

Lusíada



Repositório das Universidades Lusíada

Universidades Lusíada

Mangiameli, Agata C. Amato

A liberdade e os seus limites : entre o pensamento moderno e o direito

<http://hdl.handle.net/11067/7190>

<https://doi.org/10.34628/ywz1-mj88>

Metadados

Data de Publicação	2023
Palavras Chave	Liberdade, Direito de propriedade
Tipo	article
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] LD, s. 2, n. 29 (2023)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-05-04T17:59:51Z com informação proveniente do Repositório

A LIBERDADE E OS SEUS LIMITES. ENTRE O PENSAMENTO MODERNO E O DIREITO

*FREEDOM AND ITS LIMITS.
BETWEEN MODERN THOUGHT AND LAW*

Agata Amato Mangiameli¹
Sílvia Anjos Alves (trad. port.)²
DOI: <https://doi.org/10.34628/ywz1-mj88>

Resumo: Apesar das grandes conquistas da modernidade, apesar do seu evidente esforço para colocar o indivíduo no centro e o mundo na periferia, o discurso jurídico nasceu e desenvolveu-se sob o signo do individualismo possessivo. A liberdade de cada indivíduo só pode ser legitimamente limitada pelas obrigações e através das formas necessárias para assegurar a mesma liberdade aos outros. A sociedade consiste numa série de relações mercantis e, mais particularmente, é uma invenção do homem para a tutela da liberdade individual da sua pessoa e dos seus bens e, por conseguinte, para a manutenção das relações de troca disciplinadas entre indivíduos, considerados proprietários de si próprios. Ambas as reivindicações da era moderna – o direito é apenas o direito privado/o direito é apenas o direito público – não permitem dar conta das infinitas nuances de que se compõe a juridicidade. Por esta razão, a hodierna justificação da obrigatoriedade das normas deve ser capaz de integrar as realizações fundamentais do mundo moderno com os princípios essenciais da vida civil – como, por exemplo, a solidariedade – que a própria modernidade colocou entre parênteses e renegou.

Palavras-chave: Modernidade; Liberdade; Individualismo possessivo; Direito; Direitos; Solidariedade.

Abstract: Despite the great achievements of Modernity, despite its evident efforts to set the individual in the centre and the world in the periphery, the discus-

¹ Professore Ordinario de Filosofia do Direito, Informática Jurídica e Biodireito. Dipartimento di Giurisprudenza. Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

² Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

sion on law was born and developed under the sign of possessive individualism. The freedom of each individual can be legitimately limited only by the obligations and forms that are necessary to ensure the same freedom for others. The society consists of a series of mercantile relationships and more specifically it is an invention of man for the protection of the individual freedom of his own person and property and, therefore, for the maintenance of disciplined exchange relationships between individuals, considered as owners of themselves. Both claims of Modern Era – private law is the only law/public law is the only law – cannot explain the infinite juridical nuances. As a result, today justification of law's obligatory has to be able to integrate the fundamental achievements of the modern world with the essential principles of civil life – such as solidarity, for instance – which Modernity itself has often shunned or denied.

Keywords: Modernity; Freedom; Possessive individualism; Right; Rights; Solidarity.

Sumário: I - Uma imensa reorganização da cultura é operada no mundo moderno. II - O Estado moderno é, simultaneamente, ordenamento, comunidade, organização. III - Uma assinalável reelaboração jurídica é realizada precisamente no mundo moderno. IV - Modernos ou anti modernos? V - A minha posse exclui a tua.... VI - Porquê ultramodernos?

I

Uma imensa reorganização da cultura é operada no mundo moderno

Uma imensa reorganização da cultura é operada no mundo moderno, reescrevendo a relação eu-mundo, o elo razão-experiência, a conexão linguagem natural-língua universal. A seu modo, esta imensa reorganização constitui o próprio pressuposto das transformações tecnológicas contemporâneas do conhecimento, bem como das atuais chamadas de atenção para novos anseios e novos direitos.

Entre os principais traços deste fenómeno merecem ser salientados: a *invenção* da mente, uma vez que “nada pode ser percebido por mim com maior facilidade e evidência do que a minha própria mente”³; a atração da harmonia do pensamento com o pensamento⁴ ou o apelo da matemática, um conhecimento claro e determinado, mais adequado que outros⁵, indispensável mesmo para as ciências morais e

³ É o que lemos em DESCARTES, no final da segunda meditação (*Meditazioni metafisiche*, trad. it., Roma-Bari 2011).

⁴ Aqui, de acordo com William HAMILTON, reside a diferença entre a matemática e a filosofia. A primeira é uma ciência de *imagens*, a segunda “predominantemente ocupada com *realidades*, é a ciência da existência real e não de uma existência meramente imaginada” e, assim, procura a “harmonia entre o pensamento e a existência” (*Discussions on Philosophy and Literature, Education and University Reform*, London 1852, p. 272 e ss.).

