

REVISTA DA FACUL-
DADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



VOL. XXXIV

1993

COMISSÃO DE REDACÇÃO

PRESIDENTE

Prof. DOUTOR PAULO DE PITTA E CUNHA

VOGAIS

Prof. DOUTOR JORGE MIRANDA

Prof. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL

Prof. DOUTOR DUARTE NOGUEIRA

Mestre RUI CARLOS PEREIRA

Mestre TERESA LUSO SOARES

Mestre LUÍS MÁXIMO

Mestre JORGE BACELAR GOUVEIA

I. Estudos

ANTONIO LA PERGOLA — <i>L'unione europea fra il mercato comune ed un moderno tipo di confederazione</i>	9
JEAN-CLAUDE GAUTRON — <i>Remarques sur une discontinuite historique: La jurisdiction entre le droit revolutionnaire et le droit europeen</i> ...	39
LOURIVAL VILANOVA — <i>Política e direito — relação normativa</i>	53
JORGE MIRANDA — <i>Les fondements constitutionnels de l'organisation economique</i>	63
SÉRVULO CORREIA — <i>Separation of powers and judicial review of administrative decisions in Portugal</i>	87
ANTÓNIO VITORINO — <i>Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: Concorrência ou complementaridade</i>	111
JORGE BACELAR GOUVEIA — <i>A protecção de dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal</i>	181
SÉRGIO GONÇALVES DO CABO — <i>A delimitação de sectores na jurisprudência da comissão e do tribunal constitucional</i>	239

II. Vida da Faculdade

Nos 80 anos da Faculdade

— INOCÊNCIO GALVÃO TELLES.....	341
— JORGE MIRANDA	351
ARMANDO MARQUES GUEDES — <i>Doutoramento honoris causa de Antonio la Pergola</i>	361

PEDRO SOARES MARTÍNEZ — <i>Doutoramento honoris causa de Maurice Allais</i>	365
JORGE MIRANDA — <i>Apreciação do curriculum vitæ do Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho</i>	372
ANTÓNIO LUCIANO PACHECO DE SOUSA FRANCO — <i>Relatório curricular sobre a actividade económica exercida como Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>	387
JORGE MANUEL MOURA LOUREIRO DE MIRANDA — <i>Relatório da actividade pedagógica e científica no período de 1988 a 1993</i>	412
<i>No 10.º aniversário da morte do Prof. Doutor João de Castro Mendes</i>	436
<i>Protocolo relativo ao apoio à Faculdade de Direito de Bissau</i>	438
<i>Convénio entre as Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Eduardo Mondlane</i>	443
<i>Regulamento de doutoramentos da Universidade de Lisboa</i>	447
<i>Normas relativas à concessão do grau de Doutor Honoris Causa pela Universidade de Lisboa</i>	460
<i>Regulamentos do mestrado</i>	462
<i>Plano de desenvolvimento da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa até ao final da década</i>	477
JORGE MIRANDA — <i>Mestrados em ciências jurídico-criminais e em ciências jurídico-civilísticas</i>	482
JORGE MIRANDA — <i>Sobre as propinas universitárias</i>	484
JORGE MIRANDA — <i>Carta ao reitor</i>	501
<i>Regime de prescrições</i>	503
<i>Revisão de provas escritas</i>	506
<i>Revisão de provas escritas</i>	508

ÍNDICE	519
<i>Intervalo entre os resultados das provas escritas e as provas orais.....</i>	509
<i>Aulas teóricas suplementares.....</i>	510
JORGE MIRANDA — <i>Declaração de voto.....</i>	511

POLÍTICA E DIREITO — RELAÇÃO NORMATIVA

Pelo *Prof. Lourival Vilanova*

(Da Universidade Federal de Pernambuco)

