



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW

REVISTA
DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

2015



Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Diez Ripolles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontifícia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortego Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRECTOR

Eduardo Vera-Cruz Pinto

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte

Diogo Costa Gonçalves

Helena Morão

Miguel Lopes Romão

Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Marisa Quaresma dos Reis

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade - 1649-014 Lisboa - Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade - Cidade Universitária - 1649-014 Lisboa

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

-
- Editorial**
05-08 Nota do Diretor
-
- Francisco Noronha**
09-26 Os instrumentos de ordenamento do espaço marítimo e os conflitos de usos ou atividades na nova Lei de Bases da Política de Ordenamento e de Gestão do Espaço Marítimo Nacional
-
- Luís Heleno Terrinha**
27-53 The under-complexity of social rights
-
- Miguel Nogueira de Brito**
55-67 Miguel Galvão Teles, Filósofo do Direito
-
- Paula de Castro Silveira**
69-91 Arctic Sunrise V. Russia: The Not So “Hot” Pursuit
-
- Pedro Fernández Sánchez**
93-110 Breve Nota sobre uma Inovação na Jurisprudência Constitucional Portuguesa: Entre o Fortalecimento da Tutela dos Direitos, Liberdades e Garantias com Recurso ao Princípio da Igualdade e o Reconhecimento da Garantia de um Mínimo Existencial
-
- Ronaldo Souza Borges**
111-147 O nexó de causalidade na responsabilidade civil ambiental: o critério do risco como base de imputação de danos
-
- João Espírito Santo**
149-167 The single shareholder company of the Mozambican Commercial Law
-
- José Manuel Sérvulo Correia**
169-180 La Formation d’une Tradition Juridique Administrative Commune aux Etats de l’Europe Démocratique: L’Exemple Gréco-Portugais
-
- Ruben Ramião**
181-195 A Critical Analysis on Robert Alexy’s Theory of Legal Principles

Miguel Galvão Teles, filósofo do direito¹

Miguel Nogueira de Brito

Resumo: O presente artigo pretende dar a conhecer os importantíssimos contributos de Miguel Galvão Teles no domínio da filosofia e da teoria do direito, honrar através da análise das suas ideias o espírito de diálogo a que sempre se mostrou generosamente aberto e homenagear na revista da Faculdade de Direito um dos seus mais brilhantes juristas.

Palavras-chave: Miguel Galvão Teles; Filosofia do direito; Tempo e direito; Estado de natureza; Direito de resistência

Abstract: The purpose of this article is to raise awareness of the important contributions of Miguel Galvão Teles in the field of philosophy and theory of law, to honor the spirit of dialogue which he has always promoted by analyzing his ideas and to remember in the pages of the Lisbon Law Review one of the Law Faculty most brilliant jurists.

Keywords: Miguel Galvão Teles; Philosophy of law; Time and law; State of nature; Right of resistance

1 - Texto desenvolvido a partir da intervenção na sessão de homenagem a Miguel Galvão Teles no âmbito do seminário permanente de teoria e filosofia do direito, realizada em 23 de março de 2015. É devido um agradecimento ao Dr. José de Sousa Brito pelo convite a intervir em tal sessão.

1. INTRODUÇÃO

Dar conta do pensamento de Miguel Galvão Teles no domínio da filosofia do direito exigiria certamente maiores desenvolvimentos do que aqueles que aqui posso dedicar ao tema. Vou assim concentrar-me em três ideias que considero fundamentais ou que, pelo menos, influenciaram decisivamente o modo como penso as questões em torno dessas ideias. São as seguintes: *(i)* a coordenada temporal do direito, *(ii)* a ideia de universo jurídico e *(iii)* a ideia de estado de natureza de segundo grau. Atribuirei especial ênfase a esta última, não só pela importância que lhe dava o seu autor, mas também por me parecer a mais polémica e provocadora.

O meu objetivo é tríplice: dar a conhecer os importantíssimos contributos de Miguel Galvão Teles no domínio da filosofia e da teoria do direito, honrar através da análise das suas ideias o espírito de diálogo a que sempre se mostrou generosamente aberto e homenagear na revista da Faculdade de Direito um dos seus mais brilhantes juristas.

2. A TEMPORALIDADE JURÍDICA

A originalidade do pensamento de Miguel Galvão Teles a propósito da coordenada temporal do direito torna-se evidente se pensarmos que o mesmo se constitui como alternativa às duas perspetivas, diametralmente opostas, sob as quais costuma ser articulada a temporalidade jurídica.