⁵ G.W. LEIBNIZ, *Meditazioni sulla conoscenza, la verità e le idee*, trad. it. in G.W. L., *Scritti di logica*,

políticas⁶; o interesse pelo método e pelas regras lógicas, isto é, o interesse por tudo o que permite ao intelecto ascender das representações imperfeitas dos sentidos e da variedade das experiências individuais à percepção das verdades gerais. Por exemplo, o interesse pela álgebra da lógica, que ensina como a linguagem e o número servem como instrumento e auxílio aos processos do raciocínio, o que revela a conexão entre os diferentes poderes do nosso intelecto, e que finalmente evidencia, nos dois domínios do conhecimento demonstrativo e do provável, “os modelos essenciais da verdade e da correção: modelos que não derivam do exterior, mas estão profundamente enraizados na constituição das faculdades do homem”⁷.

Estes traços do mundo moderno encontram-se bem sintetizados na observação de Rorty: “a mudança cartesiana da mente como razão para a mente como arena interior não foi tanto o triunfo do orgulhoso sujeito individual, liberto dos vínculos da escolástica, mas o triunfo da busca da certeza sobre a busca da sabedoria. A partir desse momento, o caminho foi aberto para que os filósofos iguallassem o rigor do matemático e do físico matemático, ou para explicar o aparecimento do rigor dessas disciplinas, em vez de ajudar as pessoas a alcançar a paz mental. A ciência, em vez da vida, tornou-se o objeto da filosofia, e a epistemologia tornou-se o seu centro”⁸.

II

O Estado moderno é, simultaneamente, ordenamento, comunidade, organização

A imensa reorganização e a significativa racionalização que o mundo moderno opera marcam profundamente as categorias políticas e os institutos jurídicos, de modo que tudo se lhe deve, para o bem e para o mal.

O Estado moderno⁹ é, simultaneamente, *ordenamento, comunidade, organização*. Por outras palavras: uma máquina racional, eficiente, funcional, em plena sintonia com os imperativos da modernização social, cultural e econó-

Roma-Bari 1992, I, p. 160 e ss.

⁶ Porque, sem a aplicação dos rigorosos métodos do cálculo, em breve chegaríamos ao ponto em que todo o progresso se tornaria impossível, e o caminho das ciências morais e políticas, como o das ciências físicas, se interromperia. Daí uma verdadeira ciência autónoma, precisamente a *Matemática social* de Condorcet: “vemos que nenhum dos nossos interesses individuais lhe é estranho, que não existe nenhum sobre o qual ela não nos dê ideias mais precisas, conhecimentos mais certos” (*Tableau général de la science qui a pour objet l'application du calcul aux sciences politiques et morales*, in *Œuvres*, Stuttgart-Bad Cannstatt 1968, I, pp. 539-541).

⁷ G. Boole, *Indagine sulle leggi del pensiero su cui sono fondate le teorie matematiche della logica e della probabilità*, trad. it., Torino 1976, p. 11.

⁸ *La filosofia e lo specchio della natura*, trad. it., Milano 1988, pp. 47-48.

⁹ Para outras considerações vd. o meu *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, Torino 2004, *maxime* p. 65 e ss.

mica¹⁰; uma máquina que após um processo longo e estruturado (de construção) exprime: a estrutura impessoal do poder, o monopólio do uso da força, a legitimação, a territorialidade. Constitui uma grande obra de fundação e estruturação, exigida por uma razão “que se dá o seu próprio fundamento” e que naturalmente evita “a contradição de querer o estado de natureza”¹¹. No centro está a separação da sociedade civil¹², que resulta na indiferença do Estado a uma série de comportamentos dos indivíduos e, para os outros, ao invés, na possibilidade de reclamarem o reconhecimento de uma posição subjetiva, em termos de direitos de liberdade. No centro está ainda o abandono na admirável concórdia de algumas reivindicações e muitas controvérsias¹³; o Estado deve, assim, ganhar a lealdade dos cidadãos com base na sua capacidade de refletir e/ou representar opiniões, os direitos e os interesses dos próprios cidadãos¹⁴. A relação direitos-Estado é o resultado de uma realização fundamental, ou seja, a solução simultânea dos problemas da legitimação e da integração social, que o Estado conseguiu oferecer graças à combinação e evolução do aspeto jurídico-político e do aspeto propriamente cultural. Em suma, a soberania e a consciência nacional, apesar dos riscos óbvios e das ambivalências¹⁵ perigosas, desempenham um papel decisivo na afirmação dos direitos.

Para o Estado encontrar novas fontes de legitimação, tendo fracassado o fundamento religioso (cuja fórmula era: *pela graça de Deus*), e ter sucesso em inte-

¹⁰ Daí o sucesso do Estado-nação por comparação com modelos políticos anteriores; vd. M. R. Lepsius, *Interessen, Ideen und Institutionen*, Opladen 1990, *maxime* p. 256 e ss.

¹¹ H. Blumenberg, *La legittimità dell'età moderna*, trad. it., Genova 1992, *maxime* p. 232.

¹² Basta lembrar a consequência, segundo HEGEL, da possível confusão: “se o Estado se confunde com a sociedade civil, destinando-o à segurança e à proteção da propriedade e da liberdade pessoais, o interesse dos indivíduos enquanto tais é o objetivo último para que se reúnem, daqui resultando que é facultativo ser membro de um Estado” (*Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it., Roma-Bari 1974, § 258, 239).