1. A realidade social que nos é dada na experiência é uma multiplicidade interrelacionada. Não é conjunto de um só facto, nem uma pluralidade dispersa de factos. Nem tão-pouco esses factos múltiplos se dispõem linearmente, como em série, sempre uniformes em sua composição interior. Dispõem-se em segmentos, uns subpostos, outros sobrepostos, uns em coordenação, outros em relação de subordinação, de tal sorte que a realidade social apresenta-se como uma heterogeneidade estruturada. É assim a realidade social parcial, como a realidade social global, tanto a micro como a macro-sociedade. Empregando categoria de HUSSERL, é uma multiplicidade objectivada o que se realiza historicamente. Essa textura de complexo heterogéneo (H. RICKERT) apresenta à teoria do conhecimento problemas desconhecidos nas ciências do homogéneo (contínuo homogéneo).

2. Não conduz a conhecimento sistematizado ir percorrendo o itinerário da realidade social, recolhendo o que se dá e como se dá. Há que se partir de pressupostos conceptuais, onde o papel da indução dos casos concretos é meramente genético na fase do processo de formação do conhecimento. Da indução se parte, e à indução se regressa para testar a validade da proposição universal. Mas, sem um mínimo de notas seleccionadas que perfaçam um

esquema conceptual relativamente *a priori*, face aos possíveis factos ocorrentes, distinção nenhuma habilita o sujeito cognoscente para separar o facto económico do facto religioso, o facto político do facto económico e jurídico, ou estético e militar.

3. Sem uma conceptualização preliminar e provisória, o diferencial dos factos não dá lugar, logicamente, a classes ou conjuntos. O que se nos dá na experiência é um *continuum* diferenciado. Sem preordenação metódica, como distinguir o económico e o jurídico, o jurídico e o político, recompondo, em nível de saber científico, a interrelacionalidade que jaz na textura do real? Em rigor, não há o facto económico puro, o facto jurídico puro ou o facto político puro. O facto puro, seja ele de qualquer subespécie, é resultado de um corte abstracto feito pelo conceito fundamental que desarticula o contínuo heterogéneo em segmentações homogéneas, o que reconstrói o dado em porções racionalizadas. O imediatamente dado na experiência é uma concrecência de aspectos que excedem os limites do conceptual, que tem sempre um certo *quantum* de abstracto, mesmo os conceitos concretos. O individual como único somente cabe no nome próprio, ou em nome comum limitado por qualquer quantificado de unicidade.

4. Mesmo, a realidade social mais primitiva não é rigorosamente uni-segmental. Tem uma estrutura interna, cujos elementos componentes se formam por oposição e complementariedade. Um não é sem ser contra-outro, não persiste sem a oposição dinâmica do que difere. Já na família primitiva, o sacral, o económico, o poder, o *etos* surgem em dialéctica oposição. Por isso em processo de diferenciação, em recíproca exigência de contraste.

5. Não vamos girar em torno de definições de política e de direito, que são várias, dependendo até dos campos cognoscitivos onde se opere. Acontece o mesmo com o termo Estado, que os engloba como constituintes indispensáveis. O termo Estado tem aplicação mais larga no domínio da sociologia que no domínio da dogmática pública. O historiador e o sociólogo registam sua existência em sociedades globais ainda — primitivas para a considera-

ção jurídica sistematizada. Mesmo, sem um processo de diferenciação complexo, contanto que haja a diferenciação mando/obediência, ainda que precárias e instáveis formações, de poder, que as exerça, mesmo poder que mal ultrapasse o poder familiar ou o poder para decidir *ad hoc* as situações de conflitos externos, mesmo assim existe poder político, existe Estado em formação. Conota-se o termo Estado em função do campo cognoscitivo, para delimitar a área metodológica, sem desprezar aspectos que sob outros pontos de vista são irrelevantes.

