo historiográfico e crítico da modernidade jurídica ocupou grande parte da obra António Hespanha e a partir desse estudo e crítica forjou-se o seu olhar sobre a contemporaneidade e futuros possíveis, os quais foram essencialmente pensados a partir da teoria do direito.

Com efeito, Hespanha procurou repensar o direito de forma adequada a um paradigma emergente, tendo em vista especialmente a reconstrução da dogmática jurídica tradicional. O seu empenho em pintar o quadro do direito *real* esteve, desde cedo²⁴, ligado ao objectivo construtivo de demonstrar a desadequação do modelo convencional da dogmática jurídica e à tentativa de oferecer pistas para a sua renovação. A sua preocupação com as estruturas teóricas da dogmática caracterizou, assim, as suas incursões na teoria do direito, enquanto teoria de uma prática do direito. Foi nesta perspectiva que procurou repensar a teoria das fontes do direito, a

²⁴ Veja-se, por exemplo, como em 1997 - muito antes, portanto, da publicação das primeiras obras monográficas mais direccionadas ao plano da teoria do direito -, António Hespanha sintetizava já de forma clara a sua perspectiva acerca da necessidade de renovação teórica da dogmática jurídica: “Sur le plan de la dogmatique juridique, la reconnaissance du caractère non centré, pluraliste et non étatique de l’ordre oblige à repenser certains éléments essentiels de la théorie de la norme, en particulier, la théorie de l’interprétation et de l’intégration.” ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “Le droit du quotidien”, *XIX Conférence Marc Bloch*, L’École des hautes études en sciences sociales, 1997, p. 6.

teoria da norma e a teoria da interpretação. Esta revisão teórica do direito foi sempre acompanhada dos temas-chave com que também perspectivou a pré-modernidade e a modernidade jurídicas: o lugar e função dos juristas e as características da ordem. Direito, ordem e juristas manter-se-ão, portanto, como os tópicos da reconstrução que apresento de seguida, agora em face do carácter pluralista e pós-estadual que Hespanha afirma para o direito contemporâneo.

O quadro traçado por Hespanha incorpora e recupera muitos traços pré-modernos, simultaneamente integrando e procurando articular as transformações decorrentes da contemporaneidade.

Para desenvolver este ponto, é essencial ter presente alguns traços do pós-modernismo que Hespanha, em maior ou menor medida, leva em linha de conta; e, por outro lado, perceber como se manifesta a emergência de um *novo*²⁵ pluralismo jurídico na contemporaneidade.

Com efeito, apesar de ter assinalado o desuso que a expressão *pós-modernidade* foi tendo na obra final de António Hespanha, não é possível reconstruir a sua visão pluralista e pós-estadual sem explicitar as suas âncoras intelectuais no imaginário do pós-modernismo, em especial do pós-modernismo político e jurídico. Os principais pilares conceptuais e epistemológicos da sua perspectiva decorrem, de facto, de algumas tendências fundamentais das reacções pós-modernistas à modernidade monolítica. É o caso, entre outros, da revalorização do pluralismo (em geral e jurídico), da *descoberta* dos direitos do quotidiano, da importância do papel do Estado no apagamento das formas mínimas de poder e da asserção das crescentes incapacidades do direito estadual²⁶.

Efectivamente, em geral²⁷, as correntes pós-modernistas recusam as narrativas generalizadoras, universais e racionalistas típicas da modernidade, e caracterizam-se por um relativismo que problematiza tanto a validade do conhecimento como a validade dos valores. Em face deste relativismo que questiona a linearidade e carácter aditivo do conhecimento na construção e

²⁵ É importante esclarecer que este *novo* pluralismo dos nossos tempos (muitas vezes designado como *pluralismo jurídico moderno* ou *contemporâneo* para o distinguir do pluralismo da pré-modernidade) só é, na verdade, novo do ponto de vista do seu reconhecimento e tratamento teórico na academia jurídica e relativamente a algumas formas específicas de manifestação normativa (como o caso do direito da União Europeia ou as formas de pluralismo decorrentes da globalização). Como refere Hespanha, “la conception d’une société auto-organisée dans le cadre d’une pluralité d’ordres juridiques n’a rien de neuf. Elle est née dès la fin du XIX siècle, lorsque fut formulée l’idée que la sociabilité humaine était organisée objectivement sous forme d’institutions immanentes et nécessaires face auxquelles l’ordre de l’État paraissait presque impuissant.” A. M. HESPANHA, *Le droit...*, cit., p. 8.

²⁶ A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, 2012, cit., pp. 24- 25. Esta constelação temática remete para o pensamento e obra de vários autores, nomeadamente, Clifford Geertz, Michel Foucault, Austin Sarat, Boaventura de Sousa Santos, Pierre Bourdieu ou Zygmunt Bauman.

²⁷ Cf. A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, 2003, cit., pp. 345-364.

controle da ordem, a complexidade e as micro-realidades, o particular, o local, o multiculturalismo, o quotidiano, o senso comum, a heterogeneidade e o pluralismo em geral são revalorizados e considerados essenciais no plano dos saberes sociais, os quais são devolvidos para o plano do discurso.

Como tônica dominante de um pós-modernismo jurídico, assinala-se a convergência numa desvalorização do direito estadual – que Hespanha vai acompanhando ao longo da sua obra com maior ou menor intensidade -, e em simultâneo, a identificação de diversas *ordens jurídicas* concorrentes que emergem de outras fontes que não o Estado e os seus órgãos oficiais de criação jurídica. Seria o caso de *direitos indígenas e tradicionais* em sociedades pós-coloniais, de ordens jurídicas particulares em sociedades etnicamente plurais e de direitos espontâneos como o *direito das favelas*. Este imaginário do pluralismo jurídico será também composto por um direito da vida (*direito do quotidiano, direito do Outro, sentimentos comunitários de justiça*) produtor de normas autónomas e também transformador das normas oficiais, que se verificaria igualmente no próprio direito letrado (saber jurídico dos juristas profissionais). Por meio da autodiferenciação sistémica de base luhmmaniana, outros direitos particulares, como o direito da vida económica, o direito dos media ou da internet, por exemplo, passariam também a integrar este universo pluralista, na medida em que se irão autonomizando do direito estadual ao qual a sua criação já não se circunscreve unicamente. Este complexo jurídico pluralista integrará, ainda, as fontes de direito que o império da lei tentou tornar meramente derivadas, como a doutrina, a jurisprudência e o costume; mas também um direito burocrático firmado na prática, boas práticas e condutas definidas sectorialmente, normação privada e de auto-regulação, um direito de mercado globalizado que não é proveniente de direitos estaduais, entre muitas outras formas de regulação normativa que vão emergindo ao lado da regulação normativa tradicional²⁸.

²⁸ António Hespanha sublinha especialmente o impacto normativo da globalização, na medida em que a proliferação de normação internacional e infra-nacional daí decorrente contribui significativamente para a redução do monopólio da lei e do direito estadual. Nesta medida, elenca mesmo o conjunto das tipologias normativas que, neste contexto, passam a constituir os ordenamentos jurídicos contemporâneos: "- tratados, convenções e acordos internacionais; - leis nacionais; - normas "regionais", como as directivas comunitárias; - regras provenientes de autoridades independentes supranacionais ou nacionais; - linhas de orientação provenientes de organismos internacionais; - modelos contratuais uniformes, que antes eram essencialmente estabelecidas pelas Câmaras de Comércio, mas que agora competem frequentemente a sujeitos de direito (eventualmente de direito público) internacional, a cujo cargo está a regulação de uma certa actividade; - regras de normalização técnica, no estabelecimento das quais não se seguem regras da democracia política, mas antes um princípio de liderança por competência técnica, dotadas de um efeito de aplicação automática; - "memorandos" de entendimento, estabelecendo planos de acção comuns a várias entidades de direito público, mistas ou, puramente, de direito privado; - sistemas baseados numa regulação de "confiança", como a web; - códigos de conduta (ou instrumentos de auto-regulação) internacionais ou nacionais, de iniciativa privada (grupos de empresas operando no sector), mas por vezes aprovados por entidades de direito público internacional, também designados por 'manuais de boas

É precisamente um quadro de pluralismo jurídico que Hespanha considera adequado para reequacionar o direito nas sociedades ocidentais contemporâneas. Com efeito, considera que "a orientação estratégica de reconstruir a teoria e metodologia do direito numa perspectiva pluralista está basicamente correcta, por corresponder ao modo de ser das sociedades dos nossos dias. Porém, com uma reserva fundamental. Enquanto as concepções pluralistas não cultivarem um ecumenismo que lhes permita reconhecer, sem discriminação, todas as formas de manifestação autónoma de direito e de dar a todas elas a mesma capacidade de se exprimirem na comunidade jurídica, a garantia de um pluralismo verdadeiramente pluralista não está realizada."²⁹ O que Hespanha quer dizer é que o pluralismo jurídico só será verdadeiramente pluralista e, logo, apto a basear uma mudança de paradigma, se todas as formas de direito não oficial, não estadual, forem consideradas e tiverem as mesmas chances das restantes ordens jurídicas.