¹³ Antes de mais, as controvérsias religiosas. De resto, Bodin e Hobbes “não se posicionaram ao lado do Estado por arrogância, mas por desespero, quando viram que a prepotência dos teólogos e sectários alimentava continuamente a guerra civil. Eles não pensaram em fundar uma nova religião, e muito menos uma religião de secularismo e de positivismo” (C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, trad. it., Milano 1987, pp. 75-76).

¹⁴ D. Held, *Democrazia e ordine globale*, trad. it., Trieste 1999, pp. 53-54.

¹⁵ A soberania, a seu modo, pode manter internamente a ordem pública e proteger externamente as suas fronteiras; a consciência nacional, a seu modo, une os membros de uma comunidade política e fortalece a sua posição na insociabilidade das diversas consciências nacionais. Trata-se de entender as palavras corretamente e abandonar absolutizações perigosas, como a realizada pela equação (universal e inderrogável) Estado e nação. Daí a necessidade de repensar - como observa MATHIEU - o conceito de nação “após a derrota dos nacionalismos... O que são nações? Que funções legítimas têm na história da civilização? A nação é um conceito essencialmente cultural, por três motivos: 1) é difícil encontrar-lhe outro fundamento; 2) é difícil encontrar uma cultura autêntica que não tenha caráter nacional; 3) é difícil formular a hipótese de uma cultura universal que se afirme contra, e não por meio das culturas nacionais” (*I nazionalismi contro le nazioni*, in V. M., *L'uomo animale ermeneutico*, Torino 2000, p. 239).

grar uma população agora arrancada aos laços sociais de tipo estamental, escreve Habermas, “havia necessidade de uma ideia que produzisse motivações fortes, uma ideia que apelasse aos corações e às mentes das pessoas com mais intensidade do que a ‘soberania popular’ e os ‘direitos humanos’”¹⁶. É a ideia de nação que preenche o vazio: ela permite que o Estado, mesmo na tensão inevitável e permanente entre o particularismo de uma comunidade histórica de destino e o universalismo de uma comunidade jurídica igualitária, se apresente como unidade: ora como *unidade de um povo* com o direito à autodeterminação (soberania externa), ora como *unidade de cidadãos* livres e iguais com o direito à autodeterminação democrática (soberania interna).

O Estado-máquina é gradualmente mais sofisticado, tende a ser ao mesmo tempo *unidade de paz, unidade política na decisão, unidade jurídica de normas*¹⁷.

III

Uma assinalável reelaboração jurídica é realizada precisamente no mundo moderno

Uma assinalável reelaboração jurídica é realizada precisamente no mundo moderno, delineando a nova relação norma-realidade, dever-ser, certeza-justiça. Essa enorme reformulação pressupõe a autonomia do conhecimento, expressa pelo *eu penso*, e a autonomia do agir, como direito de todo o ser racional. É o direito da particularidade do sujeito a ser satisfeito, ou a liberdade subjetiva, a constituir o ponto central da diferença entre a antiguidade e a idade moderna¹⁸, e a conquistar o direito nas suas várias manifestações.

Um aspeto deve ser imediatamente recordado: o racionalismo ocidental é um processo de *desencanto* através do qual cada domínio não pode mais alimentar-se da autoridade óbvia das imagens religiosas do mundo, das tradições éticas, dos modelos de uma outra era¹⁹. Isto é evidente mesmo quando só tratando das três características (positividade, legalidade, formalidade) do sistema jurídico moderno.

Positividade significa, antes de tudo, que o direito é a vontade de um legislador soberano que regula de forma convencional os fenómenos sociais graças

¹⁶ A ênfase atribuída às conquistas do Estado-nação não impede naturalmente que HABERMAS trate do entrelaçamento da ideia de nação e da “vontade maquiavélica de autoafirmação”, e da entrada em jogo de um terceiro conceito de liberdade, precisamente a liberdade *nacional*, que concorre com os dois conceitos individualistas de liberdade, ou seja, com a liberdade privada dos membros da sociedade e com a autonomia política dos membros do Estado (*L’inclusione dell’altro*, trad. it., Milano 2002, maxime p. 125 e ss.).

¹⁷ A este respeito, veja-se o estudo de E. W. Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, Berlin 1978.

¹⁸ Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., § 124, 130.

¹⁹ Apresenta-se óbvia a remissão para M. Weber, *L’etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it., Milano 1991. Sobre este ponto ver, em particular, J. Habermas, *Teoria dell’agire comunicativo*, I, *Razionalità nell’azione e razionalizzazione sociale*, trad. it., Bologna 1986, p. 244 e ss.

a instrumentos organizacionais de tipo jurídico e, portanto, não pode ser “aperfeiçoado pela interpretação de tradições reconhecidas e consagradas”. *Legalidade* significa, acima de tudo, que o direito não imputa a pessoas jurídicas razão ética alguma fora de uma observância geral da lei, não sendo, portanto, sancionados “maus sentimentos, mas ações desviantes das normas”. *Formalidade* significa, em primeiro lugar, que o direito define âmbitos “do arbítrio legítimo de pessoas privadas”. Pressupondo o livre arbítrio das pessoas, a relação de direito privado pode ser regulada negativamente e segundo uma lógica de bilateralidade, isto é, pela limitação das autorizações reconhecidas em princípio, e não através de uma regulamentação positiva de obrigações concretas e imperativos materiais. Resumindo: “neste domínio, tudo o que não é legalmente proibido é permitido”²⁰.