6. O Estado é a objectivação espiritual mais alta no processo da História. Viu-o HEGEL sob o ângulo do acontecer metafisicamente interpretado. Do ponto de vista positivo, é o estágio mais denso do processo de integração sociológico. Sociologicamente, o direito é pré-estatal. Outras formações não-estatais surgiram. Desde que há coexistência de vários indivíduos, surge a possibilidade de conflitos, onde um querer pretensor opõe-se a um querer em contraste. A interindividualidade da existência social põe, impõe, exige a regra de compatibilidade entre vontades díspares. A acção recíproca, de que é tecida a interindividualidade, é acção sob a forma da juridicidade. Mesmo que outras regras não-jurídicas componham a intersubjectividade ordenada ou articulada em sociedade, a ordem e estabilidade que requerem provêm do *poder e das regras de conduta*, provêm, portanto, da política e do direito.

7. Inexiste poder sem relação sob a espécie de acção recíproca (SIMMEL, MAX WEBER), sem a relação mando/obediência. Só a título de um precipitado abstracto isolamos o poder, prescindindo momentaneamente da norma que lhe confere legitimidade. Sempre um *quantum* de legitimidade para ter a resposta de um assentimento. E por mínima que seja a legitimidade, na forma, por assim dizer, lógica, ela se acha na relação de sujeito a sujeito, no tratar o outro como sujeito e não puro objecto. Poder em sentido sociológico e político não se exercem sobre uma ilha ou um penhasco. Exerce-se dominação natural, ou exploração, ou utilização: enfim, relações não-intersubjectivas. A apropriação sobre

coisa-de-ninguém, em direito privado ou público, é um comportamento não com a coisa, mas face a outro ou outros sujeitos potencialmente apropriadores, excluindo-os universalmente. Em rigor, nem a coisa é coisa pura. O vento que arrancou o fruto da árvore, jogou-a num mundo de qualificações jurídicas, ainda que negativas, pois ser coisa-de-ninguém é categoria que pressupõe um universo de factos jurídicos, onde há coisas com dono e coisas-sem-dono.

8. A relação entre poder e direito, entre política que é a objectivação institucionalizada ou não-institucionalizada do poder em face do direito, que é uma objectivação institucionalizada ou difusa das regras de convivência dentro das quais o poder se realiza, é problema que dá margem a vários ângulos de consideração. Antropológico, um; sociológico, outro; técnico-dogmático outro ainda; e filosófico mais outro.

Ficamos circunscritos aos pontos de vista sociológico e técnico-dogmático, dispensando, pouca atenção à citação de autores e obras e teses, que são indispensáveis à integral compreensão do tema. Retemos o minimamente importante para esse tema. Sublinhamos que a acção social (PARSONS) é interacção subjectiva, entre sujeitos, não entre sujeito e objecto. Que onde há relação social, por mínima e estável que seja, surgem regras. O normativo permeia todo o tecido social. Há relações de poder na família primitiva, regradas normativamente por modos de manifestação sacral, mítica, de usos e costumes. O grau de politicização corresponde ao grau de juridicização. Uma sociedade mágico-religiosa (GURVITCH) tem um sistema de poder e, portanto, um sistema político de fraca racionalidade. Mesmo na sociedade global arcaica (tribo, fratria, cúria) predominam sistemas de parentesco que impedem a secularização do poder e, com isso, a impersonalização do poder político que decide e é fonte legitimadora do direito. Há uma certa correspondência entre as fases do grupo social (tal como o delineou WEBER) e as fases do poder e do direito. O direito e o poder são arcaicos, tradicionais, ou racionalizados, acompanhando o ritmo que atravessa a sociedade.

9. Um fenómeno que é geral no processo do poder é sua tendência intrínseca para se desprender da pessoa que o exerce. São vários os factores responsáveis por essa impersonalização, ausente no poder arcaico e saliente no poder racionalizado. É a esse processo que BURDEAU denominou de institucionalização do poder.