Temos, primeiro, a tendencial negação da evolução do sistema jurídico no contexto da norma fundamental da teoria pura, para a qual todas as modificações do direito se devem concentrar na primeira constituição histórica, sob pena de se verificar uma rutura no sistema jurídico.

Em segundo lugar, e em sentido oposto, temos a recusa da relevância das normas constitucionais anteriores na perspetiva do ordenamento vigente, conforme é sustentado pela regra de reconhecimento de Herbert Hart.

De acordo com a perspetiva da teoria pura, todo o direito tem de estar de algum modo contido no momento inaugural do sistema jurídico; segundo a regra de

reconhecimento, pelo contrário, interessa apenas o direito em vigor no momento atual.²

A primeira construção torna difícil compreender a origem de novas ordens jurídicas, através de fenómenos como a «*devolution*», isto é, através dos atos pelos quais o Parlamento britânico conferiu independência às suas colónias.³ Do mesmo modo, tal construção tem o efeito, claramente contraintuitivo, de considerar como contido na constituição histórica da monarquia absoluta um regime constitucional assente numa constituição outorgada pelo monarca, como sucedeu com a nossa Carta Constitucional de 1826. Finalmente, a perspetiva temporal própria da teoria pura do direito adotava uma postura excessivamente rígida em relação ao problema dos limites da revisão constitucional.

A segunda construção, defendida por Hart, considerava, pelo contrário, como tendencialmente irrelevantes quaisquer normas anteriores na perspetiva da validade das normas atuais.

Contra estes dois extremos, Miguel Galvão Teles propunha-se dar a devida relevância à evolução temporal das normas jurídicas. Neste contexto, haveria que considerar a referência temporal direta, ou relação linear passado-futuro, nos termos da qual os atos jurídicos anteriores condicionam a validade dos atos posteriores. Mas, para além disso, haveria ainda que considerar a referência reversa, através da qual também os atos posteriores são suscetíveis de fundamentar a validade dos atos anteriores, por exemplo do direito anterior a uma revolução.

Isto significa que as referências reversas operam uma reconstituição da unidade do direito que opera para trás, em oposição ao princípio da dinâmica jurídica da teoria pura, mas também uma reconstrução que opera através da aceitação das razões que estão na base do direito anterior.

Assim, seria um erro pensar que o direito anterior a uma revolução é reposto ou recriado por esta, mas apenas que passa a assentar numa nova pretensão de validade.⁴ Isto é possível, desde logo, porque se tem como assente que as normas cuja vigência cessou não desaparecem, nem deixam de fazer parte do sistema jurídico.⁵

2 - Cf. Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte: Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, 2000, p. 250.

3 - Sobre estes processos de independência, cf. Miguel Herrero de Miñon, “Autoctonia Constitucional y Poder Constituyente (Con referencia a algunos casos recientes en la historia de la descolonización)”, in *Revista de Estudios Políticos*, n.º 169-170, Enero-Abril, 1970, pp. 83 e ss.

4 - Cf. Miguel Galvão Teles, “O Problema da Continuidade da Ordem Jurídica e a Revolução Portuguesa”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 274-275.

5 - Cf. Miguel Galvão Teles, “Temporalidade Jurídica e Constituição”, in *Escritos Jurídicos*, Vol.

Esta construção teórica tem, como não podia deixar de acontecer – dado o facto de Miguel Galvão Teles ser um jurista completo –, a sua raiz na necessidade de resolver um problema prático. Foi a necessidade de resolver tal problema que levou Miguel Galvão Teles a criar o conceito de inconstitucionalidade pretérita e a desenvolver a ideia de momentos de referência temporal do direito. A inconstitucionalidade pretérita significa «*a desconformidade entre um ato ou uma norma e uma norma constitucional que já não se encontra em vigor mas que desempenhou, em relação a tal ato ou tal norma, função conformadora ou paramétrica*».⁶

Enquanto na inconstitucionalidade presente ou atual a norma constitucional violada está em vigor, na inconstitucionalidade pretérita deixou de vigorar. Nesta conformidade, seria possível extrair consequências, no momento atual, da desconformidade do direito ordinário com uma Constituição anterior, pelo menos se a desconformidade em causa respeitasse a valores também tutelados pela nova ordem constitucional.⁷

É importante, por último, salientar a originalidade do pensamento de Miguel Galvão Teles a este propósito, que chega a resultados paralelos aos obtidos por outras construções, mas com base em argumentação original e desenvolvida autonomamente. A doutrina dos pontos de referência temporais encontra o seu paralelo na construção de Eugenio Bulygin e a sua distinção entre tempo interno e tempo externo das normas,⁸ ou na ideia de referência retrospectiva de John Finnis, incluída num princípio geral de acordo com o qual as normas de competência passadas mantêm relevância no presente relativamente à existência atual de regras criadas na sua base.⁹

3. O UNIVERSO JURÍDICO

O segundo ponto que aqui gostaria de tratar diz respeito à ideia de universo jurídico.