Com a positivização, legalização e formalização do direito, salienta-se a necessidade de regras estabelecidas, acordadas, emitidas e interpretadas de forma racional, para que a ordem jurídica, como produto humano, seja acessível ao conhecimento e ao controlo racionais. Apesar da distância entre especialistas e leigos²¹, a validade racional, em vez da validade consensual tradicional, torna possível reduzir a probabilidade de o direito – estatuído e cientificamente sistematizado – ser utilizado arbitrariamente e de o significado das normas e dos procedimentos permanecer fundamentalmente obscuro, de modo a ser possível “pelo menos em princípio, ‘contar’ com elas, ‘calcular’ os seus efeitos, orientar a ação de acordo com expectativas precisas, por elas criadas”²². E a específica nota racional do direito moderno²³ está já nos seus três atributos intrínsecos: unidade, generalidade, estabilidade. A *unidade sistemática* implica que existe um critério para determinar a pertença das partes ao todo, bem como um princípio hierárquico unificador, pelo qual é possível voltar dos graus mais baixos (os atos executivos) para os mais altos (os atos produtivos)²⁴; implica também que as regras que compõem o sistema jurídico se encontram numa relação de coerência lógica entre si, ou seja, o sistema não tolera normas incompatíveis (antinómicas), reclamando

²⁰ *Ivi*, 364 ss.

²¹ Escreve Max WEBER: “O progresso da diferenciação e da racionalização social significa ... quanto ao seu resultado, senão absolutamente sempre, pelo menos normalmente, uma distância cada vez maior daqueles que estão praticamente imersos nas técnicas e ordenamentos racionais – que para eles permanecem globalmente ocultos, como ao ‘selvagem’ permanece oculto o sentido dos procedimentos mágicos de seu feiticeiro” (*Il metodo delle scienze storico-sociali*, trad. it., Torino 1974, p. 301).

²² *Ivi*, p. 302.

²³ Outras considerações no meu *Stati post-moderni e diritto dei popoli*, cit., maxime p. 107 e ss.

²⁴ No *Stufenbau* kelseniano, a unidade “é produzida pelo nexa resultante do facto de que a validade de uma norma, produzida em conformidade com outra norma, repousa sobre esta, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra: um processo regressivo que termina na norma fundamental pressuposta. A norma fundamental, hipotética no sentido que acabamos de precisar, é, portanto, o fundamento supremo de validade, no qual se funda a unidade deste nexa de produção (*Erzeugungszusammenhang*)” (*La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino 1966, p. 252).

assim, ao mesmo tempo, a exigência de simplicidade, clareza e certeza²⁵. A *generalidade/abstração* exige, então, que as regras sejam dirigidas a uma categoria de pessoas (precisamente, as normas gerais) e/ou regulem uma categoria de ações (as chamadas normas abstratas). A razão é simples: a generalidade e a abstração das regras são garantia de igualdade (a lei é igual para todos) e de certeza (os efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um determinado comportamento encontram-se determinados). E igualdade e certeza são os fins para os quais deve tender o direito moderno²⁶. Finalmente, a *estabilidade* constitui o outro requisito essencial do direito. Leis compreensivelmente claras na sua linguagem e racionalmente justificadas pela imparcialidade, pela objetividade e pela certeza estão, em princípio, destinadas a perdurar no tempo. E a mesma duração é, por sua vez, uma garantia de certeza, se por esta se entende - como parece - a possibilidade de conhecer a norma que regula uma ação-tipo e de conhecer antecipadamente as consequências da ação concreta.

Tanto as características (positividade, legalidade, formalidade) como os atributos intrínsecos (unidade, generalidade, estabilidade), que contribuem para fazer do direito a expressão da racionalidade moderna, são basicamente coerentes com aquela raiz individualista em que “se fundam os ordenamentos e toda a civilização da modernidade ... e da qual provêm o estabelecimento dos direitos individuais como primeiro princípio da experiência social e a justificação do Estado com base na sua garantia”²⁷. Como é comumente assinalado, nos tempos modernos, a componente de submissão pessoal está a diminuir gradualmente - não obedecemos uns aos outros, mas todos obedecemos à lei²⁸ - e isso deve-se em

²⁵ Segundo o ideal tipicamente iluminista. Escrevia Montesquieu: “aqueles que são dotados de um gênio tão vasto para poder dar leis à sua ou a outra nação devem observar alguns cuidados na forma de formulá-las. O estilo deve ser conciso ... simples ... não precisa recorrer a expressões vagas ... Quando, numa lei, as exceções, limitações, modificações não são necessárias, é preferível não as utilizar. Semelhantes detalhes geram novos detalhes” (*Lo spirito delle leggi*, lib. XXIX, cap. 16, trad. it., Milano 1996, p. 939 e ss.).