Do que já ficou dito decorre um ponto relevante que se relaciona de forma decisiva com a questão do conceito ou definição³⁰ de direito. Quando, no quadro do pluralismo jurídico, se refere a formas de direito não estadual e não oficial, António Hespanha qualifica estas formas de disciplina como *direito*, e não apenas como ordens ou formas de regulação normativa paralelas ou alternativas.

À primeira vista, colocar as coisas nestes termos – qualificar todas aquelas formas de disciplina e regulação social como direito – parece operar uma juridificação extrema e radical dos modos de organização e relacionamento sociais, sem que, no entanto, se esclareça o que é que determina que sejam direito e não outra coisa. Ou seja, sem esclarecer como é que dos processos de diferenciação que separaram o direito de outras ordens normativas, estas (e outras novas) entram no universo jurídico, recolhendo a qualificação de direito.

No entanto, apesar de António Hespanha começar por caracterizar o pluralismo jurídico, apresentando-nos outras disciplinas normativas particulares, espontâneas e completamente à margem do direito tradicional, referindo expressamente a sua natureza jurídica, sem antes esclarecer donde advém a sua juridicidade, não significa que a sua juridicidade seja inata ou inerente ao seu carácter normativo.

Para se compreender coerentemente esta visão, este imaginário, o ponto terá que estar numa definição/conceito de direito que explique a qualificação de direito das demais formas de

práticas'." (ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*, 2ª edição reelaborada, Coimbra, Edições Almedina, 2009, p. 443-445.)

²⁹ A. M. HESPANHA, *O Caleidoscópio...*, cit., p. 75.

³⁰ António Hespanha parece preferir a expressão *definição do direito*, mas não deixa de usar também a expressão *conceito de direito* de modo que aparenta ser intercambiável.

disciplina normativa, que explique o que significa este ser *direito* – que, naturalmente, em face das posições do autor, não pode ser um conceito baseado unicamente na origem estadual, autoridade ou coercibilidade, nem apenas na sua positivação legalista, nem numa conformidade com um qualquer direito supra-positivo.

Por isso, importa esclarecer que António Hespanha defende aquilo que designa por uma definição *realista* de direito, segundo a qual "o direito é aquilo que, numa comunidade, vigora como tal"³¹. De acordo com este princípio de definição, parece que eventuais normas estaduais ou não oficiais que não vigorem não poderão ser consideradas direito, introduzindo já um critério de qualificação em face de todo um aglomerado de disciplina normativa. Mas mais relevante parece ser a ideia de que será direito, o que numa comunidade vigorar *como tal*, ou seja, serão direito as normas estaduais ou outras que numa comunidade, para além de terem vigência, vigorem *como direito*; o que parece implicar um reconhecimento das normas como direito ou não, e introduz um segundo critério de qualificação jurídica no seio da normatividade social. Mas daqui duas questões, entre outras, decorrem de imediato: (i) como se determina a vigência efectiva de uma norma numa comunidade?; e (ii) como se afere que essa norma vigora como direito, ou seja, como se afere que é reconhecida como direito? A estas questões acresce necessariamente uma outra parecida com a anterior, mas distinta e fundamental: como se processa o reconhecimento da norma como direito? E não será demais perguntar como se poderão articular os diferentes graus de disciplina jurídica (pluralismo jurídico) assegurando que tal articulação permite ainda satisfazer os fins sociais do direito.

Neste ponto convirá avançar para perceber como António Hespanha procura responder a algumas destas questões e, no caminho, perceber melhor o que realmente significam as suas propostas de transição de um paradigma jurídico legalista para um paradigma jurídico pluralista, que é, na verdade, o objectivo destas problematizações.

Mas importa ainda precisar que para António Hespanha, numa clara referência ao pensamento de Luhmann, "as normas jurídicas têm por objectivo estabilizar de forma consensual e sustentada as relações sociais num certo domínio, reduzindo a complexidade do sistema social"³². Temos, portanto, que as normas jurídicas (o direito) visam a estabilização social e a redução da complexidade social; e que as normas jurídicas devem prosseguir esses objectivos de forma consensual e sustentada.

³¹ A. M. HESPANHA, *O Caleidoscópio...*, cit., p. 5.

³² ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, "Ideias sobre a Interpretação", in *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em Comemoração do 70º Aniversário – Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra, Edições Almedina, 2009, p. 39.

Como veremos estas pistas são importantes, precisamente, para começarmos a perceber, em face das questões acima levantadas, como é que uma norma é tida como norma de direito, como norma jurídica. Deverá, então, desde logo, visar aqueles fins e prosseguir-los daqueles modos. Mas como já vimos isso não chega; é preciso perceber, em geral, como se processa o reconhecimento/identificação da norma como direito.

Para esse efeito, Hespanha adere ao pensamento de Hart³³, cuja conceptualização de uma 'regra de reconhecimento' permitirá, segundo Hespanha, dar conta daquilo que, em cada sociedade, é tido como direito, corrigindo uma visão estadualista do direito, mas preservando a sua legitimação democrática.³⁴ Partindo de Hart, Hespanha procurará então densificar as condições da 'regra de reconhecimento' através de contributos das teorias de Luhmann e Habermas.

Aqui chegados podemos, então, estabelecer que, como acima assinalado, disciplinas normativas que surgem na sociedade à margem do direito estadual, apesar de Hespanha, às vezes, lhe referir directamente a sua natureza jurídica, não terão essa juridicidade de modo inato, nem o autor lhas pretenderá atribuir. Isso mesmo decorre da sua definição de direito, que, simultaneamente, é o ponto de partida para a explicação da sua juridicidade. Assim, essa juridicidade, o ser *direito* (em rigor, tendo em conta Hart, a sua validade jurídica), decorrerá do seu reconhecimento como modo de manifestação de direito e para esse reconhecimento, António Hespanha, recorre, então, à *regra de reconhecimento* hartiana. Aquelas normas de vários âmbitos e níveis que surgem na sociedade são reconhecidas como direito, ao cumprirem (se cumprirem) os pressupostos da regra de reconhecimento.³⁵ Assim, do pluralismo normativo não decorre necessariamente pluralismo jurídico, mas o relevante é que a regra de

³³ Apesar de distinguir as escolas realistas e noutras passagens Hespanha se referir a Hart como um *legal positivist*, pode resultar algo confuso (e mesmo considerar-se incorrecto) que o pensamento de Hart seja qualificado como um *realismo jurídico* e Hart como um representante da corrente realista (cf. A. M. HESPANHA, *O Caleidoscópio...*, cit., pp. 113ss), pois sendo Hart a figura tutelar do positivismo jurídico contemporâneo de linha anglo-saxónica, há uma efectiva demarcação de Hart do Realismo Jurídico, em especial do americano. No entanto, há um conjunto de teses e atitudes epistémicas do positivismo jurídico hartiano e de uma teoria realista do direito que são perfeitamente compatíveis entre si, sendo possível fundar uma abordagem realista em elementos centrais da proposta de Hart. É isso que Hespanha também procura fazer e aí reside certamente o sentido da qualificação de Hart como realista. Cf., e.g., HERBERT L. A. HART, *O Conceito de Direito*, tradução de Armindo Ribeiro Mendes, 4ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [original 1961, 1994], pp. 149-161; JUAN R. PÁRAMO, *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 163-176; BRIAN LEITER, "Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered", in *Ethics*, The University of Chicago, 2001, pp. 278-301; BRIAN LEITER, "What is a realist theory of law?", in *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, 2020, pp. 334-345 (onde Leiter desenvolve precisamente algumas das perspectivas a partir das quais se pode afirmar Hart também como realista).

³⁴ Cf. A. M. HESPANHA, *O Caleidoscópio...*, cit., p. 112.

³⁵ António Hespanha exemplifica de modo claro este raciocínio, com recurso à regra de reconhecimento de Hart, relativamente ao exemplo de normas técnicas, cuja relevância jurídica poderia ser difícil de justificar à partida: "As normas técnicas são direito quando exista uma prática prudencial sustentada ou tecnicamente fundada, por parte dos juízes e dos funcionários, acompanhada de uma convicção geral da sua incorporação no direito." (A. M. HESPANHA, *O Caleidoscópio...*, cit., p. 447.)

reconhecimento funcione de modo a admitir esse pluralismo jurídico e o que Hespanha propõe é precisamente uma modelação pós-estadual da regra de reconhecimento hartiana que cumpra aquelas funções.

Esta modelação é complexa e não é possível desenvolvê-la aqui, deixando apenas brevíssimos tópicos:

1) o elemento modelador fundamental das atitudes dos profissionais do direito e na consciência pública sobre o reconhecimento das normas jurídicas, advirá das normas constitucionais e do seu desenvolvimento jurisprudencial.