II, cit., p. 354.

6 - Cf. Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade Pretérita”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. I, Almedina, Coimbra, p. 72.

7 - Cf. Miguel Galvão Teles, “Inconstitucionalidade Pretérita”, *cit.*, p. 96.

8 - O tempo interno corresponde à sequência de momentos em que uma norma é aplicada e o tempo externo ao intervalo de tempo entre os momentos em que uma norma é criada e eliminada: cf. Eugenio Bulygin, “Tiempo y Validez”, in Carlos Alchourrón e E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 198 e ss.

9 - Cf. John Finnis, “Revolutions and Continuity of Law”, in *Philosophy of Law*, Collected Essays, Volume IV, Oxford University Press, 2011, pp. 423 e ss.

Ao contrário do anterior, este aspeto não foi desenvolvido em profundidade por Miguel Galvão Teles, sem prejuízo de lhe atribuir enorme relevância, como saberão todos quantos tiveram a oportunidade de com ele discutir estas ideias.

O conceito de universo jurídico surge pela primeira vez no estudo *Eficácia dos Tratados*, de 1967, e depois é ocasionalmente retomado, mas sempre como uma promessa, um conceito a desenvolver.¹⁰

O sentido da ideia de universo jurídico pode ser alcançado através do confronto com a ideia de sistema jurídico. Segundo Miguel Galvão Teles, o conceito de sistema jurídico assentaria nas noções de determinação justificativa (ou referência direta) e de referência reversa. A ideia de sistema jurídico apontaria para uma «*estruturação das normas e das fontes segundo uma cadeia de determinação justificativa rigorosa e potencialmente completa*».¹¹ Este modo de estruturação e agregação do material jurídico não seria, todavia, o único, deixando de fora o costume, por exemplo.

A este propósito, Miguel Galvão Teles distinguia entre dois possíveis conceitos de norma fundamental. Assim, teríamos uma norma fundamental própria dos sistemas jurídicos fundacionais, as quais seriam constituídas como normas individuais, referidas a determinados atos constituintes. Para além disso, haveria ainda as normas fundamentais próprias dos sistemas não fundacionais, constituídas como normas gerais, sendo a respetiva competência reclamada por e para todos os atos de certa natureza.¹²

Neste contexto, haveria que procurar um conceito de unidade jurídica diferente do de sistema, e esse conceito seria o de universo jurídico. O conceito de universo jurídico apresenta-se assim como «*o quadro de relevância de normas, factos e situações jurídicas*» para cada jurisdição ou em cada espaço jurídico, como Miguel Galvão Teles se lhe chegou a referir, embora sustentando que o conceito careceria de maiores desenvolvimentos.

O sentido do conceito de universo jurídico seria o de dar relevância às normas estranhas ao sistema jurídico, isto é, o de explicar a relevância na ordem de um Estado soberano de normas de direito estrangeiro ou de normas de direito internacional.

10 - Cf. Miguel Galvão Teles, *Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa (Condições, Termos e Limites)*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, 1967, pp. 217 e ss.; idem, "A Revolução Portuguesa e a Teoria das Fontes", in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, cit., p. 313.

11 - Cf. Miguel Galvão Teles, "A Revolução Portuguesa e a Teoria das Fontes", in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, cit., p. 312.

12 - Cf. Miguel Galvão Teles, "Temporalidade Jurídica e Constituição", in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, cit., p. 363.