²⁶ Na *Teoria della norma giuridica* (Torino 1958, sp. 233) observava BOBBIO a tal respeito: “Acreditamos que as considerações de generalidade e abstração como requisitos essenciais da norma jurídica têm uma origem ideológica e não lógica, ou seja, acreditamos que por trás dessa teoria há um juízo de valor deste tipo: ‘é bom (é desejável) que as normas jurídicas sejam gerais e abstratas’. Por outras palavras, pensamos que a generalidade e a abstração são requisitos não da norma jurídica como ela é, mas do que deveria ser para corresponder ao ideal de justiça, para o qual todos os homens são iguais, todas as ações são corretas; ou seja, são requisitos não tanto da norma jurídica (da norma válida em um determinado sistema), mas da norma justa”.

²⁷ Nesse sentido U. Allegretti, *I diritti fondamentali fra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in P. Barcellona - A. Carrino (a cura di), *I diritti umani tra politica filosofia e storia*, II, *I diritti umani nella costruzione del nuovo ordine mondiale*, Napoli 2003, p. 10.

²⁸ Segundo H. HELLER: “o homem moderno, ao contrário do homem medieval, considera mais digno submeter-se ao poder inflexível da lei impessoal do que à autoridade de uma pessoa. O ideal de objetividade aparece para nós, hoje, como o princípio estrutural do direito; acreditamos que somos

grande parte às ideias de que o indivíduo pré-existe ao Estado²⁹, que o indivíduo é titular de direitos subjetivos³⁰, que as leis positivas são os meios para garantir a proteção dos direitos, uma vez que a ordem jurídica é um sistema de categorias lógicas em si mesmo coerente e completo³¹.

Assistimos, assim, a uma espécie de *subjectivisation du droit*³²: o direito moderno, devedor tanto da teoria do direito natural como do movimento iluminista, toma como ponto de partida para as suas definições - como qualquer outro domínio - a centralidade do sujeito³³: é - para o dizer como Hofmann - *o eu no centro e o mundo na periferia*, e àquele eu não resta mais do que recorrer a si próprio, “à sua própria ‘natureza’, ao seu caráter, às suas necessidades, interesses, capacidades e ideias, à sua própria razão”³⁴.

livres se estivermos subordinados a uma lei que desdenha todo ato arbitrário ou qualquer resistência da nossa parte” (*La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano 1987, p. 75).

²⁹ É, portanto, um artifício, produzido ora por um pacto (*subiectionis* ou *dominationis*), ora por um contrato (social) e, nos nossos dias - isto é, na versão contemporânea do contratualismo - por um *unanimous agreement* (das partes que estão na mesma situação e que “*have no basis for bargaining*”: assim, J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano 1986, pp. 127-128).

³⁰ Contudo, mesmo as agremiações humanas, reconstruídas como *sujeitos* (coletivos), dispõem de direitos, e a teoria da *volonté générale* mostra-o amplamente: “em vez da pessoa isolada de cada parte contratante, (o) ato de associação produz imediatamente um corpo moral e coletivo composto por tantos membros quantos os votos da assembleia; deste mesmo ato tal corpo moral recebe a sua unidade, o seu *eu* comum, a sua vida e a sua vontade” (Rousseau, *Il contratto sociale*, I, VI, trad. it., Torino 1966, pp. 24-25).

³¹ Um sistema no qual a dogmática jurídica desempenha um papel essencial. A partir da reconstrução de LUHMANN, pode dizer-se que, onde ambos os elementos (a regra e o facto) da “‘relação’ de aplicação do direito são contingentes”, a dogmática limita o “caráter opcional das variações”. Se o caso é um *caso*: pode apresentar-se (desta forma ou de outra) ou não, se as normas jurídicas “podem ser ‘interpretadas’ desta ou de outra forma (ou ainda podem ser instituídas desta ou de outra forma)”, então, “mediante a dogmatização do material jurídico - e isto significa antes de tudo mediante a sua elaboração conceptual e classificatória - consegue-se que, ao voltar o olhar ora para as normas, ora para os factos ... não se fica sem orientação, mas sabe-se que se está vinculado ao sistema jurídico e não se vai tão longe a ponto de se sair do sistema jurídico (*Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it., Bologna 1978, *maxime* pp. 48-49).

³² Retomo a expressão de L. Ferry - A. Renaut (*Philosophie politique*, III, *Des droits de l’homme à l’idée républicaine*, Paris 1985). Cfr. as considerações de J. Chevallier, *L’État post-moderne*, Paris 2003, p. 92.

³³ Importantes são as páginas de H. Blumenberg, *La legittimità dell’età moderna*, cit., *passim*.

³⁴ Adverte H. Hofmann: “Portanto, a velha expressão ‘direitos naturais’ não significa agora o direito da natureza em sentido amplo. O *pathos* do direito natural extraído da religião da natureza na cena noturna, no *Ritli* do Guilherme Tell ... de Schiller ... é apenas uma reminiscência poética. O que ainda é tratado filosoficamente é apenas o direito da natureza humana e, em particular, da razão humana. ‘Direito racional’ é, portanto, a melhor designação para a filosofia do direito dos séculos XVII e XVIII entre Grócio e Kant” (*Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, trad. it., Roma-Bari 2003, p. 157 e ss.).