2) a observação da aceitação pelas entidades formais-oficiais, mas também pelos cidadãos, compatibilizaria uma perspectiva realista com uma legitimação democrática-maioritária do direito, fundada num plebiscito contínuo [prudente e temperado] sobre o reconhecimento popular das normas jurídicas; o qual exige a "formação de uma atitude reflexiva e ponderada, na criação de um sentimento interno de «obrigação» por parte das pessoas comuns, [na qual releva] a observação pela comunidade da atitude das entidades providas de autoridade social (...). Assim, a legitimidade democrática exige informação, reflexão e crítica, tal como é proposto pelos politólogos e juristas adeptos da democracia no sentido de uma democracia deliberativa."³⁶

3) também a base da vigência de normas como direito se deve a "um consenso comunitário reflexivo[,] o único que pode fazer com que as normas correspondam a expectativas sociais alargadas e que, com isto, desempenhem uma função estabilizadora"³⁷.

Como se vê, toda esta arquitectura aponta para um complexo modelo de articulação dos modos de reconhecimento do direito e da sua criação no quadro pluralista, o que ainda permanece algo abstracto e indeterminado; por isso, António Hespanha sublinha que, "para que isto aconteça, no seio de um arranjo permanentemente dinâmico dos vários sistemas normativos, só a existência de mecanismos de observação dos resultados das experiências de estabelecimento de normas gerais ou de concretização interpretativa das normas já existentes possibilita que se encontrem soluções boas (i.e., geralmente estabilizadoras, geralmente consensuais ou, pelo menos, propiciadoras de transacções geral e sustentadamente viáveis de interesses)"³⁸. Portanto, o modelo não é matemático e estático, é dinâmico, flexível e muitas vezes provisório, sujeito a permanente observação, o que constitui igualmente um pressuposto do seu funcionamento. Neste ponto, a redefinição do papel do Estado no trânsito do modelo

³⁶ A. M. HESPANHA, *O Caleidoscópio...*, cit., pp. 131-133.

³⁷ A. M. HESPANHA, *O Caleidoscópio...*, cit., p. 5.

³⁸ A. M. HESPANHA, "Ideias sobre...", cit., p. 40.

estadualista para o de um pluralismo auto-reflexivo é determinante, na medida em que as actividades centrais do Estado traduzirão novas funções ligadas à garantia da estabilidade e do funcionamento do modelo acima descrito.

Haverá, portanto, uma redução do papel do Estado, mas a função estabilizadora das normas estaduais mantém-se para introduzir fiabilidade, generalidade e universalidade nos processos de auto-regulação; podendo e devendo exercer funções de regulação directa ou de recurso no caso de fracasso dos processos consensuais de auto-regulação. Assim, apesar da transformação estadual exigida pelo paradigma pós-estadualista, o Estado desempenha, afinal, uma função instrumental fundamental de garantia de funcionamento do modelo.

No que respeita aos processos de consenso exigidos pelo *funcionamento* deste pluralismo jurídico, eles constituem afinal as boas práticas que deverão ser observadas tanto na criação das normas, como na sua concretização interpretativa. Estas práticas promovem a aceitação consensual da norma e um acordo sobre a solução genérica que ela estabelece. António Hespanha remete a descrição daquelas boas práticas para o âmbito da interpretação, sublinhando que são idênticas às exigidas na feitura das normas (há, portanto, dois níveis de consensualidade). Procurarei, assim, de seguida sintetizar essa descrição.

De acordo com Hespanha, a interpretação com vista à realização da função estabilizadora do direito (elemento normativo), deve estar presente, tanto na interpretação em abstracto ou doutrinal, como na concretização interpretativa das normas. No primeiro caso, "devem ser procurados os sentidos que melhor contribuam – para o domínio virtual de concretizações daquela norma – para realizar soluções consensuais e estabilizadoras, ou seja que alarguem o potencial campo de concretização da norma"³⁹, antecipando-se o elenco óptimo de concretizações e verificando quais os sentidos que melhor realizam o objectivo da norma de redução da complexidade. No segundo caso, de entre os vários sentidos sempre possíveis da norma, deve ser eleito o sentido que, no caso concreto, melhor realiza a função estabilizadora. Nesta tarefa de eleição do sentido, a concepção pluralista pós-estadual afirma, num sentido suplementar, o carácter contextual dos critérios⁴⁰ já utilizados pela teoria da argumentação e pela técnica da ponderação, na medida em que, para além de ponderar argumentos ou princípios da ordem jurídica estadual, é necessário também considerar os argumentos e princípios de outras ordens relevantes para o caso. "Introduz-se, assim, como que uma concretização (justificação argumentada, ponderação) «ortogonal» da solução. Num plano, argumenta-se

³⁹ A. M. HESPANHA, "Ideias sobre...", cit., p. 48.

⁴⁰ Cf. A. M. HESPANHA, "Ideias sobre...", cit., p. 48.

sobre as ordens normativas; noutro, sobre a hierarquia local (e global) dos valores de cada uma"⁴¹ (à semelhança da inclusão na regra de reconhecimento pós-estadualista de critérios/*costumes* sobre a hierarquia relativa das normas primárias). Mas esta concretização não será uma mera sensibilidade do intérprete, nem uma decisão autoritária deste, assente, apenas, na sua visão do mundo, numa tradição já estabelecida, na opinião de um grupo limitado ou numa fixação obrigatória de sentido pelo legislador ou judicialmente. Pelo contrário, nessa operação devem ser tidos em conta todos os elementos de contextualização da norma em função da sua concretização, e não apenas os elementos tradicionais da interpretação (elementos gramatical, histórico, sistemático, racional e teleológico), nomeadamente, (i) "as experiências da prática de interpretação/concretização daquela norma"; (ii) "as expectativas de todos os grupos de agentes envolvidos quanto ao sentido em que a norma vai estabilizar as relações sociais naquele domínio"; (iii) "a tradição interpretativa ou os critérios legais de interpretação e o modo como uma e outros têm influído no sentido da criação de um consenso estabilizador"; e (iv) "os dados normativos da Constituição como moldura consensual formal e solene e, por isso, geradora de expectativas de estabilização no sentido para que eles apontam"⁴². Será, portanto, uma auscultação, muito abrangente e reflectida, dos sentimentos comunitários quanto à eficácia estabilizadora e de realização das várias expectativas por parte de cada um dos sentidos ponderados.

Nesta medida, num quadro pluralista pós-estadual, poderemos ler o papel do direito, na acepção em que é modernamente identificado com o direito estadual, a partir de um paralelismo com o papel do direito no Antigo Regime: como ordem mínima de disciplina, envolvida por outras mais eficazes e quotidianas⁴³. Do mesmo modo, poderemos ler o papel dos juristas *não-modernos* de hoje à luz da tarefa dos juristas pré-modernos de encontrar vias para transformar os resultados da sua hermenêutica em consensos comunitários⁴⁴. Também podemos ver na concepção pluralista e reflexiva do direito, a recuperação de uma teoria do direito concebida como uma teoria argumentativa e da verdade jurídica como uma verdade aberta e provisória, tal como sucedia no Antigo Regime.⁴⁵ Neste ponto, é o próprio discurso jurídico medieval que sugere alternativas ao modo de argumentar e fundamentar a decisão jurídica; pois não pretende a verdade, mas apenas a probabilidade, e assume-se como saber argumentativo e não como uma ciência rigorosa e neutra.

⁴¹ A. M. HESPANHA, "Ideias sobre...", cit., p. 49.

⁴² A. M. HESPANHA, "Ideias sobre...", cit., p. 50.

⁴³ Cf. A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, 2003, cit., p. 47.

⁴⁴ Cf. A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, 2003, cit., p. 120.

⁴⁵ Cf. A. M. HESPANHA, *Cultura Jurídica...*, 2003, cit., p. 133.

Mas no âmbito da visão de Hespanha, também podemos falar de um outro retorno: o da moral, de uma moral sem adiaforização (Bauman), uma moral arriscada; pois "não há maneiras fixas e rápidas de separar o bom do mau, a cultura correcta da errada, etc. O que nos leva outra vez para a questão da escolha moral e da responsabilidade, tornando cada um, de novo, responsável"⁴⁶.

Neste processo, o lugar do direito é, naturalmente, repensado, e os seus limites são claramente reconhecidos. O direito não poderá nunca resolver definitivamente os problemas da legitimidade ética do comportamento pessoal, pelo que terá que ser visto como um *elemento apenas preliminar de vias alternativas para uma descoberta pessoal, autónoma e responsável da conduta justa*. Neste domínio, podemos, então, afirmar que o direito é visto como ordem normativa de recurso, de reserva ou limitada, consciente que, perante a irredutibilidade da responsabilidade moral, não é apto a substituí-la. Para além disso, esta viragem moral, deverá trazer à luz, contra a arrogância moderna da juridificação do real e da centralidade e primazia do direito na organização social, as demais formas com que os indivíduos lidam uns com os outros, e que as mais das vezes são, na verdade, o primeiro recurso dos sujeitos.