Não sei bem em que direção este conceito poderia vir a ser explorado por Miguel Galvão Teles,¹³ mas parece-me que o mesmo envolve em certa medida a ideia de que o Estado está sempre presente no conceito de ordenamento jurídico, «*tornando-se impossível negar, no estado presente da vida jurídica, a existência de um espaço jurídico específico de cada Estado*».¹⁴ Seria interessante estabelecer um confronto entre a ideia de universo jurídico e as teorias do pluralismo jurídico, em especial considerando as suas teses da (i) inevitabilidade de choques e conflitos entre normas e pretensões de validade, (ii) da desnecessidade da soberania para o conceito de ordem jurídica e (iii) da dissociação entre ordenamento e unidade, ordenação lógica e diferenciação hierárquica.¹⁵

4. ESTADO DE NATUREZA DE SEGUNDO GRAU

Entro finalmente no terceiro aspeto do pensamento de Miguel Galvão Teles que aqui vou considerar, sem dúvida o mais original e importante, pelo menos no meu modo de ver. Trata-se do estado de natureza de segundo grau.

Miguel Galvão Teles foi conduzido a esta ideia através da procura do fundamento normativo de uma determinada ordem jurídica. Neste ponto existe uma conexão evidente com o tema das referências reversas: existe um ponto em que estas, como o próprio Miguel Galvão Teles afirma, invocam justificações puras e, nessa medida, tornam-se constitutivas das próprias normas em que assentam.¹⁶ Isto significaria que, em termos de positividade, e para além do apelo ao princípio da legitimidade, a autoridade jurídica da Constituição é autoafirmada.

Na verdade, podemos dizer que o tema do contrato de natureza de segundo grau surge a Miguel Galvão Teles como consequência de dois aspetos: (i) por um lado, como resultado do termo da sucessão regressiva de referências reversas no domínio do direito positivo; (ii) por outro lado, como reconstrução do direito de revolução com base na crítica do pensamento de Kant sobre a matéria.

13 - Uma dessas vias de exploração pode encontrar-se em “Constituições dos Estados e Eficácia Interna do Direito da União e das Comunidades Europeias – em Particular sobre o Artigo 8.º, n.º 4, da Constituição Portuguesa”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. I, *cit.*, pp. 371.

14 - Cf. Miguel Galvão Teles, *Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa*, *cit.*, p. 218.

15 - Cf. Jean L. Cohen, *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge University Press, 2012, p. 59.

16 - Cf. Miguel Galvão Teles, “Legal Freedom, Constitution and Second-Order State of Nature”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, *cit.*, p. 500.

Não vou entrar numa análise aprofundada destes dois pontos de partida,¹⁷ mas antes procurar reconstruir a noção de estado de natureza de segundo grau. Segundo a entendo, a ideia de estado de natureza de segundo grau parte da «*radical autonomia de cada pessoa*».¹⁸ Uma consequência direta desta autonomia radical seria a de que um comando imposto num sistema jurídico aos respetivos destinatários tem apenas validade no ponto de vista do próprio sistema. Fora desse ponto de vista existe uma relação de estado de natureza permanente entre a autoridade que reclama autoridade num determinado sistema jurídico e aqueles mesmos destinatários. Essa relação de estado de natureza seria de segundo grau, uma vez que uma das partes na relação pretende exercer autoridade sobre a outra. Por essa mesma razão, o estado de natureza de segundo grau seria assimétrico, atendendo a que existe apenas uma pretensão de autoridade, salvo no caso de rebelião. Neste último caso, e na medida em que exista um concurso de pretensões de autoridade, o estado de natureza de segundo grau passaria a ser simétrico. Em todo o caso, estaríamos perante relações extra-sistemáticas: isto é, relações entre uma pessoa, ou grupo de pessoas, e um sistema jurídico, ou uma relação entre dois sistemas distintos.¹⁹ Uma das consequências práticas desta construção seria a afirmação de um direito de resistência robusto, porventura com um alcance maior do que aquele que decorre do artigo 21.º da Constituição, o qual abrange a resistência passiva e defensiva, mas já não a resistência agressiva,²⁰ em pouco se diferenciando do princípio da aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias.

É possível pensar nalgumas críticas suscitadas por esta construção: (i) a sua excessiva identificação com um conceito negativo de liberdade; (ii) a ausência de critério para distinguir o exercício legítimo do direito de rebelião em face do seu exercício ilegítimo; (iii) por último, não é claro se o estado de natureza de segundo grau assimétrico se caracteriza apenas por só uma das partes (normalmente o Estado) pretender o exercício da autoridade sobre a outra, ou se, para além disso, aquela assimetria resulta ainda de o indivíduo não se reconhecer como membro da

17 - Sobre o segundo destes aspetos, cf. Miguel Nogueira de Brito, “*Exeundum esse e statu naturali* – Considerações sobre o Estado de Natureza de «Segundo Grau»”, in Jorge Miranda *et al.* (org.), *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 57 e ss.