IV Modernos ou anti modernos?

Modernos ou *anti-modernos*? Eis quanto basta para ser moderno: autonomia do saber e autonomia do agir geram os termos normalmente invocados pela teoria da cidadania - liberdade, direitos, igualdade, equidade, bem-estar, etc.

Contudo, há tanto para ser anti-moderno. Apesar das grandes invenções do mundo moderno, apesar do *eu no centro e o mundo na periferia*, o desenvolvimento e a justificação do direito foram pensados sob o signo do individualismo possessivo³⁵. Isto significou que a riqueza, o poder, o prestígio, os chamados bens exclusivos, foram considerados como os únicos verdadeiros bens, comprimindo o plano pessoal e aumentando, no plano interpessoal, o conflito e a exclusão³⁶.

O aspeto 'possessivo' é encontrado numa conceção do indivíduo entendido essencialmente como proprietário da sua própria pessoa e das suas próprias capacidades. Se ele não pode alienar totalmente a propriedade da sua própria pessoa, pode, todavia, alienar a sua própria capacidade laboral. E só assim não depende da vontade dos outros, ou seja, ele está livre de qualquer relação com os outros, exceto aquelas que o indivíduo assume na perspectiva do seu próprio interesse. Assim, a liberdade de cada indivíduo só pode ser legitimamente limitada pelas obrigações e pelas formas necessárias para assegurar a mesma liberdade aos outros e, por outro lado, nada deve à sociedade. Esta consiste numa série de relações mercantis e, mais exatamente, é uma invenção do homem para a tutela da liberdade individual da sua pessoa e dos seus bens e, por conseguinte, para a manutenção de relações de troca disciplinadas entre os indivíduos, considerados proprietários de si mesmos³⁷.

Muitos são os traços do individualismo possessivo, mesmo na presença de orientações muito diferentes e para os assuntos mais díspares.

Basta aqui referir a correlação kantiana cidadania-independência. O cida-

³⁵ Daqui a dificuldade, segundo Macpherson, de uma justificação da teoria liberal-democrática (*Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, trad. it., Milano 1973, e *La vita e i tempi della democrazia liberale*, trad. it., Milano 1980).

³⁶ As observações de LOMBARDI VALLAURI são mais do que atuais: "A riqueza, o poder, a notoriedade, o prazer que daí advém são, a nível social ou sistémico, bens exclusivos, ou seja, bens cuja posse ou gozo por um sujeito exclui (ou reduz), por natureza, a posse ou o gozo por parte de outros. A minha propriedade exclui a tua; os bens materiais (*res extensae*) são mutuamente exclusivos no espaço, de modo que o aumento de um equivale à diminuição do outro (carros infinitos = estrada zero, estradas infinitas = paisagem zero, iates infinitos = mar zero). Poder e notoriedade são exclusivos porque são comparativos; é necessário ter mais do que os outros - igual poder = poder zero, notoriedade igual = notoriedade zero - e o aumento generalizado, paritário, de poder ou de notoriedade é um conceito sem sentido" (*Il primato dei beni non esclusivi come chiave dello sviluppo umano pleromatico*, www.inventati.org 2014/04/04).

³⁷ Nesse sentido C.B. Macpherson, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese*, cit., pp. 297-298.

dão é *homem, senhor de si próprio (sui juris)* e não é um simples trabalhador: ele não pode, portanto, ser criado, empregado de loja, trabalhador à jorna e assim por diante; o cidadão, para o ser, além da propriedade natural (nem criança, nem mulher) deve possuir a propriedade económica “(e nesta pode compreender-se toda a atividade manual, profissional, artística, científica), que lhe fornece os meios para viver; e isto no sentido de que - escreve Kant -, nos casos em que para viver deve adquirir bens de outrem, ele adquire-os apenas mediante alienação do que é seu e não pela concessão que ele faça a outro do uso da sua força”³⁸.

Outro tema, a mesma linguagem: entre os “objetos do arbítrio” deve ser contado não só o direito de “possuir um objeto externo *como uma coisa*”, mas também o de “usá-lo *como uma pessoa*”. O exemplo kantiano é significativo: “a aquisição que se baseia nesta lei é, quanto ao seu objeto, de três tipos: o homem adquire uma *mulher*, o *casal* adquire *filhos* e a *família, criados*. Cada uma dessas aquisições é ao mesmo tempo inalienável, e o direito do adquirente desses objetos é o mais pessoal de todos os direitos”. E Kant continua assim: “que este direito *pessoal* seja ao mesmo tempo um direito de *natureza real* funda-se no facto de que, se um dos cônjuges fugiu ou se é abandonado à posse de outra pessoa, o outro está autorizado a todo o tempo e incontestavelmente a trazê-lo de volta ao seu poder como se tratasse de uma coisa”³⁹.

V

A minha posse exclui a tua....