Das reflexões de Bauman, Derrida e Levinas, sobre a pós-modernidade e este retorno à moral, António Hespanha extrai e sintetiza seis lições para os juristas e o direito: a) necessidade de se proceder a uma radical baixa de expectativas quanto à função humanista do direito; b) o direito, não podendo cumprir objectivos éticos, deve procurar antecipar a ética, construindo-se sobre um princípio idêntico, o da solicitude; c) a eventual solicitude do direito deve constituir um princípio cardinal do direito, incorporado na ordem jurídico-constitucional; d) esse objectivo deve ser prosseguido com os cidadãos, em plena igualdade, na modelação da nossa própria solicitude; e) interpelação directa da responsabilidade moral dos juristas, desmontando técnicas alienantes de 'pensar o direito' (generalização, conceptualização, formalismo, neutralidade); f) denúncia do 'cosmopolitanismo' como outro nome da 'indiferença'.⁴⁷

Neste imaginário de pluralismo jurídico e retorno à moral, também os juristas retornariam a um papel antigo, *pré-moderno*, cuja tarefa seria a "da clarificação de opções, da intertradução de valores entre diferentes corpos normativos locais (comunidades, culturas, discursos, tradições morais, métodos práticos quotidianos). [...] Uma vez mais tornam-se intérpretes."⁴⁸

E em síntese, o que chama de viragem copernicana para o direito:

"▪ A teoria das fontes do direito e a teoria da interpretação terão de ser revistas

⁴⁶ Zygmunt Bauman citado por A. M. HESPANHA, "Que Espaço...", cit., p. 61.

⁴⁷ Cf. A. M. HESPANHA, "Que Espaço...", cit., pp. 75-76.

⁴⁸ A. M. HESPANHA, "Os Juristas...", cit., p. 261.

de ponta a ponta (no sentido daqueles que dominaram sob o *ius commune*);

- A estrutura discursiva deve ser renovada com uma estratégia argumentativa, tópica, orientada para o caso e para a *quaestio*;
- Os juristas e os juízes devem estar conscientes da natureza incerta das suas arbitragens;
- O público deverá ser informado da natureza política da decisão jurídica e do elo indissociável entre o caso jurídico e o caso da vida, a razão jurídica e a razão comum.

E, acima de tudo, os juristas têm de esquecer o optimista 'projecto jurídico' e de assumir com a humildade esquecida dos velhos tempos, combinada com o cauteloso e sábio desencanto recomendado pela nossa época. E contentarem-se com isso."⁴⁹

2. A revisão do projecto pluralista pós-estadual: uma viragem a dois tempos

Como procurei mostrar, a visão particular de António Hespanha para um direito *não-moderno* na contemporaneidade apoia-se, e.g., (i) na sua crítica ao direito na modernidade, (ii) num relativismo metodológico, (iii) num quadro de pluralismo jurídico revitalizado, (iv) numa *reserva* estadualista, (v) no seu *conceito* de direito, modos de produção e respectivas funções em contexto pluralista, (vi) numa singular perspectiva sobre o lugar e papel dos juristas, e (vii) nas apertações de uma ética da alteridade. Construído sobre estes pilares, o modelo pluralista e reflexivo de António Hespanha apresenta como pedras de toque, de um ponto vista mais estritamente jurídico, a ênfase colocada no *consensualismo*, e de um ponto de vista que decorre mais latamente do problema moral, a ênfase colocada na *solicitude* (direito solidário).

Este resumo sobre o paradigma desenhado por Hespanha parece captar minimamente os seus principais contornos; no entanto, a sua melhor densificação obriga a que se complete a descrição iniciada no ponto anterior tendo em conta a sua produção nos últimos anos. Como já mencionei acima, os últimos trabalhos de Hespanha, não só vieram aprofundar e esclarecer muitos pontos da sua teoria pluralista e realista do direito, como se encontram recheados de tensões que introduziram modelações importantes no seu quadro de direito pós-estadualista.

António Hespanha não se cansou de voltar insistentemente ao seu projecto de revisão das estruturas teóricas da dogmática em contexto pluralista e fê-lo especialmente no âmbito da revisão da teoria das fontes do direito, a que dedicou vários escritos e em particular dois dos

⁴⁹ A. M. HESPANHA, “Os Juristas...”, cit., p. 262.

seus últimos livros⁵⁰.

A revisão da teoria (tradicional) das fontes de direito perante o contexto pluralista foi, assim, desenvolvida com afinamentos decorrentes do aprofundamento teórico do modelo, o qual foi incorporando as directrizes normativas e meta-teóricas resultantes do seu *processo de viragem*, a que correspondem modelações quanto à arquitectura pluralista (em termos de constituição *política*).

Assim, procurarei, nesta parte, dar conta das duas vertentes, umbilicalmente ligadas: afinamentos teóricos e procedimentais da teoria das fontes e modelações do paradigma pluralista – sem esquecer o posicionamento reservado aos juristas nesta constelação cambiante. É importante começar por notar que a viragem aqui assinalada é explicitamente anunciada por António Hespanha, nomeadamente no prefácio, escrito em 2019, da última edição de *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático* (cujo texto foi remanejado a partir da versão de 2016⁵¹) e na apresentação, escrita em 2018, de *O direito democrático numa era pós-estatal*. O capítulo de apresentação de *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático* também inclui várias referências a essa viragem e os textos incluídos em ambos os livros (vários publicados anteriormente) foram sendo reformulados de acordo as modelações anunciadas por Hespanha. Estas duas obras correspondem, assim, a um esforço de actualização dos seus escritos, que oferecem uma visão reformulada das suas perspectivas sobre o paradigma pluralista e os modos de produção do direito nesse contexto.

António Hespanha situa a concretização da sua viragem essencialmente a partir de 2013, apesar de já se pressentir desde 2009⁵², e na apresentação de *Pluralismo Jurídico e Direito*

⁵⁰ Cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático: Prospetivas do Direito no Século XXI*, Coimbra, Edições Almedina, 2019; e *O direito democrático numa era pós-estatal: A questão política das fontes de direito*, ed. autor, distr. Amazon-Kindle, 2018.

⁵¹ Cf. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático: Prospetivas do Direito no Século XXI*, ed. autor, distr. Amazon-Kindle, 2016. Por uma questão de clareza, parece-me importante sublinhar a arqueologia da versão e edição de 2019 de *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático* que é aquela a que recorro essencialmente neste capítulo. De acordo com as indicações de Hespanha, no prefácio da obra publicada em 2019 pela Almedina, o texto terá as suas origens n' *O caleidoscópico do direito* e é nessa sequência narrativa e intelectual que o próprio autor o situa: "(...) o primeiro texto que escrevi sobre este tema – *O caleidoscópico do direito*, nas suas duas versões, de 2006 e 2009. [...] Daí que (...) tenha por duas vezes refêito o texto. E, em 2013, o tenha refundido num livro novo (...). [...] Foi neste contexto que publiquei o novo texto como livro (*Pluralismo jurídico e direito democrático*, em 2013). E que, depois de esgotada a primeira edição, o remodelei de novo profundamente em 2016 (...). [d]isponível apenas em versão internacional (Kindle-Amazon) (...). [...] Surgiu agora a oportunidade de voltar ao meu editor de sempre, numa edição clássica, que se possa encontrar nas nossas livrarias. Uma vez mais, remanejei o texto (...)." (A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., pp. 7-10)

⁵² "O impacto desta situação nota-se já na edição de 2009 do meu livro *O caleidoscópico do direito* e nos derradeiros capítulos da versão de 2012 da *Cultura jurídica europeia* – e, ainda mais, na primeira versão deste livro (2013), bem como no artigo que escrevi para a edição de 2014 da obra coletiva, dirigida por António Carlos Wolkmer, *Pluralismo jurídico*." (A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 19) Creio que a menção à data de 2014 terá sido um lapso e que António Hespanha pretendia remeter para o artigo "Estadualismo, pluralismo e neo-

Democrático confessa que “escrever este livro num período de crise (..) foi muito revelador de como as preocupações políticas contribuem para perspectivar as questões teóricas”⁵³.

É, precisamente, essa dinâmica que vemos espelhada nas reformulações e ajustamentos de Hespanha, na sequência de um *desencanto* decorrente das marcantes preocupações políticas e sociais que as primeiras duas décadas do século XXI trouxeram.

Na origem desse desencanto encontra-se uma percepção de um progressivo dismantelamento da ordem jurídica do Estado de direito democrático, em que Hespanha engloba um “movimento de menorização do direito legislado”⁵⁴ (observado em especial no Brasil) ligado a um entendimento *degradado* do pluralismo jurídico (encarnado pelo pluralismo neoliberal) e a uma “sacralização dos princípios”⁵⁵ decorrente de uma “leitura anárquica do principialismo”⁵⁶ de Dworkin ou Alexy. A estas tendências do comércio jurídico, Hespanha junta os *problemas* do déficit democrático da União Europeia e os efeitos e gestão da crise das dívidas soberanas de 2010.