18 - A expressão é de Miguel Galvão Teles, “State of Nature, Pure Republic and Legal Duty of Obedience”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, cit., p. 471.

19 - Cf. Miguel Galvão Teles, “Legal Freedom, Constitution and Second-Order State of Nature”, in *Escritos Jurídicos*, Vol. II, cit., p. 506.

20 - Cf. Jorge Miranda e José Lobo Moutinho, “Artigo 21.º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2010, pp. 461-462.

comunidade política, embora esta não possa deixar de o encarar como tal.²¹

A primeira crítica suscitada pela tese do estado de natureza de segundo grau prende-se com a dificuldade de acomodar o aspeto positivo da liberdade, essencialmente dependente da lei, numa relação de estado de natureza. Se a liberdade do indivíduo resulta da própria lei, e não é simplesmente definida como ausência de interferência de um poder exterior ao indivíduo, isso significa que só é verdadeiramente livre o cidadão cuja condição jurídica é definida pelo Estado, e não aquele cuja liberdade se define pela pura ausência de interferência dos poderes públicos. A segunda crítica resulta da ausência, na construção do estado de natureza de segundo grau, de uma clara delimitação entre um efetivo Estado de Direito, em que o direito de resistência não tem lugar, e um poder político despótico, caso em que a resistência e a revolução surgem não apenas como um direito, mas até como um dever. Esta ausência de critério, no estado de natureza de segundo grau, para delimitar os casos legítimos de recurso à revolta é de algum modo confirmada por Miguel Galvão Teles quando menciona que os direitos surgem em tal contexto como «*direitos-duelo*».²² Finalmente, a terceira crítica prende-se com a seguinte questão: se o indivíduo não reconhece qualquer vínculo para com a comunidade política em que se integra, por que razão o deverá esta encarar como seu membro efetivo? Por outras palavras, se o indivíduo encara a sua relação com o Estado como própria do estado de natureza, por que razão não há-de o Estado adotar a mesma perspetiva? A resposta evidente é a de que ao pretender exercer autoridade sobre os seus nacionais o Estado não pode tratá-los no âmbito de uma relação de estado de natureza. Ao mesmo tempo, isso não significa que o Estado não possa definir as condições indispensáveis para que um indivíduo possa ser tratado enquanto membro da comunidade política, encarando todos aqueles que não satisfaçam essas condições como inimigos. O problema ganha especial acuidade no contexto da designada guerra contra o terror.

Em qualquer caso, o aspeto importante a salientar é que num Estado de Direito não existe lugar para um direito de rebelião, mas antes para o exercício dos direitos fundamentais, entre os quais a liberdade de expressão e de manifestação. O direito de resistência não significa a persistência do estado de natureza após a instituição da comunidade política, mas o regresso ao estado de natureza em

21 - Cf. Miguel Nogueira de Brito, “*Exeundum esse e statu naturali* – Considerações sobre o Estado de Natureza de «Segundo Grau»”, *cit.*, pp. 78 e ss.

22 - Cf. Miguel Galvão Teles, “State of Nature, Pure Republic and Legal Duty of Obedience”, *cit.*, p. 170. Como veremos adiante, Hobbes, apesar do seu absolutismo político e da sua rejeição de um direito de resistência em sentido forte, implicando a mudança do regime político, tinha um critério para admitir a autodefesa dos súbditos: a defesa da própria vida.

virtude do insucesso dessa comunidade em fazer respeitar os princípios do Estado de Direito.²³ Existem, todavia, outros pontos a considerar.

Desde logo, seria interessante confrontar a ideia de estado de natureza de segundo grau simétrico com a própria existência do direito internacional. Para além disso, é necessário salientar um ponto importante, na verdade decisivo, que é afluído num dos últimos escritos de Miguel Galvão Teles sobre o tema, incluído nos estudos em homenagem a Jorge Miranda. Em tal estudo, Miguel Galvão Teles cita, em nota de rodapé, a importante carta de Espinosa a Jarig Jelles, de 1674, em que o filósofo explicita a diferença do seu sistema em relação ao defendido por Hobbes.²⁴

Tal diferença consiste em Espinosa manter sempre o direito natural mesmo depois da instituição da cidade, e não atribuir qualquer direito aos soberanos sobre os seus súbditos senão na medida do excesso da sua potência sobre a potência dos súbditos. E concluía: «*É a continuação do Estado de natureza*».²⁵

Não há dúvida que à luz desta referência o problema do direito de resistência tem de ser repensado.