A minha posse exclui a tua, a minha propriedade exclui a tua, os meus desejos por bens exclusivos ocupam todos os espaços e, em qualquer caso, eles devem prevalecer sobre qualquer outro desejo, interesse, direito ou bem.

Mesmo as duas reivindicações modernas, entre si obviamente contraditórias – *o direito é apenas o direito privado/ o direito é apenas o direito público* – recorrem à orientação individualista-possessiva e mostram toda a sua fragilidade, especialmente em relação à atual dialética cidadão-estrangeiro (emigrante, refugiado).

Na realidade, o fenómeno jurídico⁴⁰ não se vai exaurir na dimensão horizontal (de igualdade) das relações de direito privado, nem na dimensão vertical (de supremacia/subordinação) das relações de direito público. E isso é claramente demonstrado por um termo, cuja fortuna provavelmente deriva do pensamento filosófico, político, religioso e sociológico, mas que certamente é um conceito jurídico e *tem* um sentido jurídico. Trata-se da *solidariedade*: pensamos na solida-

³⁸ Sobre o dito comum “isso pode ser certo em teoria, mas não se aplica à prática”, trad. it., in I. K., *La pace, la ragione e la storia*, Bologna 1985, pp. 79-80.

³⁹ *La metafisica dei costumi*, trad. it., Roma-Bari 1983, §§ 22-23-25, p. 94 e ss.

⁴⁰ Este é um fenómeno complexo e original, como mostram as páginas de F. D’Agostino, *Parole di giustizia* (Torino 2006) e *Corso breve di filosofia del diritto* (Torino 2011).

riedade ativa ou passiva, no caso de múltiplos credores ou devedores da mesma obrigação, pensamos na solidariedade subjacente ao conceito de responsabilidade objetiva, pensamos ainda nos sistemas de solidariedade que, juntamente com a igualdade, constituem o fundamento da segurança social, pensamos também na solidariedade nacional, faceta essencial da cidadania política (e também da cidadania social⁴¹), bem como na solidariedade civil (com base no voluntariado e gerida por organizações sem fins lucrativos) e, por último, mas não menos importante, na solidariedade familiar.

Todas estas formas de solidariedade⁴², que no sistema jurídico se influenciam mutuamente e que, de certa forma, se pressupõem mutuamente (por exemplo, nenhum sistema de segurança social poderia resistir por muito tempo em caso de desaparecimento da solidariedade familiar) têm em comum o facto de não se deixarem dissolver num puro cálculo de interesses e de serem efetivamente fatores de resistência às leis do mercado e da concorrência económica⁴³, porque operam com referência a um interesse político que transcende os elementos económicos da sociedade.

A noção de solidariedade é também o pressuposto do Estado social. Neste, de facto, além das suas diferentes versões e fórmulas políticas, é geralmente projetado um direito que é o *medium* através do qual as necessidades sócio-antropológicas podem estruturar-se historicamente e encontrar resposta. Em suma: o direito social como técnica de humanização que responde à exigência de inclusão concreta, uma exigência que se torna ainda mais premente face aos desenvolvimentos contemporâneos da sociedade da informação e da globalização.

⁴¹ A cidadania social, distinta da cidadania política, assenta em três pilares: a segurança social, os serviços públicos e as liberdades coletivas garantidas pelo direito do trabalho (liberdade sindical, negociação coletiva e direito à greve). Esta cidadania social, que não se adquire pelo facto do nascimento (*ius sanguinis*) nem pelo facto de se nascer no território do Estado (*ius soli*), reúne todos aqueles que contribuem para a solidariedade nacional através de taxas e contribuições para o gozo dos serviços públicos.

⁴² Sublinha Supiot, “a solidariedade distingue-se tanto dos seguros quanto da caridade. Ao contrário dos seguros privados, que se baseiam no cálculo do risco atuarial (por um método estatístico), um regime de solidariedade baseia-se na pertença a uma comunidade, seja ela nacional, profissional ou familiar. Os membros desta comunidade que são em determinado momento os mais afortunados, ou os menos expostos ao risco, contribuem mais do que os menos afortunados ou os mais expostos, mas todos têm os mesmos direitos. Ao contrário da caridade (ou de seu avatar contemporâneo, o *care*), a solidariedade não divide, portanto, o mundo entre quem dá e quem recebe: todos devem contribuir para o regime de acordo com suas capacidades, e todos têm o direito de se beneficiar dele de acordo com suas necessidades. Expressão da igual dignidade do ser humano, a organização solidária é um freio à extensão da lógica do mercado a todas as atividades humanas. Por isso, há trinta anos é alvo privilegiado das políticas neoliberais (*Au fondement de la citoyenneté, ni assurance ni charité, la solidarité*, in *Le monde diplomatique*, novembro 2014, p. 3).

⁴³ *Ibidem*.

Uma vez mais: a noção de solidariedade é o pressuposto da União Europeia. Pensemos, mas apenas a título de exemplo, a propósito da regulação do trabalho na Europa face a transformações económicas-produtivas que alteram a capacidade de proteção social das garantias tradicionais do trabalho ‘fordista’, no relatório Supiot e nos chamados *direitos de proteção social*⁴⁴. Trata-se de conceder aos trabalhadores períodos de licença do trabalho remunerado para que possam assumir diretamente as atividades sociais que são produtoras de uma sociabilidade melhor, mas que obviamente exigem tempo e energia. Atividades de assistência, formação, estudo, compromissos sociais, atividade de voluntariado, seriam assim reconhecidas e legitimadas pelo direito como bens públicos e, como tal, protegidas, promovendo-se a sua ativação e a sua implementação⁴⁵.