As preocupantes repercussões decorrentes deste(s) estado(s) de coisa(s) conduziram, então, a uma revisão (mas não um abandono) dos pressupostos pluralistas do direito através da mitigação introduzida por pontos de vista re-legalizadores na perspectiva de uma política de re-democratização do direito.

Hespanha reconhece que, na sua abordagem inicial, o empenho em promover a renovação do paradigma estadualista-legalista o terá levado a enfatizar em demasia a demonstração da expansão do direito contemporâneo para lá do quadro estadual e as decorrentes insuficiências do sistema representativo. Com efeito, “a partir dos finais da primeira década do século XXI, começaram a surgir sintomas que me fizeram desacelerar este regozijo com o processo de relativização do Estado e do seu direito”⁵⁷.

É, assim, nesta dinâmica de desaceleração que Hespanha vai aprofundar o seu questionamento sobre as vantagens e, em especial, os riscos do pluralismo jurídico, especificamente do ponto de vista de uma política de re-democratização do direito e da ordem pluralista, a qual vem a

republicanismo – Perplexidades dos nossos dias”, publicado na obra organizada por Antonio Carlos Wolkmer *et al.*, *Pluralismo Jurídico: Os Novos Caminhos da Contemporaneidade*, São Paulo, Editora Saraiva, 2010, pp. 139-172 (a obra teve uma 2ª edição em 2013). Importa, ainda, esclarecer que a primeira versão, em 2013, de *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, que Hespanha menciona no texto citado, foi editada, em São Paulo, pela editora Annablume.

⁵³ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 17.

⁵⁴ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 8.

⁵⁵ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 18.

⁵⁶ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 8.

⁵⁷ A. M. HESPANHA, *O direito democrático...*, cit., cap. I.

constituir a pedra de toque *definitiva* da sua concepção pluralista.

O seu *programa* mantém-se no essencial: contribuir para a construção de uma versão do direito que seja consensual, sustentável e estabilizadora; mas agora o direito maioritário estadual retoma algum do protagonismo perdido com a afirmação expansionista do pluralismo e da crise da lei. Nesta visão matizada⁵⁸ do pluralismo jurídico, a lei recupera, pelo menos, a sua importância heurística, na medida em que os seus modos de produção indiciam (mais fortemente do que outros exteriores ao Estado) a garantia de consensos comunitários.

O objectivo de procurar compatibilizar os paradigmas pluralista e estadualista é evidente nos últimos textos de António Hespanha e é explicitamente afirmado em várias passagens, como nesta em que destaca: “a preocupação de não sacrificar [à] abordagem pluralista algo que constitui um dado civilizacional dos nossos dias – a necessidade de o direito se legitimar a partir do consenso comunitário, ou, formulando as coisas de modo a destacar outro aspecto importante, de não abandonar o paradigma democrático de legitimação”⁵⁹.

Observa-se, assim, uma moderação do entusiasmo pluralista e um recuo na posição anti-estadualista, que podemos apelidar de *recuo prudente*: “acontecimentos actuais mostram, é certo, o desajustamento de um direito estadual à realidade social e normativa dos dias de hoje. Mas – como à ideia contemporânea de Estado está fortemente ligada a ideia de legitimidade democrática – estes mesmos acontecimentos também põem pertinentes questões quanto à bondade de um direito radicalmente estranho ao Estado e ao modelo de legitimação democrática que se tornou num elemento central do nosso modo de viver político. Se prescindirmos dos processos democráticos que – embora com resultados insatisfatórios – procuram vincular o governo e a regulação sociais à vontade da comunidade expressa pelos órgãos estaduais representativos, como vamos evitar que governo e regulação se tornem coisas de poucos, totalmente estranhas aos pontos de vista e interesses dos destinatários?”⁶⁰

A resposta parece estar afinal na preocupação em introduzir reforços de consenso reflexivo que aprofundem a democracia em ambos os níveis do pluralismo – o estadual e o extra-estadual.

Esta abordagem ponderada e mitigada resulta também de um segundo momento de inflexão despoletado pela situação política em Portugal nos anos da Troika. Esta modulação opera essencialmente quanto ao lugar e papel dos juristas na determinação do direito e às dinâmicas entre direito maioritário e contra-maioritário, no âmbito da reacção de Hespanha “contra a vaga

⁵⁸ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 93.

⁵⁹ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 96.

⁶⁰ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 34.

pluralista”⁶¹ que marca o seu processo de viragem.

Com efeito, de acordo com a própria retrospectiva de Hespanha, a sua resposta inicial aos excessos pluralistas e às dinâmicas de apropriação sectária do direito, acentuadas no contexto problemático da primeira década do século XXI, terá destacado em demasia as soluções meramente maioritárias⁶² (“direito do Estado (...) como o mais próximo do ideal de direito estabelecido pelo povo”⁶³), que visavam libertar o mais possível o direito das arbitrariedades das opiniões dos juristas que, em pouco, contribuiriam para a sua legitimidade democrática⁶⁴. Esta solução de pendor maioritário viria, pois, a ser posta em causa pelos acontecimentos que Hespanha caracterizou como “revolução neoliberal”, na medida em que as maiorias parlamentares “tendiam a dar origem a leis injustas, ofensivas de direitos legítimos, unilaterais, levianas e pouco ponderadas”⁶⁵.

Estas circunstâncias, mas também, e em especial, o papel reflexivo e estabilizador desempenhado pelo Tribunal Constitucional na resolução das controvérsias constitucionais da austeridade, levaram Hespanha a temperar a sua abordagem com uma revalorização da “função complexificadora de instâncias deliberativas”⁶⁶ contra-maioritárias, em especial dos tribunais, depositando, de novo, nas mãos de juristas importantes funções de garantia da verificação de consensos estabilizadores no que à determinação do direito diz respeito.

Chegado, assim, a um ponto de equilíbrio no que respeita à arquitectura de saliências do que de melhor antecipa para um modelo pluralista pós-estadual, António Hespanha procura, conseqüentemente, imprimir, na reformulação da teoria das fontes, um reforço democrático e emancipador através da compatibilização articulada entre pluralismo e princípio democrático. Com vista a um direito “construído na base da sua legitimidade democrática ou orientado para obter consensos alargados e estabilizadores”⁶⁷, Hespanha afina, densificando, e clarifica o funcionamento dos modos de identificação do direito em torno da ideia de um *duplo reconhecimento*.

Que nem toda a regulação normativa extra-estadual poderia ser considerada como *direito*, já resultava da reconstrução efectuada no subcapítulo 1, mas, agora, as cautelas pluralistas de Hespanha fomentam uma afirmação muito mais explícita do modo como o reconhecimento de inspiração hartiana deveria funcionar de molde a abarcar tanto a matriz pluralista quanto a

⁶¹ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 19.

⁶² A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 21.

⁶³ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 19.

⁶⁴ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 19.

⁶⁵ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 21.

⁶⁶ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 21.

⁶⁷ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 86.

democrática.

Deste ponto de vista, o processo de identificação do que uma comunidade considera como direito (ou seja, a identificação das fontes do direito ou das vias de manifestação e formação do direito) é constituído por um *duplo grau de observação empírica*: por um lado, observação da vigência efectiva das normas e dos respectivos sentidos e, por outro, observação do reconhecimento comunitário alargado.

Do segundo nível de observação decorrerá a *validade* das normas, que acresce explicitamente à *vigência*, o que se afigura determinante, já que, adverte Hespanha, confundir vigência com validade afasta a legitimidade democrática.

Assim, neste segundo nível de observação é necessário estabelecer que a norma *vigora como jurídica*⁶⁸, ou seja, que é entendida “como uma norma reconhecida por instâncias a quem a comunidade reconhece o poder de dizer o direito”⁶⁹. António Hespanha esclarece que a competência deste reconhecimento não advém de uma determinação legal, sendo, antes, um reconhecimento comunitário, que opera através das instâncias jurisdicionais⁷⁰, as quais, por sua vez, são reconhecidas consensualmente pela comunidade como tal. É este o sentido do processo de feição realista⁷¹ que compõe o mencionado esquema de *duplo reconhecimento*.

Em síntese, o *duplo grau de observação empírica* para identificação das fontes de direito compreende os níveis de observação da *i) vigência* e da *ii) validade*, incluindo este último nível o modelo de *duplo reconhecimento* (constituído pelo *i) reconhecimento comunitário da norma pelas instâncias jurisdicionais* e pelo *ii) reconhecimento destas como tal*).

Como requisito adicional da validade, Hespanha sublinha ainda o da *boa qualidade* ou *justeza da lei*, não no sentido de um qualquer conteúdo material *justo*, mas traduzida na capacidade de realizar consensos.