O pensamento político de Espinosa, como de resto a carta do próprio atrás

23 - Hobbes, de resto, não deixou de considerar isto mesmo quando afirmou o direito de o soberano aplicar a pena capital aos seus súbditos e, simultaneamente, o direito de estes se defenderem, mesmo que justamente condenados. Assim, a aplicação da pena capital coloca o soberano numa relação de estado de natureza com o particular cuja vida é ameaçada [cf., neste sentido, Gordon J. Schochet, “Hobbes and the Voluntary Basis of Society”, in Mary G. Dietz (org.), *Thomas Hobbes and Political Theory*, University Press of Kansas, Lawrence, 1990, p. 62]. Repare-se, todavia, que não está aqui em causa um direito de resistência, na sua dimensão coletiva, mas apenas um direito de autodefesa individual, em caso de ameaça de morte.

24 - Cf. “Legal Freedom, Constitution and Second-Order State of Nature”, in *Escritos Jurídicos*, Volume II, Almedina, Coimbra, 2014, p. 502, nota 41.

25 - Cito segundo a tradução apresentada por Miguel Galvão Teles, sem indicação de proveniência, mas igualmente seguida por outros autores (cf., por exemplo, Antonio Negri, *Spinoza Subversif. Variations (In)actuelles*, tradução do original italiano, Éditions Kimé, Paris, 1994, p. 36). No original latino é a seguinte a passagem em causa: «*Quantum ad Politicam spectat, discrimen inter me, et Hobbesium, de quo interrogas, in hoc consistit, quod ego naturale Jus semper sartum tectum conservo, quodque Supremo Magistratui in qualibet Urbe non plus in subditos juris, quam juxta mensuram potestatis, qua subditum superat, competere statuo, quod in statu Naturali semper locum habet*» [disponível em [http://spinozaetnous.org/wiki/Ab_et_ad_Jelles_\(1667-1674\)](http://spinozaetnous.org/wiki/Ab_et_ad_Jelles_(1667-1674)), último acesso em 3 de maio de 2015]. Cf., a propósito, a tradução em inglês de R. H. M. Elwes : «*As regards political theories, the difference which you inquire about between Hobbes and myself, consists in this, that I always preserve natural right intact, and only allot to the chief magistrates in every state a right over their subjects commensurate with the excess of their power over the power of the subjects. This is what always takes place in the state of nature*» (cf. Benedict de Spinoza, *On the Improvement of the Understanding, The Ethics, Correspondence*, Dover Publications, 1955, p. 369).

mencionada deixa antever, é mais facilmente apreendido por oposição ao de Hobbes, o pensador por excelência da representação política e da negação do direito de resistência, sendo neste aspeto um antecessor de Kant sobre a matéria. As principais dimensões do pensamento de Espinosa, tomando como ponto de referência a sua oposição a Hobbes, são as seguintes: (i) a distinção entre multidão e povo; (ii) a distinção entre o jusnaturalismo contratualista de inspiração racionalista e o direito de natureza baseado nas inclinações de cada um e na sua potência; (iii) a distinção entre o carácter vinculativo das promessas e a possibilidade de as violar enquanto dimensão essencial do *jus sive potentia*.

A distinção entre povo e multidão foi estabelecida pelo próprio Hobbes, no *De Cive*. Segundo sustentou nesta obra, no conceito de povo converge, através da representação política, a pluralidade dos muitos enquanto tais, isto é enquanto multidão. O povo exprime, pois, a unidade de decisão política que é o Estado. Construir o Estado significa submeter a multidão.²⁶ Pelo contrário, segundo Espinosa o conceito de multidão indica uma pluralidade que persiste enquanto tal mesmo após a instituição do Estado.²⁷

O pensamento político de Hobbes é uma das principais bases da teoria contratualista moderna. Os seres humanos são titulares de direitos naturais universais que os pactos com base nos quais são instituídas as sociedades políticas devem preservar. Para Espinosa, pelo contrário, o direito natural corresponde simplesmente às «regras de natureza de cada indivíduo, regras segundo as quais concebemos qualquer ser como naturalmente determinado a existir e a agir de uma certa maneira. (...) cada indivíduo tem pleno direito a tudo o que está em seu poder, ou seja, o direito de cada um estende-se até onde se estende a sua exata potência».²⁸ A consequência mais imediata disto é que «o direito estende-se até onde se estende a potência e não contrário: por natureza não é o direito que indica o que se pode fazer, mas a potência que determina o que se tem o direito de fazer».²⁹

Ora, parece claro que a definição do direito de natureza como potência impossibilita

26 - Cf. Thomas Hobbes, *On the Citizen* [De Cive], organização e tradução de Richard Tuck e Michael Silverthorne, Cambridge University Press, Cambridge University Press, 1998 [1642], p. 76 (Cap. VI, Secção 1).