A noção de solidariedade constitui sempre a chave de leitura da integração europeia, dessa integração tão pouco real dadas as suas características: integração negativa, mais que positiva, desconstrução dos direitos sociais nacionais, em vez de construção. “Temos políticas ditas de valorização do capital humano e que se expressam através da *flex security*... A conceção hoje dominante é que devemos adaptar os homens às necessidades do mercado e não adaptar os mercados às necessidades dos homens. Esta conceção desenvolve-se através de uma série de categorias jurídicas que florescem, hoje, nos vários atos criados pela União Europeia, quando se trata de flexibilidade e não de liberdade, quando se trata de *employability* e não de capacidade, quando se trata de capital humano e não de capacidade profissional. Sempre são as coisas, os produtos, no centro do interesse, e não os homens”⁴⁶.

VI

Porquê ultramodernos?

Porquê ultramodernos? A justificação atual da obrigatoriedade normativa deve ser capaz de integrar criativamente aquelas dimensões do mundo moderno que devem ser consideradas aquisições irrenunciáveis e aquelas outras que, embora importantes, foram sacrificadas no altar da modernidade. Este esforço crítico torna-se ainda mais valioso se considerarmos as novas formas de dominação, que transcendem as fronteiras nacionais, assumem um carácter opaco e convertem-se em puras formas de manipulação de indivíduos e coletividades, relativamente às quais é, portanto, importante voltar a propor formas institucionais (o Estado, a União Europeia, a Comunidade Internacional) e relações jurí-

⁴⁴ A. Supiot - P. Barbieri (coord.), *Il futuro del lavoro. Trasformazioni dell'occupazione e prospettive della regolazione del lavoro in Europa*, trad. it., Roma 2003.

⁴⁵ Ainda que as opiniões de: Viking (2007), Laval (2007) e Ruffert (2008) se tenham decididamente afastado dessa orientação.

⁴⁶ Nesse sentido, A. Supiot, *Fermare la decostruzione dell'Europa*, in www.ciss.it.

dicas (entre cidadãos, entre cidadãos europeus, entre estrangeiros) em nome da coexistência pacífica, da integração e da solidariedade.

Trata-se de recuperar a essência do direito e, com ela, o sentido dos Tratados e o significado das cartas fundamentais, especialmente num momento de grande mudança, num momento em que os processos de internacionalização económica determinam um aumento anormal do capital financeiro em detrimento da sua própria utilização no ciclo do trabalho e da solidariedade.

Contra este aumento, a ideia moderna da relação direito-direitos-solidariedade, com os seus desenvolvimentos, deve ser considerada uma importante chave de leitura. A solidariedade como elemento constitucional do ordenamento estatal, europeu e internacional foi afirmada graças à mudança conceptual da propriedade para o trabalho⁴⁷. Os bens em meu poder já não determinam a minha independência, mas minha capacidade de trabalho, desenvolvida num contexto em que a educação, o estudo e a pesquisa se tornam essenciais para o modelo de organização pública e social. O princípio da universalidade de certos direitos (saúde, assistência, educação, etc.) está também ligado à afirmação de que quem trabalha suporta o custo dos direitos de participação, dos direitos económicos e dos direitos sociais. Trabalho e solidariedade compõem assim um sistema de direitos de carácter circular.

Contra o aumento anómalo do capital financeiro, que tende a questionar precisamente os direitos da solidariedade e do trabalho, reduzindo-os à categoria de uma qualquer mercadoria, a ideia contemporânea da relação direito-direitos-solidariedade deve superar a releitura do bem (bens) e, em particular, a afirmação, no que respeita aos bens exclusivos, dos chamados bens inclusivos, que precisamente porque excedem os limites da política e da economia tradicionais, se centram na relação, preferem a espiritualidade à materialidade. “A sua lógica é a gratuidade: são criados livremente, livremente circulam e são fruídos. A divisão é a lógica dos bens exclusivos, em que o reconhecimento do diverso é tanto mais difícil quanto mais se entra em concorrência; a participação, a dos bens inclusivos. A fim de aumentar a probabilidade da paz, são necessários tanto uma distribuição justa dos bens exclusivos quanto um incremento da esfera dos bens inclusivos”⁴⁸.

De resto, se bem entendido, o direito, com sua categoria essencial, a justiça, pertence à ordem dos bens inclusivos.

⁴⁷ A grande propriedade torna-se irrelevante para a organização política do Estado, mas ainda pode desempenhar uma função, se se integra no ciclo do trabalho, ou seja, se atuar como motor do sistema de solidariedade. Como afirma a Constituição de Weimar, “a propriedade obriga”.

⁴⁸ Nesse sentido, V. Possenti, *Il nuovo principio persona*, Roma 2013, p. 251.