O *consenso*, como pedra de toque de todo o seu pensamento, apresenta-se neste processo como o elemento central de legitimação do direito, na medida em que é da sua verificação que decorre

⁶⁸ Como se perceberá melhor adiante, Hespanha caracteriza “a «vigência como direito» como a vigência que *pode conduzir a uma regulação geral e inclusiva*, estabilizadora para todos os destinatários, por assentar num consenso alargado e inclusivo”. (A. M. HESPANHA, *O direito democrático...*, cit., cap. II, sub. 3)

⁶⁹ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 65.

⁷⁰ Para uma maior precisão, AMH esclarece o sentido de instância jurisdicional como “a entidade a quem a comunidade reconhece, por consenso inclusivo e adequado, competência para declarar o direito. Corresponde, num cenário pós-estatalista, ao que eram os tribunais no contexto estadualista (instâncias legalmente competentes para dizer o direito)” (A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 246). Mas esta posição não pretende afastar os tribunais oficiais, pois o que Hespanha pretende, acima de tudo, sublinhar é que “numa abordagem pluralista, não podem ser *apenas* os tribunais oficiais” (A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 125).

⁷¹ Realista, na medida em que Hespanha entende por realismo jurídico, “um processo de identificação do direito baseado na observação do modo como a sociedade, através das suas instâncias jurisdicionais, reconhece as normas como fazendo parte do direito (como jurídicas).” (A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 246).

o reconhecimento da norma como *boa* pelos grupos interessados e, daí, o seu reconhecimento como direito.

É importante recordar e sublinhar que a arquitectura que envolve o consenso em Hespanha é de pendor luhmanniano e não habermasiano. António Hespanha está, assim, próximo da ideia de Luhmann de legitimação (interna) do direito pelo procedimento, a qual se verifica se o direito cumprir a sua *função* social, que é a da *estabilização* das *expectativas* normativas. Em termos sistémicos, é no circuito de selectividade da *diferenciação funcional* que se dilucida o *binómio direito/não-direito*. De forma análoga, na perspectiva da identificação do que uma comunidade considera como direito, Hespanha modela o esquema hartiano do reconhecimento com os requisitos *funcionais* do direito (como requisitos de validade das normas), sendo a obtenção do(s) consenso(s) o factor determinante na sua avaliação.

Resumidamente, de acordo com Hespanha e como já se viu atrás, a identificação do direito deverá decorrer de procedimentos de expressão de consensos comunitários, os quais podem resultar dos mecanismos assegurados pela democracia representativa ou por outras modalidades de obtenção no caso de processos de consenso exigidos pelo pluralismo jurídico. O consenso relevante nestes procedimentos será sempre o consenso comunitário, reflexivo, alargado e inclusivo para que possa ser um consenso estabilizador e sustentador. E assim deverá ser, uma vez que este tipo de consenso será o único que pode fazer com que as normas correspondam a *expectativas* sociais alargadas e assim possam desempenhar a sua *função estabilizadora*.

Estes processos de obtenção de consenso corresponderão – diz Hespanha – às boas práticas a seguir na criação e interpretação jurídica, na medida em que devem ser simultaneamente práticas de promoção da aceitação consensual da norma resultante daquelas operações. Essas práticas traduzem-se na criação ou interpretação com vista à realização da *função estabilizadora do direito* e ao objectivo da norma de redução de complexidade; pelo que, no caso da interpretação, a escolha dos sentidos possíveis para a norma (interpretação como actividade decisória ou adjudicativa e não-cognitiva) deverá ser feita de acordo com todos os elementos⁷² de contextualização da norma em função da sua concretização (no caso da interpretação em concreto).

Em termos abreviados, são estas as coordenadas principais que devem guiar, na perspectiva de Hespanha, os processos de obtenção de consenso a que sujeita, para efeitos de legitimidade, tanto a criação e interpretação jurídica, quanto as operações de reconhecimento compreendidas

⁷² Cf. *supra*, subcapítulo 1.

no modelo de *duplo reconhecimento*; pois, também o reconhecimento das instâncias jurisdicionais como tal deverá ser feito por consenso comunitário, para além, obviamente do reconhecimento comunitário da norma jurídica como tal pelas instâncias jurisdicionais, o qual decorre nos termos das boas práticas da interpretação e implica a auscultação abrangente e reflectida quanto à eficácia estabilizadora e de realização das expectativas por parte de cada um dos sentidos normativos ponderados.

Fica, assim, claro que o reconhecimento, seja em qua nível for, implica sempre a verificação do consenso comunitário e reflexivo, em moldes que reforcem a democraticidade das decisões jurídicas (decisões enquanto *prestações* do sistema jurídico que visam realizar a *função* social sistémica do direito).

Mas cabe perguntar, entre outras questões, como se podem conhecer e avaliar as experiências da prática de interpretação da norma, como se identificam e auscultam todos os grupos de agentes e as suas expectativas, como se avalia a influência da tradição interpretativa e dos critérios legais de interpretação na criação do consenso estabilizador; pois mesmo com a previsão da existência de instâncias de observação da *aplicação* das leis, a partir das quais se possam retirar dados para avaliar o modo da sua interacção com as várias esferas da prática social (como sugere Hespanha), várias questões podem ser levantadas, desde o valor/natureza do *conhecimento* produzido nessas instâncias, à sua metodologia e legitimidade e articulação com o processo concreto de criação jurídica ou de interpretação ou concretização interpretativa. Na revisão da sua teoria pluralista das fontes, António Hespanha também procurou esclarecer vários destes pontos e, quanto à observação dos consensos, Hespanha fala em dois processos: um baseado num processo de consenso maioritário, a que chama de *constitutivo* ou *decorrente do processo*; e outro baseado no reconhecimento comunitário generalizado, a que chama de *ratificativo* ou *decorrente do resultado*⁷³. É, naturalmente, este último o que levanta maiores questões dubitativas, desde logo quanto à amplitude e abrangência da observação e, nesse sentido, António Hespanha esclarece que não está em causa um consenso de maioria, mas do “mais alargado consenso dos afetados (direta ou indiretamente) pela norma/decisão. Portanto: (i) só se observa a reacção dos interessados; (ii) cujo peso no «cálculo do consenso» há de ser proporcional à proximidade dos seus interesses relativamente à norma/decisão. Trata-se, afinal, de um consenso ponderado em função da afetação de cada grupo pela norma/decisão.”⁷⁴

Hespanha não *impõe* demasiadas constrições ao processo de observação do consenso, pois

⁷³ Cf. A. M. HESPANHA, *O direito democrático...*, cit., cap. II, sub. 7.

⁷⁴ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 127.

entende que deve ser prosseguido por todos os meios idóneos de *observação*; o que importa, acima de tudo, é que o “consenso tem que ser observável, fazer parte da «realidade»; e, por isso, ser suscetível de ser descrito, discutido e comprovado”⁷⁵. Nesta perspectiva, fala em “fatores que aumentam a qualidade da observação. Um deles é a existência de «observatórios» de legislação e jurisprudência (mesmo de doutrina)”, a realização de “estudos do impacto comunitário, estabilizador ou irritante, das normas jurídicas”, mas, acima de tudo, a produção de informação, não só jurídica, mas toda a informação relevante. Com estes esclarecimentos práticos, Hespanha está, no fundo, a remeter para a importância dos estudos empíricos em direito, onde se hão-de destacar os estudos de análise do discurso (seja por via das análises argumentativas, seja por via de análises de conteúdo ou outras metodologias de base sociojurídica)⁷⁶ e investigações de carácter interdisciplinar que promovam os fundamentos (de conhecimento e não de opinião) para as necessárias avaliações do consenso.

As possibilidades de realização das suas propostas em torno do reconhecimento pelo consenso assentam, assim, num grande projecto de comunicação inter-sistémica e apetrechamento epistémico das comunidades envolvidas nos processos de avaliação dos consensos. Trata-se, de certa maneira, de assegurar a existência de mecanismos de *abertura cognitiva* por parte do sistema jurídico, que permitam ao direito processar informações que vêm de outras lógicas sociais (dando origem à dinâmica de variação/selecção/estabilização sistémica) e assegurar que as comunicações jurídicas produzam também sentido noutros sistemas da sociedade (permitindo, assim, uma compatibilização das expectativas normativas do direito e das expectativas cognitivas dos outros sistemas sociais, de molde a reforçar a legitimidade do direito). Trata-se, também, no fundo, de uma forma de operacionalização da perspectiva luhmanniana dos sistemas enquanto sistemas de observação, colocando o direito como observador das suas próprias funções e operações e recolhendo informações externas que possa processar internamente.