27 - Cf. Paolo Virno, *Gramática de la Multitud. Para un Análisis de las Formas de Vida Contemporáneas*, tradução do original italiano de Adriana Gómez, Juan Domingo Estop e Miguel Santucho, Traficantes de Sueños, Madrid, 2003, p. 21.

28 - Cf. Baruch de Espinosa, *Tratado Teológico-Político*, tradução, introdução e notas de Diogo Pires Aurélio, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1988, p. 308 (Cap. XVI).

29 - Cf. Filippo Del Luchese, *Tumulti e Indignatio: Conflito, Diritto e Moltitudine in Machiavelli e Spinoza*, Edizioni Ghibli, Milão, 2004, p. 294.

a reconstrução contratualista do pensamento de Espinosa.³⁰

Finalmente, a tradição contratualista baseia a sua força no carácter absoluto das promessas e do seu respeito, isto é, das promessas que são pactos, assentes na existência de uma garantia de cumprimento; pelo contrário, a doutrina de Espinosa, na linha do pensamento de Maquiavel, adota uma visão consequencialista do cumprimento das promessas. Assim, segundo Hobbes, «*depois de celebrado um pacto, rompê-lo é injusto. E a definição da injustiça não é outra coisa senão o não cumprimento de um pacto*».³¹ Espinosa sustenta que «*um pacto não pode ter qualquer força a não ser em função da sua utilidade e que, desaparecida esta, imediatamente o pacto fica abolido e sem eficácia*».³² Hobbes não discordaria desta afirmação, no que diz respeito aos contratos celebrados em estado de natureza.³³ Mas Espinosa vai mais longe: «*A condição para que uma sociedade se possa constituir sem nenhuma contradição com o direito natural e para que um pacto possa ser fielmente observado é, pois, a seguinte: cada indivíduo deve transferir para a sociedade toda a sua própria potência, de forma a que só aquela detenha, sobre tudo e todos, o supremo direito de natureza, isto é, a soberania suprema à qual todos terão de obedecer, ou livremente ou por receio da pena capital. O direito de uma sociedade assim chama-se Democracia*».³⁴ Por outras palavras, se para Hobbes a instituição de qualquer regime político, através do pacto social, pressupõe o carácter vinculativo dos contratos, para Espinosa só um concreto regime político, a democracia, se mostra apto a fundar esse mesmo carácter vinculativo.

As consequências destas diferenças entre o pensamento político de Hobbes e o de Espinosa são claras. Em primeiro lugar, o pensamento de Hobbes aponta para um edifício constitucional assente na negação do direito de resistência,³⁵ enquanto

30 - Cf. Filippo del Luchese, *Tumulti e Indignatio: Conflito, Diritto e Moltitudine in Machiavelli e Spinoza*, cit., p. 299; sobre o assunto veja-se ainda a análise desenvolvida de André Santos Campos, *Jus sive Potentia: Direito Natural e Individuação em Spinoza*, Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 340 e ss.

31 - Cf. Thomas Hobbes, *Leviatã*, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Imprensa Nacional-casa da Moeda, Lisboa, 1995, p. 125 (Cap. XV).

32 - Cf. Baruch de Espinosa, *Tratado Teológico-Político*, cit., pp. 311-312 (Cap. XVI).

33 - Cf. Thomas Hobbes, *Leviatã*, cit., p. 120 (Cap. XIV).

34 - Cf. Baruch de Espinosa, *Tratado Teológico-Político*, cit., pp. 312-313 (Cap. XVI).