10. Retomemos o problema acima considerado. Pode-se delimitar o começo da política com a despersonalização do poder. Primeiro dizemos: a relação sociológica de poder (mando/obediência) é possível sem a politicização do poder. Sociedades pouco diferenciadas, com predomínio de relações de parentesco e escassa projecção espacial (agregado de famílias) aglutinam-se sob um poder, que dá coesão e ordem ao grupo. Porém, o poder exerce-se revestido de concepção mística, mágica e é inseparável de quem o exerce. Não é poder sem regra ou norma. Sem norma (usual, tácita) não se explica que um indivíduo exerça dominação sobre uma pluralidade de sujeitos. Sociologicamente, dá um processo de legitimação. Se não é o carisma, a tradição, a força física, é a aceitação de uma regra de legitimidade. O poder conta com um mínimo de juridicidade, mas carece de politicidade.

11. Podemos dizer que política e poder se implicam, como se implicam política e direito. A política é a objectivação impersonalizada (em algum grau) do poder. É uma formação específica; por isso, nem todo poder, que é relação social, é político. Há o poder sacral, o poder económico, o poder militar, poder de grupos não-políticos, enfim. O mínimo comum a todos os poderes é a relação mando/obediência, diferindo uns dos outros pelos fundamentos e pelos fins perseguidos. Se há fins diversos, haverá técnicas de acesso aos fins, justamente os meios. O corte meio/fim é relativo no campo da interindividualidade social. O meio M' torna-se fim F' que, por sua vez, permuta-se em meio M'' para o fim F''. Essa interrelacionalidade meio/fim foi anotada por WUNDT, e é semelhante à interrelação vocábulo/significado. Um termo para vários significados, e, reversivamente, um significado para vários termos.

12. Não é certa, por isso, a tese (MICHEL DEBRUN) de que não há fenómenos especificamente políticos em-si-mesmos. Qualquer fenómeno social pode tornar-se político. O que existe é a probabilidade maior ou menor de politicização. Há factos fracamente políticos (os artísticos), outros, fortemente tendentes à politicização. O poder, em sentido estrito, é o fenómeno de mais potencialidade no sentido do servir-se do poder. O certo é que os fenómenos políticos são susceptíveis de tomarem *conteúdos* sociais diversos: conteúdos culturais, religiosos, económicos, militares. Grupos que são portadores de fins apenas gremiais podem-se politizar (associações estudantis, organizações profissionais) se se valem da técnica do poder: com agentes dirigentes que concentrem força, ideário que motive a acção como ideia-mito, persuasão como factor de aglutinação.

A política tem no poder sua sede própria. O que é política numa planificação económica não é a economia, mas a relação de poder através da qual se implanta o plano e se procura realizar-se. Para isso, a política se vale do direito, pois sem normas o plano carece de organização e de força vinculante. Através do poder a política se generaliza, deixa de ser uma acção tópica, local, do grupo, para se expandir como ideia geral, como benefício social, bem-comum. Sem essa concepção de generalidade careceriam de sentido a propaganda, a doutrinação, a expansão oratória dos seus participantes, não com o fito de expor teses e enunciados verdadeiros, mas com o propósito de convencer, persuadir, motivar condutas. A linguagem política contém projecção utópica; não é retrospectiva, mas prospectiva; não é descritiva sob o modelo da objectividade, mas performativa, porque modeladora da acção. Quando o discurso político é conservador sem dimensão de futuridade, há alguma estratégia manifesta ou subreptícia de réplica, de atitude opoente, de contra-militância. Não escapa à dialéctica de posições e contraposições que é característica da estrutura conflitual do facto político.

13. A política, em face dos possíveis conteúdos sociais a que serve, comporta-se como forma diante da matéria socialmente dada. As formas de acção recíproca, que conformam a estrutura do

mundo social, são a dominação, a concorrência, a cooperação, o conflito, a luta, a imitação, a inovação, a união, a integração, a solidariedade, a divisão do trabalho e outras modalidades do proto-facto «um estar com os outros», o estar em relações de aproximação ou distância (WIESE), o conviver na paz ou em militância com inimigos ou opositores. Essas formas de acção recíproca dão origem às estruturas sociais. Ordinariamente, não se dá uma forma social articulada por um só tipo de relação. As relações confluem, estão copresentes em graus diversos, e o que tipifica uma forma é a predominância de relação recíproca em jogo.