Deste modo, o apetrechamento epistémico do *decisor* revela-se como questão fundamental: pressupõe-se o desenvolvimento de comunidades de produção de conhecimento à sua volta (que prossigam os estudos, investigações, pareceres e outras comunicações relevantes) e a predisposição do *decisor* para incorporar aquelas comunicações no seu processo de observação

⁷⁵ A. M. HESPANHA, *O direito democrático...*, cit., cap. II, sub. 7.

⁷⁶ Ao longo dos seus trabalhos como investigador, Hespanha sempre se envolveu ou promoveu trabalhos de pesquisa empírica em torno de decisões judiciais ou outras formas de discurso jurídico, o qual assume um elemento central da sua abordagem à teoria do direito (para uma análise circunstanciada da análise do discurso jurídico em Hespanha, cf. GIOVANNI DAMELE, “António Manuel Hespanha e a análise do discurso jurídico”, in *Práticas da História*, nº 9, 2019, pp. 199-208).

(seja por via de cláusulas ou dispositivos internos de comunicação inter-sistémica, como são as figuras processuais dos *amicus curiae* ou outros institutos jurídicos que remetem para avaliações externas).

Esta parece ser uma interpretação compatível com o circuito que António Hespanha descreve do ponto de vista da entidade de reconhecimento e do seu processo de observação do consenso: “se uma instância jurisdicional chegar à conclusão de que uma norma não é estabilizadora, (...) deve corrigir a norma/decisão (...). Logo se verá – pelo mesmo processo de observação – que consenso obtém a nova decisão. Trata-se, portanto, de um processo iterativo, em que o progresso se faz por tentativas. Na verdade, é assim que o direito evolui: estabelecimento de uma norma e sua substituição em caso de inadequação. Só que, atualmente, o processo de observação e de juízo sobre a inadequação das normas/decisões não tem a preocupação de exaustividade, pouco incorpora dados sobre o impacto social do direito, está frequentemente embebido em juízos de valor opinativos apresentados como descritivos e indubitáveis.”⁷⁷

Finalmente, importa mencionar que, na arquitectura pluralista pós-estadualista de Hespanha, é também no processo de reconhecimento que se determinam as hierarquias, nunca definitivas e sempre flexíveis, entre as normas estaduais e extra-estaduais. Neste ponto, a modelação de Hespanha na perspectiva da mitigação pluralista, afirma a presunção da supremacia do direito estadual sempre que o reconhecimento sustentado não se verificar. Com efeito, Hespanha reconhece neste quadro o primado da Constituição e da lei democrática, o qual, mesmo não sendo absoluto, deve manter-se como princípio de heurística, “dado que, apesar de tudo, os procedimentos de expressão dos consensos comunitários assegurados pela democracia, mesmo se apenas representativa, continuam a ser bem mais fiáveis do que muitos daqueles de que se reclamam outras modalidades de obtenção de consensos comunitários”⁷⁸.

Em síntese, e exprimindo as tensões presentes no processo de viragem de Hespanha: “a fórmula que parece capaz de compatibilizar as duas coisas – a realidade do direito na actualidade e um modelo de legitimação que, embora em risco, parece que tem que ser salvaguardado, tanto por razões de política, como por razões de eficácia – poderá ser algo como: o direito é aquilo que a comunidade reconhece como tal, não apenas por resultar dos processos de manifestação da vontade comunitária próprios do Estado democrático, mas também por ser reconhecido como tal por instâncias jurisdicionais na base de um consenso comunitário inclusivo, reflexivo e estabilizador”⁷⁹.

⁷⁷ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 126.

⁷⁸ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., pp. 69-70.

⁷⁹ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 98.

V - Paradigmas e Transições Paradigmáticas: Perpétuos Momentos de Incerteza

A descrição panorâmica do pensamento de António Hespanha evidencia o seu posicionamento problemático sobre a modernidade, a partir do qual propõe leituras alternativas sobre o que caracteriza o tempo presente do ponto de vista do direito em sociedade e sobre as formas de realizar aspirações normativas (sociais e políticas), num quadro, não inteiramente de descontinuidade paradigmática como o que marca a passagem da pré-modernidade para a modernidade, mas no quadro de uma continuidade renovada de forma exigente e alimentada de forma reflexiva.

O olhar de Hespanha, quanto à crítica da modernidade, converge com o de muitos outros que, principalmente, desde a década de 60 do século passado, foram estabelecendo as balizas teóricas de um pensamento crítico sobre aquele paradigma sócio-cultural. Como Bauman sugere, talvez este pensamento, designado por alguns de pós-moderno, seja um estágio de auto-consciência da modernidade. Seja como for, ele partilha de várias tomadas de consciência que lhe conferem o tão disseminado *desencanto com a modernidade*, o qual, no plano jurídico, toma a forma, essencialmente, de um desencanto da razão jurídica. Pierre Guibentif afirma que o desencanto da razão jurídica é um tema comum a Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann (todos autores cujas influências podemos encontrar no pensamento Hespanha). Este seria o segundo desencanto da tradição sociológica. "O primeiro, como se sabe, é o que Max Weber verificou (...). Este autor, analisando as ordens jurídicas nascidas com a modernidade, destacou, como traço característico destas, a distância que se tinha estabelecido entre o mundo da tradição e das referências religiosas, a magia – *Zauber* -, por um lado, e, por outro lado, o novo saber jurídico, assente no direito positivo e na profissionalização dos conhecedores desta matéria – *Entzauberung*. Quase um século mais tarde, é de outro desencanto que se trata."⁸⁰

Na convergência de um olhar crítico sobre o paradigma que deu (ou ainda dá) forma ao nosso tempo contemporâneo, está um olhar renovado sobre a possibilidade do conhecimento humano sobre o humano, que altera a face dos saberes, especialmente dos saberes sociais, e dessacraliza o império de uma razão universal que tudo poderia abranger. A revalorização da tradição, do local, do particular, das singularidades, da imprevisibilidade, da contingência, da ambiguidade, são, igualmente, pedras de toque deste pensamento, que também se revela no de Hespanha.

António Hespanha não se limitou a conceptualizar um diagnóstico; com base nele, propôs,

⁸⁰ PIERRE GUIBENTIF, “Teorias Sociológicas Comparadas e Aplicadas – Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao Direito”, in *Cidades – Comunidades e Territórios*, nº 14, Lisboa, CET-Centro de Estudos Territoriais/ISCTE, 2007, pp. 90-91.

também, visões alternativas de futuro (ou, melhor dizendo, de presente, que sempre foi o tempo que mais lhe interessou). Nessa medida, e no que respeita à acção do Estado (determinante, como bem mostra Scott, na conformação do paradigma da modernidade jurídica), Hespanha formula um projecto em que o Estado ocupe menos espaço e o devolva aos cidadãos, às comunidades, aos indivíduos, através de uma redução do seu papel de regulação directa, que reposicione as suas principais funções como garantias da produção de regulação das próprias comunidades ou que, pelo menos, em paralelo lhes dê espaço legítimo. O pós-estadualismo de Hespanha também devolve lugar às idiossincrasias locais e particulares dos indivíduos e comunidades através da possibilidade de elevação de um direito do quotidiano, da vida, ao estatuto do jurídico, até agora monopolizado e mitificado pelo império de um direito cientista e de pretensões universalistas.

Mas apesar da crítica aguda que lança contra o paradigma moderno, o posicionamento geral de António Hespanha é também marcado por uma moderação que é expressa na valorização de muitas conquistas da sociedade moderna; assim, não deixando de ser uma crítica profunda, o julgamento não é absolutamente radical.

Por exemplo, veja-se como a descrença do seu relativismo não permite a queda num poço sem fundo de avaloração, pois a sua construção permite âncoras firmes⁸¹; também a sua crítica das insuficiências da democracia representativa, do dirigismo constitucional e do Estado, não impede o reconhecimento de que, no presente, aquelas ainda são as melhores formas de produzir um consenso alargado e sustentador, do mesmo modo que guarda para o Estado a necessidade da sua intervenção quando a auto-regulação falhar os seus objectivos; do mesmo modo, a efectiva realização de um pluralismo jurídico não prescinde do funcionamento de uma regra de reconhecimento não só compatível com a legitimidade democrática, mas que a promova em todas as instâncias do reconhecimento em condições pluralistas. Em suma, António Hespanha cumpre a tarefa de historiador e pensador crítico do direito, interessado no

⁸¹ Veja-se a seguinte citação: "normalmente, o que queremos dizer [quando falamos na exiguidade de receitas como as de Bauman] é que elas não conseguem restaurar a certeza, a assertividade e a objectividade dos dogmatismos éticos e políticos e, por isso, não conseguem restaurar os tranquilizantes automatismos dos julgamentos éticos, políticos, jurídicos, nem a possibilidade de os transformar em «títulos executivos» contra os dissidentes. E, com isto, o relativismo pós-moderno seria responsável por uma impotência para decidir e impor soluções, mesmo em casos de risco gritante dos valores humanos. Este raciocínio envolve, no entanto, uma petição de princípio, pelo menos se supuser que antes das considerações pragmáticas e funcionalistas («é útil, é preciso que haja valores objectivos») devem estar as questões ontológicas («é possível fundar na teoria e na prática o carácter objectivo dos valores»). Pela simples razão de que da necessidade não pode inferir-se a existência. O que a premente necessidade pode exigir é que se estabeleçam princípios convencionais (...). (...) O que importa, todavia, é manter a consciência do fundamento apenas local destes valores convencionais, não os absolutizando, mas mantendo-os sempre sujeitos e suspensos do resultado do diálogo, da tensão argumentativa, que devem manter com outros universos de valores." (A. M. HESPANHA, "Recensão..." , cit., pp.1169-1170).

passado em função do presente, desenvolvendo uma leitura crítica, criativa e apurada no desvelar de estratégias ocultas e na elaboração de versões alternativas.