35 - Cf., neste sentido, Perez Zagorin, *Hobbes and the Law of Nature*, Princeton University Press, Princeton e Oxford, 2009, p. 64; Deborah Baumgold, "Hobbes's Political Sensibility", in Mary G. Dietz (org.), *Thomas Hobbes and Political Theory*, cit., pp. 79-80. Em sentido contrário, Susanne Sreedhar, *Hobbes on Resistance: Defying the Leviathan*, Cambridge University Press, 2010. Sobre esta última obra, cf. a recensão crítica de A. P. Martinich, in *Notre Dame Philosophical Reviews*,

Espinosa adota um modo de ver a política de que faz parte esse mesmo direito. Repare-se que não está em causa a simples resistência passiva ou defensiva, mas a resistência entendida como direito de alterar o regime político. Em segundo lugar, a construção de Hobbes implica um modo de ver a Constituição assente na transmutação do poder constituinte originário em poder constituinte derivado, ou poder de revisão; pelo contrário, na conceção jurídico-política de Espinosa o poder constituinte originário nunca se deixa aprisionar nas normas constantes de um concreto texto constitucional.³⁶ Por último, enquanto Hobbes pretendia justificar o poder absoluto do soberano, Espinosa defendia a instituição dum regime democrático.

A contraposição entre o pensamento de Hobbes e o de Espinosa leva-nos pois a estabelecer a diferença entre uma forma de pensar em que a instituição do Estado implica a superação do estado de natureza e uma forma de pensar em que o estado de natureza perdura para além da instituição do Estado. O problema, todavia, é que o Estado constitucional assenta na tradição contratualista de que Hobbes faz parte.³⁷ A tradição espinosista do estado de natureza poderá fazer sentido nos quadros de

2011.3.25, in <https://ndpr.nd.edu/news/24660-hobbes-on-resistance-defying-the-leviathan/>. Como refere este último, «*Susanne Sreedhar's thesis is that according to Hobbes subjects have the right to rebel; that is, they collectively have the right to resist their sovereign when in their judgment he is a threat to their survival. This is, or at least appears to be, much stronger than the thesis that a subject has a right to defend herself against immediate threats to her life whatever the source, including her sovereign or the sovereign's agents. I think that Hobbes would agree with the latter thesis, but I am highly doubtful that he would accept the former. In Leviathan, the explicit terms of the social contract are that people give up their right to make the kinds of decisions that would be necessary for them to rebel; they give up such a right when they give up the right to govern themselves. If the proposition that subjects have a right to rebel had been put to Hobbes, he would have denied it*». A diferença entre estas duas realidades é bem expressa nas seguintes passagens do Leviatã: assim quanto à autodefesa afirma Hobbes que «*se o soberano ordenar a alguém (mesmo que justamente condenado) que se mate, se fira ou mutile a si mesmo, ou que não resista aos que o ataquem, ou que se abstenha de usar os alimentos, o ar, os medicamentos, ou qualquer outra sem a qual não poderá viver, esse alguém tem a liberdade de desobedecer*»; quando ao direito de resistência afirma que «*ninguém tem a liberdade de resistir à espada do Estado, em defesa de outrem, seja culpado ou inocente. Porque essa liberdade dos meios para nos proteger, sendo portanto destrutiva da própria essência do Estado*» (cf. Thomas Hobbes, *Leviatã*, cit., Cap. XXI, pp. 180-181); sem efetuar esta distinção, cf. Phillip Pettit, *Made with Words: Hobbes on Language, Mind, and Politics*, Princeton University Press, 2008, pp. 127-128.

36 - Cf., sobre este ponto, Antonio Negri, *Le Pouvoir Constituant: Essai sur les Alternatives de la Modernité*, tradução do original italiano de Étienne Balibar e François Matheron, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, pp. 399 e ss.

37 - Cf. Görg Haverkate, *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, Verlag C. H. Beck, Munique, 1992, p. 9;

uma política superadora do Estado,³⁸ mas a sua relação com o constitucionalismo permanece problemática. Neste sentido, querer salvaguardar o estado de natureza após a instituição do Estado poderá bem contribuir, na realidade, para a superação deste último como a construção mais significativa da política e do direito.

Em qualquer caso, as considerações precedentes demonstram, sem dúvida, a importância do conceito de estado de natureza de segundo grau numa reflexão atual (e cada vez mais atual) sobre os limites do constitucionalismo e da sua relação com o Estado.

Maio de 2015

38 - E é esse, porventura, um dos poucos denominadores comuns do pensamento dos autores que reclamam hoje a herança político-filosófica de Espinosa: cf. Paolo Virno, *Gramática de la Multitud. Para un Análisis de las Formas de Vida Contemporáneas*, cit., pp. 25-26; Michael Hardt e Antonio Negri, *Multitude: War and democracy in the Age of Empire*, Hamish Hamilton, Londres, 2004, pp. 328 e ss.