14. Não há interacção social sem normatividade. Qualquer que seja o conteúdo da interacção (cooperação para a caça, cooperação e ordenação para a guerra), isto requer a possibilidade fáctica de a acção estar limitada. Mesmo na relação despótica absoluta (conceito-tipo limite), o ser tem de saber previamente o mínimo que lhe é dado fazer ou omitir. Se ao déspota tudo é licitamente possível, paralisa-se a dinâmica social: inexistente previsão normativa do lícito e do ilícito.

Mas nem todas as normas são jurídicas. Há preceitos jurídicos e preceitos não-jurídicos, indiferenciados das demais espécies de preceituação. Com o processo de diferenciação social, o direito vai-se destacando. Há fases pre-políticas do direito e fases políticas pre-estatais. Podemos dizer: onde há interacção, há um mínimo de poder que articula a intersubjectividade; onde há poder, há normas não-jurídicas, ou não-jurídicas ainda, mas já se fazendo lentamente jurídicas. O suporte fáctico de um poder tende a juridicizar normas: as normas sustentam (por legitimação mínima que seja) o poder, e o poder dá às normas a provisão de eficácia indispensável à sua função estabilizadora de equilíbrio.

15. Assim, onde existe comunidade encontra-se o poder. A relação de poder é relação de sujeito a sujeito, cuja objectivação social é a conduta. Tem poder quem detém capacidade para canalizar a conduta social, dispondo nos devidos lugares os elementos do conjunto, que são os sujeitos intervenientes. Várias são as espécies de normatividade que transformam o poder, revestindo-o,

tirando-o do mero ser fáctico da dominação e da violência para o plano cultural da acção com sentido de ordem. Dizê-la justa é tomar epocalmente o termo justo. O poder tem por meio a força (que não é a violência) e por fim o justo dispor dos objectos que também são sujeitos. O sujeito do poder é também objecto do poder. É o que se pode qualificar logicamente como relexividade (inevitável) do poder político. O sujeito S aplica a norma N ao suporte fáctico ocorrente. Se nenhuma outra norma, no tópico de sobre-norma, obriga-o a aplicar ou desaplicar N, se norma alguma lhe confere discricionariedade para amparar-se em juízo de valor subjectivo, o poder é despótico: a facticidade reabsorveu a normatividade, desnudando-a em pura natureza.

16. Dizer que o poder recobre-se de normatividade e a norma ampara em efectividade um poder, equivale a afirmar que política e direito exigem-se no processo social de objectivação. A política e o direito que reciprocamente se implicam (superada a fase pré-política do direito e a fase pré-jurídica da política) têm isso em comum, em face da multiplicidade heterogénea da realidade social: são formas que politicizam ou juridificam conteúdos. E há até um processo em ritmo dialéctico que consiste na despolicização do que é político e na desjuridicização do que é fim ou conteúdo do direito. Em princípio, nada do que é conteúdo social resiste a ingressar como matéria de poder ou em matéria de direito. O sacral, o estético, o saber científico têm estado ao alcance do político e do direito. Em outras épocas, normas tutelam o ofício sacro, a criação artística e a investigação do saber: mas sempre normas que demarcam até onde pode legitimamente ir o Estado, ou impedem o poder concentrado, dividindo-o em feixes de competências, que se actualizam em dinâmico equilíbrio. Para maior garantia da estabilidade de tais regras, o legislador ordinário ou o constituinte colocam-nas em nível supralegal ou, até em nível supraconstitucional (penso aqui na supraconstitucionalidade dos direitos fundamentais no direito constitucional francês).