Impõe-se uma palavra sobre a questão que deu o mote a este texto na sua versão original: *o direito, ordem normativa de “recurso”?*. Da leitura de Hespanha é, efectivamente, possível retirar essa interpretação no âmbito do reequacionamento do papel do direito na contemporaneidade. Mas com matizes e reservas importantes.

Na sua abordagem inicial - em que imperava o entusiasmo com as possibilidades da regulação jurídica para lá do Estado -, não seria o direito como o concebemos modernamente que se transformaria em ordem normativa de recurso; o retorno a um pluralismo jurídico traria sim uma alteração da face do direito e com isso incorporaria nas dinâmicas jurídicas as demais ordens normativas que o estadualismo moderno pôs de lado – a ordem jurídica estadual é que passaria a ordem de recurso.

A revisão do pluralismo em vista de uma re-democratização do direito resultante do processo de viragem que procurei evidenciar parece indicar uma resposta distinta, em que a ordem estadual recupera saliência na arquitectura pluralista: “(...) os caminhos que aponto são, na verdade, aqueles que seguiria um jurista sensato e atento ao princípio democrático de que o direito é, no essencial, a vontade do povo, colhida das fontes da sua manifestação mais controladas, mais inclusivas e mais argumentadas de que dispomos – a constituição e as leis. Depois virão outras normas, que reflectem a complexidade normativa do direito, mas que a democracia representativa cobre mal. Essas, porém, têm que ser aceitas sempre a benefício de inventário, testando a sua compatibilidade com o fundamento democrático do direito”⁸². Nesta perspectiva modelada, já não é a ordem estadual que passa a ser inteiramente de recurso, ainda que o Estado, esse sim, continue a ceder o “papel de representante *exclusivo* da comunidade”⁸³. Mas também podemos perspectivar a questão do direito como ordem de recurso sob outra perspectiva: a do retorno da moral; e aqui, sim, o direito é visto como um direito limitado, via preliminar da descoberta da conduta justa.

Como já mencionei noutro passo deste texto (cap. IV, sub. 2), o processo de viragem de Hespanha é manifestamente acentuado com o desencanto decorrente das transformações políticas e sociais que têm marcado as duas primeiras décadas do século XXI. Assim, a obra de Hespanha revela um percurso duplamente desencantado: primeiro, o desencanto com a modernidade, que partilha com tantos pensadores críticos do nosso tempo; depois, o desencanto

⁸² A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 10.

⁸³ A. M. HESPANHA, *Pluralismo Jurídico...*, 2019, cit., p. 98.

com as possibilidades emancipatórias de um projecto pluralista pós-estadual mais radical.

O desencanto com a modernidade é, no entanto, um desencanto com esperança e, acima de tudo, um desencanto catalisador de uma construção alternativa de um projecto de convivialidade baseado num direito verdadeiramente pluralista, inclusivo, consensual, estabilizador e de radical desconstrução e desmistificação dos ideais de neutralidade, cientificidade e objectividade dos processos jurídicos e da função dos juristas.

Em contrapartida, o último desencanto de Hespanha parece ser mais profundo, por já não vir acompanhado da mesma esperança naquele projecto convivial alternativo; pelo contrário, é um desencanto que obriga a um retorno distinto daquele que ele desejaria inicialmente; mais do que um retorno, um recuo ao que tentara superar teoricamente: ao reforço do estadualismo e das instituições tradicionais da democracia representativa, sem radicais perspectivas alternativas à solução das contradições intra e inter-sistémicas dos sistemas político e jurídico, especialmente agravadas numa sociedade cada vez mais antagonizada e polarizada.

Em todo o caso, esta leitura de um percurso duplamente desencantado esconde uma outra bem mais significativa e que constitui, na verdade, um exemplo, simultaneamente, de superação e persistência intelectual. Com efeito, o *recuo prudente*⁸⁴ que Hespanha opera na última fase da sua obra constitui, não só uma concretização da sua postura realista e atenta ao presente, como uma materialização da sua visão do projecto jurídico como um processo aberto, flexível e sempre sensível às exigências comunitárias.

Douglas-Scott destaca que “several recent accounts of law have embraced legal pluralism as an appropriate paradigm for the twenty-first century. However, very few have gone further by enquiring whether pluralism is normatively attractive, and productive of justice.”⁸⁵ Como se viu, esta é uma crítica que não poderia ser dirigida a Hespanha; não só questionou as capacidades normativas e de realização de justiça do pluralismo jurídico, como, em face das opacidades e défices democráticos de algumas formas de pluralismo (em especial, o pluralismo decorrente das formas de globalização em contexto neoliberal e o característico do projecto europeu), abraçou a tarefa de revisão da sua teoria pluralista.

Para além disso, o esforço de actualização da sua obra e a tentativa de conceptualizar uma compatibilização entre os paradigmas pluralista e democrático constituem, afinal, um exemplo

⁸⁴ Numa abertura solene das aulas da Universidade Autónoma, António Hespanha, encarregue de proferir a ritualística *oração de sapiência*, preferiu chamar-lhe *oração de prudência*, esclarecendo que entendia “a palavra prudência no seu sentido mais rico, o seu sentido clássico, de «ciência da prática», ou seja de um *exercício* de humilde e despreconceituosa observação da inabarcável riqueza do real”. É também nesse sentido que aqui utilizo a expressão *recuo prudente*. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, “O poder, o direito e a justiça numa era de perplexidades”, in *Administração – Revista de Administração Pública de Macau*, nº 15, vol. V, 1992, p. 7.

⁸⁵ S. DOUGLAS-SCOTT, *Law after...*, cit., p. 16.

de singular humildade intelectual e radical esperança nas potencialidades reconstrutivas do pensamento crítico e reflexivo.

A capacidade de persistir na reformulação de alternativas, com e contra a incerteza, assumindo a provisoriedade dos saberes construídos, é, certamente, um legado maior, que conviria não perder de vista, em especial, no momento em enfrentamos uma das mais poderosas crises do nosso *estado de crise*⁸⁶ colectivo e que introduz no nosso léxico um novo *pós* – o pós-pandemia. Não tenho dúvidas que a nova face da globalização trazida pela crise Covid-19 às nossas sociedades seria um catalisador poderoso para o questionamento de António Hespanha e, em especial, para o seu olhar sobre a acção do Estado e por meio do direito. Experimentar uma crise e emergência tão multifacetadas e, como nunca antes, verdadeiramente globais, no contexto da crise perene da agência do Estado⁸⁷, convoca *novos* e paradoxais dados para a equação do pós-estadualismo e do papel do direito estadual. Como sublinhou Boaventura de Sousa Santos, “a pandemia do novo coronavírus veio mostrar de maneira particularmente vincada duas realidades dissonantes. Por um lado, os Estados foram convocados a proteger os cidadãos das consequências sanitárias, sociais e económicas da pandemia. Não se tratou de uma escolha dos cidadãos, tratou-se do recurso à única instância existente. Por outro lado, quando a pandemia eclodiu, no início de 2020, a maioria dos Estados estavam totalmente despreparados para enfrentá-la e, portanto, para proteger os cidadãos.”⁸⁸

É ainda muito cedo para especular se *o Estado como única instância existente* poderia, eventualmente, levar a um rearranjo da arquitectura de saliências do modelo pluralista e pós-estadualista de Hespanha; mas levaria, certamente, a um reforço das exigências reflexivas e das competências epistémicas necessárias para fazer face ao complexo circuito de comunicações inter-sistémicas que, entre o direito, a política, a sociedade e a ciência, concorrem para decisões inadiáveis e urgentes em face de consensos tão frágeis e provisórios como aqueles que nos guiam em tempos de pandemia.

⁸⁶ Cf. Z. BAUMAN e C. BORDONI, *Estado de Crise*, cit.

⁸⁷ Cf. Z. BAUMAN e C. BORDONI, *Estado de Crise*, cit.

⁸⁸ BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, “Desafios à democracia: estado de emergência em tempo de pandemia intermitente”, in José Reis (coord.), *Palavras para lá da pandemia: Cem lados de uma crise*, Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2020, p. 40.