17. Conceptualmnte, e por mero corte metodológico de análise, política e direito distinguem-se, mas interactuam na reali-

dade do acontecer histórico-social. Se a um CARRÉ DE MALBERG cabia dizer que o poder constituinte é insusceptível de qualificação jurídica, quer dizer, é suporte fáctico desprovido de normatividade, que é, portanto, politicidade, não está muito distante da tese kelseniana de que ele não ocorre no interior de um sistema, de que o poder constituinte (originário) é extra-ordenamental, transcende o sistema; se não, seria intra-sistemático, regrado por norma positiva. Se o fosse — argumentando na linha do pensamento kelseniano — seria norma positiva supérflua, pois o poder constituinte fundamental tudo pode, inclusive revogar tal norma, que não é subordinante, nem pelo conteúdo nem pela forma procedimental. O *Urfaktum*, que é o poder constituinte, não topa, no interior de sistema, que se acha *in fiere*, com qualquer norma que discipline o *Erzeugungsprozess*. O poder constituinte é facto político, é o proto-facto do poder que origina a normatividade dentro da qual se aprisiona. Aprisiona-se até certo ponto. Aqui e ali há hiatos de normatividade, por onde escapa a politicidade constituinte em sua primigénia força. Por isso, para dar fechamento ao sistema, topologicamente conferir-lhe um ponto-origem, não há senão o recurso transcendental à norma básica, que é uma hipótese-limite de legítimo uso para a génese lógica (lógica, vê-se) do conhecimento sistemático.

18. Somente quando a política institucionaliza-se em Estado, torna-se ele no centro de convergência de toda ou quase toda criação e aplicação do direito. Tecnicamente, converte-se em *fonte* única. Mas essa unicidade é um processo político. Pretende-se que a vontade de poder actualiza-se racionalmente. Racionalizar o poder é envolvê-lo em previsões normativas, pois as regras incrustam-se no real como probabilidades de conduta, evitando o vaguear incerto e arbitrário da vontade carismática ou da vontade tradicional, que é certa e previsível porque há repetência, iteractividade, sem mutação histórica, do que vale porque assim se vem fazendo.

19. O Estado de Direito liberal-democrático (até certo ponto social-democrático) é uma doutrina e uma praxis políticas.

Visa reduzir o *quantum* de politicidade tanto no Estado quanto na Economia. Por mais larga que seja a redução, sobre-restam política tanto no Estado, que é político por inerência, quando na relação do Estado com a Economia. O direito de conteúdo económico é político por sua fonte técnica de convalidamento. Não é a Economia que confere a normatividade, é a normatividade que traça a directriz da acção social económica, como lhe dá o sustentáculo da eficácia. Mesmo no apoliticismo da economia liberal — o máximo de sociedade e o mínimo de Estado — temos uma tomada de posição valorativa e normativa, constitucionalmente garantida. Essa postura opoente reside na réplica que representa em face do Estado do mercantilismo. Aqui está uma vertente temática que não exploraremos.

20. É assunto importantíssimo, mas já cansado, falar sobre o Estado de Direito. Com brevidade de uma anotação: neste o Poder divide-se em Poderes. Cada poder é uma intersecção de atribuições. As competências se delimitam e as normas preenchem o espaço jurídico sem deixar lacunas. O que fazer e o que omitir acha-se normativamente predeterminado. Mas a racionalização normativa não desistoriciza a realidade social. Surge o caso excepcional, a ocorrência imprevista, o juízo de valor extra-sistemático pondo em funcionamento a discricionariedade dita não regulada. Todo poder de Estado, que é Estado de poder, tem sua quota de criador de direito novo. Todo direito, sem desconhecer a motivação sociológica que vem dos suportes fácticos posto no discurso universal da história, todo direito auto-põe-se, é auto-oponente (é o *selbsterzeugungprozess*) — para seguir a linha kelseniana que sempre me inspirou. Eis outra temática que delicadamente evitamos. Em obséquio ao tempo, tão resolutamente suportado por este auditório.

Lourival Vilanova

Catedrático de Teoria Geral do Estado
Professor de Lógica e Teoria Geral do Direito
Faculdade de Direito do Recife — UFPE